

WYROK
z dnia 21 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Kuciak**

Protokolant: **Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 kwietnia 2015 r. przez **Odwołującego** – T. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Adwokacka WHITESTONELEGAL T. K., ul. Piękna 15/12, 00-549 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Jednostka Wojskowa 4226, ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** – T. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Adwokacka WHITESTONELEGAL T. K., ul. Piękna 15/12, 00-549 Warszawa, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – T. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Adwokacka WHITESTONELEGAL T. K., ul. Piękna 15/12, 00-549 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Odwołującego** – T. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Adwokacka WHITESTONELEGAL T. K., ul. Piękna 15/12, 00-549 Warszawa na rzecz **Zamawiającego** - Jednostka Wojskowa 4226, ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2015 r. (bielizna zimowa)”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 31 marca 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 063-110509.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), kwestionując postanowienie zawarte w pkt 6 w rozdziale XIV SIWZ i zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp polegające na złamaniu zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez dopuszczenie do udziału w postępowaniu przetargowym wykonawców niespełniających wymogów ustawy Pzp na dzień składania ofert;
2. art. 26 ust. 2a ustawy Pzp poprzez umożliwienie wykonawcom niespełniającym wymogów SIWZ na dzień składania ofert, złożenie oferty, uzyskanie zamówienia i niezbędnego zaświadczenia WOBWSM w okresie po wyborze oferty i przed podpisaniem umowy z Zamawiającym;
3. innych przepisów podanych w uzasadnieniu odwołania.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zmian postanowień SIWZ w sposób zgodny z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp i zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. w ten sposób, aby pkt 6 rozdziale XIV SIWZ otrzymał następujące brzmienie: *„Przed podpisaniem umowy, Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, musi bezwzględnie dostarczyć Zamawiającemu zaświadczenie wydane przez podmiot uprawniony do kontroli jakości (Wojskowy Ośrodek Badawczo - Wdrożeniowy Służby Mundurowej w Łodzi), potwierdzające, iż oferowany przedmiot odpowiada określonym przez Zamawiającego aktualnym specyfikacjom technicznym (z datą wystawienia późniejszą od daty zatwierdzenia WDTT przez Komendanta WOBWSM) oraz z datą wystawienia nie późniejszą niż na dzień składania ofert. Zaświadczenie będzie stanowiło załącznik do zawartej umowy. W przypadku niedostarczenia dokumentu o którym mowa powyżej Zamawiający uzna, że Wykonawca odstąpił od podpisania*

umowy.”

2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Odwołujący podał, że może liczyć na zawarcie umowy o realizację zamówienia i w tym zakresie ma interes w jego uzyskaniu. W przypadku podtrzymania zapisów SIWZ w aktualnym brzmieniu naruszone zostaną zasady uczciwej konkurencji oraz przepisy prawa zamówień publicznych, co w szerokim znaczeniu interesu Odwołującego, narusza jego istotę, bowiem jak wskazał Odwołujący, krąg potencjalnych wykonawców zostanie w sposób nieuprawniony rozszerzony, zaś wówczas Odwołujący mimo, iż jest podmiotem, który mógłby spełniać wymogi SIWZ i uzyskać zamówienie w postępowaniu, jego interes będzie naruszony, gdyż będzie pozbawiony możliwości jego realizacji.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że dnia 10 kwietnia 2015 r. złożył Zamawiającemu zapytanie wraz z wnioskiem o zmianę SIWZ informując jednocześnie, iż aktualne brzmienie SIWZ niezgodne jest z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp. Zamawiający, jak podał Odwołujący, w żaden sposób nie ustosunkował się do żądań Odwołującego.

Dalej Odwołujący zauważył, że Zamawiający w SIWZ nie postawił wykonawcom warunku przedłożenia zaświadczenia z WOBWSM wraz z ofertą, jak również nie wymaga złożenia niniejszego dokumentu przed podpisaniem umowy **z datą wystawienia nie późniejszą niż na dzień składania ofert.**

Zdaniem Odwołującego, przez wzgląd na wskazane niezgodności, należy zabezpieczyć interes wykonawców spełniających wszystkie kryteria SIWZ już w momencie składania ofert, ażeby uniknąć naruszeń, co oznacza, że Zamawiający nie może wydłużać procedury wyboru wykonawcy i podpisania umowy, gdyż takie działanie daje wykonawcom, którzy nie posiadali zaświadczeń i żądanych dokumentów w dacie składania ofert, dodatkowy czas na ich uzyskanie w okresie między wyborem a zawarciem umowy. Takie działanie stanowiłoby pogwałcenie art. 7 ustawy Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji poprzez jawne faworyzowanie wykonawców, których oferty nie zasługują ani na wybór ani w ogóle na branie pod uwagę przez Zamawiającego. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 grudnia 2014 r., sygn. akt: KIO 2559/14 **„do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców może dojść również w sposób pośredni, tj. w taki sposób, że niektórzy wykonawcy będą mogli złożyć ważną i odpowiadającą SIWZ ofertę, ale z uwagi na ukształtowanie kryteriów oceny oferty, oferta taka nie będzie mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców. Tego typu ograniczenia konkurencji są niejako efektem postępowania o udzielenie**

zamówienia publicznego, które uzyskać ma jedna oferta najbardziej konkurencyjna. Zasada równego traktowania wykonawców bowiem polega na traktowaniu wykonawców w jednakowy sposób (bez preferowania jednych i dyskryminowania innych), co do dostępności informacji o postępowaniu, warunków udziału, wymaganych dokumentów, czyli na przykładaniu tej samej miary do każdego wykonawcy.”

Zdaniem Odwołującego, na szczególną uwagę zasługuje fakt, że Zamawiający winien podpisać umowę z wykonawcą w określonym terminie, zaś w przypadku uchylania się wybranego wykonawcy od dokonania niniejszej czynności, zgodnie z art. 94 ust 3 ustawy Pzp, Zamawiający uprawniony jest do niepodpisania umowy i do ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert pozostałych. Godnym zauważenia, w ocenie Odwołującego, jest okoliczność, iż w praktyce wielokrotnie dochodzi do celowego przesuwania terminu zawarcia umowy przez wykonawcę, który w ten właśnie sposób zapewnia sobie dodatkowy czas na pozyskanie wymaganych dokumentów i dopiero następnie spełnia warunki SIWZ, co w świetle ustawy Pzp jest niedopuszczalne. Tym samym Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający zobligowany jest do odmowy udzielenia zgody na takie przesunięcia terminu postulowane przez wyłonionego wykonawcę, gdyż przeciąganie w ten sposób terminów prowadzi do bezpośredniego pokrzywdzenia innych wykonawców, którzy byliby w stanie gotowości do zawarcia umowy oraz nieuzasadnionego preferowania wykonawcy, który zaoferował najkorzystniejsze warunki. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 23 stycznia 2015 r. o sygn. akt: KIO 2660/14 i KIO 2668/14 **„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. Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami, jakie nakłada ustawodawca na zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w tym dokonania rzetelnej oceny ofert.”**

Odwołujący podkreślił, że zwlekanie przez Zamawiającego z wyborem wykonawcy oraz wyznaczeniem daty podpisania umowy z wysoką dozą prawdopodobieństwa może zostać uznane za podejrzane i budzić obawy co do bezstronności Zamawiającego i jego czystych intencji oraz bezpośrednio prowadzić do nieprawidłowej oceny ofert wykonawców. Jako, że termin realizacji podany w ofercie liczy się od dnia podpisania umowy i jednocześnie stanowi on jedno z kryteriów oceny ofert, przedłużenie i opóźnianie w czasie terminu zawarcia umowy

wpływa na prawidłowość postępowania i bez względu na przyczynę, nie może mieć miejsca, zdaniem Odwołującego, gdyż faworyzuje wybranego wykonawcę.

Odwołujący zwrócił uwagę, że jak wynika z treści Załącznika Nr 1 do OPZ, Zamawiający wprost implikuje wymagania dla przedmiotów umundurowania i wyekwipowania objętych zamówieniem:

„1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa do Odbiorców wskazanych w „Planie dostaw przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2015 r.” (załącznik do umowy) przedmiotów umundurowania i wyekwipowania wyszczególnionych w poniższej tabeli, pkt 11, spełniających wymagania Wojskowych Dokumentacji Techniczno - Technologicznych (WDTT) i zgodnych ze wzorami przedmiotów, obowiązujących w Ministerstwie Obrony Narodowej.

2. Wykonawca dostarczy przedmiot zamówienia wyprodukowany na podstawie WDTT oraz wzorów PUiW potwierdzonych przez Wojskowy Ośrodek Badawczo - Wdrożeniowy Służby Mundurowej (WOBW SM) do produkcji seryjnej (odpowiedni dla danego zadania zamówienia).”

Odwołujący podniósł, iż określając warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający jest ściśle związany przedmiotem zamówienia. Zdaniem Odwołującego, istnieje konieczność dokonywania opisu sposobu oceny warunków w granicach, jakie wyznacza przedmiot zamówienia. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków powinien być bowiem po pierwsze - związany z przedmiotem zamówienia, po drugie zaś - do niego proporcjonalny. Nakaz związania warunku z przedmiotem zamówienia należy interpretować jako możliwość konkretyzacji warunku (dokonania opisu) z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia. Jeżeli zaś w opisie przedmiotu wskazane jest, że przedmiot musi spełniać określone kryteria, stąd zasadność wymogu zaświadczenia już na etapie składania ofert czy też ewentualnie później, musi wiązać się z warunkiem spełniania wymogów nie tylko przez wykonawcę, lecz również oferowany przez niego przedmiot zamówienia już na dzień składania ofert. Gdyby dopuścić terminy późniejsze - zaświadczenie uzyskane po dniu otwarcia ofert, lecz przed podpisaniem oferty, wówczas zdaniem Odwołującego, zachodzi sprzeczna z ustawą Pzp sytuacja, gdzie wykonawca na dzień złożenia oferty nie posiada wymaganego przedmiotu zamówienia, zaś mimo to jego oferta, której przedmiot nie jest zgodny z wymogami Zamawiającego, zostaje wybrana, co wprost narusza zasadę uczciwej konkurencji. Taka sytuacja daje bowiem wówczas możliwość na obejście wymogu posiadania zaświadczenia w terminie składania ofert, uzyskania dokumentu w okresie między wyborem oferty a podpisaniem umowy, zaś taka konstrukcja nie znajduje uzasadnienia w świetle ustawy Pzp. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 20 stycznia 2014 r., sygn. akt: KIO 3027/13 „**stosownie do brzmienia art. 7 ust. 1 PZP zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe**

traktowanie wykonawców” - co w niniejszym stanie faktycznym nie jest w żaden sposób respektowane.

Odwołujący wskazał również, iż dotychczasowa praktyka Zamawiającego opierała się na prawidłowych żądaniach SIWZ, na dowód czego Odwołujący załączył dokument SIWZ z prowadzonego przez Zamawiającego analogicznego postępowania nr D/53/02/2013. Jak wynika z jego treści (rozdział V pkt 6) Zamawiający wyraźnie wskazał na wymóg przedłożenia wraz z ofertą aktualnego zaświadczenia wystawionego przez Wojskowy Ośrodek Badawczo - Wdrożeniowy Służby Mundurowej w Łodzi potwierdzającego, iż oferowany przedmiot zamówienia spełnia parametry jakościowe, techniczne i użytkowe zgodnie z danymi zawartymi w załączniku nr 1 do SIWZ oraz w szczegółowych specyfikacjach. Tym samym wysoce niezrozumiałym, w ocenie Odwołującego, jest nagła zmiana Zamawiającego i działanie wbrew obowiązującym przepisom.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zamieszczanie niniejszego wymogu w warunkach realizacji zamówienia jest powszechną praktyką, na co wskazują także wielokrotnie sporządzane SIWZ i na ich podstawie prowadzone postępowania przez przodującego na omawianym rynku zamawiającego - Komendę Główną Policji w Warszawie. Zgodnie z przedłożonym SIWZ (znak sprawy: 8/Ckt/15/KK) w rozdziale VII pkt 5.2 już na etapie składania ofert wykonawca winien przedłożyć zaświadczenie wystawione przez Instytut Technologii Bezpieczeństwa „MORATEX” (Świadectwo zgodności wzoru wyrobu) potwierdzające, iż oferowany przedmiot zamówienia spełnia parametry jakościowe, techniczne i użytkowe zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, iż także przykładowy SIWZ z innej Jednostki Wojskowej z Krakowa - znak postępowania 34/2015, która organizuje także przetargi dla wojska na dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania - wymaga załączenia wraz z ofertą, na potwierdzenie spełniania wymogów co do przedmiotu zamówienia, wzorów oraz kompletu badań, czyli *de facto* tego co uwiarygodnia prawidłowość oferty analogicznie, jak wskazane powyżej zaświadczenia.

W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego, nie ma wątpliwości, jakoby wymóg przedłożenia aktualnego zaświadczenia WOBWSM wystawionego jeszcze przed terminem składania ofert był zbędny w niniejszym postępowaniu. Jak wskazują przedstawione dokumenty są to *essentialia negotii*, by wykazać prawidłowość oferowanego przedmiotu zamówienia z obowiązującymi normami oraz standardami zamawiających, obowiązującymi na rynku dostaw umundurowania i wyekwipowania.

Odwołujący podał, że zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 6 listopada 2014 r., sygn. akt: KIO 2210/14 – „*Zasada wyrażona w przepisie art. 7 p.z.p. nie może być interpretowana w taki sposób, że wymaga dopuszczenia wszystkich zainteresowanych zamówieniem, a wybór produktu, który należy zaoferować w ramach danego zamówienia, pozostawiony jest*

wykonawcom. Zaś obowiązek przestrzegania reguł określonych w art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. nie oznacza, że Zamawiający nie ma prawa określić przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego potrzeby i aby uzyskać oczekiwany efekt, **nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku.** Prawem zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, którego realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście określone potrzeby społeczne.” Wprowadzenie zmian do przedmiotowego SWIZ nie będzie naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji, zaś jedynie umożliwieniem jej realizacji w pełnym zakresie. Norma art. 7 ustawy Pzp nie oznacza, zdaniem Odwołującego, że wszyscy wykonawcy na rynku muszą mieć możliwość udziału w danym zamówieniu, lecz polega na tym, ażeby wszyscy spełniający równocześnie wymogi ustawowe, jak i ich uszczegółowienie dokonane w treści SIWZ, mogli podejść do zamówienia na jednakowych, równych zasadach.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała, iż Odwołujący nie posiada legitymacji czynnej do wniesienia odwołania. Przepis art. 179 ustawy Pzp stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma on lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Badanie spełnienia przesłanek wyrażonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp następuje w ramach danego postępowania odwoławczego, które podlega rozpoznaniu, wykazanie zaś tych przesłanek, uzasadniających legitymację czynną spoczywa na podmiocie, który ze środków ochrony prawnej, przewidzianych w ustawie, chce w konkretnym postępowaniu skorzystać.

Mając na względzie stanowisko prezentowane zarówno w orzecznictwie, jak i w literaturze przedmiotu, w ocenie Izby przyjąć należy, że Odwołujący jest podmiotem, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. W tym aktualnym stanie prawnym należy bowiem przyjmować, że jakikolwiek hipotetyczny interes wykazywany przez podmiot, także nie będący wykonawcą czy uczestnikiem konkursu, stanowi legitymację do wnoszenia środków ochrony prawnej. Wystarczającym jest wykazywanie, że podmiot ten ma wolę uzyskania zamówienia w konkretnym postępowaniu.

Podkreślić trzeba jednak, że sama przesłanka interesu nie jest wystarczająca. Redakcja przepisu art. 179 ustawy Pzp wskazuje bowiem wyraźnie, że skuteczne skorzystanie ze środka ochrony prawnej jest możliwe tylko w przypadku wykazania – łącznie z interesem, że wykonawca (czy też inny podmiot) poniósł czy też może ponieść szkodę w

wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Dodatkowo, niezbędne jest zaistnienie związku przyczynowego pomiędzy tą szkodą a naruszeniem przepisów ustawy.

W rezultacie więc, konieczne jest w każdym przypadku wykazanie przez Odwołującego, że Zamawiający dokonał (czy też zaniechał dokonania) czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

Wnoszący środek ochrony prawnej w obecnym stanie prawnym musi więc dowieść obiektywnej potrzeby rozstrzygnięcia, wynikającej z faktu naruszenia lub zagrożenia bezprawnymi zachowaniami zamawiającego – jego szansy (choćby potencjalnej) na uzyskanie zamówienia, bowiem tylko tak można rozumieć normalne następstwa uchybień zamawiającego. Zarówno w orzecznictwie, jak i w piśmiennictwie wskazuje się, że następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r., sygn. akt V CSK 18/08, następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, iż nie można odmówić Odwołującemu interesu w uzyskaniu zamówienia z tego tylko powodu, że jest adwokatem i prowadzi działalność gospodarczą w tym przedmiocie. Mając bowiem na uwadze regulację art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze (Dz. U. z 2014 r., Nr 635) oraz zasadę wolności gospodarczej, wyrażoną w art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2013 r., Nr 672 ze zm.) nie sposób dojść do przekonania, że wykonywanie zawodu adwokata co do zasady stoi na przeszkodzie prowadzeniu innego rodzaju działalności gospodarczej. Powyższe podlega jedynie ocenie na gruncie regulacji zawartych w Kodeksie Etyki Adwokackiej, jednakże na tym polu Izba nie jest uprawniona do dokonywania oceny. Nadto, nie można również pomijać, że Odwołujący wspólnie z innym wykonawcą czy też wykonawcami może ubiegać się o udzielenie zamówienia i w takich okolicznościach również nie można odmówić Odwołującemu interesu w uzyskaniu zamówienia.

Niezależnie od powyższego dostrzec należy, że w niniejszym postępowaniu Odwołujący upatrując swojego uszczerbku jedynie poprzez określone ukształtowanie treści spornego postanowienia SIWZ, które daje możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia większej liczbie wykonawców, a przez to zmniejsza możliwości uzyskania zamówienia przez Odwołującego, nie wykazał możliwości poniesienia szkody. Powyższa okoliczność potwierdza, że wniesienie przedmiotowego odwołania obliczone jest jedynie na uzyskanie możliwości ukształtowania postanowień umowy na warunkach korzystniejszych dla Odwołującego niż te, które zaproponował Zamawiający i w konsekwencji służyć ma

ograniczeniu kręgu podmiotów, które mogą złożyć ofertę. Jednakże takie postrzeganie uprawnienia do wniesienia odwołania nie da się pogodzić właśnie z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, która winna przejawiać się w dążeniu zamawiającego do zagwarantowania udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a przynajmniej stworzenia warunków, jak najszerszej grupie wykonawców dostępu do zamówienia.

Tymczasem Odwołujący domagając się zmiany spornego postanowienia SIWZ ma na względzie jedynie, co sam przyznaje, ograniczenie udziału w przedmiotowym postępowaniu innym wykonawcom, a tym samym niedopuszczenie wykonawców, którzy mogą złożyć oferty konkurencyjne wobec oferty Odwołującego. Wskazana pobudka nie stanowi o posiadaniu legitymacji czynnej do wniesienia odwołania, przynajmniej w aspekcie szkody. Odwołujący bowiem ma możliwość ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia i dąży do ukształtowania postanowień SIWZ w inny sposób niż to zaproponował Zamawiający, upatrując jedynie korzyści dla siebie.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że ogólnie zarysowana idea, która winna leżeć u podstaw prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a więc prowadzenia postępowania zgodnie z prawem, stanowi wystarczające uzasadnienie dla stwierdzenia legitymacji czynnej do wniesienia odwołania. Nie można bowiem pomijać, że wykonawca musi wykazać, że ma interes w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia i ewentualnie naruszenie przepisów prawa doprowadzi do konkretnego uszczerbku po stronie Odwołującego, nie jest więc wystarczające wskazanie na formalne naruszenia.

Z tego względu Izba odstąpiła od merytorycznego rozpatrzenia podniesionych w odwołaniu zarzutów i nie czyniła ustaleń na podstawie materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie. Jak wskazano bowiem w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 5 maja 2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08: *„Mając na uwadze powyższe rozważania należy wskazać, iż prawidłowo przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza, że po stronie skarżącego nie został wskazany przez niego fakt naruszenia jego interesu prawnego. (...) W związku z tym trafne jest rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, skutkujące oddaleniem odwołania tylko i wyłącznie już z tego względu. Niemniej w uzasadnieniu wydanego przez siebie wyroku Izba, oprócz powyższej kwestii odniosła się również w sposób merytoryczny do podniesionych przez odwołującego zarzutów, czego w świetle powyższego nie musiała już czynić”*.

Niezależnie od powyższego Izba jedynie na marginesie wskaże, że twierdzenia Odwołującego, nawet gdyby podlegały rozpoznaniu, nie zasługiwałyby na aprobatę.

Okolicznością bezsporną jest, że Zamawiający nie żądał przedłożenia wraz z ofertą ani na dalszym etapie postępowania, dokumentów potwierdzających, że oferowany

przedmiot zamówienia spełnia wymagania Zamawiającego na dzień złożenia oferty. Natomiast nie budzi wątpliwości, a przynajmniej okoliczność ta nie jest podnoszona, że Zamawiający w sposób kompleksowy i wyczerpujący opisał przedmiot zamówienia, a więc opisał przyszłe świadczenie.

Odwołujący domagając się zakreślenia pewnej minimalnej treści oferty w rozumieniu *sensu largo*, w zakresie szerszym niż wymagał tego Zamawiający, dostrzega w powyższym usankcjonowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Izba nie podziela jednakże tego poglądu. Zwrócić należy bowiem uwagę, że w doktrynie za dominujący należy uznać pogląd, iż oferta to jednostronna czynność prawna oferenta, zawierająca stanowczą propozycję zawarcia umowy określonej treści (art. 66 k.c.). Na minimum treściowe oferty, składa się wskazanie istotnych postanowień proponowanej umowy. W przypadku umów nazwanych, zawieranych w trybie ofertowym, musi dojść do określenia co najmniej składników przedmiotowo istotnych (tzw. *essentialia negotii*), które determinują typ czynności prawnej. Natomiast w przypadku umów nienazwanych lub mieszanych, gdzie katalog składników przedmiotowo istotnych trudno z góry określić, należy opowiedzieć się, zgodnie z postulatami doktryny, za ujęciem bardziej uniwersalnym, gdzie istotne postanowienia umowy to te, stanowiące konieczne, a przy tym charakterystyczne elementy danego stosunku prawnego i które pozwalają na jego zaistnienie w obrocie (*essentialia contractus*).

Podsumowując można stwierdzić, że treść oferty powinna pozwolić antycypować powstanie odpowiednio zindywidualizowanego stosunku umownego, dając podstawy do ustalenia z góry: a) podmiotów (stron) proponowanej umowy, b) jej przedmiotu, czyli powinnego zachowania, którego umowa dotyczy (w stosunkach zobowiązaniowych chodzi o wskazanie świadczenia dłużnika) oraz c) treści stosunku umownego, którą wyznaczają poszczególne prawa i obowiązki stron. Naturalnie, poza wskazanymi wyżej elementami koniecznymi, oferta może zawierać dowolną liczbę dodatkowych zastrzeżeń.

Odnosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy stwierdzić należy, że odwołanie się w treści oferty do wymagań Zamawiającego, określających przedmiot zamówienia jest wystarczające dla zrekonstruowania przedmiotu umowy, a więc świadczenia dłużnika. Sposób przyjęty przez Zamawiającego jest jednym z możliwych dla określenia (sformułowania) treści oferty, można sobie również wyobrazić, że Zamawiający mógł przyjąć i ten, proponowany przez Odwołującego. Niezależnie jednak od przyjętego systemu konstruowania treści oferty, oba pozwalają na określenie powinnego zachowania dłużnika, a tym samym pozwalają na określenie elementów koniecznych dla danego stosunku obligacyjnego. Nie ma zatem podstaw do domagania się sformułowania oferty przez wykonawców w sposób wskazany przez Odwołującego.

Potwierdzenia zaprezentowanego poglądu odnaleźć można również w przepisie art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który statuuje dla zamawiającego jedynie uprawnienie a nie obowiązek żądania dokumentów potwierdzających spełnianie przez dostawy/usługi wymagań zamawiającego. Analogicznie rzecz się ma w odniesieniu do próbek, testów itp. (§ 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia 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. 2013 r., poz. 231)).

Nie jest więc tak, jak twierdzi Odwołujący, że sporne zaświadczenie powinno być objęte przedmiotem żądania Zamawiającego. Z pewnością o powyższym nie stanowi przepis art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, który referuje do warunków udziału w postępowaniu, sformułowanych w przepisie art. 22 ust. 1 ustawy Pzp a nie do przedmiotu zamówienia. Posłużenie się przez Odwołującego przedmiotową argumentacją wyraźnie wskazuje, że Odwołujący nie odróżnia podstawowych instytucji prawa zamówień publicznych. Potwierdzeniem powyższego jest również okoliczność, że Odwołujący opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 4 ustawy Pzp) odnosi do przedmiotu zamówienia, choć brak jakiegokolwiek uzasadnienia prawnego dla takich działań. Przepisem, na kanwie którego Odwołujący mógłby poszukiwać podstaw do usprawiedliwienia swojego żądania jest art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, mając na uwadze rodzaj dokumentu, jednakże jak wskazano wyżej, ustawodawca sformułował w tym przedmiocie jedynie uprawnienie dla zamawiającego.

Nie sposób również zgodzić się i z tą argumentacją Odwołującego, że brak spornego wymogu prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Sformułowanie przez Zamawiającego jednakowych wymagań odnoszących się do wszystkich wykonawców powoduje, że pozostają oni w analogicznej sytuacji, zatem nie sposób dostrzec w tym względzie naruszenia wspomnianej zasady, wręcz przeciwnie, sposób ukształtowania SIWZ przez Zamawiającego świadczy o dążeniu do jak najszerszego otwarcia zamówienia na wykonawców, którzy są w stanie je wykonać. Izba nie dostrzega podstaw do twierdzenia, że powyższe stanowi pole do nadużyć i przesuwania terminu zawarcia umowy, skoro Zamawiający zastrzegł, że w przypadku niedostarczenia spornego dokumentu Zamawiający uzna, że wykonawca odstąpił od podpisania umowy.

Nie ma również podstaw do domagania się, żeby przedmiot zamówienia na dzień składania ofert został już wytworzony (istniał), a przynajmniej takiego wymogu nie można wywieść z przepisów prawa, o czym była mowa w toku ogólnych rozważań na temat oferty, chyba że wola Zamawiającego w tym względzie będzie inna. Odwołujący dążąc do sytuacji, w której przedmiot zamówienia na dzień składania oferty byłby zweryfikowany przez właściwą jednostkę wskazaną przez Zamawiającego pod kątem spełnienia jego wymogów w istocie domaga się przyznania przewagi tym wykonawcom, którzy takie badania

przeprowadzili, a więc najprawdopodobniej realizowali już tożsame zamówienie na rzecz Zamawiającego, jednakże dla powyższego na próżno poszukiwać uzasadnienia. Zaś, w świetle powyższego trafny jest wniosek, że takie zachowanie godziłoby właśnie w zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: