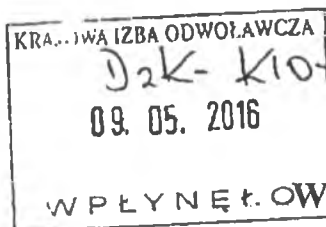


ODPIS

Sygn. akt XXIII Ga 20/16



WYROK

IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 marca 2016r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący: SSO Andrzej Kubica (spr.)

Sędziowie: SO Renata Puchalska
SO Bolesław Wadowski

Protokolant: Prot. Sąd. Monika Bućko

po rozpoznaniu w dniu 18 marca 2016r. w Warszawie na rozprawie

sprawy ze skargi

z udziałem przeciwnika skargi

z udziałem

o zamówienie publiczne

na skutek skargi

od wyroku Krajowej Izby

Odwoławczej z dnia 10 grudnia 2015r. sygn. akt KIO 2588/15

orzeka:

1. oddala skargę;
2. zasądza od [redacted] na rzecz [redacted] w Warszawie kwotę 1.800,00 (tysiąc osiemset) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania sądowego;
3. zasądza od [redacted] na rzecz [redacted] kwotę 1.800,00 (tysiąc osiemset) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania sądowego.



NA ORYGINALE WŁAŚCIWE PODPISY
za zgodność

SSO Renata Puchalska

SSO Andrzej K [redacted]

[redacted] Wadowski

Uzasadnienie

Zamawiający - [REDAKTOWANE] - prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie przez 24 miesiące usług telefonii komórkowej wraz z dostawą aparatów komórkowych z aktywnymi i skonfigurowanymi kartami SIM.

W dniu 27 listopada 2015 roku wykonawca [REDAKTOWANE] wniósł odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, a przez to art. 7 ust. 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy/przystępującego [REDAKTOWANE] jako niezgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (siwz) z uwagi na zaoferowanie przez tegoż wykonawcę modeli aparatów telefonicznych niespełniających minimalnych parametrów określonych przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, że jest wykonawcą, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu i posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego złożona w postępowaniu, zgodnie z treścią informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, została sklasyfikowana na drugim miejscu. Jako najkorzystniejszą zamawiający wybrał ofertę wykonawcy [REDAKTOWANE] - ofertę niezgodną z siwz. W przypadku, gdyby zamawiający dokonał prawidłowo czynności wynikających z ustawy, jako najkorzystniejsza zostałaby uznana oferta odwołującego i uzyskałby on przedmiotowe zamówienie. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że odwołujący posiadał interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
2. przeprowadzenia ponownej czynności badania i oceny ofert;
3. odrzucenia oferty wykonawcy [REDAKTOWANE] jako niezgodnej z siwz.;
4. dokonania ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący stwierdził, że w grupach B i C wykonawca [REDAKTOWANE] nie zaoferował wymaganych trzech modeli telefonów spełniających wszystkie minimalne wymagania.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wniósł o:

- 1) o oddalenie odwołania w całości,

2) o obciążenie w całości kosztami postępowania odwoławczego.

Zamawiający stwierdził, że przedmiotem umowy było świadczenie usług telefonii komórkowej wraz z dostawą aparatów telefonicznych, z czego w obu ofertach 95% kosztów to koszt usługi, a jedynie 5% to wartość telefonów. Zamawiający w kryteriach oceny ofert określił odpowiednie wagi, istotne w przedmiotowym zamówieniu publicznym, tj. cena brutto usług i aparatów telefonicznych - waga 96%, ilość danych GB wysyłana/odbierana w ryczałcie miesięcznym-waga 4%.

Zamawiający podniósł, że przedstawione przez przystępującego aparaty telefoniczne spełniają wymagane przez niego minimalne parametry określone w siwz. Obecny rynek telefonów komórkowych jest tak zróżnicowany i szeroki, że producenci telefonów pod jednym modelem wskazują również na wiele ich wersji, które różnią się np. ilością pamięci, funkcjami, które posiadają, a co za tym idzie również odmiennym czasem wprowadzenia ich do sprzedaży, co miało też miejsce w przypadku analizy przedstawionych ofert.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca [REDAKTOWANO]. Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Wyrokiem z dnia 10 grudnia 2015r. Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2015r. przez [REDAKTOWANO] w postępowaniu prowadzonym przez [REDAKTOWANO] przy udziale wykonawcy [REDAKTOWANO] zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

1. oddaliła odwołanie,
2. kosztami postępowania obciążyła [REDAKTOWANO] zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr uiszczoną przez [REDAKTOWANO] tytułem wpisu od odwołania.

Zdaniem Izby odwołanie było bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący był uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Izba stwierdziła, że stan faktyczny przedstawiony w odwołaniu był zgodny z ustaleniami dokonanyymi przez Izbę. Nie był on ponadto sporny pomiędzy uczestnikami postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazał, że istotą postępowania było rozstrzygnięcie, czy wskazane przez przystępującego w ofercie aparaty telefoniczne zostały określone jako konkretne modele, czy też jako grupy modeli, w ramach których dopuszczalne było zaoferowanie

poszczególnych wersji.

Jak podkreślono, zamawiający nie sprecyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co należy rozumieć pod pojęciem modelu aparatu telefonicznego. Powszechnie obowiązujące przepisy prawne również nie zawierają legalnej definicji, zaś słownik języka polskiego PWN wyjaśnia jedynie, iż pod pojęciem modelu należy rozumieć m.in. typ lub fason czegoś. Jednocześnie żaden z uczestników postępowania odwoławczego nie udowodnił, w jaki sposób określa się model aparatu telefonicznego – uczestnicy postępowania używali sformułowań: model i wersja, przy czym nie wykazano w sposób nie budzący wątpliwości, co należy rozumieć przez oba wskazane pojęcia. Jak oceniła Izba, określenia te funkcjonują w praktyce, są używane przez uczestników obrotu, niemniej jednak przyjęcie jednego z nich za obowiązujący jest nieuprawnione w sytuacji, gdy zamawiający nie określił w siwz, w jaki sposób pojęcie to będzie rozumiane w konkretnym postępowaniu, a żaden z uczestników nie zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienia w tym zakresie.

Izba podkreśliła, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego - jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych, i organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu, są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu (art. 70¹ § 4 kc). Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to siwz należało uznać za warunki przetargu w rozumieniu kodeksu cywilnego.

Wskazując na powyższe Izba stwierdziła, że nie można było mówić o niezgodności treści oferty z treścią siwz w sytuacji, gdy siwz nie zawierała określeń lub definicji względem których rzekoma niezgodność miałyby zaistnieć, jak również nie istnieją powszechnie obowiązujące definicje, do których siwz mogłaby się odnosić. Podstawą do takiego rozstrzygnięcia nie mogło być również potoczne rozumienie danego pojęcia w sytuacji, gdy - jak wynikało z przebiegu rozprawy - w obrocie funkcjonują również inne określenia aparatów telefonicznych, np. wersja, typ. Odwołujący nie udowodnił zaś, że wskazane w ofercie przystępującego symbole określają dany konkretny model. Z kolei zamawiający i przystępujący wykazali, iż określone tym samym symbolem grupy aparatów zawierają wersje, z których część spełnia wymagania określone w specyfikacji.

Tym samym, jak kontynuowała Izba, zarzut bezpodstawnego zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu niezgodności jej treści z treścią siwz został uznany za nieuzasadniony. W konsekwencji odwołanie zostało oddalone, a o kosztach postępowania

odwoławczego orzeczone, stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Od powyższego wyroku skargę złożył [REDAKTOWANO] zarzucając:

I. naruszenie przepisów prawa procesowego, mające istotny wpływ na treść orzeczenia, to jest:

1) art. 192 ust. 7 ustawy pzp poprzez orzeczenie co do zarzutu, który nie został podniesiony w odwołaniu oraz nierozpoznanie zarzutów podniesionych w odwołaniu, co skutkuje zaniechaniem rozstrzygnięcia co do istoty sprawy;

2) art. 191 ust. 2 ustawy pzp, poprzez przyjęcie za podstawę wyroku jedynie części stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania, sprzeczność istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności pominięcie treści stanowiska skarżącego zawartego w odwołaniu, pominięcie wyjaśnień skarżącego, skutkujące przyjęciem, że skarżący nie wykazał zasadności zarzutów podniesionych w odwołaniu;

3) art. 190 ust. 7 ustawy pzp, poprzez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów oraz zaniechanie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego;

a w konsekwencji:

II. naruszenie przepisów prawa materialnego, to jest:

1) art. 29 ust. 1 ustawy pzp poprzez błędną wykładnię tego przepisu i uznanie, że Zamawiający ma obowiązek definiować precyzyjnie pojęcia o ustalonym i znanym powszechnie znaczeniu na potrzeby prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp poprzez jego niezastosowanie w stanie faktycznym sprawy i uznanie, że brak było podstaw do odrzucenia oferty [REDAKTOWANO] jako oferty nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pomimo tego, że wykonawca ten zaoferował Zamawiającemu urządzenie nie spełniające minimalnych parametrów technicznych i funkcjonalnych opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wskazując na te zarzuty, spółka wniosła o:

- 1) zmianę zaskarżonego wyroku i uwzględnienie odwołania,
- 2) zwrot kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz Sądem Okręgowym w Warszawie, poniesionych w niniejszej sprawie, w tym kosztów zastępstwa procesowego, poprzez ich zasądzenie od przeciwnika skargi na rzecz skarżącego.

Uzasadnienie skargi stanowi rozwinięcie zarzutów.

Odpowiedzi na skargę złożył zarówno zamawiający, jak i uczestnik postępowania.

Zamawiający, [REDAKTOWANO] wniosła:

- 1) o odrzucenie skargi i zasądzenie od skarżącego na rzecz przeciwnika skargi

(zamawiającego) zwrotu kosztów postępowania sądowego, w tym kosztów zastępstwa przez radcę prawnego kwocie 7.200,00 złotych,

2) w przypadku nie uwzględnienia wniosku o odrzucenie skargi, o jej oddalenie w całości i zasądzenie od skarżącego na rzecz przeciwnika skargi (zamawiającego) zwrotu kosztów postępowania sądowego, w tym kosztów zastępstwa przez radcę prawnego kwocie 14.400,00 złotych;

3) o oddalenie wniosków dowodowych skarżącego,

4) o przeprowadzenie dowodu z dokumentu umowy nr 51/BA/214/2015 z 29.12.2015r. na okoliczność zawarcia umowy pomiędzy [REDAKTOWANO] a [REDAKTOWANO]

Uczestnik, [REDAKTOWANO], wniósł:

1) o oddalenie skargi w całości;

2) oraz zasądzenie na rzecz uczestnika postępowania od skarżącego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych;

3) o pominięcie załączonego do skargi dokumentu -wydruku ze strony producenta urządzeń Apple, jako spóźnionego (art. 368 §1 pkt 4 kpc).

Na rozprawie strony podtrzymały swoje wcześniejsze stanowiska.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie jest zasadna. Krajowa Izba Odwoławcza prawidłowo prowadziła postępowanie, wydała słuszne orzeczenie i nie naruszyła zarzucanych w skardze przepisów, zarówno materialnych, jak i proceduralnych.

W pierwszej kolejności Sąd Okręgowy odniesie się do zgłoszonego żądania odrzucenia skargi.

Należy podkreślić, że na podstawie art. 198a ustawy pzp na orzeczenie Izby stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu. Jednocześnie w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964r. - Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej.

Zgodnie z ogólnie przyjętymi zasadami odpowiedniego stosowania przepisów, niektóre z nich mają zastosowanie wprost, bez żadnych modyfikacji i zabiegów adaptacyjnych, inne tylko pośrednio, a więc z uwzględnieniem konstrukcji, istoty i odrębności postępowania, w którym znajdują zastosowanie, a jeszcze inne nie mogą być wykorzystane w żadnym zakresie (por. np. uzasadnienie uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 31 marca 2004r., III CZP 110/03, OSNC 2004, nr 09, poz. 133; i postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 09 grudnia 1975r., I CO 9/75, OSNCP 1976, nr 10, poz. 219).

Złożona skarga spełnia warunki formalne i fiskalne przewidziane dla takiego typu środka ochrony prawnej i nie ma podstaw do jej odrzucenia.

Ustawa pzp zezwala na zawarcie umowy po wydaniu wyroku przez KIO, a jeszcze przed zakończeniem postępowania skargowego przed sądem, co wynika ze specyfiki zamówień publicznych, w których z założenia postępowanie ma być szybkie. Należy podkreślić, że sama okoliczność zawarcia umowy zawartej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu nie stanowi przeszkody w rozpoznaniu przez sąd skargi na wyrok zespołu arbitrów (obecnie orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej). Sąd odwoławczy podziela powyższy pogląd wyrażony w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 18 października 2007r. sygn. III CZP 87/07. Warto także wskazać, że zgodnie z art. 192 ust. 3 pkt 3 ustawy pzp, jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie, jedynym możliwym rozstrzygnięciem Sądu uwzględniającego skargę jest stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy. Sąd zatem, nawet jeśli uzna skargę za zasadną nie może ani unieważnić czy rozwiązać zawartej już umowy ani nakazać zamawiającemu dokonania jakichkolwiek czynności. Nie jest to też podstawa od odrzucenia skargi i pominięcia jej merytorycznego badania.

Zarzuty skarżącej sporządzają się w istocie do oceny zagadnienia, czy złożona przez

[REDACTED] oferta odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza prawidłowo ustaliła, iż zamawiający nie dokonał doprecyzowania, jak też nie zdefiniował, szczegółowego określenia oferowanych urządzeń zobowiązując wykonawców do podania „modelu” oferowanych aparatów telefonicznych. Wbrew twierdzeniom skarżącego, pojęcie to nie posiada ustalonego znaczenia i nie jest jednolicie stosowane przez producentów aparatów telefonicznych czy też operatorów sieci komórkowych. Nadto, istniała możliwość wystąpienia przez oferentów do zamawiającego z zapytaniem/wnioskiem o dookreślenie specyfikacji przedmiotu zamówienia, skoro jeden z oferentów uznał, że zamawiający wskazuje w specyfikacji zbyt ogólne warunki techniczne zamawiających urządzeń. Ponadto, jak trafnie wskazano w pisemnym uzasadnieniu, nie istnieje legalna definicja pojęcia model, a i sami uczestnicy postępowania zamiennie posługiwali się określeniem model/typ urządzenia. Specyfikacja nie konkretyzowała ani modelu, ani typu, ani tym bardziej marki urządzeń, lecz wymagania techniczne, czy użytkowe; dzieliła przedmiotowe telefony na grupy modeli pod względem parametrów technicznych i użytkowych.

Izba trafnie ustaliła poziom szczegółowości wymagań zamawiającego co do ofert aparatów telefonicznych. Zasadnie wskazała, że zamawiający nie ustalił aż tak szczegółowych wymaganych parametrów technicznych jak przedstawiała je skarżąca spółka. Można nawet uznać, że zbyt szczegółowe ustalenie wymaganych warunków technicznych byłoby wręcz sprzeczne z zasadą

równego i sprawiedliwego udziału w przetargu, skoro z założenia mogliby wziąć w nim udział tylko producenci konkretnych modeli, czy nawet wersji telefonów.

W konsekwencji należy uznać, że oferta uczestnika postępowania została więc sporządzona prawidłowo, a zaoferowane urządzenia zostały dookreślone na poziomie, który był wymagany w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Izba trafnie wskazała element sporny (tj. rozstrzygnięcie, czy wskazane przez przystępującego w ofercie aparaty telefoniczne zostały określone jako konkretne modele, czy też jako grupy modeli, w ramach których dopuszczalne było zaoferowanie poszczególnych wersji), przeprowadziła w tym kierunku postępowanie dowodowe i dokonała oceny całokształtu materiału poprzez wszechstronne rozważenia zebranego materiału dowodowego. Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 109 ust.7 ustawy pzp), a wydając wyrok (art. 192. ust. 1 ustawy pzp) bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust. 2 ustawy pzp).

W niniejszej sprawie Izba, wbrew twierdzeniem skarżącego, nie dokonała dowolnej i wybiórczej, lecz swobodnej i wszechstronnej oceny dowodów, która prowadziła do uznania, iż specyfikacja nie zawierała tak szczególnych danych ja przedstawiał skarżący. Dokonana ocena była prawidłowa, wszechstronna i kompletna nie pozwalała na wywiedzenie innych wniosków. Nie zostały zatem naruszone art. 192 ust. 7 ustawy pzp, art. 191 ust. 2 ustawy pzp, art. 190 ust. 7 ustawy pzp.

Tym bardziej nie zostały naruszone wskazane przepisy prawa materialnego. Izba dokonała prawidłowej wykładni takich pojęć jak model i typ podkreślając, że nie istnieje legalna definicja tych terminów, a potoczne rozumienie pojęć może być różne (czego dowodzi chociażby niniejsze postępowanie), szczególnie w przypadku urządzeń technicznych, które poza modelem podstawowym mają jego różnorodne warianty (w przypadku telefonów może być to wersja sytemu, wielkość pamięci, pojemność akumulatorów, czy też posiadanie innych funkcji). Stąd nie został naruszony art. 29 ust. 1 ustawy pzp.

W konsekwencji brak było podstaw do odrzucenia oferty [REDAKTOWANE] jako oferty nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wobec tego, że wykonawca ten zaoferował zamawiającemu urządzenia spełniające parametry techniczne i funkcjonalne zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – nie został zatem naruszony art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Zawarte w skardze wnioski dowodowe zostały pominięte na podstawie art. 381 kpc. Dołączając wydruki ze strony producenta urządzeń skarżący nie wskazał, jaką okoliczność faktyczną zamierzał udowodnić, stąd nie można ocenić, czy okoliczność ta mogłaby mieć istotne

znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, a tylko takie mogą być przedmiotem postępowania dowodowego (art.227 kpc w związku z art.391§1 kpc w związku z art.198a ust.2 uPzp). Nie wykazał także, że dowód ten nie mógł być przywołany na wcześniejszym etapie postępowania.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy na podstawie art. 198f ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych oddalił skargę jako bezzasadną. Orzeczenie o kosztach postępowania, stanowiących wynagrodzenie pełnomocnika procesowego przeciwnika skargi oraz przystępującego po stronie zamawiającego w kwocie 1.800 zł zostało wydane w oparciu o § 3 pkt 2 b 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. 2010, Nr 41, poz. 238).



SSO Renata Puchalska

SSO Andrzej Kubica

NA ORYGINALE WŁAŚCIWE PODPISY
za zgodność

Wadowski