

Uchwała z dnia 18 września 2002 r., III CZP 52/02

Sędzia SN Hubert Wrzeszcz (przewodniczący)

Sędzia SN Gerard Bieniek (sprawozdawca)

Sędzia SN Bronisław Czech

Sąd Najwyższy w sprawie protestu "E.-M." spółki z o.o. w K. przeciwko Szpitalowi Uniwersyteckiemu w K. o zamówienia publiczne, po rozstrzygnięciu w Izbie Cywilnej na posiedzeniu jawnym w dniu 18 września 2002 r., przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Jana Szewczyka, zagadnienia prawnego przedstawionego przez Sąd Okręgowy w Warszawie postanowieniem z dnia 23 maja 2002 r.

"Czy dopuszczalne jest w świetle art. 27d ustęp 2, art. 16, art. 2 ustęp 1 pkt 8 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 (jedn. tekst: Dz.U. 1998 r. Nr 119, poz. 773 ze zm.) zastosowanie przez zamawiającego terminu płatności – jako kryterium oceny oferty ?"

podjął uchwałę:

Termin płatności ceny może być przyjęty przez podmiot udzielający zamówienia publicznego jako jedno z kryteriów oceny oferty (art. 2 ust. 1 pkt 8 i art. 27d ust. 1 i 2 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych, jedn. tekst: Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664).

Uzasadnienie

Przedstawione Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne budzące poważne wątpliwości, wynikło na tle następującego stanu faktycznego.

Szpital Uniwersytecki w K. udzielił zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, na kupno wraz z dostawą do siedziby zamawiającego

jednorazowego sprzętu anestezyjologicznego przeznaczonych dla dorosłych i dla noworodków. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia określono następujące kryteria oceny ofert: cena – 45%, jakość – 45 %, termin płatności – 10 %.

Od powyższej czynności zamawiającego wniosła protest „E.-M.”, spółka z o.o. z siedzibą w K. W proteście zażądano zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie kryterium wyboru ofert i wskazano, że zastosowanie przez zamawiającego „terminu płatności”, jako kryterium wyboru ofert, sprzeczne jest z art. 16, art. 2 ust. 1 pkt 8, art. 27 ust. 2 i art. 35 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (jedn. tekst: Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664 – dalej "u.z.p.").

Protest nie został uwzględniony. W piśmie z dnia 3 stycznia 2002 r. zamawiający wyjaśnił, że „termin płatności” – jako kryterium wyboru ofert – nie prowadzi do oceny wiarygodności ekonomicznej, technicznej ani finansowej oferentów, realizując zaś dyspozycję art. 16 u.z.p., zamawiający traktuje wszystkich oferentów na równych prawach, celem wyłonienia najkorzystniejszych ofert w zakresie pakietów i pojedynczych pozycji sprzętu opisanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający podniósł ponadto, że w druku ZP-110, stanowiącym wzór ogłoszenia o przetargu nieograniczonym, jako przykładowe kryterium wyboru ofert wskazano warunki płatności. Zdaniem zamawiającego, „termin płatności” jest jednym z warunków płatności.

Spółka "E.-M." w K. wniosła odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych od rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego, a Zespół Arbitrów wyrokiem z dnia 16 stycznia 2002 r. oddalił je. Od tego wyroku skargę wniosła spółka "E.-M." Rozpatrując ją Sąd Okręgowy w Warszawie przedstawił Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne o treści sformułowanej na wstępie.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Przedstawione do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne budzące poważne wątpliwości dotyczy dopuszczalnych – w świetle przepisów ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych – kryteriów oceny ofert na realizację zamówienia publicznego. W tym względzie niewątpliwie podstawowe znaczenie mają art. 27d ust. 1 i 2 oraz art. 2 ust. 1 pkt 8 u.z.p. Zgodnie z art. 27d ust. 1 ustawy, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę spośród nieodrzuconych

ofert, wyłącznie na podstawie kryteriów oceny ofert, określonych bądź to w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bądź w zaproszeniu do udziału w postępowaniu, albo w zaproszeniu do składania oferty, przy czym w art. 27d ust. 2 wyraźnie stwierdzono, że kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości dostawcy lub wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Ustawowe określenie najkorzystniejszej oferty zamieszczono w art. 2 ust. 1 pkt 8 u.z.p., przyjmując, że należy przez to rozumieć ofertę z najniższą ceną albo ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny oraz innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, w szczególności kosztów eksploatacji, parametrów technicznych, funkcjonalności oraz terminu wykonania. Wyraźne stwierdzenie, że chodzi o kryteria „odnoszące się do przedmiotu zamówienia”, nie pozostawia wątpliwości, iż z jednej strony decydujące znaczenie dla uznania oferty za niekorzystniejszą mają kryteria przedmiotowe, z drugiej zaś wykluczone są kryteria podmiotowe. Istota zagadnienia prawnego sprowadza się zatem do pytania, czy „termin płatności” jako kryterium oceny oferty może być zaliczony do kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

Podejmując tę kwestię, Sąd Okręgowy odniósł określenie „przedmiot zamówienia”, o którym mowa w art. 2 ust. 1 pkt 8 u.z.p., do pojęcia „przedmiot zobowiązania” (rozumianego jako świadczenie) i wskazał, że termin płatności jest elementem przedmiotu zobowiązania (świadczenia) zamawiającego, a nie oferenta, a zatem nie powinien stanowić kryterium oceny oferty. Sąd ten zwrócił też uwagę, że termin płatności – jako kryterium wyboru oferty – pośrednio dotyczy właściwości dostawcy (wykonawcy), jego wiarygodności finansowej i w konsekwencji powoduje, iż dyskryminowane są mniejsze firmy, gdyż większe możliwości w zakresie kredytowania zamawiającego mają podmioty o większych zasobach finansowych. Odwołując się do wykładni historycznej, Sąd Okręgowy zwrócił uwagę na to, że termin płatności mógł, jak przedmiot specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stanowić kryterium oceny oferty przed nowelizacją ustawy dokonaną ustawą z dnia 22 czerwca 2001 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz.U. Nr 113, poz. 1208). Obecnie zaś, w związku ze zwężeniem przez ustawodawcę kryteriów oceny do przedmiotu zamówienia, nie jest to dozwolone.

W przepisach omawianej ustawy można wyróżnić dwa rodzaje operacji dokonywanych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pierwsza sprowadza się do oceny zdolności wykonawcy

(dostawcy) do wykonania zamówienia, a druga polega na wyborze najkorzystniejszej oferty.

Zgodnie z tym rozróżnieniem, ocenie – z punktu widzenia atrakcyjności – podlegają wyłącznie oferty tych wykonawców, którzy są zdolni do wykonania zamówienia. Ocena tej zdolności opiera się przede wszystkim na kryteriach podmiotowych, takich jak wiarygodność wykonawcy, jego sytuacja finansowa i ekonomiczna, wiedza i możliwości techniczne. Odpowiednie uregulowania w tej materii zawiera art. 19 ust. 1 ustawy, wykluczający określone kategorie podmiotów z ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, w powiązaniu z art. 22 ust. 2 pkt 1-4 i ust. 3, wprowadzający wymóg złożenia i potwierdzenia przez wykonawcę lub dostawcę tego, że jest uprawniony do występowania w obrocie prawnym, zgodnie z wymaganiami ustawowymi, że ma uprawnienia niezbędne do wykonania określonych prac lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, że dysponuje niezbędną wiedzą i doświadczeniem oraz potencjałem ekonomicznym i technicznym, a także pracownikami zdolnymi do wykonywania danego zamówienia, a ponadto, że znajduje się w sytuacji finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.

Zgodnie z art. 35 ust. 1 pkt 2 i 3 u.z.p., opis kryteriów i sposobów dokonywania oceny spełniania warunków wymaganych od dostawców i wykonawców oraz informacje o dokumentach, jakie mają dostarczyć dostawcy i wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania wymaganych warunków, muszą być zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kryteria podmiotowe nie mogą być natomiast, zgodnie z wyraźnym brzmieniem art. 27d ust. 2 u.z.p., miarodajne dla ustalenia oferty najkorzystniejszej. W myśl bowiem tego przepisu, kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości dostawcy lub wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Te założenia ustawodawcy należy mieć na względzie przy interpretowaniu zawartego w art. 2 ust. 1 pkt 8 u.z.p. określenia „kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia”. Istotą tego uregulowania jest niewątpliwie zamiar wyeliminowania kryteriów o charakterze podmiotowym (dostawcy lub wykonawcy), spośród kryteriów oceny oferty. Zamiar ustawodawcy, wyrażony wprost w art. 27d ust. 2 u.z.p., uzasadnia – według Sądu Okręgowego – stanowisko, że w rachubę wchodzi wyłącznie kryteria odnoszące się do obowiązków wykonawcy lub dostawcy, czyli dotyczące przedmiotu jego zobowiązania. Takie stanowisko nie jest

jednak w wyniku analizy treści art. 2 ust. 1 pkt 8 u.z.p. uzasadnione. Według tego przepisu, podstawowe znaczenie dla oceny oferty ma m.in. cena, chociaż zapłata ceny należy do obowiązków zamawiającego. Należy też zauważyć, że zawarte w art. 2 ust. 1 pkt 8 przykładowe wyliczenie kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, obejmuje nie tylko bezpośrednio właściwości określonej rzeczy (parametry techniczne, funkcjonalność), ale również obowiązki stron z tą rzeczą związane (termin wykonania).

Termin płatności to niewątpliwie element warunków płatności, o tym zaś, że warunki płatności traktowane są przez ustawodawcę na równi z innymi kryteriami przedmiotowymi, świadczy treść art. 43 ust. 3 u.z.p. Stwierdzono tam, że po otwarciu ofert podaje się imię i nazwisko, nazwę (firmę) oraz adres (siedzibę) dostawcy lub wykonawcy, którego oferta jest otwierana, a także informacje dotyczące ceny oferty, terminu wykonania zamówienia publicznego, okresu gwarancji, warunków płatności zawartych w ofercie. Ustawa wymienia zatem warunki płatności obok innych kryteriów, których przedmiotowy charakter nie budzi wątpliwości. Także w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 października 2001 r. w sprawie określenia wzorów ogłoszeń o zamówieniach publicznych, publikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz dodatkowych informacji zawartych w ogłoszeniach (Dz.U. Nr 127, poz. 1393), zamieszczono w druku ZP-110, rubryce 8, warunki płatności jako przykładowe kryterium oceny ofert.

Nie powinno być wątpliwości, że kryterium terminu płatności może mieć duże znaczenie jako wyznacznik atrakcyjności oferty, przede wszystkim wówczas, gdy zamawiający mają problemy z płynnością finansową. Nawet jednak w zwykłych okolicznościach istotne znaczenie dla zamawiającego może mieć np. możliwość rozłożenia zapłaty ceny na raty. To prawda, że możliwe jest umieszczenie określonego terminu płatności w ramach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednakże taka możliwość dotyczy także innych kryteriów oceny oferty (np. terminu wykonania). Nie może to zatem mieć znaczenia decydującego. Ponadto, podanie sztywnego wymogu uniemożliwia uczynienie omawianego kryterium przedmiotem korzystnej dla zamawiającego gry konkurencyjnej.

Nie wydaje się również przekonywający argument, podniesiony przez Sąd Okręgowy, zgodnie z którym, termin płatności stanowi kryterium niedozwolone, gdyż pośrednio dotyczy właściwości dostawcy, jego wiarygodności finansowej i powoduje dyskryminację mniejszych firm. Podobnie, zastosowanie kryterium ceny,

które przeważnie stanowi czynnik najistotniejszy, prowadzić może pośrednio do „dyskryminacji” mniejszych firm, bardzo często bowiem korzyści płynące z rozmiaru prowadzonej działalności pozwalają na zmniejszenie marży zysku i obniżenie ceny. Także kryterium terminu wykonania może się okazać dyskryminujące dla podmiotów, które nie mają dużych zapasów albo dużych mocy produkcyjnych, a więc przeważnie podmiotów mniejszych. Tego rodzaju pośrednie oddziaływania „dyskryminacyjne” poszczególnych kryteriów nie mogą mieć zatem znaczenia dyskwalifikującego.

Ograniczone znaczenie ma także argument odwołujący się do wykładni historycznej. Po pierwsze, zmiany legislacyjne w żaden sposób nie dotyczyły bezpośrednio kryterium terminu płatności; w art. 2 ust. 1 pkt 8 u.z.p. nie było o nim mowy również w okresie przed nowelizacją. Po drugie, nawet oczywiste zmiany, takie jak np. usunięcie z art. 2 ust. 1 pkt 8 kryterium jakości, nie wpłynęły na zmianę praktyki. Przyjmuje się nadal, że jakość może stanowić jedno z kryteriów oceny oferty. Prawdopodobnie tej praktyki nie sposób zakwestionować tym bardziej, że formuła art. 2 ust. 1 pkt 8 ustawy jest – także po nowelizacji – elastyczna, a zawarte w tym przepisie wyliczenie kryteriów oceny oferty ma charakter przykładowy.

Sąd Okręgowy przedstawiając zagadnienie prawne, zasugerował, że termin płatności jako kryterium wyboru oferty jest nadużywane bądź wadliwie stosowane. Jeśli nawet takie przypadki odnotowano w orzecznictwie Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych, to fakt ten stanowi jedynie sygnał dla ustawodawcy, nie sposób jednak przez pryzmat nieprawidłowości związanych ze stosowaniem tego kryterium oceniać jego dopuszczalności. Eliminowaniu takich przypadków służy m.in. prawidłowe rozumienie i stosowanie zasady wyboru najkorzystniejszej oferty jako kluczowej zasady rządzącej prawem zamówień publicznych. Z zasady tej należy wyprowadzić bezwzględny postulat, by kryteria oceny oferty były formułowane w sposób, który pozwoli na wybór oferty rzeczywiście najbardziej korzystnej z punktu widzenia istniejących potrzeb. Oznacza to w praktyce konieczność ustalenia właściwych proporcji w zakresie wagi poszczególnych kryteriów. Nie mogą to być ustalenia dowolne, prowadzące do sytuacji, w których oferta obiektywnie zdecydowanie korzystniejsza, na skutek sztucznych manipulacji kryteriami w ramach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ustępuje ofercie z istotnie odroczonym terminem płatności. Tego rodzaju postępowanie byłoby równoznaczne z naruszeniem art. 27d ust. 1 u.z.p.

Kolejną barierą dla nadużyć jest art. 16, w myśl którego zamawiający obowiązany jest do traktowania na równych prawach wszystkie podmioty ubiegające się o zamówienie publiczne i do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji, oraz art. 17 ust. 2 u.z.p., zgodnie z którym przedmiotu i warunków zamówienia nie wolno określać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z przepisów tych wynikają dwie podstawowe zasady prawa zamówień publicznych – zasada równości (konkurencyjności) i zasada uczciwej konkurencji.

Zdecydowanym celem powyższych regulacji jest wyeliminowanie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakichkolwiek elementów, które miałyby charakter dyskryminacyjny. Można uznać, że postępowanie ma charakter dyskryminacyjny wówczas, gdy prowadzi do wyłączenia określonej kategorii potencjalnych dostawców lub wykonawców bez uzasadnionej przyczyny. Także w samym postępowaniu, dotyczącym ustalenia i zastosowania kryteriów oceny oferty jako najkorzystniejszej, musi być przestrzegana zasada niedyskryminacji, warunek zaś niedyskryminacji spełniają tylko takie kryteria oceny wyboru oferty, które są istotne z punktu widzenia rzeczywistych potrzeb zamawiającego. Jeśli zatem dochodzi do sytuacji, w której sformułowane kryteria mają charakter sztuczny, a zatem ich celem jest w istocie stworzenie korzystniejszej pozycji konkurencyjnej dla poszczególnych podmiotów, to należy uznać, że tego rodzaju praktyka narusza art. 16 ustawy.

Należy więc stwierdzić, że kształtowanie poszczególnych kryteriów oceny ofert nie jest działaniem dowolnym, a kształt tych kryteriów musi mieć swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach jednostki zamawiającej. Dotyczy to także kryterium terminu płatności; jego znaczenie musi odpowiadać określonej potrzebie zamawiającego i pozostawać w rozsądnych proporcjach do pozostałych kryteriów, w szczególności do ceny, nie sposób bowiem przyjąć, że bilansowanie ceny i określenie terminu płatności może mieć charakter czysto uznaniowy.

Mając powyższe na względzie, Sąd Najwyższy, na podstawie art. 390 k.p.c., rozstrzygnął przedstawione zagadnienie prawne, jak w uchwale.