

POSTANOWIENIE
z dnia 1 lipca 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 30 czerwca 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 czerwca 2016 roku przez wykonawcę **GEMALTO Sp. z o. o. z siedzibą w Tczewie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Infrastruktury i Budownictwa w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **GEMALTO Sp. z o. o. z siedzibą w Tczewie**
i:
 - a) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **GEMALTO Sp. z o. o. z siedzibą w Tczewie** tytułem wpisu od odwołania

b) zasądza od wykonawcy **GEMALTO Sp. z o. o. z siedzibą w Tczewie** na rzecz **Ministerstwa Infrastruktury i Budownictwa w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W dniu 16 czerwca 2016 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca GEMALTO Sp. z o. o. z siedzibą w Tczewie, zwany dalej „Odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego prowadzi Zamawiający: Ministerstwo Infrastruktury i Budownictwa w Warszawie na „Wybór podmiotu wydającego karty do tachografów cyfrowych”. Numer ogłoszenia w TED: Dz.U./S S108 z 07.06.2016 193574-2016-PL. Wpis od odwołania w wysokości 15.000 zł został wniesiony na rachunek UZP, kopia odwołania przekazana została Zamawiającemu.

Odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu, kryteria oceny ofert oraz dokonał opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem przepisów prawa, w tym z naruszeniem zasad zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności. W przypadku zgodnego z prawem działania Zamawiającego Odwołujący mógłby złożyć wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a co za tym idzie ofertę, co stwarzałoby Odwołującemu możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz przepisów rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 165/2014 z dnia 4 lutego 2014 r. w sprawie tachografów stosowanych w transporcie drogowym i uchylającego rozporządzenie Rady (EWG) nr 3821/85 w sprawie urządzeń rejestrujących stosowanych w transporcie drogowym oraz zmieniającego rozporządzenie (WE) nr 561/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie harmonizacji niektórych przepisów socjalnych odnoszących się do transportu drogowego, w tym w szczególności art. 26 ust. 1, poprzez nadanie ogłoszeniu o zamówieniu treści niezgodnej z przepisami ww. rozporządzenia oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a także poprzez pominięcie wymagań wynikających z ww. rozporządzenia UE,

2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o systemie tachografów cyfrowych, poprzez opisanie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt III.2.3) Kwalifikacje techniczne lit. A ppkt 1 ogłoszenia o zamówieniu, niezgodnie ze wskazanymi przepisami, w szczególności z wiążącymi Zamawiającego

wytycznymi ustawowymi odnoszącymi się do doświadczenia podmiotu wybieranego na podstawie ww. art. 18 ust. 1,

3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 22 ust. 1, ust. 4 i ust. 5 ustawy Pzp, poprzez opisanie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt III.2.3) Kwalifikacje techniczne lit. A ppkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu, z naruszeniem ww. przepisów, w szczególności zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności,

4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz uprzywilejowuje dotychczasowego wykonawcę, a dyskryminuje pozostałych wykonawców,

5) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp, poprzez sformułowanie w pkt IV.2.1) ppkt 1 i ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu, kryteriów oceny ofert: „gotowość produkcyjna systemu” oraz „projekt deklaracji praktyk wykorzystywanych przy wydawaniu kart”, które:

a) odnosi się do właściwości podmiotowych wykonawcy (potencjału technicznego wykonawcy),

b) uprzywilejowuje dotychczasowego wykonawcę, a dyskryminuje pozostałych wykonawców,

c) nie spełnia cech koniecznych kryterium oceny ofert, tj. obiektywizmu, lecz pozwala na wybór oferty najkorzystniejszej w oparciu o subiektywne odczucie i nieuzasadnione preferencje oceniającego.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu poprzez:

1) skreślenie opisu warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt III.2.3) Kwalifikacje techniczne lit. A ppkt 1 ogłoszenia o zamówieniu, a w przypadku nie uwzględnienia tego żądania - zmianę wskazanego warunku poprzez:

a) wymaganie 10 000 000 zł brutto zamiast 35 000 000 zł brutto w odniesieniu do jednej usługi,

b) wymaganie personalizacji 100 000 zamiast 200 000 spersonalizowanych kart,

c) skreślenie wymagania dotyczącego wydawania kart,

2) skreślenia z opisu przedmiotu zamówienia, o którym mowa w pkt II.1.5) Krótki opis zamówienia lub zakupu ogłoszenia o zamówieniu wymagania stanowiącego, że podmiot wybrany do wydawania kart do tachografów będzie zobowiązany do wydawania kart do tachografów od dnia zawarcia umowy, oraz wprowadzenie do treści ogłoszenia o zamówieniu okresu, w wymiarze 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy w sprawie

zamówienia publicznego, na wykonanie przez wykonawcę, któremu zostanie udzielone zamówienie, czynności przygotowawczych niezbędnych do wydawania kart do tachografów,

3) skreślenia kryteriów oceny ofert, o których mowa w pkt IV.2.1) ppkt 1 i ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu, tj. kryteriów: „gotowość produkcyjna systemu” oraz „projekt deklaracji praktyk wykorzystywanych przy wydawaniu kart”, oraz nakazanie wprowadzenia dwustopniowej oceny ofert, poprzez:

a) uwzględnienie obligatoryjnych technicznych testów rozwiązania informatycznego i jego oceny punktowej w zgodzie z rozporządzeniami wykonawczymi do Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 165/2014 z dnia 4 lutego 2014 r. w sprawie tachografów stosowanych w transporcie drogowym w oparciu o udostępnione wykonawcom dopuszczonym do postępowania scenariusze testowe,

b) dopuszczenie do złożenia i ich oceny punktowej ofert podmiotów, których rozwiązania w zakresie CA (Centrum Authority) spełniają wymagania określone w rozporządzeniu wykonawczym Komisji wraz z załącznikami, rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/799 z dnia 18 marca 2016 r. w sprawie wykonania rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 165/2014 ustanawiającego wymogi dotyczące budowy, sprawdzania, instalacji, użytkowania i naprawy tachografów oraz ich elementów składowych do rozporządzenia Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 165/2014 z dnia 4 lutego 2014 r. w sprawie tachografów stosowanych w transporcie drogowym,

4) uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia o wymagania wynikające z prawa UE, w szczególności z ww. Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 165/2014 z dnia 4 lutego 2014 r. w sprawie tachografów stosowanych w transporcie drogowym, w szczególności w zakresie opisanym w lit. B.2. uzasadnienia odwołania.

Z tych powodów Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania.

W dniu 29 czerwca 2016 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której w pierwszej kolejności wnosil o jego odrzucenie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy.

Zamawiający zauważył, że nie jest obowiązany do stosowania przepisów ustawy. Bez znaczenia dla uprawnień wykonawców co do możliwości składania środków odwoławczych jest fakt, że zamawiający dobrowolnie do prowadzonego postępowania stosuje określony tryb i zasady obowiązujące w Pzp. Błędne pouczenie nie rodzi po stronie wykonawców uprawnień do wnoszenia środków ochrony prawnej (tak Krajowa Izba Odwoławcza w postanowieniu z dnia 9 stycznia 2013 roku, sygn. akt KIO 2824/12). W niniejszej sprawie, takie błędne pouczenie znalazło się w ogłoszeniu ale fakt ten nie tworzy kognicji Izby do rozpoznania odwołania. Podobnie Izba orzekła w postanowieniu z dnia 15 czerwca 2012

roku, sygn. akt KIO 1119/12 oraz w postanowieniu z dnia 3 marca 2015 roku, sygn. akt KIO 320,321/15.

Prowadzone postępowanie nie jest z mocy prawa poddane regułom ustawy Pzp. Po pierwsze wynika to z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, gdzie zamówienie publicznym jest umowa odpłatna. Pomiedzy stronami zaś Zamawiający a wyłonionym podmiotem po przeprowadzeniu procedury nie dojdzie do zawarcia odpłatnej umowy, ponieważ płatność taka musi wynikać z umowy. W stosunku prawnym, który powstanie wskutek przeprowadzonego postępowania nie wystąpi płatność. Z art. 20 ust. 3 w związku z art.9 ustawy o systemie tachografów cyfrowych wynika, że opłaty za wydanie karty uiszcza bezpośrednio na rzecz podmiotu wydającego karty, wnioskodawca (kierowca, przewoźnik drogowy, podmiot prowadzący warsztat). Zamawiający jako organ, o którym mowa w art. 26 ust. 1 rozporządzenia UE nr 165/2014 jest jedynie zobowiązany do zapewnienia, by karty były wydawane. Nie jest płatnikiem i nie jest obowiązany żadnym przepisem do zapłaty wynagrodzenia podmiotowi wydającemu karty. Między innymi z tej przyczyny ustawodawca ustanowił w przepisach ustawy o systemie tachografów odrębną od ustawy Pzp podstawę prawną wyłonienia podmiotu wydającego karty.

Art. 18 ust. 1 ustawy o systemie tachografów cyfrowych stanowi, że minister właściwy do spraw transportu wybiera podmiot wydający karty, mając na uwadze znaczenie zadań realizowanych przez podmiot wydający karty dla krajowej polityki bezpieczeństwa, posiadany przez ten podmiot potencjał techniczny oraz zdolność i gotowość do natychmiastowego poniesienia nakładów inwestycyjnych na uruchomienie procesów w zakresie wydawania kart, dotychczasowe doświadczenie w dziedzinie personalizacji i elektronicznych zabezpieczeń dokumentów istotne z punktu widzenia zapewnienia właściwego poziomu bezpieczeństwa systemu oraz biorąc pod uwagę możliwość skutecznego nadzoru przez administrację rządową. Do wyboru podmiotu stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych dotyczące przetargu ograniczonego.

Przepis nakazuje jako procedurę wyłonienia podmiotu wydającego karty zastosować odpowiedni „przepisy ustawy Pzp o przetargu ograniczonym”. „Odpowiednio” oznacza, że nawet przy identycznym stosowaniu przywołanych norm, podstawa prawna ich stosowania jest odrębna. Nie mają więc zastosowania jako podstawa prawna przetargu przepisy ustawy Pzp, nawet gdyby całość postępowania miała być prowadzona w sposób analogiczny do przewidzianego w ustawie Pzp. Odwołanie więc nie może być poddane pod rozstrzygnięcie KIO.

Do wyboru podmiotu stosuje się odpowiednio przepisy ustawy Pzp dotyczące przetargu ograniczonego, a zgodnie z zasadami dobrej legislacji wskazywanymi przez Rządowe Centrum Legislacji (np. A. Kozak, artykuł „Odesłanie do przepisu zawierającego upoważnienie ustawowe przez użycie sformułowania *przepisy stosuje się odpowiednio*”

w publikacji RCL „Dobre praktyki legislacyjne”, str. 116) przy zastosowaniu takiego odesłania niezbędne jest jednoznaczne wskazanie przepisu lub przepisów prawnych, do których się odsyła. Nie ulega wątpliwości, że ustawodawca w przepisie art. 18 ust. 1 odesłał wyłącznie do odpowiedniego stosowania przepisów o przetargu ograniczonym nie zaś do całości przepisów ustawy. Przepisy o przetargu ograniczonym to przepisy art. 47 do 55 ustawy Pzp, a także przepisy, do których przepisy tego rozdziału odsyłają, w tym przepisy o ogłoszeniach. Stąd Zamawiający był zobowiązany do zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu, mimo że nie jest obowiązany do stosowania w całości przepisów ustawy Pzp. Potwierdza to także wykładnia autentyczna przedstawiona w uzasadnieniu zawartym w druku sejmowym nr 4332 Sejmu IV kadencji, w której Senat jako autor przepisu w ostatecznym brzmieniu wskazał, że obowiązek stosowania odpowiedniego przepisów o przetargu ograniczonym odnosi się do procedury przetargowej rozpoczynającej się ogłoszeniem a następnie do składania wniosków i ofert.

Brak podstaw do wniesienia odwołania wynika także z faktu, że art. 18 ust. 1 ustawy stc nakazując jedynie odpowiednie stosowanie przepisów Pzp o przetargu ograniczonym i zwalniając z obowiązku stosowania Pzp *in extenso*, stanowi że zadania realizowane przez wybierany podmiot są objęte krajową polityką bezpieczeństwa. Norma ta przesądza o nie stosowaniu wprost Pzp do wyłonienia podmiotu wydającego karty tachografów. Wyłączenie to wynika z łącznej normy art. 18 ustawy stc i art. 4 pkt 5 ustawy Pzp będącego podstawą do odstąpienia od stosowania ustawy Pzp ze względu na istotny interes bezpieczeństwa Państwa lub ochronę bezpieczeństwa publicznego. Dane, do których uzyskuje się dostęp, to dane o szczególnym znaczeniu gospodarczo – społecznym.

Ponadto zakres wyłączenia wynikającego z art. 18 stc odpowiada regułom pierwotnego prawa UE w tym zakresie, w szczególności przepisom TFUE (art. 51) wskazując na możliwość ograniczenia lub wyłączenia możliwości prowadzenia działalności gospodarczej, gdy wkracza w sferę wykonywania władzy publicznej.

Przystępujący przyłączył się do stanowiska Zamawiającego i poparł przedstawioną przez niego argumentację.

Odwołujący odnosząc się do argumentacji Zamawiającego o zawarciu umowy o charakterze nieodpłatnym, wskazał, że jest to zbyt wąskie rozumienie pojęcia odpłatności umowy. Odwołał się do treści publikacji Witolda Czachórskiego „Zobowiązania. Zarys wykładu”, Warszawa 2007 str. 152, wskazując, iż od pojęciem odpłatności należy rozumieć uzyskanie określonej korzyści majątkowej dla każdej ze stron stosunku zobowiązaniowego. Wobec takiego rozumienia pojęcia odpłatności umowa w przedmiotowym postępowaniu będzie zawierała wynagrodzenie, a korzyść majątkowa skonkretyzuje się w postaci

przychodu z tytułu opłat za wydawanie karty. Korzyścią majątkową będzie zatem prawo do eksploatacji usług. Eksploatację rozumieć należy jako prawo do pobierania opłat za wydawanie kart.

Odnosząc się do argumentacji z odpowiedzi na odwołanie związanej z treścią art. 18 ustawy o systemie tachografów cyfrowych i znajdującego się tam odniesienia do publikacji RCL Odwołujący zauważył, iż nie dotyczy powyższe sytuacji jak w przedmiotowym postępowaniu. Owo odesłanie w artykule dotyczy upoważnienia do wydawania rozporządzenia. Podany zatem przykład w odpowiedzi na odwołanie jest nietrafny. Nie dotyczy bowiem takiego odesłania jak znajduje się w art. 18 ustawy o systemie tachografów, gdzie znajduje się odesłanie do innej ustawy. Ustawodawca zdecydował jednoznacznie, że stosuje się przepisy Pzp do przetargu ograniczonego.

Co do sformułowania „odpowiednie stosowanie” przywołał art. 128 ust. 7 Pzp w brzmieniu z roku 2007 i komentarz do tego artykułu z publikacji „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” 2007 r. Wydawnictwo CH BECK autorstwa Grzegorz Wicik, Piotr Wiśniewski str. 578 do 581 odnoszący się do odpowiedniego stosowania przepisów w przypadku udzielania koncesji. Sformułowanie „*odpowiednie stosowanie*” rozumieć należy przez konieczność uwzględnienia zachodzących różnic. Z przepisu ustawy wynika które przepisy się stosuje, których się nie stosuje, a które stosuje się z uwzględnieniem specyfiki. O odpowiednim stosowaniu przepisów przesądziła decyzja ustawodawcy o stosowaniu Pzp, stosowaniu odpowiedniego trybu i wskazaniu pewnych wytycznych przy prowadzeniu wyboru podmiotu. Oznacza to, że nie stosuje się np. przepisów o przetargu nieograniczonym, czy też innych trybach. W ocenie Odwołującego taki zabieg cechuje prawidłową technikę legislacyjną. Wskazuje, iż art. 128 ust 7 w ówczesnym brzmieniu oznacza, że do postępowania mającego na celu udzielanie koncesji stosuje się odpowiednio wszystkie przepisy Pzp, także przepisy działu VI środki ochrony prawnej.

Co do argumentacji Zamawiającego, iż możliwość stosowania ustawy nie wynika z błędnego pouczenia o możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący zaznaczył i przywołał treść ogłoszenia o zamówieniu, podnosząc, że treść ta jest wiążąca zarówno dla Zamawiającego jak i Stron. Przywołał ogłoszenie o zamówieniu o nr 2012/S97-161627 dotyczące poprzedniego postępowania, gdzie nie było żadnych wątpliwości, iż w postępowaniu tym stosuje się Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

W dniu 20 czerwca 2016 roku, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca **Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A. z siedzibą w Warszawie**. Przystąpienie

spełniało przesłanki formalne, wniesione zostało w ustawowym terminie 3 dni, jego kopia została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu, tym samym więc uznano je za skuteczne. Wykonawca wnosił o uznanie zarzutów za bezzasadne.

W ocenie Izby odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, w świetle którego *Izba odrzuca odwołanie jeżeli w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy.*

Izba podziela argumentację Zamawiającego przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie związaną z treścią art. 18 ust. 1 ustawy o systemie tachografów cyfrowych. Przepis ten w swej treści wyraźnie stanowi, iż do wyboru podmiotu stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych dotyczące przetargu ograniczonego. W ocenie składu orzekającego Izby „odpowiednie stosowanie” przepisów dotyczących przetargu ograniczonego oznacza, że tylko ten zakres ustawy Pzp związany z regulacjami odnoszącymi się do określonego trybu postępowania przy wyborze podmiotu wydającego karty znajduje zastosowanie. Podstawą więc prowadzenia postępowania jest nie ustawa Prawo zamówień publicznych, ale art. 18 ustawy o systemie tachografów cyfrowych przy uwzględnieniu przepisów dotyczących przetargu ograniczonego opisanych w ustawie Prawo zamówień publicznych. To zaś oznacza, że inne przepisy przywołanej ustawy Pzp nie mogą w takiej sytuacji znaleźć zastosowania w prowadzonej procedurze, w szczególności dotyczy to przepisów związanych z systemem środków ochrony prawnej.

Dostrzeżenia wymaga, iż odesłanie o podobnym charakterze znajduje się w samej ustawie Pzp, z art. 185 ust. 7 ustawy Pzp wynika bowiem, że do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego o sądzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Stanowisko doktryny jest w tym zakresie jednoznaczne, iż w takim przypadku do postępowania odwoławczego znajdują zastosowanie jedynie przepisy KPC o sądzie polubownym, które w pewnych kwestiach odsyłają do regulacji ogólnych kodeksu postępowania cywilnego, ale inne uregulowania KPC nie mogą być stosowane, odesłanie obejmuje bowiem jedynie określone przepisy kodeksu postępowania cywilnego .

Za orzecnictwem sądów okręgowych powtórzyć należy, iż „(...) odesłanie z art. 184 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (po nowelizacji art. 185 ust. 7 tej ustawy) ma charakter szczególny, wyjątkowy i w pierwszej kolejności należy stosować przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, na co wskazuje zawarty w art. 184 ust. 6 tej ustawy (po nowelizacji art. 185 ust. 7 tej ustawy) zwrot: *„jeżeli ustawa nie stanowi inaczej.”* Z tego względu odesłanie to winno być interpretowane i stosowane ściśle. Konkluzja ta prowadzi do

wniosku, że brak regulacji dotyczących pełnomocnictwa w przepisach kodeksu postępowania cywilnego, do których odsyła przepis art. 184 ust. 6 tej ustawy (po nowelizacji art. 185 ust. 7 tej ustawy), skutkuje tym, że poszukując regulacji dotyczących tej kwestii należy powrócić na grunt ustawy Prawo zamówień publicznych, nie zaś - za pośrednictwem przepisu art. 13 § 2 k.p.c. - przechodzić do innych przepisów kodeksu postępowania cywilnego aniżeli te wskazane w odesłaniu ustawowym z art. 184 ust. 6 tej ustawy (po nowelizacji art. 185 ust. 7 tej ustawy)” – tak stanowisko Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim (sygn. akt: VII Ga 36/09, niepubl.).

Odpowiednie stosowanie przepisów dotyczących przetargu ograniczonego w ustawie o systemie tachografów określa obszar odesłania przez ustawodawcę do przepisów ustawy Pzp. Obszar ten ograniczono jedynie do wskazania jednego z trybów dopuszczalnych przez ustawę Pzp. Gdyby przyjąć inne rozumienie tegoż odesłania, regulacja w art. 18 ust. 1 ustawy o systemie tachografów cyfrowych nie miałaby racji bytu. Zauważyć należy bowiem, że do wyboru podmiotu wydającego karty zobowiązany jest organ administracji publicznej bezwzględnie zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp w każdym przypadku związanym z gospodarowaniem środkami o charakterze publicznym. Jednakże ustawodawca w ustawie o charakterze szczególnym w stosunku do Pzp zobowiązał podmiot administracji publicznej do odpowiedniego stosowania przepisów ustawy w pewnym zakresie, którą w innych przypadkach podmiot zobowiązany jest stosować bez żadnych ograniczeń. Zatem wskazanie na konieczność odpowiedniego stosowania przepisów ustawy Pzp w odniesieniu jedynie do przetargu ograniczonego miało na celu wyłączenie stosowania innych przepisów ustawy Pzp niż te o przetargu ograniczonym do wyboru podmiotu wydającego karty. Gdyby przyjąć odmiennie, wyłączenie nie byłoby konieczne, a Zamawiający zobowiązany byłby do stosowania Pzp w całym zakresie lub wyłączenie określono by jako możliwość zastosowania tylko jednego określonego trybu (np. *Do wyboru podmiotu stosuje się przetarg ograniczony w uregulowany w ustawie Prawo Zamówień Publicznych*). Sam Odwołujący na posiedzeniu przed Izłą wskazywał, że zwrot „odpowiednie stosowanie” rozumieć można jako „konieczność uwzględnienia zachodzących różnic. Z przepisu ustawy wynika które przepisy się stosuje, których się nie stosuje, a które stosuje się z uwzględnieniem specyfiki”. Może więc dojść do sytuacji, kiedy odpowiednio pewne regulacje nie będą stosowane.

Nie sposób nie zauważyć, że ustawodawca w sytuacji kiedy zobowiązuje określone podmioty do stosowania ustawy Pzp w całości posługuje się odmiennym odesłaniem, czego przykładem może być art. 6g ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, gdzie zaznaczono, że do przetargów, o których mowa w art. 6d ust. 1, w zakresie nieuregulowanym w niniejszej ustawie stosuje się ustawę z dnia 29

stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. W takiej sytuacji podmioty zobowiązane są do stosowania wszystkich przepisów ustawy Pzp z uwzględnieniem okoliczności szczególnych wynikających z ustawy odsyłającej. W przedmiotowej sprawie jednak odesłanie ustawowe ma charakter zawężający do jednego z trybów ustawy Pzp, nie zaś do jej innych uregulowań.

Argumentację powyższą potwierdza choćby orzeczenie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 6 lutego 2012 roku (sygn. akt II SA/Wa 2096/2011), w którym stwierdzono, że *„Odpowiednie stosowanie przepisów k.p.a. oznacza, że jedne przepisy Kodeksu będą stosowane wprost, bez żadnych modyfikacji, a niektóre – z dostosowaniem do charakteru rozpoznawanej sprawy. Ustawodawca, odsyłając do odpowiedniego stosowania k.p.a., zwraca uwagę, że decyzje organów uczelni nie są takimi samymi aktami, jak decyzje podejmowane przez organy administracji publicznej. Nakaz odpowiedniego stosowania k.p.a. należy rozumieć w ten sposób, iż wszystkie gwarancje, jakie przysługują adresatowi decyzji administracyjnej na podstawie Kodeksu, winny mieć także zastosowanie do decyzji organu uczelni, chyba że szczególne cechy sprawy wprost to uniemożliwiają - patrz wyrok NSA z dnia 6 sierpnia 2010 r., sygn. akt I OSK 673/10 (publik. LEX nr 612172)”. Sprawa ta dotyczyła zagadnienia interpretacji treści przepisu art. 207 § 1 ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym (Dz. U. Nr 164, poz. 1365 ze zm.) w brzmieniu: „Do decyzji, o których mowa w art. 169 ust. 7 i 8, decyzji podjętych przez organy uczelni w indywidualnych sprawach studentów i doktorantów, a także w sprawach nadzoru nad działalnością uczelnianych organizacji studenckich oraz samorządu studenckiego, stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071, z późn. zm.) oraz przepisy o zaskarżaniu decyzji do sądu administracyjnego”. Gdyby ustawodawca chciał, aby z ustawy o systemie tachografów cyfrowych wynikało, że ustawę Pzp stosuje się w całości z możliwością wykorzystania tylko jednego z trybów tej ustawy, to w taki sposób skonstruowałby odesłanie. Tymczasem z art. 18 ustawy stc wynika odmiennie, iż stosuje się tylko tę część ustawy Pzp, która dotyczy przetargu ograniczonego.*

Dalej zauważyć należy, iż obowiązku stosowania ustawy Pzp nie można wywodzić z pouczenia o możliwości wnoszenia środków ochrony prawnej, zamieszczonego przez Zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu. Błędne pouczenie wykonawców w tym zakresie nie rodzi po ich stronie uprawnień do wnoszenia środków ochrony prawnej przewidzianych dla postępowań, w których stosowanie przepisów ustawy Pzp jest obligatoryjne. Brak możliwości stosowania ustawy Pzp skutkuje również brakiem możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w tej ustawie, co potwierdziło orzecznictwo przywołane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Choć dotyczy

ono w dużej mierze zamówień sektorowych, to teza ta niewątpliwie pozostaje aktualna w przedmiotowej sprawie.

Bez wpływu także na ocenę prawidłowości obecnie prowadzonego postępowania i prawidłowości stosowania ustawy Pzp pozostaje uprzednio przeprowadzone w 2012 roku postępowanie. Owo postępowanie nie jest i nie może być przedmiotem zainteresowania składu orzekającego Izby wyznaczonego do rozpoznania niniejszej sprawy.

Co do argumentacji Odwołującego związanej z treścią art. 128 ust. 7 ustawy Pzp w brzmieniu z roku 2007, to zauważyć należy, że odesłanie znajdowało się w obrębie jednego aktu prawnego, tj. ustawy Pzp. Przepisy dotyczące udzielania zamówień przez koncesjonariuszy robót budowlanych (Rozdział 4) miały szczególny charakter. Odnosiły się bowiem do trybu, który nie był trybem zwykłym, ale szczególnym, gdyż został umiejscowiony w dziale III regulującym przepisy szczególne, podobnie jak zasady prowadzenia konkursu, zawierania umowy ramowej, czy też zamówienia sektorowe. Tak więc odesłanie w takim brzmieniu było konieczne do określenia, jaki zakres ustawy Pzp stosuje się w sytuacji trybów szczególnych. Kwestia środków ochrony prawnej regulowana była, jak i jest obecnie w ramach Działu VI. Istotna dla rozpatrywanego zagadnienia jest okoliczność tego rodzaju, że art. 179 ust. 1 ustawy Pzp umiejscowiony został w ramach rozdziału 1, co oznacza, że miał, jak i ma teraz charakter przepisów wspólnych dla całej ustawy Pzp. W konsekwencji, gdy stwierdza, że środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, to odnosi się także do wykonawcy, takiego jak koncesjonariusz. Aktualnie podobne odesłanie jak podnoszone przez Odwołującego znajduje się w art. 99 ustawy Pzp i dotyczy zawierania umów ramowych.

Izba nie podzieliła rozważań Zamawiającego związanych z nieodpłatnym charakterem umowy, która wiązała będzie Zamawiającego i podmiot zobowiązany do wydawania kart. O ile niewątpliwie regulacje ustawy Pzp stosuje się do umów odpłatnych, to pojęcie odpłatności umowy, ekwiwalentności świadczeń w ocenie składu orzekającego Izby rozumieć należy w sposób szeroki. Za taką ekwiwalentność (wymianę) świadczeń uznać można uzyskiwanie przychodu z tytułu otrzymywanych od podmiotów trzecich opłaty za kartę. Tym niemniej nie uznanie tej argumentacji nie wpływało na decyzję składu orzekającego Izby o odrzuceniu odwołania.

Reasumując, należało uznać, że w sprawie nie znajdują zastosowania przepisy ustawy. Konsekwencją takiego stanu jest konieczność odrzucenia odwołania.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnej części nie miało charakteru merytorycznego rozstrzygnięcia przedmiotu sporu, a odnosiło się do zbadania formalnych przesłanek skuteczności złożonego środka ochrony prawnej, zatem musiało przybrać postać postanowienia.

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym. W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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). W myśl powołanych przepisów, a także zgodnie z poglądem jednolicie prezentowanym w orzecznictwie tak Izby, jak i Sądów Okręgowych, w przypadku odrzucenia odwołania Odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp (por. przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 22 listopada 2012 r., sygn. akt XII Ga 517/11).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....