



**WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 4 marca 2013 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący -	SSO Joanna Wiśniewska-Sadomska
Sędziowie	SO Waldemar Beczek (spr.) SR del. Agnieszka Wiśniewska
Protokolant	Protokolant sądowy stażysta Justyna Krzysiak

po rozpoznaniu w dniu **4 marca 2013 r.** w Warszawie

na rozprawie

sprawy ze skarg Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz Zamawiającego Centrum Usług Wspólnych w Warszawie

z udziałem eSKY.pl S.A. w Radomiu i First Class S.A. w Warszawie

o zamówienie publiczne

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 31 października 2012 r., sygn. akt KIO 2115/12, KIO 2129/12

- I. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie 2 w ten sposób, że oddala odwołanie wniesione przez eSKY.pl S.A. w Radomiu, w punkcie 3 podpunkt A w ten sposób, że miejsce wyrazów „Centrum Usług Wspólnych, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa (sygn. akt KIO 2129/12) ” wpisuje „eSKY.pl S.A. w Radomiu”, zaś punktowi 3.3 nadaje brzmienie: „zasądza od eSKY.pl S.A. w Radomiu na rzecz Centrum Usług Wspólnych w Warszawie kwotę 3.600 (trzy tysiące sześćset) zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu odwoławczym”;**
- II. zasądza od eSKY.pl S.A. w Radomiu na rzecz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz Zamawiającego Centrum Usług Wspólnych w Warszawie kwoty po 1.200 (jeden tysiąc dwieście) zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu wywołanym skargami.**



na oryginale właściwe podpisy

SEKRETARZ SĄDOWY

Anna M. Jęduk

Sygn. akt V Ca 3270/12

UZASADNIENIE

Zamawiający Centrum Usług Wspólnych prowadząc w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na zakup biletów lotniczych dla Jednostek Administracji Publicznej w dniu 19 września 2012 roku poinformował o wybraniu jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez First Class S.A. ul. Bitwy Warszawskiej 1920 r. 7, 0 2-366 Warszawa, która uzyskała łącznie 99,26 pkt. W dalszej kolejności znalazła się oferta Polskich Linii Lotniczych LOT S.A. (98,81 pkt.) oraz eSky.pl S.A.(96,75 pkt.).

Wobec takiego rozstrzygnięcia wykonawcy Polskie Linie Lotnicze LOT S.A.(sygn. akt KIO 2115/12) oraz eSKY.pl S.A. (sygn. akt KIO 2129/12) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania.

W swoim odwołaniu Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. zarzuciły naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 3 i 4 ustawy pzp., art. 89. Ust. 1 pkt 1 i 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy pzp., art. 89 ust. 1 pkt 1 i 5 w zw z art. 24 ust 4 ustawy pzp, podnosząc, że zaniechano odrzucenia oferty First Class S.A. pomimo, że złożyła nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania oraz nie wykazała spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż złożyła oświadczenie, że oferowane przez tego wykonawcę narzędzia rezerwacyjne online BTM zapewnia dostęp do 636 linii lotniczych, mimo że zadeklarowana liczba przewoźników lotniczych nie odpowiada faktycznej liczbie linii lotniczych dostępnych przez narzędzie BTM oraz że spełnia istotne warunki zamówienia w zakresie istotnych postanowień umowy tj. zapewnia możliwość zweryfikowania przez zamawiającego propozycji lotów, jeżeli zamawiający stwierdzi, że połączenie zaoferowane przez wykonawcę jest najkorzystniejsze, co nie jest prawdą.

Odwołanie eSKY.pl S.A. odnosiło się do wyboru oferty First Class S.A. zarzucając zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy i zaniechania odrzucenia oferty LOT S.A. Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 3 oraz art. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji(Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) oraz zarzucił nieuwzględnienie przez zamawiającego obowiązujących przepisów w zakresie pośrednictwa turystycznego. Odwołujący wskazał, że oferta First Class S.A. winna zostać odrzucona ponieważ nie wykazano w niej wiarygodnych parametrów wymaganych dla zadeklarowanego narzędzia internetowego do

wyszukiwania połączeń lotniczych, a tym samym wprowadzenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które są niezasadne i które spowodowały ograniczenie uczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał ponadto, że zaniechano odrzucenia oferty Polskich Linii Lotniczych LOT S.A. z powodu rażąco niskiej ceny i niezgodne z przepisami ustawy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp i niezgodne z przepisami ustawy Pzp sklasyfikowanie na drugim miejscu co do ilości przyznanych punktów oferty Polskich Linii Lotniczych LOT S.A., która zaoferowała rażąco niską cenę za połączenie (1 grosz) i która to oferta ceduje wszystkie uprawnienia na spółkę zależną LOT Travel Sp. z o.o. Z kolei ta spółka udostępnia połączenia za darmo, oferta ta nie uwzględnia kosztów wykorzystania narzędzia internetowego w wysokości 2 Euro za jedną rezerwację, który to koszt jest pośrednio ponoszony przez LOT Travel Sp. z o.o. Odwołujący ponadto zarzucił, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego doszło do nieuzasadnionego uprzywilejowania podmiotu mającego realizować zadania będące przedmiotem zamówienia oraz nieuwzględnienie przez zamawiającego obowiązujących przepisów w zakresie pośrednictwa turystycznego.

Wyrokiem z dnia 31 października 2012 roku Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie wniesione przez Polskie Linie Lotnicze S.A. natomiast w punkcie drugim uwzględniła odwołanie wniesione przez eSKY.pl S.A. i nakazała zamawiającemu Centrum Usług Wspólnych unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórne dokonania czynności badania i oceny ofert w postępowaniu oraz odrzucenie oferty złożonej przez Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. oraz obciążyła kosztami postępowania: Centrum Usług Wspólnych oraz Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. w Warszawie. W poczet kosztów postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza zaliczyła kwotę 30000 zł uiszczoną przez wykonawców Polskie Lotnicze LOT S.A. oraz eSKY.pl S.A. w Radomiu tytułem wpisów od odwołań. Zasądziła od wykonawcy Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. w Warszawa na rzecz Centrum Usług Wspólnych kwotę 3 600 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz zasądziła od Centrum Usług Wspólnych na rzecz wykonawcy eSKY.pl S.A. w Radomiu kwotę 18 600 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Krajowa Izba Odwoławcza oceniła negatywnie zarzut Polskich Linii Lotniczych LOT S.A. odnoszący się do liczby przewoźników dostępnych w bazie danych narzędzia on-line zaoferowanego przez First Class S.A. stwierdzając, że zamawiający ustanawiając kryterium oceny ofert w postaci zaoferowanych ilości linii lotniczych wymagał od wykonawców złożenia wyłącznie oświadczenia co do liczby linii lotniczych dostępnych w

bazie danych narzędzia on line zaś wykonawca czyniąc zadość wymaganiu zamawiającego złożył takie oświadczenie składając ofertę. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że oświadczenie First Class S.A. zostało potwierdzone złożoną w postępowaniu odwoławczym listą przewoźników dostępnych w zaoferowanym narzędziu on line aktualną na dzień składania ofert, na której zamieszczone zostały 636 linie lotnicze. Podkreślił, że lista ta została zastrzeżona przez First Class S.A. jako tajemnica ustawowo chroniona. Izba uznała to zastrzeżenie za skuteczne biorąc pod uwagę, iż Business Travel Manager to autorskie narzędzie, dotąd nie udostępnione, a okoliczność, z którymi liniami wykonawca ten nawiązał współpracę ma wartość gospodarczą.

Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła też zarzutu postawionego przez eSKY.pl w Radomiu wskazującego na zaoferowanie przez Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. rażąco niskiej ceny, podnosząc, że utrwalony zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych jest pogląd, iż przedmiotem badania w przypadku zaistnienia wątpliwości co do zaoferowania przez danego wykonawcę rażąco niskiej ceny powinna być cena za realizację całego przedmiotu zamówienia, co wynika z treści art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. 2010 Nr 113 poz. 759 j.t.) i przy jej stwierdzeniu zamawiający odrzuca ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wskazując na powyższe Krajowa Izba Odwoławcza podniosła, że twierdzenia odwołującego eSKY.pl S.A. w Radomiu zmierzały do wykazania, że rażąco niską cenę zaoferowano jedynie z tytułu opłaty transakcyjnej a więc jedynie jednego z elementów ceny przedmiotu zamówienia. Tym samym Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła zasadności tego zarzutu. Stwierdziła jedynie, że zaoferowanie przez Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. opłaty transakcyjnej na poziomie 0,01 zł stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003 Nr 153 poz. 1503 j.t.)

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że działanie Polskich Linii Lotniczych LOT S.A. wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 15 ust. 1 pkt 1 w/w ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców, a tym samym stanowi podstawę do odrzucenia oferty Polskich Linii Lotniczych LOT S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Takie naruszenie przepisów ustawy, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, ma wpływ na wynik postępowania, mimo że w wyniku rozstrzygnięcia obu odwołań za

prawidłowy Izba uznała wybór jako najkorzystniejszej oferty First Class S.A. to jednak oferta Polskich Linii Lotniczych LOT S.A. została sklasyfikowana na drugim miejscu pod względem ustanowionych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, a zatem stwierdziła, że w przypadku zaistnienia przesłanek określonych w art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany byłby do wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej bez przeprowadzania ponownego badania i oceny ofert, co skutkowałoby zawarciem umowy z wykonawcą, którego oferta podlega odrzuceniu.

Na podst. art. 198b ust. 4 zd 1 ustawy pzp. skargę od powyższego wyroku w części dotyczącej uwzględnienia odwołania (KIO 2129/12) wniesionego przez sSKY.pl w Radomiu (pkt. 2 sentencji wyroku) oraz rozstrzygnięcia o kosztach postępowania odwoławczego w tym zakresie (pkt. 3 A oraz pkt 3.3 sentencji wyroku) złożył Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając naruszenie przepisów postępowania tj. art. 192 ust. 2 ustawy pzp poprzez uwzględnienie odwołania wniesionego przez eSKY.pl S.A., pomimo że naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Polskich Linii Lotniczych LOT S.A., nie miało ani nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wniósł o zmianę wyroku w zaskarżonej części poprzez oddalenie odwołania eSKY.pl S.A. oraz o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania wywołanego skargą.

Powyższy wyrok zaskarżyło także skargą Centrum Usług Wspólnych w Warszawie w zakresie uwzględniającym odwołanie eSKY.pl S.A. w Radomiu oraz rozstrzygnięcia o kosztach zarzucając:

- naruszenie postanowień art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz.U.2010 Nr 113 poz. 759 j.t.) poprzez nałożenie na Instytucję Gospodarki Budżetowej Centrum Usług Wspólnych działające w imieniu i na rzecz Skarbu Państwa -Jednostek Administracji Publicznej obowiązku ponoszenia kosztów postępowania podczas gdy koszty postępowania zgodnie z obowiązującym prawem ponosi zawsze strona postępowania, a nie jej pełnomocnik,

- naruszenie postanowień art. 192 ust.2 w zw. z art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wydanie orzeczenia (rozstrzygnięcia) dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji podczas gdy ustawowa kompetencja Krajowej Izby Odwoławczej ogranicza się do orzekania wyłącznie o niezgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych

czynności zamawiającego lub też jego zaniechania. Skoro Krajowa Izba Odwoławcza uznała nietrafność zarzutu co do rażąco niskiej ceny złożonej oferty to tym samym nie mogła orzekać co do nieuczciwej konkurencji Wykonawcy w złożonej ofercie. Tylko w przypadku uznania rażąco niskiej ceny w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych ustawodawca wiąże skutek z uznaniem takiego działania jako czyn nieuczciwej konkurencji,

- niewyjaśnienie wszystkich okoliczności sprawy oraz niewłaściwą wykładnię postanowień ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w szczególności art.15 ust. 1 pkt 1 powołanej ustawy poprzez błędne uznanie, iż zaoferowana wysokość opłaty za wystawienie biletów przez PLL Lot stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

- nie uzasadnioną odmowę okazania Skarżącemu listy linii lotniczych oferowanego narzędzia informatycznego będącej dowodem w sprawie podczas gdy z oczywistych względów wyłączenie jej jawności nie mogło dotyczyć Skarżącego jako podmiotu mającego korzystać z listy linii lotniczych w przyszłości przez co naruszono prawa Skarżącego i uniemożliwiono zweryfikowanie prawdziwości złożonego oświadczenia (dowodu).

Wskazując na te zarzuty Centrum Usług Wspólnych wniosło o uwzględnienie skargi i zmianę zaskarżonego wyroku w skarżonej części poprzez oddalenie wniesionego przez eSKY.pl. S.A. odwołania ewentualnie o uchylenie zaskarżonego orzeczenia w zaskarżonej części a także o zasądzenie kosztów postępowania skargowego w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Chociaż obie skargi podlegają uwzględnieniu to jednak tylko w skardze Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych argumentacja w niej przytoczona podlega uwzględnieniu w całości.

Zasadnie bowiem skarżący podniósł, że naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2010 Nr 113 poz. 759 j.t.) przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. w Warszawie nie miało ani nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż oferta tego podmiotu oceniona została dopiero na drugim miejscu zważywszy na kryteria oceny ofert zaś zarzuty skarżącego w stosunku do najkorzystniejszej oferty okazały się bezzasadne.

Trafnie podniósł skarżący, że ukształtowane jest już w orzecznictwie pogląd, iż przez istotny wpływ na wynik postępowania należy rozumieć wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty. Sąd Okręgowy podziela pogląd skarżącego, że uwzględnienia odwołania nie uzasadniała treść wskazanego przez Krajową Izbę Odwoławczą art. 94 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2010 Nr 113 poz. 759 j.t.) gdyż sytuacja przewidziana treścią tegoż przepisu może ale nie musi zaistnieć, zaś bezpodstawność zarzutów kierowanych przeciwko podmiotowi którego oferta okazała się najkorzystniejsza taką możliwość wyklucza.

Sąd Okręgowy podziela - w ślad za skarżącym - pogląd, iż stwierdzone przez Krajową Izbę Odwoławczą naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 z dnia 29 stycznia 2004 r. ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2010 Nr 113 poz. 759 j.t.) jako odnoszące się do oferty, która nie została wybrana na najkorzystniejszą nie miało wpływu na wynik postępowania a tym samym nie uzasadniało nakazania Zamawiającemu powtórnego badania i oceny oferty w sytuacji kiedy zarzuty podniesione w odwołaniu eSKAY.pl S.A w Radomiu w stosunku do dokonanego przez Zamawiającego wyboru jako najkorzystniejszej oferty zamawiającego oferty First Class S.A. okazały się nieuzasadnione.

Pozytywna ocena skargi w tym zakresie skutkowałą jej pozytywną oceną również w zakresie odnoszącym się do kosztów postępowania wywołanego odwołaniem eSKY.pl S.A. w Radomiu.

Odnosząc się do skargi Centrum Usług Wspólnych w Warszawie Sąd Okręgowy ocenił ją pozytywnie jako skierowaną przeciwko wadliwej części orzeczenia jednakże nie podzielił wszystkich argumentów niej przytoczonych. Wbrew zarzutowi skarżącego Sąd Okręgowy stwierdza, iż Krajowa Izba Odwoławcza trafnie uznała Centrum Usług Wspólnych w Warszawie za Zamawiającego, gdyż trafność tej oceny potwierdza wykładnia celowościowa ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2010 Nr 113 poz. 759 j.t.). To bowiem ten podmiot przeprowadził wszystkie czynności w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. ogłosił przetarg, opracował S.I.W.Z, dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Fakt, że z przedmiotu zamówienia będą korzystać inne podmioty nie zmienia powyższej oceny. Sąd Okręgowy stwierdza, że ocena zarzutów dokonana przez Krajową Izbę Odwoławczą w stosunku do oferty Polskich Linii Lotniczych LOT S.A. z którą podjął polemikę skarżący pozostała bez wpływu na wynik postępowania jako odnosząca się do oferty, która nie została uznana za najkorzystniejszą a tym samym pozostawała poza zainteresowaniem

Sądu Okręgowego. Skarżący bowiem nie wykazał żadnego interesu w zgłoszeniu zarzutów odnoszących się do oferty tego wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe zważania Sąd Okręgowy uwzględnił obie skargi i na podstawie art. 198 f ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2010 Nr 113 poz. 759 j.t.) zmienił zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 października 2012 r. wydany w sprawie sygn. akt KIO 2115/12 i KIO 2129/12 w pkt. 2 w ten sposób, że oddalił odwołanie wniesione przez eSKY S.A. w Radomiu, w pkt. 3 podpunkt A w ten sposób, że w miejsce wyrazów „Centrum Usług Wspólnych, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa (sygn. akt KIO 2129/12)” wpisał „eSKY.pl S.A. w Radomiu”, zaś punktowi 3.3 nadał brzmienie: „zasądza od eSKY.pl S.A. w Radomiu na rzecz Centrum Usług Wspólnych w Warszawie kwotę 3.600 (trzy tysiące sześćset) zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu odwoławczym”.

O kosztach postępowania wywołanego skargą Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 198f ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2010 Nr 113 poz. 759 j.t.) w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 98 k.p.c. i w zw. z § 10 ust. 1 pkt. 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. 2002 Nr 163 poz. 1349).



Na oryginale właściwo podpisany

SEKRETARZ SĄDOWY

Anna Wójcik