

ODPIS

WYROK

2008 08 1W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 maja 2008 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny Odwoławczy

w składzie

Przewodniczący: SSO Waldemar Beczek

Sędziowie: SO Agnieszka Fronczak, SO Marzanna Góral

Protokolant: apl. sąd. Piotr Trocha

po rozpoznaniu w dniu 26 maja 2008 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy ze skargi Zamawiającego Instytutu Pamięci Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni
Przeciwko Narodowi Polskiemu w Warszawie
przeciwko Wykonawcy BIATEL S.A. z siedzibą w Warszawie
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 31 marca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP232/08

zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że: oddala odwołanie, kosztami
postępowania odwoławczego obciąża BIATEL S.A. z siedzibą w Warszawie i znosi
obowiązek wpłaty kwoty 4.064,00 zł (cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote) przez
Instytut Pamięci Narodowej - Komisję Ścigania Zbrodni Przeciwko Narodowi
Polskiemu w Warszawie na rzecz BIATEL S.A. z siedzibą w Warszawie;
zasądza od BIATEL S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz Instytutu Pamięci
Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni Przeciwko Narodowi Polskiemu w
Warszawie kwotę 1200 zł (jeden tysiąc dwieście złotych) tytułem zwrotu kosztów
zastępstwa prawnego w postępowaniu przed Sądem Okręgowym;

nakazuje pobrać od BIATEL S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz Skarbu Państwa -
Kasy Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 3.000 zł (trzy tysiące złotych) tytułem
wpisu od skargi, od uiszczenia którego skarżący był zwolniony.

I.

II.

III

/ V.—

ii i*

Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność

referent^tażys i

A/a

Kamila Bętkowska

—

ODPIS

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia
odwołania BIATEL S.A.

31 marca 2008r. Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu
w Warszawie wniesionego w postępowaniu o udzielenie
zamówienia publicznego(którego przedmiotem jest modernizacji węzła centralnego

sieci rozległej IPN), prowadzonego przez zamawiającego Instytut Pamięci Narodowej -
Komisję Ścigania Zbrodni Przeciwko Narodowi Polskiemu uwzględnił odwołanie i
unieważnił postępowanie oraz obciążył zamawiającego kosztami postępowania
odwoławczego.

W przedmiotowym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego został wniesiony protest przez P.H.U. Bestpol, Ossowski Lech. Protestujący zarzucił, że Zamawiający bezprawnie dokonał czynności polegających na modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w zakresie warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny ich spełnienia oraz czynności sprostowania ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, a także zaniechał dokonania czynności przedłużenia terminu ofert, czym naruszył przepisy art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniami art. 38 ust. 5, 12 ust. 4 oraz 38 ust. 6 ustawy z dnia

29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655). Powołując się na uszczerbek w swoim interesie prawnym polegającym na uniemożliwieniu ubiegania się o zamówienie Protestujący wniósł o unieważnienie postępowania oraz alternatywnie o przedłużenie terminu składania ofert. W uzasadnieniu Protestujący wywodził, że Zamawiający dokonując w dniu 22 lutego 2008 roku modyfikacji SIWZ przez skreślenie w pkt V. SIWZ pt „Dokumenty/oświadczenia jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” ppkt 6 i 7 w brzmieniu: „6) dołączyć do oferty oświadczenie producentów lub polskich przedstawicielstw producentów o posiadaniu przez wykonawcę autoryzacji do sprzedaży, instalacji oraz konfiguracji ich rozwiązań na terenie Polski - dotyczy sprzętu - zgodnie z wymaganiami w załączniku nr 2 do SIWZ; 7) dołączyć do oferty oświadczenie producentów lub polskich przedstawicielstw producentów o posiadaniu przez wykonawcę autoryzacji do sprzedaży, instalacji oraz konfiguracji ich rozwiązań na terenie Polski - dotyczy oprogramowania - zgodnie z wymogami w załączniku nr 2 do SIWZ” - dokonał w istocie modyfikacji warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania. Motywując swe stanowisko Protestujący podnosił, że skoro ww. dokumenty były żądane przez Zamawiającego na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, to Zamawiający wymagał od wykonawców spełniania warunków wynikających z tych dokumentów, a to prowadzi do wniosku, że naruszony został bezwzględny zakaz modyfikacji SIWZ wynikający z art. 38 ust. 5 ustawy, co winno skutkować unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy. Protestujący wskazał ponadto, że w dniu 26 lutego 2008 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nastąpiła publikacja sprostowania Ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający w pkt III.2.3, Ogłoszenia skreślił pkt 4 i 5, których treść odpowiadała ww. ppkt. 6 i 7 Rozdziału V SIWZ. Powołując się na ww. okoliczność Protestujący wywodził, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 12 ust. 4 ustawy, gdyż sprostowanie Ogłoszenia o zamówieniu jest możliwe jedynie w stosunku do błędów polegających na niezgodności treści ogłoszenia z treścią ogłoszenia przekazanego do publikacji. Zdaniem Protestującego naruszenie normy art. 12 ust. 4 ustawy powoduje konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy, gdyż czynność Zamawiającego polegająca na niezgodnym z prawem sprostowaniu treści ogłoszenia nie może być konwalidowana. Na poparcie zarzutu

, >_x naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 38 ust. 6 ustawy Protestujący wskazał, że w dniu 8 lutego 2008 roku Zamawiający zmodyfikował SIWZ w ten sposób, że w tabeli 5 w pkt 8

\ „Wymagania systemowe dla klienta” po słowach „Windows 2000 Server*” wpisał słowa „lub j Windows 2000 Advanced Server”. Według Protestującego stanowiło to zmianę /merytorycznych wymagań SIWZ, która pociągała za sobą konieczność wprowadzenia zmian 5/^ ytf ofertach, co powinno skutkować przedłużeniem terminu składania ofert. Zamawiający nie ^-przedłużył tego terminu. Dodatkowo Protestujący wskazał, że modyfikacja SIWZ dotycząca pkt V ppkt 6 i 7 SIWZ mogła rozszerzyć krąg wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie, jednak z uwagi na zbyt krótki czas pozostały do upływu terminu składania ofert nie mogą oni przygotować i złożyć oferty. W ocenie Protestującego powyższe działania Zamawiającego stanowiły rażące naruszenie przepisów ustawy w szczególności zasady

równości i uczciwej konkurencji określonej w art. 7 ust. 1 ustawy.

Wskutek powiadomienia o wniesieniu protestu z zachowaniem terminu

wynikającego z art. 181 ust. 4 pkt 1 ustawy do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpił BIATEL S. A. (Odwołujący), który wobec braku rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu oraz odwołaniu Odwołujący podtrzymał zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 38 ust. 5 i art. 12 ust. 4 ustawy zawarte w proteście P.H.U. Bestpol, Ossowski Lech oraz wywodził, że Zamawiający prowadzi postępowanie i dąży do zawarcia umowy, mimo, że postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, czym narusza art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy. Uzasadniając powyższe Odwołujący podtrzymał i rozszerzył

argumentację zawartą w proteście P.H.U. Bestpol, Ossowski Lech, z powołaniem się na orzecznictwo arbitrażowe oraz stanowisko doktryny w zakresie naruszenia przez czynność modyfikacji SIWZ art. 38 ust. 5 ustawy. Odwołujący się wskazał ponadto, że Zamawiający dokonał otwarcia ofert w dniu 28 lutego 2008 roku, co oznacza, że nie jest możliwe „wycofanie dokonanych z naruszeniem ustawy modyfikacji treści SIWZ i ogłoszenia” z uwagi na treść art. 38 ust. 4 ustawy. Interes prawny we wniesieniu odwołania BIATEL uzasadniał w ten sposób, że w przypadku uznania złożonej przez niego oferty za najkorzystniejszą w postępowaniu zawarłby z Zamawiającym umowę w sprawie zamówienia publicznego, która byłaby nieważna z mocy prawa. Skutkowałoby to koniecznością wzajemnego zwrotu przez strony umowy wszystkich wynikających z nich świadczeń, co generowałoby niepotrzebne koszty.

Dokonując oceny zasadności wniesionego odwołania Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) wskazała na wstępie, że Odwołujący, wbrew stanowisku Zamawiającego, posiadał interes prawny we wniesieniu odwołania. Podkreślił przy tym, że orzecznictwo i doktryna jednoznacznie ustalają, że krąg wykonawców mogących wnosić środki ochrony prawnej na treść dokumentów postępowania jest nieoznaczony, a ponadto zgodnie z art. 1 ust. 3 Dyrektywy Rady 89/665/EWG prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej powinien mieć „co najmniej każdy podmiot, który miał lub ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia”, zaś Odwołujący się do tej kategorii należy.

Z ustaleń dokonanych przez KIO wynika, że ogłoszenie o w/w zamówieniu opublikowane zostało w DZUUE w dniu 19 stycznia 2008 roku pod numerem 2008/S 13-015619. SIWZ jest dostępna na stronie internetowej Zamawiającego. Warunki udziału w postępowaniu określa pkt IV SIWZ. Zgodnie z jego treścią „W przetargu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki podmiotowe:

1. spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, 2. są uprawnieni do występowania w obrocie prawnym w zakresie objętym zamówieniem, 3. znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia - posiadają ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej w zakresie objętym zamówieniem na kwotę nie mniejszą niż wartość oferty brutto w zł (w przypadku składnia oferty przez Wykonawców ubiegających

się wspólnie o udzielenie zamówienia, na podstawie art. 23 Ustawy PZP warunek ten musi być spełniony co najmniej przez jednego z Wykonawców lub łącznie przez kilku lub

- wszystkich Wykonawców) oraz inne tj. : 1. dostarczą przedmiot zamówienia fabrycznie nowy, 2. zaspewnią minimum 12-miesięczną gwarancję opartą na gwarancji producenta na dostarczany sprzęt - o ile wymagania szczegółowe nie specyfikują inaczej,

3. oprogramowanie powinno być dostarczone z minimum rocznym wsparciem producenta - o ile wymagania szczegółowe nie specyfikują inaczej. W celu potwierdzenia spełnienia

warunków udziału w postępowaniu wykonawcy mają złożyć dokumenty wskazane w pkt V SIWZ. Ppkt 6 i 7 przewidywał obowiązek złożenia: - oświadczenia producentów lub polskich przedstawicielstw producentów o posiadaniu przez wykonawcę autoryzacji do sprzedaży, instalacji oraz konfiguracji ich rozwiązań na terenie Polski - dotyczy sprzętu - zgodnie

z wymaganiami w załączniku nr 2 do SIWZ (ppkt 6); - oświadczenia producentów lub polskich

przedstawicielstw producentów o posiadaniu przez wykonawcę autoryzacji do sprzedaży, instalacji oraz konfiguracji ich rozwiązań na terenie Polski (dotyczy oprogramowania) zgodnie z wymogami w załączniku nr 2 do SIWZ (ppkt 7).

Opis spełnienia warunków udziału w postępowaniu zawarty w pkt IV SIWZ wskazywał, że: „Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu zostanie dokonana metodą „spełnia - nie spełnia” w oparciu o dokumenty, oświadczenia i informacje zawarte w

ofercie”. Z treści załączonych dokumentów musi jednoznacznie wynikać, że stawiane

warunki Wykonawca spełnił. Niespełnienie warunków określonych w pkt 1 skutkować

będzie wykluczeniem z postępowania a w przypadku warunków określonych w pkt 2 odrzuceniem oferty.

W dniu 22 lutego 2008 r. wskutek pytania jednego z wykonawców Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ w taki sposób, że wykreślił z Pkt V opisany wyżej ppkt, 6 i 7 o czym poinformował wykonawców.

W dacie tej Zamawiający przesłał do DZ.U.U.E. sprostowanie Ogłoszenia o zamówieniu odpowiadające dokonanej modyfikacji SIWZ, które zostało opublikowane w dniu 26 lutego 2008 roku pod numerem 2008/S 39-052678.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej istotą sporu w rozpatrywanym odwołaniu było ustalenie, czy dokonana przez Zamawiającego w dniu 22 lutego 2008r. modyfikacja SIWZ dotyczy elementów SIWZ wymienionych w art. 38 ust. 5 ustawy. KIO wskazała, że ustawa przewiduje wprowadzić możliwość zmian w treści SIWZ, jednak Zamawiający nie może dokonać jej w sposób dowolny, bowiem art. 38 ust. 4 stanowi, że modyfikacja może być dokonana w szczególnie uzasadnionych przypadkach przed terminem składania ofert, zaś art. 38 ust. 5 nakłada na Zamawiającego przedmiotowe ograniczenia

W w dokonywaniu modyfikacji. Zgodnie z tym przepisem modyfikacja SIWZ nie może

dotyczyć kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu ich spełniania. Zdaniem KIO dokumenty wymienione w pierwotnej treści SIWZ w Rozdziale V ppkt 6 i 7 ustanowiły warunek udziału w postępowaniu o charakterze podmiotowym. Świadczy o tym treść „oświadczenia producentów lub polskich przedstawicielstw producentów o posiadaniu przez wykonawcę autoryzacji...” W konsekwencji w opinii KIO zasadnym było stwierdzenie, że Zamawiający usuwając z katalogu dokumentów - oświadczenia producentów lub polskich przedstawicielstw producentów sprzętu i oprogramowania o posiadaniu przez wykonawcę autoryzacji do sprzedaży, instalacji oraz konfiguracji ich rozwiązań na terenie Polski (Pkt V, ppkt 6 i 7 SIWZ) dokonał faktycznej modyfikacji SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu. Okoliczność, że zmiana dotyczyła jednostki redakcyjnej SIWZ wymieniającej katalog wymaganych dokumentów nie mogła mieć wpływu na powyższą ocenę, bowiem istotne jest to, że pierwotnie o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się jedynie wykonawcy posiadający autoryzację producentów lub polskich przedstawicielstw producentów sprzętu i oprogramowania do sprzedaży, instalacji oraz konfiguracji ich rozwiązań na terenie Polski, a po dokonanej modyfikacji warunki udziału w postępowaniu spełniać mogli również wykonawcy nie posiadający tego przymiotu. Dokonana zmiana wpłynęła również istotnie na opis warunków udziału w

postępowaniu, a skoro Zamawiający przewidział, że spełnianie warunków udziału w < postępowaniu przez wykonawców oceni na podstawie złożonych oświadczeń i "dokumentów metodą „spełnia - nie spełnia" to zmiana katalogu dokumentów stanowi

^bezpośrednią ingerencję w dokonany pierwotnie opis. Z tych też względów zdaniem

KIO należało uznać, że Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ w zakresie

^arunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu oceny ich spełniania, czym ,niaruszył bezwzględny zakaz wynikający z art. 38 ust. 5 ustawy. Krajowa Izba "Odwoławcza zaznaczyła jednocześnie, że na powyższą ocenę nie ma wpływu fakt, że dokonana zmiana SIWZ umożliwiała ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego większej liczbie wykonawców, niż pierwotne wymagania

Zamawiającego zawarte w ogłoszeniu, gdyż uregulowany w art. 38 ust. 5 ustawy zakaz , zmian SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert oraz warunków udziału w postępowaniu i

sposobu oceny ich spełniania jest jednym z uregulowań zmierzających do zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W tym stanie rzeczy w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zaistniały podstawy do

przyjęcia, że modyfikacja SIWZ dokonana przez Zamawiającego godzi w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 7 ustawy, w szczególności równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, a wobec ikr potwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 38 ust. 5

ustawy, że wystąpiła bezwzględna przesłanka unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy.

Według KIO trafny był również zarzut dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 12. ust. 4 ustawy. Motywując swe stanowisko w tym zakresie KIO wskazała, że ostatnia nowelizacja ustawy wprowadziła nowe regulacje w stosunku do Ogłoszeń publikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych i obecnie można dokonywać ich sprostowania, o ile nie dotyczy ono opisu przedmiotu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania. Zatem należy przyjąć, że *de lege lata* regułą jest zakaz dokonywania sprostowania Ogłoszenia opublikowanego w Dz.U.UE. Jedyny wyjątek przewiduje art. 12 ust. 4 ustawy w sytuacji, gdy nastąpił błąd polegający na niezgodności opublikowanego Ogłoszenia z treścią ogłoszenia przekazaną do publikacji. Do przeciwnych wniosków nie prowadzi również odwołanie się do przepisów kodeksu cywilnego stosownie do dyspozycji art. 14 ustawy, gdyż art. 70¹ § 3 k.c. daje możliwość zmiany lub odwołania warunków aukcji lub przetargu jedynie w sytuacji, gdy zastrzeżono to w ich treści, co w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest możliwe. Według KIO czynność sprostowania Ogłoszenia o zamówieniu była dokonana bez podstawy prawnej, a ponieważ sprostowanie dotyczyło warunków udziału w postępowaniu, powoduje to naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dokonane bezprawnie zmiany treści ogłoszenia, analogicznie jak dokonane zmiany SIWZ stanowią w ocenie Izby rażące naruszenie przepisów ustawy mające wpływ na wynik postępowania, które tym samym dotknięte jest wadą uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego i powinno zostać unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy.

Krajowa Izba Odwoławcza zaznaczyła przy tym, że art. 191 ust. 3 zd. 1 ustawy zobowiązuje ją do rozpatrywania odwołania w granicach zarzutów protestu i w związku z tym nie rozpatrzyła oddzielnie zgłoszonego w odwołaniu zarzutu prowadzenia przez Zamawiającego postępowania i dążenia do zawarcia umowy, mimo, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Powyższy wyrok został w całości zaskarżony przez Zamawiającego, który zarzucał mu naruszenie:

1. prawa procesowego:

a)art. 179 ust. 1 ustawy w zw. z art. 6 K.c. poprzez błędną jego wykładnię

„oraz zastosowanie, polegającą na: uznaniu, że środki ochrony prawnej przewidziane w

/ustawie (protest oraz odwołanie) przysługują wykonawcy, pomimo iż ten nie posiada interesu prawnego w ich wniesieniu, uznaniu, że interes prawny wykonawcy wnoszącego odwołanie może polegać na unieważnieniu postępowania, nie oddaleniu odwołania Wykonawcy w sytuacji braku po jego stronie interesu prawnego we wniesieniu ośfobyblania;

.b)/śrt. 190 ust. 2 ustawy w zw. z art. 6 K.c. poprzez jego nie zastosowanie w sprawie i J>6parciu się na stanie rzeczy nie znajdującym uzasadnienia w zebranym materiale

dowodowym;

c)art. 191 ust. 3 zd. 1 ustawy w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez uznanie, że Zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy w sytuacji, gdy zarzut taki nie był podniesiony w odwołaniu, tj. z przekroczeniem granic orzekania;

2. przepisów prawa materialnego:

- a) art. 38 ust. 5 ustawy przez błędne jego zastosowanie w sytuacji, gdy dokonana przez Zamawiającego zmiana postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie dotyczyła sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- b) art. 44 ustawy poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy przy braku opisu warunku udziału w postępowaniu, ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu odbywa się wyłącznie na podstawie oświadczenia Wykonawcy,
- c) art. 65 § 1 i 2 K.c. poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy zachodziły wątpliwości do treści SIWZ i dokonanie ustaleń całkowicie sprzecznych z treścią SIWZ,
- d) art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 12 ust. 4 ustawy poprzez błędną ich wykładnię polegającą na uznaniu, że: nie jest dopuszczalna zmiana treści ogłoszenia zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, zmiana treści ogłoszenia zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej narusza zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji;
- e) art. 70¹ § 3 K.c. w zw. z art. 14 ustawy poprzez błędną jego wykładnię polegającą na uznaniu, że przepis ten nie dopuszcza zmiany treści ogłoszenia a w konsekwencji błędne jego zastosowanie w sytuacji, gdy na skutek sprostowania ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nie doszło do zmiany warunków przetargu;
- f) błędną wykładnię art. 38 ust. 4 ustawy polegającą na uznaniu, że przepis ten dotyczy wyłącznie specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w konsekwencji jego nie zastosowanie przy ocenie możliwości sprostowania ogłoszenia zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej;
- g) art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy i art. 6 K.c. poprzez błędne jego zastosowanie w sytuacji, gdy w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą Wykonawca nie wykazał, że:
 - doszło do naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania, a w konsekwencji, że zachodzą podstawy do unieważnienia postępowania.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wnosił o uchylenie zaskarżonego wyroku i odrzucenie odwołania bądź o zmianę przedmiotowego orzeczenia i oddalenie odwołania

wniesionego przez BIATEL S.A. oraz o zasądzenie na rzecz skarżącego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego przez Sądem Okręgowym, jednocześnie skarżący wnosił o dopuszczenie dowodu z protokołu posiedzenia/rozprawy ip^ozed Krajową Izbą Odwoławczą na okoliczność, że interes prawny Wykonawcy we 'wniesionych środkach ochrony prawnej (protest, odwołanie) polegał jedynie na

/ „jbiważnieniu postępowania.

J /■

./

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Skarga wniesiona przez Zamawiającego zasługuje na uwzględnienie.

Przed wszystkim jako zasadny należy ocenić pierwszy i najdalej idący z zarzutów skarżącego dotyczący naruszenia art.179 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. -Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2007r. Nr 223, poz.1655)[p.z.p.j, którego skutkiem było błędne uznanie, że firma BIATEL S.A. mogła skutecznie skorzystać ze środka

W ochronie prawnej jakim jest odwołanie, pomimo braku wykazania by jej interes prawny w

uzyskaniu zamówienia doznał lub mógł doznać uszczerbku. Wprawdzie trafnym jest pogląd KIO, że krąg wykonawców mogących wnosić środki ochrony prawnej na treść dokumentów postępowania jest nieoznaczony, należy jednak zauważyć, że wskazane w art. 179 ust. 1 i 2 p.z.p. okoliczności uzasadniające poszukiwanie ochrony prawnej w drodze środków odwoławczych mają charakter przesłanek materialnoprawnych, czyli przesłanek zasadności wnoszonego środka. Ich zaistnienie nie wpływa na możliwość wszczęcia procedur odwoławczych, lecz warunkuje uwzględnienie wniesionego środka. Brak uszczerbku w interesie prawnym wykonawcy w uzyskaniu zamówienia albo nienaruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy nie oznacza bowiem, że postępowanie odwoławcze nie może się rozpocząć, lecz jedynie, że odwołanie wniesione w takich warunkach zostanie oddalone. Koniecznym jest zatem odróżnienie przesłanek materialnoprawnych od przesłanek formalnych, czyli okoliczności, których istnienie lub nieistnienie decyduje o możliwości rozpoznania w określonym postępowaniu danej sprawy. Tymi ostatnimi przesłankami takimi są: legitymacja do wniesienia środka, dochowanie terminów do wniesienia poszczególnych środków odwoławczych, a w przypadku odwołania - także forma pisma procesowego obejmującego odwołanie i opłacenie wpisu. Brak przesłanki formalnej uniemożliwia merytoryczne rozpoznanie środka odwoławczego (por. art. 180 ust. 5 i art. 187 ust. 4 p.z.p.). W niniejszej sprawie tego rodzaju przesłanki formalne uniemożliwiające rozpoznanie odwołania wniesionego przez firmę BIATEL S.A., która przystąpiła do postępowania toczącego się wyniku protestu przez P.H.U. Bestpol - Ossowski Lech w istocie nie zaistniały, wobec czego, nie było też podstaw do odrzucenia przedmiotowego odwołania.

Ustawa p.z.p. wyznacza odmienne przesłanki zasadności środków ochrony prawnej dla wykonawców, uczestników konkursu i innych osób oraz odmienne dla organizacji wykonawców wpisanych na listę prowadzoną przez Prezesa UZP. W przypadku pierwszej

grupy podmiotów legitymowanych możliwość skutecznego wnoszenia środków odwoławczych uzależniona jest od jednoczesnego zaistnienia naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, powstania uszczerbku w interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia podmiotu legitymowanego lub możliwości powstania uszczerbku w oraz związku przyczynowego pomiędzy wskazanym powyżej uszczerbkiem w interesie prawnym wykonawcy (lub możliwością takiego uszczerbku), a naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy. Bezsprzeczne jest przy tym, że to na wnoszącym odwołanie Wykonawcy w myśl art. 6 k.c. spoczywa ciężar dowodu wykazania zaistnienia w/w okoliczności. Wykazanie to powinno być realne i konkretne, opierać się na faktach, a nie hipotetycznych założeniach. Przesłanką zasadności środka odwoławczego jest jedynie uszczerbek w możliwości uzyskania zamówienia, nie zaś jakikolwiek uszczerbek w interesie prawnym wykonawcy. Wskazać należy, ich ochronie podlega tylko interes prawny, nie zaś interes faktyczny. Interes prawny ma charakter obiektywny w tym sensie, że o jego istnieniu decydują pewne zasady, normy funkcjonujące w układzie odniesienia, w którym interes prawny ma być realizowany.

w*

Określenie "prawny" wskazuje sferę prawa jako płaszczyznę odniesienia, do której interes będzie odniesiony. "Prawny" oznacza, że dany interes musi mieć podstawę w normie prawnej,

czyli, inaczej mówiąc, korzyść, jaką zamierza się osiągnąć, musi mieć podstawę w prawie. Dlatego też ocena, czy w danym przypadku istnieje interes prawny, powinna być dokonywana wyłącznie na podstawie norm prawnych. Jest to ocena obiektywna wyłączając ocenę opartą na subiektywnym odczuciu podmiotu, który na interes się powołuje. Podsumowując, można przyjąć, że interes prawny to tyle, co interes obiektywny, tj. interes rzeczywiście istniejący w świetle obowiązujących norm, usprawiedliwiony, uzasadniony i słuszny, a nie wyłącznie dotyczący określonej sfery prawnej i wynikający z subiektywnego zapatrywania. Na gruncie prawa zamówień publicznych ustawodawca bezpośrednio wskazał, jaki przejaw interesu prawnego podmiotu legitymowanego podlega ochronie - chodzi o interes wyrażający się w możliwości uzyskania zamówienia. Interes prawny w uzyskaniu zamówienia musi odnosić się do postępowania, w którym składany jest środek odwoławczy. Wykonawca, który złożył ofertę nie może mieć zatem interesu prawnego tylko w unieważnieniu postępowania (jak to wykazywał Wykonawca w niniejszym postępowaniu). Stanowisko takie jest powszechnie akceptowane w doktrynie i było wielokrotnie wyrażane zarówno w orzecznictwie Sądu Okręgowego w Warszawie [vide wyroki: z dnia 10 kwietnia 2003 r., V Ca 165/03 (niepubl.) i 21 marca 2006r. sygn.akt.2402/05 (niepubl.), w których wyraźnie wskazano, iż interes prawny skarżącego musi doznać uszczerbku w konkretnym przetargu, w którym on uczestniczy i musi polegać na tym, że traci on możliwość jego wygrania] jak też Zespołu Arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, który m.in. w wyroku z dnia 31 maja 2004 r., UZP/ZO/0-760/04 (niepubl.) wskazywał, iż: „Przyjęcie, że unieważnienie przetargu dałoby Odwołującemu szansę uczestniczenia i wygrania nowego przetargu nie można uznać równoznaczne z udowodnieniem interesu prawnego. Interes prawny powinien

7

dotyczyć tego postępowania przetargowego, którego dotyczą środki odwoławcze. Nie można zatem powoływać się na przyszły, ewentualny i hipotetyczny interes prawny.

Skoro zatem treść motywów powoływanych przez Odwołującego, w szczególności jego stanowisko prezentowane w toku posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej wskazywały

* i

jednocześnie, że przyczyną wniesienia nie jest ewentualnych uszczerbek jego interesu w

/

uzyskaniu zamówienia lecz dążenia do unieważnienia prowadzonego przez Zamawiającego

postępowania, zachodziły podstawy przyjęcia, że Odwołujący nie wykazał podstawowej przesłanki warunkującej uwzględnienie odwołania, jaką jest wystąpienie lub możliwość wystąpienia takiego uszczerbku. Należy przy tym pokreślić, że Odwołujący nie kwestionował powoływanych przez Skarżącego okoliczności, że dokonana przez Zamawiającego modyfikacja SIWZ nie uniemożliwiła złożenia zarówno samemu Odwołującemu, jak też kilku innym Wykonawcom niepodlegających odrzuceniu ofert, które Zamawiający poddał ocenie merytorycznej.

Wobec tego, że brak wykazania w/w przesłanki, już na etapie postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą przesądzał o konieczności oddalenia odwołania wniesionego przez firmę BIATEL S.A., zasadnym było dokonanie zmiany zaskarżonego orzeczenia zgodnie z wnioskiem skarżącego.

W tym stanie rzeczy nie zachodzi potrzeba precyzyjnego odnoszenia się do kolejnych zarzutów skarżącego zwłaszcza do chybionych- zdaniem Sądu Okręgowego- zarzutów dotyczącego naruszenia art. 38 ust.5 p.z.p. i art. 44 p.z.p.. Wypada jedynie zaznaczyć, że o ile Sąd Okręgowy nie podziela zastrzeżeń Skarżącego co do możliwości zastosowania w przedmiotowej sprawie pierwszej w w/w regulacji (akceptując w tym zakresie argumentację podaną przez KIO), a w konsekwencji jego stanowiska odnośnie konieczności zastosowania w przedmiotowej sprawie normy objętej art.44 p.z.p., o tyle jako w pełni zasadne ocenia pozostałe zarzuty Skarżącego dotyczące naruszenia wskazywanych w skardze przepisów prawa materialnego i procesowego. W szczególności nie sposób odmówić słuszności zarzutom naruszenie art. 7 ust. 1p.z.p. zw. z art. 12 ust. 4p.z.p., art. 70¹ § 3 k.c. w zw. z art. 14

p.z.p. oraz art. 38 ust 4 p.z.p. Sąd Okręgowy podziela w całej rozciągłości argumentację podnoszoną w tym zakresie przez Skarżącego. Okoliczność, że art. 12 ust 4p.z.p. zezwala wprost na sprostowanie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zawierającego błędy polegające na niezgodności tego ogłoszenia z treścią ogłoszenia przekazanego do publikacji, nie oznacza, że jakiegokolwiek inne sprostowania dokonywane przez Zamawiającego w tego rodzaju ogłoszeniu stanowią naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Przyjmując reguły proponowanej przez KIO wykładni, należałoby bowiem uznać, że nie jest możliwe sprostowanie w ogłoszeniu jakichkolwiek danych, nawet dotyczących adresu, punktów kontaktowych jak i terminu składania ofert [informacje te są elementami ogłoszenia zgodnie z postanowieniami

rozporządzenia Komisji nr 1564/2005 z dnia 7 września 2005r. ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.uzr. UE.L 2005, nr 257,str.1], a każde sprostowanie w tym zakresie powinno skutkować unieważnieniem postępowania. Taka wykładnia pozostaje jednak w sprzeczności zarówno z -zasadami logiki jak założeniem racjonalności i celowości norm ustawy. Wbrew opinii KIO zasadności przyjętej przezeń tezy nie potwierdza odwołanie do regulacji zawartej w art. 70¹ § 3 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p.. Wprawdzie przepis art. 70¹ § 3 k.c. nie zezwala na zmianę treści ogłoszenia jeżeli nie zostało to wyraźnie zastrzeżone w ich treści, jednakże po pierwsze należy zauważyć, że zastrzeżenie takie nie jest wymagane jeżeli zezwala na to przepis prawa, a po wtóre nie można bowiem pominąć, że przepisy Kodeksu cywilnego stosuje się tylko w tym zakresie, który nie jest uregulowany w ustawie Prawo zamówień publicznych. Tymczasem zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy możliwe jest dokonywanie zmian specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Skoro możliwa jest modyfikacja postanowień specyfikacji, to tym bardziej możliwe jest sprostowanie ogłoszenia w zakresie w jakim odzwierciedla postanowienia specyfikacji. Zamieszczenie takiego sprostowania jest tym bardziej istotne, że potencjalni wykonawcy czerpią wiedzę o postępowaniu, nie bezpośrednio ze specyfikacji

- istotnych warunków zamówienia, lecz ogłoszenia o jego wszczęciu.

Mając na uwadze powyższe Sąd Okręgowy na podstawie art. 198 ust.2 p.z.p. zmienił zaskarżony wyrok i oddalił odwołanie, rozstrzygając o kosztach postępowania zgodnie z art. 98k.p.c., art. 108 §1 k.p.c. w zw.z art. 194 ust.2 p.z.p. oraz §5 i §10 pkt. 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców

prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu(Dz.U. z 2002r.nr 163, poz.1349 ze zm.) oraz art. 113 ust.1 ustawy z dnia 28 lipca 2005r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. z 2005r. nr 167, poz.1398 ze zm.).

Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność

referen/s^żysta
Kamira Bętkowska

Cr.