

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

**Orzecznictwo sądów okręgowych
w latach 2010–2015
z komentarzem**

Honorata Łopianowska, Anna Packo

KOMENTARZE ORZECZNICZE

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

Orzecznictwo sądów okręgowych
w latach 2010–2015
z komentarzem

Honorata Łopianowska, Anna Packo

KOMENTARZE ORZECZNICZE

Stan prawny na 9 lutego 2016 r.

Wydawca
Izabella Matecka

Redaktor prowadzący
Joanna Maź

Opracowanie redakcyjne
Elżbieta Józwiak

Łamanie
JustŁuk Łukasz Drzewiecki, Justyna Szumił, Krystyna Szych

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

The logo for 'prawolubni' features the word in a stylized, lowercase font. Above the 'i' in 'lubni' is a small heart symbol. Below the text are two wavy horizontal lines.

SZANUJMY PRAWO I WŁASNOŚĆ
Więcej na www.legalnakultura.pl
POLSKA IZBA KSIĄŻKI

© Copyright by
Wolters Kluwer SA, 2016

ISBN: 978-83-264-9927-2

Wydane przez:
Wolters Kluwer SA

Dział Praw Autorskich
01-208 Warszawa, ul. Przykopowa 33
tel. 22 535 82 19
e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl
www.wolterskluwer.pl
księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Spis treści

Wykaz skrótów	7
Wprowadzenie	11
Rozdział 1. Zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców	15
Rozdział 2. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego	35
Rozdział 3. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia	97
Rozdział 4. Warunki udziału w postępowaniu	164
Rozdział 5. Wykluczenie z postępowania	253
Rozdział 6. Dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków	334
Rozdział 7. Korzystanie z zasobów innego podmiotu	443
Rozdział 8. Oferta	538
Rozdział 9. Odrzucenie oferty	626
Rozdział 10. Wadium	873
Rozdział 11. Pełnomocnictwo	935
Rozdział 12. Tajemnica przedsiębiorstwa	962
Rozdział 13. Zamówienie z wolnej ręki	988

Rozdział 14. Postępowanie odwoławcze	1011
Rozdział 15. Postępowanie skargowe	1190
Bibliografia	1331
Wykaz orzeczeń	1333
Indeks haseł	1343

Wykaz skrótów

Akty prawne

- dyrektywa 2004/17/WE** dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. WE L 134 z 30.04.2004, s. 1; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 7, s. 19, z późn. zm.)
- dyrektywa 2004/18/WE** dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. WE L 134 z 30.04.2004, s. 114; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 7, s. 132, z późn. zm.)
- dyrektywa 2007/66/WE** dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335 z 20.12.2007, s. 31)
- dyrektywa 2014/24/UE** dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, s. 65)
- dyrektywa 2014/25/UE** dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, s. 243, z późn. zm.)

dyrektywa Rady 89/665/EWG	dyrektywa Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. Urz. WE L 395 z 30.12.1989, s. 33; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 1, s. 246, z późn. zm.)
dyrektywa Rady 92/13/EWG	dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. WE L 76 z 23.03.1992, s. 14; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 1, s. 315, z późn. zm.)
k.c.	ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 121 z późn. zm.)
Konstytucja RP	Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)
k.p.c.	ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r. poz. 101 z późn. zm.)
pr. bank.	ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 128 z późn. zm.)
p.z.p.	ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 2164)
r.r.d.	rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231)
u.i.c.t.u.	ustawa z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. poz. 915)
u.k.s.c.	ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 1025 z późn. zm.)
u.m.w.p.	ustawa z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 2008)
u.o.k.k.	ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 184 z późn. zm.)

u.z.n.k. ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
(tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.)

Inne

KIO	Krajowa Izba Odwoławcza
KRK	Krajowy Rejestr Karny
KRUS	Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego
Portal NP	www.noweprzetargi.pl
Portal OSP	orzeczenia.ms.gov.pl
Portal UZP	www.uzp.gov.pl
SN	Sąd Najwyższy
SO	sąd okręgowy
UZP	Urząd Zamówień Publicznych
ZPO	Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie
ZUS	Zakład Ubezpieczeń Społecznych

Wprowadzenie

System zamówień publicznych jest dziedziną wciąż młodą i tym samym podlegającą naturalnej ewolucji zarówno w zakresie przepisów, które poddawane są ciągłym i licznym nowelizacjom, jak i poglądów ten system kształtujących. Stan ten powoduje znaczne utrudnienia w stosowaniu wymaganych procedur i sprawia uczestnikom systemu zamówień publicznych oraz ich doradcom i pełnomocnikom procesowym wiele problemów, również z tego względu, że często nie są oni w stanie nadążyć za aktualnymi kierunkami interpretacji przepisów. Z kolei z powodu znaczącej wartości zamówień są one przedmiotem licznych sporów pomiędzy wykonawcami oraz wykonawcami i zamawiającymi, a także kontroli, które powodują tym większą niepewność uczestników systemu co do celowości i prawidłowości ich działań.

Z oczywistych względów najbardziej znaczące dla praktyki są poglądy wyrażane w orzecznictwie, zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów okręgowych oraz – wciąż nieliczne – Sądu Najwyższego. Nie ulega wątpliwości, że orzecznictwo wypracowane na tle ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz dopełniających ją aktów wykonawczych i aktów prawa unijnego stanowi niezwykle wartościowe źródło wiedzy. Jednak w przeciwieństwie do orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej i Sądu Najwyższego orzeczenia sądów okręgowych nie są powszechnie dostępne, a przeważająca ich część nie została opublikowana ani w wersji książkowej, ani w systemach informacji prawnej czy innych publikatorach internetowych, pozostając w dyspozycji jedynie uczestników postępowań skargowych.

Ze względu na brak powszechnej możliwości wniesienia skargi kasacyjnej, orzeczenia sądów okręgowych wydane w następstwie rozpoznania skarg na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, jako wyroki najwyższej dostępnej instancji, stanowią szczególnie wartościowy zasób informacji. Dotykają też często kwestii spornych i precedensowych, co do których ścierają się spolaryzowane stanowiska orzecznictwa i doktryny.

Okoliczności te skłoniły autorki do zebrania i uporządkowania najbardziej aktualnych orzeczeń sądów okręgowych, wydanych w latach 2010–2015. W publikacji dodatkowo zasygnalizowano również istnienie kilku wyroków i uchwał Sądu Najwyższego, mających szczególne znaczenie dla praktyki, których wydanie spowodowało zwrot lub uporządkowanie linii orzeczniczej co do danego zagadnienia. Bez nich opracowanie pozostawałoby znaczny niedosyt.

Przy zestawieniu orzeczeń odstąpiono od właściwego komentarzom do aktów prawnych układu opartego na systematyce ustawy i jej poszczególnych jednostek redakcyjnych, na rzecz podziału odnoszącego się do najważniejszych instytucji i zagadnień, których dotyczyły wydane orzeczenia, w celu nadania im uniwersalnego charakteru, by zawarte w nich spostrzeżenia nie traciły na aktualności w związku z wciąż zmieniającym się stanem prawnym. Co więcej, można wręcz stwierdzić, że wobec ciągle następujących zmian przepisów, to prezentowane dotychczas poglądy orzecznictwa, przynajmniej do czasu ustalenia się nowych, będą zapewniły ciągłość postrzegania poszczególnych instytucji.

Biorąc pod uwagę, że liczba orzeczeń sądów okręgowych jest stosunkowo niewielka wobec stopnia skomplikowania zagadnień, a niektóre kwestie omawiane są wręcz w jednym lub dwóch wyrokach, należy stwierdzić, że często trudno mówić o jakiegokolwiek ukształtowanej linii orzeczniczej czy wskazywać na istnienie jednolitego i bezspornego stanowiska. Z tego powodu w opracowaniu przedstawiono wyroki prezentujące niekiedy odmienne podejścia do tych samych zagadnień, w tym ich zmianę w ciągu kolejnych lat, nie dokonując ich selekcji zgodnej z poglądami własnymi autorek i nie przyznając prymatu żadnemu z poglądów. Wartością takiego zbioru jest więc też dostrzeżenie odmiennych podejść – pozwoli ono czytelnikowi samodzielnie dokonać oceny, z którym z nich się utożsamia.

Zestawienie orzeczeń opatrzone dodatkowo autorskim omówieniem poszczególnych instytucji i zagadnień, co będzie pomocne w ich zrozumieniu. W tej części autorki zamieścili też własne zapatrywania i przemyślenia, które dopełniają zbiór orzeczeń i w których ewentualnie sygnalizowane są istotne wady i zalety niektórych poglądów.

Ze względu na liczbę i objętość tekstów w niniejszym opracowaniu nie było możliwe podanie orzeczeń w całości, jednak ideą opracowania było zachowanie jak najbardziej obszernych fragmentów rozważań sądu, a kiedy to było możliwe – nawet ich całości. Odstąpiono zatem od powszechnej w zbiorach orzeczeń praktyki prezentowania jedynie тез, na rzecz obszernych cytatów prezentujących najważniejsze spostrzeżenia sądów zamieszczone w uzasadnieniach orzeczeń. W razie wątpliwości konieczne jest jednak sięganie do tekstów źródłowych, a nawet do wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, w których najczęściej dokładnie opisano stan faktyczny spraw. W tym celu na wstępie każdego wyroku sądu podano ich sygnatury. W przypadku wyroków łącznych, w których skarga do sądu została wniesiona od jednej sprawy lub kilku, podano jedynie sygnatury wskazane w treści wyroku sądu.

W opracowaniu starano się zawrzeć wszystkie wyroki wydane we wskazanym okresie, dostępne w chwili oddania publikacji do druku. Pominięto niektóre wyroki, w których zakres rozstrzygnięcia był tak dalece zindywidualizowany, że nie przedstawiał wartości dla innych podmiotów. Stan prawny poszczególnych wyroków, zgodnie z zasadami prawa, odnosi się do stanu prawnego postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, których dotyczyły, na co – gdy było to konieczne – zwrócono uwagę w przypisach.

W celu ułatwienia korzystania z książki jej treść została wzbogacona o indeks haseł, których dotyczy dane orzeczenie, znajdujący się przy każdym z orzeczeń, a także na końcu publikacji w postaci zestawienia, jak również końcowy spis sygnatur wyroków.

Jakkolwiek książka przeznaczona jest głównie dla praktyków, jej celem jest służyć nie tylko zamawiającym i wykonawcom czy ich pełnomocnikom procesowym, lecz także sędziom, organom kontroli oraz wszystkim innym osobom, które w swojej pracy zawodowej zajmują się stale lub zetkną się sporadycznie z zamówieniami publicznymi bądź chciałyby poszerzyć swoją wiedzę z zakresu zamówień publicznych.

Oddając opracowanie na ręce czytelników, autorki liczą, że będzie ono służyć pomocą w rozwiązywaniu problemów pojawiających się w trakcie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowań odwoławczych i skargowych, które kierują się specyficznymi, odrębnymi od uregulowanych w kodeksie postępowania cywilnego zasadami. Z kolei dla osób, którym orzecznictwo to nie jest obce – stanowić podręczny zbiór orzeczeń ułatwiających szybkie sporządzenie opinii czy zajęcie stanowiska.

ROZDZIAŁ 1

ZASADA ZACHOWANIA UCZCIWEJ KONKURENCJI I RÓWNEGO TRAKTOWANIA WYKONAWCÓW

1. Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 8 stycznia 2015 r., X Ga 566/14, oddalający skargę odwoławczego od wyroku KIO z dnia 27 sierpnia 2014 r., KIO 1659/14, LEX nr 1532348

• *uczciwa konkurencja* • *naruszenie zasad poprzez naruszenie innych przepisów*

Zarzucane w skardze naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 p.z.p., stanowiącego o obowiązku przeprowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz udziału w nim osób zapewniających bezstronność i obiektywizm, nie potwierdziło się. Jako przepisy określające zasady ogólne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mogły one być skutecznie kwestionowane w powiązaniu z konkretnym unormowaniem stanowiącymi ich treściowe rozwinięcie.

Ponieważ w niniejszej sprawie uchybień szczegółowych wpisujących się w zakres re-

gulacji art. 7 ust. 1 i 2 p.z.p. nie stwierdzono, brak było podstaw do oceny, że wskazane przepisy zostały naruszone w postępowaniu przetargowym lub odwoławczym.

2. Wyrok SO w Krakowie z dnia 8 lipca 2014 r., II Ca 2332/13, oddalający skargę zamawiającego od wyroku KIO z dnia 7 października 2013 r., KIO 2184/13, LEX nr 1393813

• *uczciwa konkurencja*

Z podanych wyżej norm [art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 p.z.p. – przyp. aut.] nie można jednakże wywodzić poglądu, iż zagwarantowanie konkurencyjności postępowania w przedmiocie udzielania zamówienia publicznego jest celem, który zamawiający ma osiągnąć kosztem rezygnacji ze sformułowania warunków przetargu w sposób gwarantujący zaspokojenie jego uzasadnionych potrzeb. Sąd Okrę-

gowej w składzie rozpoznającym niniejszą skargę podziela stanowisko zamawiającego, jak i stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, iż w sprawie zamówienia publicznego istotny jest interes zamawiającego oraz zaspokojenie jego potrzeb. Zaspokojenie tych potrzeb winno jednakże nastąpić w warunkach konkurencji. Możliwe jest ograniczenie kręgu wykonawców poprzez sformułowanie warunków SIWZ, jednakże postanowienia ograniczające konkurencję (zwłaszcza wyłączające ją całkowicie) muszą być uzasadnione usprawiedliwionym interesem zamawiającego. Chodzi tu o racjonalne oczekiwania zamawiającego i świadczenia o najwyższym poziomie jakości, oceniane jednakże przez cel zamówienia. Niezbędne jest zatem porównanie, czy sprecyzowane warunki pozostają adekwatne do rzeczywistych i niezbędnych potrzeb zamawiającego.

3. Wyrok SO w Krakowie z dnia 8 maja 2014 r., XII Ga 211/14, Portal OSP, oddalający skargę odwołującego od wyroku KIO z dnia 27 lutego 2014 r., KIO 279/14, LEX nr 1438485

• *uczciwa konkurencja*

Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich

wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców. Ustawa wskazuje na zapewnienie równego dostępu do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, zawiera nakaz dokonywania oceny warunków oraz oceny ofert według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie dokumentów przedłożonych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofercie, nie zaś innej wiedzy zamawiającego (Małgorzata Stachowiak, *Komentarz do art. 7 ustawy pzp*). Realizacja zasady zachowania uczciwej konkurencji poprzez właściwy opis przedmiotu zamówienia nie powinna jednak naruszać interesów zamawiającego i przesłaniać obiektywnych kryteriów tej czynności.

4. Wyrok SO w Warszawie z dnia 3 grudnia 2013 r., V Ca 3065/13, oddalający skargę odwołującego od wyroku KIO z dnia 14 sierpnia 2013 r., KIO 1831/13, LEX nr 1400613

• *uczciwa konkurencja* • *zasady dokonywania opisu przedmiotu zamówienia*

Skarżący ma rację, że zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców stanowią fundamentalne zasady prawa zamówień publicznych. Pozwalają one na realizację celów ustawowych, tj. efektywnego i gospodarnego dysponowania środkami publicznymi oraz zapewnienia dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania. W momencie przy-

stąpienia Polski do Unii Europejskiej zasady te nabrały dodatkowego znaczenia, gdyż stosowane są nie tylko do wykonawców krajowych, ale także zapewniają przestrzeganie odpowiednich regulacji dyrektyw oraz przepisów traktatowych. Zasady te obowiązują zarówno na etapie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i w czasie jego przeprowadzania. Skarżący ma także rację, że w szczególności może dojść do naruszenia wskazanych zasad na etapie przygotowywania opisu przedmiotu zamówienia oraz określania warunków stawianych wykonawcom.

Ustawa wyraźnie wskazuje, że ograniczenie konkurencji jest wyjątkiem od generalnej reguły i może mieć miejsce tylko w przypadkach określonych przez prawo zamówień publicznych – np. podaje zamkniętą listę okoliczności, w których zamawiający może zastosować niekonkurencyjny tryb z wolnej ręki. Zasada uczciwej konkurencji oznacza również, że zamawiający jest obowiązany eliminować z postępowania wykonawców dopuszczających się względem siebie czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odrzucanie złożonych przez nich ofert (por. komentarz do art. 89 ust. 1 pkt 3). Zasada równego traktowania wykonawców oznacza zatem jednako-
we traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wy-

konawców. Ustawa wskazuje na zapewnienie równego dostępu do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, zawiera nakaz dokonywania oceny warunków oraz oceny ofert według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie dokumentów przedłożonych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofercie, nie zaś innej wiedzy zamawiającego.

Wyrazem obowiązku zachowania przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji oraz równości jest także jego związanie podanymi do wiadomości publicznej (wykonawców) informacjami istotnymi dla danego postępowania. Zamawiający nie może bowiem dowolnie zmieniać warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny ofert, a inne postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia może zmieniać jedynie w szczególnie uzasadnionych przypadkach i przy założeniu przedłużenia terminu składania ofert, jeśli jest to niezbędne.

W ocenie Sądu Okręgowego zachowanie zamawiającego odpowiadało wskazanym zasadom. Za naruszenie wskazanych zasad nie można uznać dopuszczenia do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy zdaniem skarżącego dysponują gorszym od skarżącego produktem tzn. produktem o gorszej i starszej technologii. Należy podkreślić za Sądem Apelacyjnym w Warszawie (wyrok z 2012.01.24. VI ACa 965/11, LEX nr 315895, teza 2), że przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia musi odbyć się z poszanowaniem zasad okre-

ślonych w art. 7 i 29 p.z.p. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę, bądź też które eliminowałyby konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. Nie jest dopuszczalne opisywanie przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego producenta, opis taki bowiem narusza zasadę konkurencyjności i równego dostępu do zamówienia. Określenie przedmiotu zamówienia w sposób, który wskazywałby na konkretnego producenta, nie stanowi naruszenia zasad uczciwej konkurencji tylko wówczas, jeżeli wynika to z braku możliwości zrealizowania potrzeb zamawiającego przez inne podmioty. Zakaz, o którym mowa w art. 29 ust. 2 p.z.p. zostanie naruszony, gdy przy opisie przedmiotu zamówienia zamawiający użyje oznaczeń czy parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt, działając w ten sposób wbrew zasadzie obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne.

5. Wyrok SO w Krakowie z dnia 29 stycznia 2013 r., XII Ga 515/12, oddalający skargę odwołującego od wyroku KIO z dnia 31 października 2012 r., KIO 2285/12, LEX nr 1228191

• uczciwa konkurencja • opis przedmiotu zamówienia

Przepis art. 7 ust. 1 ustawy PZP wprowadza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców. Ustawa wskazuje na zapewnienie równego dostępu do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, zawiera nakaz dokonywania oceny warunków oraz oceny ofert według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie dokumentów przedłożonych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofercie, nie zaś innej wiedzy zamawiającego (Małgorzata Stachowiak Komentarz do art. 7 ustawy PZP). Realizacja zasady zachowania uczciwej konkurencji poprzez właściwy opis przedmiotu zamówienia nie powinna jednak naruszać interesów zamawiającego i przesłaniać obiektywnych kryteriów tej czynności. Oznacza to, że fakt, iż niektóre podmioty gospodarcze nie są w stanie zrealizować przedmiotu zamówienia nie powinno być automatycznie kwalifikowane jako naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Wyrazem tego jest orzeczenie KIO z dnia 17 stycznia 2008 roku zgodnie, z którym zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał

potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji ani równego traktowania wykonawców. Sama okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez dany podmiot, nie wskazuje na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, skoro na rynku działają podmioty mogące brać udział w postępowaniu samodzielnie lub w ramach konsorcjum (Paweł Banasik „Zasada uczciwej konkurencji i traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”).

6. Wyrok SO w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 6 grudnia 2012 r., II Ca 757/12, LEX nr 1563437, uwzględniający skargę przystępującego od wyroku KIO z dnia 7 sierpnia 2012 r., KIO 1563/12, LEX nr 1217084, i oddalający odwołanie

• uczciwa konkurencja • równe traktowanie wykonawców • zakaz dyskryminacji • warunki udziału w postępowaniu

Zasady wskazane w art. 7 P.z.p. sprowadzają się do zapewnienia jak najszerszego dostępu wykonawców do ubiegania się o udzielenie zamówienia. Oznacza powyższe, że zamawiający przygotowując i prowadząc postępowanie, powinien dążyć do udzielenia zamówienia, unikając działań mogących skutkować ograniczeniem dostępu do postępowania. Zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji znajduje potwierdzenie w art. 10 Dyrektywy 2004/17/WE Parla-

mentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dyrektywa sektorowa), który stanowi, iż podmioty zamawiające traktują wykonawców jednakowo i w sposób niedyskryminujący oraz postępują w sposób przejrzysty.

Obowiązek przestrzegania zasady równego traktowania odpowiada samej istocie dyrektyw Parlamentu Europejskiego (tj. klasycznej i sektorowej), co oznacza, że wykonawcy muszą być traktowani na równi tak w chwili przygotowania ofert, jak i wówczas, gdy oferty te są oceniane. Powyższe zasady obowiązują na wszystkich etapach prowadzonego postępowania i odnoszą się w równym stopniu do obowiązku wyznaczania kryteriów oceny ofert na jego początku, jak i dokonywania badania i oceny złożonych ofert. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza również jednakowe traktowanie wszystkich wykonawców bez podziału na korzystających z własnych i korzystających z udostępnionych zasobów, na każdym etapie postępowania, a także zakaz stosowania środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości.

Przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie. Przepis ten zawiera ogólną normę dotyczącą warunków udziału w postępowaniu, wymagającą doprecyzowania w opisie sposobu spełniania warunku dokonanym przez zamawiającego w danym

postępowaniu. Zatem warunki udziału w postępowaniu podlegają konkretyzacji w ramach każdego z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego tak, aby były adekwatne do przedmiotu zamówienia tzn. pozostały z nim w związku na tyle ścisłym, aby spełniający je wykonawca był w stanie wykonać je z należytą starannością. Oderwanie postawionych przez zamawiającego warunków od przedmiotu zamówienia i okoliczności towarzyszących jego realizacji narusza wprost normę wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. [...]

Dodatkowo podkreślić należy, że z naruszeniem uczciwej konkurencji mamy do czynienia w sytuacji, gdy postawione warunki udziału w postępowaniu prowadzą do wyłączenia określonej grupy wykonawców z postępowania bez uzasadnionej przyczyny. W niniejszym postępowaniu doszło do takiego przypadku, albowiem zaskarżony wyrok wykonawców, którzy zgodnie z art. 26 ust. 2b P.z.p. korzystają z zasobów podmiotów trzecich eliminuje z udziału w realizacji przedmiotu zamówienia. Zachowanie uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego trzeba badać pod kątem kręgu podmiotów mogących wziąć udział w danym postępowaniu. Powyższe wskazała także KIO w wyroku z dnia 14 stycznia 2008 r. w sprawie sygn. akt: KIO/UZP 62/07, stwierdzając, iż: „Ocenę zasadności takiego warunku i jego zgodności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należy rozpatrywać w kontekście jego adekwatności do przedmiotu zamówienia, tj. warunek musi zagwarantować należyte wykonanie zamówienia, przy jedno-

czesnym zachowaniu niedyskryminującego charakteru, winien mieć na celu ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia, a nadto nie może prowadzić do faworyzowania jednych i tym samym dyskryminacji innych wykonawców.

7. Wyrok SO w Olsztynie z dnia 15 listopada 2012 r., V Ga 106/12, oddalający skargę zamawiającego od wyroku KIO z dnia 24 sierpnia 2012 r., KIO 1734/12, LEX nr 1216249

• *uczciwa konkurencja*

Jedną z tych zasad i to decydującą w tym przypadku jest zasada uczciwej konkurencji określona w art. 7 Pzp. Jak każda zasada prawna nadaje konkretnym przepisom kierunek interpretacyjny, a więc ułatwia ich wykładnię. Tym samym, w razie wątpliwości rozstrzyga o sposobie stosowania poszczególnych przepisów ustawy.

Z przepisu art. 7 ust. 1 wynikają dwie, fundamentalne dla prawa zamówień publicznych zasady ogólne:

- równe traktowanie podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne (zasada równości);
- przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji (zasada uczciwej konkurencji).

Szczególnie druga zasada odnosi się do przygotowania i przeprowadzenia postępowania oraz wiąże się z obowiązkiem dokonania przez zamawiającego rzetelnej oceny ofert. Realiz-

zając tej zasady ma zapewnić m.in. obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawców niezapewniających złożenia uczciwej i rzetelnej oferty (art. 24 ust. 1). Przy ocenie ofert zamawiający powinien zapewnić uczciwą konkurencję, m.in. poprzez sprawdzenie, czy składana oferta nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z 16.4.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) albo czy nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przy realizacji tej zasady należy pamiętać, że obowiązek zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu spoczywa na zamawiającym, a nie na wykonawcach.

8. Wyrok SO w Gdańsku z dnia 7 listopada 2012 r., XII Ga 580/12, oddalający skargę zamawiającego od wyroku KIO z dnia 20 lipca 2012 r., KIO 1418/12, LEX nr 1212693

• uczciwa konkurencja • równe traktowanie wykonawców • stosowanie reguł przyjętych w SIWZ

Jedną z naczelných zasad udzielania zamówień publicznych jest wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych zasada równego traktowania wykonawców. Zasada ta oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do

wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Ustawa wskazuje na zapewnienie równego dostępu do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, zawiera nakaz dokonywania oceny warunków oraz oceny ofert według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie dokumentów przedłożonych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofercie, nie zaś innej wiedzy zamawiającego. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest procedurą sformalizowaną, co służy zachowaniu w tym postępowaniu m.in. wyżej przywołanej zasady równego traktowania wykonawców.

9. Wyrok SO w Krakowie z dnia 27 czerwca 2012 r., XII Ga 152/12, oddalający skargę zamawiającego od wyroku KIO z dnia 25 stycznia 2012 r., KIO 91/12, LEX nr 1110261

• uczciwa konkurencja • opis przedmiotu zamówienia • kryteria oceny ofert • ciężar dowodu

[...] uprawdopodobnienie naruszenia uczciwej konkurencji nie może ograniczyć się do twierdzeń wykonawcy, przesuwając w ten sposób cały ciężar dowodzenia wyłącznie na zamawiającego, przy założeniu, iż jeśli nie udowodni on tezy przeciwnej, należy uznać daną okoliczność za wystarczająco wykazaną. Przeczy to zarówno kontradiktoryjnemu charakterowi postępowania odwoławczego jak i rozkładowi ciężaru dowodu art. 6 kc. [...]

Skarżący ma zatem rację co do zasady, iż odwołujący winien był udowodnić zasadność swoich zarzutów.

Nie oznacza to jednak, iż twierdzenia skarżącego o braku przeprowadzenia skutecznego dowodu są trafne.

Trzeba bowiem zwrócić uwagę i na ten aspekt, z którego wynika, że dla uznania, że zamawiający naruszył powołany przepis wystarczającym jest jedynie wykazanie, że opisując przedmiot zamówienia dokonał on tego w sposób, który jedynie potencjalnie mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, nie jest tym samym konieczne udowodnienie realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Dlatego też nie jest konieczne ze strony odwołującego wykazywanie w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości, iż zamawiający poprzez poszczególne zapisy utrudnił uczciwą konkurencję. Wystarczającym jest jedynie, iż opis będący częścią siwz, zawiera zapisy, które mogłyby ją utrudnić, potencjalnie jej zagrozić [...]

Ograniczenie uczciwej konkurencji jest niedopuszczalne, z tym że zakaz nie dotyczy konkurencji jako takiej. Dopuszczalne są warunki brzegowe jeśli są one możliwe do spełnienia przez przeciętnego wykonawcę (wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r., III CA 88/09). [...]

Sformułowanie kryteriów oceny ofert stanowi niewątpliwie jedną z fundamentalnych czynności zamawiającego, dlatego też winna być ona dokonana z poszanowaniem zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 pzp. Zakazane są zatem takie kryteria oceny ofert, które, wprawdzie nie bezpośrednio, lecz pośrednio i potencjalnie mogą wpłynąć na ograniczenie konkurencji.

Stwierdzenie, że takie potencjalne zagrożenie ma miejsce, a warunki oceny ofert nie dają realnej możliwości konkurowania z ofertą T. SA legły u podstaw kwestionowanego orzeczenia Izby. Izba przy tym uznała za wystarczające argumenty przytoczone przez odwołującego, zaś argumenty zamawiającego oceniła jako niewystarczające, czemu dała wyraz w treści uzasadnienia wyroku.

Przyjmuje się też, a stanowisko to nie budzi sprzeciwu tut. Sądu, że zamawiający, działając w granicach ustawy, może precyzować warunki zamówienia publicznego poprzez określenie kryteriów (tu: głównie czasowych) o ile nie są one wymogami zbędnymi i wygórowanymi. Ograniczenie uczciwej konkurencji jest niedopuszczalne, z tym że zakaz nie dotyczy konkurencji jako takiej. Dopuszczalne są warunki brzegowe jeśli są one możliwe do spełnienia przez przeciętnego wykonawcę (wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r., III CA 88/09). Reasumując dyskryminacja wykonawców może przybrać różną formę, także formę sprecyzowania kryteriów oceny ofert w sposób typujący jednego z nich na faworyta przetargu. Mamy wówczas do czynienia z dyskryminacją pośrednią.

10. Wyrok SO w Warszawie z dnia 18 sierpnia 2011 r., XXIII Ga 380/11, LEX nr 1222136, oddalający skargę odwołującego od wyroku KIO z dnia 6 maja 2011 r., KIO 841/11, LEX nr 821619

• *uczciwa konkurencja* • *osoby biorące udział w postępowaniu*

Odnosnie powołanych w skardze zarzutów merytorycznych, w pierwszej kolejności wskazać należy, iż główną ideą i podstawą ustanowienia prawa zamówień publicznych było zapewnienie wszystkim podmiotom przystępującym do postępowań o uzyskanie zamówień równych szans na każdym etapie tego postępowania. W tym celu do ustawy wprowadzono szereg uregulowań stanowiących o konieczności zachowania przez uczestników postępowań zasad uczciwej konkurencji. W szczególności o tychże zasadach stanowią przepisy art. 7, 15, 17, 24, 89 pzp. Przepisy te wprowadzają obowiązki zarówno po stronie zamawiającego, jak i pozostałych uczestników postępowania. Przy ujawnieniu bowiem naruszeń przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu lub przez wykonawców zasad uczciwej konkurencji wskazanych w tychże przepisach, zamawiający ma obowiązek wyeliminować takie osoby i wykonawców z dalszych etapów postępowania. Wskazać jednak należy, iż przepisy pzp nie stanowią o konieczności udowodnienia okoliczności naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Przepisy te wprowadzają bowiem zasadę, iż już w przypadku zajścia pewnych sytuacji faktycznych – np. posługiwanie się pewnymi osobami, które pozostają z wykonawcą w takim stosunku, że może to jedynie budzić wątpliwości, co do bezstronności tych osób – bez konieczności dowodzenia przekazania przez te osoby pewnych informacji czy wiedzy, istnieje już, podstawa do wyłączenia lub wykluczenia i wyłączenie to lub wykluczenie jest obowiązkiem, tj. skierowanym do zamawiającego przez przepisy pzp nakazem wyłączenia lub wykluczenia.

11. Wyrok SO w Białymstoku z dnia 10 listopada 2010 r., II Ca 785/10, oddalający skargę zamawiającego od wyroku KIO z dnia 10 września 2010 r., KIO 1001/10

• uczciwa konkurencja • stosowanie reguł przyjętych w SIWZ • wskazanie konkretnego produktu

Przejawem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania jest związanie zamawiającego informacjami istotnymi dla danego postępowania podanymi do wiadomości wykonawców. W konsekwencji zamawiający nie może dowolnie zmieniać warunków udziału w postępowaniu, a postanowienia SIWZ może zmieniać jedynie w szczególnie uzasadnionych przypadkach. W orzecznictwie wskazuje się, iż w sytuacji obiektywnej potrzeby zamawiającego nie stanowi ograniczenia konkurencji wskazanie konkretnego produktu, który może być dostarczony przez kilku dostawców (zob. wyrok KIO z dnia 22.03.2010 r., KIO/UZP 169/10).

12. Wyrok SO w Katowicach z dnia 27 maja 2010 r., XIX Ga 110/10, LEX nr 1713455, oddalający skargę odwołującego od wyroku KIO z dnia 19 stycznia 2010 r., KIO/UZP 1717/09, LEX nr 575247

• uczciwa konkurencja • termin płatności

Odnosząc się z kolei do ostatniego z zarzutów, stwierdzić należy, że wprowadzenie 60-dnio-

wego terminu płatności nie może być uznane za naruszenie art. 7 ust. 1 oraz 2 Pzp, tj. za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Powyższy wymóg obowiązywał wszakże każdy podmiot przystępujący do postępowania w przedmiocie udzielania niniejszego zamówienia, a zatem brak podstaw by twierdzić, iż był on przejawem nierównego traktowania wykonawców. W ocenie Sądu Okręgowego ten sposób określenia terminu płatności nie stanowi również naruszenia obowiązku uczciwej konkurencji. Odwołujący się argumentował, iż tego typu warunek wprowadzony przez zamawiającego stanowi faktyczne wyeliminowanie z możliwości ubiegania się o zamówienie wykonawców, którzy nie dysponują bardzo dużym wolnym kapitałem, płynnością finansową i zdolnością kredytową. Podkreślić należy, iż każdy z wymogów wskazanych przez zamawiającego zawęży grupę potencjalnych wykonawców, ograniczając tym samym dostęp pozostałym podmiotom. W konsekwencji argument ten w żaden sposób nie może świadczyć o ukształtowaniu postępowania w sposób naruszający wymogi uczciwej konkurencji.

13. Wyrok SO w Poznaniu z dnia 1 kwietnia 2010 r., X Ga 44/10, LEX nr 1713443, oddalający skargę odwołującego od wyroku KIO z dnia 18 grudnia 2009 r., KIO/UZP 1565/09, LEX nr 549467

• uczciwa konkurencja • równe traktowanie • ocena według wskazanych kryteriów

Nie sposób jednak nie zauważyć, iż refleksje skarżącego w zakresie naruszenia zasad wyrażonych w art. 7 ustawy Pzp jako sprowadzające się do zaniżenia ceny przez wykonawcę I. spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., sprowadzały się jedynie do niczym nie popartych tez skarżącego.

W ocenie Sądu Okręgowego, wezwanie tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień nie stanowiło naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Brak jest bowiem w tym zakresie jakichkolwiek uchybień pozwalających na przyjęcie, że zamawiający stosował różne kryteria przy ocenie złożonych ofert, a w szczególności, aby dokonywał oceny ich warunków według kryteriów odmiennych aniżeli te, które zostały sprecyzowane i były wykonawcom znane jako podane w SIWZ. Wszystko to prowadzi do konstatacji, iż postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone było w sposób przejrzysty.

KOMENTARZ DO ROZDZIAŁU 1

Pojęcie i treść zasad

Wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) dwie współistniejące i uzupełniające się zasady: uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, uważane są za fundamentalne zasady prawa zamówień publicznych, przez pryzmat których winny być postrzegane wszystkie czynności prowadzone w celu

wyłonienia wykonawcy realizującego zamówienie publiczne.

Z przepisu tego wynika, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Wspomniany przepis stanowi klauzulę generalną¹, nie wyrażając wprost konkretnych praw i obowiązków podmiotów zaangażowanych i zainteresowanych postępowaniem, ale wprowadzając uniwersalne reguły, których treścią jest przeprowadzenie postępowania w sposób obiektywny i gwarantujący poszanowanie praw uczestników, z zachowaniem uczciwości oraz dobrych praktyk i obyczajów, chociażby nie były one wyraźnie wyartykułowane w ustawie jako określone prawa i obowiązki któregośkolwiek z podmiotów. Zasady te w założeniu pozwalają na nabycie niezbędnych zamawiającemu dóbr z uwzględnieniem paradygmatu działania celowego, oszczędnego i zmierzającego do uzyskania jak najlepszych efektów z danych nakładów – przez otwarcie się na szeroką rynkową konkurencję – przy optymalnym doborze metod

i środków służących osiągnięciu założonych celów² oraz jednocześnie w sposób transparentny i zapewniający dostęp do zamówienia każdemu zainteresowanemu podmiotowi na równych zasadach.

Zasady te obowiązują zarówno na etapie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i w czasie jego przeprowadzania, a nawet po jego zakończeniu, np. jeśli chodzi o dostęp do informacji o zamówieniu i jego wykonaniu. Prawem każdego – jako podmiotu, którego wspólnym dobrem jest państwo i wszelkie sfery jego działania, w tym także wydatkowanie środków publicznych – jest dostęp do informacji o tym, jak te środki są wydawane, a także do partycypowania w możliwości odpłatnego świadczenia dóbr na rzecz jednostek publicznych. W sferze publicznej wyłączona jest bowiem, charakterystyczna dla sfery prywatnej, swoboda w doborze kontrahenta, z którym warta zostanie umowa, a także dowolność sposobu, w jaki wyłoniony zostanie partner i jak ukształtowane zostaną wzajem-

¹ Por. wyrok SO w Olsztynie z dnia 15 listopada 2012 r., V Ga 106/12: „Jedną z tych zasad, i to decydującą w tym przypadku, jest zasada uczciwej konkurencji określona w art. 7 p.z.p. Jak każda zasada prawna nadaje konkretnym przepisom kierunek interpretacyjny, a więc ułatwia ich wykładnię. Tym samym w razie wątpliwości rozstrzyga o sposobie stosowania poszczególnych przepisów ustawy”.

² Por. art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 885 z późn. zm.), który przewiduje, że wydatki publiczne powinny być dokonywane: 1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów; 2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań; 3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

ne stosunki³. Zasady te są zatem wyrazem działania państwa w sposób demokratyczny, przejrzysty, gwarantujący udział obywateli w funkcjonowaniu sfery publicznej. Realizacja zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu o zamówienie publiczne oznacza potencjalną, lecz jednocześnie rzeczywistą możliwość uzyskania zamówienia przez wielu odpowiednio wykwalifikowanych wykonawców, którzy działając zgodnie z przepisami, a także regułami pozaprawnymi i dobrymi obyczajami, mogą złożyć w warunkach konkurencyjnych swoje oferty.

Przyjmuje się, że zasada równego traktowania wykonawców wyraża postulat jednakowego traktowania wszystkich podmiotów, które znajdują się w identycznej sytuacji (oraz ewentualnie – traktowania odmiennie sytuacji odmiennych). Jej wyrazem jest zakaz zarówno stosowania przywilejów i preferencyjnego traktowania jednego lub więcej podmiotów, jak i zawierania w postępowaniu elementów o charakterze dyskryminującym.

Przejawem jej stosowania jest równy dla wszystkich dostęp do informacji o zamówieniu i jego wymaganiach (naruszenie tej zasady będzie się wyrażać np. wcześniejszym przekazaniem istotnych dla postępowania informacji, które pozwolą wykonawcy na lepsze przygotowanie oferty, szczególnie wtedy, gdy wymaga ona określonego wkładu koncepcyjnego), ustalo-

ne *a priori* i niezmiennie warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny ofert (przykładowo zastosowana po terminie składania ofert nadmiernie życzliwa interpretacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która nie będzie znajdowała podstawy w jej dosłownym brzmieniu, może stanowić naruszenie tej zasady⁴), wreszcie takie same reguły weryfikacji spełniania postawionych wymagań oraz konsekwencje ich niespełnienia. Częścią zasady uczciwej konkurencji jest także paradygmat prowadzenia postępowania w sposób zgodny z regułami lojalności kontraktowej, z uwzględnieniem dobrych obyczajów i uczciwych praktyk w działalności gospodarczej czy zawodowej. Ustawa – Prawo zamówień publicznych wielokrotnie wprost konkretyzuje działania i zaniechania naruszające powyższe reguły jako niedopuszczalne, w szczególności: nakazując odrzucenie ofert, których złożenie stanowi wyraz czynu nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p.), przewidując wykluczenie wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem postępowania, jeśli uzna się, że narusza to konkurencję (art. 24 ust. 2 pkt 1 p.z.p.), czy zakładając wykluczenie wykonawców należących do jednej grupy kapitałowej (art. 24 ust. 2 pkt 5 p.z.p.). Wskazuje się, że obowiązek zapewnienia zasady równego traktowania i uczciwej

³ Por. wyrok KIO z dnia 21 czerwca 2011 r., KIO 1231/11, Portal UZP.

⁴ Por. wyrok KIO z dnia 24 października 2014 r., KIO 2076/14, LEX nr 1566711.

konkurencji w postępowaniu spoczywa na zamawiającym, a nie na wykonawcach⁵. Oznacza to, że to zamawiający obowiązany jest tak ukształtować postępowanie, by w jego czynnościach opisane w art. 7 ust. 1 p.z.p. zasady zostały zachowane, ale także by w toku postępowania ewentualne naruszenia tych zasad przez wykonawców zostały dostrzeżone i wskazane jako nieakceptowalne.

Obejmuje to również obowiązek wykonywania w postępowaniu po stronie zamawiającego czynności przez osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. To zamawiający bowiem jest dysponentem postępowania, w jego rękach spoczywają przewidziane w ustawie instrumenty (wykluczenie wykonawcy z postępowania, odrzucenie oferty, wybór oferty) i to on aktywnie je stosuje. Perspektywa wykonawcy, w której wyraża się zasada uczciwej konkurencji, obejmuje obowiązek powstrzymania się od nieuczciwych praktyk rynkowych, a także tego rodzaju działań, które – jakkolwiek nie są zakazane – stanowią wyraz nieetycznego czy w inny sposób negatywnie ocenianego zachowania.

Plaszczyzny zastosowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania

Wyrazem zasad określonych w art. 7 ust. 1 p.z.p. jest transparentność postępowania i pełen dostęp do informacji

o istotnych okolicznościach go dotyczących. Zadaniem zamawiającego jest zapewnienie jednakowego, równoczesnego dostępu do informacji o zamówieniu, co znajduje wyraz w obowiązku opublikowania odpowiednich ogłoszeń oraz upublicznienia informacji o warunkach zamówienia (a także możliwości fakultatywnego zamieszczenia ogłoszeń w nieobowiązkowych publikatorach – art. 11 ust. 5, art. 12 ust. 5 p.z.p., opublikowania informacji w Internecie i prasie), kryteriach oceny oferty i postanowieniach przyszłej umowy (udostępnienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Oznaką obowiązku zachowania przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji oraz równości jest także jego związanie podanymi do wiadomości publicznej (wiadomości wykonawców) informacjami istotnymi dla danego postępowania. Postanowienia dotyczące warunków udzielenia zamówienia, w tym ogłoszeń i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, może on zmieniać jedynie w szczególnie uzasadnionych przypadkach i przy założeniu przedłużenia terminu składania ofert, jeśli jest to niezbędne (wyrok SO w Warszawie z dnia 3 grudnia 2013 r., V Ca 3065/13). Po otwarciu oferty jakkolwiek, nawet logiczna i zmierzająca do oczywistej racjonalizacji niedoskonałych postanowień specyfikacji modyfikacja jej treści, w tym nadanie jej takiego rozumienia, które nie wynika z jej brzmienia i dopuszczalnej wykładni, jest zabroniona. Jak podkreślono w jednym z orzeczeń KIO,

⁵ Wyrok SO w Olsztynie z dnia 15 listopada 2012 r., V Ca 106/12.

niedopuszczalna jest przy tym taka interpretacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia na etapie oceny ofert, która – jakkolwiek racjonalna i mająca na celu naprawienie niedoskonałości postępowania – pozostaje w sprzeczności z treścią tego dokumentu⁶.

Podobnie w kolejnym orzeczeniu KIO podkreśliła, że zgodnie z art. 91 ust. 1 p.z.p. zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Określenie kryteriów oceny ofert w rozumieniu wskazanego przepisu to nie tylko opis kryteriów, lecz także ich znaczenie i sposób oceny ofert. Odmienne wykładnia prowadziłyby do absurdu, ponieważ pozwalałyby zamawiającemu na dowolne odstępstwa od zasad oceny ofert, które sam ustanowił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia⁷.

Zasada równego traktowania realizuje się także w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, który – służąc realizacji uzasadnionych potrzeb zamawiającego, determinowanych celami, dla jakich nabycie jest dokonywane – w warunkach konkurencyjnego rynku, oferującego szeroką paletę rozwiązań (bogatej sfery podażowej), nie może przysłańcać obowiązku dopuszczenia spektrum różnych przedmiotów,

a nie tylko jednego, wybranego przez zamawiającego.

Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi jeden z najbardziej niewralgicznych etapów postępowania, mogących mieć wpływ na naruszenie zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 p.z.p. Ten element związany z przygotowaniem postępowania może mieć, i zazwyczaj ma, zasadniczy wpływ na kształt postępowania, a następnie zasady wyboru wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie publiczne.

Poza pozytywnymi przesłankami określającymi sposób dokonania opisu przedmiotu zamówienia, wyrażonymi w art. 29 ust. 1 p.z.p., ustawodawca wprowadził przesłanki negatywne, stwierdzając, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 p.z.p.), ani – co do zasady – przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. Przedmiotu zamówienia nie wolno zatem opisywać w sposób, który mógłby bezpośrednio lub pośrednio wskazywać na produkt lub producenta, w szczególności nie wolno: wskazywać konkretnych produktów, używać nazw własnych, handlowych, numerów katalogowych, nazwy modelu lub typu charakterystycznych dla danego produktu lub producenta. Nie jest także dopuszczalne określanie sposobu wytwarzania produktu wskazującego na konkretnego producenta, przykładowo poprzez wskazanie charakterystycznej technologii, patentu

⁶ Wyrok KIO z dnia 18 czerwca 2015 r., KIO 1205/15, Portal NP.

⁷ Wyrok KIO z dnia 24 października 2014 r., KIO 2076/14, LEX nr 1566711.

lub znaku towarowego lub zestawienie cech (parametrów, właściwości, funkcji, wymaganych akcesoriów), które są właściwe tylko dla określonego produktu.

Wyjątkiem od tej zasady jest sytuacja, w której taki opis jest uzasadniony specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu winno wtedy towarzyszyć sformułowanie „lub równoważne” (art. 29 ust. 3 p.z.p.).

Powołane przepisy, zawierające pozytywne i negatywne przesłanki, służą realizacji zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (a co za tym idzie – zasady równego dostępu do zamówienia). Określenie w art. 29 ust. 2 p.z.p. negatywnych przesłanek dokonywania opisu przedmiotu zamówienia odnosi się bezpośrednio do zasady gwarantującej ochronę uczciwej konkurencji. W uzasadnieniu wyroku SO w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., II Ca 587/05, LEX nr 570334, czytamy, że: „Zamawiający nie może więc określać przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudniałby uczciwą konkurencję. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę, bądź też które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych”.

Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest więc na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Należy podzielić pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Nowym Sączu, że zamawiający ma prawo wymagać pewnych standardów technicznych i jakościowych, o ile nie są wymogami zbędnymi i wygórowanymi (tak: wyrok SO w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r., III CA 88/09, LEX nr 532694).

Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku SO w Warszawie z dnia 3 grudnia 2013 r., V Ca 3065/13, w zakresie realizacji zasady uczciwej konkurencji na etapie sporządzania opisu przedmiotu zamówienia chodzi o konieczność eliminacji wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę bądź też eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie oferty, lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. Nie jest dopuszczalne opisywanie przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego producenta, opis taki bowiem narusza zasadę konkurencyjności i równego dostępu do zamówienia. Określenie przedmiotu zamówienia w sposób, który wskazywałby na konkretnego producenta, nie stanowi na-

ruszenia zasad uczciwej konkurencji tylko wówczas, gdy wynika to z braku możliwości zrealizowania potrzeb zamawiającego przez inne podmioty. Zakaz, o którym mowa w art. 29 ust. 2 p.z.p., zostanie naruszony, gdy w opisie przedmiotu zamówienia zamawiający użyje oznaczeń czy parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt, działając w ten sposób wbrew zasadzie obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne. Przy czym, dla uznania, że zamawiający naruszył przepis art. 29 ust. 2 p.z.p., wystarczające jest wykazanie, że opisując przedmiot zamówienia, dokonał on tego w sposób, który jedynie potencjalnie mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, nie jest tym samym konieczne udowodnienie realnego uniemożliwienia takiej konkurencji (tak wyrok SO w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r., III CA 88/09, LEX nr 532694; wyrok SO w Krakowie z dnia 27 czerwca 2012 r., XII Ga 152/12).

Należy jednak podkreślić, że wskazywanego rozumienia uczciwej konkurencji nie należy pojmować wyłącznie w kategoriach nakazu obniżania jakości i uzasadnionych wymagań, uczciwa konkurencja nie może być bowiem pojmowana jako hamulec działań rozwojowych, innowacyjnych czy doskonalących produkt, lecz przede wszystkim jako klasyczna zasada, zgodnie z którą wygrać powinien najlepszy.

Przygotowując postępowanie, zamawiający określa w warunkach zamówie-

nia swoje wymagania odnoszące się do przedmiotu zamówienia (przedmiotowe), sposobu realizacji zamówienia (kontraktowe) oraz wykonawcy mającego realizować zamówienie (podmiotowe). Zamawiający winien określić, w jaki sposób wykonawcy mają potwierdzić spełnianie postawionych wymagań. Po otrzymaniu ofert, zgodnie z ukształtowanymi zasadami, zamawiający weryfikuje spełnianie wymagań przez wykonawców i – stosownie do wyników tej oceny – podejmuje decyzje co do udzielenia zamówienia, wykluczenia określonych wykonawców lub odrzucenia ich ofert.

Zadaniem zamawiającego jest postawienie w ogłoszeniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunków udziału w postępowaniu oraz określenie dokumentów służących do ich zbadania. Warunki udziału w postępowaniu służą uprawdopodobnieniu zamawiającemu, że zamówienie zostanie zrealizowane w sposób bezpieczny i niezakłócony oraz że wykonawca, który posiada wymagane zasoby, podoła wykonaniu przedmiotu zamówienia w danym postępowaniu. Istotą warunku udziału w postępowaniu jest zatem możliwość zapewnienia realizacji zamówienia przez wykonawcę dającego rękojmię i gwarancję poprawnego wykonania zamówienia.

Przepis art. 22 ust. 4 p.z.p. wyraża wymaganie, by opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wyartykułowany na gruncie konkretnego postępowania, był związany

z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny. W orzecznictwie wskazuje się, że zamawiający może w ogóle nie precyzować warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2–4 p.z.p., jednak formułując je, nie może przekroczyć ram wynikających z art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 p.z.p.

Istotny interes zamawiającego, jakim jest nabycie przedmiotu zamówienia, nie może nadmiernie przysłaniać obowiązku respektowania zasad postępowania, tj. zapewnienia konkurencyjności, realizacji zasady równego traktowania oraz uczciwej konkurencji – dlatego w orzecznictwie wskazuje się na konieczność zachowania równowagi między zapewnieniem konkurencyjności i umożliwieniem relatywnie szerokiemu kręgowi wykonawców ubiegania się o zamówienie a uzasadnionym interesem zamawiającego, jakim jest bezpieczna i niezakłócona realizacja zamówienia (np. wyrok SO w Krakowie z dnia 8 lipca 2014 r., II Ca 2332/13).

Dyskryminacja wykonawców może przybrać różną formę, także formę sprecyzowania kryteriów oceny ofert w sposób typujący jednego z nich na faworyta przetargu (por. wyrok SO w Krakowie z dnia 27 czerwca 2012 r., XII Ga 152/12). Tymczasem kryteria oceny ofert nie mogą w sposób nieuzasadniony traktować w sposób uprzywilejowany lub dyskryminować określonych lub niektórych wykonawców. Jako przykład naruszenia zasad można wskazać ocenę terminu realizacji zamówienia na dostawę (rozumiane jako wy-

produkowanie i dostarczenie produktu) poniżej uzasadnionego minimalnego terminu, co może dawać uprzywilejowaną pozycję temu wykonawcy, który posiada już przedmiot zamówienia w okolicznościach, gdy pozostali wykonawcy muszą dopiero podjąć starania o jego wytworzenie lub dostosowanie do potrzeb zamawiającego (przykładem może być premiovanie takiego terminu w postępowaniu na rozbudowę systemu informatycznego, gdy pierwotny wykonawca systemu dysponuje znacznie dogodniejszą pozycją niż inni wykonawcy).

Za naruszające konkurencję uznaje się też poddanie przez zamawiającego ocenie nieistotnych parametrów, funkcji lub cech przedmiotu zamówienia, co w sposób nieuzasadniony preferuje określone urządzenia lub produkty. Zasadą jest bowiem, że kryteria oceny ofert powinny odnosić się do przedmiotu zamówienia i wyrażać takie cechy, które są istotne dla stwierdzenia, że dany przedmiot jest lepszy od innego. Jak zauważono w orzecznictwie, „cechy, właściwości czy funkcjonalności, które wyrażają się w kryteriach jakościowych, podlegających punktacji powinny obejmować nie jakiekolwiek cechy, ale walory w pewien sposób, właściwy dla zamawianego przedmiotu, reprezentatywne dla oceny jakościowej, możliwości uznania na ich podstawie, że dany produkt jest «lepszy» od innego, bardziej pożądanym, w wyższym stopniu realizującym cele Zamawiającego. Może to dotyczyć finalnego rezultatu, dla jakiego zamawia-

jący dokonuje nabycia określonego przedmiotu w trybie zamówienia publicznego, ale także realizacji celów częściowych, pewnych partykularnych cech i właściwości zamawianego przedmiotu, które będą reprezentatywne dla ustalenia, że przedmiot posiadający te cechy w konsekwencji będzie lepiej oddawał cel, dla którego nabywany jest dany przedmiot czy usługa. Nie chodzi tu więc o jakiegokolwiek cechy, które zamawiający dobierze w celu ustalenia, która oferta wyraża wyższy bilans ceny i innych kryteriów, ale takie cechy, które mają lub mogą mieć znaczenie użytkowe, ekonomiczne lub inne dla Zamawiającego. Kryterium jakościowe zawsze będzie zatem w gestii Zamawiającego co do uznania, jaka właściwość uznawana będzie za bardziej pożądaną, co nie znaczy, że jest ono subiektywne i pozostające w sferze uznaniowości zamawiającego, zarówno co do cechy uznawanej za lepszą jak i celu, dla którego tę cechę uznano za reprezentatywną dla stwierdzenia, że przedmiot posiadający tę cechę ma wyższą jakość. Kryterium jakościowe wyraża bowiem najbardziej pożądane, istotne walory przedmiotu zamówienia, musi więc odnosić się do cech i właściwości, sposobu realizacji zamówienia, który jest dla Zamawiającego ważny⁸.

Wyrazem stosowania wspomnianych zasad postępowania są terminy, dające wy-

konawcom realną możliwość wnikliwego zapoznania się ze stawianymi wymaganiami i złożenia przemyślanych i poprawnie przygotowanych ofert. Terminy te co prawda w dużej mierze określa ustawa, niemniej częstokroć zamawiającemu pozostawiono ich dostosowanie do sytuacji istniejącej w konkretnym postępowaniu, np. w przypadku zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w wyniku której niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach.

Zasady te wyrażają się także w roli zamawiającego jako podmiotu prowadzącego postępowanie, który – dążąc do wyboru najkorzystniejszej oferty, realizując obowiązek wyjaśnienia treści ofert, ich poprawienia czy uzupełnienia dokumentów – nie powinien przekraczać pozycji bezstronnego organizatora postępowania, dającego równe szanse wszystkim wykonawcom i niebędącego rzecznikiem jednego lub kilku uczestników postępowania. Zamawiający zatem, realizując obowiązki wynikające z ustawy, powinien dbać, by wobec wszystkich wykonawców zastosowana została jedna miara.

Wyrazem stosowania tych zasad jest m.in. wypracowana przez orzecznictwo reguła jednokrotnego wzywania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p.⁹, nakaz respektowania

⁸ Wyroki KIO z dnia 13 września 2013 r., KIO 2078/13, LEX nr 1409220; z dnia 12 marca 2013 r., KIO 418/13, LEX nr 1298006.

⁹ Wyrok SO w Gdańsku z dnia 2 kwietnia 2015 r., XII Ga 39/15; wyrok SO w Białymstoku z dnia 18 kwietnia 2014 r., II Ca 238/14, LEX nr 1722230; wyrok SO w Lublinie z dnia 29 sierpnia 2013 r., IX Ga 128/13, LEX nr 1718355.

przez zamawiającego wyznaczonych terminów na dokonanie czynności oraz ich przywracania lub wydłużania tylko w wyjątkowych i uzasadnionych sytuacjach (traktowanie ich wiążąco). Jak się podkreśla, wszyscy wykonawcy na jednakowych zasadach zobowiązani są wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert lub, odpowiednio, na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Odstępstwo od tego wymogu ustawowego godzi w zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż wykonawca, który na dzień składania ofert wykaże należyłą staranność i przygotowuje dokumenty w sposób umożliwiający zamawiającemu jednoznaczne stwierdzenie, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, musi konkurować z wykonawcą, który takiej staranności nie dochował, dopuszczając do braków w złożonych dokumentach lub składając dokumenty zawierające błędy. *Ratio legis* przepisu art. 26 ust. 3 p.z.p. sprowadza się do tego, aby formalizm postępowania nie pozbawiał możliwości uzyskania zamówienia wykonawców, którzy przygotowali merytorycznie dobre oferty, lecz zasadą jest równe traktowanie wykonawców i wykazanie spełniania warunków na dzień składania ofert lub wniosków, zatem odstępstwo od niej musi być wykładane ściśle¹⁰.

Przejawem realizacji zasad równego traktowania oraz uczciwej konkurencji będzie

wreszcie konsekwentne zastosowanie przez zamawiającego regulacji nakazujących wykluczenie wykonawcy lub odrzucenie jego oferty, jeśli zajdą okoliczności uzasadniające zastosowanie takich środków. Starania zamawiającego zmierzające do odstąpienia od regulacji przewidujących ich zastosowanie muszą być uznane za jaskrawe przejawy naruszenia fundamentalnych zasad postępowania. Tego rodzaju zbyt życzliwa postawa, nawet motywowana zrozumiałymi intencjami (przykładowo chęcią uzyskania stanu konkurencyjności i pozostawienia większej ilości ofert) stanowiłaby wyraz naruszenia opisanych zasad.

Rozważając aspekty zachowania uczciwej konkurencji, nie można pominąć również zasady jawności i zasady przejrzystości postępowania, gdyż to one są gwarantem, że w postępowaniu uczciwa konkurencja i równe traktowanie wykonawców nie tylko zostaną zachowane, ale zostanie to zauważone i zweryfikowane przez wykonawców lub – przy ich przeciwnej konkluzji – będą oni mogli domniemywać przed siebie, a dotyczącej ich niesprawiedliwości zapobiec, korzystając z przysługujących im w tym celu środków ochrony prawnej. Nie znaleziono bowiem lepszego sposobu zapewnienia poczucia istnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania niż możliwość samodzielnej weryfikacji działań zamawiającego oraz innych, konkurujących wykonawców. Z kolei zapewnienie wykonawcom szerokiej możliwości korzystania ze środków

¹⁰ Por. wyrok KIO z dnia 29 lipca 2013 r., KIO 1718/13, LEX nr 1396632.

ochrony prawnej ma na celu zapewnienie efektywnej ochrony owej uczciwej konkurencji i równego traktowania ze strony podmiotów najbardziej tym zainteresowanych.

Zasada jawności, jako główna zasada postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, została wymieniona w art. 8 ust. 1 p.z.p. Z kolei „obowiązek przejrzystości wynika wprost z art. 43 WE i 49 WE, które są bezpośrednio skuteczne w wewnętrznym porządku prawnym państw członkowskich, z pierwszeństwem przed wszelkimi przepisami prawa krajowego, które byłyby z nimi niezgodne” (tak wyrok TSUE z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08 *Wall AG v. Stadt Frankfurt am Main, Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH* (orzeczenie wstępne), LEX nr 569525). Zasada przejrzystości wskazana została również w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE¹¹, art. 10 dyrektywy 2004/17/WE¹² oraz odpowiednio w art. 18

ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE¹³ i art. 36 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE¹⁴.

W ww. przepisach dyrektyw z 2014 r. można znaleźć następujące wymogi w stosunku do państw członkowskich, które można uznać za podsumowanie idei działania z zachowaniem uczciwej konkurencji: „Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców”.

¹¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. WE L 134 z 30.04.2004, s. 114; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 7, s. 132, z późn. zm.).

¹² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/17/WE z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. WE L 134 z 30.04.2004, s. 1; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 7, s. 19, z późn. zm.).

¹³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, s. 65).

¹⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, s. 243, z późn. zm.).

ROZDZIAŁ 2

POSTĘPOWANIE O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Postępowanie

14. Wyrok SO w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r., V Ga 122/10, ZPO 2011, nr 8, poz. 113, uwzględniający skargę odwołującego od wyroku KIO z dnia 16 września 2010 r., KIO/UZP 1889/10, LEX nr 686927

• *definicja postępowania o udzielenie zamówienia* • *początek postępowania* • *końiec postępowania*

W ustawie Prawo zamówień publicznych w art. 2 pkt 7a zamieszczono definicję postępowania o udzielenie zamówienia – należy przez to rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub – w przypadku trybu zamówienia z wol-

nej ręki – wynegocjowania postanowień takiej umowy.

Wbrew zapatrywaniu przeciwnika skargi definicja ta mówi o rozpoczęciu postępowania a nie o jego zakończeniu.

15. Uchwała SN z dnia 17 grudnia 2010 r., III CZP 103/10, LEX nr 646705, dotycząca zagadnienia prawnego przedstawionego przez SO w Słupsku postanowieniem z dnia 13 sierpnia 2010 r.

• *definicja postępowania o udzielenie zamówienia* • *początek postępowania* • *końiec postępowania*

Postępowanie „o udzielenie zamówienia publicznego” na gruncie ustawy, zgodnie z treścią art. 2 pkt 7a ustawy (w brzmieniu tego przepisu obowiązującym od 29 stycznia 2010 r., Dz. U. z 2009 r. Nr 223, poz. 1778), da się zdefiniować jako ciąg czynności faktycznych i prawnych rozpoczynający się

z chwilą ogłoszenia o zamówieniu, przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy. Przepis nie określa momentu zakończenia tego postępowania, ale treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie to kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Umowa, mimo jej cywilnoprawnego charakteru, podlega rygorom ustawy w zakresie uregulowanym działem IV ustawy. Takiemu więc tylko rozumieniu pojęcia „postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego” odpowiadają uregulowania zamieszczone w art. 3 i art. 4 ustawy zmieniającej.

16. Wyrok SO Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 29 maja 2012 r., IV Ca 527/11, uwzględniający skargę odwołującego od wyroku KIO z dnia 1 kwietnia 2011 r., KIO/UZP 606/11, LEX nr 794809, zmieniający zaskarżony wyrok i nakazujący zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na unieważnieniu postępowania

• cel postępowania • zasada lojalności między uczestnikami postępowania o zamówienie publiczne

Podkreślić stanowczo należy, iż punktem wyjścia przy ocenie unormowań dotyczących zamówień publicznych pozostaje zasada lojalności oznaczająca, iż zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia jedynie w celu jego udzielenia.

Nie budzi wątpliwości, iż stworzony, z myślą o racjonalnym, efektywnym i optymalnym wydatkowaniu środków publicznych, system zamówień publicznych, nie uchybia ogólnym zasadom zawierania umów określonych przez prawo prywatne. Tym samym należy zawsze mieć na względzie, że zamawiający winien uczynić wszystko co możliwe, aby do udzielenia zamówienia publicznego doszło.

W ramach powyższej zasady wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest w zasadzie równoznaczne z zobowiązaniem się zamawiającego do zawarcia umowy z oferentem, którego oferta będzie najkorzystniejsza zgodnie z ustaloną procedurą, a mieścić będzie się w kwocie, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

17. Wyrok SO w Warszawie z dnia 4 grudnia 2013 r., V Ca 2808/13, oddalający skargę przystępującego od wyroku KIO z dnia 7 sierpnia 2013 r., KIO 1802/13, LEX nr 1400104

• charakter postępowania o udzielenie zamówienia

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym i ze względu na swój charakter musi takim pozostać dla zapewnienia maksymalnej kontroli realizacji celów gospodarczych za środki publiczne (por. wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 27 maja 2010 r., I C 3/09, LEX nr 621160).

18. Wyrok SO w Łodzi z dnia 21 września 2012 r., XIII Ga 379/12, oddalający skargę odwołującego od wyroku KIO z dnia 6 czerwca 2012 r., KIO 1093/12, LEX nr 1169720

• charakter postępowania o udzielenie zamówienia

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma formalistyczny charakter, który przejawia się w szczególności w tym, że dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, zamawiający nie może wyjść poza zakres opisanego w ogłoszeniu i SIWZ sposobu dokonywania oceny spełniania warunków oraz w większości bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy prawo zamówień publicznych.

19. Wyrok SO w Białymstoku z dnia 31 maja 2012 r., II Ca 373/12, LEX nr 1583291, oddalający skargę odwołującego od wyroku KIO z dnia 5 marca 2012 r., KIO 248/12, LEX nr 1129831

• ogłoszenie o zamówieniu • rola ogłoszenia o zamówieniu

Podkreślenia wymaga, że publikacja ogłoszenia w określonych w ustawie miejscach stanowi w procedurze udzielania zamówienia publicznego istotny etap. Jest gwarancją zapewnienia zasady uczciwej konkurencji i równości traktowania wykonawców, które są fundamentalnymi zasadami udzielania za-

mówień. Pozwalają one na realizację celów ustawowych tj. efektywnego i gospodarnego dysponowania środkami publicznymi oraz zapewnienia dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania. Ogłoszenie ma też walor informacyjny umożliwiający wykonawcom ocenę swoich możliwości i przygotowanie wniosków. Jednocześnie podkreślić trzeba, że ogłoszenie ma charakter wiążący w całej dalszej procedurze.

20. Wyrok SO w Katowicach z dnia 18 grudnia 2014 r., XIX Ga 733/14, oddalający skargę odwołującego od wyroku KIO z dnia 6 października 2014 r., KIO 1939/14, LEX nr 1554276

• rodzaj zamówienia • kwalifikowanie przedmiotu zamówienia jako dostawy i usługi • umowa o dzieło • świadczenie usług

Przepisy ustawy Prawo Zamówień Publicznych – na potrzeby takiego postępowania – definiują trzy rodzaje umów: umowa o roboty budowlane, umowa dostawy i umowa usługi przy czym definicja tej ostatniej została określona w sposób negatywny tzn. usługą są wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy. Chcąc zatem zdefiniować jednoznacznie co obejmują takie usługi i jaki jest ich charakter, konieczne jest skorzystanie z przepisów prawa cywilnego.

Kodeks cywilny w art. 750 określa normę o charakterze generalnym, wskazując, że do umów o świadczenie usług, które nie są uregulowane innymi przepisami, stosuje się od-

powiednio przepisy o zleceniu. Jednakże aby ustalić, czy w okolicznościach danego stosunku zobowiązaniowego rzeczywiście zastosowanie będzie miał przepis art. 750 k.c., konieczne jest porównanie cech takiej umowy z cechami umów nazwanych. [...]

Istotą bowiem umowy o dzieło jest osiągnięcie określonego, zindywidualizowanego rezultatu w postaci materialnej lub niematerialnej. Przedmiotem takiej umowy jest doprowadzenie do weryfikowalnego i jednorazowego rezultatu, zdefiniowanego przez zamawiającego w momencie zawarcia umowy. Dzieło jest wytworem, który w momencie zawierania umowy nie istnieje, jednak jest w niej z góry przewidziany i określony, w sposób wskazujący na jego indywidualne cechy oraz podlegający sprawdzeniu na istnienie wad fizycznych (poz. wyrok SN sygn. akt II UK 103/13 z 3.10.2013). Oznacza to, że dzieło musi istnieć w postaci postrzegalnej, pozwalającej nie tylko odróżnić je od innych przedmiotów, ale i uchwycić istotę osiągniętego rezultatu (wyrok SA w Szczecinie, sygn. akt III AUa 275/13 z 5.11.2013).

Zawarta przez strony umowa takich cech nie posiadała, nie była zatem umową o dzieło, lecz umową o świadczenie usług (art. 750 k.c.). Skarżący bowiem miał wykonywać szereg powtarzalnych, cyklicznych czynności faktycznych, które przy zachowaniu należytej staranności miały zapewnić uporządkowanie i przygotowanie terenu (wybranie z trawy kamieni, gruzu, śmieci, papierów, folii, wszelkiego rodzaju opakowań itp. i innych porzuconych lub zagubionych ładunków, w tym zużytych opon samochodowych wraz z rozgarnięciem kretowisk) wykoszenie traw i chwastów oraz

usunięcie odrostów i samosiewów, wygrabienie i wywóz skoszonej trawy (załącznik nr 2: szczegółowy opis przedmiotu zamówienia).

Niewątpliwie rezultatem takiej umowy było należyte „utrzymanie zieleni”, a w szczególności oczyszczenia terenu do takiego poziomu, że nie występują na nim żadne zanieczyszczenia (pkt 5 załącznika nr 2 szczegółowy opis przedmiotu zamówienia), jednakże nie był to rezultat zindywidualizowany o cechach opisanych wyżej. O charakterze tej umowy nie przesądza również fakt ustalenia przez strony wynagrodzenia kosztorysowego, jak również odbioru wykonywanych prac pod względem ilościowym i jakościowym.

Nie mieli więc racji: zamawiający i KIO kwalifikując tą umowę jako umowę o dzieło.

Ponieważ przepis art. 750 k.c. stanowi, iż do umów o świadczenie usług stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu, należy zająć się kwestią „odpowiedniego” stosowania przepisów o zleceniu.

Zakwalifikowanie konkretnej umowy o świadczenie usług nie czyni z niej nazwanej umowy zlecenia w rozumieniu art. 734 k.c. Nakaz „odpowiedniego stosowania” przepisów o zleceniu wynikający z cyt. art. 750 k.c. oznacza konieczność uwzględnienia specyfiki konkretnej sytuacji tak aby ustalić, kiedy przepisy o zleceniu znajdują zastosowanie wprost albo z pewnymi modyfikacjami (z możliwością wyłączenia dopuszczalności stosowania niektórych przepisów).

Przyjmuje się, że do nienazwanych umów o świadczenie usług wprost zastosowanie mają przepisy art. 735–745 k.c. oraz art. 747–749 k.c. Natomiast najczęstszej mo-

dyfikacji wymaga art. 746 k.c., bowiem dopuszczalność wypowiedzenia umowy musi być oceniona ze względu na charakter usługi, będącej przedmiotem umowy.

Z analizy przepisu art. 746 k.c. w związku z art. 750 k.c. wynika, że obie strony nienazwanej umowy o świadczenie usług mogą ją wypowiedzieć w każdym czasie, przy czym strony to uprawnienie mogą ukształtować stosownymi postanowieniami umowy, czego w niniejszej umowie nie uczyniły. Nie jest tylko możliwe – z uwagi na bezwzględnie wiążący przepis art. 746 § 3 k.c. – wyłączenie możliwości zrzeczenia się z góry uprawnienia do wypowiedzenia umowy z ważnych powodów.

Zamawiający i wykonawcy

21. Wyrok SO w Warszawie z dnia 28 czerwca 2013 r., XXIII Ga 776/13, zmieniający wyrok KIO z dnia 25 marca 2013 r., KIO 452/13, KIO 457/13, LEX nr 1308911, w całości i nakazujący unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

• *wspólne prowadzenie postępowania przez podmioty objęte obowiązkiem stosowania ustawy oraz niemające takiego obowiązku*

Za w pełni uzasadniony należy uznać zarzut naruszenia art. 16 ust. 1 Pzp w związku z art. 2 pkt 12 i art. 2 pkt 13 Pzp w związku z art. 3 Pzp, a także art. 15 ust. 1 Pzp w związku z art. 2 pkt 12 Pzp przez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że prowadzenie wspólnego postępowania o udziele-

nie zamówienia publicznego w imieniu i na rzecz zamawiających w rozumieniu ustawy Pzp oraz podmiotów nieposiadających statusu zamawiającego jest dopuszczalne na gruncie przepisów ustawy Pzp oraz że wskutek rozstrzygnięcia tak prowadzonego postępowania dochodzi do zawarcia pomiędzy tymi podmiotami oraz wykonawcą umowy w sprawie zamówienia poddanej reżimowi ustawy Pzp, podczas gdy dyspozycja art. 16 ust. 1 Pzp nie ma zastosowania do podmiotów nieposiadających statusu zamawiającego w rozumieniu art. 2 pkt 12 Pzp, a zasada „*lex specialis derogat legi generali*” wyłącza zastosowanie art. 701 k.c. w celu przygotowania i prowadzenia wspólnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez podmioty zobowiązane do stosowania ustawy Pzp. [...] ¹⁵

22. Wyrok SN z dnia 2 kwietnia 2015 r., I CSK 207/14, LEX nr 1710337, ze skargi kasacyjnej Prezesa UZP, uchylający zaskarżony wyrok i przekazujący sprawę Sądowi Okręgowemu w Warszawie do ponownego rozpoznania oraz orzeczenia o kosztach postępowania kasacyjnego

• *wspólne prowadzenie postępowania przez podmioty objęte obowiązkiem stosowania ustawy oraz niemające takiego obowiązku*

Artykuł 16 ust. 1 P.z.p. przewiduje możliwość przeprowadzenia postępowania i udzielenia

¹⁵ Uwaga: Wyrokiem z dnia 2 kwietnia 2015 r., I CSK 207/14, LEX nr 1710337, SN uchylił ww. wyrok, prezentując pogląd analogiczny do poglądu KIO.

zamówienia przez jednego zamawiającego w imieniu wielu zamawiających. Zamawiający mogą więc wspólnie przeprowadzić postępowanie i udzielić zamówienia, wyznaczając spośród siebie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz. Istota zarzutów skargi kasacyjnej sprowadza się do twierdzenia, że Sąd Okręgowy z naruszeniem art. 16 ust. 1 P.z.p. uznał, iż przepis ten dotyczy wyłącznie takich zamawiających występujących wspólnie, z których każdy posiada status zamawiającego w rozumieniu art. 2 pkt. 12 i art. 3 ust. 1 P.z.p. Nie budzi wątpliwości, że zasadniczym adresem art. 16 ust. 1 P.z.p. są zamawiający, ujmując w uproszczeniu, zobowiązani do stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych przy nabywaniu dostaw, usług czy robót budowlanych. Skoro bowiem każdy z tych podmiotów musi dla udzielenia zamówienia przeprowadzić postępowanie przewidziane w tej ustawie, sformułowania zawarte w jej art. 16 ust. 1 odnoszą się do takich właśnie zamawiających.

Niemniej jednak istnienie po stronie określonego podmiotu obowiązku stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych nie stanowi – samo w sobie – przeszkody w udzieleniu przez taki podmiot zamówienia łącznie z innym podmiotem, który obowiązku takiego nie ma. Z przepisów zawartych w Prawie zamówień publicznych nie wynika bowiem zakaz wspólnego przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia publicznego przez podmioty o niejednorodnym statusie, tj. posiadające status zamawiającego w rozumieniu art. 2 pkt. 12 i art. 3 ust. 1 tej

ustawy łącznie z innymi podmiotami, które, co do zasady, tego statusu nie posiadają. W szczególności, zakazu takiego niepodobna wywieść, wbrew odmiennemu pogładowi Sądu Okręgowego, z art. 16 ust. 1 P.z.p. Przepis ten nie zabrania wspólnego przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia przez takie różne podmioty. Skorzystanie zaś przez nie z przewidzianej w art. 16 ust. 1 P.z.p. możliwości przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia przez jednego zamawiającego w imieniu wielu zamawiających może wynikać z przyczyn o charakterze ekonomicznym (np. możliwość zakupu większej ilości towarów bądź usług może zapewnić korzystniejsze warunki zakupu), ale także z warunków organizacyjnych (np. brak wyspecjalizowanych służb mogących przeprowadzić skomplikowane postępowanie). Brak jurydycznych przesłanek do pozbawienia ich tej możliwości. Skoro Sąd Okręgowy orzekając w sprawie wyszedł z odmiennych założeń, zaskarżony wyrok nie mógł się ostać.

23. Wyrok SO w Gdańsku z dnia 19 marca 2010 r., XII Ga 106/10, LEX nr 1713458, oddalający skargę odwołującego od wyroku KIO z dnia 12 stycznia 2010 r., KIO/UZP 1946/09, LEX nr 622535

• *przekształcenie podmiotowe wykonawcy w trakcie postępowania*

Po pierwsze skarżący wskazał, że oferta Konsorcjum B. S.A i K. sp. z o.o. powinna zostać odrzucona, bowiem B. SA w Warszawie nie

został sprawdzony pod względem formalnym (nie zostały złożone oświadczenia przewidziane przez sekcję III punkt 2 podpunkty 1, 2 i 3 SIWZ). Po drugie oferta wskazanego Konsorcjum nie spełnia wymagań SIWZ dotyczących wykonywania instalacji tryskaczowych. Powyższe zarzuty nie są zasadne.

Rozważając pierwszy z nich wskazać należy, że nie ma między stronami sporu co do tego, że po rozpoczęciu procedury przetargowej doszło do przekształcenia podmiotowego jednego z oferentów, w ten sposób, że spółka nie będąca oferentem przejęła w całości spółkę, która nabyła uprawnienie do złożenia oferty. Przekształcenie nastąpiło w trybie art. 492 § 1 pkt 1 k.s.h., ze skutkami określonymi przez art. 494 § 1 k.s.h.

Skarżący zarzucił, że takie przekształcenie jest niedopuszczalne w świetle przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [...], dalej ustawa). W ocenie Sądu Okręgowego zarzut skarżącego nie jest zasadny.

W pierwszym rzędzie podkreślić należy, że przepisy ustawy nie wyłączają wprost możliwości dokonywania przekształceń podmiotowych wykonawców biorących udział w przetargu. Zgodnie zaś z treścią art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Skoro więc żaden przepis szczególny ustawy nie wyłącza możliwości dokonania przekształcenia oraz nie wyłącza skutków prze-

widzianych dla sukcesji generalnej przez kodeks cywilny, to byłoby zbyt daleką ingerencją w ustawodawczą rolę parlamentu uznanie, że w trakcie procedury przetargowej nie jest dopuszczalne dokonywanie przekształceń podmiotowych.

Kodeks cywilny i kodeks spółek handlowych wskazują, że możliwe jest takie przekształcenie spółek handlowych, że jedna z nich przejmie drugą przez przejęcie całego majątku za udziały lub akcje, które spółka przejmująca wydaje wspólnikom spółki przejmowanej. W takiej sytuacji spółka przejmująca wstępuje we wszystkie prawa i obowiązki spółki przejmowanej. Kodeks spółek handlowych oraz kodeks cywilny nie przewidują żadnych wyjątków w zakresie prawa cywilnego (inaczej niż w prawie administracyjnym w zakresie koncesji i zezwoleń).

Skoro więc spółka przejmująca nabywa wszystkie prawa spółki przejmowanej, to nie ma żadnych podstaw, dla których można byłoby uznać, że spółka przejmująca nie może kontynuować jako wykonawca postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykluczenie takiej możliwości poprzez odrzucenie oferty wykonawcy – Spółki przejmującej, w efekcie prowadziłoby do uznania, że nie jest dopuszczalne dokonywanie przekształceń w trybie art. 492 k.s.h. w czasie, kiedy trwa procedura zamówienia publicznego. Taki wniosek, bez wyraźnej regulacji ustawodawczej, nie jest w ocenie Sądu Okręgowego możliwy.

Skarżący wskazywał, że obok oceny dopuszczalności przekształcenia spółek dokonywanej w ramach prawa cywilnego i handlowe-

go, należy również ocenić dopuszczalność takich przekształceń w ramach ustawy prawo zamówień publicznych.

Należy jednak podkreślić, że zakazu dokonywania przekształceń nie ma wyrażonego wprost w tekście ustawy, a także, w ocenie Sądu Okręgowego, nie można go wyinterpretować z treści art. 7 ust. 3 ustawy.

Zgodnie z nim zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający ma więc obowiązek udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, o ile wybór tego wykonawcy dokonał się zgodnie z przepisami ustawy. Z zasady legalizmu działania zamawiającego można bowiem wywieść nakaz powierzenia wykonania zamówienia tylko takiemu wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu oraz nakaz powierzenia wykonania zamówienia wykonawcy, który został wyłoniony zgodnie z przepisami ustawy. Treść art. 7 ust. 3 wskazuje, iż udzielenie zamówienia publicznego może nastąpić wyłącznie na rzecz wykonawcy wybranego w wyniku przeprowadzenia procedury udzielania zamówień w określonym trybie.

Tym samym, umowa w sprawie zamówienia publicznego nie może zostać zawarta z innym podmiotem niż wykonawca wybrany w odpowiedniej procedurze przetargowej. Uważa się również, że art. 7 ust. 1 nie odnosi się wyłącznie do etapu zawierania umowy, ale także późniejszego jej wykonania.

Podmiotowe przekształcenie umowy, dokonywane w celu zmiany podmiotu zobowiązanego do wykonania zamówienia publicznego

będzie stanowić naruszenie ogólnych zasad udzielania zamówień (por. „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” pod red. Tomasza Czajkowskiego, wydanie trzecie. Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2007 r.).

Innymi słowy mówiąc omawiana regulacja odnosi się jedynie do takich sytuacji, w których zamówienie udzielone zostanie nabywcy, który w ogóle nie brał udziału w przetargu, a jego oferta nie podlegała ocenie według określonych przez zamawiającego kryteriów. Dalej nie jest również dopuszczalne dokonywanie cesji obowiązków wynikających z już podpisanej umowy. Zakaz ten wynika jednak bardziej z celu ustawy, niż z zapisu art. 7 ust. 3. Treść tego artykułu nie dotyczy jednak dokonywanych w trakcie trwania przetargu przekształceń podmiotowych dotyczących ofertów. Następca prawny (w tym przypadku spółka przejmująca) wstępuje bowiem w całość sytuacji prawnej poprzednika, a więc procedura dotycząca oceny nowego podmiotu stanowi kontynuację oceny dotychczasowej oferty. Nie ma więc miejsca sytuacja, że do postępowania wstępuje zupełnie nowy podmiot, do tej pory w ogóle nie występujący. Wykonawca, którego oferta będzie oceniana, jest kontynuatorem prawnym swojego poprzednika.

Ponadto skoro nabywa on cały majątek spółki przejmowanej, jej doświadczenie i tzw. *know-how*, to niewątpliwie nie ma zagrożenia dla interesu publicznego, w tym rozumieniu, że zamówienie otrzyma wykonawca nie legitymujący się wystarczającą fachowością.

Skarżący podniósł jednocześnie, że wykonawca – spółka przejmująca jest podmiotem pod względem prawnym nowym, który

nie składał oświadczeń dotyczących zarówno sytuacji podatkowej jak i karnej dotyczącej tego podmiotu i członków zarządu.

W istocie oświadczenia takie nie zostały złożone, nie można jednak wysnuwać wniosku, że podmiot ten zalega z zapłatą podatków, był karany, albo członkowie zarządu byli karani. Sąd Okręgowy nie może domniemywać istnienia takich okoliczności, tak więc dopóki nie zostaną one udowodnione, zgodnie z ogólną regułą rozkładu dowodów, to nie mogą być przedmiotem ustaleń faktycznych. Ponadto niewątpliwie spółka przejmująca oświadczenia takie złożyła i zostały one zweryfikowane w trakcie postępowania. Były one prawdziwe na dzień ich przedłożenia. Ustawa nie przewiduje późniejszej ponownej weryfikacji takich oświadczeń lub obowiązku ponownego ich złożenia, a przeciwnie w trakcie realizacji zamówienia sytuacja prawna zarówno wykonawcy, jak i członków zarządu mogłaby tak się zmienić, że nie byłyby spełnione wymagania dotyczące takich oświadczeń. Ustawa ustala jednak zasadę, że oświadczenia zweryfikowane są tylko na określony dzień – moment, w którym są one badane, niezależnie od późniejszych zmian w tych okolicznościach.

Reasumując Sąd Okręgowy uznał, że dopuszczalne jest w trakcie trwania procedury zamówienia publicznego przekształcenie podmiotowe wykonawcy, polegające w szczególności na przejściu jednej spółki przez inną. Spółka przejmująca wchodzi w całą sytuację prawną poprzednika prawnego, w tym również ma prawo dalej uczestniczyć w procedurze, a oferta podlega takiej samej ocenie

jak oferty pozostałych oferentów. W ocenie Sądu Okręgowego nie ma uzasadnienia blokowania dostępu do rynku zamówień publicznych podmiotom podlegającym zmianom i zakładanie *a priori* złej wiary i zamiaru obejścia przepisów prawa przez te podmioty.

24. Wyrok SO w Łodzi z dnia 23 lipca 2010 r., X Ga 163/10, LEX nr 1713451, oddalający skargę zamawiającego od wyroku KIO z dnia 1 marca 2010 r., KIO/UZP 1913/09, LEX nr 607327

• *status konsorcjum* • *konsorcjum jako spółka cywilna*

Skoro zaś wytyczonym przez strony umowy konsorcjum celem gospodarczym może być uzyskanie zamówienia publicznego, zawarcie umowy o jego wykonanie oraz osiągnięcie pewnego zysku w wyniku wykonania zawartej umowy (*vide* uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 17 września 2008 roku wydanego w sprawie o sygn. akt III CSK 119/08, publ. w: OSNC 2009, z. 9, poz. 130), to doktryna podnosi, że tak rozumiane konsorcjum mieści się w modelu spółki prawa cywilnego uregulowanej w kodeksie cywilnym. Bowiem – zgodnie z art. 860 § 1 KC – przez umowę spółki wspólnicy zobowiązują się dążyć do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przez działanie w sposób oznaczony, w szczególności przez wniesienie wkładów. Jednakże w przypadku konsorcjum osiągnięcie wspólnego celu gospodarczego przez konsorcjantów z zasady nie przybiera formy wniesienia wkładów, co z kolei stanowi regu-

łę w przypadku spółek cywilnych; w konsekwencji nie powstaje także wspólny majątek konsorcjantów, do którego powstania dochodzi w przypadku typowej spółki cywilnej. Z tego względu konsorcjum stanowi jedynie specyficzną spółkę prawa cywilnego (teza 2 do art. 23 [w:] M. Stachowiak {współaut.}, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2007, wyd. III), do której to umowy przepisy art. 860 i n. KC mogą znajdować zastosowanie posiłkowo.

25. Wyrok SO w Lublinie z dnia 1 września 2010 r., IX Ga 175/10, uwzględniający skargę odwołującego na postanowienie KIO z dnia 19 kwietnia 2010 r., KIO/UZP 517/10, LEX nr 599167, i zmieniający zaskarżone postanowienie, oddalając odwołanie

• *konsorcjum* • *umowa konsorcjum* • *istnienie konsorcjum* • *pełnomocnictwo do reprezentowania konsorcjum* • *cofnięcie pełnomocnictwa*

Błędne jest również stanowisko Izby oraz skarżącego co do skutków oświadczeń woli złożonych przez A. S. prowadzącą jako osoba fizyczna, na podstawie wpisu do ewidencji działalności gospodarczej P., oświadczeń woli z dnia 29 października 2009 r. o cofnięciu pełnomocnictwa oraz z dnia 15 lutego 2010 r. o uchyleniu się od skutków oświadczenia woli w przedmiocie udzielenia pełnomocnictwa O. K. do składania oświadczeń woli w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Oświadczenia te nie miały wpływu na byt konsorcjum. Konsorcjum powołane w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego powstaje w wyniku podpisania przez przedsiębiorców umowy regulującej współpracę tych podmiotów (wykonawców). Nadto wykonawcy ustanowić muszą pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 23 p.z.p.).

Cofnięcie pełnomocnictwa nie ma wpływu na byt umowy niezależnie od tego, czy pełnomocnictwo zostało udzielone odrębnym aktem, czy też jest częścią tej umowy. Tylko skuteczne wypowiedzenie umowy regulującej współpracę może zakończyć byt konsorcjum. Sytuacja taka byłaby porównywalna z ustaniem osoby prawnej wraz z jej wykreśleniem z właściwego rejestru bądź śmiercią osoby fizycznej. Wówczas nie można byłoby oczywiście podpisać umowy z wykonawcą, a oferta przestałaby wiązać.

26. Wyrok SO w Katowicach z dnia 21 lipca 2014 r., XIX Ga 406/14, uwzględniający skargę odwołujących od wyroku KIO z dnia 29 kwietnia 2014 r., KIO 732/14, LEX nr 1460905, i zmieniający zaskarżony wyrok

• *pozorność umowy konsorcjum*

Bezspornym pozostawało, że Skarżący tworzący konsorcjum biorą udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „dostawa produktów leczniczych”

(nr postępowania PN/2/14) prowadzonym przez S. w K., w toku którego Zamawiający odrzucił ofertę złożoną przez Skarżących na części nr: 13, 14, 20, 22, 36 i 41 na podstawie art. 89 ust. 1, ust. 3 i ust. 8 ustawy pzp, a także unieważnił na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp postępowanie w częściach nr: 7, 22, 26, 38, 70 i 80, z uwagi na niezłożenie żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Odwołanie a następnie skarga członków konsorcjum dotyczy odrzucenia ich oferty oraz unieważnienia postępowania odnośnie pakietu 22.

W uzasadnieniu swego wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż bezpodstawnie Zamawiający podjął decyzję dotyczącą oferty skarżących z powołaniem się na przepisy dotyczące nieuczciwej konkurencji – z czym Sąd Okręgowy w pełni się zgadza i wywody w tym zakresie poczynione przez KIO uznaje za własne.

W tym stanie rzeczy dla rozstrzygnięcia zasadności skargi pozostaje ustalenie, czy decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty skarżących oraz unieważnienia przetargu w zakresie pakietu 22 była uzasadniona a więc czy umowa konsorcjum zawarta przez wykonawców jest pozorna – a jeżeli tak, to czy ukryta pod nią czynność zmierza do zmiany wierzyciela w rozumieniu art. 54 ustawy o działalności leczniczej i jest z tego powodu nieważna (na podstawie art. 83 § 1 kc).

Na wstępie stwierdzić należy, iż nieuzasadnione jest stanowisko podnoszone przez Zamawiającego, a zaaprobowane przez KIO, iż wykonawcy w toku przedmiotowego postępowania nie mieli obowiązku spełniać wy-

mogów związanych z ich sytuacją ekonomiczną. Wymaganie takie, jak to słusznie wskazali Skarżący zawiera nie tylko ustawa o pzp ale i s.i.w.z. Co prawda wymogi te nie zostały precyzyjnie określone, niemniej jednak nieuzasadnione jest twierdzenie, że takiego wymogu w toku postępowania oferent nie miał spełniać.

Ustalenie tego, czy sytuacja ekonomiczna oferenta pozwalała mu na wzięcie udziału w przetargu dokonuje podmiot zamierzający wziąć w nim udział na podstawie kompleksowej analizy swej sytuacji. Zamawiający i Krajowa Izba Odwoławcza z uwagi na zakres danych jakimi dysponowali, nie mieli podstaw, aby kwestionować ustalenia, jakie leżały u źródeł decyzji o przystąpieniu do przetargu przez L. SA w ramach konsorcjum z M. SA – stąd ustalenia poczynione w tym zakresie przez KIO uznać należy za dowolne (w szczególności te oparte o umowę o współpracy ramowej konsorcjantów, której treścią KIO nie dysponowało) i naruszające określoną w art. 353¹ kc zasadę swobody umów. Sąd Okręgowy przeprowadził szczegółową analizę zapisów umowy konsorcjum zawartej przez Skarżących w kontekście stałej współpracy stron i nie doszukał się w jej treści żadnych elementów świadczących o pozorności tego porozumienia oraz ukrycia w jej regulacjach innej czynności zmierzającej do przeniesienia wierzycielności powstałej w wyniku zrealizowania umowy zawartej w wyniku udziału w przetargu na członka konsorcjum. Bezsprzecznie wykonawcy składając wspólnie ofertę spełnili warunki określone w art. 22 i 23 pzp, a strony

umowy konsorcjum precyzyjnie wskazały zakres wzajemnych praw i obowiązków L. SA jako lidera oraz M. SA jako członka. Zgodnie z podziałem obowiązków między konsorcjantami oprócz zapewnienia wspomnienia potencjału finansowego lidera M. S.A. prowadzić miał nadzór nad realizacją umowy pod względem finansowym po upływie 30 dni od daty wymagalności wierzytelności. W ramach tego uprawnienia prowadzić miał monitoring dokonywania płatności, rozliczenia ze Szpitalem (§ 5 umowy konsorcjum), a także kontaktować się w tym zakresie z Zamawiającym.

Należy w tym miejscu podkreślić, iż zamawiający nie zaprzeczył w toku postępowania skargowego twierdzeniu skarżących, iż treść ich umowy konsorcjum nie odbiega w tym zakresie od innych umów przedstawionych przez innych konsorcjantów biorących udział w omawianej procedurze przetargowej, które nie zostały odrzucone – w tym stanie rzeczy nie można więc przyjąć za zasadne stwierdzenia, że M. S.A. nie miał realnie uczestniczyć w realizacji umowy zawartej w wyniku przetargu.

W tym miejscu na marginesie wskazać należy, iż zdaniem Sądu Okręgowego Zamawiający był w pełni uprawniony do dokonania analizy umowy konsorcjum na etapie badania ofert, skoro oferent sam mu ją w ramach oferty przedstawił – z tego względu zarzuty kwestionujące to uprawnienie podnoszone przez konsorcjantów uznać należy za pozbawione podstaw.

Zapisy analizowanej umowy nie dają również, w opinii Sądu Okręgowego, podstaw

do stwierdzenia, iż w wyniku jej realizacji nastąpi przejęcie wierzytelności w stosunku do Zamawiającego przez członka konsorcjum. Na podkreślenie zasługuje, że ani Zamawiający, ani Krajowa Izba Odwoławcza w swych twierdzeniach nie wskazują na konkretne regulacje tej umowy, które uzasadniają taką tezę – poza § 4 ust. 1 umowy. W tym miejscu należy wskazać, że omawiany zapis umowny nie powoduje przejścia wierzytelności wynikającej z realizacji obowiązków umownych na członka konsorcjum, nie pozbawia ani zamawiającego, ani L. SA uprawnień określonych w art. 367 kc – ale stanowi jedynie wewnętrzne porozumienie konsorcjantów, którego naruszenie nie rodzi zresztą, w świetle umownej regulacji, żadnych konsekwencji dla lidera konsorcjum. Z tego względu rozważania zawarte w uzasadnieniu wyroku KIO odnośnie naruszenia zakazu wynikającego z treści art. 54 ustawy o działalności leczniczej i jej skutków, choć prawidłowe – nie znajdują zastosowania w rozpatrywanym przypadku.

Reasumując w pełni podzielić należy zarzuty Skarżących, iż Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie poczyniła ustalenia nie znajdujące odzwierciedlenia w ujawnionym materiale, naruszając zasady rządzące postępowaniem dowodowym. Wynikiem tych nieprawidłowych ustaleń było błędne przyjęcie, iż umowa konsorcjum ukrywa w sobie czynność prawną ukierunkowaną na przejście wierzytelności powstałej w wyniku realizacji umowy zawartej z Zamawiającym na członka konsorcjum (M. SA) z naruszeniem zakazu przewidzianego w art. 54 usta-

wy o działalności leczniczej – co powoduje, iż ta umowa i ukryta czynność uznana musi zostać za nieważną (art. 83 kc). W konsekwencji błędnie Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie Skarżących złożone w związku z odrzuceniem ich oferty przez zamawiającego i unieważnieniem przetargu odnośnie pakietu 22.

Informacja o czynnościach zamawiającego

27. Wyrok SO w Gdańsku z dnia 27 kwietnia 2015 r., XII Ga 108/15, Portal OSP, uwzględniający skargę odwołującego od wyroku KIO z dnia 16 stycznia 2015 r., KIO 2708/14, KIO 2717/14, KIO 2720/14, KIO 2723/14, LEX nr 1650361, i zmieniający zaskarżony wyrok w zakresie dotyczącym nakazania wykluczenia jednego z wykonawców oraz oddalający pozostałe dwie skargi wykonawców

• czynności zamawiającego • rola komisji przetargowej • obowiązek informacyjny zamawiającego • informacja o sposobie oceny wniosków • przejrzystość postępowania • uczciwa konkurencja

Sąd Okręgowy podziela stanowisko KIO dotyczące uznania zasadności zarzutów podnoszonych we wszystkich wniesionych odwołaniach w zakresie nieprawidłowej procedury oceny wniosków i niepełnej informacji o wynikach oceny. Zdaniem Sądu Izba prawidłowo uznała, że stwierdzone uchybienia mają

charakter fundamentalny i ich wyeliminowanie może nastąpić jedynie poprzez unieważnienie oceny wniosków wszystkich wykonawców i jej ponowne przeprowadzenie. Podstawę powyższego stanowiska Izby stanowiły trzy niżej przedstawione zasadnicze elementy:

- 1) Naruszenie przez zamawiającego przepisów proceduralnych ustawy prawo zamówień publicznych w toku przeprowadzonych czynności,
- 2) Odstąpienie przez zamawiającego od podanej w ogłoszeniu oceny punktowej wniosków w zakresie wiedzy i doświadczenia,
- 3) Naruszenie przez zamawiającego obowiązków informacyjnych wobec wykonawców.

Sąd Okręgowy w pełni podziela stanowisko i argumentację KIO przedstawioną w uzasadnieniu punktu 1 dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisów proceduralnych ustawy prawo zamówień publicznych w toku przeprowadzonych czynności.

Nie budzi sporu fakt, że zamawiający w dniu 09 grudnia 2014 r. przesłał wykonawcom powiadomienie obejmujące potwierdzenie spełniania warunków sytuacji podmiotowej, zdolności ekonomiczno-finansowej oraz zdolności technicznej. Ponadto podał liczbę punktów ogółem i pozycje według punktacji. Zawarte w przekazanej Izbie przez zamawiającego dokumentacji postępowania przetargowego – arkusze szczegółowej oceny wniosków nie zostały podpisane przez członków komisji przetargowej, pochodzą od firmy doradczej i stanowią jej propozycje co do doko-

nanego rozstrzygnięcia. Zamawiający przyznał to wprost w piśmie z dnia 14 stycznia 2015 r. złożonym na rozprawie, stwierdzając, że materiały te zostały przesłane Izbie pomyłkowo, przy czym nawet na rozprawie przed KIO arkusze szczegółowej oceny wniosków podpisane przez członków komisji przetargowej nie zostały przedstawione. W tej sytuacji KIO zasadnie nie dała wiary przedstawionym dokumentom, że uprawniony organ tj. komisja przetargowa zamawiającego w terminie na dzień 09 grudnia 2014 r., w którym się zebrała, podjęła samostanne rozstrzygnięcie w przedmiocie przydzielonej szczegółowej punktacji wniosków. Niepodpisane karty zawierające jakiegokolwiek dane – nie mogą stanowić żadnego dowodu z dokumentów.

Materiał dowodowy potwierdza, że w istocie to nie komisja przetargowa dokonała oceny wniosków i przyznania punktacji, jak nakazuje art. 20 ust. 1 ustawy Pzp, ale przybrany do pomocy zamawiającemu doradca, do czego nie był uprawniony.

Zważyć należy, że zgodnie z art. 19 ust. 1 ustawy Pzp kierownik zamawiającego powołuje komisję do przeprowadzenia postępowania i to wyłącznie komisja przetargowa, z mocy art. 20 ust. 1 ustawy Pzp, jako zespół pomocniczy kierownika zamawiającego jest upoważniona i powołana do oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do badania i oceny wniosków i ofert. Na podstawie art. 20 ust. 3 ustawy Pzp komisja przetargowa przedstawia kierownikowi zamawiającego, między innymi propo-

zycje wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty, wyboru oferty.

Sam fakt powiadomienia wykonawców przez zamawiającego o zbiorczych ocenach ofert nie potwierdza, że ta ocena była wynikiem suwerennych decyzji organu uprawnionego. Ocena szczegółowa wniosków dokonana przez komisję przetargową stanowi nieodzowny dokument akt postępowania przetargowego, bez którego przedstawienia Izba miała pełne podstawy, aby przyjąć, iż procedura oceny wniosków została przeprowadzona niezgodnie z wyżej przytaczanymi przepisami ustawy Pzp, co samo przez się stanowi wystarczającą przesłankę do nakazania jej powtórzenia.

Dokumenty z akt postępowania przetargowego stanowią dowody dopuszczane z urzędu na podstawie art. 190 ust. 2 Pzp, w granicach podnoszonych zarzutów nieprawidłowej oceny złożonych wniosków i przyznanej im punktacji.

Sąd Okręgowy w pełni podziela także stanowisko i argumentację KIO odnośnie punktu 3 (naruszenia obowiązków informacyjnych wobec wykonawców) kolejnej nieprawidłowości w przeprowadzonym przez zamawiającego postępowaniu.

W ocenie Sądu Izba zasadnie podzieliła stanowiska i zarzuty zawarte w odwołaniu wykonawcy V. S.A. i podnoszone we wszystkich rozpoznawanych łącznie odwołaniach, podtrzymane na rozprawie, że bez należytego, tj. pełnego i dokładnego poinformowania o wynikach oceny wniosków w zakresie spełnienia warunków minimalnych oraz przyznanej punktacji poszczególnym robo-

tom i usługom referencyjnym, wykonawcy nie byli w stanie sformułować zarzutów i podjąć rzeczowej polemiki ze stanowiskiem zamawiającego.

Podkreślić należy, iż pozostawianie jedynie wiedzy zamawiającego sposobu dokonanej punktacji i nieujawnienie tej wiedzy zarówno tym z wykonawców, których ocena ta dotyczy, jak i pozostałym, którzy są nią żywotnie zainteresowani i mają prawo ją znać, przeczy regułom przejrzystości postępowania i równego traktowania wykonawców z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji.

Ponadto w odniesieniu do wykonawców, których wnioski nie zostały sklasyfikowane na pozycji gwarantującej zaproszenie do dialogu, należało zważyć, iż są oni traktowani przez przepis 60d ust. 3 ustawy Pzp jako wykluczeni z postępowania.

Przepis art. 24 ust. 3 Pzp nakazuje, aby wykonawcy, którzy zostali wykluczeni z postępowania, zostali równocześnie powiadomieni, z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego. Powołany przepis znajduje się w części przepisów ustawy Pzp odnoszącej się do wszystkich trybów postępowania przewidzianych w tej ustawie, a więc i do dialogu konkurencyjnego. Zamawiający tych wymogów ustawowych nie dochował.

Zdaniem Sądu Okręgowego KIO zasadnie nie uwzględniła argumentacji zamawiającego, że należycie wypełnił obowiązki informacyjne przez to, że:

1. przesłał w dniu 09 grudnia 2014 r., tj. w tym samym dniu, (w godzinach popołudniowych), w którym zebrała się komisja przetargowa, powiadomienie do

wykonawców, zawierające jedynie zestawienie punktacji ogółem, bez żadnego rozbicia ani podania uzasadnienia faktycznego podjętych czynności,

2. na życzenie wykonawców udostępnił wyniki oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w prowadzonym postępowaniu zawierające również liczbę ogółem usług wliczanych do punktacji i liczbę ogółem robót wliczanych do punktacji,
3. bezspornie na żądanie wykonawców udostępnił protokół postępowania z wezwaniami i wyjaśnieniami wykonawców oraz wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 60d ust. 1 ustawy Pzp o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i otrzymywanych ocenach spełnienia tych warunków zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Słusznie Izba wskazała, iż rozumienie tego przepisu nie może ograniczać się wyłącznie do podania całkowitych wyników przyznanej punktacji, ale powinno zawierać uzasadnienie, z czego taka punktacja wynika (z przedstawieniem procesu decyzyjnego co do oceny poszczególnych projektów i usług referencyjnych), skoro po tym etapie postępowania wykonawcy mają prawo korzystać ze środków ochrony prawnej na podjęte czynności w terminie zawitym 10 dni, stosownie do postanowień art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Tylko wykonawca prawidłowo poinformowany o motywach działań zamawiającego jest zdolny prawidłowo ocenić swoją sytu-

ację i zagrożenie interesu w uzyskaniu zamówienia, wskazać w odwołaniu wadliwe czynności, naruszenie przepisów ustawy Pzp i podjąć rzeczową polemikę ze stanowiskiem zamawiającego w granicach realnie istniejących naruszeń prawa, a nie domyślając się intencji zamawiającego, zaskarżać wszystkie potencjalnie możliwe uchybienia, przy założonych hipotetycznych wariantach tej oceny.

Zdaniem Sądu Okręgowego zgodzić się należy ze stanowiskiem KIO, że jeżeli odwołujący wykonawca podnosi zarzuty nieprawidłowego zakresu powiadomienia o przesłankach rozstrzygnięć zamawiającego – nie powinien wywodzić zarzutów merytorycznych wobec oceny własnego wniosku oraz konkurentów w tym zakresie, albowiem takie tezy pozostają w wzajemnej sprzeczności.

W tej sytuacji Izba zasadnie uznała za poprawne w tym względzie stanowisko zawarte w odwołaniu wykonawcy V. S.A., który podnosząc zarzut braku przekazania mu uzasadnienia w powiadomieniu o wynikach oceny wniosków z dnia 09 grudnia 2014 r. i brak odpowiedzi na wezwanie o udostępnienie informacji, ograniczył się do ogólnego zakwestionowania czynności zamawiającego – dokonanej oceny wniosków. Jeżeli bowiem zarzut braku wystarczającego uzasadnienia działań zamawiającego jest zasadny, termin na zaskarżenie czynności odwołaniem biegnie dopiero od daty przekazania wykonawcy prawidłowego powiadomienia. Tymczasem zamawiający nawet nie odpowiedział na pismo odwołującego V. S.A. o udzielenie informacji.

Sąd podziela także stanowisko KIO, że nie do przyjęcia była argumentacja zamawiającego, że to wykonawcy powinni przeprowadzić samodzielnie analizę wniosków – ocenić w świetle wymogów przedstawionych w ogłoszeniu – jaką liczbę punktów winien uzyskać dany wykonawca i za co. Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie wnoszone jest od czynności zamawiającego, względnie od zaniechania czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy. Wykonawcy nie mogli wiedzieć na jakich podstawach (pozycjach wykazu) zamawiający oparł swoją ocenę ogólną, aby przeprowadzić wobec danych pozycji własne ustalenia i porównać je z wynikami zamawiającego. Ponadto, ani obowiązkiem wykonawców, ani też obowiązkiem KIO nie jest wyliczanie punktacji przynależnej złożonym wnioskom. Zamawiający zobowiązany jest niezwłocznie poinformować wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o wynikach oceny spełnienia warunków i otrzymanej punktacji.

Przepis art. 24 ust. 3 Pzp nakazuje zamawiającemu podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia wykonawców z postępowania i ma duże znaczenie w sytuacji, gdy w opcji dialogu konkurencyjnego, brak czynności zaproszenia wykonawcy do dialogu wywołuje ten sam skutek jak wykluczenie. Oznacza to konieczność przedstawienia pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego, mając na uwadze nakaz zawarty w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz w art. 4 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 nr 19, poz. 100 ze zm.) – wybo-

ru partnera prywatnego w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i wolnej konkurencji oraz przestrzeganie zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności.

Wobec powyższego, zdaniem Sądu Okręgowego Izba zasadnie uznała, że zamawiający winien przedstawić w powiadomieniu o wynikach oceny złożonych wniosków nie tylko oświadczenia ogólne o uznaniu poszczególnych warunków, tj. zdolności ekonomiczno-finansowej oraz zdolności technicznej (wiedzy i doświadczenia) za spełnione, ale ze wskazaniem na konkretną pozycję wykazu wykonawców, która taką ocenę uzasadniała. Ponadto liczba podanych punktów winna być podana także w rozbiciu na poszczególne pozycje złożonych wykazów robót i usług, z podaniem uzasadnienia w przypadku nieprzynajmniej punktacji, zwłaszcza, że przedstawione przez wykonawców wykazy robót i usług zawierają od kilkunastu, do kilkudziesięciu pozycji.

Z informacji o punktacji ogólnej i zajętego miejsca na liście rankingowej nie sposób poznać wiadomości o procedurze i metodach czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu, co z kolei warunkuje wykonawcom możliwość prawidłowego korzystania ze środków ochrony prawnej, w tym zaskarżania odwołaniem decyzji zamawiającego, które naruszają przepisy Pzp. [...]

Zważyć należy, że mimo tego, iż przepis art. 60d ust. 1 ustawy Pzp nie określa stopnia szczegółowości informacji o wynikach oceny wniosków, to w żaden sposób nie umniejsza powinności zamawiającego przedstawienia nie tylko ocen zbiorczych, ale informacji na

tytle uszczegółowionych, aby dać wykonawcom możliwość zweryfikowania ocen dokonanych przez zamawiającego. Nakaz taki wynika, bowiem z zasad równego traktowania wykonawców, jawności i przejrzystości postępowań prowadzonych w trybie ustawy Pzp.

28. Wyrok SO w Warszawie z dnia 7 grudnia 2011 r., V Ca 2248/11, oddalający skargę zamawiającego od wyroku KIO z dnia 11 sierpnia 2011 r., KIO 1620/11, KIO 1625/11, LEX nr 898366

• brak uzasadnienia decyzji o wykluczeniu i odrzuceniu • obowiązek podania uzasadnienia • tajemnica przedsiębiorstwa a uzasadnienie czynności zamawiającego

Krajowa Izba Odwoławcza nie przekroczyła granic zaskarżenia badając, czy uzasadnienie faktyczne i prawne decyzji zamawiającego o wykluczeniu oferty B. S.A. i odrzuceniu oferty C. S.A. spełnia wymogi art. 92 ust. 1 ustawy. W odwołaniu spółki B. wprost zawarte zostały zarzuty zaniechania przez zamawiającego podania uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia oferty B. Do odwołania C. S.A. został natomiast dołączony załącznik, w którym stwierdzono, że zamawiający nie wskazał żadnej konkretnej sprzeczności pomiędzy treścią oferty tej Spółki, a treścią SIWZ, ograniczając się jedynie do ogólnego stwierdzenia, że opis architektury Systemu Cyfrowej Sprzedaży Produktów i Usług zawiera rozwiązania niespełniające wymagań SIWZ, Rozdział 4

pkt 2.3. Sformułowanie to wprost świadczy o podniesionym zarzucie naruszenia przez zamawiającego obowiązku podania w decyzji o odrzuceniu oferty uzasadnienia prawnego i faktycznego.

Należy przy tym wyjaśnić, że przepis art. 180 ust. 2 ustawy nie wymaga, aby odwołujący podał zarzuty w jakiejś szczególnej formie, ani też zarzuty nie muszą wskazywać na naruszenie konkretnej normy prawnej. Wystarczy, że są wskazane w sposób pozwalający na ich ocenę w toku rozpoznania środków ochrony prawnej.

Istota rozstrzygnięcia skargi sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy uzasadnienie faktyczne i prawne wykluczenia oferty B. S.A. i odrzucenia oferty C. S.A. spełniało wymogi określone w art. 92 ust. 1 ustawy. Tak w wypadku odrzucenia oferty, jak i w wypadku wykluczenia wykonawcy, zamawiający obowiązany jest podać uzasadnienie faktyczne i prawne swej decyzji. Jeśli odrzucenie oferty wynika z niezgodności oferty z treścią SIWZ, może dojść do konfliktu pomiędzy obowiązkiem podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty, a zachowaniem tajemnicy przedsiębiorstwa, do której zamawiający jest zobowiązany. Niemniej jednak zakres uzasadnienia faktycznego musi być wskazany na tyle zrozumiale, aby wykonawca mógł przedstawić kontrargumenty w stosunku do decyzji zamawiającego i skorzystać z środków ochrony prawnej. Sposób rozwiązania powyższego konfliktu leży zatem w zręcznym sformułowaniu uzasadnienia faktycznego decyzji, a nie w pobieżnym jego podaniu. Akceptacja uzasadnienia faktycznego decyzji zamawiającego, któ-

re jest na tyle pobieżne, że z jego lektury nie można wynioskować, w czym zamawiający upatruje niezgodności oferty z treścią SIWZ, prowadziłaby do uznania dyskrecjonalnych kompetencji zamawiającego przy wyborze oferty, czemu wszakże ustawodawca chciał się przeciwstawić, wprowadzając regulację ustawową zamówień publicznych.

Trafnie Krajowa Izba Odwoławcza oceniła uzasadnienie faktyczne decyzji zamawiającego o wykluczeniu z postępowania B. S.A. i odrzuceniu oferty C. S.A. Uzasadnienie to jest na tyle nieprecyzyjne, że nie sposób z jego treści wynioskować, z którymi konkretnie wymogami stawianymi w SIWZ oferowane przez te spółki produkty są niezgodne. W tej sytuacji należało dojść do wniosku, że próba merytorycznej polemiki zawarta w odwołaniu C. S.A. z decyzją zamawiającego, nie może podlegać ocenie, gdyż nie sposób odnieść żadnego merytorycznego argumentu do tak skrótowego uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty tej Spółki.

Podzielenie stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, że uzasadnienie faktyczne decyzji zamawiającego nie spełnia wymogów art. 92 ust. 1 ustawy, implikuje bezprzedmiotowość dowodu z zaświadczenia O. Sp. z o.o. Dowód ten bowiem mógłby mieć znaczenie jako poparte wiedzą fachową stanowisko zamawiającego, mogące służyć ocenie, czy oferta spełnia wymagania SIWZ, ale tylko w takiej sytuacji, gdyby uzasadnienie faktyczne decyzji zamawiającego pozwalało na ustalenie, które konkretnie elementy produktów oferowanych przez B. S.A. i C. S.A. są niezgodne, z którymi wymogami SIWZ.

29. Wyrok SO w Katowicach z dnia 28 października 2010 r., XIX Ga 468/10, LEX nr 1713434, uwzględniający skargę przystępującego od wyroku KIO z dnia 13 sierpnia 2010 r., KIO 1626/10, Portal UZP, i oddalający odwołanie

• *obowiązek informacyjny zamawiającego*
• *kryteria oceny ofert* • *informacja o punktacji* • *punktacja przyznana przez poszczególne członków komisji*

W odwołaniu Odwołujący podniósł dwa zarzuty, które determinowały zakres postępowania odwoławczego, a także ramy postępowania skargowego. Omówienie skargi wymaga przypomnienia, że odwołanie zostało uwzględnione, ze względu na przyjętą przez KIO zasadność dwóch zarzutów: naruszenia art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez dokonanie oceny ofert i przedstawienie jej wyników w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców. Naruszenie tego przepisu zdaniem KIO przejawiało się tym, że w kryterium merytorycznym oceny ofert punktacja dokonana przez członków komisji przetargowej winna być dokonania w podziale na dwa podkryteria określone przez SIWZ, podczas gdy wyniki głosowania odzwierciedlały jedynie ilość punktów oddanych według kryterium ceny i kryterium merytorycznego oferty. Druga przyczyna uwzględnienia skargi osadzała się na przyznaniu słuszności argumentowi Odwołującego, że oferta Skarżącego była niezgodna z SIWZ. Baza wiedzy podatkowej miała bowiem zostać utworzona w oparciu o we-

wnętrzną sieć intranetową, natomiast Skarżący zaoferował model systemu organizacji współpracy i komunikacji oparty m. in. na specjalnej platformie internetowej – czyli w oparciu o sieć zewnętrzną – internetową. Obie podstawy uwzględnienia odwołania przez KIO dotyczą odmiennych zagadnień, z tego też powodu dla jasności dalszych wywodów wymagają oddzielnego omówienia. Odnosząc się do pierwszej podstawy uwzględnienia skargi, to stwierdzić na wstępie należy, że definicję legalną oferty najkorzystniejszej zawiera przepis art. 2 pkt 5 p.z.p. Zgodnie z jego brzmieniem poprzez najkorzystniejszą ofertę należy rozumieć ofertę, z najniższą ceną, jeżeli jedynym kryterium oceny ofert jest cena, bądź ofertę przedstawiającą najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny oferty – gdy ustalono kilka kryteriów oceny. Pojęcie najkorzystniejszej oferty definiuje zamawiający ustalając w SIWZ kryteria oceny ofert i nadając im znaczenie. Pojęcie najkorzystniejszej oferty w zakresie kryterium oceny ofert precyzuje art. 91 p.z.p. Stosownie do postanowienia zawartego w ust. 1 tego przepisu zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ust. 2 natomiast stanowi, że kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia.

Treść zacytowanych tutaj norm prawnych prowadzi do wniosku, że cena jest zawsze kryterium obligatoryjnym. Inne, obok ceny kryteria przedmiotowe mają charakter fakultatywny i mogą być stosowane jedynie wtedy, gdy zostaną one wyraźnie wprowadzone przez Zamawiającego do SIWZ.

Jeśli Zamawiający wprowadza do SIWZ obok ceny inne kryteria oceny ofert, to jest uprawniony i jednocześnie zobowiązany do przypisania znaczenia poszczególnym kryteriom. Ustawodawca bowiem tej kwestii nie reguluje, pozostawiając tym samym zamawiającemu określenie w SIWZ proporcji pomiędzy poszczególnymi kryteriami.

Ustawodawca nie reguluje *expressis verbis* sposobu oceny oferty przy zastosowaniu kilku kryteriów, niemniej jednak należy przyjąć, że w takiej sytuacji decydujące znaczenie ma kompleksowa analiza oferty pod kątem spełnienia wszystkich wyznaczonych cech przedmiotowych ustanowionych jako kryteria oceny ocen. Innymi słowy, decydujące znaczenie ma sumaryczna ocena poszczególnych kryteriów oceny oferty.

Z analizy tegoż przepisu nie wynika obowiązek podawania oceny spełnienia przez wykonawcę określonych, partykularnych cech mieszczących się w obrębie określonego kryterium. Ustawodawca nie operuje zresztą pojęciem „podkryterium”. Ma on jedynie ocenić ofertę wykonawcy w ramach każdego z kryteriów i zsumować łączną ich ocenę. Istotne jest także to, aby przy ocenie ofert nie doszło do naruszenia przepisów prawa o zamówieniach publicznych, w tym art. 7 ust. 1 p.z.p.

Z art. 91 p.z.p. funkcjonalnie powiązany jest przepis art. 92 p.z.p., nakładający na zamawiającego w nim wymienione obowiązki informacyjne. Nie stanowi on normy prawnej regulującej zasady oceny ofert, gdyż tę problematykę reguluje wcześniejsza norma prawna. Jednym z obowiązków wymienionych w tym przepisie jest podanie wykonawcom informacji o wyborze oferty, w tym także o punktacji przyznanej poszczególnym ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktacją.

Przekładając powyższe wywoły na grunt niniejszej sprawy można jednoznacznie stwierdzić, że Zamawiający zastosował drugi wariant kryterium oceny ofert. Stosownie do pkt XV SIWZ, cena stanowiła 70% oceny (70 pkt), a kryterium merytoryczne 30% (30 pkt). Jednocześnie punktacja w kryterium zawartości merytorycznej uzależniona była od:

- oceny propozycji zasad i modelu organizacji systemu podatkowego uwzględniającego specyfikę Grypy kapitałowej (max. 18 pkt);
- oceny proponowanego systemu współpracy, w tym komunikacji pomiędzy wykonawcą a G., sposobu przekazywania informacji, możliwych rozwiązań technicznych w zakresie potwierdzenia konsultacji, raportowania, dokumentowania (max. 12).

Zamawiający zatem przyjął dwa kryteria oferty: cenę i zawartość merytoryczną. Wedle tego też podziału należało dokonać oceny ofert w postępowaniu przetargowym.

Sąd Okręgowy nie zgadza się z zaprezentowanym przez KIO poglądem, że Zamawia-

jący miał obowiązek wskazania wyników głosowania poszczególnych członków komisji przetargowej w ramach tzw. „podkryterium”. Jak już to wcześniej stwierdzono ocenie podlegają poszczególne kryteria, a suma tych ocen składa się na ocenę całej oferty. Skoro Zamawiający wskazał dwa kryteria, toteż każde z nich podlega ocenie.

Ponadto nie wymaga szerszej argumentacji, że termin „zawartość merytoryczna oferty” jest nieostry, a w związku z tym słusznie przyjęto dwie powyżej określone pozycje, które są dyrektywami wskazującymi, co będzie Zamawiający rozumiał pod tym pojęciem. Inaczej rzecz ujmując, wskazano tutaj mierniki merytorycznej oceny oferty, choć oczywiście miernikom tym przypisano różne znaczenie. Ponadto Sąd Okręgowy prezentuje pogląd, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przy ocenie ofert zamawiający nie ma obowiązku dokonywać czynności nie wynikających z przepisów. Takim obowiązkiem byłoby zobligowanie go do dokonania [oceny – przyp. aut.] poszczególnych elementów składających się na określone kryterium.

Pomijając powyższe wywody można rozważyć także, czy ocena ofert przeprowadzona przez Zamawiającego naruszyła zasady określone w art. 7 ust. 1 p.z.p.

Przepis ten zawiera generalną regułę postępowania o udzielenia zamówienia publicznego, nakładającą na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wyko-

nawców. Ta druga zasada to ustawywy implematyw traktowania wszystkich wykonawców uczestniczących w określonym postępowaniu na takich samych zasadach, w każdym stadium tego postępowania, bez stosowania przywilejów, bądź szykan ze względu na ich cechy podmiotowe. KIO w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku nie wskazało, czym przejawia się niezachowanie przez Zamawiającego tej zasady. Ograniczono się jedynie do stwierdzenia, że o nierównym traktowaniu wykonawców dowodzi fakt niepodania wyników głosowania w dwóch podkryteriach. Warto jednakowoż zauważyć, że każdy uczestniczący w tym postępowaniu wykonawca był w taki sam sposób oceniany, bez rozbicia w obrębie jednego kryterium na mniejsze kategorie. W tej sytuacji zapatrywanie, że Zamawiający nie traktował w równy sposób wszystkich wykonawców, nie znajduje uzasadnienia w faktach.

KIO stwierdza także, że ocena ofert została dokonana w sposób nieprzejrzysty. Cytowany art. 7 ust. 1 p.z.p. takim pojęciem nie operuje, a w związku z czym, może ono być jedynie dyrektywą pomocną do oceny, czy zamawiający w taki sam sposób traktuje wszystkich wykonawców, względnie czy postępowanie jest prowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Tak już to powiedziano, Sąd Okręgowy nie dostrzegł naruszenia tej pierwszej zasady, a naruszenia drugiej KIO się nie dopatrzyło. Na końcu tej części wywodów koniecznym jest zaakcentowanie, że „kryterium merytoryczne” oceny oferty ma charakter uznaniowy, aczkolwiek – co trzeba z naciskiem

podkreślić, nie może prowadzić to do dowolności wyboru ofert. Ramy tej oceny wyznaczają omówione powyżej normy ustanowione w art. 2 pkt 5 i art. 91 p.z.p.

Twierdzenia Odwołującego zawarte w odwołaniu odnośnie zawartości merytorycznej oferty Skarżącego są jedynie polemiką z ustaleniami dokonanymi przez Zamawiającego. Nie zawierają przekonującego twierdzenia o zawyżeniu oceny tej oferty i *de facto* koncentrują się wokół przeanalizowanej już kwestii związanej z oceną „podkryteriów” merytorycznej zawartości oferty.

30. Wyrok SO w Koszalinie z dnia 8 listopada 2010 r., VII Ca 725/10, oddalający skargę odwołującego od wyroku KIO z dnia 3 września 2010 r., KIO 1808/10, Portal UZP

• *obowiązek informacyjny zamawiającego*
• *błąd w informacji o wyniku postępowania*
• *informacja o wyniku jako oświadczenie wiedzy*

Przepis art. 61 k.c. nie mógł zostać naruszony, gdyż dotyczy on oświadczeń woli. Tymczasem ani pismo Zamawiającego z 17.08.2010 r., ani jego pismo z 18.08.2010 r. nie zawierało oświadczenia woli, lecz oświadczenie wiedzy o wyniku oceny ofert.

Oświadczenie wiedzy danej osoby może być zgodne lub niezgodne z rzeczywistością. W tym przypadku pierwsze pismo zawierało błąd, gdyż rzeczywisty wynik oceny ofert był inny, a jego odzwierciedleniem był protokół powołanej przez Zamawiającego komi-

sji przetargowej. Skarżący nie podniósł żadnych zarzutów wobec tego protokołu, więc należy przyjąć, że jest on wiarygodnym dowodem na to, jak członkowie komisji ocenili obie oferty. Skuteczność odwołania błędnego oświadczenia wiedzy nie zależała od warunku wymienionego w art. 61 § 1 zd. 2 k.c., tj. jednoczesnego lub wcześniejszego jego dojścia do adresata niż dojście oświadczenia błędnego.

Powtarzanie czynności przez zamawiającego

31. Wyrok SO w Poznaniu z dnia 2 kwietnia 2015 r., X Ga 85/15, oddalający skargę Prezesa UZP od wyroku KIO z dnia 19 grudnia 2014 r., KIO 2605/14, LEX nr 1647099

• *powtórzenie czynności z inicjatywy zamawiającego*

Pomimo powyższego Izba dokonała merytorycznej oceny tychże zarzutów, jednakże w uzasadnieniu wyroku wyraźnie wskazała motywy takiego postępowania. Miało to bowiem na celu unaocznienie zamawiającemu nieprawidłowości w zakresie wybrania oferty przystępującego, albowiem zamawiający mógł sugerując się treścią uzasadnienia wyroku samodzielnie unieważnić dokonane przez siebie czynności lub je powtórzyć, jeśli dostrzeże w ich zakresie uchybienia.

Słusznie bowiem Izba uznała, iż zamawiający obowiązany jest dokonać wyboru oferty zgodnej z wymaganiami SIWZ, zaś jeśli

dostrzeże, choćby po dokonanych wcześniej wyborze oferty, że jest ona obarczona wadami uzasadniającymi jej odrzucenie, ma podstawę, by uchylić dokonane czynności celem doprowadzenia postępowania do zgodności z przepisami, niezależnie od tego czy odbyłoby się to po wniesieniu odwołania i czy wynikałoby z wyroku Izby. Dlatego Izba mimo niedopatrzania się niemożności uwzględnienia zarzutów skierowanych przez Odwołującego wobec wybranej oferty, nie uchylając się od rozpoznania istoty sprawy poddała analizie dalsze zarzuty postawione w odwołaniu, to jest te zmierzające do wykazania podstaw wykluczenia Przystępującego z postępowania. Okazało się to słuszne, albowiem na skutek stwierdzenia przez Izbę w uzasadnieniu wyroku nieprawidłowości w zakresie wyboru oferty, zamawiający samodzielnie powtórzył czynności wyboru ofert i w konsekwencji unieważnił postępowanie przetargowe.

32. Wyrok SO w Katowicach z dnia 14 maja 2015 r., XIX Ga 176/15, oddalający skargę przystępującego od wyroku KIO z dnia 3 lutego 2015 r., KIO 2776/14

• *powtórzenie czynności z inicjatywy zamawiającego*

Nie można się wszakże zgodzić z tezą zaskarżonego wyroku, że po rozstrzygnięciu odwołania Skarżącego od czynności Zamawiającego z dnia 30 października 2014 r. – na mocy postanowienia KIO z dnia 1 grudnia 2014 r. Zamawiający był uprawniony do

zmiany własnej decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty dnia 17 grudnia 2014 r.

Postępowanie przetargowe zostało bowiem zakończone, a zatem wnioskując *a contrario* z art. 183 ust. 1 p.z.p. Zamawiający winien był zawrzeć umowę z wykonawcą, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Co jedynie Zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p.

Prowadzenie, niejako ponownie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po rozstrzygnięciu odwołania przez KIO i dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy, który przegrał postępowanie odwoławcze i wykluczenie dotychczasowego zwycięzcy tego postępowania narusza dyrektywy postępowania, które zostały określone w art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p.

Unieważnienie postępowania

33. Wyrok SO w Koszalinie z dnia 16 kwietnia 2014 r., VI Ga 23/14, oddalający skargę odwołującego od wyroku KIO z dnia 16 stycznia 2014 r., KIO 3015/13, LEX nr 1621381

• *unieważnienie postępowania* • *unieważnienie części postępowania* • *cena oferty przewyższająca kwotę na sfinansowanie zamówienia* • *środki na sfinansowanie całości a części zamówienia* • *wartość zamówienia* • *brak obowiązku zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia*

Wartość zamówienia wynosiła 5.755.754,64 zł netto – 6.234.751,87 brutto.

Zamawiający podzielił zamówienie na 10 części, dla każdej określając kwotę, jaką przeznacza na realizację tej części zamówienia i dopuścił składanie ofert na zadania częściowe.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwoty, jakie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w tym dla części 2 kwotę: 704.977,45 zł. Skarżący, jako wykonawca, złożył ofertę dotyczącą zadania częściowego nr 2, przy czym jego oferta opiewająca na kwotę 882.518,61 zł, przewyższała kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zadania nr 2. Różnica w cenie pomiędzy ofertą złożoną przez skarżącego, a kwotą jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie części zamówienia nr 2 wyniosła 176.893,16 zł brutto. Wobec powyższego Zamawiający unieważnił postępowanie przetargowe na zadanie częściowe nr 2 w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Spór w niniejszej sprawie, jak wnosić można z treści norm prawnych, których naruszenie zarzuca zamawiającemu skarżący, zdaje się koncentrować przede wszystkim wokół przesądzenia, czy podstawę ustalenia, że Zamawiający może na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia częściowego, stanowić powinna kwota przeznaczona na sfinansowanie zadania częściowego, czy też globalna kwota zamówienia ustalona zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp. Innymi słowy, konkretyzując problem dla stanu z niniejszej sprawy: czy zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia

częściowego, gdy oferta najniższa przekracza kwotę 704.977,45 zł przeznaczoną na sfinansowanie zadania częściowego nr 2, czy też uprawnienie takie służyłoby mu jedynie wówczas, gdy oferta skarżącego przekroczyłaby globalną wartość zamówienia (bez podatku VAT), tj. kwotę 5.755.754,64 zł.

Sąd Okręgowy nie podziela interpretacji art. 93, którą zdaje się lansować skarżący. Istotą uprawnienia zamawiającego wpisanego do art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest zapobieżenie zaciąganiu przez zamawiających zobowiązań przekraczających ich możliwości finansowe określone w różnego rodzaju planach finansowych konstruowanych przez te jednostki zgodnie z ustawą o finansach publicznych, czy też zgodnie z jakimikolwiek obowiązującymi je przepisami. Zwrócić należy uwagę, iż już z brzmienia art. 93 ust. 2 ustawy Pzp wynika, iż „jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, do unieważnienia w części postępowania o udzielenie zamówienia przepis ust. 1 stosuje się odpowiednio”. Tym samym ustawodawca odniósł reguły opisane w art. 93 ust. 1, dotyczące zamówienia nie dzielonego na części, odpowiednio do każdego z postępowań o udzielenie zamówienia częściowego z osobna. „Jeśli zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych, przesłanki unieważnienia rozpatruje odrębnie dla każdej z części. Oznacza to, że postępowanie może być np. unieważnione tylko w zakresie niektórych jego części, a w pozostałych częściach zostanie udzielone zamówienie”. (Włodzimierz Dzierżanowski, Komentarz do art. 93 ustawy – Prawo za-

mówień publicznych, system Lex). Rozwiązanie to wydaje się logiczne już choćby z tego względu, iż odnoszenie kwoty, jaką zamawiający przeznaczają na sfinansowanie jednego z zamówień częściowych do globalnej kwoty przeznaczonej na sfinansowanie całego zamówienia mogłoby zagrozić zobowiązaniom wynikającym z przetargów na pozostałe wyodrębnione części zamówienia, a tym samym godzić w prawa innych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia.

Dla ustalenia kwoty, którą zamawiający chce przeznaczyć na realizację zamówienia częściowego bez znaczenia jest wartość zamówienia określona zgodnie z wymogami art. 32 ustawy PZP. Wartość zamówienia ma znaczenie jedynie dla ustalenia reguł, które obowiązują zamawiającego przy wszczęciu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia i pozostaje w luźnym związku z kwotą, którą zamawiający przeznaczają na sfinansowanie zamówienia częściowego. Nakaz sumowania wartości zamówień częściowych wynikający z art. 32 ustawy Pzp ma jedynie stanowić zabezpieczenie przed wadliwymi praktykami zaniżania wartości zamówień (poprzez dzielenie je na części) w celu pominięcia procedur wymaganych przez ustawę. Takie stanowisko wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 25.10.2013 r. w sprawie KIO 2421/13 stwierdzając: „Wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia, ustalana przez zamawiającego w trybie art. 32 i n. p.z.p. istotna jest dla przyjęcia zastosowania do danego zamówienia procedur przyjętych dla zamówień poni-

żej progów UE, powyżej tych progów, czy też procedur zastrzonych dla maksymalnych wartości progów przyjętych w p.z.p. Wartość ta niezależnie od czasu trwania postępowania jest jedna i nie podlega weryfikacji w toku tego postępowania, bez względu na zmianę sytuacji rynkowej i wyceny rynkowej danego przedmiotu zamówienia”.

Zatem dla ustalenia, czy zamawiającemu służy uprawnienie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w odniesieniu do zamówienia częściowego, znaczenie ma jedynie kwota podana przez niego przed otwarciem ofert. Tak też w powoływanym powyżej wyroku wypowiedział się KIO stwierdzając: „Kwota na sfinansowanie zamówienia – zgodnie z art. 86 ust. 3 p.z.p. – podawana przez zamawiającego bezpośrednio przed otwarciem ofert ma służyć przede wszystkim wykonawcom jako ich zabezpieczenie przed nieuprawnionym unieważnieniem postępowania o zamówienie przez zamawiającego”.

Wobec powyższego Sąd Okręgowy podzielił stanowisko tak zamawiającego Skarbu Państwa, jak i stanowisko wyrażone w zaskarżonym wyroku KIO, że w sytuacji, gdy zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zadania częściowego nr 2 kwotę 704.977,45 zł, a skarżący, jako wykonawca, złożył ofertę dotyczącą zadania częściowego nr 2 opiewającą na kwotę 882.518,61 zł, zamawiający uprawniony był do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 93 ust. 2 ustawy Pzp.

Bez znaczenia dla tej konstatacji pozostaje fakt, iż w sporze dotyczącym analogicznej sytuacji na tle zamówień na roboty leś-

ne w 2011 r., zamawiający Skarb Państwa uznał argumentację skarżącego, co skutkowało umorzeniem postępowania przed KIO, na co powołuje się skarżący. Sądowi nie są znane motywy zajęcia przez zamawiającego takiego stanowiska, niemniej stanowisko to nie ma charakteru prawotwórczego i nie może być traktowane jako uznanie roszczeń w odniesieniu do postępowania dotyczącego robót leśnych w 2014 r.

Do rozważenia pozostają zatem dwa pozostałe zarzuty skarżącego, a mianowicie, czy zamawiający ma obowiązek zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie danego zadania lub wykazania, iż środków takich nie posiada, a także zarzut nierzetelnego oszacowania przez zamawiającego wartości zadania nr 2.

Co do pierwszego z zarzutów za utrwalone uznać należy w orzecznictwie stanowisko, iż zwiększenie środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego. Takie stanowisko zajęła KIO np. w wyrokach z dnia 2.08.2013 r. w sprawach KIO 1748/13, KIO 1750/13 (system Lex przy art. 93 ustawy Pzp) stwierdzając: „Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, podana przy otwarciu ofert, nie wiąże zamawiającego w tym sensie, że nie jest to kwota, której zamawiającemu nie wolno przekroczyć. Zamawiający w toku postępowania może pozyskać dodatkowe środki i z ich pomocą sfinansować zamówienie. Taką możliwość jednoznacznie dopuszcza art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p. Oceny, czy posiada środki na sfinansowanie zamówienia, doko-

nuje sam zamawiający. Jest to jego suwerenna decyzja związana z całościową sytuacją finansową zamawiającego, o której wiedzy posiada on sam, nie zaś decyzja i ocena wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zwiększenie kwoty podanej na otwarciu ofert jest uprawnieniem zamawiającego, a nie jego obowiązkiem”.

Z tym poglądem zgadza się Sąd Okręgowy. Ustawa Pzp zezwala zamawiającemu na zwiększenie środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia, a tym samym kontynuowanie postępowania o udzielenie zamówienia mimo zaistnienia przesłanek z art. 93 ust. 1 pkt 4, jednakże nie nakłada (bo i nałożyć nie może) na niego takiego obowiązku. Tym samym za bezprzedmiotowe uznać należy również zarzuty dotyczące niewykazania przez zamawiającego, iż nie jest on w stanie zwiększyć środków na sfinansowanie zadania częściowego nr 2. W tym zakresie za wystarczające uznać należy oświadczenie zamawiającego, iż nie zamierza on zwiększyć (z jakichkolwiek przyczyn) środków przewidzianych na sfinansowanie tego zadania.

Za również chybiony uznać należy zarzut nie-należytego oszacowania przez zamawiającego wysokości środków koniecznych na realizację zadania nr 2, co skutkowało занижением kwoty przeznaczonej na jego sfinansowanie. Jeżeli nawet zamawiający nie oszacował rzetelnie wartości zamówienia, czy jego części, pozostaje to bez znaczenia dla istnienia uprawnienia z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Błąd zamawiającego w oszacowaniu wartości zamówienia nie

może bowiem skutkować powstaniem obowiązku zaciągnięcia zobowiązania, którego zamawiający nie jest w stanie spełnić. Wobec powyższego Sąd Okręgowy oddalił, na podstawie art. 227 kpc wnioski dowodowe zawarte w apelacji, które zmierzały do weryfikacji wartości zamówienia na zadanie nr 2, jako nieistotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

34. Wyrok SO w Warszawie z dnia 19 września 2014 r., V Ca 2123/14, oddalający skargę zamawiającego od wyroku KIO z dnia 3 czerwca 2014 r., KIO 991/14, KIO 1001/14, LEX nr 1480088

• *unieważnienie postępowania* • *interes publiczny* • *istotna zmiana okoliczności* • *znaczenie aktów administracji rządowej*

Rację na Krajowa Izba Odwoławcza, która wskazała na konieczność spełnienia trzech przesłanek, interpretowanych ściśle, a mianowicie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności, która doprowadziła do tego, że nie ma obecnie interesu publicznego w wykonaniu zamówienia i okoliczności tej nie można było przewidzieć.

Sąd Okręgowy nie zgadza się jedynie z ustaleniem KIO, że akceptacja Wiceministra przedstawionej mu koncepcji wdrożenia systemu elektronicznego poboru opłat to notatka urzędowa, choć trudno dokument ten zakwalifikować jako decyzję, tak jak wskazywał to Zamawiający, ponieważ dokument nie spełnia wymogów przewidzianych w przepisie art. 107 § 1 kpa. Jest to niewątpliwie

jednak akt administracyjny administracji rządowej, z którym jednakże nie był związany żaden nakaz określonego zachowania się przez G. Z samego rozpoczęcia prac mających na celu przygotowanie i wdrożenie koncepcji bezbramkowego poboru opłat pojazdów lekkich (MLFF) i akceptacji takiego zachowania, nie wynikały dla skarżącego żadne obowiązki. Zgodzić się należy z ustaleniem, że G. jest podmiotem zależnym od Ministerstwa Infrastruktury i Rozwoju, ani jednak ten fakt, ani też wyrażenie zgody na wdrożenie określonej koncepcji do realizacji, nie spowodowały konieczności jakiegokolwiek zachowania po stronie Zamawiającego. Na dzień dzisiejszy ustawodawstwo przewiduje pobieranie opłat m.in. manualnie (choć i też elektronicznie) i w celu usprawnienia tego sposobu ogłoszony został przetarg, a z żadnego dokumentu nie wynikało, by istniała konieczność jego odwołania czy unieważnienia. Zakończenie prac nad bezbramkowym systemem poboru opłat przewidziane jest na koniec 2018 roku, jednak nie wiadomo, jak słusznie wskazują odwołujący, czy koncepcja nie zmieni się ponownie, tym bardziej, że w przyszłym roku czekają Polskę wybory parlamentarne. Zmiana okoliczności zatem nie miała charakteru istotnego, wręcz akt administracyjny z dnia 22 kwietnia 2014 roku nie stanowi w przekonaniu Sądu Okręgowego żadnej zmiany. Jest to jedynie zgoda na rozpoczęcie prac nad wdrożeniem nowej koncepcji, a koncepcja to jedynie plan, projekt czy zamiar. Takie ustalenie musiało spowodować uznanie, że decyzja o wprowadzeniu MLFF w ogóle nie została podję-

ta, a rozpoczęto jedynie prace nad nią, co jednak nie miało wiążącego charakteru i nie wprowadziło żadnych zmian do obowiązującego systemu prawnego. Rację mają też odwołujący, że jest to decyzja w ramach działania Skarbu Państwa, dokument wewnętrzny, który nie jest znany na zewnątrz. Tym samym nie może być mowy o naruszeniu przepisów art. 146 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 218 Konstytucji RP czy art. 34a ustawy z dnia 08 sierpnia 1996 roku o Radzie Ministrów.

Nie kwestionując podziału kompetencji pomiędzy organy administracyjne ani zwierzchnictwa Ministra Infrastruktury i Rozwoju nad G., stwierdzić należy, że na gruncie prawa cywilnego obowiązuje jeszcze przepis art. 34 kc, stanowiący, iż Skarb Państwa jest w stosunkach cywilnoprawnych podmiotem praw i obowiązków, które dotyczą mienia państwowego nienależącego do innych państwowych osób prawnych, a zatem stanowi podmiot jednolity, reprezentowany jedynie przez różne *stationes fisci*.

Istotna zmiana okoliczności, o której mowa w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy prawo zamówień publicznych, to w przekonaniu Sądu Okręgowego okoliczność zewnętrzna, a nie wykreowana przez jedną ze stron. Ponadto musi być to zmiana rzeczywistości, faktów, a nie jedynie planów czy rozpoczęcie prac nad wdrożeniem koncepcji, co ma również charakter deklaracji politycznej i nie ma pewności, że nie ulegnie kolejnej zmianie. Zauważyć też należy, że autorem obecnie obowiązującego rozwiązania także jest Skarb Państwa, co wyklucza możliwość powołania się na zmianę okoliczności, któ-

ra spowodowana jest niczym innym, jak tylko własnym działaniem. Zmiana okoliczności, na którą powołuje się Zamawiający, nie miała też charakteru istotnej zmiany dlatego, że na dzień dzisiejszy istnieje możliwość poboru opłat inaczej niż w sposób manualny i również na odcinku autostrady, którego przetarg dotyczy, jest możliwość płacenia przez *via AUTO*. Nie wiadomo też nawet, czy realizacja koncepcji, nad którą prace rozpoczęto, spowoduje wyłączenie dotychczasowego systemu.

Jeśli chodzi o przesłankę nieprzewidywalności zmiany okoliczności, to orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej również trafnie rozstrzyga tę kwestię. Jak zauważają strony, już w połowie 2013 roku trwały dyskusje nad rodzajem i sposobem rozliczania przejazdów autostradami i trudno przyjąć, że rozmowy na ten temat nieznane były Zamawiającemu. Jeżeli zatem G. wiedział o trwających rozmowach, a musiał wiedzieć, bo sam przedstawiał jedną z opcji zmian, to zarówno w dacie ogłaszania przetargu, jak i na początku kwietnia 2014 roku jego sytuacja była taka sama. Akceptacja przez Wiceministra jednej koncepcji, czyli pojawienie się planu realizacji nowego systemu poboru opłat, nic nie zmieniło.

Warto też zauważyć, że w dniu 04 kwietnia 2014 roku miało dojść do podpisania umowy, a akceptacja dla nowej koncepcji pojawiła się dopiero 22 kwietnia 2014 roku. Doszło zatem do sytuacji, gdy Zamawiający powoływał się w dniu 02 kwietnia 2014 roku jedynie na możliwość zmiany, co należy ocenić jako niedopuszczalne. Negatywnie należało

ocenić przeciąganie samego faktu zawarcia umowy w oczekiwaniu na działania organu administracji rządowej, który w tym przypadku działał ewidentnie z pozycji podmiotu silniejszego. Niedopuszczalna jest sytuacja, gdy jedna jednostka Skarbu Państwa ogłasza przetarg, a następnie nie podpisuje umowy dlatego, że druga – zwierzchnia zamierza w niedługim czasie (tu około 20 dni) podpisać zgodę na wprowadzenie zmian w odległym, bo co najmniej 4-letnim okresie. Należy podkreślić, że na dzień orzekania przez KIO i Sąd Okręgowy sytuacja prawna związana z zasadami poboru opłat była taka sama jak w dacie ogłaszania przetargu.

Staranność i lojalność stron wymagała też, aby to przed ogłoszeniem postępowania o zamówienie publiczne rozważyć wszelkie możliwe koncepcje i przeprowadzić wszystkie niezbędne wyliczenia.

Już choćby z racji niespełnienia w/w przesłanki, skarga podlegała oddaleniu.

Rozważając jednak ostatnią przesłankę dotyczącą unieważnienia przetargu, czyli sytuację, że zmiana spowodowała brak obecnie interesu publicznego w kontynuowaniu postępowania lub zawarciu umowy, Sąd Okręgowy stwierdza, iż jest dokładnie odwrotnie, niż wskazuje Zamawiający.

Samo pojęcie interesu publicznego jest nieostre, na pewno pojmowanie go tylko w odniesieniu do kryterium ekonomicznego jest zbyt wąskie. Zgodzić się należy z interpretacją interesu publicznego tak jak wskazuje M. Wandzel za uzasadnieniem Trybunału Konstytucyjnego (artykuł „Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia pub-

licznego”, Zam. Publ. Dor. 2014/3/36–46, uchwała TK z dnia 12 marca 1997 roku, sygn. akt W/96): „Za interes publiczny należy bez wątpienia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego. Tym samym nie należy utożsamiać interesu publicznego z interesem zamawiającego. W każdym przypadku zamawiający powinien wskazać, jaki interes publiczny wymaga dokonania przez niego unieważnienia postępowania”.

Jeśli chodzi tylko o koszty, to unieważnienie przetargu przyniesie teoretycznie oszczędność w wysokości około 60 mln zł, ponieważ tyle pozostanie na rachunku Skarbu Państwa po wypłaceniu odwołującym odszkodowań za unieważnienie przetargu – kwoty odszkodowań to 15% wartości zamówienia, wskazywanej na ponad 71 mln zł. Jednak możliwość nieponiesienia takich wydatków nie oznacza jeszcze interesu publicznego, bo im szybciej dojdzie do poszerzenia pasa i zbudowania większej ilości bramek, tym ruch będzie płynniejszy i więcej kierowców przejedzie autostradą i zapłaci za to, czyli inwestycja może przynieść zysk. Szybciej też rozładowane zostaną korki, zaoszczędzony będzie czas kierowców, którzy mają w perspektywie kolejne 4 lata oczekiwania na system elektronicznego poboru opłat i pieniądze użytkowników autostrady przeznaczone na paliwo, nie będzie też zanieczyszczenia środowiska spowodowanego spalaniem.

35. Wyrok SO w Warszawie z dnia 28 września 2012 r., V Ca 1599/12, oddalający skargę odwołującego od wyroku KIO z dnia 9 maja 2012 r., KIO 837/12, LEX nr 1164482

• *unieważnienie postępowania* • *interes publiczny* • *istotna zmiana okoliczności*

Sąd odwoławczy nie podzielił także zarzutów skarżącego odnośnie naruszenia prawa procesowego, tj. art. 190 ust. 7 PZP w związku z art. 93 ust. 1 pkt 6 PZP poprzez niewykazanie w postępowaniu, że zaistniały przesłanki do unieważnienia postępowania oraz prawa materialnego, tj. art. 93 ust. 1 pkt 6 PZP poprzez jego błędną wykładnię, w następstwie czego uznanie, że za „istotną zmianę okoliczności” w rozumieniu tego przepisu należy uznać rekomendację Komitetu Rady Ministrów ds. Cyfryzacji oraz wpisanie do Wykazu prac legislacyjnych i pozalegisacyjnych rozpoczęcia prac nad zmianą ustawy z dnia 6 czerwca 2010 roku o dowodach osobistych, podczas gdy „istotna zmiana okoliczności” zgodnie z dotychczasowym orzecnictwem oraz doktryną, a także literalnym brzmieniem przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 PZP polega na tym, że okoliczności, w jakich prowadzone było postępowanie, muszą ulec zmianie rzeczywiście, a nie być tylko nową okolicznością.

Sąd odwoławczy w pełni podziela rozważania prawne KIO dotyczące wykładni art. 93 ust. 1 pkt 6 PZP. KIO w sposób szczegółowy i wnikliwy zanalizowała przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówie-

nia publicznego, przybliżając zarówno samo pojęcie istotnej zmiany okoliczności, jak i interesu publicznego.

Zdaniem sądu odwoławczego zamawiający w sposób należyty wykazał w toku niniejszego postępowania zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu, iż nastąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym oraz że przy zachowaniu należytej staranności nie można było jej wcześniej przewidzieć. Jak wynika z informacji uzyskanych od przeciwnika skargi C. plany legislacyjne Ministerstwa Spraw Wewnętrznych zmierzające do nowelizacji ustawy o ewidencji ludności i ustawy o dowodach osobistych są stopniowo realizowane, a projekty zmian zostały skierowane do uzgodnień międzyresortowych i konsultacji (k. 514). Sąd odwoławczy podziela ustalenie KIO, iż wobec rezygnacji z warstwy elektronicznej dowodów osobistych dalsze prowadzenie postępowania przetargowego było nieracjonalne, prowadząc do wydatkowania środków publicznych na cel, który na chwilę obecną stał się zbędny. Przy czym bez znaczenia jest, iż zmiana przepisów nie została jeszcze dokonana, pamiętać bowiem należy, iż proces legislacyjny trwa długo, zaś dalsze prowadzenie postępowania i czekanie na uchwalenie zmian, narażało zarówno zamawiającego, jak i uczestników przetargu na dalsze, niepotrzebne wydatki. Skoro podjęto decyzję, iż zamówienie w tym kształcie nie będzie realizowane, jedynym logicznym i racjonalnym zachowaniem było podjęcie

decyzji o natychmiastowym unieważnieniu przetargu.

Należy nadto podkreślić, iż zamawiający szczegółowo i racjonalnie uzasadnił przyczyny rezygnacji na tym etapie z wprowadzenia warstwy elektronicznej, zwracając uwagę nie tylko na brak zabezpieczenia środków finansowych na realizację projektu, zwłaszcza w sytuacji kryzysu finansowego państwa. W decyzji o unieważnieniu ustawy powołano się na dokonaną przez Komitet Rady Ministrów do spraw Cyfryzacji analizę zasadności wdrożenia elektronicznego dowodu osobistego w Polsce. Zwrócono w nim m.in. uwagę na fakt, iż pierwotnie elektroniczny dowód osobisty miał funkcjonować jedynie na terytorium RP bez możliwości współpracy z instytucjami prawnymi wdrożonymi w innych krajach. Natomiast podjęcie przez Komisję Europejską prac zmierzających do utworzenia jednolitego, europejskiego rynku cyfrowego, przebudowy instytucji podpisów elektronicznych oraz zapewnienia wzajemnego uznawania elektronicznej identyfikacji elektronicznego uwierzytelniania na obszarze całej Unii Europejskiej, pociąga za sobą realne niebezpieczeństwo, iż system rozwiązań przyjęty w Polsce nie będzie kompatybilny z rozwiązaniami ogólnoeuropejskimi. Powyższe argumenty są w ocenie sądu okręgowego logiczne i przekonujące, kontynuowanie postępowania przetargowego spowodowałoby niecelowe wydatkowanie środków publicznych niezgodne z dyscypliną finansów publicznych, zaś ewentualne przyszłe koszty ujednolicenia i dostosowania syste-

mu polskiego do rozwiązań europejskich byłyby znaczne.

Zdaniem sądu odwoławczego w toku niniejszego postępowania w sposób bezsporny wykazano, iż w momencie wszczęcia postępowania, nie można było przy zachowaniu odpowiedniej staranności przewidzieć, iż zmienią się okoliczności, a w wyniku ich zmiany kontynuowanie postępowania i udzielenie zamówienia publicznego nie będzie leżało w interesie publicznym. Nie budzi też wątpliwości, iż zmiana okoliczności musi mieć charakter istotny, czyli znaczący i niebagatelny.

W ocenie sądu odwoławczego nie doszło także do naruszenia prawa procesowego, tj. art. 192 ust. 2 PZP poprzez uznanie, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu, ponieważ okoliczność zwrotu oferty przed upływem czteroletniego terminu jej przechowywania razem z dokumentacją przetargową nie ma wpływu na wynik postępowania. Wniosek KIO jest trafny, a decyzja o unieważnieniu przetargu została uznana za prawidłową. Ponadto podnieść należy, iż skarżący wniósł odwołanie tylko i wyłącznie od decyzji o unieważnieniu postępowania, nie kwestionował natomiast czynności zamawiającego polegającej na odesłaniu ofert, tym samym nawet stwierdzenie naruszenia w tym zakresie nie może skutkować nakazaniem zamawiającemu przechowywania oferty skarżącego wraz z dokumentacją przetargową, a niewątpliwie naruszenie to nie ma bezpośredniego przełożenia na skuteczność decyzji o unieważnieniu postępowania, zwłaszcza, iż zostało dokonane już po wydaniu tej decyzji.

36. Wyrok SO Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 29 maja 2012 r., IV Ca 527/11, uwzględniający skargę odwołującego od wyroku KIO z dnia 1 kwietnia 2011 r., KIO/UZP 606/11, LEX nr 794809, zmieniający zaskarżony wyrok i nakazujący Skarbowi Państwa – G. w W. unieważnić czynność polegającą na unieważnieniu postępowania

• *unieważnienie postępowania* • *interes publiczny* • *istotna zmiana okoliczności* • *zasada lojalności* • *przesunięcie środków finansowych na inny cel* • *środki krajowe a środki unijne* • *znaczenie aktów administracji rządowej*

Ustalony w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, przedstawiony we wstępnej części uzasadnienia, stan faktyczny, z uwagi na jego poprawność, został przez Sąd Okręgowy przyjęty także, jako podstawa niniejszego rozstrzygnięcia.

Wymagał on uzupełnienia o okoliczność, iż zamawiający po unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego realizował szereg postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, jak i kontynuował realizację szeregu umów o wykonanie robót drogowych. Wszczywał także nowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z planem określonym w programie wieloletniego rozwoju sieci dróg krajowych (okoliczność niesporna). Nadto Sąd Okręgowy ustalił, iż w trakcie realizacji innych niż przedmiotowa inwestycji, w okresie od

dnia 2 grudnia 2010 r. do dnia 2 września 2011 roku zamawiający uzyskał oszczędności w kwocie 4.413.540.648,59 zł (okoliczność niezaprzeczona przez stronę wskutek odmowy złożenia dokumentów).

Dodatkowo Sąd Okręgowy ustalił, iż skarżący jest nadal związany treścią oferty – aktualnie przedłużonej do 30 czerwca 2012 roku, a oferta ta jest zabezpieczona wadium zachowującym ważność w tym okresie (okoliczność niezaprzeczona przez zamawiającego). Podzielić przy tym należy stanowisko Krajowej Izby, iż nie stan rzeczy stanowiący podstawę rozstrzygnięcia był objęty sporem, lecz jego skutki prawne oceniane na gruncie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Dnia 22 lutego 2011 roku zamawiający unieważnił, po otwarciu ofert, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, wskazując jako przyczynę podjęcie przez Radę Ministrów w dniu 25 stycznia 2011 roku uchwały Nr 10/2011 w sprawie ustanowienia programu wieloletniego pod nazwą „Program Budowy Dróg Krajowych na lata 2011–2015”. Jej uchwalenie w jego ocenie wyczerpywało bowiem przesłanki unieważnienia postępowania określone w art. 93 ust. 1 pkt 6 pzp. Podkreślić stanowczo należy, iż punktem wyjścia przy ocenie unormowań dotyczących zamówień publicznych pozostaje zasada lojalności oznaczająca, iż zamawiający wszczywa postępowanie o udzielenie zamówienia jedynie w celu jego udzielenia. Nie budzi wątpliwości, iż stworzony z myślą o racjonalnym, efektywnym i optymalnym wydatkowaniu środków publicznych, system za-

mówień publicznych, nie uchybia ogólnym zasadom zawierania umów określonych przez prawo prywatne. Tym samym należy zawsze mieć na względzie, że zamawiający winien uczynić wszystko co możliwe, aby do udzielenia zamówienia publicznego doszło.

W ramach powyższej zasady wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest w zasadzie równoznaczne ze zobowiązaniem się zamawiającego do zawarcia umowy z oferentem, którego oferta będzie najkorzystniejsza zgodnie z ustaloną procedurą, a mieścić będzie się w kwocie, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W tym kontekście unieważnienie postępowania jest wyjątkiem i wszystkie określone w art. 93 ust. 1 pzp przesłanki unieważnienia postępowania winny być poddane wykładni ścieśniającej.

Stosownie do treści art. 93 ust. 1 pkt 6 pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Określone w powołanym przepisie przesłanki muszą być spełnione kumulatywnie, co oznacza, iż niespełnienie choćby jednej z nich wyklucza możliwość unieważnienia postępowania.

Ciężar wykazania spełnienia tych przesłanek spoczywa oczywiście na zamawiającym. W ocenie Sądu Okręgowego obowiązkowi temu zamawiający nie podołał.

Zważyć należy, iż o doniosłości zmiany okoliczności można mówić dopiero w sytuacji wyka-

zania samego faktu zmiany. Chodzi przy tym nie o jakąkolwiek zmianę, lecz taką zmianę okoliczności, która nie jest zależna od strony udzielającej zamówienia (zmiana zewnętrzna). Przyjęcie przeciwnego założenia prowadziłoby do stanu, w którym strona sama ma możliwość kreowania zdarzeń, które uzasadniałyby zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tego rodzaju interpretacja sprzeczna byłaby z wykładnią systemową czyniąc zamawiającego stroną uprzywilejowaną w relacjach z oferentem, i prowadząc do pozbawienia sensu normatywnego przepisów prawa zamówień publicznych.

W ocenie Sądu Okręgowego zmiana programu budowy dróg krajowych na lata 2011–2015 dokonana uchwałą Rady Ministrów nie ma charakteru zmiany zewnętrznej i jako taka pozostaje bez wpływu na tok postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślić należy, iż uchwały Rady Ministrów mają charakter wewnętrzny, obowiązują tylko jednostki organizacyjnie podległe organowi wydającemu te akty (por. art. 93 ust. 1 Konstytucji RP) i służą realizacji funkcji administrowania państwem, do której powołana została Rada Ministrów (art. 146 ust. 3 Konstytucji RP). Ta wyrażona w powołanym przepisie art. 146 ust. 3 Konstytucji RP funkcja, która obejmuje kierowanie całością administracji rządowej, skorelowana jest z funkcją kierowniczo-koordynacyjną, której celem jest zabezpieczenie jednolitości polityki państwa w dziedzinie wewnętrznej i sprawności działania tego aparatu. G. jako centralny organ administracji rządowej w świetle przepisów normujących jego zależność organizacyjną od

Rady Ministrów (por. art. 17 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2007 r., nr 19, poz. 115 ze zm.), art. 27 ust. 2 ustawy z dnia 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej (Dz. U. z 2007 r., nr 65, poz. 437 ze zm.) i art. 34a ustawy z dnia 8 sierpnia 1996 r. o Radzie Ministrów (Dz. U. z 2012 r., poz. 392) zobowiązany jest podporządkować się wzmiankowanej uchwale. Niemniej jednak stan ten jest irrelevantny dla Skarbu Państwa jako podmiotu prawa prywatnego, którego akty wewnętrzne nie mogą wywoływać bezpośrednich skutków dla osób trzecich, działających w sferze tego prawa. Taki stan nie może być zatem kwalifikowany jako zmiana okoliczności, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 pzp. Nie przenosi się on bowiem automatycznie na sferę stosunków prywatnoprawnych, w których stroną pozostaje Skarb Państwa.

Sytuację taką przyrównać można przykładowo, do zmiany planów inwestycyjnych zarządu spółki, która sama w sobie nie niweczy wcześniej podjętych przez spółkę zobowiązań na płaszczyźnie obligacyjnej.

O zmianie okoliczności w kontekście powołanego przepisu można by mówić natomiast wówczas, gdyby zmiana sposobu wykorzystania środków budżetowych została przyjęta w drodze ustawy, rozporządzenia bądź aktu prawa miejscowego. Akty te w myśl przepisów art. 87 ust. 1 i 2 Konstytucji RP, jako źródła prawa wiązałyby także Skarb Państwa jako podmiot prawa prywatnego. W tym wypadku zmiana okoliczności (prawnych) miałaby charakter zewnętrzny, niezależny od podległości organizacyjnej.

Dowodu jednak na taki stan rzeczy zamawiający nie przeprowadził, co wydaje się zresztą niemożliwe w sytuacji braku zmian legislacyjnych w zakresie inwestycji objętej niniejszym postępowaniem.

Brak wykazania faktu zmiany okoliczności czyni rozważania w zakresie doniosłości zmiany, nieco hipotetycznymi. Zaaprobowania wymaga jedna argumentacja przedstawiona w pismach procesowych skarżącego, co do braku elementów świadczących o jej istotnym charakterze. Rzeczywiście do zakwalifikowania zmiany, jako istotnej potrzebna jest jej trwałość rozumiana jako nieodwracalny stan. Tymczasem w niniejszym postępowaniu upatrywana przez zamawiającego zmiana okoliczności (pozbawienie finansowania) sprowadza się do tego, że wskutek podjęcia uchwały Rady Ministrów z 25 stycznia 2011 r., roboty stanowiące przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu zostały zakwalifikowane pod pozycją 11 załącznika 1a do programu, wskutek czego mogą one zostać jednak zrealizowane w wyniku uzyskania oszczędności przetargowych oraz oszczędności powstałych na skutek rozliczania zadań oddanych do ruchu, które zostały ujęte w załączniku nr 1. Sygnalizowana więc przez zamawiającego zmiana okoliczności w postępowaniu, związana z uchwaleniem programu, sprowadzała się zatem wyłącznie do alokacji środków na realizację zamówienia będącego przedmiotem postępowania, a nie zaprzestania przez Skarb Państwa tego rodzaju działalności inwestycyjnej, a zatem brak jej cechy trwałości i nieodwracalności.

Nieprzekonywające pozostają także argumenty zamawiającego odnośnie wywołania przez definiowaną przezeń zmianę okoliczności, stanu sprzecznego z interesem publicznym.

Interes publiczny to pożytek, korzyść, dobro, potrzeba dotyczące ogółu ludności (por. *Słownik Języka Polskiego* PWN, Warszawa 1999 r.). W tym kontekście możliwość unieważnienia postępowania istnieje jedynie wtedy gdy kontynuacja postępowania o udzielenie danego zamówienia publicznego stałaby w sprzeczności z tym dobrem, czy potrzebą. Ewentualnie jak zdaje się wskazywać zamawiający i Krajowa Izba Odwoławcza w sytuacji sprzeczności z interesem publicznym wyższego rzędu – w niniejszej sprawie definiowanym jako spójność i wypłacalność systemu finansowego państwa. Niewątpliwie jednak w ustalonym stanie faktycznym, z taką sytuacją nie mamy do czynienia. Odnosząc się do budowanej przez zamawiającego alternatywy, iż realizacja zamówienia w postaci budowy drogi ekspresowej jest równoznaczna z destabilizacją finansową państwa podkreślić należy, iż nie została ona w żaden sposób udowodniona. Tak widzianą okoliczność można by rozważyć jako sprzeczność z interesem publicznym (tu polegającym na zapewnieniu swobody przemieszczania się, poprawy bezpieczeństwa i warunków prowadzenia działalności gospodarczej, itp.) ewentualnie jedynie w sytuacji, gdyby z uwagi na stan finansów państwa zaprzestano realizacji danego rodzaju inwestycji (np. zaprzestano by w ogóle budowy dróg finansowanych przez Skarb Państwa), lub jakichkolwiek inwestycji. Istotnie kontynuacja

postępowania o udzielenie zamówienia, czy zawarcie umowy na budowę drogi, w takim stanie mogłoby być poczytywane jako sprzeczne z interesem publicznym. Konieczność utrzymania bytu państwa wyprzedziłaby inne dobra publiczne. Wybór jednakże kolejności realizacji poszczególnych inwestycji drogowych (a nie całkowita rezygnacja z takich inwestycji), bo do tego sprowadza się podjęcie uchwały z 25 stycznia 2011 r., cechy takiej nie ma. Jak wywiedziono wewnętrznie, organizacyjne ograniczenie G. przy dysponowaniu środkami na zamówienia publiczne, nie powoduje zobiektywizowanej niemożności pokrycia przez Skarb Państwa wydatków związanych z przedmiotową inwestycją, a stanowi jedynie realizację określonego, wyrażającego się w alokacji środków, interesu ekonomicznego zamawiającego. Mało tego, zamawiający zarówno w chwili unieważnienia przetargu, jak i w chwili orzekania w niniejszej sprawie posiada środki na realizację tego rodzaju zamówień, i co więcej rozpoczyna nowe inwestycje. Trudno w takim stanie mówić więc o zagrożeniu bytu państwa jako elementu uzasadniającego unieważnienie postępowania. Inaczej rzecz ujmując, podjęcie decyzji o przeznaczeniu środków finansowych na inne inwestycje drogowe, nie skutkuje uznaniem, że realizacja zadania będącego przedmiotem postępowania w niniejszej sprawie nie leży już w interesie publicznym.

Zaprobowanie tezy zamawiającego, iż działania Rady Ministrów doprowadziło do pozbawienia zamawiającego środków, a tym samym do powstania sprzeczności z interesem publicznym, stanowiłoby wyraz aprobaty

dla stanu, w którym państwo przez działania w dziedzinie imperium, kreowałoby dogodny dla siebie stan w dziedzinie dominium, co jak już podniesiono, byłoby sprzeczne z wykładnią systemową czyniąc zamawiającego stroną uprzywilejowaną w relacjach z oferentem, i prowadząc do pozbawienia sensu normatywnego przepisów prawa zamówień publicznych. Zamawiający lub organ nadrzędny mógłby kreować stan sprzeczny z interesem publicznym poprzez przesuwanie środków i w konsekwencji unieważniać postępowania. Obok wykładni systemowej, takiej interpretacji wydaje się sprzeciwiać także przyjęta podczas kolejnych nowelizacji zmiana ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dodanie w art. 93 ust. 1a, zgodnie z którym zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej oraz niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA), które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane, a możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji, czy zaproszeniu do składania ofert.

Przy przyjęciu, iż zapis ust. 1 pkt 6 tego przepisu umożliwiałby, jak twierdzi zamawiający, unieważnienie postępowania jedynie z uwagi na brak środków, przepis ust. 1a byłby bezprzedmiotowy. Zawsze bowiem spełnienie przesłanek określonych w ust. 1a byłoby rów-

nocześnie spełnieniem tych z ust. 1 pkt 6 pzp. Skoro jednak przepis ten został dodany, należy przyjąć, że sam ustawodawca dostrzegł, iż ust. 1 pkt 6 pzp nie daje podstawy do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia tylko ze względu na pozbawienie środków na jego realizację w trakcie postępowania przetargowego. Tego rodzaju nowelizacja art. 93 pzp daje pogląd co do wykładni autentycznej tego przepisu, w świetle której jawi się jako niedopuszczalna praktyka unieważniania postępowań przetargowych, tylko z uwagi na brak środków na sfinansowanie zamówienia.

Tego rodzaju wykładnia nie może dziwić, zwłaszcza, iż w wymagającej wysokiej staranności procedurze o udzielenie zamówienia publicznego nałożony został na zamawiającego szereg obowiązków związanych z zarezerwowaniem środków przeznaczonych na realizację zamówienia. Długotrwałość postępowania i możliwość zmiany przeznaczenia tych środków przez zamawiającego na inne cele, nie może więc zdaniem Sądu Okręgowego, usprawiedliwiać dyskontynuacji postępowania o udzielenie zamówienia. Nadto jako wyraz daleko idącej niełojalności wobec składającego ofertę kontrahenta, który stając do przetargu zobligowany jest niejednokrotnie poczynić daleko idące starania do uzyskania potrzebnych dokumentów, gwarancji finansowania itp., nie zasługuje na aprobatę. W tym stanie rzeczy, jak trafnie zauważa skarżący, nie wystąpiły żadne okoliczności, które wskazywałyby na to, że prowadzenie postępowania i wykonanie zamówienia nie leżało w interesie publicznym. Podzielić należy wyrażony przezeń pogląd, iż dalsze prowadzenie

postępowania i wykonanie zamówienia służy zaspokojeniu interesu publicznego w zakresie budowy infrastruktury drogowej. Co istotne nie zostały zbudowane żadne inne, alternatywne sposoby rozwiązania potrzeb transportowych w rejonie odcinka trasy S7, będącego przedmiotem postępowania, i tym samym nie nastąpiła żadna zmiana okoliczności, która skutkowałaby brakiem interesu publicznego w realizacji zamówienia. Mało tego, umieszczenie inwestycji objętej niniejszym postępowaniem w wieloletnim programie budowy dróg krajowych na lata 2011–2015, dodatkowo potwierdza istnienie interesu publicznego w kontynuowaniu postępowania¹⁶.

37. Wyrok SO w Warszawie z dnia 6 lipca 2011 r., V Ca 772/11, oddalający skargę zamawiającego od wyroku KIO z dnia 23 lutego 2011 r., KIO 273/11, LEX nr 772821

• unieważnienie postępowania • interes publiczny • istotna zmiana okoliczności

Skarga nie zasługuje na uwzględnienie, albowiem zarzuty w niej podniesione są niezasadne. Sąd Okręgowy w całości podziela ustalenia faktyczne i ocenę prawną sprawy przedstawione przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku i przyjmuje je za własne. Zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy prawo zamówień publicznych Zamawiający unieważnia postępowanie o udzie-

lenie zamówienia publicznego, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Uzasadniając swoją decyzję Zamawiający wskazał, iż realizacja postępowania w obecnym kształcie nie leży w interesie publicznym i wymaga powtórnej analizy oraz przewartościowania przez zlecającego zamówienie, Główny Inspektorat Sanitarny oraz grona eksperckie. Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, iż stosownie do treści w/w przepisu unieważnienie postępowania może nastąpić ze względu na interes publiczny, który sprawia, że dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia byłoby wbrew temu interesowi. Aby zamawiający mógł powołać się na tę przesłankę, musi udowodnić, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, nie można było przy zachowaniu odpowiedniej staranności przewidzieć, iż zmienią się okoliczności, a w wyniku ich zmiany kontynuowanie postępowania, i udzielenie zamówienia publicznego nie będzie leżało w interesie publicznym. Zmiana okoliczności musi mieć przy tym charakter istotny, a więc znaczący i niebagatelny. Powołanie się na powyższą przesłankę unieważnienia wymaga od zamawiającego prawidłowego posłużenia się pojęciem interesu publicznego, który nie musi być tożsamy z interesem zamawiającego. Dopiero wykazanie, że wykonanie zamówienia będzie godzić w interes publiczny, może powodować, że zamówienie nie powinno być udzielone. Ponadto nie zawsze interes publiczny musi przeważać nad interesem indywidualnym. Aby taka sy-

¹⁶ Uwaga: złożona przez Prezesa UZP skarga kasacyjna została wycofana.

tuacja miała miejsce, interes publiczny musi być na tyle istotny, że niezbędne jest jego postawienie przed indywidualnym interesem uczestników postępowania. Jak wynika z materiału dowodowego, Zamawiający w żaden sposób nie udowodnił zaistnienia okoliczności skutkującej unieważnieniem postępowania. Nie wystąpiła żadna istotna zmiana okoliczności, której nie można było przewidzieć. Nie może również ująć uwadze Sądu oświadczenie Zamawiającego złożone w trakcie rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą, iż „krótko uzasadnił rozstrzygnięcie postępowania, bowiem myślał, że nie będzie ono zaskarżone”. Okoliczność ta w ocenie Sądu Okręgowego pozwala na przyjęcie, iż Zamawiający miał świadomość podjęcia nieprawidłowej decyzji w świetle art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy prawo zamówień publicznych.

38. Wyrok SO w Warszawie z dnia 14 sierpnia 2012 r., V Ca 788/12, uwzględniający skargę zamawiającego od wyroku KIO z dnia 5 marca 2012 r., KIO 356/12, LEX nr 1126987, i unieważniający czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz nakazujący zamawiającemu dokonanie czynności otwarcia ofert

• unieważnienie postępowania • wada postępowania • wadliwy opis przedmiotu zamówienia

Na wstępie z całą mocą stwierdzić trzeba, że nie zasługuje na aprobatę stanowisko Izby

wyrażające się w przekonaniu, że konieczność wyboru oferty najkorzystniejszej cenowo, odpowiadającej wymogom SIWZ, ale nie odpowiadającej potrzebom Zamawiającego z uwagi na wadliwy opis przedmiotu zamówienia stanowi wadę postępowania mającą wpływ na jego wynik. Twierdzenie Izby, że zamawiający nie mógł wybrać oferty, której charakter być może nie odpowiada wprost jego potrzebom, które nie zostały w sposób właściwy opisane, jest sprzeczne z przepisami prawa zamówień publicznych i świadczy o niezrozumieniu celu i charakteru postępowania o zamówienie publiczne. Specyfiką polskiej regulacji z zakresu zamówień publicznych jest wyróżnienie zamówień udzielanych w procedurze zwanej zastrzeżoną. Ustawodawca nałożył na zamawiającego i oferentów wyjątkowo sformalizowane wymagania w procesie wyłaniania wykonawcy i obie strony winny się do nich stosować pod rygorem negatywnych konsekwencji wynikających z własnych zaniedbań.

W stanie faktycznym sprawy niniejszej, skoro zamawiający uzyskał w drodze postępowania o zamówienie publiczne ofertę zgodną z SIWZ, w ocenie Sądu Okręgowego nie zaistniały okoliczności uzasadniające unieważnienie postępowania. Inna interpretacja przepisów ustawy prawo zamówień publicznych prowadziłaby do zupełnego wypaczenia sensu procedury przewidzianej w pzp.

Przechodząc do analizy przepisów prawa przede wszystkim zważyć należy, że naruszenia przepisów dotyczących sporządzania opisu przedmiotu zamówienia ustawodawca nie wymienił wśród przesłanek skutkują-

cych unieważnieniem umowy na podstawie art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. Izba wskazuje, że podstawę taką w stanie faktycznym sprawy niniejszej może stanowić art. 146 ust. 6. To stanowisko jest chybione. Zgodzić się należy ze stanowiskiem zaprezentowanym w skardze, zgodnie z którym nie stanowi przyczyny unieważnienia postępowania rzekomo wadliwy opis przedmiotu zamówienia (wyrok z dnia 16 września 2010 r., sygn. KIO/UZP 1905/10, KIO/UZP 1921/10; wyrok z dnia 15 lutego 2011 r. sygn. KIO 214/11; KIO 215/11).

Odnosząc się do analizy zagadnienia, czy przesłanka unieważnienia postępowania zawarta w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w sprawie niniejszej ziściła się, stwierdzić z kolei trzeba, że nieprecyzyjne sformułowanie SIWZ nie skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia. Wada postępowania, o której mowa w kontekście przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, która może być przyczyną jego unieważnienia, musi mieć charakter nieusuwalny i powodujący jednocześnie, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie, wskutek wystąpienia tej wady, podlegała unieważnieniu. Bez wątpienia Zamawiający może zawrzeć ze skarżącym ważną umowę. Skoro Zamawiający nie udowodnił zaistnienia wady postępowania (nie wskazał naruszenia przez siebie bądź uczestników postępowania żadnego konkretnego przepisu ustawy Pzp) tym bardziej nie wykazał jej wpływu na wynik postępowania oraz możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Wadą ową nie jest rzekome pominięcie przez Zamawiającego elementu opisu przedmiotu

zamówienia, zwłaszcza, że takiego braku nie zauważył żaden z wykonawców, zaś sam Zamawiający zidentyfikował go, jak twierdzi, dopiero po otwarciu ofert i dokonaniu ich oceny, na którą to czynność wskazuje choćby fakt dwukrotnego wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej przez niego oferty. Reasumując, Sąd Okręgowy stwierdza, że w przedmiotowym postępowaniu nie zachodzą przesłanki jego unieważnienia, a dokonana przez Zamawiającego czynność w sposób rażąco narusza obowiązujące przepisy.

39. Wyrok SO w Legnicy z dnia 11 lipca 2014 r., VI Ga 148/14, Portal OSP, oddalający skargę odwołującego od wyroku KIO z dnia 8 kwietnia 2014 r., KIO 622/14, LEX nr 1459179

• unieważnienie postępowania • wada postępowania • niemożliwość świadczenia • zmiana terminu wykonania

Niezależnie od tego należy podzielić argumentację przeciwnika skargi, że zmiana terminu przedłożenia zamawiającemu dokumentacji pojazdu nie będzie zmianą istotną umowy i z całą pewnością nie oznacza niemożliwości świadczenia skutkującej koniecznością unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Podnieść należy, że skarżący wykorzystał potencjalny element niepewności, co do zgodności z prawem przeprowadzonych czynności w ramach procedury zamówienia publicznego, który tkwi w każdym z postępowań. Zważyć bowiem należy, że skoro na podstawie

art. 93 Pzp zamawiającemu przysługuje uprawnienie do unieważnienia postępowania, to nie sposób przewidzieć, w jakich sprawach podmiot ten zainicjuje powyższe postępowanie. Powołując się tym samym na taką przeszkodę, która z natury rzeczy dotyczy jakichkolwiek wydarzeń i możliwości ich prognozowania, każdy podmiot mógłby uzasadniać legitymowanie się interesem. W konsekwencji w każdej sprawie każdy podmiot mógłby uzasadniać istnienie posiadania poprzez konieczność postępowania prewencyjnego z obawy o ewentualne stwierdzenie przyszłych naruszeń ustawy. Dodatkowo należy podkreślić, że niezawarcie umowy nie wynikało z opieszałości zamawiającego czy też z działań wykonawcy, lecz z przyczyn obiektywnych wynikających z konieczności przeprowadzenia kontroli uprzedniej i ustawowego zakazu zawarcia umowy do czasu doręczenia informacji o jej wyniku (art. 169 i 171 Pzp).

40. Wyrok SO w Koszalinie z dnia 9 kwietnia 2015 r., VII Ca 160/15, uwzględniający skargę zamawiającego od wyroku KIO z dnia 20 stycznia 2015 r., KIO 29/15, LEX nr 1651697, i oddalający odwołanie

• unieważnienie postępowania • wada postępowania • udostępnienie złożonych ofert przed upływem terminu składania ofert • informacja o czynności

Przepisy art. 92 ust. 1 pkt 2 oraz art. 93 ust. 3 p.z.p. nie zostały naruszone. Wbrew stanowisku Izby zawartemu w zaskarżonym

wyroku uzasadnienie faktyczne zawiadomienia wykonawcy o odrzuceniu jego oferty i o unieważnieniu postępowania może być zwięzłe i nie musi przedstawiać i omawiać wszystkich dowodów.

W konkretnym przypadku odwołujący się nie został zaskoczony stanowiskiem zamawiającego, bo ten na wniosek H. S. z 24 grudnia 2014 r. udostępnił mu całość dokumentacji postępowania.

Izba w trakcie postępowania odwoławczego powinna uwzględnić materiał dowodowy zawarty w aktach postępowania przedstawionych przez zamawiającego i w aktach postępowania odwoławczego dla weryfikacji stanowiska zawartego w zawiadomieniu z 22 grudnia 2014 r. Zdaniem Sądu Okręgowego szczegółowa analiza tych akt prowadzi do wniosku, że faktycznie prawdopodobieństwo zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji jest wysokie, co zresztą przyznała sama KIO. Ten czyn to zapoznanie się z zawartością ofert i kosztorysem inwestorskim przed terminem do otwarcia ofert, co narusza art. 86 ust. 1 p.z.p.

Jedną z naczelnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zachowanie uczciwej konkurencji. Wykonawca, który poznał kosztorys inwestorski wcześniej, narusza interesy konkurentów i działa sprzecznie z regułami uczciwego obrotu gospodarczego. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że już samo realne zagrożenie zapoznania się jednego z wykonawców z ofertą konkurenta i z kosztorysem inwestorskim stwarza podstawę do unieważnienia postępowania. Takie realne zagrożenie w niniejszym postępowaniu Zamawiający wykazał, więc słusznie unieważ-

nił postępowanie i odrzucił zgłoszone oferty. Szczegółowa analiza poszczególnych dowodów jest tu zbędna. Tu można jednak wskazać, że Prokuratura Rejonowa w B. pod sygn. [...] prowadzi postępowanie karne dotyczące ujawniania informacji z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto M. S. został zwolniony z N. w związku ze swoją rolą w postępowaniu przetargowym, nie próbując się odwoływać od decyzji.

Nieprawdziwe też okazały się zapewnienia H. S., że nie znał M. S., przecież 4 grudnia 2014 r. sprzedał mu przyczepę. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jako dotyczące wydatków ze środków publicznych, nie może być dotknięte zarzutami, że nie zachowano w nim zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Na rozprawie przed tutejszym Sądem nadleśniczy oświadczył, że przetarg na zadanie nr 15 zostanie ponownie rozpisany i że obaj wykluczeni wykonawcy mogą w tym przetargu wziąć udział.

41. Wyrok SO w Gliwicach z dnia 13 sierpnia 2010 r., X Ga 143/10, oddalający skargę odwołującego od wyroku KIO z dnia 4 maja 2010 r., KIO/UZP 648/10, LEX nr 582397

• unieważnienie postępowania • wada postępowania • niemożność weryfikacji oferty • brak w SIWZ informacji o sposobie badania próbki

Rozstrzygnięcie w niniejszym postępowaniu determinuje fakt, iż przedmiotem zamówienia są wyroby medyczne oraz stanowisko

przedstawione w wyroku KIO zawarte w niezaskarżonym wyroku z dnia 23.10.2009 r. – zwłaszcza ustalenie, iż załączone do ofert próbki towarów w oryginalnych opakowaniach z etykietą handlową, w razie zgłoszenia takiego zarzutu, powinny być przedmiotem oceny co do zgodności z wymaganiami parametrów określonych w SIWZ.

W tym postępowaniu przedmiotem zarzutu był wymiar chusty chirurgicznej. Wedle treści SIWZ parametry chust chirurgicznych obejmowały jednak nie tylko wymiar ale także inne cechy takie jak np. sterylność, ilość warstw i nitek. Wedle stanowiska zamawiającego intencją zamawiającego przy ustalaniu zapisów SIWZ miała być ocena czy dołączone próbki towarów w oryginalnych opakowaniach z etykietami handlowymi są nominalnie zgodne z wymaganiami SIWZ. Takiego rozumienia zapisów SIWZ nie podzieliła jednak KIO w wymienionym wyroku, nakazując badanie tych parametrów.

Brak podstaw do uznania, aby – w świetle stanowiska zawartego w tym wyroku zarzuty dotyczące innych parametrów miały być traktowane w inny sposób niż zarzut dotyczący rozmiarów chust. W SIWZ zamawiający nie zawarł zapisu, iż będzie dokonywał zgodności oceny oferowanych i załączonych próbek towarów jedynie z ich etykietami handlowymi.

Przepisy ustawy, jak słusznie ponosi skarżący, nie nakładają na zamawiającego określania w SIWZ sposobu oceny żądanych próbek towarów.

Przepis art. 36 pzp określa minimalne wymagania SIWZ do których należy opis przedmiotu zamówienia, opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

Odmiernymi czynnościami są ocena oferty wedle wskazanych kryteriów jej oceny i ocena oferowanych wyrobów pod względem zgodności z opisem przedmiotu zamówienia. Ustawa nakazuje wskazanie kryteriów oceny ofert i sposobu oceny tych kryteriów nie nakazuje wskazywania w SIWZ bądź w ogłoszeniu kryteriów i metod dokonywania oceny zgodności przedmiotu zamówienia z oferowanymi wyrobami. To, czy oferowane wyroby są zgodne z przedmiotem zamówienia, podlega ocenie zamawiającego i może być przedmiotem zarzutów zmierzających do odrzucenia oferty jako niezgodnej z opisem przedmiotu zamówienia będącego częścią SIWZ. Ta zgodność oferowanego towaru (bądź jej brak) z przedmiotem zamówienia może być wykazywana wszelkimi dowodami i powinna być dokonywana w każdym postępowaniu bez względu na stopień skomplikowania przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 91 pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty

eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. Jako kryterium oceny oferty zamawiający wskazał najniższą cenę.

Określone minimalne wymagania SIWZ nie wykluczają wskazania przez zamawiającego sposobu oceny zgodności oferowanych wyrobów z przedmiotem zamówienia takiego zapisu jednak zamawiający nie zawarł poprzestając na stwierdzeniu, iż niezgodność próbek z opisem przedmiotu zamówienia będzie skutkować odrzuceniem oferty.

Niezaskarżony wyrok KIO nakazywał, w związku z podnoszonymi zarzutami, dokonanie oceny chust chirurgicznych, co do ich zgodności z wymiarami podanymi w SIWZ. Wykonanie tego zalecenia w toku postępowania było o tyle trudne do wykonania, że zgodnie z art. 2 ust. 3 ustawy z dnia ustawy z dnia 11 maja 2001 r. Prawo o miarach przepisów ustawy nie stosuje się do wyrobów medycznych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 93, poz. 896 oraz z 2005 r. Nr 64, poz. 565) w zakresie wprowadzania do obrotu i do użytkowania.

Ponadto spełnianie wymagań przez wyroby medyczne podlega ocenie w toku dopuszczenia ich do obrotu zgodnie z przepisami ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z dnia 30 kwietnia 2004 r.). Zarzut niespełnienia przez próbki towarów cech opisanych w jego etykiecie handlowej jest zatem jednocześnie zarzutem wprowadzenia do obrotu towarów innych niż będące przedmiotem oceny zgodności dokonanej w trybie art. 16 ustawy o wyrobach medycznych. Zgodnie z tym przepisem

wyrób medyczny wprowadzany do obrotu i do używania musi spełniać określone dla niego wymagania zasadnicze. Wytwórca lub autoryzowany przedstawiciel, przed wprowadzeniem wyrobu medycznego do obrotu i do używania, jest obowiązany do przeprowadzenia oceny zgodności z określonymi dla tego wyrobu wymaganiami zasadniczymi.

SIWZ nie określała, czy wymiary dotyczą chust przed czy po sterylizacji. Przyjęcie, iż złożone próbki serwet mają mieć rozmiary dokładnie takie jak podane w SIWZ, uniemożliwia dokonanie jednoznacznej oceny, w sytuacji, gdy przy wprowadzaniu towaru medycznego do obrotu i dokonywaniu oceny zgodności towaru medycznego możliwym jest dokonywanie pomiaru zarówno przed jak i po sterylizacji, co było przedmiotem wyjaśnień składanych przez wykonawców w toku postępowania.

Etykiety handlowe towarów medycznych dotyczą także innych cech zamawianych chust, takich jak ilość podanych warstw, nitek itp. Wszystkich tych cech załączonych próbek mogły dotyczyć zarzuty innych zamawiających – co zgodnie ze stanowiskiem KIO zawartym w niezaskarżonym wyroku powinno być przymiotem badania w przypadku wniesienia zarzutu przez pozostałych wykonawców, bowiem także te parametry były określone w SIWZ.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 nakazuje odrzucenie oferty niezgodnej z treścią SIWZ. Niezgodne z treścią SIWZ jest oferowanie towarów nie odpowiadających opisowi przedmiotu zamówienia. Stąd dla możliwości dokonania oceny zgodności oferowanego

towaru istotne znaczenia ma opis przedmiotu zamówienia.

Przepisy art. 29 i 30 pzp określają wymagania, jakie powinien spełniać opis przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 29 pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Przyjęcie sugerowanej przez zamawiającego zasady, iż ocena zgodności oferowanych próbek miała dotyczyć informacji podanych na etykietach handlowej pozwoliłoby na wyeliminowanie wątpliwości co do tego, czy opis przedmiotu zamówienia dotyczył wymiarów serwet przez czy po sterylizacji jak i co do uzyskiwanych rozbieżności w pomiarach.

Dokonując opisu przedmiotu zamówienia zamawiający podał wymiary chust ale nie uwzględnił, czy dotyczą wymiarów przed czy po sterylizacji – co okazało się sporne dla uczestników postępowania o udzielenie zamówienia.

Wedle oświadczeń składanych przez zamawiającego jego intencją przy sporządzaniu zapisów SIWZ było dokonywanie oceny wyrobów załączonych do ofert wyłącznie w oparciu o etykiety handlowe. Tego stanowiska nie podzieliła jednak KIO w wyroku z 23.10.2009 r.

W tej sytuacji zamawiający w oparciu o podane przez siebie wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia i ich wykład-

nię dokonaną wyrokiem z 23.10.2009 r. nie mógł dokonać jednoznacznej i nie naruszającej zasad uczciwej konkurencji, oceny, czy oferowane próbki chust chirurgicznych spełniają wymagania postawione w opisie przedmiotu zamówienia. Wyrok KIO z dnia 23.10.2009 r. dotyczył wyłącznie części 2 zamówienia i nie miał wpływu na postępowanie dotyczące pozostałych części zamówienia (art. 93 ust. 2 pzp).

Powyższe powoduje, iż postępowanie w zakresie dotyczącym części 2 postępowania obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 stanowi podstawę unieważnienia postępowania.

42. Wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 21 czerwca 2010 r., II Ca 199/10, uwzględniający skargę odwołującego od wyroku KIO z dnia 12 marca 2010 r., KIO/UZP 119/10, LEX nr 625764, i umarzający postępowanie w sprawie zamówienia publicznego

• unieważnienie postępowania • wada postępowania • brak jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia • zasady postępowania

Celem ustawy jest doprowadzenie do stanu, w którym środki publiczne będą wydawane najefektywniej. Realizacji tego celu służą zasady postępowania o udzielenie zamówienia: zasada prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców

(art. 7 ust. 1 pzp), jawności (art. 8 ust. 1 pzp) i pisemności (art. 9 pzp). Z zasad tych wynika wymóg przejrzystego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, a w szczególności wymóg precyzyjnego sformułowania warunków, które musi spełnić potencjalny wykonawca.

Zamawiający ma prawo i obowiązek takiego sformułowania warunków uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia, których spełnienie doprowadzi do realizacji jego potrzeb, lecz sformułowania siwz-u powinny być precyzyjne, aby uniemożliwić ich różną, odmienną interpretację. Nieostre, nieprecyzyjne sformułowania siwz mogą prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

Z przepisu art. 29 ust. 1 pzp wynika, że „przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”. Z przepisu tego należy wyprowadzić wniosek, że dla wszystkich wykonawców opis przedmiotu zamówienia musi być zrozumiały i powinni go rozumieć w taki sam sposób (tak też KIO w wyroku z dnia 20 sierpnia 2009 r. wydanym w sprawie KIO/UZP 1033/09 – LEX nr 513964). Z drugiej strony „Dokładne opisanie przedmiotu zamówienia umożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ceny oferty, bez narażenia się na ewentualne straty” (tak KIO w wyroku z dnia 17 grudnia 2008 r. wydanym w sprawie KIO/UZP 1406/08 –

LEX nr 485642). Należy przy tym stwierdzić, że niedokładne, nieostre sformułowania siwz mogą prowadzić do sytuacji, w której wykonawca sformułuje swoją ofertę w sposób mniej konkurencyjny i narazi się na przegraniu przetargu.

Przepis art. 29 ust. 2 pzp stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Nieprecyzyjne sformułowania siwz prowadzące do możliwości przedstawienia przez wykonawcę oferty z zawyżoną ceną w wyniku analizy opisu zamówienia, prowadzą do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Sąd Okręgowy stwierdza, że opis przedmiotu zamówienia w przedmiotowej sprawie został sporządzony z naruszeniem tych zasad. KIO w swoim uzasadnieniu (str. 56 akt sprawy) wyraziła pogląd, że „postanowienia siwz, jak i wywodzone w oparciu o nie wyliczenia przepracowanych godzin w celu ustalenia ilości osób niezbędnych do realizacji zamówienia, dokonywane przez odwołującego się, zamawiającego oraz przystępującego, wskazują nie tylko na możliwość różnej interpretacji postanowień siwz, ale też na ewentualną możliwość indywidualnego kształtowania liczby osób niezbędnych do prawidłowego wykonania usługi w czasie realizacji zamówienia”.

O ile możliwość indywidualnego kształtowania liczby osób niezbędnych do prawidłowego wykonania usługi jest zjawiskiem pożądanym i sprzyja konkurencji pomiędzy wykonawcami, co może prowadzić do obniżenia ceny, to możliwość różnej interpreta-

cji postanowień siwz świadczy o naruszeniu wymogu jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Sądu Okręgowego możliwość różnej interpretacji postanowień siwz spowodowana jest wielokrotnym użyciem określenia „pracownik, pracownik ochrony fizycznej” (np. ust. 3.3; ust. 3.3. pkt 1, 2 i 3; ust. 3.5 pkt 14, 19, 20, 28 i 30; ust. 3.7.; ust. 3.8.; ust. 3.13.; ust. 3.15; ust. 3.18.; ust. 3.19.; ust. 3.20. i ust. 10.1 pkt 1. 2.). Z drugiej strony zamawiający używa określenia „osoby zdolne do wykonania zamówienia” (np. ust. 10.1 pkt; ust. 10.1.). Pojęcia te wynikają z przepisów prawa i nie są to pojęcia tożsame.

Przepis art. 2 kodeksu pracy stanowi, że „Pracownikiem jest osoba zatrudniona na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę”. Z kolei z przepisu art. 22 ust. 1 pkt 3 pzp wynika warunek dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Skoro zamawiający używa w siwz pojęć pracownik oraz osoby zdolne do wykonania zamówienia, to takie sformułowanie może prowadzić do wniosku, że do wykonania zamówienia potrzebne są osoby mające status pracownika. Może to także prowadzić wykonawcę do przyjęcia, że istnieje konieczność trzymianowej organizacji pracy, a tym samym do złożenia oferty, w której cena usługi będzie zawyżona.

Sąd Okręgowy stwierdza, że zamawiający może uznać, że jego potrzeby spełni wykonawca, który usługę wykona przy pomocy pracowników, lecz powinno to jednoznacznie wynikać z opisu zamówienia. Jeżeli nie

ma potrzeby wykonania usługi jedynie przez osoby będące pracownikami, to taka informacja także powinna wynikać z postanowień siwz. Skoro w przedmiotowej sprawie siwz nie zawierają precyzyjnych sformułowań, to została naruszona zasada konkurencyjności i nie można zawrzeć ważnej umowy.

43. Wyrok SO Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 30 sierpnia 2010 r., IV Ca 831/10, ZPO 2011, nr 8, poz. 125, uwzględniający skargę odwołującego od wyroku KIO z dnia 2 czerwca 2010 r., KIO 982/10, Portal UZP, i nakazujący zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia przetargu

• unieważnienie postępowania • wada postępowania • interes publiczny • wadliwy opis przedmiotu zamówienia

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Katalog przesłanek z art. 93 Pzp jest zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco, co oznacza, że z żadnej innej przyczyny lub bez podania przyczyn zamawiający nie może unieważnić postępowania.

Sposób opisu przedmiotu zamówienia w pakiecie nr 2 jest jednoznaczny i nie budzi żadnych wątpliwości. Przedmiotem zamówienia był lek cytotatyczny o chemicznej nazwie VINORELBINE, a Zamawiający wskazał

w SIWZ formę, dawkę i ilość. W takiej sytuacji oferta Skarżącego spełnia wymogi SIWZ. Zamawiający przyznał, że wadliwie opisał przedmiot zamówienia z uwagi na brak odpowiedniej wiedzy (w dacie formułowania SIWZ). Okoliczność ta jednak nie może działać na korzyść oferentów, a kryteria unieważnienia przetargu wynikają z przepisów ustawy Pzp, a nie z uznania Zamawiającego. Z pism Zamawiającego wynika, że w chwili unieważnienia przetargu w zakresie pakietu nr 2 nie powoływał się na naruszenie konkretnych przepisów ustawy i fakt, że naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania.

Rację ma skarżący, że podstawę z art. 146 ust. 6 Pzp wskazała dopiero KIO w uzasadnieniu wyroku. Jednakże błędne opisanie – z winy Zamawiającego – przedmiotu zamówienia nie stanowi naruszenia przepisów ustawy Pzp, w szczególności art. 29 i 30 Pzp. Niedostateczne rozpoznanie rynku, a co za tym idzie, niedostosowanie przedmiotu zamówienia do własnych potrzeb – co podkreślał Zamawiający – nie stanowiło naruszenia przepisów ustawy Pzp. Unieważnienie postępowania ze względu na interes publiczny – co zdaje się wynikać z uzasadnienia KIO, w okolicznościach faktycznych tej sprawy, nie ma miejsca.

Zgodnie z pkt 6 ust. 1 art. 93 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Pod-

stawa ta nie znajduje żadnego zastosowania w sprawie, skoro Zamawiający przyznał, że – z braku odpowiedniej (a niewątpliwie specjalistycznej) wiedzy popełnił błąd opisując przedmiot zamówienia.

W związku z powyższym Sąd Okręgowy uznał, że brak było podstaw do oddalenia odwołania oferenta przez KIO z uwagi na brak uzasadnionych podstaw prawnych do unieważnienia postępowania w zakresie pakietu nr 2. Powyższe skutkowało zmianą zaskarżonego wyroku na podstawie art. 198 § 2 zdanie 2 Pzp przez nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia przetargu w zakresie pakietu nr 2, a o kosztach postępowania przed KIO i Sądem – na podstawie art. 198 ust. 5 Pzp.

44. Wyrok SO w Rzeszowie z dnia 27 lipca 2012 r., VI Ga 123/12, uwzględniający skargę zamawiającego od wyroku KIO z dnia 22 maja 2012 r., KIO 939/12, LEX nr 1165997, i oddalający odwołanie

• unieważnienie postępowania • kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia • zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia

W niniejszym przypadku więc, jak słusznie wskazuje skarżący, przy przyjęciu, że uzasadnione są pozostałe zarzuty odwołania, w postępowaniu pozostawałaby wyłącznie oferta Odwołującego – jako jedyna, a więc również najkorzystniejsza. Powyższe zaś, z uwa-

gi na wartość tej oferty, a także brak decyzji co do zwiększenia kwoty zamówienia do jej ceny powodowałby, że zamawiający, zgodnie z art. 93 Pzp powinien unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia.

Trzeba podkreślić, że zamawiający, nie jest zobowiązany do unieważnienia postępowania w każdym przypadku, gdy cena oferty najkorzystniejszej (także jedynej) przekracza równowartość kwoty, którą planował przeznaczyć na realizację zamówienia. Jednak uprawnienie do zwiększenia kwoty przeznaczonej na jego wykonanie, o ile zamawiający uzna to za celowe i uzasadnione – nie jest jego obowiązkiem. W sytuacji natomiast, gdy zamawiający podejmie decyzję w tym przedmiocie stwierdzając, że dokonanie takiego zwiększenia środków nie jest możliwe lub celowe, a kwota którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest niższa od ceny oferty, zachodzi konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

KOMENTARZ DO ROZDZIAŁU 2

Początek i koniec postępowania

Pojęcie postępowania o udzielenie zamówienia (publicznego) zdefiniowane zostało w art. 2 pkt 7a p.z.p. Zgodnie z tą definicją jest to postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta

umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowania postanowień takiej umowy.

Ze względu na to, że zamawiający zobowiązany jest zamieścić kilka ogłoszeń, co może nastąpić w różnych datach, trzeba zwrócić uwagę, że dniem wszczęcia postępowania będzie zamieszczenie ogłoszenia w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego oraz na stronie internetowej – zamawiającego lub innej, na której zwyczajowo umieszcza on swoje ogłoszenia (art. 40 ust. 1 p.z.p., do którego odwołują się także przepisy innych trybów postępowania), ewentualnie to z ogłoszeń, które zostanie upublicznione wcześniej.

Wbrew pojawiającym się poglądom, że postępowanie kończy się z chwilą wyboru oferty najkorzystniejszej – powyższa definicja mówi jedynie o rozpoczęciu postępowania (oraz o celu jego prowadzenia), a nie zakończeniu – jak słusznie wskazał Sąd Okręgowy w Olsztynie w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r., V Ga 122/10, ZPO 2011, nr 8, poz. 113.

Potwierdził to Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 17 grudnia 2010 r., III CZP 103/10, LEX nr 646705, w której stwierdził wprost, że „postępowanie «o udzielenie zamówienia publicznego» na gruncie ustawy, zgodnie z treścią art. 2 ust. 7a ustawy w brzmieniu obowiązującym od dnia 29 stycznia 2010 r. (ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych in-

nych ustaw, Dz.U. Nr 223, poz. 1778), da się zdefiniować jako ciąg czynności faktycznych i prawnych rozpoczynający się z chwilą ogłoszenia o zamówieniu, przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy. Przepis nie określa chwili zakończenia tego postępowania, ale treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie to kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Z poglądami obu tych sądów należy się zgodzić, gdyż w żadnej mierze momentu wyboru oferty najkorzystniejszej nie można uznać za zakończenie postępowania – jest to tylko jeden z etapów postępowania, do tego może się zdarzyć, że w jednym postępowaniu zamawiający kilkakrotnie będzie dokonywał wyboru różnych ofert, a tym samym postępowanie miałoby kilka zakończeń, po których dodatkowo następowałyby jeszcze inne czynności, jak np. unieważnienie postępowania. Za zakończenie postępowania należy więc uznać, zgodnie z zasadami logiki, ostatnią czynność w tym postępowaniu.

Zgodnie z przepisami postępowanie może więc zakończyć się na trzy sposoby:

- 1) udzieleniem zamówienia – zawarciem umowy z wybranym wykonawcą,
- 2) unieważnieniem postępowania,
- 3) „wygaśnięciem” postępowania w sytuacji opisanej w art. 94 ust. 3 p.z.p.

Możliwa jest jeszcze jedna opcja (nieprzewidziana przepisami ustawy – Prawo za-

mówień publicznych, a nawet będąca wbrew nim), tj. faktyczne „wygaśnięcie” postępowania, jeśli zamawiający uchyli się od zawarcia umowy, a wykonawca nie zwróci się do sądu o wydanie orzeczenia zastępującego orzeczenie woli zamawiającego, o którym mowa w art. 64 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 121 z późn. zm.)¹⁷. Zasadniczo sytuacje uchylania się przez zamawiającego od zawarcia umowy nie powinny mieć miejsca, lecz sporadycznie się zdarzają.

Należy jednak mieć na uwadze, że celem postępowania jest udzielenie zamówienia publicznego – w taki więc sposób powinien postępować zamawiający. Jak wskazał Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w wyroku z dnia 29 maja 2012 r., IV Ca 527/11: „Podkreślić stanowczo należy, iż punktem wyjścia przy ocenie unormowań dotyczących zamówień publicznych pozostaje zasada lojalności oznaczająca, iż zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia jedynie w celu jego udzielenia. Nie budzi wątpliwości, iż stworzony z myślą o racjonalnym, efektywnym i optymalnym wydatkowaniu środków publicznych, system

zamówień publicznych, nie uchybia ogólnym zasadom zawierania umów określonych przez prawo prywatne. Tym samym należy zawsze mieć na względzie, że zamawiający winien uczynić wszystko co możliwe, aby do udzielenia zamówienia publicznego doszło. W ramach powyższej zasady wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest w zasadzie równoznaczne ze zobowiązaniem się zamawiającego do zawarcia umowy z oferentem, którego oferta będzie najkorzystniejsza zgodnie z ustaloną procedurą, a mieścić będzie się w kwocie, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia”.

Z tego powodu również unieważnienie postępowania traktowane jest jako instytucja wyjątkowa, a powody, z których może to nastąpić, zostały określone w przepisach ustawy wyczerpująco.

Zamówienia można udzielić wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 p.z.p.). Ta regulacja, podniesiona do rangi zasady, oznacza po pierwsze, że zamawiający nie może zawrzeć umowy bez przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (chyba że przepisy go z tego zwalniają), a po drugie – że wybór wykonawcy musi być zgodny z wymogami formalnymi opisanymi w ustawie Prawo zamówień publicznych. Zawarcie umowy z wybranym wykonawcą lub wykonawcami jest podstawowym sposobem zakończenia postępowania (jest celem jego prowadzenia) i jedynym sposobem jego zakończe-

¹⁷ Jakkolwiek należy zwrócić uwagę, że wobec zakazu wydania przez sąd w postępowaniu skargowym orzeczenia nakazującego zamawiającemu zawarcie umowy (art. 198f ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 6 w zw. z art. 14 p.z.p.), możliwość zastosowania art. 64 k.c. może być dyskusyjna (zakaz ten byłby nielogiczny i powodował jedynie mnożenie postępowań sądowych).

nia, który można nazwać nieodwracalnym. Oznacza to, że po zawarciu umowy zamawiający nie może cofnąć się do etapu prowadzenia postępowania, nawet jeśli uzna czynność jego rozstrzygnięcia za nieprawidłową. Sama umowa może podlegać unieważnieniu z przyczyn opisanych w art. 146 p.z.p., jednak nie będzie to już czynność związana z postępowaniem.

Natomiast unieważnienie postępowania jest czynnością „unieważnialną”, tzn. zamawiający może swoją decyzję w tym zakresie zmienić (unieważnić decyzję o unieważnieniu postępowania), jeśli zostanie mu to nakazane przez KIO lub sąd albo jeśli uzna, że unieważnienie było bezpodstawne. Zamawiający wyrok taki powinien wykonać niezwłocznie, natomiast na autokorektę nie ma określonego terminu, ale niewątpliwie musi podjąć taką decyzję, zanim postępowanie po unieważnieniu w sposób naturalny „wygaśnie” – zamawiający zwróci wadla, oferty się zdezaktualizują i wykonawcy przestaną być nim zainteresowani.

Unieważnienie postępowania

Unieważnienie postępowania może nastąpić jedynie z określonych przyczyn, wskazanych enumeratywnie w art. 93 p.z.p., a jednocześnie, gdy przyczyny te wystąpią, unieważnienie jest obowiązkiem zamawiającego (przynajmniej w przypadku okoliczności wymienionych w ust. 1) – zresztą w dużej mierze jest to jedyna możliwa decyzja zamawiającego, ponieważ przesłanki te najczęściej odnoszą się

do okoliczności faktycznie uniemożliwiających zawarcie umowy ze względu na brak wykonawcy lub brak środków na sfinansowanie umowy, gdyż:

- 1) nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem punktu 2 i 3;
- 2) w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę nie złożono co najmniej dwóch ofert niepodlegających odrzuceniu;
- 3) w postępowaniu prowadzonym w trybie licytacji elektronicznej wpłynęły mniej niż dwa wnioski o dopuszczenie do udziału w licytacji elektronicznej albo nie została złożona żadna oferta;
- 4) cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty;
- 5) zostały złożone oferty dodatkowe o takiej samej cenie;
- 6) wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;
- 7) postępowanie obarczone jest niemożliwością do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jak wynika z powyższego, jedynie przesłanki unieważnienia podane w pkt 2, 3, i 5 są przesłankami formalnymi, narzuconymi przez ustawodawcę. Zastrzeżenia te w stosunku do trybu zapytania o cenę i licytacji elektronicznej niewątpliwie miały na celu zwiększenie konkurencyjności postępowań prowadzonych w tych trybach poprzez zapewnienie udziału więcej niż jednego wykonawcy oraz możliwego wyboru spośród więcej niż jednej oferty. Natomiast pkt 5 odnosi się do sytuacji opisanej w art. 91 ust. 5 p.z.p., przy czym ustawodawca w ustawie – Prawo zamówień publicznych zrezygnował z wcześniejszego rozwiązania przyjętego w ustawie z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664 z późn. zm.), tj. możliwości składania kolejnych ofert dodatkowych.

W art. 93 ust. 1a i 1b p.z.p. ustawodawca przewidział też dwie fakultatywne przesłanki unieważnienia postępowania, które zamawiający może zastosować, jeśli wszczynając postępowanie, poinformował o tym wykonawców, odpowiednio do trybu, w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub zaproszeniu do składania ofert. Również one wiążą się z brakiem środków na sfinansowanie zamówienia, a dotyczą sytuacji, gdy środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej oraz niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu EFTA (ust. 1a) albo środki służące sfinansowaniu zamówień na badania na-

ukowe lub prace rozwojowe (ust. 1b), które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane.

Kwestią otwartą – nieustaloną jeszcze przez orzecznictwo – pozostaje odpowiedź na pytanie, co zrobić w sytuacji, w której zamawiający nie przewidział możliwości unieważnienia postępowania, a jednocześnie nie może zapewnić alternatywnych środków na sfinansowanie zamówienia, gdyż jednocześnie zgodnie z zasadami finansów publicznych nie może zawrzeć umowy. Do momentu wprowadzenia ww. przepisów w podobnych sytuacjach uznawało się najczęściej, że zastosowanie ma przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p., tj. że – zgodnie ze stanem faktycznym – zamawiający nie może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwoty odpowiadającej cenie wybranej oferty. Dla możliwości unieważnienia postępowania konieczne jest nie tylko wystąpienie okoliczności opisanych w przepisie przewidującym podstawy unieważnienia, lecz także kompletne i czytelne zaprezentowanie ich w postępowaniu. Pełne, klarowne i rzeczywiste uzasadnienie tej decyzji jest obowiązkiem zamawiającego, tylko wtedy bowiem wykonawcy mają szansę poznać motyw, którymi kierował się zamawiający, gdy zostaną one w sposób pełny i czytelny zaprezentowane i tylko wtedy decyzja zamawiającego może zostać poddana rzeczywistej kontroli. Podanie spójnego i rzeczowego uzasadnienia jest szczególnie istotne,

gdy podstawa unieważnienia odnosi się do okoliczności niemających charakteru dających się wyczytać z przebiegu postępowania (jak np. brak niepodlegających odrzuceniu ofert), ale dotyczy sfery, o której wyłączną wiedzę ma zamawiający, jak przykładowo, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym¹⁸. Podobnie w wyroku z dnia 11 grudnia 2014 r. w sprawie C-440/13 *Croce Amica One Italia Srl v. Azienda Regionale Emergenza Urgenza (AREU)* (orzeczenie wstępne), LEX nr 1551852, TSUE podkreślił wymóg podania uzasadnienia decyzji o odwołaniu przetargu, który wynika z chęci zagwarantowania minimalnego poziomu przejrzystości oraz konieczności zagwarantowania środków ochrony prawnej.

Rezygnacja z wyboru kolejnej oferty

Odrębny sposób zakończenia postępowania – bez jego unieważnienia oraz zawarcia umowy – wynika z art. 94 ust. 3 p.z.p. Przepis ten stanowi, że jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchylił się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1 p.z.p. Z przepisu tego wynika, że de-

czyż co do wyboru kolejnej oferty została pozostawiona zamawiającemu („zamawiający może wybrać”), co zmieniło wcześniejszy obowiązek dokonania takiego wyboru wynikający z pierwotnego brzmienia tego przepisu („zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert”). Wykonawcom nie przysługuje więc roszczenie o wybór ich oferty i zawarcie z nimi umowy; jednocześnie zamawiający nie ma obowiązku unieważnienia postępowania, jeśli nie zachodzi żadna ze wskazanych w art. 93 p.z.p. przyczyn – zresztą jeśli owe przesłanki nie zaistniały, nie ma też ku temu podstaw prawnych. Należy jednak zauważyć, że pomimo powyższej możliwości, biorąc pod uwagę cel postępowania oraz wymóg lojalności wobec wykonawców, zamawiający powinien mieć racjonalny powód, dla którego kolejnej oferty nie wybierze.

Zamawiający i wykonawcy

Jak sama nazwa wskazuje, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w celu udzielenia owego zamówienia, czyli zawarcia umowy¹⁹. Pod pojęciem zamówień publicz-

¹⁸ Tak np. wyrok KIO z dnia 4 marca 2014 r., KIO 293/14, KIO 294/14, LEX nr 1438495.

¹⁹ Cel ten wynika z charakteru zamówień publicznych, mających służyć pozyskaniu przez państwo niezbędnych do jego działalności zasobów: zgodnie z art. 216 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.), środki finansowe na cele publiczne są gromadzone i wydatkowane w sposób określony w ustawie. Następnie ustawa o finansach publicznych w art. 44 ust. 4 przewiduje,

nych (art. 2 pkt 13 p.z.p.) kryją się bowiem właśnie umowy (odpłatne) zawierane poprzez publicznych zamawiających (wymienionych w art. 3 p.z.p.) z wykonawcami. Przedmiotem tych umów są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Biorąc jednak pod uwagę definicje usług, dostaw i robót budowlanych (art. 2 pkt 2, 8 i 10 p.z.p.), należy uznać, że zakres zamówień dotyczy zasadniczo pełnego spektrum umów, które nie zostały wyłączone ze stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych art. 4 i 4b p.z.p. lub przepisami innych ustaw.

Zgodnie z definicją art. 2 pkt 12 p.z.p. zamawiającym jest każda osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, zobowiązana do stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych, a wykonawcą – osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego (art. 2 pkt 11 p.z.p.).

Powyższa definicja wyjaśnia, dlaczego zamawiający, podając swoje nazwy, pomijają najczęściej dodatkowe określenia stosowane np. przez sąd, jak „Skarb Państwa”, jednostka organizacyjna gminy itd. (po-

że jednostki sektora finansów publicznych zawierają umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej.

dobnie w orzeczeniach KIO). Przy czym dana jednostka organizacyjna może być zamawiającym zupełnie oddzielnym od podmiotu nadrzędnego, np. osobnym zamawiającym może być gmina, a osobnym zależny od niej Zarząd Transportu Miejskiego. Decyzja o tym, czy dana jednostka organizacyjna uzyska status zamawiającego, jest podejmowana indywidualnie. Linia podziału będzie tu najczęściej posiadanie własnego budżetu i dysponowanie nim oraz samodzielność pozwalająca na dokonywanie wydatków.

Zamawiający mogą działać przez pełnomocników albo w grupach. Ustawa – Prawo zamówień publicznych przewiduje trzy główne rodzaje takich porozumień:

- 1) powierzenie przygotowania lub przeprowadzenia postępowania przez zamawiającego własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej – podmioty te działają jako pełnomocnicy zamawiającego (art. 15 ust. 2 i 3 p.z.p.);
- 2) wyznaczenie centralnego zamawiającego, który może przygotowywać i przeprowadzać postępowania, udzielać zamówień lub zawierać umowy ramowe, jeżeli zamówienie jest związane z działalnością więcej niż jednego zamawiającego – wyznacza go Prezes Rady Ministrów dla zamawiających z administracji rządowej (art. 15a p.z.p.); podobnie jednego zamawiającego mogą wyznaczyć minister oraz organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego dla podległych im jednostek (art. 16 ust. 3 i 4 p.z.p.);

3) wyznaczenie przez zamawiających, pragnących wspólnie przeprowadzić postępowanie i udzielić zamówienia, spośród siebie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz (art. 16 ust. 1 p.z.p.). Jakkolwiek nie ma tu analogicznego jak w art. 15 ust. 3 p.z.p. odniesienia do pełnienia roli pełnomocnika, zamawiający taki w oczywisty sposób staje się pełnomocnikiem owych zamawiających, status zamawiającego posiada zaś łącznie cała grupa zamawiających (art. 16 ust. 5 p.z.p.).

Jak przesądził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 kwietnia 2014 r., I CSK 207/14, LEX nr 1710337, w skład owej grupy zamawiających mogą wchodzić również podmioty nieposiadające statusu zamawiającego i niezobowiązane do działania w reżimie ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Również wykonawcy o zamówienie mogą ubiegać się indywidualnie lub w grupach. Status wykonawcy może w postępowaniu uzyskać osoba fizyczna, prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która jest zainteresowana uzyskaniem danego zamówienia, przy czym definicja zawarta w art. 2 pkt 11 rozróżnia trzy etapy: ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego, złożenie oferty oraz zawarcie umowy. Zależą one od etapu oraz trybu postępowania – wykonawcą „ubiegającym się” będzie podmiot zainteresowany złożeniem oferty,

także ten, któremu zamawiający to unieвозмоił lub utrudnił poprzez np. brak ogłoszenia o zamówieniu, brak zaproszenia do negocjacji/składania ofert, warunki udzielenia zamówienia, brak możliwości złożenia oferty (głównie w zakresie możliwości składania środków ochrony prawnej). Co do zasady status ten, po upływie terminu składania ofert, tracą podmioty, które nie złożyły oferty (oprócz ewentualnej możliwości wnoszenia środków ochrony prawnej) – ustawa – Prawo zamówień publicznych ujednoliciła tu nomenklaturę ustawy o zamówieniach publicznych, rezygnując z pojęcia oferenta. Również oferenci tracą status wykonawców, gdy zamawiający zawrze z jednym z nich umowę.

Dyrektywy unijne z 2004 r. posługują się, oprócz pojęcia wykonawcy, także pojęciami oferenta oraz kandydata – na oznaczenie wykonawcy, który złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (określenie to jest czasem używane w piśmiennictwie).

Możliwość wspólnego ubiegania się przez wykonawców o zamówienie publiczne została przyznana w art. 23 ust. 1 p.z.p. Do chwili wprowadzenia tego przepisu Sąd Najwyższy odmawiał takiej możliwości (por. wyrok SN z dnia 13 grudnia 1999 r., III CKN 478/98, LEX nr 39177). Przepis ten jest odpowiednikiem art. 4 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE i art. 11 ust. 2 dyrektywy 2004/17/WE.

Taką grupę wykonawców, ustawowo zwaną „wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia”, a popular-

nie „konsorcjum”, uznaje się najczęściej za byt podobny do spółki prawa cywilnego. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku z dnia 23 lipca 2010 r., X Ga 163/10, LEX nr 1713451, „tak rozumiane konsorcjum mieści się w modelu spółki prawa cywilnego uregulowanej w kodeksie cywilnym. Bowiem – zgodnie z art. 860 § 1 KC – przez umowę spółki wspólnicy zobowiązują się dążyć do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przez działanie w sposób oznaczony, w szczególności przez wniesienie wkładów. Jednakże w przypadku konsorcjum osiągnięcie wspólnego celu gospodarczego przez konsorcjantów z zasady nie przybiera formy wniesienia wkładów, co z kolei stanowi regułę w przypadku spółek cywilnych; w konsekwencji nie powstaje także wspólny majątek konsorcjantów, do którego powstania dochodzi w przypadku typowej spółki cywilnej. Z tego względu konsorcjum stanowi jedynie specyficzną spółkę prawa cywilnego [...] do której to umowy przepisy art. 860 i n. KC mogą znajdować zastosowanie posiłkowo”.

Ustawa – Prawo zamówień publicznych nie zawiera żadnych szczegółowych unormowań dotyczących wspólnego ubiegania się o zamówienie, podobnie jak obecnie obowiązujące dyrektywy.

W takim przypadku do grupy wykonawców (konsorcjum) odpowiednio stosuje się przepisy dotyczące wykonawcy (art. 23 ust. 3 p.z.p.), co oznacza m.in. że status wykonawcy ma cała grupa, a nie pojedynczy jej członkowie, a więc – jak wskazu-

ją orzecznictwo i piśmiennictwo – środki ochrony prawnej musi składać cała grupa łącznie, a także, co do zasady, w trakcie postępowania nie można dokonywać zmiany w składzie konsorcjum²⁰. Przyjmuje się także, że jeden podmiot może być członkiem tylko jednej grupy wykonawców, aby nie dopuścić do obejścia art. 82 ust. 1 p.z.p. zezwalającego wykonawcy na złożenie wyłącznie jednej oferty. Przykładowo Sąd Okręgowy w Częstochowie w wyroku z dnia 19 maja 2010 r., VI Ca 232/10, LEX nr 1713488, wskazał, że „w orzecznictwie przyjmuje się, że w sytuacji, gdy wykonawca składa ofertę wspólną z innymi wykonawcami, w ramach dwóch konsorcjów, oferty takie podlegają odrzuceniu, gdyż traktuje się je jako dwie oferty złożone przez jednego wykonawcę (wyrok KIO/ UZP 965/09 z 21.09.2009 i wyrok SO w Warszawie w sprawie V Ca 2446/09)”.

²⁰ W wyroku TSUE z dnia 23 stycznia 2003 r. w sprawie C-57/01 *Makedoniko Metro i Mikhaniki AE v. Elliniko Dimosio* (orzeczenie wstępne), LEX nr 145833, Trybunał wskazał, że przepisy dyrektyw nie stoją na przeszkodzie wprowadzeniu przepisów krajowych zabraniających zmian w składzie grupy wykonawców. Z kolei w wyroku z dnia 8 września 2005 r. w sprawie C-129/04 *Espace Trianon SA Espace Trianon SA i Société wallonne de location-financement SA (Sofibail) v. Office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'emploi (FOREM)* (orzeczenie wstępne), LEX nr 225709, Trybunał orzekł, iż prawo krajowe może wymagać, aby prawo do wniesienia środków ochrony prawnej przysługiwało tylko całej grupie wykonawców, a nie pojedynczym jej członkom.

Wykonawcy warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 p.z.p. mogą spełniać łącznie (jakkolwiek sposób owego łącznego spełniania zależy od warunku, tj. na ile jest on podzielny²¹), orzecznictwo jest tu rozbieżne w kwestii, na ile można łączyć poszczególne potencjały. Prawdopodobnie jednak choć częściową odpowiedź na to pytanie powinno dać orzeczenie TSUE w sprawie C-387/14 *Esaprojekt Sp. z o.o. v. Województwo Łódzkie*, curia.europa.eu.

Jest natomiast bezsporne, że podstawa wykluczenia (art. 24 p.z.p.) zachodząca w stosunku do któregośkolwiek z konsorcjantów powoduje wykluczenie całego konsorcjum.

Artykuł 23 ust. 2 p.z.p. stanowi jedynie, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy. Do dyspozycji tej w praktyce zwykle się czasem przykładają zbyt wielką wagę – przepis ten ma bowiem przede wszystkim znaczenie porządkujące. Trudno bowiem zakładać, by zamawiający miał prowadzić korespondencję ze wszystkimi członkami grupy i odbierać od nich po kolei oświadczenia, przysyłać zawiadomienia każde-

mu z nich itd. Problemem byłoby też, gdyby oświadczenia lub informacje przesyłane przez poszczególnych konsorcjantów były rozbieżne.

Artykuł 23 ust. 2 p.z.p. nie można też traktować jako przepisu zmieniającego ogólne regulacje prawa cywilnego dotyczące pełnomocnictwa, m.in. nie można z niego wywodzić zakazu samodzielne-go działania mocodawcy, np. podpisania oferty przez wszystkich członków konsorcjum łącznie. Warunkiem jednak takiego skutecznego działania jest – jak już wskazano powyżej – wspólne działanie wszystkich konsorcjantów jako grupowego mocodawcy. Artykuł 23 ust. 2 p.z.p. nie daje także podstaw do odrzucenia oferty z powodu braku wyznaczenia pełnomocnika, jeśli sama oferta została prawidłowo podpisana (udzielenie pełnomocnictwa jest odrębnym oświadczeniem od oświadczenia będącego ofertą). Nie ma także przeszkód, by zamawiający zażądał wyznaczenia pełnomocnika w trakcie postępowania. Pełnomocnika można także zmienić w trakcie postępowania.

Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Lublinie w wyroku z dnia 1 września 2010 r., IX Ga 175/10, „konsorcjum powołane w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego powstaje w wyniku podpisania przez przedsiębiorców umowy regulującej współpracę tych podmiotów (wykonawców). Nadto wykonawcy ustanowić muszą pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia

²¹ Por. wyrok SO w Szczecinie z dnia 12 listopada 2014 r., VIII Ga 327/14, Portal OSP; K. Horubski, T. Kocowski, *Spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie*, Prawo Zamówień Publicznych. Kwartalnik 2014, nr 1, s. 40 i n.

albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 23 p.z.p.). Cofnięcie pełnomocnictwa nie ma wpływu na byt umowy niezależnie od tego, czy pełnomocnictwo zostało udzielone odrębnym aktem, czy też jest częścią tej umowy. Tylko skuteczne wypowiedzenie umowy regulującej współpracę może zakończyć byt konsorcjum. Sytuacja taka byłaby porównywalna z ustaniem osoby prawnej wraz z jej wykreśleniem z właściwego rejestru bądź śmiercią osoby fizycznej. Wówczas nie można byłoby oczywiście podpisać umowy z wykonawcą, a oferta przestałaby wiązać”.

Wbrew powszechnej opinii dotyczącej konsorcjum, aż do momentu zawarcia umowy, kiedy to zastosowanie znajdzie solidarność wynikająca z art. 141 p.z.p., brak jest podstaw do twierdzenia, by wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia odpowiadali przed zamawiającym w sposób solidarny. Tym samym rozpad konsorcjum spowoduje niemożność zawarcia umowy z zamawiającym, co wynika wprost z art. 7 ust. 3 p.z.p. i wywodzonej z niego konieczności zachowania tożsamości wykonawcy – a w tym wypadku, grupy wykonawców.

Wykonawca w trakcie postępowania musi zachować swoją tożsamość – dotyczy to, jak już wskazano, grupy wykonawców oraz wykonawców ubiegających się o zamówienie samodzielnie. Konieczność ta wynika z zasady art. 7 ust. 3 p.z.p., zgod-

nie z którą zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych, tj. m.in. takiemu, który brał udział w postępowaniu. Zasada ta oznacza także zakaz cesji zamówienia na inny podmiot – czy to w czasie samego trwania postępowania, czy też w trakcie późniejszej realizacji zamówienia.

Nie oznacza to jednak, że niedopuszczalne są same przekształcenia podmiotowe wykonawców. Do jednej z takich sytuacji odnosi się wyrok SO w Gdańsku z dnia 19 marca 2010 r., XII Ga 106/10, LEX nr 1713458, dotyczący przejęcia w całości spółki, która nabyła uprawnienie do złożenia oferty w postępowaniu. Sąd wskazał, że w takim wypadku następuje prawny (spółka przejmująca) wstępuje w całokształt sytuacji prawnej poprzednika, a procedura oceny nowego podmiotu stanowi kontynuację oceny dotychczasowej oferty. Nie ma tu więc miejsca sytuacja, w której do postępowania wstępuje zupełnie nowy podmiot.

Kwestią cesji praw na inny podmiot – już na etapie wykonania umowy – zajmował się też Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 stycznia 2004 r., V CK 97/03, LEX nr 108158. Wyrok ten dotyczył co prawda jeszcze umowy zawartej w ramach ustawy o zamówieniach publicznych, jednak sam cel i reguły prowadzenia postępowania oraz zawierania umów w tym zakresie nie zmieniły się, ustalenia Sądu Najwyższego pozostają więc w tym zakresie aktualne: „Sąd Apelacyj-

ny nie kwestionował możliwości wejścia osoby trzeciej w miejsce strony umowy wzajemnej, przyjął tylko niedopuszczalność sukcesji praw i obowiązków wynikających z umowy zawartej w wyniku przetargu, gdyż sprzeciwia się ona ustawie (art. 12a u.z.p.). Stanowisko to jest trafne, o czym świadczy jednoznaczna treść art. 12a z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664 ze zm.). Zamówienie publiczne może być udzielone bowiem wyłącznie dostawcy lub wykonawcy, który został wybrany na zasadach określonych w ustawie, a więc takiemu oferentowi, który uczestniczył w jawnym przetargu i był poddany rygorom procedury przetargowej. Powódka natomiast nie uczestniczyła w przetargu, a nawet nie istniała w 1999 roku. W istocie więc § 1 ust. 2 lit. b umowy z dnia 1 czerwca 1999 r., jak również umowa z dnia 30 maja 2000 r. miały na celu umożliwienie «przejęcia» zamówienia publicznego przez podmiot nieuprawniony, z obejściem rygorów owych. Przepis art. 12a u.z.p. ma charakter bezwzględnie obowiązujący, przeto nie może być «korygowany» wolą stron. W doktrynie i judykaturze podkreśla się, że mamy tu do czynienia z ograniczeniem zasady swobody umów wyrażonej w art. 353¹ k.c. (zob. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 1999 r., III KKN 478/98, OSNC 2000, z. 6, poz. 118, z dnia 28 czerwca 2000 r., IV KKN 70/00 – niepubl. oraz z dnia 10 kwietnia 2003 r., III KKN 1320/00 – niepubl.). Wynika to

z celu ustawy o zamówieniach publicznych, eksponującego interes publiczny, eliminującego sytuacje korupcjogenne. Powódka nie może więc powoływać się na uzgodnienia zamawiającego i wykonawcy w przedmiocie «cesji na nią praw i obowiązków wynikających z umowy z dnia 1 czerwca 1999 r.» Uzgodnienia te, wyrażone w § 1 ust. 2 lit. b umowy poprzedzającej, są bowiem nieważne (art. 72 ust. 2 u.z.p.). Nieważną jest również – jak trafnie stwierdził Sąd Apelacyjny – umowa z dnia 30 maja 2000 r., gdyż prowadzi do obejścia bezwzględnie obowiązującego przepisu art. 12a u.z.p. (art. 58 § 1 k.c.). Wyrażone przez Sąd Najwyższy stanowisko należy odnieść także do zmiany wykonawcy w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Sanowanie czynności z inicjatywą zamawiającego

Celem postępowania jest wybór wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa, czyli tzw. wybór oferty najkorzystniejszej (bądź też najkorzystniejszej dla danej części).

Oferta najkorzystniejsza została zdefiniowana w art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 p.z.p. generalnie jako oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans z góry ustalonych przez zamawiającego kryteriów oceny oferty. Jest to więc pojęcie prawne, którego nie należy utożsamiać ze stwierdzeniem, iż taka oferta jest rzeczywiście najkorzystniejsza ekonomicznie, technicznie czy z jakich-

kolwiek innych powodów. Częstokroć bowiem poza postępowaniem można by było uzyskać oferty korzystniejsze, a sama procedura – w wyniku wykluczania wykonawców, odrzucania ich ofert albo niewłaściwie dobranych kryteriów oceny, warunków udziału w postępowaniu czy wymogów co do przedmiotu zamówienia – może doprowadzić do eliminacji ofert, które bardziej odpowiadałyby zamawiającemu od ostatecznie wybranej. Nie zmienia to faktu, że poprzez prawidłowe przygotowanie, a następnie przeprowadzenie postępowania zamawiający może zwiększyć prawdopodobieństwo tego, by oferta najkorzystniejsza formalnie była też ofertą najkorzystniejszą faktycznie.

Z drugiej strony, choć zamawiający może być zmuszony wybrać ofertę, której nie uważa za najlepszą, to nie może świadomie doprowadzić do tego, by była to oferta nie najkorzystniejsza z punktu formalnego. Byłoby to wadą postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. – ze względu na przywoływany już art. 7 ust. 3 oraz art. 146 ust. 6 p.z.p. byłyby to bowiem czynność zamawiającego (wybór oferty nie najkorzystniejszej) oraz zaniechanie dokonania czynności (wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty) z naruszeniem przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych, które „miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania”.

Sposobem weryfikacji, czy wybór oferty został dokonany prawidłowo,

jest kontrola Prezesa UZP uprzednia (art. 169 i n. p.z.p.), doraźna przed zawarciem umowy (art. 165 i n. p.z.p.), a także środki ochrony prawnej przysługujące wykonawcom. W ich wyniku zamawiający może zostać zobowiązany do unieważnienia, powtórzenia lub przeprowadzenia nowych czynności (np. art. 171 ust. 1 pkt 3, art. 192 ust. 3 pkt 1, art. 186 ust. 2 i 3 p.z.p.). Jednak obie te sytuacje wymagają inicjatywy podmiotów zewnętrznych w stosunku do zamawiającego. Do tego Prezes UZP jest w stanie skontrolować jedynie nikłą liczbę postępowań, a możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej jest istotnie ograniczona warunkami formalnymi, w szczególności krótkim terminem prekluzyjnym, wysokimi kosztami wpisu oraz art. 180 ust. 2 p.z.p.

Sytuacje te nie obejmują także stanów faktycznych, w których zamawiający sam stwierdzi, że dokonane przez niego czynności są nieprawidłowe. Ze względu na brak wyraźnego uregulowania tej materii w ustawie istnieją rozbieżne stanowiska co do tego, czy zamawiający może z własnej inicjatywy dokonać czynności korygujących. Przykładem takich rozbieżnych stanowisk są orzeczenia SO w Poznaniu z dnia 2 kwietnia 2015 r., X Ga 85/15, oraz SO w Katowicach z dnia 14 maja 2015 r., XIX Ga 176/15.

W pierwszym z nich sąd wskazał: „Słusznie bowiem Izba uznała, iż zamawiający obowiązany jest dokonać wyboru oferty zgodnej z wymaganiami SIWZ, zaś jeśli dostrzeże, choćby po dokonany wcześnie-

niej wyborze oferty, że jest ona obarczona wadami uzasadniającymi jej odrzucenie, ma podstawę, by uchylić dokonane czynności celem doprowadzenia postępowania do zgodności z przepisami, niezależnie od tego czy odbyłoby się to po wniesieniu odwołania i czy wynikałoby z wyroku Izby”. Z kolei według sądu katowickiego „nie można się wszakże zgodzić z tezą zaskarżonego wyroku, że po rozstrzygnięciu odwołania Skarżącego od czynności Zamawiającego z dnia 30 października 2014 r. – na mocy postanowienia KIO z dnia 1 grudnia 2014 r. Zamawiający był uprawniony do zmiany własnej decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty dnia 17 grudnia 2014 r. Postępowanie przetargowe zostało bowiem zakończone, a zatem wnosząc *a contrario* z art. 183 ust. 1 p.z.p. Zamawiający winien był zawrzeć umowę z wykonawcą, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Co jedynie Zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p.”

Należy zgodzić się z uzasadnieniem pierwszego z tych wyroków. Po pierwsze bowiem, jak już wskazano powyżej, wybór oferty najkorzystniejszej nie jest zakończeniem postępowania (co potwierdził Sąd Najwyższy), a decyzja o wyborze danej oferty nie ma charakteru definitywnego. Po drugie zawarty w art. 183 ust. 1 p.z.p. zakaz zawarcia umowy przed rozstrzygnięciem odwołania jest jedynie środkiem

zabezpieczającym interesy wykonawców uczestniczących w postępowaniu (a także i zamawiającego przed konsekwencjami potencjalnie błędnej decyzji) i w żadnej mierze nie może być odczytywany jako zgoda ustawodawcy na zawarcie niezgodnej z prawem umowy. Po trzecie w drugim orzeczeniu sąd zdaje się sugerować, że zamawiający powinien zawrzeć umowę, pomimo że dokonał błędnego wyboru, a więc umowy podlegającej unieważnieniu (art. 146 ust. 6 p.z.p.). Po czwarte unieważnienie z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. może nastąpić, zgodnie z brzmieniem tej przesłanki, jeśli wada jest nieusuwalna, a taką nie jest przed zawarciem umowy. Po piąte – co również podnoszone było powyżej – celem prowadzonego postępowania jest udzielenie zamówienia, i to udzielenie go zgodnie z wymogami procedury, zatem czynności zamawiającego powinny zmierzać do tego, by zakończyło się ono w pierwszym rzędzie zawarciem (prawidłowej) umowy. Po szóste ustawa nie wprost, ale dopuszcza korektę czynności – jak możliwość zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy ogłoszenia o zamówieniu (np. art. 38 ust. 4–4b, art. 11 ust. 4, art. 12 ust. 4, art. 12a p.z.p.). Po siódme takie działanie mieści się w ramach działania zamawiającego z należytą starannością, o którym mowa w art. 355 k.c., a do którego zamawiający jest zobowiązany bez żadnych dodatkowych regulacji.

Z powyższych powodów stanowisko popierające samodzielną korektę decyzji zamawiającego jest przeważające, a poglądy przeciwnie są odosobnione. Rozważania na ten temat pojawiają się również w wyrokach KIO m.in.: z dnia 28 grudnia 2010 r., KIO 2685/10, KIO 2686/10, Portal UZP; z dnia 21 czerwca 2011 r., KIO 1231/11, LEX nr 852318; z dnia 10 października 2012 r., KIO 2037/12, KIO 2047/12, LEX nr 1226983; z dnia 2 września 2014 r., KIO 1705/14, LEX nr 1532536.

Także orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej zdaje się potwierdzać możliwość samodzielnej korekty przez zamawiającego podjętych wcześniej czynności – tak wynika z uzasadnienia wyroku z dnia 8 maja 2014 r. w sprawie C-161/13 *Idrodinamica Spurgo Velox srl i inni v. Acquedotto Pugliese SpA*, LEX nr 1455341, która co prawda dotyczyła terminu wniesienia skargi na nową decyzję zamawiającego, podjętą po przyjęciu decyzji o udzieleniu zamówienia, jednak w uzasadnieniu tego wyroku Trybunał wskazał, że jeśli decyzja dotyczy jednego z istotnych elementów wpływających na przyjęcie decyzji o udzieleniu zamówienia, to należy zastosować wszelkie niezbędne środki przewidziane w prawie krajowym w celu usunięcia takiej nieprawidłowości, włączając w to również zorganizowanie nowego postępowania.

Należy przy tym zwrócić uwagę na charakter czynności rozstrzygnięcia po-

stępowania (wyboru najkorzystniejszej oferty) – podkreśla się, że nie należy traktować jej wprost jako oświadczenia woli (art. 61 k.c.), od którego zamawiający mógłby się uchylić wyłącznie w razie wystąpienia wad, np. błędu w rozumieniu art. 84 k.c. Informację tę można bowiem potraktować jako czynność zamawiającego poprzedzającą złożenie oświadczenia woli, tj. zawarcie umowy, która ze swojej istoty nie jest czynnością definitywną i nieodwoływalną, skoro może zostać zmieniona choćby w ramach środków ochrony prawnej (tak np. w wyroku z dnia 8 maja 2015 r., KIO 873/15, Portal NP).

Czynność tę można też uznać za oświadczenie wiedzy – tak wskazał Sąd Okręgowy w Koszalinie w wyroku z dnia 8 listopada 2010 r., VII Ca 725/10: „Przepis art. 61 k.c. nie mógł zostać naruszony, gdyż dotyczy on oświadczeń woli. Tymczasem ani pismo Zamawiającego z 17.08.2010 r., ani jego pismo z 18.08.2010 r. nie zawierało oświadczenia woli, lecz oświadczenie wiedzy o wyniku oceny ofert. [...] Skuteczność odwołania błędnego oświadczenia wiedzy nie zależała od warunku wymienionego w art. 61 § 1 zd. 2 k.c., tj. jednoczesnego lub wcześniejszego jego dojścia do adresata niż dojście oświadczenia błędnego”.

Sama zaś ustawa w art. 92 p.z.p. określa tę czynność jako zawiadomienie („zamawiający zawiadamia wykonawców”), a wy-móg ten jest przez komentatorów wią-

zany z zasadą jawności postępowania²²

²² Tak np. w *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. T. Czajkowski, Warszawa 2007, s. 318: „Obowiązek zawiadomienia wykonawców, o którym mowa, wynika z zasady jawności postępowania, o udzielenie zamówienia, a w przypadku zawiadomienia wykonawcy odrzuconego i wykluczonego także z obowiązku zapewnienia im możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej”. Należy tu jednak zauważyć, że obowiązek zapewnienia wykonawcom możliwości korzystania ze środków ochrony nie dotyczy tylko wykluczeń

i obowiązkiem informacyjnym zamawiającego, a nie cywilistycznym oświadczeniem woli.

Ów obowiązek informacyjny zamawiającego uwypuklony jest m.in. w wyrokach SO w Warszawie z dnia 7 grudnia 2011 r., V Ca 2248/11, i SO w Gdańsku z dnia 27 kwietnia 2015 r., XII Ga 108/15.

i odrzucenia ofert, ale również często także właśnie wyboru najkorzystniejszej oferty.

ROZDZIAŁ 3

SPECYFIKACJA

ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

Kształtowanie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia

45. Wyrok SO w Poznaniu z dnia 4 grudnia 2013 r., X Ga 609/13, oddalający skargę zamawiającego od wyroku KIO z dnia 23 sierpnia 2013 r., KIO 1957/13, LEX nr 1405583

• kształtowanie SIWZ • rola SIWZ

Dla oceny zasadności skargi koniecznym jest wskazanie na rolę Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Treść SIWZ określa przepis art. 36 ustawy prawo zamówień publicznych (dalej „pzp”). Nie powinno budzić wątpliwości, że SIWZ jest jednym z podstawowych dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i co najistotniejsze, podstawowym dokumentem, na podstawie którego

Wykonawcy przygotowują oferty. Specyfikacja oznacza wymienienie, wyliczenie szczegółowego opracowania istotnych warunków zamówienia, których spełnienia Zamawiający oczekuje od Wykonawców w składanych przez nich ofertach. Jest to tym bardziej istotne, gdy zważyć, tak jak w niniejszym postępowaniu, że kryterium wyboru oferty była najniższa cena. A zatem potencjalni wykonawcy, przygotowując ofertę powinni kierować się jasnymi, precyzyjnymi i jednoznacznymi kryteriami określonymi w SIWZ przez Zamawiającego co do sposobu i możliwości wykonania zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza ze wszech miar trafnie uznała, że zaskarżone przez Odwołującego i uwzględnione przez KIO zapisy SIWZ są sprzeczne z przedstawioną wyżej istotą SIWZ określoną art. 36 ustawy „pzp” i tym samym nastąpiło naruszenie przepisów ustawy „PZP”, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

46. Wyrok SO w Krakowie z dnia 29 stycznia 2013 r., XII Ga 515/12, oddalający skargę odwołującego od wyroku KIO z dnia 31 października 2012 r., KIO 2285/12, LEX nr 1228191

• kształtowanie SIWZ • zastosowanie stanu prawnego znanego na dzień wszczęcia postępowania

Kwestią kluczową dla oceny rozstrzygnięcia jest wskazanie przepisów regulujących przedmiot zamówienia jako miarodajnych na datę przygotowania ogłoszenia w postępowaniu z zamówienia publicznego. Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 09 października 2012 r., przy czym przedmiot zamówienia obejmował świadczenie usług pocztowych od dnia 01 stycznia 2013 r. W ocenie Sądu Okręgowego, zgodnie z podstawową zasadą obowiązującą w ustawodawstwie – zasadą niedziałania prawa wstecz, dany podmiot jest co do zasady zobligowany do stosowania reguł wynikających z ustawy obowiązującej w chwili podjęcia określonej aktywności w sferze prawa tak materialnego, jak i procesowego. Mając to na uwadze należy przyjąć, że w chwili wszczęcia postępowania z zamówienia publicznego, zamawiający zobowiązany i uprawniony był do określenia przedmiotu zamówienia oraz jego warunków zgodnie z przepisami ustawy Prawo pocztowe obowiązującymi w tej dacie. Na etapie bowiem przygotowania postępowania skutek deregulujący Dyrektywy Trzeciej jeszcze nie nastąpił, a nowe przepisy prawa krajowego

wego pozostawały w fazie projektu. Oczywiście jest, że przepisy te miały być dostosowane do zasad wynikających z uregulowań europejskich co najmniej w takim zakresie, jaki wynikał z dążenia do uwolnienia konkurencji na rynku usług pocztowych. Nie można jednak wykluczać takiej sytuacji, w której zmiany poszłyby dalej. Stąd zamawiający w sposób w pełni uprawniony porusza się w granicach ustalonych obowiązującymi na datę wszczęcia postępowania przepisami.

47. Wyrok SO w Warszawie z dnia 28 listopada 2014 r., V Ca 3383/14, oddalający skargę zamawiającego od wyroku KIO z dnia 2 września 2014 r., KIO 1688/14, LEX nr 1532522

• kształtowanie SIWZ • kryteria oceny ofert • kryterium ceny netto

Nie jest zasadny zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 ustawy Pzp w związku z pkt 46 preambuły Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (zwanej dalej „Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady”) oraz art. 53 ust. 1 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady.

Zamawiający nie miał prawa wprowadzenia jako podkryterium ceny netto w ramach kryterium ceny brutto. Tym bardziej, że nadając temu podkryterium wagę 25% (przy nadaniu kryterium ceny łącznie 30%) uznał, że decydujące jest kryterium ceny netto.

Trafnie wskazuje KIO, że ustawa Prawo Zamówień Publicznych definiuje pojęcie ceny, odsyłając do ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. poz. 915)²³, gdzie jako cenę rozumienie się cenę wraz z podatkiem VAT, a więc cenę brutto.

Skoro to pojęcie zostało zdefiniowane w Prawie Zamówień Publicznych, brak było podstaw do wprowadzenia w SIWZ-ie dodatkowej definicji ceny.

Wyjaśnienia skarżącego w tym zakresie nie zasługują na aprobatę i słusznie wskazało KIO, że w sytuacji, gdy zamawiający chce przeciwdziałać nieuczciwym praktykom rynkowym (poprzez tworzenie nowych podmiotów jedynie w celu skorzystania z ulgi od podatku VAT), ma do dyspozycji inne instrumenty, jak możliwość odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p.

48. Wyrok SO w Warszawie z dnia 3 grudnia 2013 r., V Ca 3065/13, oddalający skargę odwołującego od wyroku KIO z dnia 14 sierpnia 2013 r., KIO 1831/13²⁴, LEX nr 1400613

• *kształtowanie SIWZ* • *zmiana SIWZ* • *wykonanie wyroku KIO dotyczącego zmiany SIWZ* • *kryteria oceny ofert*

²³ Obecnie art. 2 pkt 1 p.z.p. odwołuje się do art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. poz. 915).

²⁴ Przywołany w wyroku stan prawny jest jedynie częściowo aktualny. Obecnie art. 2 pkt 1 p.z.p. odwołuje się do art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 u.i.c.t.u.

W przedmiotowej skardze skarżący zarzuca niewykonanie przez zamawiającego wyroku KIO z 4 czerwca 2013 r.²⁵, którym to jego zdaniem zamawiający był związany, co w jego ocenie stanowi naruszenie art. 185, 7 i 197 pkt 4 ustawy Pzp. Przedmiotem rozpoznania w niniejszej sprawie może być zatem jedynie, czy zamawiający był uprawniony do dokonania zmian SIWZ niezgodnie z treścią wyroku KIO z 4 czerwca 2013 r. i czy taka zmiana narusza zasady związania wyrokiem KIO i uczciwej konkurencji.

Odnosząc się do zarzutów skargi Sąd Okręgowy zauważa, że zgodnie z art. 2 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publiczny (Dz.U.2013.907 j.t.) przez najkorzystniejszą ofertę należy rozumieć – ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo ofertę z najniższą ceną, a w przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący – ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. Zaś definicja ceny odwołuje się do znaczenia nadanego przez ustawodawcę w art. 3 ust. 1 pkt 1 usta-

Również w związku z wprowadzeniem art. 91 ust. 2a p.z.p. zmieniły się zasady stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert i ceny jako jedynego kryterium oceny ofert.

²⁵ Wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2013 r., KIO 1126/13, KIO 1128/13, KIO 1132/13 i KIO 1133/13, LEX nr 1350279.

wy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach [...]. Zgodnie z tym przepisem ceną jest „wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towarów (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Pomimo że przytoczona definicja posługuje się pojęciami kupującego i przedsiębiorcy, na gruncie ustawy stosuje się ją do wszystkich rodzajów zamówień, a więc dostaw, usług i robót budowlanych, jak też do wszystkich typów umów nazwanych i nienazwanych, które są umowami w sprawie zamówienia publicznego. Nie będzie miało też znaczenia dla prawidłowego zastosowania przepisów, czy wykonawca zamówienia jest przedsiębiorcą, czy też innym podmiotem.

Definicja najkorzystniejszej oferty ma zatem kluczowe znaczenie dla postępowania o zamówienie publiczne. Ustawa przez to pojęcie nakazuje rozumieć:

- 1) ofertę z najniższą ceną, jeżeli jedynym kryterium oceny ofert jest cena,
- 2) ofertę przedstawiającą najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert.

Sąd Okręgowy podziela pogląd zamawiającego i KIO, że ofertę najkorzystniejszą definiuje dla każdego postępowania odrębnie sam zamawiający, ustalając kryteria oceny ofert i nadając im znaczenie (wagę). W przypadku wyboru trybu zapytania o cenę lub licytacji elektronicznej zamawiający już w momencie

podejmowania decyzji o wyborze trybu wskazuje, że ofertą najkorzystniejszą będzie oferta najtańsza, gdyż w tych trybach jedynym dopuszczalnym ustawowo kryterium oceny ofert jest cena. W każdym jednak postępowaniu zamawiający, który ma najlepszą wiedzę o tym, co chce zamówić i jakie wymogi przedmiot zamówienia powinien spełniać, definiując kryteria, sam podejmuje decyzję o tym, jaka oferta będzie dla niego najkorzystniejsza. Jednocześnie jednak, pamiętając o konieczności stosowania prawspółnotowej wykładni prawa, warto przypomnieć, że przepisy dyrektyw 2004/17/WE oraz 2004/18/WE nieco inaczej rozstrzygają tę samą kwestię. W pkt 46 preambuły do dyrektywy 2004/18/WE oraz pkt 55 preambuły do dyrektywy 2004/17/WE ustawodawca europejski wskazał, że należy dopuszczać stosowanie dwóch kryteriów udzielania zamówień: „najniższa cena” oraz „oferta najkorzystniejsza ekonomicznie”. W każdym więc przypadku, tj. zarówno zastosowania jedynie kryterium cenowego, jak i stosowania innych kryteriów wraz z kryterium ceny, procedura udzielenia zamówienia ma prowadzić do wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, co determinuje konieczność ustalania innych kryteriów pod kątem osiągnięcia efektu ekonomicznego. KIO ma także rację, że tylko w trzech sytuacjach prawo zamówień publicznych nakazuje zamawiającemu zastosowanie innych kryteriów niż cena, wskazując tym samym, że ofertą najkorzystniejszą w takim postępowaniu będzie zawsze oferta przedstawiająca najkorzystniejszy bilans wskazanych przez zamawiającego cech. [...]

Ustawa Pzp nie wyznacza przy tym żadnych limitów dla określania znaczenia kryteriów oceny ofert, a przez to uzyskania najkorzystniejszej oferty. Jedynie jednostki sektora finansów publicznych zgodnie z art. 44 ust. 3 u.f.p. mają obowiązek dokonywać wydatków w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu zamierzonych celów, umożliwiając terminową realizację zadań oraz w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań. Ci zamawiający, efekt ten powinni osiągać przez prawidłowe i umiejętne stosowanie przepisów prawa zamówień publicznych.

Przenosząc powyższe na grunt badanej sprawy, w ocenie Sądu Okręgowego KIO ma rację twierdząc, że zamawiający mimo treści wyroku KIO z dnia 4 czerwca 2013 r. był władny dokonać zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez odstąpienie od dodatkowego kryterium przyjętego w pierwotnej specyfikacji tj. kryterium jakościowego i poprzestaniu tylko na kryterium cenowym. Zmiana ustawy prawa zamówień publicznych dokonana w dniu 4 września w 2009 r., która uchyliła ust. 5 i zmieniła ust. 4 art. 38 ustawy Pzp, wprowadziła tym samym dopuszczalność zmiany specyfikacji. W poprzednim stanie prawnym obowiązywał zakaz takiej zmiany w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert. Obecnie zatem zamawiający ma prawo dokonania zmian w treści SIWZ w pełnym zakresie i właściwie bez żadnych ograniczeń. Jedynym warunkiem dokonania

takich zmian jest wystąpienie uzasadnionych okoliczności, przy czym żaden przepis prawa nie określa, co należy rozumieć pod tym pojęciem. Zaś zgodnie z poglądami doktryny i stanowiskiem orzecznictwa można przyjąć, że praktycznie każda potrzeba będzie uzasadniona i trudno będzie ją podważyć.

Sąd Okręgowy orzekający w niniejszej sprawie podziela stanowisko KIO wyrażone w wyroku z 7 maja 2013 r., KIO 898/13, że zamawiający nie musi wykazywać szczególnej sytuacji związanej z postępowaniem, w wyniku której musiałby dokonywać zmiany SIWZ. Takiego wymogu nie stawia ani przepis art. 38 Pzp, ani inne przepisy tej ustawy. Zmiana SIWZ zatem może nastąpić w każdym czasie. Jedynym ograniczeniem jest termin składania ofert. Konieczność zmian SIWZ może wynikać zarówno z otrzymywanych od wykonawców pytań zmierzających do wyjaśnienia jej treści, z uwzględnienia odwołania, jak też z inicjatywy samego zamawiającego, czy to na skutek pytań wykonawców co do treści SIWZ czy też na skutek dokonania przez zamawiającego zmiany oceny swoich potrzeb. Biorąc powyższe wskazania pod uwagę i przenosząc je na grunt badanej sprawy w ocenie Sądu Okręgowego zamawiający miałby obowiązek wykonania wyroku KIO z dnia 4 czerwca 2013 r. w punkcie 1.2 w taki sposób, by kryteria oceny ofert według kryteriów uwzględniały hierarchię sposobów postępowania z odpadami wskazane w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, tylko wtedy gdyby nie uległy zmianie okoliczności faktyczne sprawy i w dalszym ciągu kryteria oceny ofert opie-

rałyby się na cenie i jakości. W tym zakresie zamawiający był związany treścią wyroku KIO. Zmiana okoliczności faktycznych w postaci zmiany SIWZ w zakresie kryterium oceny ofert spowodowała w ocenie Sądu Okręgowego, że zamawiający nie był już związany treścią wyroku KIO z 4 czerwca 2013 r.

Zdaniem Sądu Okręgowego, na gruncie obecnego art. 38 ustawy pzp, prawo zamawiającego do modyfikacji treści SIWZ nie zostaje ograniczone tym, że pierwotne brzmienie SIWZ było przedmiotem orzeczenia KIO lub Sądu. Wykonawcy bowiem posiadali środki ochrony prawnej do zaskarżenia zmodyfikowanej treści SIWZ co wynika wprost z treści art. 180 ust. 1 Pzp. Trzeba mieć na uwadze, że treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie może być kwestionowana przez wykonawców na etapie po ocenie ofert, albowiem jest wiążąca zarówno dla wykonawców jak dla zamawiającego. Odstąpienie przez zamawiającego na obecnym etapie od warunków niezaskarżonej SIWZ stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. [...]

Na marginesie Sąd Okręgowy zauważa, że zmiana SIWZ nie została przez wykonawców zaskarżona. O zmianie SIWZ zamawiający zawiadomił wykonawców, zamieścił publikację o zmianie ogłoszenia o zamówieniu oraz przedłużył termin składania ofert. Nadto należy podnieść, iż nawet w pierwotnej specyfikacji kryterium cenowe zostało przez zamawiającego postawione na pierwszym miejscu. Jego ważność i istotność zamawiający określił na poziomie 55, a kryterium jakościowe-

mu nadał mniejsze znaczenie i określił jego istotność na poziomie 45.

Wbrew zarzutom skargi wskazane zachowanie zamawiającego nie naruszyło również zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wszyscy wykonawcy zainteresowani postępowaniem [...] otrzymali informacje o zmianach SIWZ oraz o zmianie terminu składania i otwarcia ofert oraz specyfikacje i co wiadomo Sądowi z urzędu, złożyli swoje oferty. [...]

Sąd Okręgowy podziela również ocenę Krajowej Izby Odwoławczej, że w obecnym stanie faktycznym, tj. po modyfikacji postanowień SIWZ z dnia 18 lipca 2013 r. zmieniony został sposób rozliczania usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z ryczałtowego na kosztorysowy – ceny za jedną tonę odpadów, co znacząco wpływa na sposób szacowania przez wykonawcę kosztów całej usługi. Zasady rozliczenia usługi stały się zatem realne i wskazują na ekwiwalentność świadczeń stron w toku wykonywania umowy. Cena kosztorysowa winna obejmować wszystkie koszty i składniki wraz z narzutami niezbędne do wykonania zamówienia. Mając dane co do ilości szankowej odpadów w każdym zadaniu oraz wymagania zamawiającego co do pojemników i worków, w ocenie Sądu Okręgowego wykonawcy bez większego trudu mogą wyliczyć niezbędne dla wykonania zamówienia ilości zarówno pojemników jak i worków. Taki opis przedmiotu zamówienia w ocenie Sądu Okręgowego nie narusza zasady uczciwej konkurencji, albowiem nie preferuje żadnego z wykonawców.

Ze względów omówionych wyżej zmiana SIWZ w tym przedmiocie także była dopuszczalna. Zaś zamawiający był związany treścią wyroku KIO tylko w stanie faktycznym rozpatrywanym przez skład orzekający w dniu 4 czerwca 2013 r. Zmiana sposobu rozliczenia usługi na inny spowodowała, że zamawiający nie był związany wskazaniami KIO. Także termin wykonania zamówienia w ocenie Sądu Okręgowego został określony przez zamawiającego w sposób prawidłowy i precyzyjny. Termin ten został określony z jednej strony wystąpieniem zdarzenia, jakim jest zawarcie umowy, a z drugiej strony datą 31 stycznia 2017 r. Terminy wykonania czynności przygotowawczych w ocenie Sądu Okręgowego także nie budzą wątpliwości.

49. Wyrok SO w Krakowie z dnia 27 czerwca 2012 r., XII Ga 152/12, oddalający skargę zamawiającego od wyroku KIO z dnia 25 stycznia 2012 r., KIO 91/12, LEX nr 1110261

• kształtowanie SIWZ • zmiana SIWZ • wykonanie wyroku KIO dotyczącego zmiany SIWZ • kryteria oceny ofert • ciężar dowodu wykazania utrudniania uczciwej konkurencji poprzez brzmienie postanowień SIWZ

Istota przedmiotowego sporu zasadza się *de facto* na twierdzeniu odwołującego o naruszeniu przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 7 pzp. Naruszenie to ma przejawiać się w takiej konstrukcji dodatkowo wprowadzonych kry-

teriów oceny siwz, która realnie uniemożliwia konkurencję ofert wykonawców innych niż T. S.A. Z kolei T. S.A. jawić się ma jako jedyny oferent zdolny do sprostanienia wymogom warunków siwz w maksymalnie krótkim terminie, tak że jej oferta pozostanie bezkonkurencyjna. T. S.A. dysponuje bowiem siecią światłowodową i innymi elementami infrastruktury, co czyni zbędnym podejmowanie nakładów na jej wytworzenie, a równocześnie preferuje tego wykonawcę w zakresie kryteriów „czasowych” we wszystkich aspektach zamówienia. Dodatkowo jedynie T. S.A. może zająć pozycję wydzierżawiającego infrastrukturę, czyli od jej sprawności decyzyjnej zależy możliwość uzyskania realnego dostępu do łącz przez pozostałych oferentów. Okoliczność ta ma znajdować bezpośrednie przełożenie na terminy, w jakich dalsi wykonawcy mogą zaoferować realizację zamówienia. Ponieważ zamawiający w punktacji preferuje szybkość i elastyczność działania, jedynie T. S.A. jest w stanie uzyskać maksymalną liczbę punktów w zakresie spornych kryteriów, to jest 11. Ten pogląd odwołującego podzieliła Izba w zaskarżonym wyroku, uznając, że naruszenie zasad uczciwej konkurencji może mieć też charakter pośredni przez takie sformułowanie kryteriów, które, choć nie bezpośrednio, wskazują na preferencję w wyborze konkretnego wykonawcy.

Rozważając tą kwestię należy zauważyć, iż uprawdopodobnienie naruszenia uczciwej konkurencji nie może ograniczyć się do twierdzeń wykonawcy, przesuwając w ten sposób cały ciężar dowodzenia wyłącznie na zamawiającego, przy założeniu, iż jeśli nie

udowodni on tezy przeciwnej, należy uznać daną okoliczność za wystarczająco wykazaną. Przeczy to zarówno kontryktoryjnemu charakterowi postępowania odwoławczego, jak i rozkładowi ciężaru dowodu art. 6 kc. Nie jest też zadaniem Izby ustalanie, czy modyfikacje siwz należycie urzeczywistniają zasadę uczciwej konkurencji (wyrok KIO z dnia 10 października 2011 r., KIO 2009/11).

Skarżący ma zatem rację co do zasady, iż odwołujący winien był udowodnić zasadność swoich zarzutów.

Nie oznacza to jednak, iż twierdzenia skarżącego o braku przeprowadzenia skutecznego dowodu są trafne.

Trzeba bowiem zwrócić uwagę i na ten aspekt, z którego wynika, że dla uznania, że zamawiający naruszył powołany przepis, wystarczającym jest jedynie wykazanie, że opisując przedmiot zamówienia dokonał on tego w sposób, który jedynie potencjalnie mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, nie jest tym samym konieczne udowodnienie realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Dlatego też nie jest konieczne ze strony odwołującego wykazywanie w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości, iż zamawiający poprzez poszczególne zapisy utrudnił uczciwą konkurencję. Wystarczającym jest jedynie, iż opis będący częścią siwz, zawiera zapisy, które mogłyby ją utrudnić, potencjalnie jej zagrozić (wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2010 r., KIO/UZP 961/10).

Zasada ta znajduje pełne zastosowanie w przypadku kryteriów oceny ofert.

Podkreśla się przy tym, iż siwz winny być tak sformułowane, aby zachodziła realna możli-

wość spełnienia wymagań przez przeciętnego wykonawcę (KIO 1795/10).

Sformułowanie kryteriów oceny ofert stanowi niewątpliwie jedną z fundamentalnych czynności zamawiającego, dlatego też winna być ona dokonana z poszanowaniem zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 pzp. Zakazane są zatem takie kryteria oceny ofert, które, wprawdzie nie bezpośrednio, lecz pośrednio i potencjalnie mogą wpłynąć na ograniczenie konkurencji.

Stwierdzenie, że takie potencjalne zagrożenie ma miejsce, a warunki oceny ofert nie dają realnej możliwości konkurowania z ofertą T. SA legły u podstaw kwestionowanego orzeczenia Izby. Izba przy tym uznała za wystarczające argumenty przytoczone przez odwołującego, zaś argumenty zamawiającego oceniła jako niewystarczające, czemu dała wyraz w treści uzasadnienia wyroku.

Przyjmuje się też, a stanowisko to nie budzi sprzeciwu tut. Sądu, że zamawiający, działając w granicach ustawy, może precyzować warunki zamówienia publicznego poprzez określenie kryteriów (tu: głównie czasowych) o ile nie są one wymogami zbędnymi i wygórowanymi. Ograniczenie uczciwej konkurencji jest niedopuszczalne, z tym, że zakaz nie dotyczy konkurencji jako takiej. Dopuszczalne są warunki brzegowe, jeśli są one możliwe do spełnienia przez przeciętnego wykonawcę (wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r., III CA 88/09). Reasumując dyskryminacja wykonawców może przybrać różną formę, także formę sprecyzowania kryteriów oceny ofert w sposób typujący jednego z nich na fawory-

ta przetargu. Mamy wówczas do czynienia z dyskryminacją pośrednią.

W sprawie KIO 2549/11, w której w dniu 13 grudnia 2011 roku zapadł wyrok, Izba odnośnie kryterium związanym ze zwiększeniem przepustowości łącz uznała wskazany tam czas realizacji 5 dni za nierealny i jako taki naruszający art. 7 i art. 29 cyt. ustawy prawo zamówień publicznych. Izba stwierdziła, iż w sytuacji, gdy może być konieczna wymiana lub rozbudowa łącz i urządzeń, termin ten stanowi nieuzasadnioną barierę dla uczestników przetargu i nakazała wydłużyć go do 2 miesięcy. Zauważyła nadto, że konieczność zwiększenia przepustowości łącz może w ogóle nie zaistnieć. Zamawiający dostosował się do tej decyzji, jednakże wprowadził nowe kryterium oceny ofert, obdarzając maksymalną ilością punktów tego wykonawcę, który w ofercie proponuje termin wykonania zmian do 21 dni. W tym samym wyroku Izba uznała, że termin uruchomienia łącz winien wynosić 5 miesięcy w celu wyrównania szans w warunkach uczciwej konkurencji. Zamawiający dostosował się do tej decyzji, jednakże wprowadził kolejne, nowe kryterium oceny ofert, premiując maksymalną ilością punktów tego z wykonawców, który dokona uruchomienia w terminie 105 dni.

Uzasadniając swoje stanowisko Izba wskazała, iż zamawiający będzie znał potrzebę zmiany przepustowości na tyle wcześniej, aby z wyprzedzeniem poinformować wykonawcę z jaką datą zamierza dokonać zmiany. W wyroku, którego dotyczy przedmiotowa skarga, KIO zauważyła, iż nawet mając na uwadze treść umowy ramowej T. SA, według

której udostępnienie dzierżawionego łącza ma nastąpić w ciągu 18 dni, konieczne jest uwzględnienie dodatkowego czasu na prace przygotowawcze do zmiany, nie licząc samego złożenia wniosku. Dalej Izba zauważyła, że skarżący nie udowodnił bezpośredniej zależności pomiędzy terminem 21 dni, a podłączeniem nowego sprzedawcy gazu. W tym zakresie w zaskarżonym wyroku stwierdza się, że nie wykazano, że w takim terminie zajdzie potrzeba zmiany, ani dla jakich podmiotów i ile danych ma być udostępnione i jakie przepustowości będą się wiązały z wprowadzeniem choćby jednego, nowego sprzedawcy. Tu Izba wskazała na brak powiązań okoliczności zmiany sprzedawcy z kryterium 21 dni, podkreślając, że nie zostało udowodnione, aby w celu zapewnienia nowemu sprzedawcy dostępu do infrastruktury, konieczna była zmiana przepustowości łącz. Izba stwierdziła zatem, że skarżący nie udowodnił obiektywnych potrzeb zastosowania nowych kryteriów ocen. U podstaw stanowiska Izby legły też przeprowadzone przez odwołującego symulacje, wedle których przy złożeniu analogicznych wartościowo ofert zawsze zyskiwała oferta strony, która zdołałaby spełnić oba nowe kryteria oceny. Wówczas taki oferent zdolny był do osiągnięcia ceny za usługę wyższej o 14,4% od ceny dalszych oferentów, którzy nie byli w stanie spełnić nowych kryteriów oceny tak, by uzyskać punkty zbliżone do maksymalnych. W nin. sporze tak przeciwnik skargi, jak i przystępujący po jego stronie wykonawca stoją na stanowisku, że nowe kryteria oceny ofert premiują T. SA, od której w zakresie dzierżawy łącz pozostali wykonawcy pozosta-

ją zależni. W ramach tego zarzutu przeciwnik skargi odwoływał się do dokumentów w postaci pisma T. SA z dnia 13 stycznia 2012 roku, gdzie w ramach weryfikacji technicznej zamówienia na usługę dzierżawy łącz jako czas realizacji dla lokalizacji wskazanych przez zamawiającego podano okresy od 3 do 9 miesięcy (przykładowo: Gorlice – 4 miesiące, Tarnobrzeg – 9 miesięcy). Dalej w powołaniu na wydruk strony internetowej www.uke.gov, na której umieszczono stanowisko sygnowane przez A. Streżyńską wskazywał na nieprzestrzeganie terminów, wynikających z umowy ramowej przez T. SA, którego poziom w latach ubiegłych sięgał w zależności od kategorii spraw od 46 do 84% przeterminowania wniosków o dostęp do sieci kablowej.

Równocześnie zamawiający podnosi, iż z uwagi na treść zapisów dokumentu MAPA DROGOWA, termin maksymalnie punktowany 21 dni jest dla niego niezbędny, a to w związku z koniecznością przyjęcia nowych sprzedawców gazu.

Sąd Okręgowy ma na uwadze to, iż sieć WAN stanowi drogę wymiany informacji pomiarowych, rozliczeniowych i innych, związanych z usługą dystrybucyjną między skarżącą K., a sprzedawcą gazu. Sąd ma na uwadze i to, że zgodnie z art. 27 ust. 1 Ustawy prawo telekomunikacyjne zakończenie negocjacji o zawarcie umowy z T. SA o dostęp telekomunikacyjny może trwać 90 dni. Nie umyka też uwadze Sądu to, że w myśl cz. 2 ust. 2.1 umowy ramowej, która posługuje się T. SA, określającej warunki zawierania umów dzierżawy łącz, realizacja dzierżawy, licząc od złożenia zamówienia, ma wynosić dla przepusto-

wości 64 Kbit/s – 18 dni, dla przepustowości 2 Mbit/s – 30 dni. Dodatkowo (ust. 2. 1 pkt 8) negocjacje powinny zakończyć się w ciągu 30 dni, po czym następuje złożenie zamówienia, następnie weryfikacja techniczna terminu realizacji usługi, licząc od dostarczenia do T. SA podpisanej umowy szczegółowej.

Równocześnie analiza dokumentu MAPA DROGOWA, stanowiącego projekt Urzędu Regulacji Energetyki z dnia 22 grudnia 2011 roku wskazuje na to, iż są to propozycje programu działań związanych z deregulacją rynku gazu. Jak wynika z treści tego projektu termin 21 dni (w projekcie 3 tygodnie) nie dotyczy nowych sprzedawców gazu, którzy zgłoszą do skarżącego akces nabywania tego towaru, lecz odnosi się do sytuacji, w której sprzedawca gazu (dystrybutor) związany już umową ze skarżącą Spółką, sygnalizuje zawarcie przez siebie umowy z nowym odbiorcą. Tej okoliczności (przy zgłoszeniu się nowego sprzedawcy – dystrybutora termin wynosi 51 dni) dotyczyć ma nowe kryterium oceny. Tu też skarżący wskazuje (pismo z 4 czerwca 2012 r.), iż dla zachowania terminu maksymalnie punktowanego (21 dni) należy zarezerwować łącze o docelowej przepustowości, czyli inaczej mówiąc utrzymać łącze w gotowości do czasu, gdy skarżący zgłosi potrzebę zmiany.

Jak już wskazano w tym zakresie Izba uznała, że K. nie wykazała ani konkretnej potrzeby zmiany przepustowości łącz, ani związku pomiędzy tym kryterium a zgłoszeniem nowego odbiorcy gazu.

Sąd Okręgowy podziela ten pogląd.

Skarżący ani w postępowaniu przed Izbą, ani w postępowaniu przed Sądem nie wykazał

aby zachodził adekwatny związek przyczynowy pomiędzy premiovany terminem 21 dni, a faktem zgłoszenia przez sprzedawcę gazu nowego odbiorcy. W szczególności nie przedstawiono dowodów na to by okoliczność taka wywoływała potrzebę zmiany przepustowości łącz. Poza ogólnikowymi stwierdzeniami o zgłaszaniu się nowych sprzedawców, za którymi „pójdą” nowi odbiorcy, skarżący nie wykazał, jaka będzie skala tego zjawiska i w jaki sposób przełoży się na potrzebę zwiększenia przepustowości w terminie 21 dni. Oprócz samych twierdzeń nie zaoferowała skarżąca choćby symulacji ewolucji rynku gazu w powiązaniu z jej ofertą dystrybucyjną, które można by połączyć ze spornym terminem. Nie wskazała, o jaką szacunkową ilość zwiększy się poziom danych tak, by w związku z ich wzrostem niezbędna była potrzeba zwiększenia przepustowości w ciągu 21 dni, albowiem pierwotna przepustowość okaże się niewystarczająca. Nie przeanalizowała też o ile ewentualnie zmniejszy się potrzeba przesyłu danych wobec odstąpienia przez odbiorców masowych od umów dotąd łączących ich z aktualnym monopolistą dostaw gazu. Wreszcie nie dokonała porównania obu szacunków tak, by możliwe było ustalenie, że konieczność zachowania terminu 21 dni zaistnieje wobec niedostatku przepustowości pierwotnej. Jak już wskazano termin 21 dni nie ma bezpośredniego związku z podejmowaniem działalności przez nowych sprzedawców gazu, a w każdym razie takiego związku skarżąca nie wykazała. Sąd podziela pogląd Izby, że tylko w takim przypadku, to jest w sytuacji udowodnienia konieczności, o której mowa,

możliwe byłoby zaakceptowanie spornego kryterium jako wynikającego z usprawiedliwionych potrzeb zamawiającego, działającego w celu zapewnienia bezpieczeństwa gazowego. Jednakże dowodów na te okoliczności brak. Wprowadzenie tego kryterium oceny przejawia się więc jako preferujące określonego wykonawcę, który dysponując pełną infrastrukturą nie napotka trudności w spełnieniu tego kryterium w taki sposób, że uzyska maksymalną ilość punktów. Natomiast pozostali wykonawcy jawią się jako uzależnieni od T. SA, która nie daje gwarancji wywiązania się ze zobowiązań w terminach określonych w umowie ramowej. Tym samym konkurencyjność w przedmiotowym przetargu nabiera iluzorycznego wymiaru.

Nie zaprzeczono bowiem w procesie stanowisku przeciwnika skargi i przystępującego, że średni czas wybudowania łącza radiolinii, niżej punktowanego, wynosi około 3 miesiące, a wykonanie własnej linii światłowodowej jest nie tylko szczególnie kosztowne, ale też zależne od przeprowadzenia określonych procedur administracyjnych.

Podobnie przedstawia się kwestia drugiego kryterium – najwyższej punktowanego 105 dni. Jak już powiedziano realny i co wynika z powołanych wyżej dokumentów czas uzyskania dzierżawy łącza od T. SA znacząco przekracza czas wskazany przez skarżącą.

Skarżąca posługuje się modelem, wzorcem opartym na treści umowy ramowej, uznając że jest on zachowywany. Odstępstwo od modelu określa jako ryzyko biznesowe, choć pociąga to za sobą konieczność zapłaty wysokich kar umownych przez zwycięzcę przetargu. Pomi-

ja przy tym realia wskazujące na to, że T. SA powyższego modelu nie stosuje w praktyce. Jak trafnie zauważyła KIO w wyroku 874/09 „nawet przy dzierżawie czas niezbędny na wykonanie niektórych tylko czynności musi być uwzględniony przez zamawiającego”.

W ocenie Sądu Okręgowego nie jest też istotne, czy G. zdołałby zachować maksymalnie punktowane warunki, co podkreśla skarżąca w powołaniu na wiążącą tę stronę z T. SA umowę ramową. Chodzi bowiem o to, że siwz kierowane są do szerszego kręgu ewentualnych wykonawców, nie tylko do tej jednej spółki. Winny być więc skonstruowane w taki sposób, aby, z obiektywnego punktu widzenia, każdy z nich miał możliwość podjęcia realnej próby spełnienia maksymalnie punktowanych kryteriów. Inaczej mówiąc istota sprawy polega na tym, czy maksymalnie punktowane kryteria są faktycznie dostępne dla wszystkich uczestników przetargu czy tylko dla jednego, znanego wykonawcy.

50. Wyrok SO w Gliwicach z dnia 13 kwietnia 2012 r., X Ga 25/12, oddalający skargę odwoławczą od wyroku KIO z dnia 22 grudnia 2011 r., KIO 2637/11, LEX nr 1102057

• kształtowanie SIWZ • pozacenowe kryteria oceny ofert • waga przypisana kryterium pozacenowemu

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: pzp) zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów

oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ). Przepis art. 91 ust. 2 pzp stanowi natomiast, iż kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia.

Jakkolwiek zamawiający jest uprawniony do ustalenia kryteriów, które pozwolą na wybranie oferty spełniającej w najwyższym stopniu jego uzasadnione potrzeby, to Sąd Okręgowy podzielił stanowisko skarżącego co do generalnie ocennego i uznaniowego charakteru jednego z kryteriów oceny ofert odnoszącego się do ich zawartości merytorycznej zastosowanego przez zamawiającego w pkt 14 SIWZ. Skarżący słusznie zakwestionował kryteria takie jak zawarte w „zasadach organizacji pracy z uwzględnieniem całodobowej obsługi i obsady na poszczególnych odcinkach”, tj. zapewnienie wykonania czynności wskazanych w SIWZ oraz wykonanie dodatkowych czynności ocenionych przez zamawiającego jako korzystnych dla wykonania usługi [...] czy też organizację pracy zapewniającą optymalną obsadę wysoko kwalifikowanego personelu i odpowiednie godziny pracy personelu, wprowadzającą najefektywniejsze rozwiązania.

W art. 36 ust. 1 pkt 13 pzp wskazano, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia winna zawierać co najmniej m.in. opis kryteriów, którymi będzie się kierował przy wybo-

rze oferty zamawiający wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Sąd Okręgowy podziela stanowisko zamawiającego, iż posługiwanie się wyłącznie kryterium ceny nie jest rozwiązaniem w pełni wystarczającym, zwłaszcza w nowoczesnym i profesjonalnym obrocie, w którym można oczekiwać od wykonawców w toku zamówienia konkurencji także na polu własnych rozwiązań technicznych czy innowacyjności.

Na aprobatę zasługuje również stanowisko wyrażone w orzecznictwie sądów okręgowych oraz zespołów arbitrów, które Sąd Okręgowy podziela, a zgodnie z którym wymaganie przez ustawę prawo zamówień publicznych, aby kryteria oceny ofert były opisane i wskazany został sposób oceny ofert należy interpretować w ten sposób, iż zamawiający ma obowiązek wymienić wszystkie kryteria, szczegółowo opisać do czego się odnoszą oraz w jaki sposób nastąpi ocena treści oferty przy ich zastosowaniu. Sposób oceny ofert powinien być tak skonstruowany, aby zapewniał obiektywną ocenę złożonych ofert. Oznacza to, iż powinna zostać wyłączona możliwość subiektywnej, uznaniowej i dowolnej oceny dokonanej przez członków komisji przetargowej lub inne osoby wykonujące czynności w tym zakresie z ramienia zamawiającego. Konieczne jest bowiem zapewnienie weryfikacji prawidłowości oceny ofert w szczególności przez wykonawców oraz organy uprawnione do orzekania o zgodności z prawem przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Osiągnąć można to wyłącznie wtedy, gdy szczegółowość, kompletność i jednoznaczność opi-

su kryteriów oceny ofert umożliwia każdemu znającemu treść ofert dokonanie ich właściwej i obiektywnie uzasadnionej oceny i hierarchizacji w rankingu ofert najkorzystniejszych (tak m.in. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 18 marca 2004 r., sygn. akt V Ca 264/04).

Sąd miał na uwadze, że koncepcja wykonania usługi stanowiła jedno z dwóch kryteriów oceny ofert zastosowanych przez zamawiającego. Jednakże mało precyzyjne opisanie kryteriów w powyższym zakresie skutkowałoby tym, iż ocena członków komisji przetargowej byłaby subiektywna i dowolna i to aż w 30%.

51. Wyrok SO Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 11 września 2015 r., IV Ca 1050/15, oddalający skargę odwołującego od wyroku KIO z dnia 15 czerwca 2015 r., KIO 1142/15

• kształtowanie SIWZ • zastrzeżenie osobistego wykonania zamówienia • skutki braku zastrzeżenia osobistego wykonania zamówienia • podwykonawstwo

Istotnie jak trafnie podnosił skarżący ustawa nie zawiera zakazu powierzenia wykonania zamówienia w całości podwykonawcy, o ile zamawiający nie zastrzeże obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia (art. 36a ust. 2 p.z.p.). Z poczynionych w sprawie ustaleń Zamawiający takiego zastrzeżenia w treści SIWZ niewątpliwie nie zawarł i w świetle art. 36a ust. 2 p.z.p. nie mógł zawrzeć, z uwagi na przedmiot zamówienia (zamówienie dotyczyło dostawy, nie-

obejmującej prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją). Wyrazem braku zakazu przekazania wykonania części świadczenia podwykonawcy jest to, że zamawiający w pełni dopuścił udział podwykonawców w realizacji zamówienia (rozdział III SIWZ pkt 10). Co więcej możliwość powierzenia podwykonania umowy osobom trzecim jest na gruncie przepisów p.z.p. zasadą. Ustawa wprost ustanawia dowolną zmianę lub rezygnację przez wykonawcę ze wskazanych personalnie podwykonawców. Niewypełnienie zatem żądania zamawiającego dotyczącego określenia zakresu podwykonawstwa pozbawione jest w zasadzie negatywnych konsekwencji prawnych wyrażonych w ustawie. Ustawodawca nie określił bowiem konsekwencji, jakie grożą wykonawcy za nieprawidłowe podanie lub też za brak wskazania udziału podwykonawców. Toteż niewskazanie, w jakiej części umowa będzie powierzona podwykonawcy nie uzasadniała zasadniczo stwierdzenia naruszenia ustawy, o którym mowa w wyroku KIO.

52. Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 27 maja 2010 r., X Ca 123/10, oddalający skargę zamawiającego od wyroku KIO z dnia 4 marca 2010 r., KIO/UZP 77/10, LEX nr 607288

• warunki udziału w postępowaniu • wiedza i doświadczenie • swoboda formułowania warunku • uczciwa konkurencja • pojazdy szynowe • tramwaje

Skarżący zarzucił naruszenie przez Krajową Izbę Odwoławczą art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1

pkt 2 oraz art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wywodząc, iż Krajowa Izba Odwoławcza bezpodstawnie przyjęła, że sporny warunek udziału w postępowaniu wynikający z pkt III. 2.2 ogłoszenia narusza zasadę uczciwej konkurencji.

Na wstępie wskazać należy, że określenie warunków udziału w postępowaniu ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania i co nie budzi wątpliwości, musi zostać precyzyjnie wskazane już w ogłoszeniu o zamówieniu. Ustawa Prawo zamówień publicznych w zakresie określenia warunków pozostawia zamawiającemu pewną swobodę, jednak wyraźnym ograniczeniem tej swobody jest nakaz przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, co skutkuje wymaganiami takiego kształtowania warunków, aby zagwarantować dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do jego wykonania. Niezbędne doświadczenie wykonawcy zamawiający powinien przy tym rozumieć jako potwierdzone w praktyce posiadane umiejętności w zakresie wykonywania danego rodzaju zamówień (M. Stachowiak (w) M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych, Komentarz* str. 113).

Nie można podzielić stanowiska skarżącego, że jedynie wykonanie przez wykonawcę pojazdu szynowego we wskazanym okresie o wartości i parametrach określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu świadczy o doświadczeniu adekwatnym do przedmiotu zamówienia. Słusznie wskazywano przy tym w odpowiedzi na skargę, że przy określeniu warunków udziału w postępowaniu, zamawiający winien mieć na uwadze również cechy rynku na którym będzie udzielać zamówie-

nia. Istotna wbrew twierdzeniom skarżącego pozostaje bowiem specyfika rynku w obrębie którego wykonawca prowadzi działalność. Rynek ten pozostaje bowiem ograniczony kręgiem potencjalnych nabywców, jak trafnie wskazywano w odpowiedzi na skargę, faktycznie stanowiących jedynie podmioty funkcjonujące na rynku publicznym. Już sama ta okoliczność przesądza również o ograniczonej ilości postępowań, w których wykonawca potencjalnie może uczestniczyć.

Zgodzić należy się ze skarżącą, iż warunek w zakresie doświadczenia wykonawcy określony winien zostać precyzyjnie, co jednak nie oznacza, że z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji. Jak wskazuje się przy tym w orzecznictwie, zamawiający ma uprawnienie, działając w granicach określonych przepisami prawa, do sprecyzowania przedmiotu zamówienia, czy określenia ram jego realizacji. Zamawiający ma też prawo wymagać pewnych standardów technicznych i jakościowych, o ile nie są wymogami zbędnymi i wygórowanymi. Wymogi te nie mogą jedynie ograniczać uczciwej konkurencji, czyli muszą być możliwe do spełnienia dla przeciętnego wykonawcy. Dotyczy to też zdobywania kwalifikacji i doświadczenia (por. wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r., III CA 88/09, LEX 532694).

Obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji przez zamawiającego zarówno na etapie przygotowania jak i prowadzenia postępowania znajduje swój wyraz w przepisach odnoszących się do poszczególnych instytucji i rozwiązań ustawowych. W szczególności warto zwrócić uwagę na regulacje

odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia i warunków stawianych wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Na etapie ich określania przez zamawiającego może bowiem dojść do próby ograniczenia konkurencji przez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji (por. M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2007).

W realiach niniejszej sprawy przyjąć zatem należało, iż żądane przez skarżącego doświadczenie winno być wymagane i egzekwowane w stosunku do zamawiających [wykonawców – przyp. aut.] legitymujących się wcześniejszymi dostawami odpowiadającymi przedmiotowi zamówienia pod względem rodzaju, charakteru a nie tylko dostaw tożsamyh, stanowiących dokładne powtórzenie przedmiotu zamówienia.

W ocenie Sądu Okręgowego produkowane przez Zamawiającego pojazdy wykazują cechy wspólne w stosunku do pojazdów stanowiących przedmiot zamówienia, co uzasadnia ich zakwalifikowanie jako odpowiadających rodzajowo przedmiotowi zamówienia.

Określony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu skutkować może bowiem eliminacją z postępowania wykonawców, którzy nie posiadają doświadczenia w tak szczegółowo określonej materii, jakiego wymagał zamawiający, niemniej jednak legitymują się doświadczeniem gwarantującym należyte wykonanie zamówienia.

Jakkolwiek warunek udziału w postępowaniu pozostaje adekwatny do przedmiotu zamówienia, to słusznie uznała Krajowa Izba Odwoławcza, iż jego określenie skutkowało naruszeniem art. 7 p.z.p. Dopuszczalna prawem swoboda w formułowaniu warunków np. w zakresie doświadczenia, zdaniem Sądu Okręgowego, nie może zostać uznana za swobodę nieograniczoną bowiem już sam ustawodawca przewidział obowiązek zarówno przygotowania jak i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji (por. art. 7 p.z.p.).

Zdaniem Sądu brak jest zatem podstaw do uznania, że producenci różnego typu nowocześniejszych pojazdów szynowych, nie mają również kompetencji do produkcji tramwajów szynowych w zakresie objętym zamówieniem. Skarżący wskazywał nadto w skardze, iż każdy warunek ze swej istoty ogranicza konkurencję, umożliwiając zamawiającemu wybór wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia. Stanowisko skarżącego nie zasługiwało na uwzględnienie.

Przypomnieć należy, że celem przetargu pozostaje wybór najkorzystniejszej oferty, czemu służyć ma odpowiednie do potrzeb określenie warunków udziału w postępowaniu. Nie można jednak przyjmować, że sprecyzowanie warunku w każdym wypadku prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Niewątpliwie określenie warunku konkurencję ogranicza jednakże tak ścisłe sprecyzowanie z jakim do czynienia mamy w niniejszej sprawie, stanowi już o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, albowiem

zmierza ono do zawężenia kręgu wykonawców ponad miarę.

53. Wyrok SO w Poznaniu z dnia 13 maja 2010 r., X Ga 71/10, uwzględniający skargę zamawiającego od wyroku KIO z dnia 14 stycznia 2010 r., KIO/UZP 1693/09, LEX nr 575255, i oddalający odwołanie

• SIWZ • jednostronna czynność prawna

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ), oraz sporządzone w oparciu o nią ogłoszenie o zamówieniu stanowią, oświadczenie woli Zamawiającego (jednostronne czynności prawne), zawierające wytyczne dla potencjalnych wykonawców, określające warunki, jakie powinny spełniać złożone przez nich oferty.

Wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia

54. Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 19 grudnia 2013 r., X Ga 362/13, oddalający skargę zamawiającego od wyroku KIO z dnia 17 lipca 2013 r., KIO 1606/13, LEX nr 1360554

• wyjaśnienia SIWZ

Nie ulega wątpliwości, że pytanie zawarte w punkcie 1 pisma z dnia 5 czerwca 2013 r. dotyczyło kwestii przysługiwania zamawiającemu praw autorskich do dokumentacji kuchi-

ni połowej, a nie tego, czy posiada egzemplarz dokumentacji na własność. Świadczy o tym zawarte w zapytaniu sformułowanie obejmujące tytuł prawny do „wykorzystywania” dokumentacji, a także dalsze zapytania zawarte w punkcie 2, które dotyczyły sytuacji, w której Zamawiający nie posiadałby tytułu prawnego do jej wykorzystywania – tj. czy zamawiający dopuszcza realizację zamówienia mimo braku prawa wykorzystywania dokumentacji, czy też wykonawca prawa takie powinien nabyć własnym staraniem od podmiotu, któremu takie prawa przysługują. Niewątpliwie zatem pytanie Spółki C. Sp. z o.o. dotyczyło prawa Zamawiającego lub właściwej jednostki Skarbu Państwa do wykorzystywania dokumentacji na potrzeby realizacji zamówienia, a nie tego, czy posiadają egzemplarz dokumentacji na własność. Nie pozostawia także wątpliwości odnośnie intencji pytającego uzasadnienie zapytania, w którym wskazano na tą okoliczność, że w toku innego postępowania przed Izbą ustalono, że autorskie prawa majątkowe do dokumentacji przysługują S. S.A. w Ż. i dlatego zachodzi uzasadniona wątpliwość, komu te prawa przysługują. Odpowiedź udzielona na pytanie 1 przez Zamawiającego z kolei wskazywała na to, że Skarb Państwa posiada jedynie prawo własności egzemplarza dokumentacji, a nie prawo autorskie do jej wykorzystywania, o czym dodatkowo świadczyło powołanie się na treść art. 52 ust. 1 ustawy o Prawie autorskim i prawach pokrewnych. Przypomnieć należy, że wg treści tego przepisu, jeżeli umowa nie stanowi inaczej, przeniesienie własności egzemplarza utworu nie powoduje przejścia autorskich

praw majątkowych do utworu. Takie brzmienie odpowiedzi Zamawiającego świadczyło o tym, że Skarb Państwa posiada wprowadzić egzemplarz dokumentacji na własność, lecz samo nabycie tego egzemplarza nie spowodowało przejścia na niego autorskich praw majątkowych. Trafnie przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza, że udzielenie takiej odpowiedzi aktualizowało obowiązek udzielenia odpowiedzi na pytanie 2. Skoro art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przyznał wykonawcy prawo żądania od zamawiającego wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to obowiązkiem zamawiającego jest udzielenie takiej odpowiedzi, która wyjaśni wątpliwości pytającego, co umożliwić ma pozyskanie wiedzy niezbędnej do podjęcia decyzji odnośnie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i sporządzenia oferty.

Mając powyższe na względzie nie sposób było podzielić zarzutu naruszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą art. 180 Prawa zamówień publicznych. Zgodnie z treścią tego przepisu odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Trafnie przyjęła bowiem Izba Odwoławcza, że Zamawiający zaniechał udzielenia odpowiedzi na pytanie, do czego zobowiązany był na podstawie art. 38 ustawy. Chybiony jest zarzut, wg którego Izba przesądziła kwestię przysługiwania Zamawiającemu lub właściwej jednostce Skarbu Państwa autorskich praw majątkowych do dokumentacji.

Izba przeanalizowała jedynie treść odpowiedzi samego Zamawiającego na pytanie 1 i trafnie ją zinterpretowała, gdyż wskazywała ona na to, że Skarb Państwa posiada jedynie własność egzemplarza dokumentacji na własność bez autorskich praw majątkowych.

Nietrafny był zarzut naruszenia przez Izbę art. 190 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wszelstronne rozważenie materiału dowodowego prowadzić bowiem musiało do wniosku, że Zamawiający naruszając art. 38 ustawy nie udzielił odpowiedzi na pytanie wykonawcy, dla którego istotne było, jak powinien przygotować się do postępowania o udzielenie zamówienia, a w szczególności, czy powinien sporządzić ofertę mimo braku prawa wykorzystywania dokumentacji technicznej, czy też nabyć takie prawo i uwzględnić tą okoliczność w ofercie. Warto zauważyć, że skarżący twierdząc, że materiał dowodowy pozwala na sformułowanie wniosków odmiennych, nie próbował tych wniosków przedstawić, a w szczególności nie powoływał się na to, że Skarb Państwa posiada autorskie prawa majątkowe do wspomnianej wyżej dokumentacji.

55. Wyrok SO w Poznaniu z dnia 4 grudnia 2013 r., X Ga 609/13, oddalający skargę zamawiającego od wyroku KIO z dnia 23 sierpnia 2013 r., KIO 1957/13, LEX nr 1405583

• wyjaśnienia treści SIWZ

Pozostaje poza sporem, że stosownie do art. 38 ust. Pzp Wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści Specyfika-

cji Istotnych Warunków Zamówienia, a Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie. Zgodnie z art. 38 ust. 2 treść zapytań wraz z wyjaśnieniami Zamawiający przekazuje Wykonawcom, którym przekazał SIWZ bez ujawnienia źródła informacji, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej (co miało miejsce w niniejszej sprawie), zamieszcza na tej stronie. Sąd Okręgowy w pełni aprobuje argumentację KIO w odniesieniu do powyższego zarzutu. Uzasadnienie zasadności tegoż jest jasne i czytelne.

To, że zapytanie złożył radca prawny A. C. w żadnej mierze nie uprawniało Zamawiającego do uchylenia się od odpowiedzi na zadane pytanie i niezamieszczenie odpowiedzi na stronie internetowej. Cytowany wyżej przepis nakłada na Zamawiającego obowiązek udzielania odpowiedzi i wyjaśnień bez uprzedniej weryfikacji Wykonawcy zadającego pytania.

56. Wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 15 grudnia 2011 r., II Ca 683/11, oddalający skargę zamawiającego od wyroku KIO z dnia 24 sierpnia 2011 r., KIO 1709/11, LEX nr 951200

• wyjaśnienia SIWZ • obowiązek zamieszczenia wszystkich wymagań w SIWZ • brak obowiązku żądania wyjaśnień SIWZ

Nie zasługuje na aprobatę stanowisko skarżącego, że to na Odwołującym spoczywał obowiązek uzyskania od Zamawiającego informacji doprecyzowujących wymagania zamówienia. Wskazać należy, że zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp to na zamawiającym ciąży obowią-

zek podania w opisie przedmiotu zamówienia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty. Z tej przyczyny brak jego wymagań w jakimś zakresie nie uprawnia go do ich doprecyzowywania dopiero na etapie badania ofert, a co za tym idzie, nie może stanowić podstawy do stwierdzenia niezgodności treści oferty ze specyfikacją. Podkreślić należy, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowane jest stanowisko, że konsekwencje nieprecyzyjnego sformułowania treści siwz obciążają zamawiającego. W wypadku, gdy istnieje kilka możliwości interpretacji postanowienia siwz, okoliczność, że wykonawca zinterpretował te postanowienia w sposób odmienny niż zamawiający nie może rodzić negatywnych skutków dla wykonawcy (patrz wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UPZ 343/10, wyrok z dnia 6 grudnia 2010 r. sygn. akt KIO 2550/10). Wbrew temu, co twierdzi Zamawiający nie można było wymagać od Odwołującego, aby samemu właściwie ocenił niewyartykułowane w zamówieniu potrzeby kontrahenta.

57. Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 22 kwietnia 2010 r., X Ga 97/10, ZPO 2011, nr 8, poz. 52, oddalający skargę odwołującego od wyroku KIO z dnia 9 lutego 2010 r., KIO/UPZ 1931/09, LEX nr 604156

• wyjaśnienia SIWZ • status wyjaśnień

Zamawiający udzielając odpowiedzi dopuścił, jako równoważny dokument [do certy-

fikatu ISO – przyp. aut.], także zaświadczenie podpisane przez osobę mającą certyfikat auditorski [...] Wyjaśnienie to nie stanowiło przy tym zmiany treści SIWZ, a tylko doprecyzowanie pojęcia „równoważny”. [...] Zgodnie także z przeważającą linią orzecznictwa, zamawiający jak i wykonawcy są związani udzielonymi wyjaśnieniami treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w równym stopniu, jak pierwotnej specyfikacji (wyrok KIO z dnia 03.03.2009 r. KIO/UPZ 177/09; wyrok KIO z dnia 19.10.2009 r., KIO/UPZ 1265/09).

Interpretacja treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia

58. Wyrok SO w Warszawie z dnia 10 kwietnia 2015 r., XXIII Ga 257/15, uwzględniający skargę odwołującego od wyroku KIO z dnia 22 stycznia 2015 r., KIO 25/15, LEX nr 1651693, zmieniający zaskarżony wyrok w całości i stwierdzający naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych

• interpretacja SIWZ • zasady wykładni

Definiując pojęcie wykładni wskazać należy, iż wykładnią prawa nazywamy proces myślowy, który polega na ustaleniu właściwego znaczenia przepisu prawnego w oparciu o wypracowane przez naukę dyrektywy wykładni. Wyróżnić można kilka klasyfikacji wykładni. Podstawowy podział opiera się na zastosowaniu metody interpretacji i tak wykładnia językowa polega na odczytywaniu znaczenia danego przepisu prawnego z punk-

tu widzenia języka, w którym dany przepis prawny został napisany, tj. poprzez wykładnię przepisu w oparciu o znaczenie użytych dla jego sformułowania wyrazów.

Zgodnie z wykładnią systemową przepis interpretowany jest z uwzględnieniem tego, że ogół przepisów tworzy jeden system prawny, stąd koniecznym jest uwzględnienie wzajemnych relacji między przepisami i ich miejscem w systemie. Wykładnia funkcjonalna uwzględnia funkcje prawa, jego przeznaczenie społeczno-gospodarcze. Wykładnia celowościowa uwzględnia natomiast cele regulacji, jakie przepis ma realizować.

Bespornie też do dokonania wykładni postanowień SIWZ dozwolonym jest korzystanie z reguł stosowanych przy wykładni przepisów prawa.

W doktrynie i w orzecznictwie w istocie akcentuje się prymat wykładni językowej nad pozostałymi rodzajami wykładni, tj. systemową, funkcjonalną i celowościową, co nie oznacza – jak to wskazano w uzasadnieniu wyroku KIO, iż ten rodzaj wykładni winien w sposób wyłączny czy zawsze preferencyjny, mieć zastosowanie przy nadawaniu znaczenia postanowieniom prawa i umów. Oznacza to jedynie, że osoba interpretująca (dokonująca wykładni) powinna opierać się w pierwszej kolejności na wykładni językowej, a dopiero, gdy ta doprowadzi do nie dających się usunąć wątpliwości – na pozostałych zasadach wykładni. Od powyższego można odstąpić jedynie, gdy za odstąpieniem od wykładni językowej przemawiają ważne racje systemowe bądź funkcjonalne. Pozostałe metody interpretacyjne winny być zatem stosowane,

gdy wykładnia językowa, czyli analiza samego brzmienia przepisu, nie wystarcza do ustalenia jego właściwego (zrozumiałego) znaczenia.

Podstawowe przesłanki, które podlegają badaniu w toku wykładni systemowej, funkcjonalnej czy celowościowej to też kontekst, w jakim funkcjonuje dany przepis, czyli jego umiejscowienie w systemie prawa, a także cel danej regulacji. Wskazać też należy, iż z kolei zastosowanie wykładni językowej wymaga uwzględniania dyrektyw języka potocznego, a zatem przypisywania zawartym w normie prawnej wyrażeniom podstawowego i powszechnie przyjętego znaczenia (tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 maja 1998 r., I CKN 664/97). Zdecydowanie rzadziej orzecznictwo odwołuje się do tzw. reguł pragmatycznych, które znajdują zastosowanie tylko do pojęć kontekstowych, a więc wymagających odwołania się do kontekstu pozajęzykowego (tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 maja 1999 r., II CKN 349/98).

59. Wyrok SO w Nowym Sączu z dnia 18 marca 2015 r., III Ca 70/15, Portal OSP, oddalający skargę odwołującego od wyroku KIO z dnia 13 stycznia 2015 r., KIO 2709/14, LEX nr 1650362

• SIWZ • interpretacja SIWZ • rozstrzygnięcie wątpliwości na korzyść wykonawcy

Jak już wyżej podano, zapisy w SIWZ powinny być tłumaczone zgodnie z ich literalnym brzmieniem. Przede wszystkim muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznacz-

ny, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu. Obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie oceny ofert tylko w odniesieniu do postanowień zawartych w SIWZ, a nie do własnych interpretacji czy intencji (wyrok KIO z 20.02.2009 r., KIO/UZP 148/08, wyrok ZA UZP z 31.03.2006 r., UZP/ZO/O-896, LEX Polonica nr 1898040, wyrok KIO z 28.01.2009 r., KIO/UZP 67/09, LEX Polonica nr 2058113, *Komentarz do ustawy P.z.p.* – Stefan Babiarsz i inni wyd. LexisNexis Wydanie 2 Wielkie Komentarze str. 294–295).

60. Wyrok SO w Warszawie z dnia 14 października 2014 r., V Ca 2266/14, oddalający skargę przystępującego od wyroku KIO z dnia 9 czerwca 2014 r., KIO 1055/14, LEX nr 1495597

- *interpretacja SIWZ* • *zasady wykładni*
- *art. 65 k.c.*

Ponad to, co zawarto w pisemnych motywach wyroku wydanego przez Krajową Izbę Odwoławczą dodać można, że wykładnia oświadczenia woli stanowi zespół czynności prowadzących do ustalenia znaczenia danej wypowiedzi. Wykładni podlegają wszystkie oświadczenia woli, składane w ramach czynności jednostronnych, umów, uchwał ciał kolegialnych, a także statutów osób prawnych. Nie budzi też zatem wątpliwości możliwość

objęcia metodami interpretacyjnymi zapisów warunków udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne tworzonych na potrzeby realizacji zamówienia przez zamawiających. Pamiętać jednak należy, że prawo zamówień publicznych ze względu na swą specyfikę wynikającą przede wszystkim z faktu dysponowania przez zamawiających środkami publicznymi, ma niezwykle sformalizowany charakter. Powoduje to, że do interpretacji oświadczeń składanych przez zamawiających należy podchodzić z dużą ostrożnością oraz założeniem, że zamawiający to podmiot profesjonalny, posługujący się obsługą specjalistów i co więcej, działający w sztywnych ramach ustawy prawo zamówień publicznych. Co do zasady zgodnie z art. 65 k.c. wykładnia dokonywana jest na trzech poziomach. Pierwszy wyznaczany jest przez dosłowne brzmienie tekstu, drugi zdeterminowany jest przez treść odczytywaną przy zastosowaniu reguł interpretacyjnych wyrażonych w art. 65 § 1 k.c., trzeci zaś polega na ustaleniu znaczenia oświadczeń woli przez odwołanie do zgodnego zamiaru i celu umowy (art. 65 § 2 k.c.).

Podstawę wykładni oświadczeń woli mających formę pisemną stanowi tekst dokumentu, w którym ujęto oświadczenie woli, lecz uwzględnieniu podlegają także okoliczności, w jakich oświadczenie woli zostało złożone, oraz cel oświadczenia woli wskazany w tekście bądź możliwy do ustalenia na podstawie postanowień umowy. Niebagatelne znaczenia ma przy ocenie omawianego zarzutu zasada *clara non sunt interpretanda*.

W ocenie Sądu Okręgowego warunek udziału w postępowaniu zamieszczony w sekcji III.2.3 ppkt II lit. a ogłoszenia o zamówieniu nie budzi wątpliwości, jest jasny w swej treści znaczeniowej, wobec czego w zasadzie kierując się wyżej przytoczoną regułą *clara non sunt interpretanda* nie powinien podlegać dalszym zabiegom interpretacyjnym. Gdyby jednak nawet przyjąć (bo i takie stanowisko znaleźć można w doktrynie), że hipoteza art. 65 k.c. „nie jest ograniczona do oświadczeń woli, które nie są jasne, dlatego wykładni podlega każde oświadczenie woli” (P. Sobolewski (w:) Kodeks cywilny..., red. K. Osajda, t. 1, s. 687), to i tak zdaniem Sądu Okręgowego zarzut naruszenia art. 65 par. 1 kc nie mógłby zostać uznany za trafny. Wskazać trzeba przede wszystkim, że oświadczenie zamawiającego może być tłumaczone tak „jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje”, taka jest bowiem dokładna treść omawianego przepisu art. 65 par. 1 kc. Oświadczenie zamawiającego nie podlega natomiast regułom z art. 65 par. 2 kc, który przecież odnosi się jedynie do umów. Zatem wszystkie argumenty skarżącego co do tego, jaki był zgodny zamiar stron i cel zapisu, są po prostu nieprzystające do stanu faktycznego sprawy niniejszej, w której nie mamy do czynienia z interpretacją umowy. W toku postępowania nie zostało natomiast w żaden sposób wykazane, że wymóg dysponowania osobami niezbędnymi do realizacji zamówienia posiadającymi umiejętności potwierdzonymi dokumentem nie wynikał z okoliczności czy też zasad współzycia społecznego, czy określonych zwyczajów.

W ocenie Sądu Okręgowego przy rozpoznawaniu sprawy z zakresu prawa zamówień publicznych w ogóle wątpliwa wydaje się zasadność interpretowania oświadczeń uczestników postępowania w kontekście tych dwóch ostatnich przesłanek, natomiast jeśli chodzi o przesłankę „okoliczności”, to zapewne w okolicznościach tej sprawy zamawiający zawarł treść o brzmieniu literalnym zgodnym z jego wolą, a późniejsze jego stanowisko, w istocie sprzeczne z zapisem należy traktować jako próbę „dostosowania” wymogu do sytuacji, która nastąpiła po upływie terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

61. Wyrok SO w Gliwicach z dnia 26 listopada 2013 r., X Ga 237/13, oddalający skargę odwołującego od wyroku KIO z dnia 19 czerwca 2013 r., KIO 1362/13, LEX nr 1388681

- *interpretacja SIWZ* • *zasady wykładni*
- *art. 65 k.c.*

Należy zaś wskazać, że opis przedmiotu zamówienia jest ułomny i wymaga interpretacji. [...]

Dlatego zapisy SIWZ w części, w jakiej stanowią ten opis, wymagają wykładni. Słusznie bowiem wskazała Izba, że SIWZ podlega wykładni na podstawie art. 65 kc jak każde oświadczenie woli, a więc w taki sposób, jak tego wymagają zasady współzycia społecznego i ustalone zwyczaje rozpatrywane w odniesieniu do okoliczności, w których oświadczenie zostało złożone. Aby dokonać jednak

tej wykładni trzeba wcześniej zdefiniować założenia na jakiej będzie ona oparta. Słusznie wskazała tutaj Izba na to, że obok przesłanek wymienionych w art. 65 § 1 kc zasadniczą przesłanką interpretacji omawianego zapisu SIWZ winno być przede wszystkim zachowanie konkurencji. Interpretacja omawianego zapisu, o ile to możliwe, nie powinna więc prowadzić do sytuacji gdy warunki zamówienia spełniał będzie tylko jeden wykonawca. Ponadto należy pamiętać, że instytucja z art. 38 PZP służy wyjaśnieniu wątpliwości odnoszących się do treści SIWZ, a nie zmianie SIWZ. Słusznie wskazała tutaj Izba, że treścią SIWZ zamawiający jest związany. Dlatego odpowiedź na pytanie zadane w trybie art. 38 ust. 1 PZP nie może prowadzić do zmiany SIWZ z pominięciem regulacji art. 38 ust. 4 do 6 PZP.

Biorąc powyższe pod uwagę uznał Sąd, że dokonując interpretacji SIWZ w sytuacji sprzeczności między treścią SIWZ a treścią odpowiedzi na pytanie należy się oprzeć przede wszystkim na literalnej treści SIWZ.

62. Wyrok SO w Poznaniu z dnia 27 czerwca 2013 r., X Ga 207/13, oddalający skargę zamawiającego od wyroku KIO z dnia 22 marca 2013 r., KIO 537/13, LEX nr 1308930

- *interpretacja SIWZ* • *zasady wykładni*
- *art. 65 k.c.*

Odnosząc się do zarzutów skargi należało w pierwszej kolejności wskazać, że Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (da-

lej SIWZ) oraz sporządzone w oparciu o nią ogłoszenie o zamówieniu stanowią elementy czynności prawnej – oświadczenia woli zawarcia umowy w trybie określonym w przywołanej wyżej ustawie.

Stosownie do treści art. 14 teżej ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Tym samym wykładni oświadczeń woli złożonych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia należy dokonywać zgodnie z regułami Kodeksu cywilnego, w szczególności wyrażonymi w art. 65. A zatem, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają, ze względu na okoliczności w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W przypadku gdy oświadczenie to jest kierowane do nieograniczonego kręgu adresatów, interpretacja oświadczenia woli polega wyłącznie na ustaleniu jego powszechnie przyjętego znaczenia – w oparciu o wykładnię obiektywną (*vide*: P. Machnikowski w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod. red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Wydawnictwo C.H. Beck, 5. wydanie str. 166). W tym przypadku podstawą wykładni są powszechnie przyjęte reguły językowe, przy czym wykładni poszczególnych wyrażen dokonuje się z uwzględnieniem kontekstu, w którym zostały użyte. Uwzględnieniu podlegają także okoliczności, w jakich oświadczenie woli zostało złożone oraz cel oświadczenia woli wskazany w tekście, bądź możliwy do ustalenia na podstawie pozostałych postanowień.

Opis przedmiotu zamówienia

63. Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 8 stycznia 2015 r., X Ga 566/14, oddalający skargę odwołującego od wyroku KIO z dnia 27 sierpnia 2014 r., KIO 1659/14, LEX nr 1532348

• *SIWZ* • *opis przedmiotu zamówienia* • *wymaganie certyfikatów* • *reguły wykładni*

Na gruncie art. 30 p.z.p. przyjmuje się pogląd, zgodnie z którym zamawiający nie musi opisywać przedmiotu zamówienia w sposób literalnie odpowiadający właściwej normie, może zastrzyć swe wymagania lub opisać je odmiennie od literalnych sformułowań normy, jeżeli nie naruszy w ten sposób jej zasadniczych postanowień (por.: wyrok KIO z 25.3.2010 r., sygn. KIO/UZP 313/10, LEX nr 575354). [...]

Nietrafnie ponadto zarzucał skarżący, że zamawiający szpital nie miał podstaw do żądania udokumentowania spełniania wymogu określonym certyfikatem z badań. Wbrew twierdzeniom skargi, rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.2.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., póź. 231) nie statuuje zamkniętego katalogu dokumentów, jakich może żądać od wykonawców zamawiający. Zgodnie z § 6 ust. 1 rozporządzenia, „w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, za-

mawiający może żądać w szczególności”, po czym w punktach 1–3 następuje wymienienie przedmiotów oraz zaświadczeń, o jakie może zwrócić się zamawiający.

W oparciu o zastosowane w przytoczonym częściowo przepisie sformułowanie „w szczególności” nie należy wywodzić, jak czyni to skarżący, że wyliczenie zamieszczone po tym zwrocie ma charakter taksatywny, bowiem jest to sprzeczne z przyjętymi zasadami wykładni. Potwierdza to powołane przez zamawiającą w odpowiedzi na skargę rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20.6.2002 r. w sprawie zasad techniki prawodawczej (Dz. U. Nr 100, poz. 908), którego załącznik w § 153 ust. 3 wskazuje, że posłużenie się zwrotem „w szczególności” indukuje charakter przykładowy następującego po nim wyliczenia. Zamawiający nie był zatem ograniczony w zakresie żądania określonych dokumentów od przystępujących do przetargu wykonawców powołanymi przez skarżącego przepisami wykonawczymi. Przeciwnie, dawały one zamawiającemu szpitalowi uprawnienie do domagania się dokumentów szczególnych. Niezależnie jednak od powyższego, przepis § 6 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia, który stanowi, iż zamawiający może żądać „zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczone produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym”, mógł stanowić dla zamawiającego szpitala wyraźną podstawę do żądania od wykonawców raportu, certyfikatu lub zaświadczenia potwierdzającego spełnienie parametru przez drzwi. [...]

Nie został także naruszony wskazany w skardze art. 31 ust. 1 p.z.p., zgodnie z którym zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Zastosowanie tego przepisu wyprzedzała bowiem norma art. 31 ust. 2 p.z.p., w świetle której jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, jak to miało miejsce w niniejszej sprawie, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego. Tymczasem zamawiający szpital program funkcjonalno-użytkowy niewątpliwie sporządził, co potwierdził skarżący wykonawca, przedkładając go przy wniosku o udzielenie zabezpieczenia (zob. k. 67 i. n. akt).

64. Wyrok SO w Krakowie z dnia 8 lipca 2014 r., II Ca 2332/13, oddalający skargę zamawiającego od wyroku KIO z dnia 7 października 2013 r., KIO 2184/13, LEX nr 1393813

• SIWZ • opis przedmiotu zamówienia • usługi pocztowe • doręczanie pism sądowych i prokuratorskich • dowód nadania przesyłki

Przechodząc do merytorycznej oceny zasadności wniesionej przez zamawiającego skargi, wskazać należy, że w ocenie Sądu Okręgowego, nie zasługiwała ona na uwzględnienie. Po pierwsze należy zauważyć, że postanowienia SIWZ, które nakazało Zamawiające-

mu – zgodnie z treścią pkt 1 zaskarżonego wyroku KIO – usunąć, tj. pkt 6 załącznika nr 5 do SIWZ, statuujący wymóg, aby zgodnie z art. 17 ustawy prawo pocztowe potwierdzenie nadania przesyłki wydane przez placówkę operatora miało moc dokumentu urzędowego, mają niewątpliwie charakter zastrzeżenia ograniczającego konkurencję. Jak zostało wskazane w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku z 7 października 2013 r., tak sformułowany warunek prowadził do całkowitego wyłączenia konkurencji, umożliwiał bowiem złożenie oferty wyłącznie przez operatora wyznaczonego, którym jest aktualnie Poczta Polska S.A. Zgodnie z art. 17 Prawa pocztowego, zawarte w nim zastrzeżenie charakteru dokumentu urzędowego dla potwierdzenia nadania dotyczy jedynie potwierdzenia wydanego przez wyznaczonego operatora pocztowego. Stosownie do treści art. 178 ust. 1 Prawa pocztowego, który obowiązywał jeszcze przed ogłoszeniem przetargu, status wyznaczonego operatora pocztowego w okresie 3 lat od dnia wejścia w życie tej ustawy, tj. do dnia 31 grudnia 2015 r. posiada Poczta Polska S.A. Pozostali operatorzy pocztowi, w tym wykonawca składający odwołanie mogą potwierdzić nadanie przesyłki rejestrowej wyłącznie dokumentem prywatnym, a zatem nie spełniają warunków zamówienia określonych w SIWZ. Przedmiotowe postępowanie staje się zatem zamknięte na konkurencję.

W tym miejscu należy się odwołać do naczelnej zasady prawa zamówień publicznych, wyrażonej w szczególności w art. 7 ust. 1 P.z.p. oraz do treści art. 29 ust. 2 P.z.p.

Pierwszy ze wskazanych przepisów nakłada na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, wyłączając możliwość traktowania któregośkolwiek z oferentów w sposób uprzywilejowany i zakazując stosowania preferencji podmiotowych. Zgodnie natomiast z art. 29 ust. 2 P.z.p., przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z podanych wyżej norm nie można jednakże wywodzić poglądu, iż zagwarantowanie konkurencyjności postępowania w przedmiocie udzielania zamówienia publicznego jest celem, który zamawiający ma osiągnąć kosztem rezygnacji ze sformułowania warunków przetargu w sposób gwarantujący zaspokojenie jego uzasadnionych potrzeb. Sąd Okręgowy w składzie rozpoznającym niniejszą skargę podziela stanowisko zamawiającego, jak i stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, iż w sprawie zamówienia publicznego istotny jest interes zamawiającego oraz zaspokojenie jego potrzeb. Zaspokojenie tych potrzeb winno jednakże nastąpić w warunkach konkurencji. Możliwe jest ograniczenie kręgu wykonawców poprzez sformułowanie warunków SIWZ, jednakże postanowienia ograniczające konkurencję (zwłaszcza wyłączające ją całkowicie) muszą być uzasadnione usprawiedliwionym interesem zamawiającego. Chodzi tu o racjonalne oczekiwania zamawiającego i świadczenia o najwyższym po-

ziomie jakości, oceniane jednakże przez cel zamówienia. Niezbędne jest zatem porównanie, czy sprecyzowane warunki pozostają adekwatne do rzeczywistych i niezbędnych potrzeb zamawiającego.

W tym miejscu należy ponownie przytoczyć zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku rozważania dotyczące zagadnienia proporcjonalności warunku, które w drodze analogii można odnieść także do opisu przedmiotu zamówienia. I tak, konieczna jest analiza trzech aspektów: po pierwsze, czy wymagania w zakresie opisu przedmiotu zamówienia są w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nie skutków, po drugie, czy opis przedmiotu jest rzeczywiście niezbędny dla interesu zamawiającego, i po trzecie, czy efekty będą pozostawały w proporcji od ciężarów nakładanych na wykonawcę. Analiza obejmuje zatem porównanie adekwatności celu i środka służącego do jego osiągnięcia. Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, że istota niniejszej sprawy sprowadza się do rozstrzygnięcia, czy po stronie sądów i prokuratur rzeczywiście istnieje uzasadniony interes, aby nadanie przez te jednostki organizacyjne przesyłki było potwierdzone dokumentem mającym charakter dokumentu urzędowego.

W aspekcie argumentacji zawartej w skardze należy w pierwszej kolejności stwierdzić, że zbyt daleko idące wnioski wyciągnął Zamawiający z uzasadnienia zaskarżonego wyroku, podnosząc, że Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła, iż zamawiający może w sposób usprawiedliwiony oczekiwać, że dowód nadania przesyłki będzie dokumentem urzę-

dowym, zaś uwzględnienie odwołania wykonawcy było jedynie skutkiem stwierdzenia przez arbitrów, iż w procedurze nadawania przesylek zamawiający dysponuje innym dokumentem urzędowym potwierdzającym fakt nadania. W uzasadnieniu wyroku Izba wskazała na cztery argumenty, przy uwzględnieniu których nie można uznać, aby wymóg zawarty w treści pkt 6 załącznika nr 5 do SIWZ był konieczny ze względu na uzasadnione potrzeby zamawiającego. Po pierwsze, Izba odwołała się do zmian przepisów regulujących doręczenia w procedurach sądowych, a dokonanych przepisami ustawy Prawo pocztowe. W tym zakresie podkreśliła, że wedle aktualnie obowiązujących przepisów zarówno w procedurze administracyjnej, sądownoadministracyjnej, karnej, cywilnej, jak i w sprawach o wykroczenia doręczenia mogą następować przez operatora pocztowego, nie zaś tylko i wyłącznie przez operatora wyznaczonego. Po drugie, w ocenie Izby instytucja potwierdzenia nadania z mocą dokumentu urzędowego służy stronom i uczestnikom tych postępowań celem dochowania terminów procesowych. Po trzecie, dokumentacja tworzona przez sądy i prokuratury w związku z realizacją obowiązków w zakresie doręczeń posiada walor dokumentu urzędowego, oraz po czwarte – do działalności sądów i prokuratur odnoszą się terminy instrukcyjne. Argumentacja Izby nie odwołała się zatem wyłącznie do dublowania się dokumentacji urzędowej.

W ocenie Sądu Okręgowego trafne jest stanowisko Izby, zgodnie z którym opis przedmiotu zamówienia zawarty w treści pkt 6

załącznika 5 do SIWZ nie był uzasadniony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, aczkolwiek argumentacja powołana na uzasadnienie ww. stanowiska nie jest przez sąd w całości podzielana.

Zamawiający zasadnie wskazuje zarówno w odpowiedzi na odwołanie, jak w samej skardze, iż potrzeba dokonywania doręczeń przesylek pocztowych występuje zarówno wówczas, gdy sądy i prokuratury działają jako organy prowadzące postępowanie w sprawie, jak i wówczas, gdy sąd lub prokurator występuje jako strona (uczestnik) toczącego się postępowania (np. cywilnego, administracyjnego). W zakresie pierwszej z wyróżnionych sytuacji należy stwierdzić, iż tryb nadawania pism przez sądy i prokuratury w ramach prowadzonych przez nie spraw jest regulowany przepisami prawa, które opisują czynności, jakie powinny zostać podjęte w celu wysłania do strony pisma oraz kolejności ich podejmowania. W zakresie procedury sądowej przedmiotowa materia jest unormowana przepisami zarządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 grudnia 2003 r. w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów sądowych oraz innych działów administracji rządowej (Dz. Urz. MS z dnia 31 grudnia 2003 r.), natomiast zasady wysyłki pism prokuratury określone zostały przepisami zarządzenia Prokuratora Generalnego z dnia 15 grudnia 2010 r. w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów oraz innych działów administracji w wojskowych jednostkach organizacyjnych prokuratury (M.P. z dnia 31 marca 2011 r.). W tym zakresie zastosowanie znaj-

dują również rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 2003 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu doręczania pism sądowych w postępowaniu karnym (Dz. U. z dnia 26 czerwca 2003 r.) oraz z dnia 12 października 2010 r. w sprawie szczegółowego trybu i sposobu doręczania pism sądowych w postępowaniu cywilnym [...]. I tak można wskazać w szczególności, że w postępowaniu sądowym procedura doręczenia rozpoczyna się od wydania przez sędziego zarządzenia o doręczeniu określonego pisma stronom, które opatrzone jest datą i podpisem sędziego, następnie zarządzenie to jest wykonywane przez pracownika sekretariatu, który również dokonuje adnotacji o dacie wykonania zarządzenia, potwierdzając ją podpisem, i wreszcie taka przesyłka jest odnotowywana w wykazie przesyłek poleconych, czyli tzw. zbiorczej książce nadawczej. W tym miejscu należy podkreślić, iż w ocenie Sądu Okręgowego, zbiorcza książka nadawcza, wbrew stanowisku Krajowej Izby Odwoławczej, nie jest dokumentem urzędowym. W tym zakresie sąd w całości podziela argumentację Zamawiającego, który prawidłowo wskazywał, iż wykaz ten jest w szczególności pozbawiony podpisu pracownika organu (sądu, prokuratury). Zgodnie z przeważającymi poglądami doktryny (K. Knoppek, *Dokument w procesie cywilnym*, Poznań 1993, s. 21, A. Bieliński, *Charakter podpisu w polskim prawie cywilnym materialnym i procesowym*, Legalis) dokument urzędowy musi być podpisany, zaś ww. obowiązek wynika z wymogu sporządzenia tego dokumentu w odpowiedniej formie oraz

z przepisów szczególnych o formie konkretnych czynności urzędowych. Istnienie podpisu osoby upoważnionej do działania w charakterze organu stanowi dowód zamiaru wywołania określonych skutków, dowodzi zakończenia dokumentu wraz z określeniem ostatecznej wersji zawartego w nim oświadczenia. Niepodpisany dokument urzędowy jest dokumentem nieistniejącym. Skoro zatem zestawienia w postaci wykazu nadanych przesyłek (tzw. zbiorcza książka nadawcza) nie zawiera podpisu osoby upoważnionej do działania w imieniu danego sądu czy jednostki prokuratury, nie może być mowy o traktowaniu ww. wykazu jako dokumentu urzędowego. Uwzględniając natomiast treść art. 244 § 1 K.p.c., który definiuje dokumenty urzędowe jako dokumenty sporządzane przez powołane do tego organy władzy publicznej i inne organy państwowe w zakresie ich działania, koniecznym staje się wskazanie, że zbiorcza książka nadawcza nie może zostać zakwalifikowana do kategorii dokumentów, o których stanowi ten przepis, jeszcze z jednego powodu. Mianowicie jest ona tylko częściowo tworzona przez pracownika sądowego. Należy bowiem zauważyć, że to przedstawiciel operatora pocztowego, a nie pracownik sądu, wykaz opatruje pieczęcią operatora potwierdzającą fakt nadania, a więc tą okoliczność, na którą zamawiający chciałby zapewnić sobie dowód z dokumentu urzędowego.

Skarżący ma rację podnosząc, że nie można wykluczyć przypadków, w których data nadania przesyłki pocztowej przez sąd lub prokuraturę będzie miała znaczenie. Co prawda

terminy dla sądu określone w przepisach proceduralnych (tak jak wskazuje Izba) są terminami instrukcyjnymi, niemniej jednak zwłoka w doręczeniu tytułu wykonawczego, postanowienia zabezpieczającego lub odpisu wyroku z uzasadnieniem może narazić stronę na szkodę, rodzącą z kolei odpowiedzialność odszkodowawczą Skarbu Państwa. Oczywiście data ekspediowania przesyłki sądowej lub prokuratorskiej ma także znaczenie dla oceny zasadności ewentualnej skargi na przewlekłość postępowania. Mimo jednak tych okoliczności, w ocenie Sądu Okręgowego, sądy i prokuratury nie posiadają interesu w stawianiu w ramach prowadzonego przetargu wymagania wystawiania przez operatora pocztowego dokumentu urzędowego na potwierdzenie faktu nadania przesyłki sądowej, albowiem okoliczność tę mogą, w przypadku powstania takiej potrzeby, wykazywać dowodami z dokumentów, które zostają sporządzone w ramach opisanej wyżej procedury ekspediowania przesyłek do stron prowadzonych postępowań. W szczególności znaczenie będzie miała dokonana w aktach sprawy adnotacja pracownika sądu czy prokuratury o wykonaniu zarządzenia w przedmiocie doręczenia pisma oraz wykaz przesyłek poleconych nadanych w placówce pocztowej, mimo iż nie będzie miał on charakteru dokumentu urzędowego. Fakt nadania przez sąd lub prokuraturę przesyłki i data tego nadania mogą zostać wykazane przy zastosowaniu każdego dowodu, nie zaś tylko dowodu z dokumentu urzędowego. Jeżeli w ewentualnym sporze strona zakwestionuje tego typu okoliczności podniesione przez pozwany sąd

lub prokuraturę, będzie możliwe zawnioskowanie dowodu ze zbiorczej książki nadawczej oraz powołanie się na adnotacje znajdujące się w aktach sprawy. Ponadto, sąd lub prokuratura mogą powoływać się na dowody z zeznań świadków tj. osób, które uczestniczyły w procedurze ekspedycji konkretnej przesyłki i za pomocą ww. środków dowodzić faktu nadania przesyłki i datę jej nadania.

W zakresie drugiej z wyróżnionych powyżej sytuacji tj. sytuacji, w której sąd lub prokurator występuje jako stroną postępowania (a zatem uchybienie terminowi procesowemu przez sąd lub prokuratora wywołuje takie same negatywne konsekwencje procesowe, jak w przypadku każdej innej strony), należy wskazać, że ewentualny interes Zamawiającego w formułowaniu zapisu pkt 6 załącznika nr 5 do SIWZ istotnie nie opierałby się wprost na fakcie posiadania potwierdzenia nadania o charakterze dokumentu urzędowego, lecz jedynie pośrednio na skutkach wprowadzenia takiego wymogu w SIWZ w aktualnym stanie prawnym, w którym wymóg ten spełnić może wyłącznie operator wyznaczony. Wysyłanie pism procesowych przez sądy i prokuratury, działające jako strony postępowania cywilnego, przy korzystaniu z usług operatora wyznaczonego wydaje się być uzasadnione faktem, iż regulując cywilne postępowanie sądowe ustawodawca zdecydował się zróżnicować skutki prawne nadania pisma procesowego w placówce operatora wyznaczonego i innych operatorów pocztowych, wprowadzając w art. 165 § 2 k.p.c. regulację, że oddanie pisma procesowego w polskiej placówce pocztowej

operatora wyznaczonego jest równoznaczne z wniesieniem jej do sądu. Abstrahując od kwestii, czy wprowadzenie warunku zamieszczonego w pkt 6 załącznika nr 5 do SIWZ można w ogóle uzasadnić z powołaniem się na wskazane korzyści w zakresie ochrony interesu sądów i prokurator (jeżeli zamawiający, formułując warunki zamówienia, istotnie miał na względzie zabezpieczenie interesów sądów i prokuratur w sprawach cywilnych, w których jednostki te miałyby występować jako strony, logicznym wydaje się wprowadzenie wprost wymagania, aby przesyłki w takich sprawach miały być realizowane przez operatora wyznaczonego lub w ramach współpracy z nim), to z uwagi na fakt, iż taka argumentacja pojawiła się w toku postępowania przez KIO, stwierdzić należy, że w ocenie Sądu Odwoławczego nie zasługuje ona na uwzględnienie. Zarówno sądy, jak i prokuratury dysponują bowiem możliwością zabezpieczenia własnych interesów bez konieczności wprowadzenia wymogu odnoszącego się do całości usług będących przedmiotem zamówienia, który skutkuje wyłączeniem konkurencyjności postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego. Po pierwsze, sytuacje, w których sądy lub prokuratury występują jako strony postępowania cywilnego zdarzają się, jednak nie są one częste. W konsekwencji doręczenia realizowane w trybie przepisów procedury cywilnej mogą stanowić jedynie niewielki procent wszystkich przesyłek, nadawanych przez te jednostki organizacyjne. Po drugie, udzielenie zamówienia na przedmiotowe usługi istotnie nie wyłącza – w pewnych uzasadnionych okolicznościach

– możliwości nadania przesyłki u innego operatora niż ten, który zostanie wyłoniony w przetargu, czy też w ogóle z wykorzystania innego sposobu wniesienia pisma procesowego do właściwego sądu. Zgodnie bowiem z treścią § 68 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 lutego 2007 r. Regulamin urzędowania sądów powszechnych, prezes sądu przy wyborze sposobu doręczania przesyłek sądowych ma uwzględnić zarówno koszty, jak i skuteczność doręczeń. Prezes sądu może zatem zarządzić, iż doręczenia takiej określonej kategorii przesyłek będą dokonywane za pośrednictwem operatora wyznaczonego. Z uwagi na niskie koszty takich doręczeń determinowane ich niewielką ilością, będą one pokrywane wprost z sum budżetowych, jakimi dysponują sądy. Poza tym należy podkreślić, iż konieczność skorzystania z usług operatora pocztowego w konkretnych sprawach może w ogóle nie zaistnieć, albowiem skuteczniejszym i prostszym sposobem wniesienia pisma procesowego do sądu w sprawie cywilnej przez sąd lub prokuraturę będzie jego bezpośrednie złożenie na dziennik podawczy właściwego sądu. W przypadku prokuratorów taka sytuacja winna być zasadą, bowiem zgodnie z § 367 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 10 marca 2010 r. Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (t.j. Dz.U. z 2014 r., poz. 144) sprawy cywilne należą do zakresu działania jednostki organizacyjnej prokuratury, na której obszarze właściwości mieści się siedziba sądu właściwego do rozpoznania sprawy cywilnej.

W tych okolicznościach, w ocenie Sądu Okręgowego, Zamawiający nie legitymował się interesem uzasadniającym wprowadzenie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagania, które w praktyce mogłoby zostać zrealizowane wyłącznie przez operatora wyznaczonego. Dokonanie opisu przedmiotu zamówienia poprzez wprowadzenie pkt nr 6 załącznika 5 do SIWZ naruszało zatem art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 P.z.p., co z kolei uzasadniało nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

65. Wyrok SO w Krakowie z dnia 8 maja 2014 r., XII Ga 211/14, Portal OSP, oddalający skargę odwołującego od wyroku KIO z dnia 27 lutego 2014 r., KIO 279/14, LEX nr 1438485

• SIWZ • opis przedmiotu zamówienia • uczciwa konkurencja

Stosownie do dyspozycji art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Ustawa podaje także, że opisu należy do-

konać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (Małgorzata Stachowiak Komentarz do art. 29 ustawy PZP). Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 listopada 2006 r., III Ca 1019/06 opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia winny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo. Ponadto użyte do sformułowania opisu przedmiotu zamówienia powinny być zawsze rozważane w kontekście konkretnego stanu faktycznego. Nie można pomijać okoliczności, iż określenia te kierowane są do profesjonalistów zajmujących się zawodowo działalnością danego rodzaju, którzy mają możliwość odczytania zamówienia w ten sposób, który umożliwi złożenie stosownej oferty i zapewni wykonanie umowy zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego.

Nie można podzielić argumentacji, która prowadziłaby do przyjęcia wniosku, jakoby zasada równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz wytyczne dotyczące dokonywania opisu przedmiotu zamówienia zawarte w art. 29 ust. 2 ustawy pzp miały być postrzegane w taki sposób, że zamawiający obowiązany jest dokonać takiego opisu przedmiotu zamówienia, by przedmiot ten odpowiadał wykonawcy. W szczególności dotyczy to sytuacji, gdy przedmiot zamówienia posiada obiektywne cechy i właściwości, a zamawiający miał-

by tak kształtować postępowanie, by tworzyć fikcję innego przedmiotu zamówienia dla umożliwienia wykonawcom świadczenia usług, w tym świadczenia ich po określonej cenie (tak wyrok KIO w sprawie KIO 1399/12).

66. Wyrok SO w Warszawie z dnia 11 marca 2014 r., V Ca 3836/13, uwzględniający skargę zamawiającego od wyroku KIO z dnia 29 października 2013 r., KIO 2424/13, LEX nr 1415395, i zmieniający zaskarżony wyrok w ten sposób, że nadaje mu następującą treść: „uwzględnia odwołanie w tym tylko zakresie, że nakazuje zamawiającemu dokonanie czynności zapewniających rzeczywistą konkurencję postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez modyfikację treści ogłoszenia o zamówieniu w sekcji III pkt 2.3 ppkt 1.1 a, b i ppkt 1.2 c, w ten sposób, że po wyrazach «BMC Software» dopisanie wyrazów «lub oprogramowania równoważnego» oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia poprzez dopisanie w rozdziale IV pkt I ppkt a i b oraz 2.2 c po wyrazach «firmy BMC Software» wyrazów «lub oprogramowania równoważnego»”, a w pozostałej części odwołanie oddalający

• SIWZ • opis przedmiotu zamówienia • uczciwa konkurencja • rozwiązania równoważne

Odnosząc się w pierwszej kolejności do kwestionowanego przez skarżącego przed Krajową

Łzbą Odwoławczą opisu przedmiotu zamówienia, wskazać należy, iż co prawda to na zamawiającym spoczywa obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie, wykorzystania do jego opisanie standardowych określeń technicznych, które są zwykle używane w danej dziedzinie, zrozumiałych dla wszystkich osób trudniących się działalnością w danej branży, jednakże należy przy tym zauważyć, iż czynność ta stanowi nie tylko obowiązek, ale przede wszystkim uprawnienie zamawiającego, które kształtuje zgodnie ze swoją wolą. Tym samym precyzyjne określenie przedmiotu zamówienia pozostaje w gestii samego zamawiającego, który jedynie nie może opisać go tak, aby ograniczyć konkurencję lub równe traktowanie wykonawców. Przedmiot zamówienia jest więc suwerenną decyzją Zamawiającego, a jedynie jego opis podlega wymogom określonym w ustawie Prawo zamówień publicznych. Błędny jest więc pogląd Krajowej Izby Odwoławczej, że Zamawiający miał obowiązek w ramach prowadzonego postępowania dopuścić możliwość budowy nowego systemu od podstaw. Rozważania w tym zakresie nie odpowiadają regulacjom ustawy Prawo zamówień publicznych.

Sąd Okręgowy stwierdził, że zamawiający oczekuje dostawy oprogramowania BMC Software lub równorzędnego celem uzupełnienia już funkcjonującego systemu, nie może prowadzić do wniosku, jakoby powodowało ono brak zachowania podstawowych zasad uczciwej konkurencji. W przypadku jakichkolwiek wątpliwości co do wymagań sta-

wianych przez zamawiającego, podmiotowi ubiegającemu się o udział w postępowaniu przetargowym przysługuje prawo wystąpienia z zapytaniem, celem uzyskania szczegółowych informacji dotyczących interesujących go kwestii równorzędności zamówienia. Tym samym nie można zasadnie podnosić, iż opis przedmiotu zamówienia wskazany przez zamawiającego ogranicza konkurencję, albowiem nie zostało to wykazane w toku postępowania przez Krajową Izbą Odwoławczą, która nie prowadziła w tym zakresie postępowania dowodowego, jak i przed Sądem. Krajowa Izba Odwoławcza całkowicie bezpodstawnie przyjęła więc jakoby opisane przez zamawiającego parametry ograniczały możliwość zaoferowania rozwiązania równorzędnego. Ustalenie, czy rzeczywiście doszło do wykluczenia możliwości zaoferowania oprogramowania innego, równorzędnego oprogramowaniu BMC Software, bez dysponowania wiadomościami specjalnymi nie było możliwe na obecnym etapie postępowania. Tym samym nie można przyjąć, jakoby w sposób powyżej wskazany zamawiający ograniczył produkty, mogące zrealizować cel przez niego podany.

Reasumując, będący przedmiotem analizy przez Sąd Okręgowy opis przedmiotu zamówienia nie ogranicza konkurencji tylko do podmiotów będących autoryzowanymi biznes partnerami producenta oprogramowania już użytkowanego przez zamawiającego, nie naraża go na monopol jednego producenta i nie można stawiać zarzutu niegospodarnego wydatkowania środków publicznych. Jedynie na marginesie wskazać

należy, iż zarówno Krajowa Izba Odwoławcza, jak i Sąd nie są organami nadzoru nad działalnością Z. i do ich kompetencji nie należy kontrola wydatkowania środków, którymi zamawiający dysponuje. Tym samym Sąd Okręgowy oddalił wnioski dowodowe zgłoszone przez odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza również niezasadnie uznała za trafny zarzut odwołującego w przedmiocie braku opisu wymogów oprogramowania równorzędnego w SIWZ. Podkreślić bowiem należy, iż co prawda zamawiający wskazał jedynie na dopuszczalność składania ofert równorzędnych, nie precyzując na czym ta równorzędność miałaby polegać, jednakże, jak już o tym powyżej była mowa, w takim przypadku podmiotowi ubiegającemu się o udział w postępowaniu przetargowym zamawiający dał możliwość wystąpienia z zapytaniem mającym na celu ustalenie cech żądanej równorzędności. Nadto wskazać należy, iż odwołujący nie wykazał, jakoby brak sprecyzowanego opisu przedmiotowych wymogów mógł doprowadzić do ograniczenia zdrowej konkurencji. Nie ulega wątpliwości, iż zamawiający w SIWZ opisał jedynie system dotychczas użytkowany, a jeżeli taki opis nie jest wystarczający dla wykonawcy biorącego udział w postępowaniu przetargowym, to może on wystąpić z zapytaniem, celem uzyskania informacji na temat znaczenia „równorzędności” dla strony zamawiającej. Nie można bowiem uznać, iż w rozpatrywanej sytuacji to na zamawiającym z urzędu spoczywa obowiązek sprecyzowania, na czym ta równorzędność miałaby polegać. Tym samym

Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła błędne stanowisko, iż doszło do naruszenia przepisów ustawy również i w tym zakresie. Nie ulega wątpliwości, iż zamawiający ma obowiązek wskazania cech i parametrów przedmiotu zamówienia. Wskazując jednakże na dopuszczenie składania ofert równorzędnych, obowiązek taki nie wynika z przepisów prawa, które statuują jedynie możliwość wystąpienia z zapytaniem, celem ustalenia warunków równorzędnych. Tym samym nie można uznać, iż dana oferta nie spełnia wymogu równorzędności, jeżeli z powodu braku danych nie można wykazać, czy jest ona równorzędna, czy też nie. Tylko przy wskazaniu zakresu równorzędności jest możliwe stwierdzenie, że złożona oferta zawiera rozwiązania równorzędne, i w konsekwencji podjęcie przez zamawiającego decyzji o uznaniu oferty za ważną albo jej odrzuceniu. Tym samym podnoszony przez odwołującego zarzut miałby rację bytu jedynie w sytuacji uprzedniego wystąpienia przez niego z zapytaniem o wskazanie cech równorzędności, otrzymaniem doprecyzowanego zakresu dopuszczalnej równorzędności ofert, a następnie jego oceną zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji.

W wyroku z dnia 5 stycznia 2012 r., KIO 2734/11, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła natomiast, że „[...] pomimo, że w ustawie nie wyartykułowano wprost przepisu nakazującego zamawiającemu opisanie sposobu potwierdzania równoważności oferowanych rozwiązań, to jednak wobec obowiązku jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia oraz do-

puszczenia rozwiązań równoważnych (art. 29 ust. 1 i 3, art. 30 ust. 4 PZP), opisanie sposobu przygotowania ofert, a także sposobu ich oceny (art. 36 ust. 1 pkt 10 i 13 PZP), należy przyjąć na podstawie zarówno doktryny, jak i ugruntowanego orzecznictwa w tej materii, że zamawiający by mógł ocenić, czy oferowane rozwiązania równoważne, spełniają wymóg równoważności, zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy, musi je odnieść do co najmniej minimalnych wymagań opisanych w SIWZ”. Krajowa Izba Odwoławcza również niezasadnie przyjęła, jakoby termin 30 dni na wdrożenie zaoferowanego systemu równorzędnego nie był wystarczający i zapis taki w dalszym ciągu dyskryminował wykonawców chcących zaoferować rozwiązania równorzędne. Skarżący nie wykazał bowiem, aby ustalony przez zamawiającego termin nie był terminem realnym dla wprowadzenia rozwiązania równorzędnego. Z tych względów Krajowa Izba Odwoławcza niezasadnie uznała, ażeby termin ten jawił się jako niewystarczający i zapis taki w dalszym ciągu dyskryminował wykonawców chcących zaoferować rozwiązania równorzędne. Skarżący nie wykazał także, a to na nim zgodnie z art. 6 k.c. spoczywał ciężar dowodu, ażeby termin dla wykonawców oferujących rozwiązania równorzędne nie mógł potwierdzić zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia w wyznaczonym przez zamawiającego terminie i sfinansowania go do czasu dokonania płatności przez zamawiającego. Nie budzi więc wątpliwości Sądu, iż określenie terminu wdrożenia zaoferowanego systemu, różnicującego wykonawców, oparte zostało

na obiektywnych i uzasadnionych potrzebach zamawiającego, albowiem odmienne go stanowiska skarżący nie wykazał.

67. Wyrok SO w Warszawie z dnia 11 czerwca 2013 r., V Ca 3101/12, oddalający skargę Prezesa UZP od wyroku KIO z dnia 9 października 2012 r., KIO 2033/12, LEX nr 1223155

• SIWZ • *opis przedmiotu zamówienia • podział zamówienia*

[...] jednakże dopuścił błąd możliwości podziału zamówienia na mniejsze i wyłonienia wykonawców na warunkach konkurencji do obsługi poszczególnych zakresów prac. Odnosząc się do tego drugiego wniosku biegłego, należy stwierdzić, że aby przyjąć wariant dopuszczalności podziału zamówienia na mniejsze, niezbędne byłoby wykazanie, że podział jest racjonalny z gospodarczego punktu widzenia.

68. Wyrok SO w Warszawie z dnia 14 lutego 2013 r., XXIII Ga 2137/12, uwzględniający skargę zamawiającego od wyroku KIO z dnia 21 listopada 2012 r., KIO 2512/12, LEX nr 1230113, i oddalający odwołanie

• SIWZ • *opis przedmiotu zamówienia*

[...] wskazać należy, że przepis art. 29 ust. 2 P.z.p. nie tworzy domniemania, że każdy opis przedmiotu zamówienia winien być uznawany za opis naruszający jego dyspozycję, do-

półki zamawiający nie udowodni, że jest inaczej, nie następuje więc przerzucenie ciężaru dowodzenia okoliczności przeciwnych na zamawiającego; art. 29 ust. 2 P.z.p. nie wymaga pełnego udowodnienia utrudnienia uczciwej konkurencji, wystarczy udowodnienie realnego prawdopodobieństwa takiego utrudnienia, co nie oznacza jednak braku obowiązku udowodnienia okoliczności, które przepis ten wskazuje.

69. Wyrok SO w Warszawie z dnia 7 sierpnia 2013 r., XXIII Ga 1112/13, oddalający skargę odwołującego od wyroku KIO z dnia 6 czerwca 2013 r., KIO 1209/13, LEX nr 1349998

• SIWZ • *opis przedmiotu zamówienia • uczciwa konkurencja*

Odnosząc się do zarzutu skargi dotyczącego naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 pzp poprzez jego niezastosowanie i oddalenie odwołania przez KIO z uwagi na przyjęcie, iż dokonanie przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia, polegającego na umieszczeniu w Załączniku nr 1 do siwz zawierającym opis przedmiotu zamówienia zapisów punktu 3 ust. 4 i 6, jest jasne i nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, stwierdzić należy, iż zarzut ten okazał się nieuzasadniony. Krajowa Izba Odwoławcza prawidłowo przyjęła, iż opis przedmiotu zamówienia, polegający na zamieszczeniu w Załączniku Nr 1 do siwz, zawierającym opis przedmiotu zamówienia, zapisów pkt 3 ust. 4 i 6, jest jasny i nie na-

rusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Zamawiający określił warunki postępowania i opis przedmiotu zamówienia według swoich potrzeb, co jest prawidłowe i słuszne. Zamawiający nie był zobowiązany do dostosowania swoich potrzeb i oczekiwań do oczekiwań wykonawcy, aby umożliwić mu złożenie oferty. Zamawiający był uprawniony do wyznaczenia konkretnej trasy przelotów, międzylądowań i godzin przelotów stosownie do swoich potrzeb i nie musiał dostosowywać ich do siatki połączeń znajdujących zastosowanie u skarżącego. W związku z powyższym nieuprawnione jest twierdzenie, jakoby wyrok KIO naruszał przepisy art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 pzp, stanowiące, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

70. Wyrok SO w Krakowie z dnia 29 stycznia 2013 r., XII Ga 515/12, oddalający skargę od wyroku KIO z dnia 31 października 2012 r., KIO 2285/12, LEX nr 1228191

• *SIWZ • opis przedmiotu zamówienia • usługi pocztowe*

Stosownie do dyspozycji art. 29 ust. 1 i 2 ustawy PZP podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc

taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Ustawa podaje także, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (Małgorzata Stachowiak Komentarz do art. 29 ustawy PZP). Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 listopada 2006 r., III Ca 1019/06 opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia winny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości, a zażalenie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo. Ponadto użyte do sformułowania opisu przedmiotu zamówienia powinny być zawsze rozważane w kontekście konkretnego stanu faktycznego. Nie można pomijać okoliczności, iż określenia te kierowane są do profesjonalistów zajmujących się zawodowo wykonywaniem prac danego rodzaju, którzy mają możliwość odczytania zamówienia w ten sposób, który umożliwi złożenie stosownej oferty i zapewni wykonanie umowy zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego”. Nie można podzielić argumentacji, która prowa-

działaby do przyjęcia wniosku, jakoby zasada równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz wytyczne dotyczące dokonywania opisu przedmiotu zamówienia zawarte w art. 29 ust. 2 ustawy PZP miały być postrzegane w taki sposób, że zamawiający obowiązany jest dokonać takiego opisu przedmiotu zamówienia, by przedmiot ten odpowiadał wykonawcy. W szczególności dotyczy to sytuacji, gdy przedmiot zamówienia posiada obiektywne cechy i właściwości, a zamawiający miałby tak kształtować postępowanie, by tworzyć fikcję innego przedmiotu zamówienia dla umożliwienia wykonawcom świadczenia usług, w tym świadczenia ich po określonej cenie (tak wyrok KIO w sprawie KIO 1399/12).

Nie może uchodzić z pola widzenia okoliczność, że w tym postępowaniu specyfika jego przedmiotu wyznaczona jest obiektywnie dużym zakresem świadczonej usługi przede wszystkim pod względem podmiotowym, a także, że jest to usługa wymagająca zachowania szczególnie wysokich standardów jakości obwarowanych przepisami szczególnymi wynikającymi tak z procedury sądowej jak i ustaw regulujących świadczenie usług danego typu. Poza więc wymogami wynikającymi z przywołanych już przepisów tak „branżowych” jak i samej ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może uchodzić z pola widzenia stan rynku usług pocztowych w Polsce. Na chwilę orzekania dostępne informacje na ten temat były publikowane w Rapocie Prezesa UKE o stanie rynku usług pocztowych w Polsce w 2011 roku. Stwierdza się w nim, że na chwilę obecną Poczta Polska jest jedy-

nym podmiotem dysponującym infrastrukturą konieczną do świadczenia usług pocztowych o charakterze powszechnym, a usługi te stanowią nadal najbardziej istotną pozycję wśród usług realizowanych przez ten podmiot. Z analizy wolumenu usług zrealizowanych w 2011 roku w poszczególnych segmentach rynku przez wszystkich operatorów wynika, że Poczta Polska jest zdecydowanie dominującym podmiotem w obszarze przesyłek z korespondencją oraz przesyłek reklamowych. Obszar zastrzeżony obejmujący przesyłki do 50 gram stanowi ok. 75% całego rynku usług pocztowych. Na koniec roku 2011 w rejestrze operatorów pocztowych znajdowało się 248 podmiotów, w tym Poczta Polska, 3 operatorów posiadających zezwolenie, 243 operatorów działających na podstawie wpisu do rejestru operatorów pocztowych oraz 1 operator posiadający zezwolenie jak i wpis do rejestru. Jeśli chodzi o liczbę placówek operatorów, na koniec roku 2011 działało łącznie 12 748 placówek (w tym operatora publicznego), z czego większość na terenach miejskich. Na obszarach wiejskich dostęp do usług pocztowych zapewnia Poczta Polska, a liczba placówek operatorów niepublicznych jest tam znikoma i wynosi łącznie 137 placówek. Jest to związane z większym popytem na usługi pocztowe na terenach miejskich oraz z obiektywnie niższym kosztem ich świadczenia w porównaniu z terenami wiejskimi. Analiza stanu rynku usług pocztowych musi być odniesiona do przedmiotu i opisu zamówienia w niniejszym postępowaniu. Zamawiający bowiem był w pełni uprawniony do postawienia takich wymogów, jakie wynikają z SIWZ dla

wykonania usługi z uwagi na ogromny wolumen przesyłek objętych usługą zamówioną oraz konieczność powszechności jej świadczenia z uwagi na krąg adresatów pism sądowych. Tak przedmiot jak i opis warunków dokonany został zgodnie z zasadami konkurencji i równego traktowania wykonawców, albowiem zasadnicze granice wyznaczają tutaj przepisy bezwzględnie obowiązujące, co do których stosowania zobligowany jest tak zamawiający jak i jednostki organizacyjne sądownictwa powszechnego. Na datę wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia obowiązywały przepisy Prawa pocztowego ściśle regulujące materię świadczenia usług pocztowych. Oczywiście, że przepisy te podlegały dostosowaniu do standardów wolnego rynku w danym segmencie, niemniej jednak w chwili rozpoczęcia procedury zamówieniowej były one przepisami obowiązującymi również zgodnie z regulacjami europejskimi. Nie można poprzez postawienie zarzutu prowadzenia postępowania niezgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wymagać od zamawiającego, aby pomijał w postępowaniu przepisy, które zobowiązany jest stosować. Stosowanie przez zamawiającego obowiązujących norm prawnych, chociażby w odczuciu skarżącego społecznie krzywdzących nie może stanowić podstawy uznania, że takie działanie zamawiającego utrudnia uczciwą konkurencję, czy też ogranicza krąg potencjalnych wykonawców. Monopol operatora publicznego odnoszący się do określonych przesyłek nie wynika bowiem z jego woli, ale wprost z obowiązujących w tym zakresie przepisów prawa (wy-

rok KIO w sprawie KIO 2583/11). Skarżący nado nie jest jedynym podmiotem, który nie posiada zezwolenia Prezesa UKE, a z drugiej strony wykonawca nie jest jedynym podmiotem, który zezwolenie takie posiada. Nado skarżący nie skorzystał z możliwości przystąpienia do postępowania łącznie z wykonawcą w ramach konsorcjum i o możliwość taką się nie ubiegał. O tym, jak istotnym na rynku usług pocztowych jest obszar zastrzeżony oraz świadczenie usługi powszechnej świadczy fakt, iż nowe Prawo pocztowe utrzymuje nadal istnienie tego obszaru wprowadzając pojęcie operatora wyznaczonego, tj. operatora pocztowego zobowiązanego do świadczenia usług powszechnych, przy czym ma być on wyłaniany w drodze konkursu na okres 10 lat. Jest to jeden z elementów zapewniających powszechną dostępność dla potencjalnych świadczeniodawców w ramach rynku opartego na wolnej konkurencji. Zgodnie z art. 178 ustawy Poczta Polska pełni obowiązki operatora wyznaczonego w okresie 3 lat od daty wejścia w życie ustawy.

71. Wyrok SO w Warszawie z dnia 18 lutego 2013 r., V Ca 2948/12, oddalający skargę odwołującego od wyroku KIO z dnia 27 września 2012 r., KIO 1942/12, LEX nr 1222950

• SIWZ • opis przedmiotu zamówienia • jeden przedmiot na rynku spełniający wymagania zamawiającego • okres ważności certyfikatu • niepewność uzyskania certyfikatu w przyszłości • warunki umowne co do certyfikatu

Zamawiający Skarb Państwa reprezentowany przez K. w W. prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup szyfratorów IP. Jednym z wymogów, jakie miały spełniać dostarczone urządzenia, była konieczność posiadania w momencie ich dostawy Certyfikatu Ochrony Kryptograficznej wydanego przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego albo Służbę Kontrwywiadu Wojskowego, zapewniający ochronę informacji niejawnych o klauzuli „poufne” z terminem ważności minimum 4 lata od dnia dostawy urządzeń szyfrujących IP do Zamawiającego. W ocenie Skarżącego tak określony warunek SIWZ ograniczał uczciwą konkurencję, bowiem urządzenie tego typu może dostarczyć tylko jeden dostawca – K. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. Urządzenie nosi nazwę KRYPTON K2 w wersji 1.3.0. Certyfikat na to urządzenie wydany został w dniu 14 czerwca 2012 r., z terminem ważności 30 czerwca 2018 r.

Okoliczność powyższa była bezsporna, nie mniej jednak w ocenie Sądu Okręgowego trafnie Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła, że wymóg ważności certyfikatu ustalony został nie w celu oceny spełniania warunków przedmiotowych przez potencjalnych wykonawców, lecz jest odniesiony do konkretnych dostaw, mających być wykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podkreślić należy, iż niezwykle istotną kwestią wpływającą na taką właśnie ocenę, jest to, że dostarczane urządzenia mają posiadać certyfikat o określonym terminie ważności w dniu dostarczania przedmiotu zamówienia do Za-

mawiającego. Tym samym nie jest tak, jak podnosi Skarżący, iż zapis ten wyłącza uczciwą konkurencję. To, że obecnie tylko jeden dostawca legitymuje się prawidłowym certyfikatem, nie przesądza o tym, że w dniu dostawy również inne podmioty będą je posiadać. Słusznie bowiem w tym zakresie Krajowa Izba Odwoławcza zauważyła, iż przepisy ustawy o ochronie informacji niejawnych nie uniemożliwiają uzyskania nowego certyfikatu na określone urządzenie w okresie znacznie wyprzedzającym termin upływu ważności, w tym np. na potrzeby udziału w konkretnym zamówieniu publicznym.

Skarżący przyznał, że powszechnie stosowaną przez producentów szyfratorów praktyką jest odnawianie certyfikatów pod koniec upływu terminu ich ważności, jednakże z uwagi na to, że jest to proces długotrwały, to nie ma możliwości jego uzyskania na potrzeby niniejszego zamówienia. Jednocześnie w uzasadnieniu skargi wniesionej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zaproponował nakazanie Zamawiającemu zmiany przedmiotowego postanowienia SIWZ w ten sposób, iż oferowany przez Wykonawcę szyfrator IP będzie posiadał ważny certyfikat ochrony kryptograficznej przez okres najmniej roku od dostawy i wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia nowego certyfikatu na co najmniej 3 miesiące przed upływem ważności certyfikatu. Jak z powyższego wynika, sam Skarżący zakłada, iż możliwe jest uzyskanie stosownego certyfikatu w terminie nie przekraczającym 9 miesięcy.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu argumentował, iż zamawiane szyfratory IP są

częścią całego systemu teleinformatyczne-
go zbudowanego na bazie urządzeń i narzę-
dzi kryptograficznych. System taki wyma-
ga akredytacji, a warunkiem jej otrzymania
jest między innymi wymóg posiadania przez
urządzenia wchodzące w skład systemu cer-
tyfikatu ochrony kryptograficznej. Akredy-
tacja systemu jest wydawana na okres nie
dłuższy niż 5 lat, tym samym racjonalne jest,
aby urządzenia stanowiące części składowe
całego systemu miały certyfikat ważny przez
okres przewidywanej akredytacji systemu.

Z argumentacją powyższą nie sposób się nie
zgodzić, oczywistym jest, iż do prawidłowego
funkcjonowania całego systemu i to zarówno
w sensie technicznym, jak i zabezpieczeń (cer-
tyfikaty, akredytacja), konieczne jest funk-
cjonowanie wszystkich jego elementów. Brak
certyfikatu na poszczególne składniki pocią-
ga za sobą brak lub utratę akredytacji systemu,
a tym samym wyklucza prawidłowe działanie,
czy też ściślej mówiąc, możliwość taktyczne-
go i legalnego wykorzystania danego systemu.
Trudno w takiej sytuacji postawić Zama-
wiającemu zarzut, iż dobierając parametry
dla poszczególnych składników systemu tak,
aby cały system działał prawidłowo, narusza
uczciwą konkurencję.

Skarżący próbując uzasadnić, iż wystarczają-
ce dla zabezpieczenia ww. interesów Zama-
wiającego byłoby zastrzeżenie w umowie kar
umownych, możliwości odstąpienia od umo-
wy, bądź odszkodowania za konieczność po-
nownej akredytacji, zdaje się nie dostrzegać, że
wystąpienie przez dostawcę o przedłużeniu cer-
tyfikatu, stanowi w istocie wniosek o wydanie
kolejnego, nowego certyfikatu, poprzedzonego

nowym badaniem dostarczonego urządzenia.
Tym samym proces ten z założenia obarczo-
ny jest ryzykiem jego niepowodzenia. Uzyska-
nie bowiem certyfikatu – co oczywiste – nie
jest automatyczne, nawet jeśli dotyczy istnie-
jącego i funkcjonującego już na rynku urzą-
dzenia. Wniosek może spotkać się z odmową
udzielenia certyfikatu, bowiem samo złożenie
wniosku nie jest tożsame z bezwzględną ko-
niecznością wydania certyfikatu. Przy takim
rozumowaniu proces ten pozbawiony byłby
sensu. Tym samym trudno dziwić się Zama-
wiającemu, że chce zabezpieczyć swoje interesy
poprzez stosowne zapisy w SIWZ. Zastosowa-
nie kar umownych, czy też innych podobnych
instytucji prawa cywilnego, nie eliminuje ry-
zyka związanego z niepewnością w wypadku
utraty ważności certyfikatu w czasie obowią-
zania akredytacji systemu, zabezpiecza jedynie
aspekt finansowy Zamawiającego.

Reasumując Sąd Okręgowy stanął na sta-
nowisku, iż kwestionowane zapisy SIWZ nie
naruszają uczciwej konkurencji, a orzeczenie
Krajowej Izby Odwoławczej jest prawidłowe.

**72. Wyrok SO w Warszawie z dnia
5 stycznia 2011 r., V Ca 1468/10,
LEX nr 1222121, oddalający skargę
zamawiającego od wyroku KIO z dnia
10 maja 2010 r., KIO 643/10, Portal UZP**

**• treść SIWZ • nieprecyzyjny opis przed-
miotu zamówienia • brak opisanego produk-
tu równoważnego**

Nie można zgodzić się z twierdzeniem skarżą-
cego, że określił on w Specyfikacji Istotnych