
PRZEGLĄD NAJNOWSZEGO
ORZECZNICTWA
DOTYCZĄCEGO ZAMÓWIEŃ
PUBLICZNYCH

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Warszawa 2023 r.

Spis treści

1. PRZYGOTOWANIE POSTĘPOWANIA, DOKUMENTACJA POSTĘPOWANIA.....	4
Wyrok KIO z dnia 7 października 2022 r. KIO 2507/22 – opis przedmiotu zamówienia a opis faktycznych uwarunkowań u danego zamawiającego	4
Wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2022 r. sygn. akt KIO 946/22 – opis przedmiotu zamówienia - zasada równego traktowania wykonawców	4
Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2023 r. sygn. akt KIO 3439/22 - podział zamówienia na części, informacja w dokumentach zamówienia	5
Wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2022 r. sygn. akt KIO 717/22 – podział zamówienia na części	6
Wyrok KIO z dnia 9 marca 2023 r. sygn. akt KIO 493/23 – szacowanie wartości zamówienia.....	6
Wyrok KIO z dnia 4 października 2022 r. sygn. akt KIO 2428/22 – wartość zamówienia.....	7
Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 153/23 - wartość zamówienia	7
Wyrok KIO z dnia 6 lipca 2023 r. sygn. akt KIO 1790/23 – kwota na sfinansowanie zamówienia	9
Wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2023 r. sygn. akt KIO 835/23 – projekt umowy – zwiększenie zakresu robót	10
Wyrok KIO z dnia 21 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 317/23 - opis przedmiotu zamówienia – projektowane postanowienia umowy	10
Wyrok KIO z dnia 21 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 317/23 – rękojmia i gwarancja	11
Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2023 r. sygn. akt KIO 3481/22 – wielkość świadczenia.....	12
Wyrok KIO z dnia 18 października 2022 r. sygn. akt KIO 2592/22 – odstąpienie od umowy	12
Wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2022 r. sygn. akt KIO 1578/22 – umowa w sprawie zamówienia publicznego	13
Wyrok KIO z dnia 16 marca 2022 r. sygn. akt KIO 516/23 - opis przedmiotu zamówienia	15
Wyrok KIO z dnia 29 grudnia 2022 r. sygn. akt KIO 3285/22 – kryteria oceny ofert.....	15
2. KOMUNIKACJA W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO I WYBRANE ASPEKTY ELEKTORNIZACJI.....	17
Wyrok KIO z dnia 29 grudnia 2022 r. sygn. akt KIO 3346/22 – cyfrowe odwzorowanie dokumentu – poświadczanie za zgodność z oryginałem.....	17
Wyrok KIO z dnia 26 września 2022 sygn. akt KIO 2366/22 – sposób komunikacji - uzupełnienie dokumentów.....	17
Wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2022 r. sygn. akt KIO 1455/22 – podpis	18
Wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 56/22 – podpis elektroniczny	18
Wyrok KIO z dnia 27 września 2021 r. sygn. akt KIO 2464/21 – weryfikacja podpisu	19
Wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 2134/21 – komunikacja w postępowaniu.	20
3. WADIUM.....	21
Wyrok KIO z dnia 16 września 2022 r. sygn. akt KIO 2271/22 – zatrzymanie wadium - zabezpieczenie należytego wykonania umowy	21
4. KWALIFIKACJA PODMIOTOWA WYKONAWCÓW	21

Wyrok KIO z dnia 14 lipca 2023 r. sygn. akt KIO 1860/23 - doświadczenie nabyte w konsorcjum	21
Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2023 r. sygn. akt KIO 1778/23 - doświadczenie nabyte przy realizacji dwóch umów wykonywanych równocześnie.....	22
Wyrok KIO z dnia 8 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 179/23 – uzupełnienie dokumentów	23
Wyrok KIO z dnia 7 listopada 2022 r. sygn. akt KIO 2804/22 – uzupełnienie dokumentów	23
Wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2021 r. sygn. akt KIO 1649/21 - uzupełnienie dokumentów	23
Wyrok KIO z dnia 11 lipca 2023 r. sygn. akt KIO 1795/23 – wyjaśnienie dokumentów	23
Wyrok KIO z dnia 6 lipca 2023 r. sygn. akt KIO 1770/23 – wyjaśnianie dokumentów.....	23
Wyrok KIO z dnia 15 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 284/23 - podwykonawstwo - potencjał podmiotu trzeciego – zmiana treści oferty	24
Wyrok KIO z dnia 18 marca 2022 r. sygn. akt KIO 510/22 - poleganie na zasobach podmiotu trzeciego.....	24
5. OCENA OFERT.....	25
Wyrok KIO z dnia 11 lipca 2023 r. sygn. akt KIO 1792/23 – sprzeczność oferty z swz.....	25
Wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2023 r. sygn. akt KIO 805/23 – uzupełnianie przedmiotowych środków dowodowych	25
Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 3772/21 – inna omyłka	25
Wyrok KIO z dnia 29 września 2021 r. sygn. akt KIO 2627/21- inne omyłki polegające na niezgodności oferty z swz	26
Wyrok KIO z dnia 9 września 2021 r. sygn. akt KIO 2520/21 – inna omyłka – brak wyceny niektórych pozycji kosztorysu	27
Wyrok KIO z dnia 13 lipca 2021 r. sygn. akt KIO 1882/21 – inna omyłka.....	28
Wyrok KIO z dnia 8 listopada 2021 r. sygn. akt KIO 3005/21 – rażąco niska cena – istotne elementy.....	28
6. UCHYLENIE SIĘ OD ZAWARCIA UMOWY	29
Wyrok KIO z dnia 12 lipca 2023 r. sygn. akt KIO 1854/23.....	29
Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 156/23.....	31
Wyrok KIO z dnia 3 listopada 2022 r. sygn. akt KIO 2780/22.....	31
7. UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA	32
Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2023 r. sygn. akt KIO 1903/23 – wadliwe postawienie warunku – unieważnienie umowy	32
Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 170/23 - odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienia - upływ terminu realizacji - nieważność umowy	32
Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2022 r. sygn. akt KIO 137/22 – wadliwy opis kryteriów oceny ofert... 	34
8. ŚRODKI OCHRONY PRAWNEJ	35
Postanowienie KIO z dnia 16 listopada 2022 r. sygn. akt KIO 2964/22 – termin na wniesienie odwołania dotyczącego treści ogłoszenia i postanowień swz – pytania do swz	35

Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2022 r. sygn. akt KIO 134/22 – termin związania ofertą a interes w uzyskaniu zamówienia 35

**Wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2021 r. sygn. akt KIO 1429/21 – interes w uzyskaniu zamówienia
35**

Wyrok KIO z dnia 11 maja 2021 r. sygn. akt 1153/21 – interes w uzyskaniu zamówienia 36

1. PRZYGOTOWANIE POSTĘPOWANIA, DOKUMENTACJA POSTĘPOWANIA

Wyrok KIO z dnia 7 października 2022 r. KIO 2507/22 – opis przedmiotu zamówienia a opis faktycznych uwarunkowań u danego zamawiającego

„(...) zgodnie z art. 17 ustawy zamawiający powinien udzielać zamówień w sposób efektywny, czyli tak, aby uzyskać jak najlepszą jakość świadczeń wykonawcy w ramach środków, które może przeznaczyć na jego realizację i uzyskać jak najlepsze efekty w stosunku do poniesionych nakładów. Odwołujący nie wykazał, by treść kwestionowanych zapisów SWZ ani założeń Zamawiającego, co do potrzeby realizacji usług w oparciu o posiadaną przez niego infrastrukturę naruszała zasady konkurencji czy też dyskryminowała jakichkolwiek wykonawców lub ich produkty. Jednocześnie Zamawiający wykazał przeprowadzenie analiz i istnienie uzasadnienia dla podjętej decyzji w zakresie przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem.

W ocenie Izby trzeba również brać pod uwagę istniejące rozróżnienie pomiędzy opisem przedmiotu zamówienia, a opisem faktycznych uwarunkowań istniejących u danego zamawiającego. Odwołujący nie wykazał by opis przedmiotu zamówienia naruszał jakiegokolwiek zasady prawa zamówień publicznych a referował do opisu infrastruktury Zamawiającego. Izba stoi na stanowisku, że opisując produkty czy usługi, których zakup jest planowany, zamawiający zobowiązany jest do stosowania zasad dotyczących równoważności, jednak sam opis w SWZ posiadanych przez niego rozwiązań informatycznych nie musi być dokonywany z pominięciem znaków towarowych czy innych oznaczeń jednoznacznie identyfikujących produkty. Opis posiadanej infrastruktury, pomimo, że jest elementem SWZ, to nie stanowi opisu przedmiotu zamówienia i zamawiający posiadając konkretny produkt, nie jest w świetle Ustawy uprawniony ani tym bardziej zobowiązany do stosowania doprecyzowania, że posiada „konkretny produkt lub równoważny”.

Wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2022 r. sygn. akt KIO 946/22 – opis przedmiotu zamówienia - zasada równego traktowania wykonawców

"Zasada równego traktowania sprowadza się do konieczności identycznego traktowania takich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna, nie oznacza to natomiast konieczności identycznego traktowania wszystkich wykonawców znajdujących się na rynku lub aspirujących do wejścia na rynek. Opis przedmiotu zamówienia nie powinien preferować jedynie niektórych podmiotów, co nie oznacza, że obowiązkiem zamawiającego jest nabywanie towarów lub usług, które nie spełniają zakładanych celów prowadzonego postępowania. Wszyscy wykonawcy powinni mieć natomiast zapewniony równy dostęp do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, dokonywanie oceny warunków oraz ofert powinno następować wedle wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie przedłożonych dokumentów, a nie wiedzy zamawiającego. W ocenie Izby nie oznacza to jednak, że zamawiający tylko wówczas działa w granicach uczciwej konkurencji oraz z zachowaniem wymogu proporcjonalności przy opisie przedmiotu zamówienia, ustalaniu warunków udziału w postępowaniu czy kształtowaniu zapisów przyszłego zobowiązania umownego, gdy jego działania pozwalają na uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim podmiotom występującym na rynku. Jeżeli zatem

zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu, w tym warunki kontraktowe, nie czyni tego w sposób, który wskazuje na konkretny produkt lub wykonawcę, nie można uznać, iż narusza zasady uczciwej konkurencji poprzez odniesienie się do przedmiotu zamówienia. Nie jest obowiązkiem Zamawiającego uwzględnianie doświadczenia zawodowego i polityki prowadzenia działalności komercyjnej wszystkich podmiotów działających na rynku, czy też możliwości pozyskania partnerów biznesowych do wspólnej realizacji danego zamówienia ale uwzględnienie wymagań gwarantujących sprawne wykonanie danego zamówienia, na miarę potrzeb i możliwości Zamawiającego.”

Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2023 r. sygn. akt KIO 3439/22 - podział zamówienia na części, informacja w dokumentach zamówienia

„Izba uznała za zasadną argumentację Odwołującego odnoszącą się do braku w dokumentach zamówienia uzasadnienia zaniechania podziału zamówienia na części według zadań opisanych przez Zamawiającego. Obowiązkiem Zamawiającego wynikającym z przepisów ustawy jest podanie w dokumentach zamówienia powodów niedokonania podziału zamówienia na części. W ocenie Izby Odwołujący przedstawił argumentację zarówno w odwołaniu jak i na rozprawie dowiódł, że każde z urządzeń to jest gammakamera, która jest została wskazana w zadaniu 1, jak również skaner PET jako urządzenia, przy czym to drugie do przeniesienia i modernizacji mogą być oferowane przez różne podmioty, tj. różnych wykonawców.

Wymaga podkreślenia, że zamawiający może udzielić zamówienia w częściach – czyli jest to uprawnienie zamawiającego - z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia, lub dopuścić możliwość składania ofert częściowych w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia, określając zakres i przedmiot części oraz wskazując, czy ofertę można składać w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia. Przy czym jednocześnie obowiązkiem Zamawiającego jest wskazanie w dokumentach zamówienia powodów niedokonania podziału zamówienia na części. Tak przepisy ustawy. Zgodnie z treścią powyższych przepisów, do wyłącznej decyzji Zamawiającego należy stwierdzenie, czy dany przedmiot zamówienia, może zostać podzielony na części. (...)

Mając na uwadze, że każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w określonych okolicznościach faktycznych związanych z tymże zamówieniem jak również z tym Zamawiającym, tym samym dla każdego zamówienia warunki jego realizacji będą inne. Warunki realizacji zamówienia – w tym podział zamówienia na części, bądź brak dokonywania takiego podziału – na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mają odzwierciedlać, a w zasadzie gwarantować w etapie realizacji zamówienia (umowy) uzyskanie najlepszy efektów realizacji przedsięwzięcia, najlepszych efektów ekonomicznych, ale również innych mających znaczenie dla danego zamówienia charakterystycznych właśnie dla niego takich jak np. organizacja realizacji zamówienia i wszystkie z nią powiązane elementy, jak niezbędne z punktu widzenia przedmiotu zamówienia kompleksowość realizacji zamówienia wynikająca z możliwości technicznych, organizacyjnych, związanych z bezpieczeństwem itd. Okoliczności faktyczne jakie uzasadniają podjęte decyzje, w tym decyzje o podziale zamówienia na części lub jego braku

będą zawsze indywidualne i charakterystyczne dla danego zamówienia w danych okolicznościach.

Tak jak wcześniej zostało już to wskazane, jeżeli Zamawiający nie dokonuje podziału zamówienia na części to dokumenty zamówienia powinny zawierać wskazanie przyczyn decyzji Zamawiającego. Przez dokumenty zamówienia, zgodnie z art. 7 pkt 3 ustawy należy rozumieć dokumenty sporządzone przez Zamawiającego lub dokumenty, do których Zamawiający odwołuje się, inne niż ogłoszenie, służące do określenia lub opisanego warunków zamówienia, w tym specyfikacja warunków zamówienia oraz opis potrzeb i wymagań. Podstawową i charakterystyczną cechą wszystkich dokumentów zamówienia jest to, że są one znane każdemu potencjalnemu wykonawcy – oznacza to, że są to dokumenty dostępne każdemu zainteresowanemu wykonawcy. Dokumenty zamówienia należy odróżnić od pojęcia „dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia” czy „dokumentowania przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” – te pojęcia bowiem mają szersze znaczenie i dotyczą wszystkich dokumentów jakie w ramach postępowania powstały tj. zarówno dokumentów zamówienia jakie zostały udostępnione, lub do których odwołuje się Zamawiający, ale również do wszystkich innych dokumentów wytworzonych przez Zamawiającego albo dostarczonych Zamawiającemu w związku z przebiegiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności do protokołu postępowania i do załączników do tego protokołu. Analiza potrzeb i wymagań, jaką sporządził Zamawiający nie stanowi dokumentu zamówienia, lecz jest dokumentem sporządzanym przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jest to narzędzie zarządcze Zamawiającego, które ma w efekcie przyczynić się do realizacji zasady efektywności.”

Wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2022 r. sygn. akt KIO 717/22 – podział zamówienia na części

„Jeżeli chodzi o zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust.1 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający może udzielić zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia, lub dopuścić możliwość składania ofert częściowych w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia, określając zakres i przedmiot części oraz wskazując czy ofertę można składać w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia, należy wskazać, że przepis ten nie reguluje zagadnienia ewentualnej pozorności podziału zamówienia.

Co do zasady podział zamówienia na części ze swojej istoty sprzyja realizacji zasady uczciwej konkurencji oraz pozytywnie wpływa na rozwój konkurencyjności.

Jednocześnie wymaga zauważenia, że w myśl art. 91 ust.2 ustawy Pzp Zamawiający wskazuje w dokumentach zamówienia powody niedokonania podziału zamówienia na części, co w rozpoznawanej sprawie wobec podziału zamówienia na części powoduje, że przepis ten nie ma zastosowania.”

Wyrok KIO z dnia 9 marca 2023 r. sygn. akt KIO 493/23 – szacowanie wartości zamówienia

„Zgodnie z art. 28 ustawy Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towaru i usług, ustalone z należytą starannością.

Zauważenia wymaga, że Odwołujący, który odpowiada za treść odwołania, w tym decyduje o treści zarzutów w nim postawionych, skonstruował odwołanie w ten sposób, że postawił w tym zakresie odrębny zarzut. Tak więc wymaga on odrębnego odniesienia się do niego, tak jak do pozostałych zarzutów odwołania.

W tym aspekcie należy stwierdzić, że **czynność szacowania wartości zamówienia jest czynnością podejmowaną przez zamawiającego na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie jest to zatem czynność podejmowana przez Zamawiającego w postępowaniu, a jak wynika z art. 513 pkt 1 Pzp odwołanie przysługuje na wskazane w nim niezgodne z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Możliwe jest zatem kwestionowanie prawidłowości czynności podjętych w postępowaniu, a nie tych podejmowanych przed jego wszczęciem. W związku z tym na czynność szacowania zamówienia podjętą przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania (jak wynika z notatki – w dniu 27 października 2022 r.) odwołanie nie przysługuje.**

Niezależnie od tego zauważenia wymaga, że nie zostało wykazane, jak określenie przez Zamawiającego wartości zamówienia miało mieć wpływ na wynik postępowania.”

Wyrok KIO z dnia 4 października 2022 r. sygn. akt KIO 2428/22 – wartość zamówienia

„Niewątpliwie zasadnie Zamawiający wskazywał, w odpowiedzi na odwołanie, że ewentualna zmiana wartości szacunkowej jest bez znaczenia, gdyż mamy do czynienia z zamówieniem sektorowym, a do zamówienia stosuje się już procedury przewidziane dla postępowań o wartości równej lub przekraczającej progi unijne dla zamówień sektorowych. Niezależnie jednak od powyższej kwestii, należy zgodzić się z Zamawiającym, że **Odwołujący nie wykazał, aby po ustaleniu wartości szacunkowej zamówienia nastąpiła taka zmiana okoliczności, która determinowałaby konieczność aktualizacji wartości szacunkowej. Izba nie przekonał dowód złożony na rozprawie przez Odwołującego, gdyż nawet abstrahując od okoliczności dość powszechnie znanej w orzecznictwie że ceny takich instytucji jako Sekocenbud są z reguły mało wiarygodne, a więc także informacja złożona przez Odwołującego, to istotne jest, że Odwołujący nie przedstawiał, jak przedstawiony dowód przekłada się na opis przedmiotu zamówienia, czy też ceny materiałów, które będą użyte w przedmiotowym zamówieniu. Dane tam zawarte należałoby przelożyć na opis przedmiotu zamówienia, a to nie nastąpiło.** (...)

Należy także zgodzić się, ze stanowiskiem Zamawiającego, co do różnicy między wartością szacunkową zamówienia, a kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, jako wynikającą z możliwości finansowych gospodarza postępowania. Podobnie należy podkreślić, że wszystkie nieodrzucone oferty opiewały na cenę brutto niższą od wartości szacunkowej zamówienia, w tym Odwołującego. Jeśliby uznać argumentację Odwołującego, winien on złożyć ofertę na cenę wyższą, skoro koszt oferty został oszacowany po 23.02. 2022 r., a jest niższa od wartości szacunkowej (o ok. 11).”

Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 153/23 - wartość zamówienia

„Zarzut naruszenia art. 35 ust. 1 pkt 1) Pzp nie był zasadny. Zgodnie z tym przepisem, „podstawą ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się lub podlegające wznowieniu w określonym czasie jest rzeczywista łączna wartość kolejnych zamówień tego samego rodzaju, udzielonych w ciągu poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym lub roku obrotowym, z uwzględnieniem zmian ilości lub wartości zamawianych usług lub dostaw, które mogły wystąpić w ciągu 12 miesięcy następujących od udzielenia pierwszego zamówienia”.

Zdaniem Izby „usługa polegająca na konserwacji przepompowni i hydroforni znajdujących się na terenach kompleksów wojskowych administrowanych przez (...) Wojskowy Oddział Gospodarczy w Z.”, świadczona na terenach kompleksów wojskowych w C., w Z., K. W. i w B. jest usługą powtarzającą się w rozumieniu art. 35 ust. 1 Pzp.

Z treści art. 35 ust. 1 pkt 1) Pzp wynika, że dla ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się lub podlegające wznowieniu w określonym czasie ma znaczenie rzeczywista łączna wartość kolejnych zamówień:

- 1) tego samego rodzaju,
 - 2) które zostały udzielone przez Zamawiającego
 - 3) w ciągu poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym lub roku obrotowym.
- Stosownie zaś do art. 7 pkt 25) Pzp przez „udzielenie zamówienia” należy zaś rozumieć zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podstawą ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się nie jest więc ani wartość złożonych ofert w Postępowaniu, które zostało unieważnione, ani wysokość wynagrodzenia, jakie Zamawiający zapłacił za wykonanie zamówień tego samego rodzaju w poprzednim rok budżetowym.

Odwołujący nie przedstawił twierdzeń ani nie wykazał, że w ciągu poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym lub roku obrotowym Zamawiający udzielił zamówień tego samego rodzaju, a tym bardziej, jaka była wartość tych zamówień.

W konsekwencji za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 2 ust. 1 pkt 1) Pzp. Zgodnie z tym przepisem, „przepisy ustawy stosuje się do udzielania zamówień klasycznych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza kwotę 130 000 złotych, przez zamawiających publicznych”.

Brak jest podstaw do przyjęcia, że wartość zamówienia, którego przedmiotem będzie świadczenie Usług, jest równa lub przekracza kwotę 130 000 złotych, zwłaszcza wobec braku podstaw do określania wartości tego zamówienia na podstawie (przy uwzględnieniu) wartości złożonych ofert w Postępowaniu, które zostało unieważnione, ani wysokości wynagrodzenia, jakie Zamawiający zapłacił za wykonanie zamówień tego samego rodzaju w poprzednim rok budżetowym.

Ponadto, jak trafnie podnosił Zamawiający, zgodnie z art. 30 ust. 4 Pzp „w przypadku zamówień udzielanych w częściach, do udzielenia zamówienia na daną część zamawiający może stosować przepisy ustawy właściwe dla wartości tej części zamówienia, jeżeli jej wartość jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 80 000 euro dla dostaw lub usług oraz 1 000 000 euro dla robót budowlanych, pod warunkiem że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia”.

Zamawiający wskazywał, że przesłanie do 3 wykonawców (w tym Odwołującego) w dniu 13 stycznia 2022 roku listu elektronicznego miało służyć oszacowaniu wartości zamówienia na Usługi w celu określenia, w jakim trybie zamówienie to powinno zostać udzielone, w tym czy będzie możliwe udzielenie zamówienia przy zastosowaniu art. 30 ust. 4 Pzp, oraz że

„podstawowe znaczenia dla możliwości skorzystania ze wskazanej możliwości będzie dokonanie oszacowania, między innymi do ustalenia, czy zachodzą przedstawiane wyżej przesłanki zastosowanie tego przepisu, w szczególności czy wartość części zamówienia nie przekracza 20% wartości zamówienia. Tym samym Zamawiający wyodrębniając stosowną część postępowania, niezbędną w jego opinii do zabezpieczenia potrzeb na usługi konserwacji hydroforni i przepompowni w okresie prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne, na cały zakładany okres, jest obowiązany właściwie oszacować wartość tej części, w tym celu, aby szacowanie opierało się na faktycznych wartościach tego typu usług, jeszcze przed wszczęciem tego postępowania, wystąpił do wybranych wykonawców, w tym do Odwołującego z zapytaniem o oszacowanie wartości zamówienia”.

Wywody te należy uznać za trafne. **Część zamówienia, do udzielenia której stosowany jest art. 30 ust. 4 Pzp, może być udzielona przed pozostałą częścią (pozostałymi częściami) zamówienia. W takim wypadku dla oceny dopuszczalności udzielenia części zamówienia przy zastosowaniu art. 30 ust. 4 Pzp należy określić wartość (łącną) wszystkich części zamówienia oraz wartość części zamówienia, która miałaby zostać udzielona przy zastosowaniu art. 30 ust. 4 Pzp.** Jeżeli wartość tej części nie przekracza równowartości 80.000 euro należy ją porównać do wartości (łącnej) wszystkich części zamówienia, a jeżeli porównanie daje wynik nie wyższy niż 20 %, można udzielić części zamówienia przy zastosowaniu art. 30 ust. 4 Pzp.

W przypadku, gdy wartość części zamówienia, do udzielenia której stosowany jest art. 30 ust. 4 Pzp nie przekracza 130.000 złotych, ta część zamówienia będzie mogła być udzielona bez stosowania przepisów Pzp.

W okolicznościach niniejszej sprawy wartość części zamówienia, które miałyby zostać udzielone przy zastosowaniu art. 30 ust. 4 Pzp to wartość zamówienia, którego przedmiotem będzie świadczenie Usług, a wartość (łącna) wszystkich części zamówienia to wartość zamówienia, którego przedmiotem będzie świadczenie Usług, powiększona o wartość zamówienia w Postępowaniu 2022. W sytuacji, w której nie jest znana wartość zamówienia, którego przedmiotem będzie świadczenie Usług, w konsekwencji nie wiadomo, jaka jest wartość (łącna) wszystkich części zamówienia.

Wobec powyższego nie można ponad wszelką wątpliwość stwierdzić, że Zamawiający nie może udzielić zamówienia, którego przedmiotem będzie świadczenie Usług, (będącego częścią zamówienia, do udzielania której stosowany jest art. 30 ust. 4 Pzp), bez stosowania przepisów Pzp, a więc że zobowiązany jest zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 1) Pzp. udzielić zamówienia, którego przedmiotem będzie świadczenie Usług, z zastosowaniem przepisów Pzp.”

Wyrok KIO z dnia 6 lipca 2023 r. sygn. akt KIO 1790/23 – kwota na sfinansowanie zamówienia

„(...) kwota na sfinansowanie zamówienia to nic innego jak oparta o odpowiednie dane finansowe (plany finansowe na dany rok budżetowy, wieloletnie prognozy finansowe, etc.) deklaracja zamawiającego o gwarantowanej minimalnej kwocie, jaka może zostać przeznaczona na realizację zamówienia. Wiąże ona Zamawiającego co do minimalnego poziomu deklarowanych środków finansowych, nie ma jednak przeszkód, aby środki te uległy późniejszemu zwiększeniu. Szczególną uwagę należy zwrócić na nałożony na instytucje zamawiające w art. 222 ust. 4 ustawy Pzp obowiązek informowania o kwocie przeznaczonej

na sfinansowanie zamówienia przed otwarciem ofert, a zwłaszcza na cel, jakiemu powyższy obowiązek informacyjny ma służyć. Cel ten należy interpretować z uwzględnieniem całokształtu przepisów ustawy Pzp, które do kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia referują wyłącznie w kontekście przesłanek unieważnienia postępowania – albo ze względu na fakt, że cena oferty jest wyższa niż ta kwota, albo z uwagi na nieprzyznanie zamierzonych środków na sfinansowanie zamówienia (por. art. 255 pkt 3, art. 257, art. 310, art. 355 ust. 3 ustawy Pzp). **Poinformowanie przed otwarciem ofert o kwocie, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, służy zatem możliwości dokonania obiektywnej oceny czy zaoferowane przez wykonawców ceny nie przekraczają możliwości finansowych zamawiającego i czy uzasadnione jest dalsze prowadzenie postępowania. Jednocześnie instytucja ta chroni wykonawców przed arbitralnym unieważnieniem postępowania, wyznaczając górną granicę ceny oferty, dopiero po przekroczeniu której aktualizuje się uprawnienie zamawiającego do unieważnienia postępowania ze względu na brak dostatecznych środków.** Publikowana deklaracja Zamawiającego ma zatem istotne znaczenie dla realizacji zasady jawności i przejrzystości postępowania, a w dalszej kolejności także uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.”

Wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2023 r. sygn. akt KIO 835/23 – projekt umowy – zwiększenie zakresu robót

„Izba ustaliła, że Zamawiający w treści § 9 ust. 14 Umowy postanowił, że „Jeżeli, w przypadkach o których mowa w ust. 7 oraz ust. 11, z przyczyn nieleżących po stronie Wykonawcy, dojdzie do formalnego (tj. na podstawie pisemnego aneksu do Umowy lub pisemnej ugody/porozumienia między stronami Umowy) wydłużenia terminu realizacji Umowy lub Etapu bez zmiany zakresu Robót, możliwa będzie zmiana Wynagrodzenia netto poprzez jego zwiększenie maksymalnie do wartości pozwalającej na pokrycie dodatkowych, uzasadnionych i udokumentowanych Kosztów Ogólnych, nie ujętych w Kosztach realizowanych Robót.” (...) Podkreślić należy, że **nawet w sytuacji zwiększenia zakresu czy wielkości robót, Wykonawcy będzie przysługiwało wynagrodzenie na pokrycie Kosztów Ogólnych wyliczone na podstawie odpowiednich postanowień wynikających z dokumentacji postępowania. Postanowienia zawarte w Umowie uwzględniają więc w ocenie Izby uzasadniony interes Wykonawcy, a ponadto nie naruszają równowagi stron Umowy. Odwołujący nie wykazał natomiast, że taki sposób wyliczania wysokości Kosztów Ogólnych, przy zmianie zakresu robót, jak wskazał Zamawiający jest niewystarczający, czy też rażąco zaniżony.** Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że niezasadne są dążenia Odwołującego do ustalenia wypłaty dodatkowego wynagrodzenia bez wykazania przez Wykonawcę, że dodatkowe koszty będą przez niego faktycznie poniesione i w jakiej nastąpi to wysokości.”

Wyrok KIO z dnia 21 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 317/23 - opis przedmiotu zamówienia – projektowane postanawianie umowy

„Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla wykonawców treści opisu przedmiotu zamówienia lub postanowień przyszłej umowy, jeżeli treść nadana przez Zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów. Nawet w sytuacji, gdy zaskarżone postanowienia dokumentów zamówienia mogłyby być sformułowane lepiej pod kątem racjonalności czy celowości lub być mniej restrykcyjne dla wykonawców, to jeśli nie stoją one w sprzeczności z obowiązującymi przepisami prawa, odwołanie nie może zostać uwzględnione. Legalność jest bowiem jedynym kryterium oceny stosowanym przez Izbę w postępowaniu odwoławczym. Inne aspekty mogą podlegać określonym konsultacjom z uczestnikami rynku (przykładowo w ramach takiego rodzaju przedsięwzięć, jak wskazane przez Zamawiającego Forum Inwestycyjne). Wypracowywaniu optymalnych rozwiązań nie służy natomiast postępowanie odwoławcze, które jest wyłącznie środkiem eliminacji działań naruszających przepisy ustawy i w tym właśnie aspekcie mogły być ocenione podniesione w rozpoznawanej sprawie zarzuty.”

Wyrok KIO z dnia 21 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 317/23 – rękojmia i gwarancja

„W ocenie Izby zostało wykazane, że zaskarżone postanowienie powoduje obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością z tytułu rękojmi i gwarancji w sposób sprzeczny z naturą tego stosunku. Na podstawie tego postanowienia Zamawiającemu przysługiwałyby wobec wykonawcy roszczenia nawet w sytuacji, gdyby określona wada powstała w wyniku działania podmiotu trzeciego, w tym z jego wyłącznej winy, nie ulega bowiem wątpliwości, że ingerencja nowego wykonawcy może skutkować uszkodzeniem robót wykonanych przez poprzedniego wykonawcę.

Podkreślenia wymaga, że odpowiedzialność z tytułu rękojmi i gwarancji odnosi się do wad przedmiotu umowy wykonanego przez wykonawcę. O ile więc wykonawca przyjmuje odpowiedzialność za jakość robót wykonanych przez siebie czy za pomocą podwykonawców, to nie może on gwarantować za to, co z przedmiotem robót zrobi podmiot trzeci, w oderwaniu od tego, jak sam wykonawca te roboty wykonał – a taką właśnie odpowiedzialnością skutkowałoby utrzymanie zaskarżonego postanowienia. W sytuacji ingerencji w przedmiot umowy przez inny podmiot wykonawca nie ma żadnego wpływu na rodzaj i zakres zmian oraz prawidłowość ich wykonania. **Żądanie, aby wykonawca z góry zrzekł się możliwości powołania na odpowiedzialność innych podmiotów, jest ze strony Zamawiającego nadużyciem i przekracza dopuszczalne granice swobody umów. Zamawiający bowiem, korzystając z tego, że jest uprawniony do ukształtowania postanowień umowy, w swoim interesie, ale sprzecznie z istotą odpowiedzialności z tytułu rękojmi i gwarancji, próbuje spowodować, że uzyska od wykonawcy zaspokojenie roszczeń nawet bez potrzeby ustalania, czy podmiot trzeci nie uszkodził przedmiotu robót.**

Zamawiający powołał się na możliwość rozszerzenia odpowiedzialności także na wady powstałe po przejściu niebezpieczeństwa na kupującego, w ocenie Izby możliwość taka nie jest jednak tożsama z obciążeniem wykonawcy odpowiedzialnością za wady wywołane działaniem podmiotu trzeciego, które nie powstałyby, gdyby takiej ingerencji nie było. O ile nie ma wątpliwości, że zmiana wykonawcy nie powinna powodować wygaśnięcia roszczeń z tytułu rękojmi i gwarancji, to wykonawca powinien jednak móc powołać się na ingerencję podmiotów trzecich kontynuujących roboty.

Wobec powyższego Izba nakazała Zamawiającemu zmianę § 29 ust. 6 WU, poprzez wykreślenie fragmentu: a Wykonawca nie może się uwolnić od odpowiedzialności z tytułu

rękojmi lub gwarancji powołując się na ingerencję podmiotów trzecich, kontynuujących realizację Robót na zlecenie Zamawiającego, w wykonane przez niego Roboty.”

Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2023 r. sygn. akt KIO 3481/22 – wielkość świadczenia

„W ocenie Izby, kwestionowane postanowienie narusza art. 433 pkt 4 ustawy pzp, w zakresie w jakim stanowi nieuprawnione ograniczenie zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia. Nie jest możliwe prawidłowe skalkulowanie oferty i ryzyk, gdy wykonawca nie ma pewności co do zakresu zamówienia, który zrealizuje. Zamawiający przewidując postanowienie pozwalające na wypowiedzenie umowy jest zobowiązany ustalić gwarantowaną wielkość świadczenia, czego Zamawiający nie uczynił. Postanowienie § 8 ust. 2 wzoru umowy przeczy zasadzie trwałości umów o zamówienie publiczne i w sposób niedozwolony i nieuzasadniony pozwala na ograniczenie zamówienia w dowolnym czasie i zakresie (patrz też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3107/21). Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy pzp do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495). Zamawiający jest więc uprawniony zawrzeć w umowie przesłanki rozwiązania umowy za wypowiedzeniem, niemniej jednak muszą one być w sposób jasny i precyzyjny zdefiniowane. Niedookreślone postanowienia umożliwiające rozwiązanie umowy na każdym etapie jej realizacji przekładają się na różną ocenę ryzyk przez poszczególnych wykonawców, co niewątpliwie ma także wpływ na porównywalność ofert w postępowaniu. Dlatego też, Izba nakazała Zamawiającemu wykreślenie kwestionowanego postanowienia, ewentualnie, jeśli Zamawiający identyfikuje jednoznacznie zagrożenia dla trwałości umowy, poza przewidzianymi w ust. 3 § 8 wzoru umowy oraz wynikającymi wprost z ustawy pzp, to powinien w sposób niebudzący wątpliwości je sprecyzować, wskazując jednocześnie minimalny zakres świadczenia, na poziomie umożliwiającym prawidłowe skalkulowanie ceny oferty z uwzględnieniem okresu trwania umowy przewidzianego w SWZ.”

Wyrok KIO z dnia 18 października 2022 r. sygn. akt KIO 2592/22 – odstąpienie od umowy

„Izba uznała zarzuty za zasadne. Izba w całości podziela stanowisko prezentowane przez odwołującego. Zdaniem Izby, zamawiający naruszył zasadę zachowania równowagi stron, nie wprowadzając do projektu umowy rozwiązań, które dają szansę wykonawcy na prawidłowe wykonanie zobowiązań umownych. Prawidłowa realizacja umowy nie zawsze może przebiegać bezproblemowo, zwłaszcza w sytuacji, w której uzależniona jest ona od czynników, na które ani zamawiający ani wykonawca nie mają wpływu. Dlatego też koniecznym wydaje się wprowadzenie takich postanowień umownych (z odpowiednimi terminami), które umożliwią wykonawcy poprawienie jakości świadczonej usługi, ewentualne wyjaśnienie zaistniałych zdarzeń. Automatyczne odstąpienie zamawiającego od umowy, bez dania szansy wykonawcy na wyjaśnienie zaistniałych okoliczności narusza równowagę stron, z negatywnymi konsekwencjami po stronie wykonawcy.”

Wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2022 r. sygn. akt KIO 1578/22 – umowa w sprawie zamówienia publicznego

„Izba uznała za bezpodstawny zarzut naruszenia art. 8, art. 431 ustawy P.z.p. w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez ustalenie niesymetrycznych uprawnień stron do wypowiedzenia umowy, tj. poprzez :

a) zastrzeżenie w projekcie umowy uprawnienia zamawiającego do rozwiązania umowy z dowolnego powodu z zachowaniem 6-cio miesięcznego okresu wypowiedzenia podczas, gdy wykonawca może wypowiedzieć umowę z ważnego powodu z zachowaniem de facto 6-cio miesięcznego okresu wypowiedzenia;

b) zastrzeżenie w projekcie umowy uprawnienia do rozwiązania umowy z dowolnego powodu wyłącznie dla zamawiającego, podczas gdy wykonawca na mocy umowy jest uprawniony do wypowiedzenia umowy wyłącznie z ważnego powodu.

Odwołujący uzasadnił podniesiony zarzut dysproporcją w zakresie uprawnień stron co do wypowiedzenia umowy.

W tym miejscu wskazać należy, że ograniczenie wolności ułożenia stosunku prawnego wedle uznania stron polega jedynie na tym, że jego treść lub cel nie może sprzeciwiać się właściwości zobowiązania, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Jak wskazuje się w orzecznictwie, z zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron (wyrok SN z dnia 18 marca 2008 r., IV CSK 478/07).

Izba wskazuje, że zgodnie z art 353¹ K.c., strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. Przepisy ustawy P.z.p. modyfikują zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów. Nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika *expressis verbis* z przepisów ustawy P.z.p. W umowie w sprawie zamówienia publicznego zamawiający może formułować postanowienia wyłącznie korzystne dla niego. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest pogląd, że zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzi częstokroć do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy.

Podkreślić należy, że umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są uznawane za *sui generis* umowy adhezyjne (tak np. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 16 lipca 2016 roku sygn. akt: XXIII Ga 924/14 oraz Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 lutego 2016 roku sygn. akt II CSK 197/15). Jak wskazał Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z 14 kwietnia 2008 r., X Ga 67/08 Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353¹ k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem

zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Składając ofertę zabezpiecza zatem swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę. Umowy zawierane w trybie udzielenia zamówienia publicznego zbliżone są w swym charakterze do kategorii umów przystąpienia (umów adhezyjnych). Dominująca pozycja Zamawiającego wynika nie, jak w przypadku umów adhezyjnych z przewagi ekonomicznej jednego z kontrahentów, a z faktu, iż jest stroną reprezentującą interes publiczny. Dla umów adhezyjnych charakterystyczne jest, iż najważniejsze ich warunki określa jeden z kontrahentów posługując się najczęściej ogólnymi warunkami umów. Podobnie w przypadku umów zawieranych w trybie udzielenia zamówienia publicznego - w specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy zawrzeć wszystkie istotne warunki przyszłej umowy. Zamawiający może wręcz załączyć do specyfikacji wzór (projekt) przyszłej umowy lub ogólne warunki umowy, jeżeli zamierza na takich warunkach zawrzeć umowę. W takim przypadku złożenie oferty jest równoznaczne ze zgodą kontrahenta na zawarcie umowy według wzorca umownego (art. 384 § 1 k.c.). Zasada równości, na którą powołuje się Skarżący nabiera na gruncie prawa zamówień publicznych zupełnie innego znaczenia. W myśl art. 7 PZP Zamawiający obowiązany jest do traktowania na równych prawach wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienia publiczne i do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Powołany przez Skarżącego art. 7 PZP stanowić ma w założeniu swoistego rodzaju barierę przed nadużyciami ze strony Zamawiającego i wyraża dwie podstawowe zasady prawa zamówień publicznych - zasadę równości oraz zasadę uczciwej konkurencji. Zdecydowanym celem powyższych regulacji jest wyeliminowanie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakichkolwiek elementów, które miałyby charakter dyskryminacyjny. Także w samym postępowaniu zmierzającym do wyłonienia wykonawcy musi być przestrzegana zasada niedyskryminacji. Można uznać, że postępowanie ma charakter dyskryminacyjny wówczas, gdy prowadzi do wyłączenia określonej kategorii potencjalnych wykonawców bez uzasadnionej przyczyny. Nie sposób przyjąć, że ustalenie istotnych warunków zamówienia następuje w sposób dowolny w drodze jednostronnej czynności Zamawiającego. Jednakże **zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 PZP, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera istotne dla zamawiającego postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy. Zastosowane przez Zamawiającego kryteria spełniają warunek niedyskryminacji jeżeli są istotne z punktu widzenia rzeczywistych potrzeb zamawiającego. Zamówienia publicznego udziela się bowiem w ściśle określonym celu, dla zaspokojenia z góry oznaczonych potrzeb publicznych. Należy więc stwierdzić, że kształtowanie poszczególnych warunków kontraktu nie jest działaniem dowolnym, a ich treść musi mieć zawsze swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach jednostki zamawiającej.** Z powyższego wynika, że odwołujący nie może domagać się zmian w projekcie umowy w zakresie ustalenia jednakowych uprawnień do wypowiedzania umowy, powołując się jedynie na brak równowagi kontraktowej. Tym samym zarzut należało uznać za nieuzasadniony.”

Wyrok KIO z dnia 16 marca 2022 r. sygn. akt KIO 516/23 - opis przedmiotu zamówienia

„W ocenie Izby, stanowisko Zamawiającego, iż treści OPZ oraz wzór umowy nie są dokumentami koniecznymi do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie zasługuje na aprobatę. Po dokonaniu analizy treści SWZ udostępnionej przez Zamawiającego, w oparciu o którą wykonawcy mieliby decydować o tym czy złożyć wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, Izba wskazuje, że dokument ten zawiera jedno zdanie dotyczące przedmiotu zamówienia. Na stronie 3 została zawarta informacja, iż przedmiotem zamówienia jest Świadczenie usług operatora sieci rozległej WAN. SWZ nie zawiera żadnych innych informacji co do zakresu, terminu czy wymaganego sposobu wykonania zamówienia. Informacje te zostały zawarte w załączniku nr 5 do SWZ – OPZ, dokumentu, do którego dostęp został w sposób niezasadny znacząco ograniczony przez Zamawiającego. Zdaniem Izby za kuriozalną uznać należy sytuację, w której profesjonalny podmiot działający na rynku właściwym podejmuje strategiczne i istotne decyzje biznesowe w oparciu o jednozdaniową informację co do przedmiotu zamówienia zawartą w SWZ. Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu składany jest przez wykonawcę zainteresowanego wykonaniem zamówienia na rzecz Zamawiającego. Stanowi wstępną ocenę wymagań Zamawiającego i deklarację wykonawcy co do dalszego udziału w postępowaniu. Skoro wykonawca nie ma podstawowej wiedzy jaki jest przedmiot zamówienia, nie ma tym samym możliwości w sposób profesjonalny i staranny zweryfikować czy w ogóle wyrazić chęć uczestnictwa w postępowaniu. Nie może chociażby oceniać czy posiada odpowiednie zasoby kadrowe, sprzętowe, aby w przewidzianych przez Zamawiającego ramach czasowych wykonać przedmiot zamówienia. Zdaniem Izby, każdy odpowiedzialny wykonawca, działając poprzez swoje organy, a więc zarząd/radę nadzorczą, musi posiadać niezbędną wiedzę co do wymagań zamawiającego i przedmiotu zamówienia.”

Wyrok KIO z dnia 29 grudnia 2022 r. sygn. akt KIO 3285/22 – kryteria oceny ofert

„Izba uznała, że w kontekście zarzutu Odwołującego jakoby niedopuszczalne było zastosowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert ocenianych jedynie na podstawie informacji przekazanych przez wykonawcę w formie deklaracji zawartych w formularzu ofertowym należy wskazać, że art. 240 ust. 2 ustawy Pzp nie może być interpretowany w oderwaniu od art. 242 ust. 2 ustawy Pzp, gdzie wprost wskazano na możliwość stosowania kryteriów, które dotyczą etapu realizacji umowy, a tym samym – przy takiej interpretacji - nie są weryfikowalne na etapie składania ofert, a jedynie na podstawie deklaracji zawartej w ofercie wykonawcy. Ustawodawca wprost wymienia takie kryteria jak serwis posprzedażny, pomoc techniczna, warunki dostawy takie jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz okres realizacji.

Jak słusznie zwrócił uwagę Zamawiający, na gruncie przepisów ustawy Pzp sama treść oferty to oświadczenie woli wykonawcy wyrażone w formularzu ofertowym stanowiące jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego. W orzecznictwie pod pojęciem treści oferty należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania

przedmiotu zamówienia publicznego. Zatem oferta jest jedynie deklaracją, która ma określone skutki prawne.

W odniesieniu zaś do przytoczonych przez Odwołującego przepisów dyrektywy klasycznej, Izba uznała iż zostały one w sposób nieuprawniony zinterpretowane. Zgodnie z motywem 92 dyrektywy 2014/24/UE Oceniając najlepszą relację jakości do ceny, instytucje zamawiające powinny określić kryteria ekonomiczne i jakościowe dotyczące przedmiotu zamówienia, na podstawie których przeprowadzą ocenę. Kryteria te powinny zatem umożliwić ocenę porównawczą poziomu wykonania oferowanego w każdej z ofert w kontekście przedmiotu zamówienia określonego w specyfikacji technicznej. W odniesieniu do najlepszej relacji jakości do ceny w niniejszej dyrektywie przedstawiono otwarty wykaz możliwych kryteriów udzielenia zamówienia, który obejmuje aspekty środowiskowe i społeczne. Należy zachęcać instytucje zamawiające do wybierania takich kryteriów udzielenia zamówienia, które umożliwią im otrzymanie wysokiej jakości robót budowlanych, dostaw i usług, optymalnie odpowiadających ich potrzebom. Wybrane kryteria udzielenia zamówienia nie powinny przyznawać instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru oraz powinny zapewniać możliwość efektywnej i uczciwej konkurencji, a także powinny im towarzyszyć rozwiązania, które pozwalają na skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów. Stosownie do art. 67 ust. 4 ww. dyrektywy Kryteria udzielenia zamówienia nie mogą skutkować przyznaniem instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru. Zapewniają one możliwość efektywnej konkurencji i dołączone są do nich specyfikacje, które umożliwiają skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów, tak aby ocenić, na ile oferty spełniają kryteria udzielenia zamówienia. W razie wątpliwości instytucje zamawiające skutecznie weryfikują prawidłowość informacji i dowodów przedstawionych przez oferentów.

Z powyższego wynika, że **skuteczna weryfikacja informacji przedstawianych przez oferentów będzie zapewniona przez wskazanie przez wykonawców poziomu wykonania oferowanego w każdej z ofert.** Potwierdza to również stanowisko TSUE z 18 października 2001 r. w sprawie C-19/00, zgodnie z którym sama okoliczność, że kryterium oceny odnosi się do elementu faktycznego, który precyzyjnie będzie znany dopiero po zakończeniu realizacji (a nie w chwili wyboru oferty), nie może być uznana za równoznaczną z przyznaniem zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru. Oczywiście możliwość zastosowania takiego kryterium zależy od tego, czy odpowiednio wcześniej (w ogłoszeniu i w dokumentacji przetargowej) było podane do wiadomości uczestnikom postępowania w taki sposób, aby każdy poprawnienie/należycie poinformowany oferent, który doloży należytej staranności, mógł interpretować je w jednakowy sposób. (M. Lemke, D. Piasta, Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego zamówień publicznych w okresie od 1999 do 2005 r., Warszawa, 2006). Orzeczenie to co prawda wydane zostało na gruncie przepisów już nieobowiązujących, niemniej pogląd w nim wyrażony zachowuje swoją aktualność. Zatem, kryteria dotyczące etapu realizacji i opierające się na deklaracji wykonawcy nie powinny być automatycznie uznane za nieweryfikowalne.

(...) Ponadto, Izba zwraca uwagę na możliwość stosowania kryteriów dotyczących etapu realizacji umowy dopuszczono w ramach przygotowanego na zlecenie i w konsultacji z Urzędem Zamówień Publicznych Poradnika z katalogiem dobrych praktyk w zakresie pozacenowych kryteriów oceny ofert. Dla wykonania robót budowlanych jako przykładową, dobrą praktykę w zakresie kryterium pozacenowego wskazano zapewnienie przejezdności, a jako opis oceny oferty podano, by wykonawca określi na Formularzu oferty liczbę tygodni, w

czasie których wykonawca zapewni przejezdność 1/2 pasa(ów) ruchu. Dla zlecenia usług odbioru odpadów komunalnych jako jedno z kryteriów wymieniono częstotliwość odbioru odpadów i promowanie odbiorów odpadów bądź wybranych frakcji odpadów z większą częstotliwością poprzez podanie w Formularzu ofertowym liczby miesięcy, w których wykonawca będzie świadczył usługę opróżniania pojemników. W ramach kryteriów społecznych wskazano na możliwość premiowania w szczególności zatrudnienia do realizacji zamówienia osób bezrobotnych, niepełnosprawnych lub innych defaworyzowanych lub większej ich liczby niż minimum określone przez zamawiającego. Niewątpliwie ww. przykłady, które podlegają ocenie w ramach kryterium, nawiązują do etapu realizacji umowy, a na etapie składania ofert stanowią jedynie deklarację wykonawcy.

Izba podziela również stanowisko Zamawiającego, że sam Odwołujący nie przedstawia w odwołaniu alternatywnych kryteriów, które nie odnoszą się do etapu realizacji kontraktu, a zatem, które w ocenie Odwołującego byłyby w tym sensie „weryfikowalne”. (...)

Reasumując, **gdyby podzielić argumentację Odwołującego, to spośród przykładowo wskazanych wprost w art. 242 ust. 2 ustawy Pzp jakościowych kryteriów oceny ofert niemożliwe byłoby zastosowanie większości z uwagi na to, że ocena ofert na ich podstawie z założenia jest oparta na deklaracji wykonawcy zawartej w ofercie.**

2. KOMUNIKACJA W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO I WYBRANE ASPEKTY ELEKTORNIZACJI

Wyrok KIO z dnia 29 grudnia 2022 r. sygn. akt KIO 3346/22 – cyfrowe odwzorowanie dokumentu – poświadczanie za zgodność z oryginałem

„(...) w sytuacji gdy referencje wystawione zostały przez podmiot, na rzecz którego wykonane zostały określone roboty budowlane/dostawy/usługi w postaci papierowej i opatrzone własnoręcznym podpisem, prawidłową formą przekazania takiego dokumentu jest cyfrowe jego odwzorowanie. Dodatkowo cyfrowe odwzorowanie powinno zostać poświadczane za zgodność z dokumentem w postaci papierowej. Poświadczenia tego powinien dokonać odpowiednio wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca poprzez opatrzenie tego dokumentu - w przypadku postępowań lub konkursów, o wartości mniejszej niż progi unijne - kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczającym zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej.”

Wyrok KIO z dnia 26 września 2022 sygn. akt KIO 2366/22 – sposób komunikacji - uzupełnienie dokumentów

„Przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP mówi o sytuacji niezłożenia w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie kwestionuje zaś treści złożonych dokumentów, ich formy czy też terminu ich złożenia. Jedynym uchybieniem przedstawianym przez Odwołującego jest skorzystanie z wiadomości e-mail zamiast z platformy zakupowej do przekazania ww. dokumentów. Odwołujący nie wykazał jednak, że

dokumentów tych Zamawiający nie otrzymał, co byłoby równoznaczne z sytuacją, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c (abstrahując od konieczności skorzystania z dyspozycji art. 128 przed ewentualnym odrzuceniem oferty). Nie zaistniała więc sytuacja, w której Zamawiający nie posiada podmiotowych środków dowodowych i nie jest w stanie ocenić czy dany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu.

Trudno również odmówić racjonalności działania wykonawcy, w sytuacji, w której wezwanie do uzupełnienia dokumentów otrzymuje on właśnie m. in. w formie wiadomości e-mail. Skoro Zamawiający sam dopuszcza taki kanał komunikacji do kierowania wezwań, trudno zarzucić nieprawidłowość działaniu wykonawcy, który bezpośrednio odpowiada na wiadomość Zamawiającego i przekazuje mu podmiotowe środki dowodowe.

Kwestionowanie takiego działania w sytuacji, w której Zamawiający żądane dokumenty otrzymał, stanowiłoby nadmierny formalizm, który nie powinien stanowić celu nadrzędnego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.”

Wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2022 r. sygn. akt KIO 1455/22 – podpis

„Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, dowodem powołanym przez odwołującego, nie może być zrzut z ekranu ze skrzynki odwołującego w aplikacji ePUAP, bowiem nie służy ona do weryfikacji podpisu elektronicznego przekazywanych nią dokumentów. Za pomocą takiego zrzutu można jedynie udowodnić, że podpisany podpisem zaufanym został formularz do przekazania oferty (vide: Uchwała NSA z dnia 6 grudnia 2021 r., sygn. I FPS 2/21, w której Sąd uznał, że skargę stanowiącą załącznik do formularza pisma ogólnego, podpisanego podpisem zaufanym, przesłanego przez platformę ePUAP, należy uznać za podpisaną jedynie wówczas, gdy została ona odrębnie podpisana podpisem kwalifikowanym, podpisem zaufanym albo podpisem osobistym). Odwołujący na rozprawie, co prawda zaprzeczył temu twierdzeniu, jednakże dowodu na okoliczność przeciwną nie zgłosił. W ocenie Izby, za zasadne przyjęć należy stanowisko, iż w przypadku grupy dokumentów, które są spakowane do jednego folderu i „zipowane”, można uznać za podpisane podpisem kwalifikowanym, podpisem zaufanym albo podpisem osobistym tylko w sytuacji, gdy folder ten uzyskał rozszerzenie .xml. W takim przypadku folder taki posiada następujące rozszerzenie: .zip.xml. Tymczasem folder odwołującego zawiera jedynie rozszerzenie .zip, które potwierdza, że grupa dokumentów w nim zamieszczona została sformatowana do formatu ZIP. Zarówno dowód przedstawiony przez zamawiającego (zrzuty ekranu), jak i samodzielnie przeprowadzona przez Izbę weryfikacja folderu odwołującego „N. O. P. E.zip”, potwierdzają, że folder ten nie został opatrzony podpisem kwalifikowanym, podpisem zaufanym albo podpisem osobistym, co oznacza, że oferta (oraz inne dokumenty) nie została podpisana w sposób określony przez zamawiającego.”

Wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 56/22 – podpis elektroniczny

„Jak wynika z dokumentacji postępowania podmiotowe środki dowodowe w postaci referencji zostały wraz z oświadczeniem w postaci wykazu usług złożone przez wykonawcę R. w postaci skanu dokumentów sporządzonych pierwotnie w postaci papierowej, opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W ocenie składu orzekającego Izby w ww. stanie faktycznym przepis § 8 rozporządzenia Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia

30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie znajduje odpowiednie zastosowanie. Izba za prawidłowe uznała stanowisko zamawiającego, że: **„Niezależnie od tego, czy dojdzie do podpisania każdego pliku z osobna, czy wszystkich plików łącznie poprzez podpisanie pliku skompresowanego, należy uznać, że podpis złożony pod zestawem plików obejmuje całość zawartych w nim danych. Kwalifikowany podpis elektroniczny, co do zasady obejmuje całą treść, niezależnie od tego gdzie znajduje się wizualizacja tego podpisu lub czy ta wizualizacja w ogóle występuje.”**

Wyrok KIO z dnia 27 września 2021 r. sygn. akt KIO 2464/21 – weryfikacja podpisu

„Niesporne jest, że z uwagi na wartość zamówienia wymogiem w postępowaniu, zgodnie z art. 63 ust. 2 pzp w ofertę i oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. ustawy należało złożyć, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

Według oświadczenia odwołującego składając ofertę oraz dokument oświadczenia posłużył się on podpisem zaufanym, który złożyli oboje wspólnicy na tych dokumentach. W odwołaniu zostało użyte określenie o zagnieżdzeniu podpisu, co może być rozumiane jako wprowadzenie do dokumentu obrazu własnego podpisu, jakkolwiek określenie to nie ma normatywnego oznaczenia. Tym samym podpis, niezależnie od ewentualnej oceny, został złożony wprost w dokumentach.

Izba podziela stanowisko zamawiającego, że jego prawem jest weryfikacja podpisu elektronicznego.

Jednocześnie skład orzekający zauważa, że podjęte próby za pomocą szeregu programów i weryfikatorów nie doprowadziły do wykrycia kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Oświadczenie zamawiającego w tym zakresie nie powinno budzić wątpliwości. Należy w tym miejscu zauważyć, że czynności zamawiającego zmierzały do ustalenia podpisu kwalifikowanego, co do którego przepis ustawy pzp nie przewiduje obowiązku zastosowania w zakresie postępowań tzw. podprogowych, co wynika z powołanego art. 63 ust. 2 oraz art. 125 pzp, podpisu kwalifikowanego, która to forma jest wymagana dla innych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego. Można zauważyć, że czym innym jest narzędzie w postaci profilu zaufanego na ePUAP, a czym innym jest kwalifikowany podpis elektroniczny. Oba podpisy służą do podpisywania elektronicznego, jednak ich przeznaczenie nie są tożsame. Kwalifikowany podpis elektroniczny korzysta na przykład z domniemań ustanowionych przez ustawodawcę i jest szczególną formą podpisu zaawansowanego, o określonych wymaganiach technicznych i organizacyjnych. Siatka pojęciowa podpisów elektronicznych nie wydaje się jednoznaczna i oczywista jako że podlega stałemu rozwojowi. Również obsługa podpisu i jego weryfikacja nie zawsze daje pewny wynik, co może być zależne od narzędzia, które jest używane.

W ramach argumentacji zamawiający dla wskazania różnic w dokumentach wskazał na dokument odwołania, który zweryfikował jako prawidłowo podpisany w odróżnieniu od oferty.

Zamawiający poddał weryfikacji sam plik Odwołującego z odwołaniem. Zgodnie z informacją zawartą po weryfikacji pliku Zamawiający odczytał następujące dane: Właściciel podpisu: K.

P. G., Data i godzina podpisu: 2021-08-18 18:35:26 Status podpisu: Ważny. Rodzaj podpisu: Podpis zaufany.

Należy w tym miejscu zauważyć, że podpis odwołania był rutynowo sprawdzany przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z udziałem pracowników obsługi Izby. Wynik walidacji był pozytywny, jednakże treść informacji o podpisie różniła się. Jako właściciel został wskazany K. G. (bez drugiego imienia), a godzina podpisu była o dwie godziny późniejsza. Przy znanej okoliczności o zasadniczo niezmienności podpisu tej samej osoby w tym samym dokumencie, strony nie potrafiły wyjaśnić zdarzenia wskazanego wyżej. **W ogólnej konkluzji składu orzekającego można w tym wypadku zasugerować tezę, że także w obszarze dokumentów elektronicznych mogą zaistnieć wątpliwość co do ich treści i formy wymagające nie rutynowego badania.**

W rozpatrywanej sprawie skład orzekający uznaje, że wykazany został fakt złożenia podpisu elektronicznego na kwestionowanych dokumentach. Pomimo negatywnej weryfikacji ze strony zamawiającego, fakt ten został uwidoczniiony w okazany stronom w odniesieniu do dokumentu oferty, jak i spornego oświadczenia wykonawcy.”

Wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 2134/21 – komunikacja w postępowaniu

„(...) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym i nie zawsze jest tak, że ten formalizm jest bezpodstawny. Formalizm postępowania ma za zadanie zapewniać realizację postępowań zgodnie z ustawą Pzp i chronić wykonawców przed niepożądanymi zachowaniami zamawiającego. W ocenie Izby, brak było podstaw do podjęcia przez Zamawiającego, czynności na podstawie ustnej informacji. Zamawiający po zakończeniu aukcji elektronicznej i zapoznaniu się z ofertami jakie zostały złożone w jej toku przystąpił do ich badania i oceny i w ocenie Izby podjął właściwe czynności. W niniejszej sprawie dostrzeżenia również wymagało, że odwołujący nie potwierdził informacji przekazanej ustnie, poprzez przyjętą formę komunikacji elektronicznej, w toku aukcji elektronicznej, chociaż od momentu złożenia zaniżonego postąpienia przez odwołującego do jej zakończenia upłynęło ponad 15 minut. Wykonawca jako podmiot profesjonalnie prowadzący działalność gospodarczą zobowiązany jest do zachowania należytej staranności. Natomiast w tej sprawie taka staranność w ocenie Izby nie została przez odwołującego dochowana. Reakcję odwołującego na popełniony błąd - w postaci telefonu do zamawiającego, uznać należy za nieprofesjonalną. Jak przyznał sam odwołujący, w toku rozprawy, w tym zakresie nie dochował należytej staranności. **W zamówieniach publicznych komunikacja ustna dopuszczona jest co do zasady tylko i wyłącznie w nieistotnych kwestiach, w przypadku składania jakichkolwiek oświadczeń konieczne jest zastosowanie formy pisemnej. Zasada pisemności jest jedną z naczelných zasad ustawy Pzp. Izba, stanowczo nie zgada się ze stanowiskiem pełnomocnika odwołującego wyrażonym w toku rozprawy, iż cyt. „kluczowe znaczenie dla niniejszej sprawy ma fakt, iż w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym przez zamawiającego w dniu 23.04.2021 r. wskazano osobę do kontaktu, tj. p. M. S., podając również jej numer telefonu. W związku z tym zamawiający dopuścił w niniejszym postępowaniu kontakt telefoniczny wykonawców z zamawiającym, co w ocenie odwołującego oznacza dopuszczenie składania oświadczeń woli w formie ustnej.” Jak już wskazano powyżej formy komunikacji i składania oświadczeń woli w postępowaniu zostały precyzyjnie określone przez zamawiającego i niewątpliwie nie ma wśród nich formy ustnej.”**

3. WADIUM

Wyrok KIO z dnia 16 września 2022 r. sygn. akt KIO 2271/22 – zatrzymanie wadium - zabezpieczenie należytego wykonania umowy

„Izba stoi na stanowisku, że niewniesienie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy przez Odwołującego obejmuje wszelkie przyczyny, zarówno przez Odwołującego zawinione, jak i niezawinione.

W związku z powyższym, rację ma Zamawiający, który stwierdził na rozprawie, że „przepis ustawy PZP uprawnia zamawiającego do zatrzymania wadium niezależnie od przyczyn”. Na marginesie, Izba wskazuje, że dalsze oczekiwanie Zamawiającego na przedstawienie zabezpieczenia przez Odwołującego było niemożliwe z uwagi na fakt, że środki na realizację inwestycji „Rozbudowa drogi powiatowej nr (...) w miejscowości R. w zakresie budowy chodnika i zjazdów” pochodziły z rezerwy subwencji ogólnej Ministerstwa Infrastruktury, które należało wydatkować i rozliczyć do końca bieżącego roku kalendarzowego, na co zwrócił uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, jak i na rozprawie.

Nadto zgodnie z pkt XVII ust. 1 zd. 1 SWZ: „Wykonawca będzie związany ofertą przez okres 30 dni, tj. do dnia 28.08.2022 r.”. Tym samym, zdaniem Izby, rację ma Zamawiający, że nie mógł przystać na dalsze opóźnienie w złożeniu zabezpieczenia, ponieważ w dniu 28.08.2022 r. mijał termin związania ofertą dla drugiego wykonawcy, który również musiał dysponować odpowiednim czasem na złożenie wymaganego zabezpieczenia.

Reasumując, Izba mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne doszła do przekonania, że Zamawiający nie naruszył art. 98 ust. 6 pkt 2 ustawy PZP.”

4. KWALIFIKACJA PODMIOTOWA WYKONAWCÓW

Wyrok KIO z dnia 14 lipca 2023 r. sygn. akt KIO 1860/23 - doświadczenie nabyte w konsorcjum

„Izba podziela stanowisko prezentowane w orzecznictwie i doktrynie, iż do oceny doświadczenia zdobytego w ramach konsorcjum należy każdorazowo podchodzić indywidualnie, biorąc pod uwagę przede wszystkim treść warunku udziału w postępowaniu, konkretne działania wykonawców podejmowane podczas realizacji wskazanej na potwierdzenie spełnienia tego warunku inwestycji oraz faktyczną możliwość wyodrębnienia i podziału zadań pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum. Istotne jest również w jaki sposób Wykonawca powołujący się na doświadczenie i wiedzę zdobyte w ramach zadania wykonywanego przez grupę wykonawców te okoliczności wykazuje, czy to przez złożenie wymaganych wykazów, referencji, dodatkowe wyjaśnienia, umowy konsorcjum, faktury za

wykonanie poszczególnych elementów zamówienia, ustalenia wewnętrzne między konsorcjantami, inne ustalenia. Wydaje się zatem, że dla rozstrzygnięcia zagadnienia, czy dany wykonawca jako członek konsorcjum, może powoływać się na doświadczenie zdobyte w ramach takiej grupy najistotniejsze znaczenie będzie miał przedstawiony Zamawiającemu materiał dowodowy potwierdzający rzeczywisty zakres czynności wykonywanych przez dany podmiot i istotność tych czynności dla całego przedmiotu danego zamówienia.”

Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2023 r. sygn. akt KIO 1778/23 - doświadczenie nabyte przy realizacji dwóch umów wykonywanych równocześnie

„ (...) możliwe jest powoływanie się na doświadczenie nabyte przy realizacji dostawy/ usługi w ramach dwóch umów, które były wykonywane równocześnie na rzecz tego samego zamawiającego. Jak zwróciła uwagę KIO w wyroku z dnia 21 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3263/22: dla wymogu doświadczenia całkowicie indyferentne jest to, czy dane usługi były wykonywane na podstawie dwóch równoległe zawartych umów, czy też jednej; a wprowadzenie wymogu wykonywania usługi na podstawie jednej umowy prowadziłoby do niepotrzebnego ograniczenia konkurencji. Do podobnych wniosków prowadzi lektura orzeczenia KIO z dnia 24 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1448/21, w którym Izba dokonała wyraźnie rozróżnienia pomiędzy zamówieniem, a umowami przyjmując, że zamawiający może przyjąć, że ma do czynienia z jednym zamówieniem, pomimo zawarcia odrębnych umów, cyt. "Zamawiający wymagał wykazania się co najmniej jednym zamówieniem (...) jednak nie sprecyzował określenia "zamówienie", nie podał sposobu jego rozumienia na potrzeby stawianego warunku udziału w postępowaniu, (...) jak również, że referencyjne zamówienie ma być wykonane w ramach jednej umowy. W związku z tym z SIWZ nie wynika zakaz powołania się na zamówienie zrealizowane na rzecz tego samego odbiorcy w tym samym czasie na podstawie dwóch umów. Zauważenia przy tym wymaga, iż w reżimie zamówień publicznych częstą praktyką jest podział zamówienia na części, w wyniku których zawierane są odrębne umowy. (...) należy przyjąć, że mimo zawarcia odrębnych umów, zważywszy na specyfikę przedmiotu zamówienia, chodziło o jedno zamówienie podzielone formalnie na części. (...). Okoliczność zatem, iż formalnie zostały zawarte dwie umowy i w konsekwencji zostały sporządzone odrębne protokoły odbioru ich przedmiotu, (...) nie może, jak tego oczekuje Odwołujący, wskazywać na brak spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego w zakresie zdobytego przez tego wykonawcę doświadczenia. Cel postawienia warunku, tj. wykazanie się wykonawcy określonymi w nim umiejętnościami został osiągnięty.” Z analogiczną sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający w treści SWZ ustanowił warunek w zakresie doświadczenia wymagając, aby wykonawca wykazał, iż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał co najmniej jedną dostawę obejmującą co najmniej dwa serwery z dyskami wraz z ich wdrożeniem (wniesienie, montaż, konfiguracja) o wartości co najmniej 300 000,00 zł. brutto. Użycie sformułowania „dostawa” oznacza, że trafnie interpretuje treść warunku zamawiający wskazując, że możliwe jest wzięcie pod uwagę doświadczenia nabytego przez wykonawcę przy realizacji dwóch, odrębnie zawartych umów, na rzecz tego samego zamawiającego, które były realizowane w tym samym czasie i zawarte w wyniku jednego postępowania. W sytuacji bowiem, gdy zamawiający nie zdefiniuje w SWZ pojęcia dostawy, to decydujące znaczenie ma specyfika konkretnej sytuacji i postrzeganie jej jako jednej,

funkcjonalnej całości. Interpretacji pojęcia „dostawa” nie można zatem utożsamiać ze sformułowaniem „umowa”, a należy dokonywać jej w kontekście konkretnego zamówienia i brzmienia SWZ.”

Wyrok KIO z dnia 8 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 179/23 – uzupełnienie dokumentów

„(...) skorzystanie przez Zamawiającego z instytucji określonej art. 128 ust. 1 ustawy Pzp co do zasady ma charakter jednokrotny. Tym samym błędy popełnione przez Wykonawcę na etapie uzupełniania czy też poprawiania JEDZ obciążają samego Wykonawcę”

Wyrok KIO z dnia 7 listopada 2022 r. sygn. akt KIO 2804/22 – uzupełnienie dokumentów

„Stosowanie tej zasady polega bowiem, jak jednolicie wskazuje się w orzecznictwie i poglądach doktryny, na jednokrotnym wezwaniu w zakresie konkretnego dokumentu, czy nawet konkretnej informacji zawartej w danym dokumencie, nie zaś na jednokrotnym wzywaniu danego wykonawcy w ogóle.”

Wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2021 r. sygn. akt KIO 1649/21 - uzupełnienie dokumentów

„Izba podziela stanowisko zamawiającego, wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. jest wezwaniem jednokrotnym.”

Wyrok KIO z dnia 11 lipca 2023 r. sygn. akt KIO 1795/23 – wyjaśnienie dokumentów

*„Zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. **Z treści powyższego przepisu: „zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień” wynika, że złożenie wyjaśnień nie jest procedurą obligatoryjną.** Tylko w wypadku, gdy zamawiający poweźmie wątpliwości co treści czy to oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 czy też innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu zwraca się do wykonawców z wezwaniem do wyjaśnień, przy czym wezwanie zamawiającego może być kierowane do wykonawców wielokrotnie.”*

Wyrok KIO z dnia 6 lipca 2023 r. sygn. akt KIO 1770/23 – wyjaśnianie dokumentów

„Należy wskazać, że z brzmienia art. 128 ust. 4 Pzp wynika, że zamawiający może skorzystać z uprawnienia wynikającego z tego przepisu, gdy treść złożonego przez wykonawcę dokumentu wymienionego (bądź dokumentów wymienionych) w tym przepisie jest niejasna, gdyż wyjaśniane może być tylko to, co jest niejasne. Niejasność ta musi być konkretna, przy czym może ona wynikać zarówno z treści jednego dokumentu złożonego przez wykonawcę (na przykład gdy jego treść jest niespójna), jak i z treści różnych dokumentów złożonych przez wykonawcę. Nie może ulegać wątpliwości, że przepis ten ma służyć wyłącznie wyjaśnieniu

treści wymienionych w nim dokumentów złożonych przez wykonawcę, natomiast nie może prowadzić do uzupełniania dokumentów, które wykonawca złożył w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o dokument bądź dokumenty, których wykonawca nie złożył na wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp.”

Wyrok KIO z dnia 15 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 284/23 - podwykonawstwo - potencjał podmiotu trzeciego – zmiana treści oferty

„Izba stwierdziła, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca A.K. znacząco rozszerzył zakres robót, które miałby wykonywać podwykonawca P. w stosunku do tych wskazanych w ofercie. (...)

W ocenie składu orzekającego dokonana zmiana treści oferty jest niedopuszczalna na gruncie art. 123 p.z.p., zgodnie z którym wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Normę tę należy wyklądać mając także na uwadze art. 122 p.z.p., na gruncie którego: „Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu”.

Powyższe oznacza, że w momencie, kiedy zamawiający – po negatywnej weryfikacji podmiotu udostępniającego wykonawcy zasoby do wykazania spełnienia warunku udziału w przetargu, wezwie wykonawcę do uzupełnienia zdolności podmiotowej dotyczącej spełnienia tego warunku, wykonawca może: 1) wskazać innego podwykonawcę 2) wykazać się samodzielnym spełnieniem warunku. Niemniej, już po upływie terminu na składanie ofert w postępowaniu obowiązuje zasada niezmienności treści oferty, w tym co do istotnych jej elementów, tu w zakresie sposobu realizacji umowy, więc ustawodawca dopuszcza zmianę podmiotu udostępniającego zasoby zgodnie z ograniczeniem określonym w art. 123 p.z.p. Oznacza to, że w takiej sytuacji – w przeciwieństwie do możliwości szerokiego poprawienia, uzupełnienia i wyjaśniania oświadczeń z art. 125 ust. 1 p.z.p., mamy znaczący ustawowy zakaz dotyczący zasad posługiwania się potencjałem podmiotu trzeciego. Ograniczenie dotyczy czasu – uprawnienie do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego przysługuje do upływu terminu składania ofert, i ograniczenie dotyczące zakresu – uprawnienie do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego w zakresie, który wykonawca wskazał na etapie składania ofert.

Znaczące rozszerzenie zakresu robót budowlanych zleczonych podwykonawcy P., który udostępnia zasoby dotyczące spełnienia warunku posiadania właściwej zdolności technicznej i zawodowej w postaci doświadczenia dla wykonawcy A.K., o prace inne niż wskazane w ofercie roboty wykończeniowe, jest zatem niedopuszczalne na gruncie art. 123 p.z.p.”

Wyrok KIO z dnia 18 marca 2022 r. sygn. akt KIO 510/22 - poleganie na zasobach podmiotu trzeciego

„Zmiana oferty w odniesieniu do zakresu polegania na zasobach podmiotu trzeciego podczas realizacji zamówienia, czyli de facto w zakresie sposobu realizacji zamówienia, po upływie terminu składania ofert nie jest możliwa w sposób, który prowadziłby do rozszerzenia zakresu korzystania z tych zasobów. Z art. 123 ustawy Pzp wprost wynika, że wykonawca nie może powoływać się na zdolności podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach tych podmiotów. W konsekwencji uzupełnienie podmiotowego środka dowodowego (wykazu osób) na wezwanie Zamawiającego z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, nie potwierdzało spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania dwoma wymaganymi serwisantami”.

5. OCENA OFERT

Wyrok KIO z dnia 11 lipca 2023 r. sygn. akt KIO 1792/23 – sprzeczność oferty z swz

„(...) Izba stwierdza, że powoływanie się na ogólne oświadczenie w Formularzu ofertowym o zobowiązaniu wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, nie wyklucza obowiązku odrzucenia oferty, w przypadku stwierdzenia konkretnej, wymiernej sprzeczności, niezgodności oferty z warunkami zamówienia, które mają służyć potwierdzeniu zgodności jej treści z wymaganiami zamawiającego.”

Wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2023 r. sygn. akt KIO 805/23 – uzupełnianie przedmiotowych środków dowodowych

„Zamawiający w treści SWZ zrezygnował z możliwości jaką daje art. 107 ust. 2 p.z.p. i przesądził, że nie przewiduje wzywania do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w przypadku, gdy Wykonawca nie złoży ich wraz z ofertą lub złożone wraz z ofertą przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne. Z tego względu zidentyfikowanie braków w dokumentacji prowadzi od razu do odrzucenia oferty takiego wykonawcy w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c p.z.p. Co więcej, niezłożenie w ogóle przedmiotowych środków dowodowych lub złożenie takich, które nie potwierdzają zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia powoduje, że oferta taka podlega odrzuceniu również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.”

Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 3772/21 – inna omyłka

„(...) zamawiający nie był uprawniony do poprawienia oferty odwołującego na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Po pierwsze, uzupełnienie oferty o wskazanie producenta stanowiłoby istotną zmianę w treści oferty odwołującego, gdyż identyfikowałoby treść świadczenia oferowanego zamawiającemu. Formularz cenowy był jedynym źródłem wiedzy zamawiającego, na temat oferowanych spiworków. Zamawiający żądał podania tej informacji, nie może zatem oprzeć

się na ogólnym zobowiązaniu do wykonania zamówienia zgodnie z wymogami specyfikacji warunków zamówienia złożonym w formularzu ofertowym załączniku nr 1 do SWZ). Brak załączenia do oferty formularza cenowego wskazującego producenta i ewentualnie numer katalogowy śpiworków uniemożliwia ustalenie, do jakiego świadczenia zobowiązuje się wykonawca. Uzupelnienie tej informacji po upływie terminu składania ofert doprowadziłoby do nierównego traktowania wykonawcy przez ustalenie przedmiotu dostawy po upływie terminu składania ofert.

Poprawienie oferty odwołującego przez wpisanie w ostatniej kolumnie producenta oferowanych śpiworków jest niedopuszczalne również z tego powodu, że żaden dokument złożony przez odwołującego w ramach oferty nie zawiera informacji, z której można by wywieść, że odwołujący jest producentem oferowanych śpiworków. W konsekwencji nie było podstaw do wezwania odwołującego w trybie art. 223 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień treści oferty. Wyjaśnienia takie kreowałyby nową, pominiętą treść oferty, nie zaś służyłyby usunięciu niejasności w treści złożonego oświadczenia.

Izba uznała w konsekwencji, że zamawiający zasadnie unieważnił swoje czynności dotyczące poprawienia oferty odwołującego i odrzucając jego ofertę nie naruszył art. 223 ust. 2 pkt 3 i art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.”

Wyrok KIO z dnia 29 września 2021 r. sygn. akt KIO 2627/21- inne omyłki polegające na niezgodności oferty z swz

„Analizując charakter popełnionych przez przystępującego omyłek i ich istotność oraz okoliczności z tym związane, Izba stoi na stanowisku, że omyłki popełnione przez przystępującego w kosztorysie ofertowym nie były omyłkami na tyle istotnymi, żeby nie dawały się poprawić w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Podnieść należy, iż zamawiający w trakcie prowadzonego postępowania, przed terminem składania ofert zmodyfikował część przedmiarów przez podanie innego niż pierwotnie numeru KNR dla wybranych pozycji przedmiaru oraz co było konsekwencją tych zmian – zmianę opisu czynności przypisanych tym numerom.

(...) Izba podkreśla, że omyłka w kosztorysie przystępującego została stwierdzona w 30 pozycjach na 1047 pozycji kosztorysu ofertowego. **Jednakże nie ilość a istotność popełnionych omyłek ma decydujące znaczenie, chociaż nie w każdym przypadku. O istotności popełnionych omyłek mogą świadczyć różnego rodzaju okoliczności mające lub mogące mieć wpływ na realizację zamówienia. Jednakże każdy przypadek musi być oceniany indywidualnie, nie ma bowiem dwóch identycznych postępowań czy dokumentacji postępowania, które można by analogicznie zastosować do innych postępowań.** W przedmiotowym postępowaniu nieistotność popełnionych omyłek przez przystępującego została przez zamawiającego prawidłowo oceniona. (...) Izba nie stwierdziła również, że zamawiający prowadził z wykonawcą niedozwolone negocjacje. Wskazać bowiem należy, iż zamawiający nie negocjował treści oferty przystępującego, a jedynie po złożonych wyjaśnieniach (instytucja dopuszczona przez ustawodawcę) dokonał stosownej poprawy jej treści. Izba nie stwierdziła, że oferta wykonawcy (kosztorys ofertowy) została uzupełniona o treści wcześniej stronom nieznanne. Błąd kosztorysanta stanowi jedynie typowe uchybienie, wywołane często (tak jak w przedmiotowym postępowaniu) przez modyfikacje dokumentacji przetargowej dokonane przez zamawiającego. Z błędu takiego (omyłki) nie sposób wywodzić

następczo, że zamiarem wykonawcy było złożenie oferty sprzecznej z warunkami zamówienia. Nie taki jest bowiem cel złożenia oferty.”

Wyrok KIO z dnia 9 września 2021 r. sygn. akt KIO 2520/21 – inna omyłka – brak wyceny niektórych pozycji kosztorysu

„W przypadku pozycji niewycenionych słusznie Zamawiający stwierdził, że taka poprawa nie jest możliwa. Zdaniem składu orzekającego Izby Odwoławczej bezpodstawnie wywodzi, że w przypadku pozycji niewycenionych Zamawiający winien był wstawić w odpowiednich kolumnach kosztorysu ofertowego kwotę „0 zł”. Izba w pełni popiera stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że pewnych korekt nie można było przeprowadzić samodzielnie, ponieważ brak w kosztorysie Wykonawcy analogicznych pozycji, które by to umożliwiły. Wezwanie do określenia cen jednostkowych oznaczałoby natomiast podjęcie z Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, co stanowił naruszenie art. 223 ust 1 ustawy Pzp. Powołany przepis służy bowiem jedynie do wyjaśniania wątpliwości co do treści złożonego oświadczenia woli, nie zaś do uzupełniania oferty o te elementy, które powinna zawierać, lecz które nie zostały w niej przez wykonawcę zamieszczone. Celnie Zamawiający podkreślał, że by rozważyć dokonanie określonych poprawek w treści oferty, treść ta musi istnieć. Trudno zaś za istniejącą treść oferty uznać rubryki kosztorysu niewypełnione w zakresie cen jednostkowych i wartości ogółem przez Wykonawcę. Brak podania jakiegokolwiek wartości liczbowej, należy uznać za brak wyceny, a nie za oferowanie przedmiotu zamówienia za 0 zł. Liczba zero jest wartością wymierną i wpisanie jej do kosztorysu stanowi wycenę, natomiast w przypadku oferty Odwoławczego część rubryk nie została po prostu wypełniona, czyli wyceniona. Co do argumentacji Odwoławczego, że w takim przypadku program kosztorysowy do podsumowania przyjmuje wartość zerową, to być może tak jest, ponieważ w zasadzie innej wartości wobec niewypełnienia rubryk nie może przyjąć, ale nie zmienia to faktu, że oferta nie zawiera ceny jednostkowej za dany element przedmiotu zamówienia, a nie że zawiera cenę 0 zł, taka bowiem treść oferty nie istnieje. Wpisanie do kosztorysu ofertowego Odwoławczego przez Zamawiającego liczby 0 zł w miejsce niewypełnionych rubryk w istocie stanowiłoby dokonanie samodzielnej wyceny elementu przez Zamawiającego. Końcowo Izba podkreśla, że niezależnie od wielkości brakującej ceny jednostkowej dla kilku pozycji kosztorysu i wpływu wielkości tej na wartość oferty, jej brak stanowi istotny brak oświadczenia woli, który nie mieści się w dyspozycji art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a Odwoławczy nie zaoferował całego zakresu rzeczowego świadczenia. W tym kontekście nie można również zauważyć, iż zasadniczo celem złożenia oferty jest uzyskanie wymiernej wartości pieniężnej za należycie wykonane prace, a nie oferowanie zamawiającemu wykonania części przedmiotu zamówienia bez wynagrodzenia. Nie było natomiast argumentacją odwołania objęta okoliczność, że prace w pozycjach niewycenionych, wycenione zostały zbiorczo w ramach innych pozycji kosztorysu, czy też innych prac dla danego elementu przedmiotu zamówienia.

Konkludując, Izba uznała, iż w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający nie był uprawniony do samodzielnej korekty treści oferty Odwoławczego w przedmiocie brakujących cen jednostkowych kosztorysu, a stwierdzona niezgodność treści oferty z treścią SWZ prowadzić musiała do odrzucenia oferty Odwoławczego.”

Wyrok KIO z dnia 13 lipca 2021 r. sygn. akt KIO 1882/21 – inna omyłka

„Poprawienie innej omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może doprowadzić do wytworzenia całkowicie nowego oświadczenia wykonawcy. W tym wypadku z taką właśnie sytuacją mielibyśmy do czynienia. Jak wskazano powyżej, dokonanie poprawienia oferty w przedmiotowym przypadku nie mogłoby się odbyć bez ingerencji Odwołującego, a więc bez pozyskania od niego informacji wskazującej, w jaki sposób omyłkę tę należy poprawić w odniesieniu do wszystkich 41 wierszy TER (Tabela Elementów Rozliczeniowych – przyp. red). To Odwołujący był zobowiązany do wypełnienia 41 pozycji formularza i to do niego należała decyzja w zakresie każdej z pozycji. Formularz ten był oświadczeniem pochodzącym od Odwołującego, a nie od Zamawiającego. Zamawiający określił jedynie 4 etapy, niemniej wszystkie pozostałe pozycje powinien wypełnić Odwołujący. **Zamawiający samodzielnie nie dysponował informacjami, które pozwalałyby mu dokonać postulowanej przez Odwołującego poprawy. Omyłka musi być widoczna, a jej poprawienie w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, możliwe bez pomocy ze strony wykonawcy.**

W świetle powyższego należy także stwierdzić, że modyfikacja miałaby charakter istotny. Skorzystanie z wcześniejszych wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego może mieć charakter wyjątkowy, po który sięgnąć można w ograniczonym zakresie, który w przedmiotowym przypadku byłby przekroczony. Odwołujący musiałby bowiem określić od początku 41 pozycji dokumentu TER, co stawiałoby go w uprzywilejowanej pozycji względem innych wykonawców. Zamawiający nie naruszył zatem również art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

Wyrok KIO z dnia 8 listopada 2021 r. sygn. akt KIO 3005/21 – rażąco niska cena – istotne elementy

„Odnosząc się do kwestii zaistnienia przesłanek wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp, podkreślić należy, że zgodnie z tym przepisem Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w sytuacji gdy cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W świetle tego przepisu dla powstania obowiązku wezwania do wyjaśnień nie jest wystarczające, że jakkolwiek element oferty budzi wątpliwości co do realności wyceny, przepis ten wprost stanowi, że dotyczy to tylko elementów istotnych. Ustawa nie określa, według jakich kryteriów należy oceniać kwestię istotności elementu składowego ceny. W ocenie Izby należy przyjąć, że **istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości.**”

6. UCHYLENIE SIĘ OD ZAWARCIA UMOWY

Wyrok KIO z dnia 12 lipca 2023 r. sygn. akt KIO 1854/23

„Izba nie podziela stanowiska odwołującego, jakoby uchylanie się od zawarcia umowy uwarunkowane było złożeniem przez wykonawcę oświadczenia w przedmiocie odmowy zawarcia umowy. Izba wskazuje, że ustawa P.z.p. dokonuje tu rozróżnienia, posługując się w art. 263 sformułowaniem „uchyla się od zawarcia umowy”, natomiast w art. 98 ust. 6 pkt 2 lit a – sformułowaniem „odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego”. Uchylaniem się od zawarcia umowy jest nie tylko odmowa podpisania umowy (art. 98 ust. 6 pkt 2 lit. a ustawy P.z.p.), która jest tożsama ze stanowiskiem podjętym świadomie przez wykonawcę i przekazanym do wiadomości zamawiającego, lecz także wszelkie przyczyny leżące po stronie wykonawcy uniemożliwiające zawarcie umowy, zarówno przez niego zawinione, jak i niezawinione. Z przeprowadzonej w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wykładni pojęcia „uchylanie się od zawarcia umowy” wynika, iż należy przez to rozumieć zarówno bezpośrednią odmowę zawarcia umowy przez wykonawcę, jak również całokształt okoliczności danej sprawy, działań lub zaniechań wykonawcy, wskazujących jednoznacznie, bez wątpliwości, że nie ma on zamiaru podpisać umowy lub nie jest w stanie z określonych powodów spełnić przesłanek jej zawarcia (tak np. wyrok z dnia 17 marca 2016 roku sygn. akt KIO 311/16, wyrok z dnia 4 marca 2014 roku, sygn. akt KIO 288/14). W rozpoznawanym przypadku po stronie odwołującego zachodzą okoliczności uniemożliwiające mu zawarcie umowy na warunkach wskazanych w ofercie. Zaoferowany przez odwołującego sprzęt został bowiem wycofany z produkcji, zatem przeszkoda w zawarciu umowy ma charakter nieprzemijający. Odwołujący podczas rozprawy podnosił, iż nie miał możliwości dokonania wcześniejszej rezerwacji sprzętu u producenta, jak również, po uzyskaniu informacji o wyborze jego oferty, nie mógł pozyskać sprzętu z innych źródeł. Izba dała wiarę argumentom odwołującego, niemniej jednak doszła do przekonania, że przedstawione okoliczności potwierdzają, iż przyczyny braku możliwości zawarcia umowy leżą po stronie odwołującego. Podkreślenia wymaga, że wykonawca, składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powinien dołożyć pewnej staranności między innymi w zakresie zbadania, czy oferowany przez niego asortyment będzie dostępny w momencie realizacji zamówienia. Izba wskazuje, że decyzja o wycofaniu danego sprzętu z produkcji co do zasady nie jest podejmowana z dnia na dzień, zatem odwołujący mógł zawczasu podjąć działania mające na celu upewnienie się co do planowanego okresu jego dalszej produkcji. Wskazać też należy, że w rozpoznawanym przypadku od terminu składania ofert, wyznaczonego na dzień 22 marca 2023 roku, do momentu wycofania zaoferowanych komputerów z produkcji (czyli końca kwietnia 2023 roku, zgodnie z oświadczeniem producenta złożonym przez odwołującego na rozprawie w dniu 14 lipca br.), upłynęło niewiele ponad miesiąc, zatem wysoce prawdopodobnym jest, że producent sprzętu już w marcu 2023 roku wiedział o wycofaniu komputerów z produkcji w najbliższym czasie. Warto też dodać, że w przypadku branży IT zmiany w zakresie produkcji zachodzą dość szybko w porównaniu z innymi branżami, zatem wykonawcy działający na tym polu powinni wykazywać szczególne zainteresowanie w tej kwestii. Odwołujący nie wykazał, że przed terminem

składania ofert podjął jakiekolwiek działania w celu uzyskania informacji co do dostępności oferowanych komputerów w okresie, w którym mógł się spodziewać realizacji zamówienia. Izba co do zasady podziela stanowisko odwołującego, że przepisy zawarte w art. 454 i nast. ustawy P.z.p. można interpretować w taki sposób, że dopuszczalne jest zawarcie umowy na zmienionych warunkach, bez konieczności uprzedniego zawierania umowy na warunkach wskazanych w ofercie, a następnie dokonania zmiany takiej umowy. Warunkiem zawarcia takiej umowy jest jednak dochowanie wymogów zmiany umowy zawartych we wskazanych unormowaniach. Odwołujący podnosił, że zmiana w zakresie przedmiotu- zamówienia jest zmianą nieistotną, ponieważ komputery będące następcami komputerów zaofertowanych posiadają parametry zawarte w SWZ. Jedyna zmiana dotyczy wielkości matrycy, przy czym parametr ten w komputerze (...) nadal odpowiada wymogom SWZ. Na potwierdzenie tej okoliczności odwołujący przedstawił oświadczenia producenta, firmy W. AG. Izba przeanalizowała treść złożonych oświadczeń, w tym oświadczenie znajdujące się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz oświadczenie złożone na rozprawie w dniu 14 czerwca 2023 roku (obydwa nieopatrzone datą) i skonstatowała, że są one lakoniczne i ograniczają się do stwierdzenia, że urządzenia spełniają wymagania zamawiającego.

Wskazane wyżej okoliczności zostały zakwestionowane przez przystępującego, który w treści złożonego przystąpienia podniósł, że komputery (...) różnią się od swych poprzedników nie tylko wielkością matrycy, ale także mocą zasilacza, przy czym moc zasilacza w komputerze (...) nie odpowiada wymaganiom wskazanym w SWZ. Na tę okoliczność przystępujący przedstawił dowody w postaci informacji ze strony producenta (...), w której znajduje się informacja, że moc zasilacza tego komputera wynosi 120W. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający określił moc zasilacza jako nie większą niż 65 W. Przystępujący podniósł ponadto, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy zadawali pytania zamawiającemu, czy dopuści zasilacze o większej mocy (120 i 160 W). W odpowiedzi z dnia 20 marca 2023 roku zamawiający nie wyraził zgody na zaproponowaną zmianę parametru. Przystępujący stwierdził, że brak zgody na zmianę parametru mocy zasilacza mógł spowodować, że do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie przystąpili wykonawcy, którzy mieli w ofercie zasilacze o wyższej mocy niż wskazana w SWZ. Tym samym, **zawarcie umowy na komputer o mocy niedopuszczonej w postępowaniu byłoby sprzeczne z dyspozycją art. 454 ust. 2 pkt ustawy P.z.p., zgodnie z którym zmiana umowy jest istotna, jeżeli powoduje, że charakter umowy zmienia się w sposób istotny w stosunku do pierwotnej umowy, w szczególności jeżeli zmiana wprowadza warunki, które gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wzięliby w nim udział lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści.**

Izba podziela argumentację przystępującego, wskazując, że ewentualna zmiana umowy w zakresie wskazanym przez odwołującego nie mogłaby opierać się wyłącznie na jego deklaracji, a nawet deklaracji producenta, iż nowy sprzęt odpowiada w pełni swemu poprzednikowi. Zamawiający musiałby dokonać czynności badania i oceny oferty zgodnie z założeniami przyjętymi w przedmiotowym postępowaniu, nie tylko w zakresie wskazanym przez odwołującego (wielkość matrycy) i przystępującego (moc zasilacza), ale wszystkich pozostałych parametrów wymaganych w postępowaniu. Byłoby to w istocie badanie nowej oferty, złożonej po terminie składania ofert. Taka czynność – w ocenie Izby – wykracza poza zakres czynności w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i byłaby sprzeczna z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.”

Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 156/23

„Jak wynika ze stanu faktycznego przytoczonego przez Zamawiającego, Zamawiający po 12 stycznia 2023 roku oczekiwał, że Odwołujący prześle Zamawiającemu dowód na wysłanie podpisanej umowy w dniu 10 stycznia. Jednakże, jak wynika ze wspomnianego powyżej zrzutu ekranu, do treści maila nie załączono umowy. Na chwilę zamknięcia rozprawy nie było sporne pomiędzy stronami, że Odwołujący nie przesłał Zamawiającemu umowy w dniu 10 stycznia 2023 roku. Jednakże z dowodu w postaci wydruku zrzutu ekranu wynika, że Odwołujący zamierzał wysłać Zamawiającemu podpisaną umowę. Brak jest pośród dowodów złożonych przez Zamawiającego spisu wszystkich wiadomości mailowych, które wpłynęły do Zamawiającego w dniu 10 stycznia 2023 roku, stąd nie sposób uznać, że Zamawiający w tym dniu nie otrzymał od Odwołującego wiadomości mailowej (jak przytoczona powyżej). W świetle powyżej przytoczonych okoliczności trudno jednoznacznie uznać, że Odwołujący uchylał się od zawarcia umowy. Stały kontakt z Zamawiającym wskazuje brak uchylania się od zawarcia umowy. Zamawiający nie wyznaczył Odwołującemu ostatecznego terminu podpisania umowy, a co więcej, prowadząc stale telefoniczne rozmowy z Odwołującym, stwarzał Odwołującemu warunki do przeciągania chwili podpisania umowy.

W ocenie Izby, aby uznać, że zachodzi przesłanka z art. 263 ustawy Prawo zamówień publicznych, okoliczność uchylania się wykonawcy od podpisania umowy powinna być jednoznaczna – np. gdy Wykonawcy nie zależy na podpisaniu umowy, odmawia jej podpisania, dąży do tego, aby umowa nie została zawarta. W niniejszym postępowaniu nie mamy do czynienia z taką sytuacją. Zatem nie można uznać, aby Odwołujący uchylał się od podpisania umowy. Nie można zatem uznać, że została wypełniona przesłanka z art. 263 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotycząca uchylania się Wykonawcy od podpisania umowy.”

Wyrok KIO z dnia 3 listopada 2022 r. sygn. akt KIO 2780/22

„Zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem wysoce sformalizowanym, w którym zarówno zamawiający, jako gospodarz postępowania, jak i wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, zobowiązani są do przestrzegania reguł wyznaczonych przepisami ustawy Pzp. W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający wyznaczył zgodnie z przepisami ustawy Pzp termin na podpisanie umowy. Odwołujący, jako profesjonalista ubiegający się o zamówienie publiczne, zobowiązany był do złożenia niezbędnych dokumentów, wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a także do podpisania umowy w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie. Odwołujący czynności tych w określonym terminie nie podjął. Co więcej, w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, tj. do dnia 10 października godz. 12.00, Odwołujący nie złożył wniosku o jego zmianę. Odwołujący uczynił to dopiero po upływie ww. terminu, przedstawiając Zamawiającemu skromne uzasadnienie, które nie wskazywało w wiarygodny sposób na realne przeszkody w dochowaniu terminu. Odwołujący nie dotrzymał także kolejnego terminu na dopełnienie formalności i podpisanie umowy wyznaczonego przez Zamawiającego (tj. 11 października 2022 r. godz. 12.00). Usprawiedliwienia dla owego uchybienia nie może stanowić okoliczność, że Odwołujący odczytał wiadomość Zamawiającego już po upływie określonego

terminu. Izba stoi na stanowisku, że wykonawca zainteresowany pozyskaniem zamówienia powinien na bieżąco weryfikować korespondencję kierowaną przez zamawiającego, tym bardziej w tak istotnej kwestii, jak data podpisania umowy.”

7. UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA

Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2023 r. sygn. akt KIO 1903/23 – wadliwe postawienie warunku – unieważnienie umowy

„Okoliczność, iż zamawiający, w trakcie badania ofert, z informacji przekazanej mu przez odwołującego dowiedział się, że być może postawił warunek, który zdaniem zamawiającego jest nieadekwatny do zakresu prac (posiadanie odpowiednich uprawnień bez ograniczeń) nie może stanowić podstawy do przyjęcia, że jest to wada postępowania, która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy. Jak słusznie podnosił odwołujący, wspierając się dodatkowo orzecznictwem Izby, wykładnia przepisu stanowiącego podstawę do unieważnienia postępowania (art. 255 pkt 6 ustawy Pzp), musi być interpretowana ściśle w powiązaniu z przepisem art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, iż umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert.”

Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 170/23 - odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienia - upływ terminu realizacji - nieważność umowy

„Izba analizując informację o unieważnieniu przedmiotowego postępowania z dnia 13 stycznia 2023 r. stwierdziła, że Zamawiający nie wykazał, że wskazane przez niego przyczyny unieważnienia postępowania zawierają się w katalogu opisanym w art. 457 ust. 1 Pzp, co umożliwiłoby Zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp. W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał, aby wprowadzenie odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie zostało ustalone niezgodnie z art. 433 pkt 1 Pzp. Wskazać należy, że co do zasady w Pzp zakazuje się uwzględniania postanowień umownych przewidujących odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie. Ustawodawca dopuszcza jednak zamieszczenie w umowie postanowienia dotyczącego odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie – w przypadku, gdy jest ono uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia. Wskazać należy, że w wyroku KIO 597/20 z dnia 7 sierpnia 2020 r., Izba wskazała, że: „postanowienia umowy, które zawierają odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie, nie będą automatycznie sprzeczne z prawem. Norma ta pozwala zamawiającemu na zastrzeżenie tego charakteru odpowiedzialności kontraktowej, o ile zostanie to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia – na takie, niepodważone przez odwołującego, okoliczności wskazywał zamawiający w swoim stanowisku procesowym wyrażonym w odpowiedzi na

odwołanie i na rozprawie”. W niniejszej sprawie Zamawiający unieważniając postępowanie, nie wykazał, że ustalenie odpowiedzialności za opóźnienie nie było uzasadnione okolicznościami zamówienia, tym bardziej, że jak wskazał Odwołujący, konieczne było zrealizowanie zamówienia do dnia 9 grudnia 2022r., co w ocenie Izby mogło potwierdzać, zamierzone działanie Zamawiającego w tym zakresie.

Izba stwierdziła ponadto, że **upływ terminu realizacji zamówienia nie jest wadą postępowania o zamówienie publiczne, która winna skutkować unieważnieniem postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp. Żaden z przepisów nie sprzeciwia się zawarciu i realizacji umowy w sytuacji, gdy termin wskazany w dokumentacji postępowania, jako data realizacji świadczenia już upłynął, ponadto z art. 457 nie wynika, aby była to wada która prowadzić by musiała do unieważnienia postępowania.** Wskazać

należy, że pogląd o możliwości zmiany terminu wykonania umowy oraz braku podstaw do unieważnienia postępowania z powodu upływu tego terminu kształtuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i znajduje potwierdzenie w wyrokach sądów, na co wskazują m.in.: wyrok z 7 lutego 2013 r. (sygn. akt 154/13), wyrok z 17 lipca 2009 r. (sygn. KIO/UZP 852/09), wyrok z 31 marca 2009 r. (sygn. akt. KIO/UZP 333/09), wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 16 października 2007 r. (sygn. akt.: X Ga 158/0/Iza).

Izba stwierdziła także, że opisanie dnia realizacji zamówienia poprzez wskazanie konkretnego dnia tj. 9 grudnia 2022r. nie stanowił podstawy do unieważnienia postępowania. Podkreślić jeszcze raz należy, że aby unieważnić postępowanie należy wykazać, że w postępowaniu zaistniała przyczyna wymieniona w art. 457 ust. 1 Pzp. Przepis ten natomiast, nie przewiduje, aby opisanie terminu realizacji zamówienia w sposób wynikający w dokumentacji przedmiotowego postępowania skutkowało koniecznością unieważnienia postępowania.

Ponadto jak wskazano wyżej, przepisy Pzp nie zakazują zmiany terminu wykonania umowy, a więc tym samym zmiany terminu w sposób zgodny z art. 436 ust. 1 Pzp.

Odnosząc się do ostatniej z powołanych przez Zamawiającego okoliczności, przemawiającej jego zdaniem za koniecznością unieważnienia postępowania tj. braku zabezpieczenia środków w budżecie stwierdzić należy po pierwsze, że powyższa przesłanka nie mieści się w katalogu przyczyn zawartych w art. 457 ust. 1 Pzp stanowiących podstawę do unieważnienia postępowania na podstawie 255 pkt 6 Pzp.

Po drugie podkreślić należy, że z uwagi na fakt, iż unieważnienie postępowania jest decyzją Zamawiającego, to na nim spoczywa obowiązek udowodnienia zaistnienia przesłanki, na którą się powołuje. Zamawiający natomiast w żaden sposób nie wykazał, ani nawet nie próbował wykazać, że brak zabezpieczenia środków w budżecie stanowi podstawę do unieważnienia postępowania na wskazanej w decyzji podstawie. Okoliczność natomiast, że „zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, na którą nie zostały zabezpieczone środki w budżecie jednostki prowadziłyby do udzielenia zamówienia z naruszeniem zasad dyscypliny finansów publicznych, a w konsekwencji do odpowiedzialności faktycznej i prawnej z zakresu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych” nie umożliwia Zamawiającemu unieważnienia postępowania. Izba wskazuje, że unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp następuje w przypadku, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a nie, gdy Zamawiający nieprawidłowo dokonał budżetowania swojej działalności.”

Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2022 r. sygn. akt KIO 137/22 – wadliwy opis kryteriów oceny ofert

„Nie posiłkując się doświadczeniem zawodowym i niewątpliwą wiedzą osób sporządzających złożone opinie, w ocenie składu orzekającego Izby już tylko znajomość podstawowych zasad logicznego rozbioru zdania, którą nabywa się w ramach nauki w szkole podstawowej daje sygnał do oceny ustalonych w SWZ kryteriów oceny jako niejednoznaczne. **Jeżeli ustalone kryteria oceny pozwalają na zakwalifikowanie zadeklarowanego czasu reakcji do dwóch różnych zbiorów, to kryterium takie nie prowadzi do wyboru oferty najkorzystniejszej.** Ani Zamawiający, ani Przystępujący nie zaprzeczyli tezie, że wyrażenie „6 godzin” nie wchodzi w zakres drugiego podzbioru ustalonych kryteriów.

Następnie ocenić należało, czy taka wada postępowania jest niemożliwa do usunięcia i uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. W ocenie składu orzekającego Izby odpowiedź w obu przypadkach musi być twierdząca.

Tego rodzaju stwierdzona wada postępowania na obecnym jego etapie nie może zostać usunięta choćby przez zmianę brzmienia kryteriów SWZ, czy też ich doprecyzowanie, zgodnie z potrzebami Zamawiającego i Wykonawców. Oferty zostały już w postępowaniu złożone, a więc niemożliwa jest zmiana treści SWZ. Wada ta więc ma charakter nieusuwalny. Niewątpliwie taka sytuacja ma także wpływ na wynik postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego. Zakładany przez ustawę Pzp cel, czyli wybór oferty najkorzystniejszej nie może zostać osiągnięty. Jednocześnie umowa tak skonstruowana, powielająca zapisy SWZ nie czyniłaby zadość podstawowym zasadom udzielania zamówień publicznych. Naruszona została zasada równego traktowania wykonawców, bowiem ich oferty mogą być w różny sposób ocenione. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego przedstawionym w odpowiedzi na odwołanie, Wykonawcy w odmienny sposób odczytywali zapisy dotyczące kryteriów oceny, skoro różne oferty zawierały różne określenia dla czasu reakcji. Ocena, czy umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu odbywać się musi także w kontekście wydatkowania środków publicznych i konieczności dochowania zasad związanych z dyscypliną finansów publicznych. Gdyby podzielić argumentację Zamawiającego, to powstałby stan niepewności prawnej, gdyż zamawiający mogliby zawierać umowy w sprawie zamówienia publicznego w wyniku przeprowadzenia postępowań obarczonych poważnymi i nieusuwalnymi wadami, a możliwość unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp byłaby przepisem martwym.

Uchybienie w procedurze zamówieniowej, które rzutuje na ważność umowy o zamówienie publiczne wpisuje się w omawianą przesłankę unieważnienia postępowania. Przepis art. 255 pkt 6 ustawy Pzp obejmuje wszelkie sytuacje, w których występuje wada postępowania niedająca się naprawić w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Innymi słowy, podstawą unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp będzie wystąpienie nieusuwalnej wady postępowania, tj. takiej która nie może być przez zamawiającego skorygowana w toku postępowania przez unieważnienie czynności lub jej powtórzenie.

Na marginesie, zdaniem Izby dostrzeżenia wymaga, że w przepisach ustawy Pzp istnieje możliwość uznania umowy za nieważną. Warto zwrócić uwagę na art. 457 ust. 5 ustawy Pzp który stanowi, że przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny. Dyspozycja art. 70⁵ Kc znajdzie zastosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych zawartych w wyniku

jakiegokolwiek postępowania otwartego (poprzedzonego ogłoszeniem) prowadzonego w oparciu o przepisy Pzp. Możliwość żądania unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego w oparciu o art. 70⁵ Kc jest niezależna od podstaw i ograniczeń unieważnienia na podstawie przepisów Pzp.”

8. ŚRODKI OCHRONY PRAWNEJ

Postanowienie KIO z dnia 16 listopada 2022 r. sygn. akt KIO 2964/22 – termin na wniesienie odwołania dotyczącego treść ogłoszenia i postanowień swz – pytania do swz

*„W sprawie okoliczności stanowiącej podstawę zarzutów dotyczą treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści swz, które zostały opublikowane w dniu 26.10.2022 r. i od tego momentu rozpoczął bieg termin na wniesienie odwołania. **Fakt zadania pytań, które faktycznie miały na celu doprowadzenie do zmiany – wydłużenia i prawidłowego oznaczenia terminu realizacji zamówienia, nie modyfikował zasad liczenia terminu na wniesienie odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentów zamówienia. Ewentualne zmiany dokonane na skutek pytań mogłyby oznaczać, iż termin liczony byłby od dnia przekazania zmienionej treści ogłoszenia lub treści dokumentów zamówienia.** Taka sytuacja nie miała miejsca, gdyż Zamawiający odmówił zmiany i podtrzymał termin realizacji zamówienia opisany w ogłoszeniu o zamówieniu i swz.”*

Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2022 r. sygn. akt KIO 134/22 – termin związania ofertą a interes w uzyskaniu zamówienia

*„**Upływ terminu związania ofertą pozostaje bez wpływu na kwestię posiadania interesu we wniesieniu odwołania.** Odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego dokonanych przed upływem terminu związania ofertą. Ponadto w obecnie obowiązującym uregulowaniu prawnym, wykonawca może dokonać przedłużenia terminu związania ofertą na wezwanie Zamawiającego.”*

Wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2021 r. sygn. akt KIO 1429/21 – interes w uzyskaniu zamówienia

*„Izba wskazuje, iż okoliczności podniesione przez Zamawiającego pozostawały bez znaczenia w kontekście oceny posiadanego przez Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia. Po pierwsze, wskazać należy, iż **okoliczność, że cena zaoferowana przez Przystępującego jest niższa niż zaoferowana przez Odwołującego nie oznacza, że wykonawca jest pozbawiony możliwości skutecznego skorzystania ze środków ochrony prawnej w ramach, których kwestionuje m.in. błędną weryfikację podmiotową wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą.** Nie można bowiem wykluczyć, iż wykonawca pierwotnie wybrany jako najkorzystniejszy nie odpowie na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia stosownych dokumentów dotyczących sytuacji podmiotowej, przez co jego oferta będzie podlegała*

odrzuconiu. Zamawiający w okolicznościach tej sprawy nie twierdził przy tym, iż nie będzie miał możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, do ceny zaofertowanej przez Odwołujących. Po drugie, stwierdzić należy, iż **obowiązkiem zamawiającego jest przedstawienie wykonawcy wszystkich okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających odrzucenie jego oferty. Tym samym ewentualne błędy czy uchybienia w ofercie Odwołujących, które nie zostały wykonawcy zakomunikowane w zawiadomieniu o wynikach postępowania z dnia 6 maja 2021 r. nie mogą przesądzać o braku interesu wykonawcy w uzyskaniu zamówienia.**”

Wyrok KIO z dnia 11 maja 2021 r. sygn. akt 1153/21 – interes w uzyskaniu zamówienia

„Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą oferującym na rynku roboty budowlane, zainteresowanym zawarciem umowy z zamawiającym na roboty budowlane stanowiące przedmiot badanego postępowania. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy uniemożliwiają odwołującemu ubieganie się o zamówienie. Odwołujący ma zatem interes w uzyskaniu danego zamówienia, a naruszenia przepisów ustawy grożą odwołującemu poniesieniem szkody. **Brak wszczęcia postępowania w trybie konkurencyjnym uniemożliwiają odwołującemu złożenie oferty, a tym samym możliwość uzyskania zamówienia. Pojęcie „danego zamówienia” w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp nie jest ograniczone do umowy, która może być zawarta w wyniku rozstrzygnięcia konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, lecz powinno być rozumiane jako umowa na określone usługi, dostawy lub roboty budowlane.** Taki kierunek wykładni przesłanek dopuszczalności odwołania ukształtował się już pod rządami art. 179 ust. 1 dPzp (vide przykładowo wyroki w sprawach: KIO 2099/16, KIO 2021/17, KIO 2007/17 i 2014/17, KIO 18/18, KIO 74/18, KIO 171/18, KIO 1227/18, KIO 1888/18) i wobec tożsamości brzmienia art. 505 ust. 1 Pzp zachowuje aktualność. Źródłem prezentowanej wykładni jest przekonanie, że skoro przesłanki zawarte w art. 505 ust. 1 Pzp przenoszą do polskiego porządku prawnego pojęcia używane w art. 1 ust. 3 dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, to powinny być interpretowane zgodnie z kierunkiem wytyczonym przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. TSUE m.in. w orzeczeniach wydanych w sprawach C-100/12 Fastweb, C-689/13 Puligenica Facility Esco (PFE) oraz C-131/16 Archus et Gama wskazał, że interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia nie jest ograniczony do prowadzonego postępowania, a pojęcie „danego zamówienia” może dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”