

## **Newsletter Zamówień Publicznych**

numer  
1 / 2020

maj  
2020

**Szanowni Państwo,**

przekazujemy Państwu pierwszy numer bezpłatnego Newslettera poświęconego Prawu zamówień publicznych. Zawarte w nim opracowania i analiza orzecznictwa zostały przygotowane przez studentów, absolwentów, doktorantów i pracowników UŁ oraz praktyków związanych z Centrum Zamówień Publicznych i PPP.

Naszym celem jest analiza różnorodnych problemów związanych ze stosowaniem prawa. Publikacja jest adresowana zarówno do pracowników zamawiających, jak i do przedsiębiorców oraz do wszystkich zainteresowanych problematyką wydatkowania środków publicznych.

Mamy nadzieję, że nasza praca przyczyni się do lepszego zrozumienia prawa zamówień publicznych

**dr Anna Górczyńska**

Kierownik Centrum Zamówień Publicznych i PPP  
Wydział Prawa i Administracji UŁ

### **Spis treści**

<b>O adekwatności doświadczenia jako kryterium oceny ofert. Analiza wyroku KIO z 8 maja 2019 r., sygn. akt: KIO 744/19</b>	
Marcin Matczak.....	4
<b>The Italian legislation that provide for limitations to subcontracts to 30% of the total amount of the public contract is against EU law ECJ, judgement of 26th September 2019, Case C-63/18</b>	
Francesca Novello .....	6
<b>Wybór najkorzystniejszej oferty a wyjaśnienia dotyczące treści złożonych ofert na przykładzie zamówienia na świadczenie usług związanych z odpadami komunalnymi</b>	
Katarzyna Leszka.....	8

# ZESPÓŁ



## **dr Anna Górczyńska**

Kierownik Centrum Zamówień Publicznych i PPP, Wydział Prawa i Administracji UŁ

specjalizuje się w prawie zamówień publicznych i PPP oraz szeroko rozumianym europejskim prawie gospodarczym. Kierownik Studiów Podyplomowych "Prawo zamówień publicznych", wykładowca i praktyk, autorka publikacji, ekspertyz i analiz dotyczących różnych aspektów zamówień publicznych



## **mgr Katarzyna Leszka**

Magister administracji ze specjalizacją finanse publiczne, absolwentka Szkoły Prawa Francuskiego UŁ, studentka V roku prawa na WPiA UŁ

Swoją pierwszą pracę magisterską poświęciła tematyce naruszeń dyscypliny finansów publicznych z zakresu zamówień publicznych. W jej kręgu zainteresowań znajduje się również problematyka związana z wyborem najkorzystniejszej oferty, w szczególności pozacenowych kryteriów oceny ofert



## **Adam Kramarz**

Student V roku prawa na WPiA UŁ, absolwent Szkoły Prawa Francuskiego UŁ, absolwent prawa na Université de Tours (Francja), specjalizacja: prawo europejskie (Master 2, droit – droit européen, parcours Juriste Européen), Stypendysta Rządu Francuskiego (Boursier du Gouvernement Français) 2018-2019.

Interesuje się komparatystyką prawniczą, europejskim prawem zamówień publicznych, polskim i francuskim prawem zobowiązań. Przygotowuje prawnoporównawczą pracę z zakresu francuskiego prawa koncesyjnego oraz unijnej regulacji umów koncesji



### **mgr Marcin Matczak**

absolwent Wydziału Prawa i Administracji UŁ,  
doktorant WPiA UŁ, aplikant radcowski.

Specjalizuje się w problematyce zamówień publicznych. Pracuje w dziale prawnym dużej grupy kapitałowej, przygotowując m. in. odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej.

Naukowo interesuje się zielonymi i społecznymi zamówieniami publicznymi. Ukończył także kurs Szkoły Prawa Niemieckiego.



### **Francesca Novello**

Absolwentka prawa Uniwersytetu w Trydencie (Włochy)  
stypendystka Erasmus w Polsce (WPiA, UŁ)

Doświadczenie zawodowe zdobywała w kancelariach  
adwokackich, obecnie odbywa prestiżowy staż w Europejskim  
Banku Inwestycyjnym w Luksemburgu.

Specjalizuje się w prawie zamówień publicznych, w szczególności  
w zakresie zielonych zamówień oraz w prawie finansowym  
i administracyjnym.

# O adekwatności doświadczenia jako kryterium oceny ofert. Analiza wyroku KIO z 8 maja 2019 r., sygn. akt: KIO 744/19

Marcin Matczak

## STAN FAKTYCZNY:

Zamawiający: Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiu prowadził przetarg nieograniczony na „Dostawę licencji na system i wdrożenie systemu na potrzeby Uniwersytetu [...], prezentującego i promującego osiągnięcia naukowe i potencjał badawczy [...]”. Wykonawca SIMPLE S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Wśród licznych zarzutów znalazł się także zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych („Pzp”) poprzez takie określenie pozacenowego kryterium oceny ofert w postaci doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia, przy jednoczesnym przypisaniu mu aż 30% wagi, co prowadzić ma do bezpodstawnego premiowania określonej grupy wykonawców w oderwaniu od praktycznego znaczenia wspomnianej okoliczności dla zamawiającego z punktu widzenia należytego wykonania i stosowania zamawianego systemu.

## TREŚĆ ROZSTRZYGNIECIA:

KIO oddała odwołanie wykonawcy SIMPLE S.A.

## Z UZASADNIENIA:

Podkreślenia wymaga fakt – wskazała KIO – że kryteria oceny ofert, a w szczególności kryteria pozacenowe, służą wyborze najkorzystniejszej oferty, a nie dopuszczeniu wykonawców do udziału w postępowaniu. Kryterium takie może mieć, i zwykle ma, charakter zawężający konkurencję. Może ono wiązać się z oceną personelu wykonawcy wyznaczonego do realizacji zamówienia jeżeli odnosi się do przedmiotu zamówienia i jeśli może mieć

znaczący wpływ na jakość jego wykonania, co w przedmiotowej sprawie nie budzi wątpliwości. Zamawiający miał prawo sformułować w celu wyboru oferty najkorzystniejszej, spełniającej w najwyższym stopniu oczekiwania zamawiającego wobec wykonawcy, który będzie realizował zamówienie. Doświadczenie zespołu wdrożeniowego wykonawcy w zakresie wdrażania systemu typu CRIS stanowiącego najważniejszy i najtrudniejszy element przedmiotu zamówienia ma bez wątpienia istotny wpływ na jakość wykonania (wdrożenia) zamawianego systemu. Kryterium to, mimo, że stanowi w pewnym stopniu zawężenie wymagań wobec wykonawcy, to nie narusza art. 91 ust. 2 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp.

## KOMENTARZ:

Z komentowanym wyrokiem należy się zgodzić, z szerszym jednak omówieniem. Tytułem wstępu do niniejszego komentarza, Urząd Zamówień Publicznych opublikował na swojej stronie internetowej dokument o nazwie „Raport z badania dotyczącego niskiej konkurencyjności w zamówieniach publicznych”. Stąd warto jest w kontekście treści tego dokumentu skomentować powyższe orzeczenie KIO. W „Raporcie” w konkluzjach (s. 40) wskazano m.in., że wykonawcy upatrują niską konkurencyjność w zamówieniach publicznych także w okoliczności opisu przedmiotu zamówienia w sposób preferujący określony produkt lub firmę, a także fakt dominowania ceny w kryteriach oceny ofert. Wynika z tego obraz zamówień publicznych preferujących jak najniższy koszt sfinansowania danego projektu i skonstruowanych w sposób prowadzący do konfuzji właściwości wykonawcy z jakością jego produktów

lub usług. W stanie faktycznym komentowanego wyroku, co ciekawe, wykonawca zarzucił zamawiającemu nadmierne skorzystanie z pozacenowego kryterium oceny ofert w postaci doświadczenia – poprzez przypisanie mu nieproporcjonalnie dużej wagi. Przepis art. 91 ust. 2 pkt. 5 Pzp przewiduje, że kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia jest dopuszczalne, jeżeli może mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Należy podkreślić zatem, że kryterium oceny ofert w postaci doświadczenia nie może być przypadkowe w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z art. 91 ust. 3 Pzp wynika bowiem, że kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Korelacja tych dwóch wspomnianych przepisów jest nieprzypadkowa i ich zestawienie obok siebie prowadzi do wniosku, że kryterium takie musi być proporcjonalne do oczekiwań względem jakości wykonania zamówienia publicznego; w przeciwnym wypadku jest to proste powielenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia osób skierowanych do jego realizacji, a w konsekwencji – pomieszenie kryteriów podmiotowych udzielenia zamówienia z kryteriami przedmiotowymi. Prawidłowo zatem KIO orzekła, iż dla zbadania dopuszczalności takiego kryterium przedmiotowego w postępowaniu niezbędne jest wykazanie przez zamawiającego, iż doświadczenie osób realizujących zamówienie (lub jego określoną część) będzie nieodzowne dla jego wykonania w pożądanym sposobie.

W powyższym kontekście warto jeszcze raz wrócić do „Raportu”. Wykonawcy ankietowani na potrzeby jego sporządzenia wskazują, że opis przedmiotu zamówienia

często jest dyskryminujący. Preferujący określonych wykonawców może być jednak także dobór kryteriów oceny ofert. Warto przypomnieć zatem zamawiającym – a wykonawców przestrzec – iż warto dążyć do osiągnięcia wysokiej jakości wykonania zamówienia publicznego. Nie warto jednak sztucznie zawężać kręgu wykonawców aż do granic osiągnięcia monopolu, gdyż właśnie takie działanie może spowodować zagubienie celu założonego przy konstruowaniu dokumentacji zamówienia – jego jakości i przydatności dla społeczeństwa. ■

**The Italian legislation that provide for limitations to subcontracts to 30% of the total amount of the public contract is against EU law  
ECJ, judgement of 26<sup>th</sup> September 2019, Case C-63/18**

Francesca Novello

---

Already in January 2019 the issue of subcontracting limitations had become of interest for Italy. In fact, the European Commission sent the Italian Government a letter of formal notice declaring that the infringement procedure regards the Italian Code of Public Contracts and its violation of EU Directives on public procurement. The Commission contested in particular the public procurement legislation that limits the possibility of subcontracting.

Later, with the judgment of 26 September 2019 (case C-63/18), also the Court of Justice had the opportunity to rule in relation to the legitimacy of limitation of subcontracting to 30% of the total amount of the contract, as foreseen in the Italian Code of Public Contracts (Art. 105, Legislative Decree no. 50/2016). The Court has declared that such restraint is illegitimate.

The facts on which the decision is based date back to the period prior to the last amendment of the Code of Public Contracts (with Act 55/2019). Currently, the Italian law sets the limit of subcontracting at 40% of the entire contract amount.

However, the percentage itself is of little importance, as the European judges have established that it is *tout-court* illegitimate to provide for limits to subcontracting.

The request for the preliminary ruling came from T.A.R. Lombardia (the Administrative Court of Lombardy), in the context of a judgment concerning a joint-stock company and the contracting authority '*Autostrade per l'Italia S.p.A.*', in relation to the exclusion from a call for tenders.

The Italian judges asked the European Court to rule on the correct interpretation of Articles 49 and 56 TFEU, Article 71 of Directive 2014/24/EU and the principle of proportionality. The Italian Administrative Court expressed doubts about the potential infringement by the Italian legislation of the principles of freedom of establishment, freedom to provide services and proportionality since the Code provides for such a limitation in a general and abstract terms.

The topic of limitations to subcontracting was already treated by the European Court of Justice. In fact, in the judgement of 16 July 2016 (case C-406/14) (*Wrocław - Miasto na prawach powiatu*, a judgment concerning the interpretation of Directive 2004/18/EC), the European judges clarified that it is incompatible with European procurement law to impose, in tender specifications, limitations on subcontracting for a percentage of the contractual amount, set in abstract terms, regardless of the possibility of verifying the

capacities of subcontractors and without considering the nature of the tasks to be dealt with.

In the judgment of 26 September 2019, the EU Court recalled the principles stated back in 2016.

The Court noted that in Italy the prohibition of subcontracting more than 30% of the contractual amount applies -without distinction- to all economic sectors, regardless of the nature of the contract nor of the identity of the subcontractors, not leaving the contracting authority any margin for evaluating the specific case.

The Court recalled the settled case-law and recital 78 of Directive 2014/24: it is in the interests of the European Union to ensure the enhancement of the opening up of competition in tendering procedures. In fact, the use of subcontractors, which facilitates access of SME to public contracts, contributes to the pursuit of that objective.

The arguments of the Italian Government have not convinced the Court. The Government reported the particular circumstances that characterise the country as justification for the subcontracting restrictions, so that criminal organizations often insinuate themselves into subcontracting. However, for the Judges of Luxembourg, *“even if a quantitative limit on the use of subcontracting may be regarded as likely to combat such a phenomenon, a restriction such as that at issue in the main proceedings*

*goes beyond what is necessary to achieve that objective”*.

The Court reminded that the Italian law *“already provides for numerous measures explicitly intended to prohibit undertakings suspected of belonging to the mafia, or in any event of being linked to the interests of the main criminal organisations operating in the country, from having access to public tendering procedures”*. And, in any case, the argument that the checks which the contracting authority is required to carry out under national law would be ineffective *“does not in any way alter the restrictive nature of the national measure at issue in the main proceedings”*.

Therefore, the ECJ concluded that Directive 2014/24/EU *“must be interpreted as precluding national legislation, such as that at issue in the main proceedings, which limits to 30% the share of the contract which the tenderer is permitted to subcontract to third parties”*.

We are waiting for the Italian legislator to take action and amend the national provisions in order to comply with EU law. ■

## Wybór najkorzystniejszej oferty a wyjaśnienia dotyczące treści złożonych ofert na przykładzie zamówienia na świadczenie usług związanych z odpadami komunalnymi

Katarzyna Leszka

8

Wraz z uchwaleniem dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/89/WE stało się jasne, iż szczególny nacisk w gospodarowaniu odpadami komunalnymi położony będzie na aspektach środowiskowych. Stąd też, mimo zmian rzeczony dyrektywy wyznaczany przez nią pierwotnie kierunek powoduje, iż zamawiający wskazują jako jedno z kryteriów oceny ofert posiadanie przez przyszłego wykonawcę certyfikacji środowiskowych opartych na międzynarodowych normach standaryzacyjnych. Co oczywiste, kryteria te stanowią istotny punkt prowadzący do wyłonienia najkorzystniejszej oferty, muszą pozostawać w zgodzie z wymogami prawa europejskiego (tj. zasadą proporcjonalności, niedyskryminacji i równego traktowania wykonawców).

Kryterium „spełniania standardów środowiskowych” stało się przedmiotem sporu między wykonawcą a zamawiającym, który dokonał nieprawidłowej oceny oferty, wyciągając błędne wnioski z wyjaśnień złożonych przez wykonawcę.

### Istota wyjaśnień

Ustawodawca wprowadził w art. 87 ust. 1 p.z.p. mechanizm umożliwiający zamawiającemu zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie dotyczące treści złożonej przez niego oferty. Mechanizm ten nie stanowi *stricte* obowiązku zamawiającego zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia za każdym razem, gdy pojawia się jakakolwiek wątpliwość co do treści złożonej oferty, a stanowi swoiste uprawnienie zamawiającego, realizowane od chwili otwarcia ofert do wyboru najkorzystniejszej oferty (włącznie z czasem rozpatrywania potencjalnych odwołań). Jednak,

jak podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dn. 14 lutego 2018 roku w sytuacji, gdy złożenie takich wyjaśnień może mieć znaczenie dla „ziszczenia się przesłanki odrzucenia oferty”, na zamawiającym ciąży obowiązek zwrócić się do wykonawcy celem wyjaśnienia powstałych u niego wątpliwości. Co więcej, uprawnienie to zmieni się w obowiązek także wtedy, gdy dla rzetelnej i starannej oceny oferty złożenie wyjaśnień przez wykonawcę jest niezbędne.

W wypadku, gdy zamawiający zaniecha wykonania ciążącego na nim obowiązku i nie zawiadomi wykonawcy o złożeniu wyjaśnień co do treści złożonej oferty, naraża się na zarzut naruszenia przepisów p.z.p., w tym w szczególności art. 91 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p.. W sytuacji bowiem, gdy zamawiający nie zwróci się do wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty w wyniku czego nieprawidłowo ją zinterpretuje i oceni, zasadne będzie uznanie, iż zamawiający działał nienależycie oraz niestarannie, a błędu można było uniknąć poprzez żądanie wyjaśnień. Dochodzi więc w takiej sytuacji do niewłaściwej oceny oferty, która może mieć wpływ na wybór tej najkorzystniejszej, gdyż nie jest możliwe prawidłowe przeprowadzenie oceny ofert w sytuacji, gdy istotna dla tej oceny treść jednej z nich pozostaje niewyjaśniona. Trudno wówczas uznać, iż wykonawca wybrany został w zgodzie z przepisami p.z.p..

Zupełnie inaczej jednak rysuje się sytuacja, gdy mimo żądania wyjaśnień wykonawca ich nie złoży. Co prawda ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie wprost sankcji w postaci odrzucenia oferty wykonawcy nieprzedstawiającego na żądanie zamawiającego wyjaśnień (co pośrednio



wskazuje także na fakultatywność samego mechanizmu z art. 87 ust.1 p.z.p.), jednak skutkiem ich niezłożenia jest ocena oferty na podstawie takiej wiedzy, jaką zamawiający ma i z uwzględnieniem wątpliwości, które nie zostały rozwiane przez wykonawcę. Zaniechanie takie może więc prowadzić do odrzucenia oferty stosownie do art. 89 p.z.p. po ocenie jej treści. Co więcej, w takiej sytuacji, jak się zdaje, wykonawca traci interes we wniesieniu ewentualnego odwołania, gdyż nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p.: zamawiający bowiem zwrócił się zgodnie z przepisami o złożenie wyjaśnień, a wykonawca – wskutek swego zaniechania – nie rozwił wątpliwości zamawiającego.

Warto przy tym zaznaczyć, iż w obowiązującym stanie prawnym nie ma podstaw do przyjęcia, iż zamawiający w jakiegokolwiek sytuacji jest zobowiązany na wniosek wykonawcy żądać wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 p.z.p.. Wyłącznie od woli zamawiającego zależy, czy postępowanie wyjaśniające zostanie wdrożone. Wskazane jest natomiast, by w wypadku sygnalizacji przez wykonawcę potrzeby złożenia wyjaśnień przeanalizować wskazane przez wykonawcę twierdzenia i podjąć w tym zakresie stosowną decyzję co do żądania wyjaśnień, szczególnie w celu uniknięcia ewentualnego zarzutu naruszenia p.z.p. przez zamawiającego.

Co do samego charakteru złożonego wyjaśnienia, należy wskazać, iż zgodnie z orzecznictwem KIO ma ono charakter wykładni oświadczenia woli, tj. oferty, które wiąże wykonawcę na równi z treścią oferty, a nie innego, „nowego” oświadczenia woli. Należy przy tym zauważyć, iż zgodnie z art. 87 ust. 1 zd.2 p.z.p. niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, ani dokonywanie jakiegokolwiek zmiany

w jej treści (wyjątek stanowi postępowanie prowadzone w trybie dialogu konkurencyjnego oraz poprawki oczywistych omyłek, m.in. pisarskich i rachunkowych).

Wyjaśnienia dotyczą zatem wyłącznie treści przedstawionej już przez oferenta oferty, nie mogą jej ani rozszerzać, ani ograniczać i, co do zasady, nie mogą jej w żaden sposób zmieniać.

Skorzystanie z tego mechanizmu możliwe jest niezależnie od trybu udzielania zamówienia, z tym że w trybie dialogu konkurencyjnego mechanizm ten nie obejmuje wyłącznie wyjaśnień zamawiającego, ale dopuszcza jeszcze „dopracowanie treści ofert”, z zakazem dokonywania istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w siwz (zob. art. 87 ust. 1a).

Co istotne, zamawiający może zwrócić się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień tyle razy, ile uzna za konieczne do rozwiania swych wątpliwości. Musi on przy tym zwrócić szczególną uwagę na sposób, w jaki wskazuje swe wątpliwości: musi wyrazić je wprost, w sposób konkretny, tak, by faktycznie możliwe było ich wyjaśnienie przez wykonawcę.

### **Stan faktyczny**

Gmina Koszęcin, będąc na podstawie ustawy z dn.13 września 1996 r. o utrzymaniu porządku i czystości w gminach zobowiązaną do zorganizowania odbioru albo odbioru i zagospodarowania odpadów od właścicieli nieruchomości, które zamieszkują mieszkańcy gminy, prowadziła postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usługi odbierania tych odpadów komunalnych i ich zagospodarowania.

W siwz gmina wskazała, iż kryteriami wyboru najkorzystniejszej oferty będzie cena brutto za realizację przedmiotu zamówienia (60%), termin płatności faktury (20%) oraz

spełnienie standardów środowiskowych (20%). W ramach ostatniego kryterium, gmina – by przyznać oferentowi maksymalną ilość punktów (20) – wymagała od niego posiadania skutecznego certyfikowanego systemu zarządzania środowiskiem zgodnego ze standardem ISO lub innym równoważnym standardem w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, tj. odbioru i transportu odpadów, przy czym dopuszczalne było przedstawienie więcej niż jednego certyfikatu: tj. oddzielnego na odbiór oraz oddzielnego na transport odpadów. Oferent był zobligowany przedłożyć wraz ze swą ofertą dokument potwierdzający spełnianie tego kryterium. W jego braku, otrzymywał on w tej kategorii 0 pkt.

Rozstrzygnięty wyrokiem KIO z dn. 13 czerwca 2019 r. w sprawie o sygnaturze KIO 985/19 spór między zamawiającym a oferentem dotyczył przyznania przez gminę 0 punktów oferentowi w kategorii „spełnienie standardów środowiskowych” pomimo przedstawienia stosownego certyfikatu, który jednak – w opinii zamawiającego – nie był wystarczający dla uznania spełniania określonego w siwz kryterium, gdyż nie było w jego ocenie jasne, że certyfikat środowiskowy obejmuje zarówno odbiór, jak i transport odpadów komunalnych. W celu wyjaśnienia wątpliwości gmina zawiadzała oferenta na podst. art. 87 ust. 1 p.z.p. do wyjaśnienia treści oferty w zakresie dołączonego do niej certyfikatu. Oferent wskazywał w swych wyjaśnieniach, że certyfikat ISO 14001 obejmuje zarówno odbiór, jak i transport odpadów, przedstawiając na dowód tego tzw. „karty procesu”, tj. dokumenty stanowiące podstawę uzyskiwania wspomnianego certyfikatu, które wskazują wprost enumeratywnie wyliczone czynności wchodzące w zakres poszczególnych obszarów certyfikacji.

Mimo złożenia stosownych wyjaśnień, gmina nie uznała za „prawidłowo wykazane”

posiadanie przez oferenta certyfikatu, który spełniałby wymogi przedstawione w siwz, podnosząc m.in., iż użyte w opisie zakresu przedstawionej przez oferenta certyfikacji pojęcie „wywozu” nie jest tożsame z pojęciem „odbioru” oraz że złożone przez oferenta wraz z wyjaśnieniami dokumenty, tzw. „karty procesu” zmieniają zakres certyfikatu i, jako dołączone po upływie terminu składania ofert, nie mogą być brane pod uwagę. W wyniku tego działania, oferent – którego oferta musiałaby w przypadku przyznania mu maksymalnej ilości punktów w kategorii „spełnianie standardów środowiskowych” zostać uznana za najkorzystniejszą – nie uzyskał zamówienia publicznego.

Wyrokując w sprawie złożonego przez oferenta odwołania KIO nie podzieliła oceny zamawiającego unieważniając czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazując mu uwzględnienie treści wyjaśnień złożonych przez odwołującego wraz z załączonymi do nich dokumentów oraz dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem wyniku oceny złożonych wyjaśnień.

W świetle powyższego stanu faktycznego widać wyraźnie, jak istotną rolę przy wyborze najkorzystniejszej oferty odgrywa wprowadzony przez ustawodawcę w art. 87 ust. 1 p.z.p. mechanizm umożliwiający zamawiającemu zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie dotyczące treści złożonej przez niego oferty.

Warto zauważyć, jakie wnioski w przedmiocie wyjaśnienia treści oferty płyną ze wspomnianego wyroku KIO:

- Celem zwrócenia się o wyjaśnienie treści oferty jest rozwianie istniejących wątpliwości poprzez „uzyskanie jednoznacznych informacji dotyczących całości lub części oferty, które są nieprecyzyjne,

- niejasne, dwuznaczne, budzące wątpliwości interpretacyjne, pozwalających dokonać oceny czy oferta ta, w danym zakresie spełnia wymagania postawione przez zamawiającego”.
- Zamawiający musi uwzględniać całość udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień, wraz z załączonymi dokumentami
  - Forma i sposób złożenia wyjaśnień treści oferty przez wykonawcę nie jest sformalizowana w takim stopniu, jak wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Sposób w jaki wykonawca wyjaśni wątpliwości, zależy od jego wyboru.
  - Należy jednak pamiętać, iż wyjaśnienia powinny być przekonujące: stąd też warto, by dołączyć do nich dodatkowe dokumenty, czy dowody popierające twierdzenia wykonawcy.
  - Można przedstawiać jakiegokolwiek dokumenty, byleby doprecyzowały one te kwestie, które są dla zamawiającego niejasne: przy czym nie mogą być to dokumenty, które miałyby zastąpić te już złożone
  - Można składać dokumenty potwierdzające zakres dokumentu załączonego do oferty: nie zmienia on w żadnym razie treści dokumentu dołączonego do oferty, a tylko precyzuje jego treść / potwierdza ją. Stąd też przedstawienie wyjaśnienia nie może prowadzić do zmiany oferty, tj. do złożenia nowego oświadczenia woli niezawartego w ofercie: ma ono wyłącznie rozwiązać powzięte przez zamawiającego wątpliwości co do treści istniejącej już, tj. złożonej oferty
  - W przypadku, gdy zamawiający – mimo złożonych wyjaśnień – ma dalsze wątpliwości co do treści oferty, może ponownie zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień
  - W pierwszej kolejności należy obligatoryjnie zwrócić się do wykonawcy. Orzecznictwo KIO dopuszcza jednak zwrócenie się w drugiej kolejności do jednostki certyfikującej z prośbą o wyjaśnienia co do wystawionego spornego certyfikatu, czy też przy wątpliwościach dot. wymaganych cech urządzeń bezpośrednio do producenta z prośbą o odpowiedź na istotne dla zamawiającego pytania (zob. KIO 1208/13)
  - Niepodjęcie przez zamawiającego dalszych działań mających na celu wyjaśnienie wątpliwości, które nie zostały dostatecznie wyjaśnione stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 p.z.p.
  - Gdy wątpliwości budzą te elementy oferty, które zgodnie z siwz podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, ich niewyjaśnienie prowadzi także do naruszenia art. 91 ust. 1 p.z.p. : trudno bowiem przyjąć, że zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie przyjętych w siwz kryteriów oceny ofert.
- Podsumowanie:** Bez wątpienia mechanizm wprowadzony w art. 87 ust.1 p.z.p. należy uznać za korzystny dla obu stron postępowania: zamawiający może rozwiązać swoje wątpliwości co do treści oferty i wybrać rzeczywiście tę najkorzystniejszą, wykonawca ma natomiast możliwość złożenia na żądanie zamawiającego stosownych wyjaśnień, przez co zmniejszone jest ryzyko negatywnej oceny oferty wskutek powziętych przez zamawiającego wątpliwości co do jej treści. ■