

Sygn. akt VI ACa 965/11

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 stycznia 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący Sędzia SA– Agata Zając (spr.)

Sędzia SA– Krzysztof Tucharz

Sędzia SO del.– Beata Waś

Protokolant– sekr. sąd. Edyta Kaczmarek- Kępińska

po rozpoznaniu w dniu 24 stycznia 2012 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

przeciwko Powiatowi (...) w N. i (...) Sp. z o.o. w M.

o stwierdzenie nieważności umowy

na skutek apelacji pozwanych

od wyroku Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie

z dnia 21 kwietnia 2011 r.

sygn. akt III C 1161/09

1. oddała obie apelacje,

2. zasądza od Powiatu (...) w N. i (...) Sp. z o.o. w M. solidarnie na rzecz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kwotę 2700 zł (dwa tysiące siedemset złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI A Ca 965/11

## UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 7 września 2009 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wniósł o stwierdzenie nieważności umowy zawartej przez Powiat (...) z (...) sp. z o.o. w M. w dniu 29 maja 2008 r. na dostawę samochodu osobowego marki T. (...), na podstawie art. 146 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy prawo zamówień publicznych (dalej „pzp”). Powód wskazał, że pozwany – Powiat (...) w N., we wszczętym w dniu 8 maja 2008 r. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę fabrycznie nowego samochodu osobowego klasy średniej bez pakietów ubezpieczeniowych, określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”) minimalne parametry techniczne, które powinien spełniać łącznie zaoferowany samochód naruszając art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych, gdyż przedmiot postępowania został opisany w sposób utrudniający, a de facto uniemożliwiający uczciwą konkurencję, bowiem jedynym autem klasy średniej spełniającym jednocześnie wszystkie założone przez zamawiającego minimalne parametry techniczne był pojazd marki T. model(...)wersja (...)

Pozwany (...) sp. z o.o. z siedzibą w M. wniósł o oddalenie powództwa podnosząc, że:

- w związku z wejściem w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. zmieniającej z dniem 29 stycznia 2010 r. m.in. przepisy art. 146 pzp powód utracił uprawnienie do występowania z niniejszym powództwem

- powód nie wskazał, które wymagania postawione w siwz skutkowały uznaniem, że warunki te spełniał tylko jeden konkretny model samochodu klasy średniej

- opinia prywatna złożona przez powoda opierała się tylko na analizie (...) rynku samochodowego, a tymczasem nie było przeciwwskazań, aby dostawy podjął się podmiot z innej miejscowości

- zamawiający ma prawo formułować siwz zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami, za zbyt liczny można uznać jedynie wymóg dotyczący wyposażenia pojazdu w odtwarzacz MP3, natomiast takie elementy jak czujnik zmierzchu, poduszka kolanowa, kierunkowskazy w lusterkach, systemy EBD oraz system stabilizacji toru jazdy zwiększają przede wszystkim bezpieczeństwo jazdy

- siwz nie była kwestionowana przez ewentualnych innych dostawców.

Pozwany Powiat (...) wniósł o oddalenie powództwa wskazując, że:

- wymagania stawiane przez zamawiającego precyzują tylko warunki minimalne w zakresie bezpieczeństwa przewożonych osób lub walory użytkowe auta,

- brak możliwości składania ofert wariantowych służył wykluczeniu możliwości zastąpienia samochodu osobowego będącego przedmiotem przetargu „traktorem czy amfibią tylko dlatego, że te pojazdy także poruszają się na kołach i mają silniki jako jednostki napędowe”,

- strona z ogłoszeniami o przetargu została odwiedzona przez około 70 zainteresowanych i nikt nie wniósł protestu ani pytania.

Wyrokiem z dnia 21 kwietnia 2011 r. Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie stwierdził nieważność umowy Nr (...) zawartej w dniu 29 maja 2008 r. na dostawę samochodu osobowego marki T. (...) pomiędzy Powiatem (...) a (...) sp. z o.o., zasądził od pozwanych solidarnie na rzecz powoda 3600 zł tytułem zwrotu kosztów procesu i nakazał pobranie od pozwanych na rzecz SP kwoty 4 835 zł tytułem brakującej opłaty.

Sąd Okręgowy swoje rozstrzygnięcie oparł na następujących ustaleniach faktycznych:

W dniu 8 maja 2008 r. Powiat (...) wszczął postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego na dostawę fabrycznie nowego samochodu osobowego klasy średniej bez pakietów ubezpieczeniowych, określając w siwz minimalne parametry techniczne, które zaferowany samochód powinien spełniać łącznie, tj.:

- model rok produkcji 2008 lub 2007

- nadwozie typu kombi dł. sze. wys. nie mniej niż 4700, 1700, 1500 mm

- pojemność bagażnika nie mniej niż 500 l, a z rozłożonymi tylnymi oparciami nie mniej niż 1500 l

- ilość miejsc nie mniej niż 5

- ilość drzwi 5

- lakier w kolorze ciemnym (zielony, granatowy, grafitowy)

- silnik diesel, pojemność nie mniej niż 1950 cm<sup>3</sup>, moc nie mniej niż 125 KM

- skrzynia biegów 6 – biegowa, manualna

- rodzaj paliwa olej napędowy, średnie zużycie w cyklu mieszanym nie więcej niż 5,8 l/100 km

- wyposażenie obejmujące przednie i boczne poduszki powietrzne dla kierowcy i pasażera, poduszka kolanowa kierowcy, podwójne kurtyny powietrzne, ABS + EBD, system kontroli trakcji, system stabilizacji toru jazdy, podłokietniki przedni i tylny, składane i dzielone oparcie tylnej kanapy, elektrycznie regulowane lusterka i szyby przednie, elektryczne szyby tylne, składane i podgrzewane lusterka zewnętrzne, kierunkowskazy w lusterkach zewnętrznych, przyciemniane tylne szyby, lampy przeciwmgielne przednie, czujniki deszczu i zmierzchu, wspomaganie kierownicy, kolumna kierownicy regulowana w dwóch płaszczyznach, skórzana kierownica, klimatyzacja automatyczna, komputer pokładowy, centralny zamek zdalnie sterowany, alarm (zabezpieczenie antykradzieżowe), radio z CD + MP3 + głośniki, sterowanie radiem przy kierownicy, koła 205/55 R 16 oraz aluminiowe felgi, komplet opon zimowych, gwarancja nie mniej niż 2 lata na silnik i podzespoły, na lakier nie mniej niż 3 lata, na perforację podwozia nie mniej niż 10 lat, serwis w odległości nie większej niż 50 km od siedziby zamawiającego. Zamawiający nie dopuścił możliwości złożenia ofert częściowych ani wariantowych.

W postępowaniu wpłynęła jedna oferta złożona przez pozwaną spółkę (...) sp. z o.o. na dostawę samochodu T. (...) za cenę 96 700 zł. W dniu 29 maja 2008 r. między pozwanymi została zawarta umowa nr (...) na sprzedaż i dostawę samochodu osobowego klasy średniej marki T. (...) wraz z wyposażeniem zgodnym z formularzem specyfikacji technicznej.

Na zlecenie powoda została sporządzona ekspertyza rzeczoznawcy ze (...) M. M., w której na podstawie uzyskanych informacji z salonów sprzedaży samochodów w W. stwierdzono, że jedynym autem marki średniej które spełnia założone minimalne parametry techniczne jest T. model (...) wersja (...).

Powyższa opinia była podstawą uchwały Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 24 lutego 2009 r. nie uwzględniającej zastrzeżeń zamawiającego do zaleceń pokontrolnych wydanych przez powoda w wyniku przeprowadzenia kontroli doraźnej.

Sąd Okręgowy dopuścił dowód z opinii biegłego z zakresu techniki samochodowej na okoliczność: czy opis przedmiotu zamówienia w zakresie parametrów technicznych wskazuje na więcej niż jeden dostępny na rynku pojazd w tym roku produkcji 2008 lub 2007, jeśli tak to jakie występujące na rynku pojazdy odpowiadały wskazanym w opisie przedmiotu zamówienia w tym wymaganym parametrom technicznym.

W sporządzonej opinii biegły A. K. wskazał, że - poza T. (...) - inne samochody w dużo mniejszym stopniu odpowiadały wskazanym w opisie przedmiotu zamówienia wymaganym parametrom technicznym.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał, że dokonany przez pozwanego Powiat (...) opis przedmiotu zamówienia w zakresie parametrów technicznych nie wskazuje na więcej niż jeden dostępny na rynku pojazd wyprodukowany w rok 2008 lub 2007.

Sąd Okręgowy wskazał, że podstawa prawną roszczenia powoda jest art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zaś z dniem wejścia w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2010 r. zmieniającej ustawę prawo zamówień publicznych powód nie stracił uprawnień do wystąpienia z niniejszym żądaniem wobec treści art. 168 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych.

Sąd Okręgowy stwierdził, że do oceny ważności kwestionowanej umowy mają zastosowanie przepisy ustawy prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie zawarcia umowy, z uwagi na treść art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 2 grudnia 2010 r. zmieniającej ustawę prawo zamówień publicznych.

Ustalony stan faktyczny wskazuje w ocenie Sądu Okręgowego, że pozwany Powiat (...), obowiązany do stosowania przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, udzielił zamówienia publicznego na dostawę samochodu osobowego

z naruszeniem art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 tej ustawy, opisując przedmiot zamówienia w sposób, który naruszał zasadę uczciwej konkurencji.

Wskazane przez zamawiającego w SIWZ parametry techniczne spełniał łącznie bowiem tylko jeden pojazd i z tego powodu do przetargu zgłosił się tylko jeden dostawca.

Odnosząc się do opinii biegłego A. K. Sąd Okręgowy wskazał, iż nie zachodziła potrzeba składania przez biegłego ustnych wyjaśnień, gdyż sporządzona przez niego opinia nie budziła wątpliwości. W swojej opinii biegły wskazał bowiem, że samochody dwu marek nie spełniały 4 z wymagań określonych specyfikacją, zaś pojazdy pozostałych marek w znacznie większym stopniu od tych wymagań odbiegały. Jedynie pojazd zaoferowany przez pozwanego spełniał prawie wszystkie wymagania zamawiającego, z wyjątkiem alarmu, jednak taka instalacja nie jest kosztowna i problemowa do instalacji. Sąd Okręgowy wskazał, że wprowadzić nie można wykluczyć możliwości dokonania w modelach innych marek montażu elementów czy podzespołów spełniających wymagania SIWZ, należy jednak wziąć pod uwagę koszt takiego montażu i jego opłacalność przy jednostkowym zamówieniu, jak i krótki czas między opublikowaniem ogłoszenia o zamówieniu – 8 maja a zamknięciem ofert – 19 maja 2008 r., także terminem realizacji zamówienia do 30 czerwca 2008 r. W ocenie Sądu Okręgowego nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy podnoszone przez pozwanych kwestie, iż parametry techniczne określone w specyfikacji podnosiły na wyższy poziom bezpieczeństwo jazdy kierowcy i pasażerów, ekonomię eksploatacji pojazdu i jego funkcjonalność, skoro sposób opisu przedmiotu zamówienia wskazuje na jeden pojazd dostarczany przez jednego dostawcę. Sąd Okręgowy wskazał też, że zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego przedmiotu nie odpowiadającego jego potrzebom zarówno co do jakości i funkcjonalności, jak i warunków bezpieczeństwa, nakazuje jednak dopuszczenie konkurencji między dostawcami mogącymi spełnić postawione wymagania i nie pozwala na użycie w opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń czy parametrów wskazujących konkretnego dostawcę lub konkretny produkt. W ocenie Sądu Okręgowego nie wszystkie elementy wyposażenia pojazdu wymienione w specyfikacji wpływały na bezpieczeństwo i ekonomię jazdy – np. radio z CD+MP3+głośniki, sterowanie radiem przy kierownicy, przyciemniane tylne szyby, skórzana kierownica.

Uznając, że tylko jeden samochód odpowiadał prawie wszystkim (poza alarmem) warunkom SIWZ i niemożliwe było złożenie oferty przez innego dostawcę lub co do innego pojazdu, Sąd Okręgowy stwierdził, że zawarta przez pozwanych umowa jest bezwzględnie nieważna z mocy art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia umowy.

Apelacje od wyroku Sądu Okręgowego wnieśli obaj pozwani.

Pozwany Powiat (...) zaskarżył wyrok w całości zarzucając:

- przyjęcie za podstawę rozstrzygnięcia błędnych ustaleń faktycznych (inne parametry techniczne przyjęte do oceny badanych aut niż były ustalone w SIWZ) nie mających oparcia w zebranych materiale dowodowym i dokumentacji postępowania na skutek naruszenia przepisów (art. 227 i 233 k.p.c.) oraz zasad postępowania (równości stron) co miało istotny wpływ na wynik sprawy

- naruszenie prawa materialnego, tj. art. 7 i 29 ust. 2 prawa zamówień publicznych przez błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu za prawdziwą i udowodnioną tezę, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia w przetargu ogłoszonym przez skarżącego swoją treścią wskazuje tylko na jeden model samochodu i jest nim T. (...).

Wskazując na powyższe pozwany wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i zasądzenie kosztów postępowania, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Pozwany(...) sp. z o.o. zaskarżył wyrok w całości, zarzucając:

- naruszenie art. 286 k.p.c., art. 217 § 1 i 2 k.p.c., art. 232 zd. 1 i 2 k.p.c., art. 227 k.p.c. oraz art. 241 k.p.c. poprzez bezzasadne oddalenie wniosków pozwanego o uzupełnienie pisemnej opinii biegłego A. K.,

- naruszenie art. 233 § 1 w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. przez dowolne ustalenie, że poza modelem samochodu stanowiącej przedmiot umowy wskazanej w wyroku, modyfikacja dostępnych na rynku modeli samochodów z roczników 2007 lub 2008 tak, aby spełniały one kryteria specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządzonej przez zamawiającego nastręczałyby trudności uniemożliwiające dostarczenie przedmiotu zamówienia w terminie zakreślonym w SIWZ

wnosząc na tej podstawie o uchylenie zaskarżonego wyroku do ponownego rozpoznania.

Na wypadek nie uwzględnienia wskazanych wyżej zarzutów dotyczących uchybień procesowych skarżący zarzucił także:

- naruszenie art. 168 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym do dnia 28 stycznia 2010 r. w zw. z art. 316 § 1 k.p.c. przez ich błędną interpretację, prowadzącą do ustalenia, iż powodowi przysługuje w niniejszej sprawie legitymacja procesowa do wystąpienia z powództwem o stwierdzenie nieważności umowy, pomimo iż przepis art. 168 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w chwili zamknięcia rozprawy dawał powodowi jedynie uprawnienie do wystąpienia z powództwem o unieważnienie umowy;

- naruszenie art. 168 pkt 3 oraz art. 144a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym od dnia 29 stycznia 2010 r. w zw. z art. 316 § 1 k.p.c. przez ich błędną interpretację prowadzącą do ustalenia, iż powodowi przysługuje w niniejszej sprawie legitymacja procesowa do wystąpienia z powództwem o stwierdzenie nieważności umowy, pomimo iż przepis art. 168 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w chwili zamknięcia rozprawy dawał powodowi jedynie uprawnienie do wystąpienia z powództwem o unieważnienie umowy

wnosząc na tej podstawie o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości, wraz z zasądzeniem na rzecz skarżącego kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje.

Powód wniósł o oddalenie obu apelacji z zasądzeniem kosztów postępowania apelacyjnego.

### ***Sąd Apelacyjny zważył co następuje:***

Apelacje obu pozwanych nie zasługują na uwzględnienie.

W pierwszym rzędzie konieczne jest w ocenie Sądu Apelacyjnego odniesienie się do najdalej idących zarzutów podniesionych w apelacji jednego z pozwanych, tj. zarzutu braku legitymacji czynnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia z żądaniem stwierdzenia nieważności zawartej przez pozwanych umowy.

Niewątpliwie do oceny ważności przedmiotowej umowy, zawartej w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w wyniku którego umowa została zawarta, a więc przepisy obowiązujące przed dniem wejścia w życie zmian wprowadzonych ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych i niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223 poz. 1778). Wynika to wprost z art. 6 ust. 1 powyższej ustawy.

Przepisy art. 146 ust. 1 prawa zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym do dnia 29 stycznia 2010 r. wprowadzały sankcję bezwzględnej nieważności umowy m.in. w sytuacji, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania, jednoznacznie określając w ust. 2 uprawnienie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu o stwierdzenie nieważności takiej umowy.

Podstawą prawną powództwa z jakim Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił w niniejszej sprawie były więc przepisy art. 189 k.p.c. w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 i ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych, przy czym z uwagi na wynikającą wprost z ustawy legitymację czynną Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie miał obowiązku wykazywania interesu prawnego w żądaniu stwierdzenia nieważności umowy.

Nowelizacja ustawy prawo zamówień publicznych wprowadzona ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. radykalnie zmieniła przepisy określające skutki naruszenia przepisów ustawy w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odchodząc od sankcji nieważności bezwzględnej umowy zawartej w wyniku wadliwie przeprowadzonego postępowania na rzecz sankcji nieważności względnej. Zgodnie bowiem z art. 146 ust. 1 pzp w brzmieniu obowiązującym od 29 stycznia 2010 r. umowa podlega unieważnieniu w razie zaistnienia enumeratywnie wymienionych przypadków naruszenia ustawy, z wyjątkami wymienionymi w ust. 2 art. 146, a jednocześnie w ust. 4 art. 146 wyłączona została możliwość żądania stwierdzenia nieważności umowy na podstawie art. 189 k.p.c. Do unieważnienia umowy zasadniczo uprawniona jest zgodnie z art. 192 ust. 3 pzp Krajowa Izba Odwoławcza w ramach rozpoznawania odwołania wniesionego przez wykonawcę lub sąd okręgowy rozpoznający skargę od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej.

Niezależnie od powyższego szereg przepisów ustawy – art. 144a, art. 146 ust. 6 czy art. 168 ust. 3 przyznaje prawo wystąpienia do sądu z żądaniem unieważnienia umowy zawartej z naruszeniem przepisów ustawy prawo zamówień publicznych Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych.

Biorąc pod uwagę charakter zmian wprowadzonych ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. oraz treść art. 6 tej ustawy nie ma w ocenie Sądu Apelacyjnego podstaw do uznania, że na skutek nowelizacji, która weszła w życie w dniu 29 stycznia 2010 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych utracił legitymację do popierania żądania stwierdzenia nieważności umowy zawartej przez pozwanych – umowa ta, przy wykazaniu iż w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miało miejsce naruszenie przepisów ustawy prawo zamówień publicznych mające wpływ na wynik postępowania, jest bowiem dotknięta sankcją nieważności bezwzględnej, zaś nieważność ta nie mogła być stwierdzona w ramach postępowania wywołanego wniesieniem środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie prawo zamówień publicznych, a jedynie w drodze odrębnego powództwa wytaczonego na podstawie art. 189 k.p.c., przy czym z żądaniem stwierdzenia nieważności mógł wystąpić każdy podmiot mający interes prawny w stwierdzeniu nieważności umowy oraz, z mocy przepisów szczególnych, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Skoro zatem do oceny ważności umowy zawartej przez pozwanych nie mają zastosowania przepisy ustawy prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym obecnie, z faktu zmiany przepisów upoważniających Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia z żądaniem stwierdzenia nieważności umowy na przepisy przyznające mu, jako jednemu podmiotowi, prawo do wystąpienia z żądaniem unieważnienia umowy zawartej w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do sądu, poza trybem związanym z korzystaniem ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie prawo zamówień publicznych, nie sposób wyprowadzić wniosku, że w dacie orzekania przez Sąd Okręgowy powód utracił legitymację czynną w sprawie niniejszej.

Dokonując wykładni przepisów art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych i niektórych innych ustaw należy więc stwierdzenie zawarte w tym przepisie „do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz zawartych w następstwie przeprowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy” odnieść nie tylko do przesłanek ważności tych umów i skutków naruszenia przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, ale także do trybu postępowania w sprawie stwierdzenia nieważności takich umów, w szczególności możliwości wystąpienia z powództwem na podstawie art. 189 k.p.c. przez osoby zainteresowane oraz przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Nie ulega bowiem wątpliwości, że do umów zawartych w wyniku postępowań wszczętych przed dniem wejścia w życie nowelizacji, tj. przed 29 stycznia 2010 r. nie będą miały zastosowania także znowelizowane przepisy ustawy określające tryb postępowania w sprawie żądania unieważnienia umowy – niezależnie od tego, czy umowa dotknięta sankcją nieważności bezwzględnej zostanie zawarta przed dniem 29 stycznia 2010 r., czy po tej dacie.

Za bezzasadne należy zatem w ocenie Sądu Apelacyjnego uznać podniesione przez skarżących zarzuty naruszenia art. 168 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym do 28 stycznia 2010 r. oraz art. 168 pkt 3 i art. 144a powyższej ustawy w brzmieniu obowiązującym od dnia 29 stycznia 2010 r. w związku z art. 316 § 1 k.p.c.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów obu apelacji, Sąd Apelacyjny przede wszystkim uznaje za prawidłowe i przyjmuje za własne ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd Okręgowy.

Dokonane przez Sąd Okręgowy ustalenia faktyczne znajdują bowiem pełne oparcie w zgromadzonych w toku postępowania dowodach.

Istotne znaczenie ma przede wszystkim treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia określająca przedmiot zamówienia i treść opinii biegłego z której jednoznacznie wynika, że tylko jedno auto dostępne na rynku w dacie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego spełniało wymagania określone specyfikacją. Drobne uchybienie Sądu Okręgowego w zakresie przytaczanego zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia opisu przedmiotu zamówienia dotyczące wskazania, że średnie zużycie paliwa ma być „nie mniejsze” niż 5,81 l/100 km, będące oczywistą omyłką, gdyż w treści SIWZ jednoznacznie wskazano, że zużycie paliwa ma być nie większe niż wskazana wartość, nie ma żadnego wpływu na treść wydanego orzeczenia.

Za bezzasadne Sąd Apelacyjny uznaje przede wszystkim zarzuty dotyczące opinii biegłego sądowego, zawarte w apelacjach obu pozwanych.

Należy wprawdzie zgodzić się ze stwierdzeniem, że biegły nie wskazał w swojej opinii, iż dane dotyczące wymiarów pojazdu, pojemności i mocy silnika czy okresu gwarancji są danymi opisanymi w SIWZ jako „nie mniej niż”, nie ma jednak podstaw do uznania, że dokładne przepisanie danych zawartych w SIWZ zmieniloby treść opinii biegłego. Biegły opisał bowiem w jakim zakresie pojazdy inne niż T. (...) (...) odbiegały od wymogów określonych specyfikacją; w szczególności dwa modele w największym stopniu odpowiadające wymogom określonym przez zamawiającego (spełniające 32 na 36 kryteriów), poza „nieidealnymi takimi wymiarami” nie mającymi wpływu na wskazaną przez biegłego ilość spełnionych kryteriów, nie posiadały: J. – Type (...) – poduszki kolanowej kierowcy, szyb tylnych przyciemnianych, MP3 oraz sterowania radiem przy kierownicy, zaś S(...) – poduszki kolanowej kierowcy, czujników deszczu i zmierzchu, alarmu oraz felg o rozmiarze 16”. Pozostałe wskazane modele na 36 cech określonych w SIWZ spełniały od 29 do 25, niezależnie od rozbieżności dotyczących wymiarów samochodu czy mocy silnika, w żadnym zaś wypadku nie wchodziło w grę nie spełnianie kryterium dotyczącego czasu gwarancji.

Za bezzasadne Sąd Apelacyjny uznał też zarzuty dotyczące opinii biegłego zawarte w apelacji pozwanego (...) sp. z o.o. w zakresie oddalenia wniosków pozwanego o uzupełnienie pisemnej opinii biegłego.

Zastrzeżenia i pytania dotyczące opinii biegłego jakie pozwani sformułowali w pismach procesowych dotyczyły bowiem wypowiedzenia się przez biegłego co do okoliczności, czy 9 wskazanych w opinii podmiotów jest w stanie zrealizować warunki zamówienia w wyniku montażu elementu na zamówienie, czy któryś z parametrów nie podnosiłby na wyższy poziom bezpieczeństwa jazdy kierowcy lub pasażerów, ekonomii eksploatacji, funkcjonalności oraz co do przyjętych przez biegłego parametrów długości, szerokości i wysokości a także mocy skokowej silnika wskazanych w opinii jako wielkości definitywne.

W ocenie Sądu Apelacyjnego powyższe zastrzeżenia nie były istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, nawet bowiem wskazanie przez biegłego, że zamontowanie dodatkowych elementów w pojazdach innych niż T. (...) byłoby teoretycznie możliwe, nie daje podstaw do przyjęcia, że dokonanie takiego montażu celem realizacji przedmiotowego zamówienia byłoby technicznie wykonalne i opłacalne, biorąc pod uwagę czas jaki dzielił ukazanie się ogłoszenia o zamówieniu od terminu składania ofert i wartość przedmiotu zamówienia ograniczonego do dostawy jednego pojazdu. Także kwestia zasadności określenia parametrów podnoszących na wyższy poziom bezpieczeństwa jazdy kierowcy lub pasażera, ekonomię eksploatacji pojazdu i jego funkcjonalność nie upoważnia zamawiającego do dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Nie ulega bowiem wątpliwości, iż określenie przedmiotu postępowania o udzielenie zamówienia jest zawsze decyzją własną zamawiającego, to bowiem zamawiający decyduje o tym co ma być przedmiotem określonego zamówienia.

Jednakże, gdy do zamówienia mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2004 r. Nr 19, poz. 177 ze zm. - dalej "ustawy"), przygotowanie i przeprowadzenie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego musi się odbyć na zasadach określonych w tej ustawie.

W szczególności zaś przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia musi odbyć się z poszanowaniem zasad określonych w art. 7 i 29 ustawy.

Zamawiający nie może więc określać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę bądź też, które eliminowałyby konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych.

W piśmiennictwie formułowane są również poglądy, iż nie jest dopuszczalne opisywanie przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego producenta, opis taki bowiem narusza zasadę konkurencyjności i równego dostępu do zamówienia. Podkreśla się też, iż określenie przedmiotu zamówienia w sposób, który wskazywałby na konkretnego producenta, nie stanowi naruszenia zasad uczciwej konkurencji tylko wówczas, jeżeli wynika to z braku możliwości zrealizowania potrzeb zamawiającego przez inne podmioty. Wskazuje się również, iż zakaz, o którym mowa w art. 29 ust. 2 ustawy zostanie naruszony, gdy przy opisie przedmiotu zamówienia zamawiający użyje oznaczeń czy parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt, działając w ten sposób wbrew zasadzie obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne (A. Panasiuk, A. Mikołajczyk, T. Siedlecki, Prawo zamówień publicznych z komentarzem, Oficyna Wydawnicza Branta, Bydgoszcz-Warszawa 2004, s. 97-98, Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. T. Czajkowskiego, urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2004, s. 112).

Niewątpliwie zamawiający mając na uwadze konieczność zabezpieczenia swoich potrzeb na odpowiednim poziomie, uprawniony jest do opisu parametrów technicznych w taki sposób, by nabywane urządzenie odpowiadało zarówno jego uzasadnionym potrzebom, jak i możliwościom finansowym, nie naruszając przy tym zasady uczciwej konkurencji i możliwości złożenia ofert przez wykonawców, będących w stanie podołać wymaganiom zamawiającego, w sposób nie naruszający równowagi pomiędzy dobrem zamawiającego i uczestników postępowania.

Zamawiający ma więc prawo sprecyzować przedmiot zamówienia w oparciu o określone minimalne standardy techniczne, poprzez wskazanie parametrów i może opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, który uzasadnia jego racjonalne i obiektywne potrzeby, przy czym nie muszą być to potrzeby określone na poziomie minimalnym.

Granice uprawnień zamawiającego wyznaczają jednak przepisy ustawy prawo zamówień publicznych, będące przepisami bezwzględnie obowiązującymi, Dyspozycją art. 29 ust. 2 pzp objęte jest zaistnienie co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji, więc spełnienie dyspozycji tego przepisu niekoniecznie musi przybierać charakter bezpośredniego godzenia w uczciwą konkurencję.

Ustawodawca w art. 29 ust. 2 zawarł wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zakazane jest więc dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku.

Swoboda precyzowania przez zamawiającego swoich wymagań co do przedmiotu zamówienia przez szczegółowe określenie parametrów oczekiwanego towaru jest więc ograniczona, a jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji. W szczególności dokonywanie opisu przedmiotu



zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego, będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji.

Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 11 sierpnia 2006 r., IX Ga 137/06, rozpatrując granice swobody opisu przedmiotu zamówienia, podkreślił: „Prawo zamówień publicznych chroni bowiem z jednej strony interes Zamawiającego (interes publiczny), z drugiej nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Formułując siwz, Zamawiający musi mieć na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy rozwiązaniami preferującymi poszczególne interesy”

W ocenie Sądu Apelacyjnego w ramach niniejszego postępowania na powodzie spoczywał ciężar wykazania, że sposób opisu przedmiotu zamówienia mógł utrudniać uczciwą konkurencję i przedstawione przez powoda dowody, w szczególności opinia biegłego sądowego, dają podstawy do uznania, że sposób sformułowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia wskazuje, mimo braku powołania się na określone znaki towarowe, patent czy pochodzenie, że tylko jeden model pojazdów oferowanych na rynku w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego spełniał postawione przez zamawiającego wymagania.

Taki sposób opisu przedmiotu zamówienia jest zaś w ocenie Sądu Apelacyjnego sprzeczny z treścią art. 29 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych, z uwagi na możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji wobec braku możliwości złożenia nie podlegających odrzuceniu ofert przez producentów lub dostawców pojazdów innych marek.

Wobec powyższego to na pozwanych spoczywał obowiązek wykazania, że wymagania określone w SIWZ wynikają ze zobiektywizowanych potrzeb zamawiającego i nie są na tyle wygórowane, aby mogły utrudnić lub uniemożliwić dostęp do przedmiotu zamówienia innym wykonawcom.

W ocenie Sądu Apelacyjnego pozwani powyższych okoliczności w toku postępowania nie wykazali, zaś dokonanie przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia polegające na posłużeniu się zestawem cech właściwych wyłącznie dla konkretnego wyrobu niewątpliwie utrudnia uczciwą konkurencję.

Trafnie zatem Sąd Okręgowy uznał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę fabrycznie nowego samochodu osobowego klasy średniej prowadzonym przez pozwaną Powiat (...) doszło do naruszenia 29 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych, które to naruszenie miało niewątpliwie wpływ na wynik tego postępowania, uniemożliwiając innym wykonawcom złożenie ofert odpowiadających wymogom SIWZ, a tym samym ograniczając możliwość dokonania przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej do wyboru jedynej oferty, jaka w konsekwencji została złożona.

Wobec powyższego zawarta przez pozwanych umowa jest bezwzględnie nieważna wobec treści art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym do 29 stycznia 2010 r.

Mając powyższe na względzie i uznając podniesione w obu apelacjach zarzuty za bezzasadne, na podstawie art. 385 k.p.c. Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c.