

Sygn. akt X Ga 83/08

» *

* ■

**WYROK
WIMIENIU**

RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 kwietnia 2008 r.

Sąd Okręgowy w Poznaniu Wydział X Gospodarczy Odwoławczy

w następującym składzie:

Przewodniczący: SSO Piotr Majchrzak

Sędziowie: SSO Jolanta Waltrowska

SSO Ewa Kaźmierczak

Protokolant: st. sekr. sąd. Mirosława Klimowicz

po rozpoznaniu w dniu 3 kwietnia 2008 r., w Poznaniu,
na rozprawie

sprawy ze skargi wniesionej przez Enea Operator spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w
Poznaniu

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 stycznia 2008 r., sygnatura akt KIO/UZP
113/07

przy uczestnictwie wykonawcy Fabryki Aparatury Pomiarowej „PAFAL” S.A. w Świdnicy
o zamówienie publiczne

I. oddała skargę,

n. obciąża skarżącego kosztami postępowania i z tego tytułu zasądza od skarżącego na
rzecz wykonawcy kwotę 1.200 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

/-/ E. Kaźmierczak

/-/ P. Majchrzak

**Oryginał należyście podpisano
Odpis sporządzono**

D 03 06 Z808

Poznań, dnia.....

Sekr&fer&SO

UZASADNIENIE

Zamawiający - ENEA Operator spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę nielegalizowanych liczników energii elektrycznej i zegarów sterujących. Ogłoszenie o zamówieniu publicznym zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr S230 w dniu 29 listopada 2007 r. Jednocześnie tego samego dnia, na stronie internetowej zamawiającego, udostępniono specyfikację istotnych warunków zamówienia.

Pismem z 12 grudnia 2007 r. wykonawca - Fabryka Aparatury Pomiarowej PAFAL S.A. w Świdnicy wniósł protest dotyczący postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części odnoszącej się do jej:

rozdziału II pkt 3 - opis przedmiotu zamówienia - wymagania techniczne,
rozdziału I pkt 14 - kryteria oceny ofert,

zarzucając zamawiającemu - ENEA Operator spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu naruszenie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), a mianowicie:

1. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz naruszający art. 7 ust. 1 ustawy,
2. art. 91 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez określenie kryterium oceny ofert w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
3. art. 25 ustawy poprzez żądanie polisy lub innego dokumentu ubezpieczenia ważnego w całym okresie realizacji zamówienia.

W uzasadnieniu powyższego podał, że opisując przedmiot zamówienia, na stronie 32 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w stosunku do liczników energii elektrycznej i na stronie 37 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w stosunku do zegarów, zamawiający postawił wymaganie, iż urządzenia te muszą wykazywać „obiektywnie dużą odporność na działanie zewnętrznego pola magnetycznego”. Jednocześnie wskazał, że tak sformułowany wymóg ewidentnie narusza art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych, albowiem sformułowanie „obiektywnie duża odporność” jest bardzo nieprecyzyjne, nieściśle oraz może być różnie interpretowane i oceniane. Ponadto podał, iż opisując w rozdziale II na stronie 37 - 39 specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiot zamówienia w zakresie zegarów sterujących, zamawiający określił odnoszące się do nich wymagania w ten sposób, że muszą one:

1. być przystosowane do łatwego przeprogramowania manualnego i dodatkowego np. przy pomocy pilota,
2. posiadać podwójne zabezpieczenie - mechaniczne i dodatkowe np. w postaci blokady klawiatury przy pomocy pilota,
3. posiadać dokładność chodu - max. odchyłka 3 s/miesiąc

oraz, iż tak sformułowane wymagania może spełnić tylko jeden wykonawca, a mianowicie Energomiar spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, która jest zależna od ENEA S.A., co

świadczy o preferowaniu jednego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, czyli naruszeniu przez zamawiającego art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Fabryka Aparatury Pomiarowej PAFAL S.A. w Świdnicy podniosła również, że wymóg zamawiającego odnośnie dokładności chodu zegara narusza art. 30 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż Polska Norma, odnośnie dokładności chodu zegara przewiduje wymóg na poziomie 0,5 s/dobę. Ponadto wskazała, iż zamawiający określając kryteria oceny ofert odnośnie zegarów sterujących w zakresie parametrów technicznych najwyżej ocenia, punktuje, sposób wprowadzania nowych taryf pilotem, a więc taki parametr, który posiada tylko zegar firmy Energomiar spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Mianowicie podniosła, że zamawiający najpierw stawia wymaganie, iż zegar musi być przystosowany do podwójnego przeprogramowania - manualnego i dodatkowego np. pilotem i następnie najwyżej ocenia wymienione, jako przykładowe programowanie pilotem, umieszczając każde inne oprogramowanie dopiero na trzecim miejscu pod względem przyznawanych punktów, preferując w ten sposób określony produkt, określonego producenta, co nie świadczy o równym traktowaniu wykonawców i stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie wskazała, że następnym kryterium preferującym właściwości techniczne, którymi odznaczają się zegary Energomiar spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jest ocena ilości komórek pamięci. Otóż podała, iż maksymalnie punktuje się taką ilość komórek pamięci, jaką posiada zegar powyższego podmiotu, co również świadczy o naruszeniu przez zamawiającego wyżej powołanego przepisu. Wykonawca podniósł również, że w kryterium 4 - warunki serwisu, dotyczącym wszystkich objętych zamówieniem urządzeń, zarówno w serwisie gwarancyjnym, jak i pogwarancyjnym, zamawiający najwyżej ocenia, punktuje, wymianę uszkodzonego urządzenia na wolne od wad, w terminie 3 kolejnych dni kalendarzowych, przy wskazaniu przez zamawiającego miejsca odbioru wadliwego urządzenia i dostarczenia urządzenia wolnego od wad przez wykonawcę, preferując w ten sposób wykonawców z terenu zamawiającego. Jednocześnie wskazał, iż opis przedmiotu zamówienia w połączeniu z kryteriami oceny ofert preferuje jednego wykonawcę w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, czyli art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto podał, że na stronie 9 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w punkcie 7.3.c), zamawiający postawił wymóg dostarczenia polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, iż wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej w okresie realizacji zamówienia, a mianowicie do dnia 31 grudnia 2008 r., co jest sprzeczne z przepisami wykonawczymi do ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli z § 1 ust. 3 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maj 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający. Otóż wskazał, iż przepisy ustawy i rozporządzenia nie uprawniają zamawiającego do żądania polisy ze wskazanym okresem ubezpieczenia.

Pismem z 21 grudnia 2007 r. zamawiający - ENEA Operator spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu rozstrzygnął protest Fabryki Aparatury Pomiarowej PAFAL S.A. w Świdnicy podając, że oddała go w całości. Tym niemniej jednak w jego uzasadnieniu wskazał, iż uwzględnia go w zakresie zarzutu odnoszącego się do określenia ważności polisy ubezpieczeniowej. Mianowicie stwierdził, że w istocie powinna być ona ważna na dzień składania ofert oraz, iż w związku z tym, na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych dokona modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez dodanie w punkcie 7.3.c) obok zdania pierwszego w brzmieniu „Wykonawcy w celu potwierdzenia opisanego przez Zamawiającego warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, zobowiązani są dostarczyć wszystkie niżej wymienione materiały i dokumenty...c) polisę lub inny dokument ubezpieczenia na kwotę wskazaną w pkt 6.2.c. (tj. nie mniejszą niż 14.000.000 zł), potwierdzającą, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej w okresie realizacji zamówienia”, zdania drugiego w brzmieniu: „W przypadku, gdy załączona przez wykonawcę do oferty polisa nie będzie obejmowała całego okresu zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania, Wykonawca taki, w przypadku wyboru jego oferty, będzie zobowiązany przed podpisaniem umowy przedłożyć Zamawiającemu polisę potwierdzającą posiadanie wymaganego wyżej ubezpieczenia obejmującego cały okres realizacji zamówienia”. Uzasadniając natomiast swoje stanowisko w zakresie oddalenia protestu w pozostałym zakresie wyjaśnił, iż wymóg dotyczący wykazania obiektywnie dużej odporności na działanie zewnętrznego pola

magnetycznego zegarów sterujących, jak i liczników energii elektrycznej należy w przypadku zegarów sterujących rozumieć, jako utrzymanie przez zegar sterujący czasu rzeczywistego, zaprogramowanych stref czasowych oraz utrzymanie zadeklarowanej odchyłki chodu, a w przypadku liczników energii elektrycznej, jako utrzymanie podstawowego błędu licznika w granicach określonych klasą dokładności przy przyłożeniu magnesu neodymowego do obudowy licznika. Jednocześnie podał, że Polskie Normy wyznaczają standardy minimalne, które musi spełniać przedmiot zamówienia oraz, iż zamawiający, nie naruszając art. 30 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ma prawo określić przedmiot zamówienia w taki sposób, który dotyczy asortymentu o parametrach lepszych niż te, które zostały wskazane w normach. Ponadto podniósł, że jego, stawiane zegarom sterującym wymagania nie zmieniły się od kilku lat oraz, iż odnosi się to do dodatkowego sposobu programowania, podwójnego zabezpieczania przed dostępem do zmiany programu przełączeń oraz dokładności chodu, a nadto, że rezygnacja z tych wymagań doprowadziłaby do zakupu wyrobów o obniżonej jakości. Zamawiający wskazał również, iż zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych decyzja w przedmiocie, czy dopuścić do składania ofert częściowych w postępowaniu, czy udzielić zamówienia w częściach, należy wyłącznie do niego. Jednocześnie podniósł, że wymagania dotyczące zegarów sterujących nie są warunkiem wystarczającym, aby tylko i wyłącznie Energomiar spółka z ograniczoną odpowiedzialnością mogła złożyć najlepszą ofertę. Mianowicie podał, iż wszystko zależy od poszczególnych na rynku producentów oraz, że to, iż Energomiar spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jest jedynym producentem zegarów sterujących spełniającym wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest tylko i wyłącznie winą pozostałych producentów, którzy nie chcieli dostosować swojej oferty do niezmiennych od kilku lat wymagań zamawiającego. Ponadto wskazał, że kryterium w zakresie pamięci komórek jest jak najbardziej prawidłowe, albowiem producenci mają możliwość konstruowania zegara sterującego posiadającego odpowiednią ilość komórek pamięci oraz, iż jest to rozwiązanie funkcjonalne, które pozwala na różne możliwości ustawienia harmonogramu połączeń, które byłoby niemożliwe w przypadku nieodpowiedniej ilości komórek pamięci. W zakresie zarzutu dotyczącego serwisu zamawiający podał, że nie preferuje żadnego z wykonawców, gdyż przyjęte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia rozwiązanie wynika jedynie z przyjętych standardów obsługi klienta. Jednocześnie wskazał, iż nie jest zasadne twierdzenie, że zamawiający preferuje wykonawców z jego terenu, albowiem wykonanie czynności serwisu zależy wyłącznie od polityki logistycznej wykonawców.

Pismem z 27 grudnia 2007 r. wykonawca - Fabryka Aparatury Pomiarowej PAFAL

S.A. w Świdnicy wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia zarzucając temu rozstrzygnięciu naruszenie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, a mianowicie:

1. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz naruszający art. 7 ust. 1 ustawy,
2. art. 91 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez określenie kryterium oceny ofert w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe domagał się:

1. wprowadzenia zmian do specyfikacji istotnych warunków zamówienia doprowadzających jej treść do zgodności z ustawą Prawo zamówień publicznych oraz umożliwiających przygotowanie oferty w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców,
2. unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z zakazem określonym treścią art. 38 ust. 5 tej ustawy.

W uzasadnieniu powyższego podtrzymał w całej rozciągłości zaprezentowane w proteście odnośnie wyżej powołanych zarzutów stanowisko. Jednocześnie wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, interes odwołującego doznaje uszczerbku, a to poprzez uniemożliwienie mu złożenia najkorzystniejszej oferty i pozyskanie zamówienia. Ponadto podał, iż skarżony warunek oceny

ofert czyni postępowanie o zamówienie publiczne obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia i, że w związku z tym stanowi podstawę prawną do unieważnienia postępowania.

Zamawiający - ENEA Operator spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu w odpowiedzi na odwołanie z 24 stycznia 2008 r. wniósł o oddalenie odwołania oraz przyznanie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu powyższego, odnośnie zgłoszonych przez Fabrykę Aparatury Pomiarowej PAFAL S.A. w Świdnicy w odwołaniu zarzutów, podtrzymał zaprezentowane w rozstrzygnięciu protestu stanowisko. Jednocześnie ustosunkowując się zarzutu unieważnienia postępowania wskazał, iż odwołujący w ogóle tego zarzutu nie uzasadnił. Tym niemniej jednak stwierdził, że podniesione przez niego w odwołaniu zarzuty w żaden sposób nie mają wpływu na niemożliwość zawarcia ważnej umowy.

Wyrokiem z 29 stycznia 2008 r., wydanym w sprawie o sygnaturze akt KIO/UZP 113/07, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i unieważniła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu powyższego, opierając się na zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym i wyjaśnieniach stron, z powołaniem na art. 29 ust. 1 i art. 30 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazała, iż opisanie przez zamawiającego przedmiotu zamówienia musi być przede wszystkim jednoznaczne. Wychodząc zatem z powyższego założenia stwierdziła, że opisanie przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale II - Opis przedmiotu zamówienia - wymagania techniczne, w pkt 2.1.1 Wymagania ogólne, trzeci tiret - liczniki energii elektrycznej - str. 32 z 39 i w pkt 3.1.1 czwarty tiret - elektroniczne zegary sterujące - str. 37 z 39, narusza art. 29 ust. 1 i art. 30 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Mianowicie podała, iż zamawiający określił, że liczniki energii elektrycznej i elektroniczne zegary sterujące muszą wykazywać obiektywnie dużą odporność na działanie zewnętrznego pola magnetycznego, wyjaśniając jednocześnie w rozstrzygnięciu protestu, iż obiektywną odporność „należy w przypadku zegarów sterujących rozumieć, jako utrzymanie przez zegar sterujący czasu rzeczywistego, zaprogramowanych stref czasowych oraz utrzymanie zadeklarowanej odchyłki chodu”, a w przypadku liczników energii elektrycznej, jako „utrzymanie podstawowego błędu licznika w granicach określonych klasą dokładności przy przyłożeniu magnesu neodymowego do obudowy licznika” oraz, że podczas wyznaczonej przed Krajową Izbą Odwoławczą rozprawy stwierdził, iż potwierdzeniem wykazania obiektywnej odporności będzie zaoferowanie urządzeń, których parametry mieszczą się w Polskich Normach. Jednocześnie podała, że określenie zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - „obiektywna odporność na działanie zewnętrznego pola magnetycznego”, będące opisem przedmiotu zamówienia, zinterpretowane w rozstrzygnięciu protestu oraz potwierdzone na rozprawie, i to w sposób odmienny od dotychczas podawanego brzmienia, nie precyzuje w sposób jednoznaczny pojęcia wymaganego parametru, gdyż w szczególności określenie to pozostaje w sprzeczności z przedstawionymi podczas rozprawy przez odwołującego rozwiązaniami, które wskazują stopnie odporności na działanie pola magnetycznego - odporność określona normą odporność powyżej wartości określonej w normie oraz całkowita odporność na działanie pola magnetycznego.

Krajowa Izba Odwoławcza podała również, iż w rozdziale I w punkcie 14.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający określił kryteria oceny ofert stanowiąc, że parametry techniczne - kryterium II wynosi 20 % wagi. Jednocześnie wskazała, iż w opisie sposobu stosowania tego kryterium - str. 20 z 39 i str. 22 z 39 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający określił minimalne ilości komórek pamięci - 22 i 70, przyznając za każdą komórkę ponad minimum odpowiednio po 10 pkt i po 1 pkt. Ponadto podniosła, że w opisie sposobu wprowadzenia nowych tariff, za wprowadzenie nowych tariff pilotem zamawiający przewidział 50 pkt, a za wprowadzenie sposobem manualnym 20 pkt, i to pomimo tego, iż sposób manualny i sposoby dodatkowe np. przy użyciu pilota, przewidział, jako obligatoryjny wymóg graniczny złożenia oferty. Biorąc zatem powyższe pod uwagę uznała, że przedstawiony wyżej sposób punktowania kryterium - parametry techniczne, preferuje wykonawcę, który złoży ofertę, w której określi możliwość programowania i przeprogramowywania elektrycznych zegarów sterujących przy pomocy pilota. Krajowa Izba Odwoławcza podała również, iż zamawiający wskazując wymogi dotyczące „odchyłki chodu”

- 3 s/miesiąc, zamiast, jak to przewiduje Polska Norma - 0,5 s /dobę, preferuje wykonawców dysponujących wyższymi możliwościami technicznymi, niż określa norma. Stąd też stwierdziła, że potwierdziły się stawiane przez odwołującego w odwołaniu w powyższym zakresie zarzuty.

Krajowa Izba Odwoławcza nie uznała natomiast za zasadny zarzut odwołującego odnoszącego się do ustalonego czasu trzech dni kalendarzowych na wymianę urządzenia wadliwego na urządzenie wolne od wad. Otóż podała, iż złożone w tym przedmiocie przez zamawiającego wyjaśnienia były wiarygodne, albowiem powyższy czas powinien pozwolić na dokonanie wymiany urządzenia, a to zważywszy na szczególny charakter przedmiotu zamówienia.

Za najistotniejszą przesłankę w prowadzonym postępowaniu, mającą wpływ na dokonane rozstrzygnięcie, Krajowa Izba Odwoławcza uznała jednak czynność zamawiającego polegającą na modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Mianowicie wskazała, że w piśmie rozstrzygającym protest zamawiający poinformował wykonawców, iż dokona modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez dodanie w jej pkt 7.3.c) zdania drugiego w brzmieniu: „W przypadku, gdy załączona przez wykonawcę do oferty polisa nie będzie obejmowała całego okresu zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania, Wykonawca taki w przypadku wyboru jego oferty będzie zobowiązany przed podpisaniem umowy przedłożyć Zamawiającemu polisę potwierdzającą posiadanie wymaganego wyżej ubezpieczenia obejmującego cały okres realizacji zamówienia”. Jednocześnie podała, iż żądanie zabezpieczenia finansowego, w przypadku ubezpieczenia wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, powinno wskazywać wartość sumy ubezpieczeniowej nie mniejszej niż 14.000.000 zł oraz, że dokumentem potwierdzającym spełnienie powyższego warunku, zgodnie z pkt 7.3.c) specyfikacji istotnych warunków zamówienia miała być polisa lub inny dokument ubezpieczenia, na kwotę wskazaną w pkt 6.2.c), potwierdzający to ubezpieczenie w okresie realizacji zamówienia. Stąd też z powołaniem na powyższe stwierdziła, iż wymagane potwierdzenie, w postaci polisy lub innego dokumentu ubezpieczeniowego, musiało być zatem efektem zawarcia przez wykonawcę odpowiedniej umowy ubezpieczeniowej na wskazany okres oraz na wskazaną wartość. W tej sytuacji uznała, że zmiana powyższego żądania dotyczyła zarówno zmiany dokumentu, jak i również warunku udziału w postępowaniu, w przypadku ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej oraz, iż taka zmiana została dokonana w sposób naruszający art. 38 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, który mając na uwadze stabilność wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zakazuje zmiany warunków udziału w postępowaniu, a także sposobu oceny spełnienia tych warunków i również kryteriów oceny ofert w trakcie prowadzonego postępowania. W tym stanie rzeczy przyjęła, że zamawiający naruszył art. 38 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób, który uniemożliwia zawarcie ważnej umowy - art. 146 ust. 1 pkt 6 powyższej ustawy oraz, iż w związku z tym zaszyły przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Stąd też na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych uwzględniła odwołanie wykonawcy - Fabryki Aparatury Pomiarowej PAFAL S.A. w Świdnicy i unieważniła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

W dniu 7 marca 2008 r. do Sądu Okręgowego w Poznaniu wpłynęła wniesiona przez zamawiającego - ENEA Operator spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, skarga od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 stycznia 2008 r., wydanego w sprawie o sygnaturze akt KIO/UZP 113/07. Rozstrzygnięciu temu zamawiający zarzucił naruszenie przepisów.

1. prawa procesowego, a mianowicie:

- a. art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dopuszczenie do rozpoznania zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 38 ust. 5 tej ustawy, podczas, gdy ewentualne naruszenie tego przepisu przez zamawiającego nie powodowało uszczerbku w interesie prawnym odwołującego się wykonawcy,
- b. art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w

sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań poprzez przyjęcie, iż protest i odwołanie zostały wniesione przez podmiot uprawniony, podczas, gdy pisma wniesione przez odwołującego (wykonawcę), nie zostało podpisane przez uprawnione osoby,

c. 184 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 233 § 1 kpc w związku z art. 6 kc poprzez nie rozważanie wszystkich powołanych przez zamawiającego dowodów i przerzucenie ciężaru dowodu na zamawiającego,

2. prawa materialnego, a mianowicie art. 38 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że zmiana w zakresie sprostowania oznaczenia wymaganego okresu ważności polisy stanowi naruszenie normy powołanego przepisu.

Wskazując na powyższe domagał się uchylenia zaskarżonego wyroku w całości oraz odrzucenia odwołania w całości, a nadto ewentualnie zmiany zaskarżonego wyroku w całości i oddalenia odwołania w całości oraz zasądzenia od wykonawcy na rzecz zamawiającego kosztów postępowania za postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz za postępowanie skargowe, w tym kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 3.600 zł za postępowanie odwoławcze oraz w kwocie 1.800 zł za postępowanie skargowe.

W uzasadnieniu powyższego zamawiający z powołaniem na art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazał, iż odwołanie przysługuje wykonawcy, o ile jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia może doznać lub doznał uszczerbku oraz, że w niniejszej sprawie taka sytuacja nie miała miejsca. Otóż podał, że w złożonym proteście wykonawca zarzucił, iż zamawiający niepoprawnie sformułował wymaganie odnośnie ważności polisy oraz, że okoliczność tę zamawiający w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu uwzględnił. Jednocześnie wskazał, iż skoro wykonawca wnosil o zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia i została ona dokonana, to nie miał on interesu prawnego w podnoszeniu zarzutu, że zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokonana zgodnie z żądaniem jego protestu, winna skutkować unieważnieniem postępowania.

Uzasadniając natomiast naruszenie przez Krajową Izbę Odwoławczą art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający podniósł, iż w zarzutach, w kwestii formalnej wskazał, że odwołanie, a wcześniej i protest, nie zostały podpisane przez uprawnione osoby, a mianowicie, iż pisma te nie zostały w ogóle podpisane. Otóż podał, że istotne jest to, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego częstą praktyką jest parafowanie poszczególnych stron ofert i na końcu ich podpisywanie oraz, że można zakładać, iż tę praktykę odwołujący wykonawca przeniósł również do pism w postępowaniu odwoławczym, przy czym z tym zastrzeżeniem, że mimo parafowania poszczególnych stron odwołania, ostatecznie odwołanie nie zostało podpisane, albowiem nie można było stwierdzić, iż odwołanie wniosła osoba uprawniona do jego wniesienia, skoro się nie podpisała. Jednocześnie podniósł, że instytucja parafy i podpisu jest wyraźnie rozróżniana w literaturze i orzecznictwie oraz, iż wykonawca nie był w stanie wskazać ani jednej litery ze znaku graficznego, który miał być podpisem pod odwołaniem. Reasumując wskazał, że wobec powyższego zasła podstawa do zastosowania art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się z kolei do zawartego w skardze zarzutu naruszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą art. 184 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 6 kc zamawiający podniósł, iż pomimo tego, że Krajowa Izba Odwoławcza unieważniła postępowanie na podstawie art. 38 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, to jednak pośrednio odniosła się przytoczonych przez strony argumentów. Mianowicie podał, iż dowody przedstawione przez odwołującego zostały po skopiowaniu załączone do akt, a dowody zaoferowane przez zamawiającego zostały mu zwrócone oraz, że ponadto nie dopuszczono, z uwagi na późną godzinę, wniosku dowodowego zamawiającego o przesłuchanie strony z ograniczeniem do przesłuchania wykonawcy. Stąd też z powołaniem na powyższe wniósł o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka Stanisława Duchowskiego. Jednocześnie podniósł, iż orzeczenie w przedmiocie tak skomplikowanej, jaką są wymagania techniczne dotyczące liczników sprawie, nie może opierać się na swobodnym uznaniu organu orzekającego, albowiem w tym zakresie niezbędna jest wiedza specjalistyczna. Ponadto biorąc pod uwagę fakt, że ciężar dowodu w tym zakresie spoczywał na odwołującym wykonawcy, a ten takiego

dowodu nie powołał, trudno było uznać, iż przedstawione przez niego w odwołaniu zarzuty zostały udowodnione. Zamawiający zwrócił nadto uwagę na fakt, że dostarczone przez odwołującego wykonawcę oświadczenia innych uczestników na rynku liczników elektrycznych nie były wiarygodne, gdyż:

1. były wybiórcze i nie uwzględniały wszelkich możliwości technicznych, w szczególności liczników produkowanych na terenie Państw Członkowskich,
2. stanowiły jedynie oświadczenie, iż obecnie uczestnicy Ci nie posiadają w swojej aktualnej ofercie zamawianych liczników, co jest naturalne, jako, że takie liczniki są produkowane na specjalne zamówienie, nie są to bowiem tzw. produkty półkowe, a oświadczenie nie zawierało informacji, iż uczestnicy Ci nie są w stanie wyprodukować liczników zgodnych ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, albowiem w rzeczywistości, produkcja takich liczników nie stanowi bariery technicznej.

Jednocześnie wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza nie dopuściła także wnioskowanego przez zamawiającego dowodu z przesłuchania stron i faktu niedopuszczenia tego dowodu nie zaprotokołowała, jak i nie uzasadniła w odwołaniu. Stąd też na okoliczność tę wniósł o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka Stanisława Duchowskiego. Ponadto, wobec powyższego, wniósł o przeprowadzenie dowodu z

przesłuchania stron, z ograniczeniem do przesłuchania wykonawcy, na okoliczność faktycznej możliwości produkcji zamawianych liczników oraz precyzyjności zapisów

specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla podmiotów specjalistycznych w produkcji liczników,

wyciągu ze złożonych przy zamówieniu udzielanym przez zamawiającego ofert, w których ten sam wykonawca nie miał żadnych zastrzeżeń do sformułowania „odpowiednio”, gdyż powszechnie wiadomym było, iż musi być spełniony warunek zgodności z normą, co wynika wyraźnie z ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ponadto zaznaczył, że Krajowa Izba Odwoławcza nie uzasadniła na czym polega naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w związku ze stawianymi przez zamawiającego wymaganiami.

Uzasadniając natomiast swoje stanowisko w zakresie naruszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą art. 38 ust.5 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazał, iż Krajowa Izba Odwoławcza unieważniła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie tylko jednego, wyżej powołanego przepisu w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie podał, że postępując w ten sposób Krajowa Izba Odwoławcza nie zwróciła uwagi na to, iż art. 38 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy zakazu modyfikacji warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania, a nie dotyczy dokumentów, których może żądać zamawiający, gdyż te reguluje rozporządzenie.

Pismem z 27 grudnia 2007 r. wykonawca - Fabryka Aparatury Pomiarowej PAFAL S.A. w Świdnicy wniósł o oddalenie skargi oraz obciążenie skarżącego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu powyższego wskazał, że zamawiający we wniesionej skardze pominął okoliczność, iż protest zawierał trzy zarzuty, a odwołanie już tylko dwa. Mianowicie podał, że w proteście zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 25 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez żądanie polisy lub innego dokumentu ubezpieczeniowego ważnego w całym okresie realizacji zamówienia, który to zarzut nie został powtórzony w odwołaniu. Jednocześnie podniósł, iż zarówno protest, jak i odwołanie zawierały żądanie unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które należało traktować, jako wyraz ostrożności i dążenia do tego, aby potencjalna umowa w sprawie zamówienia publicznego była ważna. Ponadto zauważył, że Krajowa Izba Odwoławcza ma obowiązek brać pod uwagę z urzędu okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co jednoznacznie wynika z art. 191 ust. 3 zd. drugie ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się natomiast do podniesionego przez zamawiającego zarzutu naruszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Fabryka Aparatury Pomiarowej PAFAL S.A. w Świdnicy wskazała, iż zdziwienie budzi fakt, że pomimo tego, iż zamawiający stwierdził, że protest nie został podpisany przez uprawnione osoby, to uznał go za wniesiony skutecznie i rozstrzygnął, w części go uwzględniając. Jednocześnie podniosła, iż brak jest wymogu odnośnie tego, aby podpis dla swej skuteczności był czytelny, czy też by zawierał choćby jedną literę alfabetu łacińskiego lub choćby jedną literę w ogóle oraz, że w związku z tym trudno jest uznać, aby odwołanie nie zostało przez odwołującego podpisane.

Wykonawca z powołaniem na art. 233 § 1 kpc w związku z art. 184 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 6 kc wskazał również, iż Krajowa Izba Odwoławcza przeprowadziła postępowanie dowodowe z oryginalnej dokumentacji postępowania, z przedłożonych przez strony dowodów w postaci wypisów z innych specyfikacji istotnych warunków zamówienia, adekwatnych do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przedmiotowym postępowaniu oraz pytań skierowanych przez odwołującego do innych, liczących się na rynku w zakresie możliwości wykonania przedmiotowej dostawy wykonawców i udzielonych przez te podmioty odpowiedzi oraz z wyjaśnień stron złożonych podczas postępowania dowodowego. Stąd też stwierdził, że nie sposób było przyjąć, iż zostały przy tym naruszone przepisy prawa procesowego, albowiem Krajowa Izba Odwoławcza dokonała oceny materiału dowodowego według własnego przekonania oraz, iż nie była ona obowiązana do powołania biegłych, czy, tym bardziej podzielenia poglądów zamawiającego.

Ustosunkowując się z kolei do podniesionego przez zamawiającego zarzutu naruszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą art. 38 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, z powołaniem na treść tego unormowania podał, że ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywana jest na podstawie wymaganych dokumentów oraz, iż w związku z tym zmiana wykazu żądanych dokumentów jest w istocie zmianą sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jednocześnie podniósł, że zamawiający pominął, iż dokonana przez niego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczyła zarówno zmiany dokumentu, jak i zmiany warunku udziału w postępowaniu, gdyż przed zmianą warunkiem

udziału w postępowaniu było posiadanie przez wykonawcę ubezpieczenia od

odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej w okresie realizacji zamówienia, a mianowicie do dnia 31 grudnia 2008 r., a po zmianie warunkiem

udziału w postępowaniu było posiadanie przez wykonawcę ubezpieczenia od

odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, które nie musiało obejmować całego okresu realizacji zamówienia. Stąd też stwierdził, iż Krajowa Izba Odwoławcza słusznie dopatrzyła się zmiany warunków udziału w postępowaniu, czyli zmiany w świetle art. 38 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych niedopuszczalnej. Ponadto dodatkowo nadmieniał, że Krajowa Izba Odwoławcza nie stosowała powyższego przepisu, lecz jedynie oceniała działania zamawiającego z punktu widzenia zgodności z tym unormowaniem oraz, iż w związku z tym nie mogło nastąpić naruszenie art. 38 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Fabryka Aparatury Pomiarowej PAFAL S.A. w Świdnicy wskazała również, iż podstawą uwzględnienia odwołania nie był też, jak twierdził zamawiający, art. 38 ust. 5 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz art. 191 ust. 1 i 2 pkt 3 powyższej ustawy, co zostało wyraźnie w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej podane.

Niezależnie od powyższego wykonawca podkreślił, że zamawiający w skardze nie odniósł się do naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 i art. 30 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie podejmując jakiegokolwiek polemiki z rozstrzygnięciem zawartym w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej oraz, iż wobec tego okoliczność ta potwierdza prawidłowość dokonanego przez Krajową Izbę Odwoławczą rozstrzygnięcia.

Na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2008 r. strony podtrzymały zaprezentowane w skardze i odpowiedzi na skargę stanowiska. Jednocześnie na rozprawie tej zamawiający - ENEA Operator spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu przedłożył pismo z 2 kwietnia 2008 r., w którym w zasadzie przedstawił takie samo, jak dotychczas w sprawie stanowisko, a

nadto specyfikacje istotnych warunków zamówienia z czerwca 2005 r. i listopada 2006 r. wskazując, że dotyczą one wcześniej ogłoszonych przez zamawiającego przetargów oraz, iż świadczą o tym, że zasada uczciwej konkurencji była zachowana z tego względu, iż wykonawca, jako producent, mógł przystosować się do wymagań, jakie panują na terenie działalności zamawiającego. Natomiast wykonawca - Fabryka Aparatury Pomiarowej PAFAL S.A. w Świdnicy wniósł dodatkowo o pominięcie w postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi faktów i dowodów powołanych przez zamawiającego zarówno w skardze, jak i na rozprawie, powołując się w tym zakresie na art. 381 kpc w związku z art. 194 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie wystąpił z wnioskiem o zasądzenie od zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga zamawiającego okazała się bezzasadna.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymagało, że nietrafnym okazał się zarzut naruszenia art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na rozpoznanie przez Krajową Izbę Odwoławczą podniesionego przez wykonawcę zarzutu odnośnie naruszenia przez zamawiającego art. 38 ust 5 powyższej ustawy, podczas, gdy ewentualne naruszenie tego przepisu nie powodowało uszczerbku w interesie prawnym odwołującego się wykonawcy.

Zgodnie z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych środki ochrony prawnej określone w Dziale VI tej ustawy przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Z powyższego unormowania wynika zatem, iż przewidziane w powyższym Dziale środki ochrony prawnej przysługują podmiotowi uprawnionemu do ich wnoszenia, z tym, że pod warunkiem wykazania iż jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Nie ulega wątpliwości, że określonymi w Dziale VI ustawy Prawo zamówień publicznych, a mianowicie jego Rozdziale 4 środkami ochrony prawnej jest zarówno odwołanie od rozstrzygnięcia protestu - art. 184 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i skarga do sądu na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej - art. 194 ust. 1 wyżej powołanej ustawy.

Możliwość skutecznego wniesienia skargi do sądu na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, tak jak i pozostałych uregulowanych w ustawie środków ochrony prawnej, uzależniona jest od kumulatywnego zaistnienia na gruncie konkretnego przypadku następujących okoliczności:

naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, a mianowicie dokonania przez zamawiającego czynności niezgodnie z przepisami ustawy albo zaniechanie czynności pomimo wynikającego z ustawy obowiązku jej dokonania,

powstanie uszczerbku w interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia podmiotu legitymowanego lub możliwość powstania uszczerbku w tym interesie, który ma charakter obiektywny, albowiem o jego istnieniu decydują pewne zasady, normy funkcjonujące w układzie odniesienia, do której ów interes będzie odnoszony, co oznacza, że dany interes musi mieć podstawę w normie prawnej, czyli inaczej mówiąc korzyść jaką zamierza osiągnąć dany podmiot musi mieć podstawę w prawie, a nadto musi to być taki interes prawny, który wyraża się w możliwości uzyskania konkretnego zamówienia w tym postępowaniu przetargowym, którego dotyczą środki odwoławcze, zaistnienie związku przyczynowego pomiędzy powołanym powyżej uszczerbkiem w interesie prawnym wykonawcy lub możliwością takiego uszczerbku, a naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy.

Do skutecznego zaskarżenia działań zamawiającego konieczne jest zatem łączne spełnienie wszystkich trzech wyżej wymienionych przesłanek.

Wskazane w art. 179 ust 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych okoliczności mają jednakże charakter przesłanek materialnoprawnych, czyli przesłanek zasadności wnoszonego środka. Ich wystąpienie nie wpływa przeto na możliwość wszczęcia procedur odwoławczych, lecz warunkuje uwzględnienie wniesionego środka. Brak uszczerbku w interesie prawnym wykonawcy w uzyskaniu zamówienia lub nienaruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy nie oznacza zatem, iż postępowanie odwoławcze nie może się rozpocząć, lecz jedynie to, że odwołanie w takich warunkach zostanie oddalone, po merytorycznym rozpoznaniu sprawy - vide: odnośnie powyższego Komentarz do ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), Małgorzata Stachowiak, Jarosław Jerzykowski, Włodzimierz Dzierżanowski, LEX, Warszawa 2007, s. 648 - 650, Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2004, s. 384.

W tym stanie rzeczy, biorąc pod uwagę wyżej poczynione rozważania, podniesiony przez zamawiającego zarzut, jakoby wykonawca w trakcie wywołanego wniesieniem odwołania postępowania, składając odwołanie nie wykazał istnienia po jego stronie interesu prawnego, i to w wyżej powołanym znaczeniu nie mógł się ostać. Wbrew twierdzeniom zamawiającego, w treści odwołania, wykonawca zaprezentował bowiem w jasny i wyraźny sposób te okoliczności, które w jego ocenie wskazywały na naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i w wyniku, których interes wykonawcy doznał uszczerbku, a to poprzez uniemożliwienie mu złożenia najkorzystniejszej oferty oraz pozyskanie w ten sposób zamówienia. Jednocześnie nie można było przychylić się do zaprezentowanego przez zamawiającego stanowiska w przedmiocie tego, iż rozpoznając odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza nie dokonała jakiegokolwiek weryfikacji interesu prawnego wykonawcy we wniesieniu odwołania. Nie mogło bowiem ulegać wątpliwości, co wynikało z uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia, że Krajowa Izba Odwoławcza uznała za zasadną większość z przytoczonych w odwołaniu przez wykonawcę zarzutów stwierdzając między innymi, iż określenie niektórych kryteriów ofert przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia preferuje pewne kategorie wykonawców. Skoro zatem opis przedmiotu zamówienia, w połączeniu z kryteriami oceny ofert, faworyzował jedną grupę wykonawców kosztem innych, naruszając w ten sposób zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, to tym samym takie działanie zamawiającego było niewątpliwie nie tylko sprzeczne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, ale jednocześnie naruszało również interes prawny danego wykonawcy, sprowadzający się do możliwości uzyskania przez niego konkretnego zamówienia, a co za tym idzie otwierało takiemu podmiotowi drogę do skutecznego wniesienia przysługującego mu środka ochrony prawnej. Jeżeli więc Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając odwołanie wykonawcy, przychyliła się do większości przywołanych w nim zarzutów, uznając w tym względzie jego zasadność, to tym samym w sposób przynajmniej pośredni potwierdziła istnienie po stronie odwołującego interesu prawnego we wniesieniu środka zaskarżenia.

Niezależnie od powyższego podkreślenia wymagało, że wykonawca we wniesionym od rozstrzygnięcia protestu odwołaniu, w przeciwieństwie do złożonego wcześniej protestu, nie podnosił już zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 25 ustawy Prawo zamówień publicznych. Stąd też na etapie postępowania odwoławczego nie musiał w żaden sposób wykazywać jakiegokolwiek w tym względzie interesu prawnego.

Jednocześnie w powyższym przedmiocie zaznaczyć wymagało, iż decydujące dla rozstrzygnięcia odwołania znaczenie miał fakt ostatecznego stwierdzenia przez Krajową Izbę

Odwoławczą, że w niniejszej sprawie zamawiający dopuścił się naruszenia tych przepisów ustawy, którym uchybienie musiało prowadzić do unieważnienia całego postępowania. Otóż podkreślić należało, iż zgodnie z art. 191 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia Krajowa Izba Odwoławcza bierze pod uwagę z urzędu. Stąd też okoliczności takie, zgodnie z powyższym uregulowaniem, winny zostać uwzględniane przy orzekaniu niezależnie od tego, czy były one przedmiotem podniesionych w odwołaniu zarzutów, a jeżeli de facto były, to również niezależnie od tego, czy odwołujący miał w ich formułowaniu jakikolwiek interes prawny, czy też nie.

Nietrafny okazał się również kolejny z podniesionych przez zamawiającego w skardze

zarzutów wskazujący na brak wniesienia odwołania, a także wcześniejszego protestu, z uwagi na fakt jego niepodpisania przez osoby do tego w imieniu wykonawcy uprawnione. Sformułowanie takiego zarzutu, jak słusznie podniósł w odpowiedzi na skargę wykonawca, i to na obecnym etapie postępowania jest o tyle zaskakujące, że jak wynika z akt sprawy wcześniej wniesiony protest, który w ocenie zamawiającego również nie został podpisany przez uprawnione ze strony wykonawcy osoby, jako skutecznie wniesiony, został przez niego rozstrzygnięty i w części uwzględniony.

Tym niemniej jednak odnosząc się do powyższego należało wskazać, iż choć o podpisie jest mowa przykładowo w przepisach kodeksu cywilnego, kodeksu postępowania cywilnego, ustawy z dnia 28 kwietnia 1936 r. - Prawo czekowe, ustawy z dnia 14 listopada 1991 r. - Prawo o notariacie oraz w przepisach innych aktów normatywnych wchodzących w skład systemu prawa cywilnego, to jednak w żadnym z tych aktów ustawodawca nie definiuje pojęcia „podpis”. Definicja taka nie znajduje się też w ustawie Prawo zamówień publicznych. Stąd też znaczenie tego terminu należy ustalić na podstawie wykładni językowej, kontekstu w jakim pojawia się on w przepisach prawnych oraz mając na względzie funkcję, jaką pełni podpis. Mianowicie podpis służy między innymi do identyfikacji osoby składającej podpis i daje podstawę do jego powiązania z treścią dokumentu. Przyjmuje się, że na pojęcie podpisu składają się następujące cechy:

- jest to językowy znak graficzny utrwalony w dokumencie,
 - składający oświadczenie składa znak własnoręcznie, co pozwala przez badania grafologiczne stwierdzić od kogo on pochodzi,
 - w zasadzie wskazuje on imię i nazwisko składającego, aczkolwiek w okolicznościach, gdy jego identyfikacji dokonać można w inny sposób, wystarczy podpisanie się samym nazwiskiem, i to nawet w postaci skróconej, z opuszczeniem niektórych liter
- vide: Zbigniew Radwański, Podręczniki Prawnicze, „Prawo cywilne - część ogólna”, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 235 - 236.

Przyjmuje się także, iż w zależności od okoliczności, dla celów identyfikacyjnych, wystarczy podpis złożony tylko z samego imienia lub pseudonimu. Przepisy prawa nie wymagają również, aby podpis dla jego ważności był czytelny. Należy jednak uznać, że w wypadku podpisu nieczytelnego powinien on być złożony w formie zwykłej przez wystawcę używanej.

Biorąc zatem powyższe pod uwagę należało stwierdzić, iż zarówno protest, jak i odwołanie zostały złożone skutecznie, albowiem dokumenty te, w trakcie prowadzonego postępowania, zostały podpisane przez uprawnione do reprezentowania wykonawcy osoby. Znajdujące się na wskazanych pismach podpisy cechuje wprowadzenie ich nieczytelność. Tym niemniej jednak w okolicznościach niniejszej sprawy należało przyjąć, że w prawidłowy sposób indywidualizowały one ich wystawców. Za powyższym przemawiał bowiem nie tylko fakt złożenia kwestionowanych podpisów wraz z odciskami pieczęci, które w niebudzący jakichkolwiek wątpliwości sposób identyfikowały tożsamość wymienionych w nich osób, ale również i to, iż taka forma podpisu, co znajduje potwierdzenie w treści innych, załączonych do akt sprawy pism, jest zwykłą przez osoby, które złożyły podpisy na protestie i odwołaniu używana.

W tym stanie rzeczy brak było podstaw do uwzględnienia podniesionego przez zamawiającego w skardze, a odnoszącego się do naruszenia art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przez rozpoznawaniu odwołań zarzutu.

Nietrafnym okazał się również podniesiony przez zamawiającego zarzut naruszenia art. 184 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 233 § 1 kpc w związku z art. 6 kc poprzez nie rozważenie przez Krajową Izbę Odwoławczą wszystkich powołanych przez zamawiającego dowodów i przerzucanie ciężaru dowodu na zamawiającego.

Mianowicie nie można było zgodzić się z twierdzeniem zamawiającego, że w toku prowadzonego przed Krajową Izbą Odwoławczą postępowania, prawo zamawiającego do

wypowiedzi zostało zminimalizowane, co w jego ocenie znajdowało swoje odzwierciedlenie w treści sporządzonego w trakcie posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej protokołu. Z protokołu tego wynika bowiem, iż występując przed Krajową Izbą Odwoławczą zamawiający odniósł się do wszystkich przedstawionych przez wykonawcę w odwołaniu zarzutów. Stąd też trudno było uznać, aby naruszone zostało jego prawo do swobodnej, niczym nieskrępowanej, w toczącym się na skutek wniesionego przez wykonawcę odwołania postępowaniu wypowiedzi. Jednocześnie nie można było stwierdzić, aby rozpoznając odwołanie wykonawcy Krajowa Izba Odwoławcza nie dopuściła zawnioskowanych przez zamawiającego dowodów oraz, aby fakt tego nie zaprotokołowała, jak i nie uzasadniła w odwołaniu. Nie ulegało bowiem w niniejszej sprawie wątpliwości, iż w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą zamawiający reprezentowany był przez profesjonalnego pełnomocnika. Stąd też pełnomocnik ten, nie godząc się z procedurą postępowania zastosowaną przez Krajową Izbę Odwoławczą, powinien był podjąć stosowne kroki mające na celu skuteczną obronę uzasadnionych praw swego mandanta, a mianowicie mógł kategorycznie domagać się zaprotokołowania zgłaszanych wniosków. Z protokołu posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej nie wynika jednak, aby takie, jak opisane wyżej działania zostały przez pełnomocnika zamawiającego podjęte. Ponadto należało zwrócić uwagę na fakt, że po zamknięciu przez Krajową Izbę Odwoławczą w dniu 25 stycznia 2008 r. rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła odroczyć ogłoszenie orzeczenia do dnia 29 stycznia 2008 r. W okresie od dnia zamknięcia rozprawy, do dnia ogłoszenia wyroku pełnomocnik zamawiającego nie zgłaszał żadnych pisemnych zastrzeżeń, co do sposobu prowadzenia postępowania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Otóż nie wskazywał, aby w trakcie tego postępowania zgłaszał wnioski dowodowe, aby fakt ten nie został przez Krajową Izbę Odwoławczą odnotowany w protokole oraz, aby nie doszło do uwzględnienia złożonych przez niego wniosków. W aktach sprawy brak jest bowiem jakiegokolwiek na tę okoliczność dowodu. Jeżeli zatem istotnie do zaistnienia takich, jak opisane przez zamawiającego w skardze okoliczności by doszło, to niewątpliwie, mając na uwadze fakt, iż od dnia zamknięcia rozprawy do dnia ogłoszenia wyroku upłynęło kilka dni, prawidłową reakcją pełnomocnika zamawiającego na powstałe w trakcie postępowania uchybienia proceduralne byłoby zwrócenie Krajowej Izbie Odwoławczej pisemnej na nie uwagi. Skoro zatem pełnomocnik zamawiającego takich działań nie podjął, to trudno było uznać, aby protokół posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej nie odzwierciedlał w pełni przebiegu odbytej przed tą Izbą rozprawy. Stwierdzenie powyższego musiało z kolei prowadzić do wniosku, że w trakcie tego postępowania zamawiający nie zgłaszał wskazanego w skardze wniosku dowodowego. Jednocześnie wobec poczynienia takich, jak wyżej opisanych ustaleń, Sąd Okręgowy pominął dowód z zeznań świadka Stanisława Duchowskiego na odnoszące się do faktu nie odnotowania w protokole posiedzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą zawnioskowanych przez zamawiającego dowodów oraz ich przez tę Izbę niedopuszczenia. Ponadto na podstawie art. 381 kpc w związku z art. 194 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych pominął zgłoszone w skardze dowody, a mianowicie dowód z:

- przesłuchania stron, z ograniczeniem do przesłuchania wykonawcy, na okoliczność faktycznej możliwości produkcji zamawianych liczników oraz precyzyjności zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla podmiotów specjalistycznych w produkcji liczników,
- wyciągu ze złożonych przy zamówieniu udzielanym przez zamawiającego ofert, uznając, iż dowody te zamawiający mógł powołać w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Nie ulegało w niniejszej sprawie wątpliwości, na co już wyżej zwrócono uwagę, że w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wyraźnie wskazała na okoliczności przemawiające w jej ocenie za zasadnością zaprezentowanego w odwołaniu stanowiska, a które dotyczyły naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 i 30 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Czyniąc w powyższym przedmiocie ustalenia i dokonując swobodnej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, wbrew zaprezentowanemu w skardze stanowisku, Krajowa Izba Odwoławcza nie była jednak zobligowana do powoływania biegłych. W niniejszej sprawie Izba ta nie zajmowała się bowiem kwestią oceny ewentualnych wymagań technicznych przedmiotu zamówienia, a jedynie badała prawidłowość sformułowania opisu tego przedmiotu pod kątem jego zgodności z wymogami, jakie stawiają mu w tym względzie między innymi przedstawione wyżej unormowania. Stąd też powoływanie się przez zamawiającego na fakt, iż w niniejszej sprawie

dla rozstrzygnięcia wniesionego przez wykonawcę odwołania niezbędna była wiedza specjalistyczna, nie mogło się ostać.

Niezależnie od powyższego podkreślenia wymagało, że przeprowadzenie wnioskowanych przez zamawiającego dowodów, na podane przez niego okoliczności, i tak nie mogłoby doprowadzić do zamierzonego przez zamawiającego skutku w postaci uwzględnienia złożonej przez niego skargi. Postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego zostało bowiem ostatecznie unieważnione z uwagi na fakt dokonania przez zamawiającego bezprawnej zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wystąpienie tego uchybienia skutkować bowiem musiało wydaniem zaskarżonego wyroku, i to niezależnie od merytorycznej zasadności pozostałych, zawartych w odwołaniu odnośnie prowadzonego postępowania zarzutów.

Nietrafnym okazał się również kolejny z podniesionych przez zamawiającego w skardze zarzutów, a mianowicie naruszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą art. 38 ust 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z tym unormowaniem modyfikacja treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie może dotyczyć kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania. Celem wprowadzenia przez ustawodawcę tej regulacji była chęć zapewnienia równego traktowania wszystkich, potencjalnych wykonawców. Jeżeli bowiem wskazane elementy podawane są już na etapie ogłoszenia i stanowią dla wykonawców istotną przesłankę przy podejmowaniu decyzji o uczestnictwie w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to ich zmiana w jego trakcie niewątpliwie ograniczyłaby uczciwą konkurencję, która jest podstawową zasadą, jaką winien kierować się zamawiający przy udzielaniu zamówienia.

Zgodzić należy się z zamawiającym, iż kwestia składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dokumentów uregulowana jest osobno od kwestii opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków, a mianowicie rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605). Stąd też, jak słusznie, z powołaniem na piśmiennictwo zaznaczył zamawiający, modyfikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wykazu oświadczeń i dokumentów nie jest objęta zakazem sformułowanym w art. 38 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym niemniej jednak, jak wynika z akt niniejszej sprawy, dokonana przez zamawiającego modyfikacja postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie dotyczyła jedynie kwestii zmiany dokumentu, ale również zmiany warunku udziału w postępowaniu. Otóż przed dokonaniem zmiany brzmienia pkt 7.3.c) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak słusznie podkreślił w odpowiedzi na skargę wykonawca, wykonawcy zobowiązani byli dostarczyć polisę lub inny dokument potwierdzający, że są oni ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w okresie realizacji zamówienia, a po dokonaniu zmiany warunkiem udziału w postępowaniu było posiadanie przez wykonawcę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, które nie musiało obejmować całego okresu realizacji zamówienia. Z powyższego wynikało zatem, iż modyfikacja powyższego punktu specyfikacji istotnych warunków zamówienia doprowadziłaby do zwiększenia, w trakcie prowadzonego o udzielenie zamówienia publicznego postępowania, rozmiaru świadczenia tych wykonawców, którzy w chwili składania ofert nie posiadali ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w okresie realizacji zamówienia. Mianowicie spowodowałoby, że wykonawca, którego oferta zostałaby wybrana, a nie posiadający umowy ubezpieczenia obejmującej cały okres realizacji zamówienia, zostałby zobowiązany do zawarcia, przed podpisaniem umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, stosownej umowy ubezpieczenia, czyli poniesienia dodatkowych kosztów, których podejmując decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie musiał brać pod uwagę. Modyfikacja powyższego elementu specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadziłaby zatem do nierównego traktowania potencjalnych wykonawców i ograniczania uczciwej konkurencji.

Wbrew zawartym w skardze twierdzeniom, powyższe zagadnienie zostało w sposób wyraźny i jednoznaczny przedstawione w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia.

W tym stanie rzeczy, biorąc pod uwagę wyżej wskazane rozważania należało

stwierdzić, iż modyfikując specyfikację istotnych warunków zamówienia w wyżej wskazanym zakresie, zamawiający dokonał jej zmiany niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, naruszając tym samym jedną z podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którą jest zasada niezmienności kryteriów oceny ofert, określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Mianowicie dokonanie zmiany kryterium warunków udziału w postępowaniu i ustalenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia innych kryteriów, aniżeli wskazane w ogłoszeniu o przetargu, stanowiło zachowanie sprzeczne z art. 38 ust 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, wobec czego, z uwagi na art. 146 ust 1 pkt 6 w związku z art. 93 ust. 1 pkt 7 powyższej ustawy, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego musiało zostać unieważnione.

W tej sytuacji, stosowanie do wyżej poczynionych rozważań, na podstawie art. 198 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wniesioną przez zamawiającego skargę, jako bezzasadną, należało oddalić.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 98 kpc w związku z § 11 ust. 1 pkt 4 w związku z § 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłata za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. Nr 163 poz. 1348 z późn. zm.).

I/I J. Waltrowska I/I P. Majchrzak /-/ E. Kaźmierczak

•0