



PIERÓG
& Partnerzy

Na zgłaszane przez Państwa pytania, wątpliwości bądź sygnalizowane niejasności przepisów, odpowiadają prawnicy specjalizujący się w problematyce zamówień publicznych z Kancelarii Pieróg & Partnerzy, która sprawuje merytoryczny patronat nad tą rubryką.

**Dzisiaj na pytania Czytelników odpowiada
Jakub Mokrzycki, aplikant radcowski z Kancelarii Prawnej
Pieróg & Partnerzy.**



Prawnik podpowiada

COFNIĘCIE ODWOŁANIA

Często bierzemy udział w przetargach, w których termin udzielenia odpowiedzi na pytania wykonawców jest dłuższy niż na wniesienie odwołania. Rozwiązania przyjmowane w wielu opisach przedmiotu zamówienia, pozbawiają nas możliwości udziału w postępowaniu. Z uwagi na fakt, że nie dysponujemy środkami finansowymi na poniesienie pełnych kosztów postępowania odwoławczego, chcielibyśmy zapytać, czy cofnięcie odwołania zawsze pozwoli na ograniczenie naszych kosztów do 10% wpisu? Czy KIO, po cofnięciu może odmówić nam zwrotu 90% wpisu?

Udzielając odpowiedzi na powyższe pytanie wskazać należy, iż podstawowym przepisem dotyczącym rozstrzygnięcia o kosztach, przy cofnięciu odwołania, jest art. 187 Pzp. Tak, jak słusznie wskazano w pytaniu, w przypadku cofnięcia odwoła-

nia, wnoszącemu zwraca się 90% kwoty wpisu. Nastąpi to jednak wyłącznie wtedy, gdy cofnięcie odwołania dokonane będzie przed otwarciem rozprawy. O formalnym otwarciu rozprawy informuje strony przewodniczący. Zwrócić należy jednak uwagę, że następuje to na dość wczesnym etapie postępowania, a zatem decydując się na cofnięcie odwołania „w ostatniej chwili” trzeba wykazać czujność podczas posiedzenia.

Pzp nie reguluje jednak wszystkich istotnych zagadnień związanych z kosztami w przypadku cofnięcia odwołania. Z praktycznego punktu widzenia, szczególnie istotny jest § 5 ust. 1 pkt 3) lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. Zgodnie z tym przepisem, od odwołującego na rzecz zamawiającego (wnoszącego sprzeciw) zasądza się uzasadnione koszty, jeżeli odwołanie zostało cofnięte na mniej niż 1 dzień przed dniem, na który wy-

znaczono termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron (i uczestników). Wspomnianymi uzasadnionymi kosztami są, w szczególności, koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę (posiedzenie) Izby, a także wynagrodzenie pełnomocników (nie wyższe jednak niż 3.600 zł., niezależnie od ich liczby). Dla zachowania powyższego terminu, konieczne będzie, aby oświadczenie o cofnięciu odwołania dotarło do KIO z odpowiednim wyprzedzeniem.

Rozważając kwestię cofnięcia odwołania należy zwrócić uwagę na jeszcze jedno „zagrożenie”. Art. 189 ust. 2 Pzp wskazuje podstawy odrzucenia odwołania. W przypadku stwierdzenia ich wystąpienia, skład orzekający może odrzucić odwołanie, na posiedzeniu. W takim przypadku termin rozprawy nie zostanie wyznaczony. Co więcej, strony nie są informowane (co do zasady) o terminie takiego posiedzenia, ani nawet o fakcie jego zaplanowania (tzw. posiedzenia niejawne). Tym samym, odwołujący zwykle dowie się o tym, że rozprawa nie zostanie wyznaczona, dopiero wraz z otrzymaniem postanowienia o odrzuceniu odwołania.

W takim przypadku, praktyką KIO jest zaliczanie na poczet kosztów postępowania całości uiszczanego wpisu (tzn. nie dokonuje się jego zwrotu, nawet w części). Co więcej, § 5 ust. 1 pkt 3) lit. a powoływanego wcześniej rozporządzenia w sprawie pobierania wpisu, przewiduje orzeczenie obowiązku zwrotu uzasadnionych kosztów na rzecz zamawiającego (o ile takie koszty powstały pomimo nieprzeprowadzenia rozprawy).

Podsumowując, co do zasady cofnięcie odwołania na co najmniej 1 dzień przed dniem, na który wyznaczono termin rozprawy, powoduje przyznanie odwołującemu zwrotu 90% wpisu. Dodatkowo nie zostanie on obciążony kosztami poniesionymi przez stronę przeciwną. Przepisy, w tym zakresie, nie pozostawiają swobody składowi orzekającemu. Zasady te nie znajdują jednak zastosowania w przypadku, gdy odwołanie zostanie odrzucone przed jego skutecznym cofnięciem.

WYŁĄCZENIE OBOWIĄZKU STOSOWANIA PRZEPISÓW PZP

Planujemy udzielenie zamówienia, którego przedmiotem będzie wynajem sali konferencyjnej. Czy w takim przypadku możemy powołać się na wyłączenie obowiązku stosowania Pzp, na podstawie art. 4 pkt 3 lit. i tej ustawy? Czy przepis ten dotyczy tylko zakupu nieruchomości? Szacunkowa wartość zamówienia znacząco przekracza kwotę 30 000 euro.

Art. 4 pkt 3 lit. i Pzp stanowi, że jej przepisów nie stosuje się do nabycie własności lub innych praw do istniejących budynków lub nieruchomości. Zakładając, iż sala konferencyjna została już wybudowana (tzn. *istnieje*), rozważyć należy czy zachodzą pozostałe z wymienionych w przepisie przesłanki.

Zadający pytanie posługuje się terminem „wynajęcia” sali. Powyższa informacja jest jednak niewystarczająca do ustalenia jaki dokładnie rodzaj umowy zostanie zawarty (w szczególności czy będzie to umowa najmu w rozumieniu kodeksu cywilnego). Podkreślić należy jednak, że ustawa mówi o innych prawach do nieruchomości lub budynku. Do tego rodzaju praw zalicza się zarówno prawa rzeczowe (np. własność) jak i obligacyjne (najem, dzierżawa). Wykładnia taka znajduje również oparcie w art. 10 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE. Jakkolwiek nie można utożsamiać „najmu” w rozumieniu przepisów europejskich z kodeksową umową najmu, tak niewątpliwie celem ustawodawcy europejskiego było rozszerzenie stosowania przedmiotowego wyłączenia również na umowy obligacyjne.

Wspomniany przepis Pzp stanowi jedynie o budynkach oraz nieruchomościach. Pozostaje zatem do rozważenia, czy dotyczy on również poszczególnych pomieszczeń budynku. Stosując powszechnie uznane metody wykładni przyjąć należy, że jeżeli ustawa dopuszcza objęcie wyłączeniem całego budynku, tym bardziej można zastosować

wskazany wyjątek tylko do jego części (tzw. *argumentum a maiori ad minus*).

Należy jednak zastrzec, że możliwość skorzystania z wskazanego powyżej wyłączenia, w przypadku wynajmu sal, bywa niekiedy kwestionowana¹. Przeciwnicy dopuszczalności stosowania tego wyłączenia wskazują, iż wynajem może być świadczony przez różnych wykonawców, w przeciwieństwie do np. zakupu konkretnej nieruchomości. Taka wykładnia wydaje się jednak oparta w znacznym stopniu na subiektywnym przekonaniu o ogólnym celu przyświecającym ustawodawcy, nie zaś na treści analizowanego przepisu.

Przedstawiony opis planowanego zamówienia jest dosyć lakoniczny. Zwrócić należy jednak uwagę, że zwykle wynajęciu sali towarzyszą usługi dodatkowe (w szczególności związane z zapewnieniem posiłków, obsługi technicznej, transportu uczestników). W przypadku takim, udzielający zamówienia nie może zapomnieć o zakazie wynikającym z art. 5b ust. 1 Pzp. Przepis ten zabrania, w celu uniknięcia stosowania Pzp, łączenia zamówień, których odrębnie udzielane wymaga zastosowania różnych przepisów ustawy. Optymalnym rozwiązaniem byłoby zatem przeprowadzenie oddzielnego zamówienia na pozostałe usługi wiążące się z wynajmem sali.

W praktyce udostępniający sale często nie godzą się na obecności innych podmiotów oferujących, *de facto*, konkurencyjne usługi. Stąd też w praktyce często jedynym wyjściem jest udzielenie zamówienia na usługę organizacji konferencji i w ramach tej usługi wykonawca zapewnia salę, catering, nagłośnienie, usługi hostess itp.

Mając na uwadze powyższe przyjąć należy, że jedynie do stricte wynajmu sali (np. konferencyjnej) nie stosuje się przepisów Pzp. Wyłączenie to nie dotyczy jednak innych usług towarzyszących.

PROPORCJONALNOŚĆ WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

Planujemy wziąć udział w ogłoszonym przetargu. Liczba produktów które mamy dostar-

czyć jest bardzo duża, ale przekazywane mają być równomiernie przez 4 lata. Jednocześnie warunkiem udziału jest posiadanie doświadczenia w postaci wykonania jednorazowej dostawy produktów (mniej więcej jednej trzeciej łącznie przewidzianej w zamówieniu) w terminie maksymalnym 28 dni od zawarcia umowy. Pomimo tego, że moglibyśmy zrealizować zamówienie zgodnie ze wzorem umowy, obecny warunek udziału z postępowania nas wyklucza. Podobne sytuacje zdarzały się nam w przeszłości, chcielibyśmy zatem się dowiedzieć, czy mielibyśmy szanse na zmianę warunku w KIO.

Zgodnie z art. 22 ust. 1a Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu sposób proporcjonalny. W orzecznictwie wskazuje się, że proporcjonalność oznacza, iż zamawiający powinien się ograniczyć do wymagań minimalnych – gwarantujących jednakże osiągnięcie pełnych celów prowadzonego postępowania. Opis warunków udziału w postępowaniu, zależy od rodzaju zamówienia, stopnia jego złożoności i rozmiaru, zakresu wiadomości i umiejętności specjalnych². Niewątpliwie zatem nie będzie dopuszczalne formułowanie warunków udziału „przewyższających” wielkość (wartość) przedmiotu zamówienia.

Istotną cechą opisanego zamówienia jest stosunkowo długi czas realizacji. Zadający pytanie wskazuje również, iż same dostawy będą sukcesywnie i równomiernie realizowane przez dłuższy okres czasu. Jednocześnie wymaga się doświadczenia w postaci wykonania jednorazowej dostawy. Wydaje się zatem, że zamawiający, formułując warunek udziału pominą zagadnienia związane z jego faktyczną realizacją. Wskazać bowiem należy, że badania proporcjonalności warunku udziału nie można ograniczyć jedynie do porównania liczby

¹ Tak wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 16 czerwca 2016 r., sygn. akt 4663/15.

² Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 listopada 2013 r., sygn. KIO 2516/13.

zamawianych produktów z liczbą określoną w warunkach udziału. Bardzo istotny jest również sposób realizacji dostawy będącej przedmiotem zamówienia.

Dla przykładu, w produkcji istotne jest ile danych towarów można wyprodukować w danej jednostce czasu. Warunek udziału, który wskazuje ograniczenia czasowe w zakresie wymaganego doświadczenia, powinien zatem korespondować z warunkami przeszłej umowy zamawiającego z wykonawcą.

Taka wykładnia znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie – Izba dokonując oceny merytorycznej zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów i żądań na wstępie poddała ocenie sposób realizacji przedmiotu zamówienia objętego tym postępowaniem. (...) Pomimo iż zamówienie to jest zamówieniem o znacznej wartości i postawione warunki udziału w porównaniu z wartością i złożonością zamówienia wydają się zasadne, to jednak w skonfrontowaniu ze sposobem jego realizacji po części, zdaniem Izby są zbyt wygórowane, nieproporcjonalne, ograniczające krąg wykonawców mogących złożyć ofertę³.

Odpowiadając na zadane pytanie, sformułowany warunek udziału wydaje się nieproporcjonalny do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Jednakże, bez szczegółowej analizy całości dokumentacji postępowania, trudno jest rzetelnie ocenić możliwość uwzględnienia odwołania przez KIO. Możliwe jest bowiem, że istotne postanowienia przyszłej umowy zawierają rozwiązania uzasadniające sformułowanie warunków udziału w obecnym brzmieniu.

³ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 maja 2018 r. sygn. KIO 829/18.

**Pytania, z dopiskiem
„Prawnik podpowiada”,
prosimy kierować
na adres:
redakcja@publicus.pl**

*To miejsce czeka na
Twoją reklamę!
Zadzwoń, napisz!*

tel. (22) 610 10 99
e-mail: redakcja@zpdoradca.pl

*To miejsce czeka na
Twoją reklamę!
Zadzwoń, napisz!*

tel. (22) 610 10 99
e-mail: redakcja@zpdoradca.pl