

INFO NOWE PZP

Nr 1-2/styczeń-luty 2017 r.

Opracowanie: Józef Edmund Nowicki

BLOG PRZETARGI
PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

www.blogprzetargi.pl

Spis treści

1. Czy można uznać za wniesione wadium, jeżeli wykonawca wpłacił kwotę wadium w formie wpłaty gotówkowej w kasie zamawiającego? str. 3
2. Informacje odczytywane obligatoryjnie podczas otwarcia ofert str. 5
3. Czy informacje o kwalifikacjach osób, które będą brać udział w realizacji zamówienia mogą stanowić mogą tajemnicę przedsiębiorstwa? str. 6
4. Czy wysokość kar umownych może naruszać zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego w umowie w sprawie zamówienia publicznego str. 6
5. Wykluczenie z postępowania wykonawcy, który zalega z uiszczeniem podatków str. 9
6. Konsekwencją braku dokonania publicznego otwarcia oferty złożonej przed upływem terminu składania ofert, rodzi skutek w postaci braku możliwości dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, co stanowi podstawę unieważnienia postępowania str. 10
7. Określenie, czy kara rzeczywiście jest wygórowana będzie możliwe dopiero po jej faktycznym naliczeniu. Dopiero znając wysokość kary oraz jej stosunek do wynagrodzenia czy też wysokości szkody, można stwierdzić, czy istnieje dysproporcja pomiędzy wysokością kary a interesem wierzyciela str. 12
8. Fakt, że w postępowaniu została złożona tylko jedna oferta w dużym stopniu uprawdopodobnia, że krótki termin dostarczenia sprzętu do prezentacji utrudniał wykonawcom udział w postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp str. 13
9. Uzasadnione są natomiast zarzuty strony skarżącej dotyczące użycia w opisie zamówienia systemu operacyjnego nazwy Microsoft Windows 7 Professional (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 21 marca 2013 r., III SA/Łd 1089/12) str. 14

10. Zaoferowany jednodniowy termin wykonania zamówienia, a zaoferowanie tego terminu przez wykonawcę miało na celu wyłącznie wyeliminowanie innych wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu str. 17
11. Wzory specyfikacji istotnych warunków zamówienia na dostawy oraz ogłoszenia o zamówienia na usługi społeczne i i inne szczególne usługi, o którym mowa w art. 138o ust. 3 Pzp str. 21
12. Szkolenia z ustawy - Prawo zamówień publicznych. str. 58

1. Czy można uznać za wniesione wadium, jeżeli wykonawca wpłacił kwotę wadium w formie wpłaty gotówkowej w kasie zamawiającego?

Zgodnie z art. 45 ust. 7 Pzp wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego. Obowiązek wniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert oznacza, że w przypadku wadium wnoszonego w pieniądzu wymagana przez zamawiającego kwota wadium musi znaleźć się na rachunku bankowym wskazanym przez zamawiającego przed upływem terminu składania ofert (uznanie rachunku bankowego wskazanego przez zamawiającego kwotą wadium musi nastąpić przed upływem terminu składania ofert). W tej kwestii wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach: z dnia 5 lutego 2008 r., KIO/UZP 31/08, oraz z dnia 14 lipca 2008 r., KIO/UZP 663/08.

W pierwszym ze wskazanych wyroków Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „(...) literalne brzmienie ww. przepisu wskazuje, iż tylko i wyłącznie brak wadium na rachunku wskazanym przez Zamawiającego do upływu terminu składania ofert, a więc jego niewniesienie, skutkować może wykluczeniem wykonawcy z postępowania. W niniejszym postępowaniu wymagana kwota zabezpieczenia wadialnego oferty została faktycznie wniesiona, tak więc oferta konsorcjum była skutecznie zabezpieczona, poprzez fakt spoczywania na rachunku bankowym Zamawiającego wymaganej kwoty, z której może on w każdej chwili się zaspokoić - w sytuacjach określonych w ustawie p.z.p. Cel wadium został zatem osiągnięty. Dlatego też wykonawca konsorcjum nie może zostać wykluczony z postępowania ze względu na brak wadium, które faktycznie zostało wniesione.”. Ponadto zgodnie z uchwałą SN z dnia 4 stycznia 1995 r., III CZP 164/94, OSNC 1995, nr 4, poz. 62, spełnienie świadczenia bezgotówkowego następuje w dniu uznania rachunku bankowego wierzyciela, chyba że strony stosunku zobowiązaniowego postanowiły inaczej. Stwierdzenie, czy wadium w pieniądzu zostało wniesione przed upływem terminu składania ofert, następuje podczas ich badania, na podstawie dokumentu otrzymanego z banku, w którym zamawiający posiada rachunek bankowy, na który wykonawcy byli obowiązani wpłacać wadium w pieniądzu, zawierającego informacje o terminie wpłacenia wadium.

Stanowisko wyrażone w wyroku KIO/UZP 663/08 zostało przyjęte również w wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 29 września 2009 r., X Ga 260/08, ZPO 2009, z. 4, poz. 107, w którym Sąd stwierdził, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 (aktualnie art. 24) nie znajduje zastosowania i nie stanowi podstawy do wykluczenia wykonawcy, jeżeli wadium zostało skutecznie wniesione.

Zdaniem Sądu: „W sytuacji uiszczenia na rachunek bankowy wskazany w specyfikacji, kwoty wymaganego wadium, nie można mówić o braku wadium, co z kolei implikuje wniosek o niemożliwości wykluczenia uczestnika postępowania z tego tylko powodu, że kwota ta nie wpłynęła drogą przelewu”.

W wyroku KIO 2966/13 Krajowa Izba Odwoławcza odnosząc się do ważności wniesienia wadium w formie wpłaty gotówkowej w kasie zamawiającego, stwierdziła natomiast, że „(...) nie wniesienie wadium w rozumieniu powołanego wyżej przepisu, to nie tylko sytuacja braku wniesienia wadium w formie prawem przewidzianej, lecz również niewniesienie wadium w sposób niewynikający z przytoczonych wyżej norm prawnych (art. 45 ust. 7 ustawy P.z.p.). Przy tym argumentacja Odwołującego o wystarczającym faktycznym, realnym zabezpieczeniu jego oferty nie ma - w ocenie Izby - żadnego znaczenia, a to chociażby z tego powodu, że przyjmując za poprawne takie wnioskowanie, należałoby uznać, że również forma wniesienia wadium nie jest istotna, skoro istnieje zabezpieczenie finansowe oferty.”

Wadium wniesione w pieniądzu, zgodnie z art. 45 ust. 7 Pzp, musi być zatem wpłacone przelewem na rachunek bankowy zamawiającego, a kwota z przelewu musi znaleźć się na tym rachunku przed upływem terminu składania ofert.

Do zagadnienia wniesienia wadium przelewem odniósł się również Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 26 lutego 2015 r., III SA/Wr 886/14. W ocenie WSA oferta wykonawcy, który wniósł wadium poprzez wpłatę na rachunek bankowy zamawiającego, a nie poprzez przelew wymagany przepisem art. 45 ust. 7 Pzp, powinna być odrzucona. Sąd zwrócił uwagę, że w art. 45 ust. 7 Pzp „Ustawodawca wyraźnie tu zastrzegł dla czynności wnoszenia wadium w pieniądzu - formę rozliczenia bezgotówkowego poprzez przekazanie określonej kwoty z rachunku bankowego wnoszącego wadium na wskazany przez zamawiającego rachunek bankowy. Imperatywne brzmienie przepisu nie pozostawia wątpliwości co do zamiaru legislatora. Zastrzeżenie to należy uznać za celowy wybór ustawodawcy w procedurze zamówień publicznych, jeżeli się generalnie zważy na konieczność zachowania przy obrocie z udziałem jednostek sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych - zasad legalizmu i przejrzystości finansów, wyrażających się także w zamiśle dopuszczania przedsiębiorców (wykonawców) nie ukrywających przepływów finansowych w swej działalności gospodarczej, tudzież przeciwdziałaniu zjawiskom tzw. „prania brudnych pieniędzy” lub

pozostawania w „szarej strefie”. W tej sytuacji, wniesienie wadium wyrażonego w pieniądzu z uchybieniem art. 45 ust. 7 Pzp, to znaczy z pominięciem bezgotówkowego sposobu jakim jest przelew na rachunek bankowy zamawiającego - należy uznać za brak skutecznego wniesienia wadium. A skoro strona skarżąca postąpiła ściśle z literą prawa, tj. komentowanego art. 45 ust. 7 pzp - nie można przyjąć, że doszło do niezgodnego z prawem działania. Bezskuteczne bowiem wniesienie wadium oznacza brak jego wniesienia, co według art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania zamówienia publicznego (w obowiązującym stanie prawnym- odrzucenia oferty).

2. Informacje odczytywane obligatoryjnie podczas otwarcia ofert.

Zgodnie z art. 86 ust. 1 Pzp niezwłocznie po otwarciu ofert zamawiający zamieszcza na stronie internetowej informacje dotyczące

- 1) kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;
- 2) firm oraz adresów wykonawców, którzy złożyli oferty w terminie;
- 3) ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach.

Zgodnie z art. 86 ust. 4 Pzp podczas otwarcia ofert podaje się nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Podanie podczas otwarcia ofert terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach, będzie tylko w przypadku, gdy termin wykonania zamówienia, okres gwarancji i warunki płatności będą stanowić kryteria oceny ofert. Zamawiający może natomiast rozszerzyć zakres informacji podawanych w podczas otwarcia ofert o wartości parametrów technicznych zawartych w ofertach, jeżeli parametry techniczne stanowią kryteria oceny ofert. Takie postępowanie zamawiającego nie stanowi naruszenia przepisów Pzp.

Naruszenia przepisów Pzp nie stanowi również zaniechanie podania podczas otwarcia ofert terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności, jeśli termin wykonania zamówienia, okres gwarancji i warunki płatności nie są kryteriami oceny ofert i zostały określone przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający nie ma natomiast obowiązku podania podczas otwarcia ofert wartości kryteriów oceny ofert podanych w

ofertach wykonawców, innych niż cena, termin wykonania zamówienia, okres gwarancji i warunki płatności.

3. Czy informacje o kwalifikacjach osób, które będą brać udział w realizacji zamówienia mogą stanowić mogą tajemnicę przedsiębiorstwa?

Mając na uwadze specyfikę rynku np. niektórych usług (np. usług informatycznych, które wymagają dysponowania wykwalifikowaną kadrą specjalistów), informacje o osobach, które będą realizować zamówienie publiczne wraz z informacją o ich kwalifikacjach mogą stanowić mogą tajemnicę przedsiębiorstwa kwalifikacjach, jeżeli mają znaczenie gospodarcze.

W wyroku z dnia 8 września 2008 r., KIO/UZP 874/08, zwrócono uwagę, że „Dla podmiotów świadczących usługi na rynku informatycznym o sile firmy przesądzą przede wszystkim ludzie. Na rynku poszukiwani i cenieni są wysokiej klasy specjaliści, co powoduje konieczność zabezpieczania się firm przed dostępem do danych o jej zasobach kadrowych. Na tej podstawie, Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, iż informacje na temat kluczowych specjalistów, mogą podlegać ochronie przed ich ujawnieniem dla konkurentów, którzy na przykład mogliby próbować pozyskać ich dla własnych potrzeb i prowadzonej działalności, czego na własnym przykładzie doświadczył Przystępujący. Możliwości zastrzeżenia, jako tajemnica przedsiębiorstwa, wykazu osób, mających wykonywać zamówienie wraz z ich kwalifikacjami, potwierdził również Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 2007r., sygn. V Ca 421/07. Na tej podstawie, Izba uznała, iż dane co do potencjału osobowego - wykaz osób wraz z kwalifikacjami i zdobytym doświadczeniem zasługują na ochronę, jako tajemnica przedsiębiorstwa i nie podlegają w związku z tym odtajnieniu i ujawnieniu.”.

4. Czy wysokość kar umownych może naruszać zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego w umowie w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353¹ Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Należy jednak zwrócić uwagę, że w ramach zamówień publicznych zasada swobody umów doznaje trojkiego ograniczenia: po pierwsze zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po

drugie to zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie: strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Co do drugiego ograniczenia należy zauważyć, że zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia „istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach”. Z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp wynika, że zamawiający nie tylko jest obowiązany do ustalić warunki umowy, ale również ma uprawnienie do ich ukształtowania zgodnie ze swoimi potrzebami i wymaganiami. Wskazuje na to wyraźnie treść art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp: „jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach”.

W wyroku z dnia 29 stycznia 2014 r., KIO 69/14, Krajowa Izba Odwoławcza odnosząc się do ograniczenia zasady swobody umów oraz wysokości kar umownych w umowie w sprawie zamówienia publicznego stwierdziła, że „Zasada równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu zasady swobody umów (art. 353¹ k.c.), a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego. Zamawiający działa w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem, ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1189/10).

W wyroku z dnia 22 grudnia 2008 r. KIO/UZP 1431/08, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „Na gruncie p.z.p., kara umowna ma szczególne znaczenie. Bardzo istotna jest funkcja rewencyjno - wychowawcza, z punktu widzenia której, kara umowna ma stanowić zaporę dla dokonywania naruszeń, a skuteczną barierą będzie wtedy, kiedy jej dolegliwość będzie miała znaczenie, w sensie finansowym, dla wykonawcy.”.

W wyroku z dnia 28 kwietnia 2009 r., KIO/UZP 469/09, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, że „Prawo zamówień publicznych wprowadza ograniczenia swobody umów, bowiem już na etapie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p.,

Zamawiający zobowiązany jest określić istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli Zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę na takich warunkach. Zatem to do Zamawiającego należy określenie warunków umowy. W ocenie Izby, Zamawiający ma prawo użyć dozwolonych przepisami prawa środków zabezpieczających interes Zamawiającego, bowiem opóźnienia w realizacji zamówienia, niewykonanie umowy lub jej nienależyte wykonanie mogą skutkować dla Zamawiającego poważnymi konsekwencjami.”.

Na charakter prewencyjny, szczególnie istotny w realizacji umów dotyczących zamówień publicznych, gdzie Zamawiający nie może w sposób dowolny wybrać kontrahenta, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę w wyroku z dnia 11 listopada 2008 r., KIO/UZP 779/08.

Zachwianie równości stron stosunku cywilnoprawnego w rozumieniu art. 353¹ k.c. poprzez naruszenie zasady swobody umów nie powoduje samoistnie naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1), jeżeli nie dochodzi do zróżnicowania sytuacji danego wykonawcy na skutek naruszenia tych zasad. O naruszeniu zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wskutek określonego postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego można mówić w przypadku, gdy istnieje bezpośredni lub pośredni wpływ na tych postanowieniach na możliwość ubiegania się wykonawcy o udzielenie zamówienia na równi z innymi wykonawcami znajdującymi się w identycznej sytuacji prawnej i faktycznej (zob. wyrok z dnia 1 marca 2014 r., KIO 360/12). W wyroku z dnia 14 lipca 2011 r., XII Ga 314/11, LEX nr 1124956, Sąd Okręgowy w Gdańsku zwrócił uwagę, że „(...) warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. (...) o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353¹ k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy”. Wobec powyższego w ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy - poprzez określenie terminu

realizacji zamówienia - a wykonawca może nie złożyć oferty na tak postawionych warunkach. Jednak składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową.”.

Zamawiający, jako podmiot uprawniony do właściwie jednostronnego określenia treści umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Określając treść umowy w sprawie zamówienia publicznego musi mieć na uwadze ograniczenia wynikające z art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c., zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego.

5. Wykluczenie z postępowania wykonawcy, który zalega z uiszczeniem podatków (wyrok z dnia 16 grudnia 2016 r., KIO 2278/16).

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej przepis art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp „(...) kreuje dla zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania, w szczególności, gdy zalega z uiszczeniem podatków, który to fakt został stwierdzony ostateczną decyzją administracyjną lub prawomocnym wyrokiem sądu. Zdaniem Izby, wskazany przepis należy rozumieć w ten sposób, iż istnienie zaległości podatkowej, co do zasady, stanowi przeszkodę w udziale wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Niemniej jednak na tym tle dostrzec należy, że fakt istnienia zaległości podatkowej musi być aktualny na moment składania ofert. Za powyższym przemawia fakt, że w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający może żądać, w szczególności zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków.

Uprawnienie do żądania wspomnianego zaświadczenia i możliwość przedłożenia przedmiotowego zaświadczenia wskazuje, że ustawodawcy nie chodziło o stwierdzenie w toku postępowania wystąpienia, w ujęciu historycznym, jakiegokolwiek zaległości podatkowej, ale aktualnej, wymagalnej. Zatem, w ocenie Izby, jeśli zamawiający stwierdzi na moment składania ofert, że wykonawca jest dłużnikiem podatkowym i nie uwolnił się od tej zaległości ani nie zawarł porozumienia w sprawie jej spłaty, wtenczas winien być wykluczony z postępowania. Rozstrzygające znaczenie będzie miało zatem, dla wykluczenia wykonawcy, w oparciu o podaną

przesłankę, czy na moment składania ofert, występuje u wykonawcy zaległość podatkowa. (...). Jednocześnie nie można pomijać, że zaległość podatkowa nie stanowi samoistnego bytu podatkowego, lecz jest pochodną zobowiązania podatkowego. Oznacza to, że zaległość podatkowa dzieli los prawny zobowiązania podatkowego, z którego wynika. Istnieje wówczas, gdy istnieje zobowiązanie podatkowe. Wygaśnięcie zobowiązania podatkowego oznacza, że przestaje istnieć wynikająca z niego zaległość podatkowa. Wynika to z akcesoryjnego charakteru zaległości podatkowej względem zobowiązania podatkowego, z którego zaległość ta wynika. Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie, wystarczy wskazać na wyrok WSA w Łodzi z dnia 28 kwietnia 2016 r., sygn. akt: I SA/Łd 254/16. Natomiast zobowiązanie podatkowe wygasa wskutek, m.in. przedawnienia (art. 59 § 1 Ordynacji podatkowej). Wygaśnięcie zobowiązania podatkowego na skutek przedawnienia oznacza, że po upływie terminu przedawnienia wierzyciel podatkowy nie może skutecznie się domagać od dłużnika podatkowego zachowania wynikającego z treści tego zobowiązania. Innymi słowy, mimo niezaspokojenia wierzyciela podatkowego stosunek zobowiązaniowy przestaje istnieć z mocy prawa. Co więcej, w doktrynie podkreśla się, że dobrowolne spełnienie przedawnionego zobowiązania przez podatnika prowadzi do powstania nadpłaty, która podlega zwrotowi (C. Kosikowski, Leonard Etel i in.: „Ordynacja podatkowa. Komentarz”, LEX, 2013 r.). (...) Reasumując, zdaniem Izby, przepis art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp dotyczy jedynie sytuacji, w której na moment składania wniosków czy też ofert można przypisać wykonawcy zaległość podatkową i została ona stwierdzona prawomocnym wyrokiem sądu lub ostateczną decyzją administracyjną. Wystąpienie w przeszłości u wykonawcy zaległości podatkowej nie jest wystarczające do jego wykluczenia z postępowania, podobnie jak istnienie decyzji ostatecznej, określającej wysokość należności z tytułu podatku, jeśli na moment składania ofert rzeczona zaległość już nie istnieje. Przy czym, zdaniem Izby, rozstrzygające znaczenie ma fakt braku istnienia zaległości, a nie okoliczność, która spowodowała wygaśnięcie zobowiązania, a w konsekwencji unicestwienie bytu zaległości

- 6. Konsekwencją braku dokonania publicznego otwarcia oferty złożonej przed upływem terminu składania ofert, rodzi skutek w postaci braku możliwości dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, co stanowi podstawę unieważnienia postępowania (wyrok z dnia 29 czerwca 2016 r., KIO 1069/16).**

W ocenie Izby, w sprawie ziściły się przesłanki wynikające z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, skutkujące koniecznością unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne jako obarczonego

niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niewątpliwym jest, że w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia na skutek braku publicznego otwarcia oferty (...), doszło do naruszenia zasady jawności, która jest fundamentalną zasadą postępowania o zamówienie publiczne.

Jawność otwarcia ofert jest jednym z praktycznych sposobów realizacji zasady jawności, wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Otwarcie ofert jest jawne i następuje bezpośrednio po upływie terminu składania ofert, z tym że dzień, w którym upływa termin składania ofert, jest dniem ich otwarcia (art. 86 ust. 2 ustawy Pzp). Istotą tego przepisu jest z jednej strony zapobieżenie rozpatrywaniu przez zamawiających ofert złożonych po upływie terminu na ich składanie a z drugiej uniemożliwienie zapoznawania się z treścią ofert przed ich otwarciem.

Jawna czynność otwarcia ofert ma także doniosłe znaczenie dla uczestników postępowania - pozwala na ustalenie kręgu podmiotów, którzy ubiegają się o dane zamówienie. Oferta nie może zostać otwarta na niejawnym posiedzeniu komisji przetargowej, ale publicznie, w sposób jawny. W analizowanej sprawie, Zamawiający nie dokonał publicznego, jawnego otwarcia jednej z ofert, która została złożona w terminie na składanie ofert a dodatkowo pracownik Zamawiającego dokonał otwarcia tej oferty jeszcze przed terminem otwarcia ofert tj. przed godziną 12.00, co stanowi jaskrawe naruszenie przepisów art. 86 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp. **Brak podania do publicznej wiadomości - odczytania nazwy, adresu wykonawcy, informacji dotyczących ceny oferty i innych elementów wymienionych w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp powoduje, że postępowanie obarczone jest wadą niemożliwą do usunięcia, która to wada uniemożliwia zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.** Podkreślenia wymaga, że publiczne otwarcie ofert jest czynnością faktyczną, jednokrotną, która nie może zostać powtórzona w danym postępowaniu, co w konsekwencji oznacza, że brak publicznego otwarcia ofert stanowi wadę tego postępowania, które wywiera istotny wpływ na umowę. Tego typu nieusuwalna wada istnieje zawsze, niezależnie od tego czy oferta, która nie została publicznie otwarta jest ofertą najdroższą czy też plasuje się wyżej w rankingu kryteriów oceny ofert. Stąd niezasadne są dywagacje Odwołującego, że skoro oferta (...) jest ofertą najdroższą spośród złożonych ofert a dodatkowo przekraczającą znacznie budżet przeznaczony na realizację zamówienia, to błąd Zamawiającego polegający na braku publicznego otwarcia tej oferty nie ma żadnego wpływu na wynik postępowania. **Brak dokonania publicznego otwarcia oferty złożonej przed upływem terminu składania ofert, rodzi skutek w postaci braku możliwości dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.** W analizowanej sprawie

zastosowanie znajdzie przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp stanowiący przesłankę unieważnienia postępowania. Wada postępowania jest nieusuwalna, oraz wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, że powoduje jej bezwzględną nieważność.

7. **Określenie, czy kara rzeczywiście jest wygórowana będzie możliwe dopiero po jej faktycznym naliczeniu. Dopiero znając wysokość kary oraz jej stosunek do wynagrodzenia czy też wysokości szkody, można stwierdzić, czy istnieje dysproporcja pomiędzy wysokością kary a interesem wierzyciela (wyrok z dnia 15 czerwca 2016 r., KIO 969/16).**

W zakresie zarzutów dotyczących kar umownych zamawiający podniósł, że dopuszczalne jest kumulowanie kar umownych zastrzeżonych za różne postacie nienależytego wykonania zobowiązania. Warto także podkreślić, iż „za dopuszczalne uznać należy zastrzeżenie w umowie uprawnienia wierzyciela do żądania kary w wypadku, gdy przyczyna niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania są okoliczności niezawinione przez dłużnika. Skuteczności takiej klauzuli przesądza zawłaszcza art. 473 § 1 k.c. dopuszczający możliwość modyfikacji ogólnych reguł odpowiedzialności dłużnika. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby dłużnik w takiej sytuacji przyjął na siebie również odpowiedzialność za przypadek”. Powyższe wyrażenie wskazuje na naturę kary umownej jako sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. **Nie ulega bowiem wątpliwości, że kara umowna ma spełniać funkcję represyjną - oczywistym jest, że jej zapłata ma stanowić określoną dolegliwość dla kontrahenta. W kontekście niniejszej sprawy należy także podkreślić funkcję stymulacyjną kary umownej - zastrzeżona kara powinna mobilizować do należytego wykonania zobowiązania.** Stymulująco może działać wysokość ustalonej kary umownej, wybrany rodzaj kary (np. zaliczania), a także wzgląd na łatwość dochodzenia tego świadczenia (wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 27 lutego 2013 r., sygn. akt: I ACa 99/13).

Zamawiający stwierdził, iż wysokość kar umownych jest kształtowana przez strony na zasadzie swobody umów. W odwołaniu natomiast podniesiono, iż zamawiający w sposób nieuprawniony odstąpił od zakreslenia górnego limitu kar, sugerując tym samym ich nadmierną wysokość. Zamawiający w odniesieniu do powyższego wskazał na następujące okoliczności. „Wysokość określonej stawki kary umownej sama w sobie nie przesądza o rażącym wygórowaniu kary umownej. Dopiero wynikająca z tej stawki i okresu opóźnienia wysokość (kwota) kary umownej

może być uznana za rażąco wygórowaną przy zastosowaniu prawidłowego kryterium oceny. O rażącym wygórowaniu kary umownej mówić można zarówno wtedy, gdy zachwiana zostanie relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania a wysokością kary umownej zastrzeżonej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy z uwzględnieniem okresu opóźnienia, jak i wtedy (co jest zasadniczym kryterium miarkowania kary umownej z uwagi na jej rażące wygórowanie) zachwiany został stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznanej szkody”. **Tym samym określenie, czy kara rzeczywiście jest wygórowana będzie możliwe dopiero po jej faktycznym naliczeniu. Dopiero znając wysokość kary (a także jej stosunek do wynagrodzenia czy też wysokości szkody), można stwierdzić, czy istnieje dysproporcja pomiędzy wysokością kary a interesem wierzyciela.** Na wypadek zaistnienia takowej dysproporcji ustawodawca przewidział instytucję miarkowania kary, o której mowa w przepisie art. 484 § 2 k.c. Przedmiotowy mechanizm pozwala na ochronę interesów dłużnika. Do miarkowania może dojść tylko na żądanie dłużnika i tylko w drodze orzeczenia sądu. W ocenie zamawiającego, twierdzenia odwołującego, iż model kar umownych przyjęty przez zamawiającego jest zbyt dotkliwy, nie znajdują żadnych podstaw. Za zasadnością dotychczasowych rozwiązań umownych w tym zakresie przemawiają także charakter przedmiotu zamówienia i waga postępowania dla zagwarantowania prawidłowego funkcjonowania zamawiającego i wypełniania stawianych przed nim zadań. Kara umowna wiąże się z jakimkolwiek przejawem niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Tymczasem odwołujący kwestionuje zastrzeżenie kary umownej za uchybienia w świadczeniu usług administrowania, sugerując, iż postanowienia s.i.w.z. w przedmiotowym zakresie nie posiadają waloru jednoznaczności. W ocenie zamawiającego, twierdzenia zawarte w odwołaniu nie znajdują żadnego uzasadnienia. Odpowiedzialność wykonawcy, oparta o mechanizm kar umownych określonych w postanowieniu § 10 ust. 1 pkt 7 wzoru umowy, została opisana w sposób jednoznaczny, czytelny i zrozumiały - ramy tej odpowiedzialności są jasno sprecyzowane.

- 8. Fakt, że w postępowaniu została złożona tylko jedna oferta w dużym stopniu uprawdopodobnia, że krótki termin dostarczenia sprzętu do prezentacji utrudniał wykonawcom udział w postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp (uchwała z dnia 22 stycznia 2016 r., KIO/KD 4/16).**

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p., przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W świetle utrwalonego orzecznictwa Krajowej Izby

Odwoławczej i sądów okręgowych, naruszenie tego przepisu następuje nie tylko w przypadku udowodnienia faktu utrudnienia uczciwej konkurencji, ale także wówczas, gdy fakt utrudnienia uczciwej konkurencji, poprzez sposób sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, został co najmniej uprawdopodobniony. Jak wynika z Informacji o wyniku kontroli, istotą stwierdzonego naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. jest 7 dniowy termin, w którym wykonawca miał ewentualnie przedłożyć określony sprzęt w celu wykonania testów. Faktem bezspornym jest, że termin ten był kwestionowany przez jednego z wykonawców zainteresowanych udziałem w przetargu, który ostatecznie jednak nie złożył oferty. Termin ten został uznany za zbyt krótki także przez biegłego, który wskazał na znaczny koszt sprzętu i wysiłek organizacyjny związany z jego pozyskaniem i przechowywaniem, w związku z brakiem pewności, czy wykonawca w ogóle zostanie wezwany do prezentacji, w jakim terminie oraz co się stanie ze sprzętem po prezentacji. W tych warunkach, z ostrożności, należało bowiem pozyskać sprzęt do ewentualnej prezentacji już na początku postępowania, aby mieć pewność, że w wyznaczonym ad hoc przez Zamawiającego terminie będzie możliwe dostarczenie go w celu przeprowadzenia prezentacji.

W świetle powyższego, **fakt, że w postępowaniu została złożona tylko jedna oferta w dużym stopniu uprawdopodobnia, że ww. termin dostarczenia sprzętu do prezentacji utrudniał wykonawcom udział w postępowaniu.** Opisując przedmiot zamówienia, Zamawiający musi uwzględnić odpowiedni czas umożliwiający przygotowanie prawidłowej oferty, w tym przypadku też odpowiedni czas na przygotowanie ewentualnej prezentacji przedmiotu zamówienia. Termin związania ofertą wynoszący 30 dni nie stanowił przeszkody do wyznaczenia terminu 14 dniowego na dostarczenie wymaganych urządzeń. W przypadku zaistnienia takiej potrzeby Zamawiający zawsze może przedłużyć termin związania ofertą.

9. Uzasadnione są natomiast zarzuty strony skarżącej dotyczące użycia w opisie zamówienia systemu operacyjnego nazwy Microsoft Windows 7 Professional (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 21 marca 2013 r., III SA/Łd 1089/12).

W niniejszej sprawie Instytucja Zarządzająca stwierdziła, iż w zakresie postępowania dotyczącego realizacji projektu pn. "Efektywna edukacja gwarantem rozwoju lokalnego rynku pracy-budowa i wyposażenie Gimnazjum Gminnego w K.", beneficjent opisując przedmiot zamówienia użył nazw własnych (... Microsoft Windows 7 Professional) bez możliwości zastosowania elementów/rozwiązań równoważnych. Tym samym naruszył przepis art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W

ocenie organu wskazanie w zamówieniu konkretnego znaku towarowego, patentu lub pochodzenia oraz określenia „lub równoważne” nie jest wystarczające dla dokonania prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia w oparciu o art. 29 ust. 3 ww. ustawy. Zgodnie z wypracowanym orzecznictwem Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych dopuszczeniu składania ofert równoważnych musi towarzyszyć precyzyjne określenie parametrów technicznych i wymogów jakościowych dotyczących ofert równoważnych. Odnośnie dostawy i montażu sprzętu komputerowego w ramach realizacji przedmiotowego programu organ stwierdził, że zamawiający w opisie zamówienia użył nazw własnych podzespołów i oprogramowania, nie wskazując na możliwość zastosowania rozwiązań równoważnych. Organ nie uwzględnił wyjaśnień beneficjenta, iż użycie znaku towarowego Microsoft Windows wynikał z faktu otrzymywania cyklicznie rozszerzanego oprogramowania z Ministerstwa Edukacji, które to oprogramowanie współpracuje jedynie z ww. środowiskiem. W ocenie organu określone w art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przesłanki dopuszczające wyjątkowe posługiwanie się znakiem towarowym muszą być spełnione kumulatywnie. Do obowiązków zamawiającego należy udowodnienie ich łącznego wystąpienia. W niniejszej sprawie przesłanki te nie zostały spełnione. Z uwagi na powyższe organ nałożył 10% korektę finansową w łącznej kwocie 556 791,75 zł.

Stanowisko Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi:

Przede wszystkim należy podnieść, że na rynku praktycznie są dostępne trzy rodzaje oprogramowania a mianowicie Microsoft, Apple i Linux. **Jak trafnie podniesiono w skardze wszystkie wymienione typy oprogramowania nie współpracują ze sobą i są tzw. systemami zamkniętymi na konkurencję.** Przedmiotem zamówienia jest oprogramowanie podstawowe (Microsoft Windows 7 Professional) i jest ono dostosowane do oprogramowania rozszerzonego, które Gimnazjum w K. otrzymało i nadal otrzymuje z Ministerstwa Edukacji Narodowej. Jest rzeczą zrozumiałą, że wszystkie urządzenia (serwery, stacje robocze, komputery) muszą ze sobą bezkonfliktowo współpracować a taką współpracę mogą zapewnić jedynie systemy operacyjne Microsoft dostosowane do posiadanego już oprogramowania. Jak słusznie podniesiono w skardze gdyby wykonawcy zaproponowali inne niż Microsoft, oprogramowanie podstawowe (np. Apple lub Linux) to nie współpracowałoby ono z posiadanym oprogramowaniem rozszerzonym. Oznaczałoby to, że posiadane przez Gimnazjum w K. różne programy, pomimo obowiązywania na nie licencji, nie nadawałyby się do użytku. Gimnazjum w K. posiada szereg programów edukacyjnych otrzymanych z Ministerstwa Edukacji Narodowej. W sytuacji gdyby w opisie przedmiotu zamówienia dopisać

słowa „lub równoważne” to oznaczałoby dopuszczenie równoważnego oprogramowania operacyjnego co z kolei wiązałoby się z koniecznością wymiany całego oprogramowania dotychczas posiadanego przez Gimnazjum. Nie budzi wątpliwości fakt, że pociągałoby to za sobą znaczne koszty. W przekonaniu Sądu zrozumiała była decyzja strony skarżącej o wyborze systemu operacyjnego Microsoft Windows 7 Professional. System ten pozwoli bowiem na bezkonfliktową współpracę ze sprzętem posiadanym przez Gimnazjum w K. oraz pozwoli na pełne wykorzystanie posiadanego przez Gimnazjum oprogramowania. Decyzja taka jest racjonalna i podyktowana potrzebami zamawiającego.

W ocenie Sądu żaden przepis prawa nie może być automatycznie stosowany w oderwaniu od realiów konkretnego stanu faktycznego z pominięciem skutków jakie może wywołać jego zastosowanie. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej kilkakrotnie podnoszono, że „... ustawa Prawo zamówień publicznych nie powinna być stosowana i interpretowana jedynie przez pryzmat pojmowanej absolutnie zasady równej konkurencji, a w oderwaniu od innego celu jej regulacji, jakim jest zapewnienie dokonywania racjonalnych i celowych zakupów.

Nie powinna być również stosowana w swoistej próżni legislacyjnej, nie uwzględniającej zasad wyrażonych w innych przepisach, w szczególności wyrażonych w ustawie o finansach publicznych. Dopuszczenie stosowania przepisów ustawy prowadzące do narzucenia zamawiającym dokonywania zakupów, które nie odpowiadają ich potrzebom i utrudniają prowadzenie statutowej działalności nie daje się pogodzić z postulatem racjonalności ustawodawcy...” (wyroki KIO w spr. (...) i (...) z (...)). Pogląd, że w przypadku systemu operacyjnego Microsoft Windows 7 Professional nie doszło do naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 i 3 p.z.p. wyraził także Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych w postanowieniu z (...) Sąd podzielił argumentację przedstawioną w uzasadnieniu tego postanowienia.

Wyrok III SA/Ld 1089/12 pochodzi ze strony internetowej <http://www.orzeczenia-nsa.pl/wyrok/iii-sa-ld-1089-12/4a51a7.html>

10. Zaoferowany jednodniowy termin wykonania zamówienia, a zaoferowanie tego terminu przez wykonawcę miało na celu wyłącznie wyeliminowanie innych wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu.

Izba za uzasadniony uznała zarzut popełnienia przez Przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na zaoferowaniu przez tego wykonawcę w treści złożonej przez niego oferty terminu realizacji zamówienia, wynoszącego jeden dzień. **W ocenie Izby, biorąc pod uwagę przedmiot i specyfikę zamówienia, jak również fakt, że przedmiot zamówienia w zakresie zastosowanych obić krzeseł miał zostać przez Zamawiającego sprecyzowany dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej, termin realizacji zamówienia wynoszący jeden dzień jest terminem nierealnym,** a zaoferowanie tego terminu przez Przystępującego miało na celu wyłącznie wyeliminowanie innych wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. **Z kolei jako jeden z czynów nieuczciwej konkurencji, art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wprost określa działanie, polegające na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku.** W ocenie Izby oferta złożona przez Przystępującego spełnia przesłanki, aby jej złożenie uznać za czyn nieuczciwej konkurencji. Zaoferowany przez Przystępującego, jednodniowy termin wykonania zamówienia, jest terminem nierealnym, a jedynym celem jego zaoferowania było uniemożliwienie innym wykonawcom zaoferowania terminu korzystniejszego (jest to faktycznie najkrótszy możliwy do zaoferowania termin realizacji zamówienia). Tym samym celem działań Przystępującego było utrudnienie innym wykonawcom dostępu do zamówienia, gdyż zaoferowanie przez Przystępującego tak krótkiego terminu wykonania zamówienia, stanowiło podstawę do uznania oferty Przystępującego za ofertę najkorzystniejszą. Działanie Przystępującego naruszyło więc interes innych wykonawców.

Trafnie zauważył Odwołujący, że zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej: **za czyn nieuczciwej konkurencji należy uznać także zachowania zmierzające do wygrania przetargu „za wszelką cenę” poprzez oferowanie nierealnych warunków realizacji zamówienia.** Jednoznacznie jest wskazane, że zaoferowanie warunków nierealnych, które nie są w warunkach rzeczywistych możliwe do spełnienia, godzi w dobre obyczaje i narusza zasadę uczciwej

konkurencji”. Dokonując rozważań w zakresie terminu realizacji zamówienia, należy zwrócić przede wszystkim uwagę na następujące okoliczności:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa 3.775 sztuk krzeseł. Jest to więc ilość znaczna. Ponadto Zamawiający postawił dodatkowe wymogi w zakresie tego, w jaki sposób dostawa ma zostać zrealizowana. Zamawiający m.in. wymagał odpowiedniego opakowania krzeseł, nadania kodów itp. **Wykonanie tych wszystkich czynności jest czasochłonne i wymaga zaangażowania odpowiedniego zespołu pracowników.** Dodatkowa okoliczność, powodująca wydłużenie czasu, jaki wykonawca powinien poświęcić na realizację zamówienia wynika z faktu, że w zakresie części krzeseł Zamawiający określić ma tkaninę oraz kolor ich obić dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej. Jednakże SIWZ nie precyzuje, w jakim terminie Zamawiający ma dokonać wyboru tkaniny i koloru obić krzeseł. Oznacza to, że terminem, w którym Zamawiający może dokonać tej czynności, jest również chwila podpisania umowy.

Zapisy SIWZ nie dają wykonawcom jakiegokolwiek gwarancji, że wybór obić zostanie dokonany wcześniej niż przy podpisaniu umowy. SIWZ stanowi jedynie, że wybór ten zostanie dokonany po wyborze oferty najkorzystniejszej - ale nie wiadomo, w jakim terminie od tego zdarzenia. Dlatego też, nieuprawniona i bezpodstawa byłaby kalkulacja Przystępującego, że oprócz zawartego w ofercie (a następnie przeniesionego do umowy) terminu realizacji zamówienia, dysponować on będzie w okresie między wyborem oferty najkorzystniejszej a podpisaniem umowy dodatkowym terminem na wyprodukowanie krzeseł, w odniesieniu do których Zamawiający nie sprecyzował rodzaju obić. Co więcej, taka kalkulacja potwierdza jedynie, że jednodniowy termin realizacji zamówienia (liczony od dnia podpisania umowy) nie jest terminem realnym, skoro jego zaoferowanie wymaga dodatkowego czasu przed zawarciem umowy z Zamawiającym.

Ponadto, w ocenie Izby, kalkulowanie jakiegokolwiek innego czasu na realizację zamówienia przez Wykonawców (innego niż liczonego od dnia zawarcia umowy), zwłaszcza w sytuacji, gdy brak jest informacji, że taki czas w ogóle będzie przewidziany (i w jakim wymiarze), powoduje, że oferty stają się nieporównywalne, a uczciwa konkurencja pomiędzy wykonawcami zachwiana. Na marginesie Izba zauważa, że do dnia zamknięcia rozprawy, Zamawiający nie określił koloru ani też tkaniny obić.

Z powyższych okoliczności wynika, że wykonawcy nie mieli możliwości zgromadzenia wszystkich zaoferowanych krzeseł przed zawarciem umowy z Zamawiającym - tak, aby termin realizacji umowy, liczony od jej podpisania, obejmował w zasadzie wyłącznie załadunek, przewóz i wyładunek krzeseł w miejscu dostawy. Taka kalkulacja wykonawców byłaby całkowicie nieuprawniona. Przystępujący podnosił, że zmiana obicia krzesła jest czynnością zajmująca jedynie kilka, kilkanaście minut. Nawet jeśli tak jest, to należy zauważyć, że oprócz samej zmiany obicia, wykonawca powinien wykonać szereg pozostałych czynności, jakich wymagał Zamawiający w związku z dostawą krzeseł, a więc np. pakowanie, nadanie kodów, co zwiększa czas niezbędny do realizacji zamówienia. Nadto, jeśli krzesło, w którym miało zostać zmienione obicie, przed wykonaniem tej czynności było już zapakowane, to w celu zmiany obicia należy je rozpakować, co także powoduje wydłużenie czasu niezbędnego do przygotowania krzeseł do wysyłki.

Z powyższego wynika więc, że wybrany wykonawca musi poświęcić znaczną ilość czasu na dostosowanie krzeseł (nawet tych znajdujących się w magazynie wykonawcy) do wymogów Zamawiającego. Kilkanaście minut poświęconych wyłącznie na samą zmianę obić krzeseł, czy dopasowanie tkaniny, odniesione do kilku tysięcy (czy nawet tylko kilkuset) krzeseł daje czas w postaci kilku dni, które muszą zostać poświęcone w celu przygotowania dostawy krzeseł. W złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach Przystępujący nie wykazał, aby możliwe było zrealizowanie zamówienia w takim terminie, jaki zaoferował - a więc w terminie jednego dnia.

Izba zauważa również, że żaden z wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, nie zaoferował terminu realizacji zamówienia nawet zbliżonego do jednodniowego terminu, który zaoferował Przystępujący. Drugi co do długości termin realizacji zamówienia przewidziano na 35 dni, a więc jest to termin 35-krotnie dłuższy niż termin, jaki zaoferował Przystępujący. Także ta okoliczność wskazuje, że zaoferowany przez Przystępującego termin realizacji zamówienia nie jest terminem realnym.

Na nierealność terminu realizacji zamówienia, który został zaoferowany przez Przystępującego, wskazuje także fakt, że Przystępujący już wcześniej takiego jednodniowego terminu realizacji zamówienia nie dotrzymał. W prowadzonym przez Zamawiającego (w tym roku) postępowaniu na dostawę krzeseł i foteli, Przystępujący także zaoferował termin realizacji zamówienia wynoszący jeden dzień i oferta Przystępującego została uznana za najkorzystniejszą. Jednakże Przystępujący nie zrealizował zamówienia w terminie (opóźnienie w wykonaniu zamówienia wyniosło sześć dni) i

zmuszony był do zapłaty na rzecz Zamawiającego kar umownych za opóźnienie w dostawie. Skoro we wcześniejszym zamówieniu, które Przystępujący wykonywał na rzecz tego samego Zamawiającego i przy zbliżonym przedmiocie zamówienia, Przystępujący nie był w stanie zamówienia tego wykonać w ciągu jednego dnia, a opóźnienie nie było opóźnieniem minimalnym (nie wyniosło np. jednego dnia), to oznacza to, że wykonanie niniejszego zamówienia w ciągu jednego dnia nie jest możliwe. Oznacza to również, że Przystępujący w niniejszym postępowaniu w pełni świadomie zaoferował wykonanie zamówienia w terminie, który nawet w świetle doświadczenia samego Przystępującego powinien zostać uznany za niemożliwy do dotrzymania. Wskazuje to jednoznacznie na popełnienie przez Przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaoferowanie nierealnego terminu realizacji zamówienia, a tym samym utrudnianie dostępu do zamówienia innym wykonawcom i naruszenie ich interesów.

Z uwagi na wątpliwości Zamawiającego, dotyczące zaoferowanego przez Przystępującego terminu realizacji zamówienia, wynoszącego jeden dzień, Zamawiający zwrócił się do tego wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty w zakresie terminu realizacji zamówienia. **W takiej sytuacji, to Przystępujący bez żadnych wątpliwości winien wykazać, że termin, jaki zaoferował, jest terminem realnym.** W ocenie Izby, złożone przez Przystępującego wyjaśnienia, nie dawały podstawy do uznania, że Przystępujący rzeczywiście jest w stanie wykonać zamówienie w zadeklarowanym, jednodniowym terminie.

Wyjaśnienia Przystępującego mają charakter ogólnikowy, stanowią bardziej ogólny opis przedsiębiorstwa Przystępującego niż faktyczne wyjaśnienie okoliczności, potwierdzających możliwość realizacji zamówienia przez Przystępującego w zadeklarowanym, jednodniowym terminie, liczonym od dnia zawarcia umowy z Zamawiającym. Podnoszone przez Przystępującego okoliczności, takie jak duża baza magazynowana, duża flota, mogły zostać podniesione także przez innych wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu. Nie są więc to okoliczności, dotyczące wyłącznie Przystępującego. Także fakt, że Przystępujący jest producentem krzeseł, nie jest okolicznością w niniejszym postępowaniu wyjątkową, gdyż Przystępujący nie był jedynym producentem mebli, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu.

Istotne jest, że Przystępujący nie wykazał wpływu tych okoliczności na rzeczywistą możliwość zrealizowania zamówienia w ciągu jednego dnia. Należy przypomnieć, że Przystępujący został zobowiązany przez Zamawiającego do wykazania, że biorąc pod uwagę okoliczności przywołane

przez Zamawiającego w zapytaniu (a więc ilość krzeseł rzędu kilku tysięcy, konieczność dokonania szeregu czynności niezbędnych przy dostawie), Przystępujący zdolny jest zrealizować zamówienie w ciągu jednego dnia. Przystępujący nie podołał obowiązkowi wykazania powyższych okoliczności.

Ponadto nawet w przypadku uznania, że okoliczności wskazane przez Przystępującego w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach, potwierdzają możliwość szybszej realizacji zamówienia niż w przypadku pozostałych wykonawców, to nie potwierdza to automatycznie możliwości realizacji zamówienia w ciągu jednego dnia. Tym bardziej, że drugi co do długości termin wykonania zamówienia, jest 35-krotnie dłuższy od terminu, jaki zaoferował Przystępujący. **Tym samym samo wykazanie, że możliwe jest wykonanie zamówienia szybciej niż wykonają to inni wykonawcy, nie potwierdza, że wykonanie zamówienia możliwe jest w ciągu jednego dnia.** A wykazanie tej właśnie okoliczności było obowiązkiem Przystępującego po wezwaniu go do złożenia wyjaśnień przez Zamawiającego.

11. Wzory specyfikacji istotnych warunków zamówienia na dostawy oraz ogłoszenia o zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi, o którym mowa w art. 138o ust. 3 Pzp.

Załącznikami do INFO NOWE PZP Nr 1-2/styczeń-luty 2017 r. są wzory ogłoszeń na usługi społeczne i inne szczególne usługi oraz komentarz „Usługi społeczne i inne szczególne usługi (art. 138g - 138s Pzp)”

12. Szkolenia z ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zapraszamy na szkolenia z zamówień publicznych organizowane przez ogólnopolską firmę szkoleniową [EKSPERT sp. z o. o., Udorpie 83C, 77 - 100 Bytów](http://www.szukoleniaekspert.pl)

Informacje o szkoleniach w 2017 r. będą dostępne na stronie internetowej:

http://www.szukoleniaekspert.pl/szkolenia_otwarte.html?category=12

Zawarte w opracowaniu teksty i sygnatury orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej pochodzą z bazy orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej dostępnej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych www.uzp.gov.pl, orzeczeń NSA lub WSA z Centralnej Bazy Orzeczeń Sądów Administracyjnych dostępnej na stronie internetowej www.nsa.gov.pl, orzeczeń SA z bazy Portalu Orzeczeń Sądów Powszechnych dostępnej na stronie internetowej www.orzeczenia.ms.gov.pl, a orzeczeń Sądu Najwyższego z bazy orzeczeń dostępnej na stronie internetowej www.sn.pl

INFO NOWE PZP jest materiałem szkoleniowym dedykowanym uczestnikom szkoleń przeprowadzanych przez ogólnopolską firmę szkoleniową EKS PERT sp. z o. o., Udorpie 83C, 77 - 100 Bytów.