

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 lipca 2013

Sąd Okręgowy we Wrocławiu X Wydział Gospodarczy w następującym składzie:
Przewodniczący SSO Paweł Pszczołowski

Sędziowie SO Irena Giernatowska

SO Artur Tomanek (spr.)

Protokolant Marta Śniechowska

po rozpoznaniu w dniu 4 lipca 2013 r., we Wrocławiu

na rozprawie

sprawy ze skargi xxxxx

przy udziale xxxxxxx

na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2013 roku, sygn. KIO 739/13
uchyla zaskarżony wyrok i umarza postępowanie w sprawie.

Sygn. akt X Ga 205/13

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem, wydanym na skutek odwołania wykonawcy xxxxxxxxxx od czynności zamawiającego xxxxxxxx, polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy, Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie (pkt 1), kosztami odwołania obciążyła wykonawcę i zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę xxxxxxx zł uiszczoną tytułem wpisu od odwołania (pkt 2 ppkt 1) oraz zasądziła od wykonawcy na rzecz zamawiającego kwotę xxxxxx zł tytułem zwrotu kosztów postępowania (pkt 2 ppkt 2).

W uzasadnieniu Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że zamawiający prowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę programu antywirusowego, drukarek laserowych wraz z materiałami eksploatacyjnymi”. W drugiej części zamówienia („Zadanie 2 - drukarka laserowa”) określił wymagania, jakim powinny odpowiadać drukarki, podając żądane parametry, w tym parametr sporny, tj. pamięć wbudowana $\geq$ 256 MB. Odwołujący zaoferował dostawę drukarek laserowych Samsung ML-371ODW wraz z tonerami MLT-D205S, oświadczając w formularzu cenowym, że oferowane drukarki posiadają pamięć wbudowaną $\geq$ 256 MB. Zamawiający ofertę odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., ponieważ drukarka zaoferowana przez wykonawcę posiada pamięć wbudowaną = 128 MB. W drukarce istnieje co prawda możliwość rozbudowy pamięci do maks. 384 MB, jednak wymaga to instalacji dodatkowej pamięci, która przez to nie będzie stanowić pamięci wbudowanej - jak żądał zamawiający. Ustaleń w przedmiocie pamięci wbudowanej zamawiający dokonał na podstawie karty katalogowej producenta, nie wymaganej przez SIWZ, lecz dołączonej do oferty przez wykonawcę, której treść wskazywała: „Pamięć 128 MB (max. 384 MB)”. Zdaniem wykonawcy możliwe jest wbudowanie pamięci do wielkości wymaganej, zaś w ocenie zamawiającego wyższe wielkości możliwe do uzyskania nie oznaczają, że nastąpi wbudowanie pamięci na stałe do rozmiaru zgodnego z SIWZ.

Izba zważyła, że wykonawca nie wskazał, iż oferuje drukarkę o wymaganej wbudowanej pamięci 256 MB. Oferta wykonawcy w formularzu cenowym nie zawiera jednoznacznej informacji o wbudowanej pamięci drukarki a jedynie powielony zapis z SIWZ. Oferta nie wskazywała na konkretny typ, model, wymaganą cechę, lecz ewentualnie na różne

drukarki serii ML-3710DW. W konsekwencji oferta miała znamiona ofert wariantowej, co w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego nie było, zgodnie z SIWZ, dopuszczalne.

Stąd też Izba uznała, że zamawiający słusznie odrzucił ofertę wykonawcy w zadaniu 2 jako nie odpowiadającą postanowieniom SIWZ.

Od powyższego orzeczenia skargę złożył wykonawca, zarzucając naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. poprzez błędne przyjęcie, że treść oferty wykonawcy nie odpowiadała treści SIWZ, naruszenie art. 190 ust. 1, 3, 7 p.z.p. poprzez błędną ocenę dowodów bez wszechstronnego rozważenia zebranego materiału oraz naruszenie art. 192 ust. 7 p.z.p. poprzez odniesienie się do kwestii nie będących przedmiotem odwołania. W oparciu o zarzuty wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez uwzględnienie odwołania.

Skarżący wskazał na wieloznaczność parametru wyrażonego słowami „pamięć wbudowana”. Znaczenie, jakie zamawiający miał na względzie, zostało ujawnione przez zamawiającego dopiero w uzasadnieniu o odrzuceniu oferty, gdzie wskazał, że pamięć wmontowana przez producenta w dodatkowych slotach nie jest już pamięcią wbudowaną. Nieprawdziwie podnosił zamawiający, że wykonawca zaoferował drukarkę posiadającą 128 MB pamięci wewnętrznej i dopiero opcjonalnie może ona zostać rozbudowana do wymaganej wielkości. Wskazuje na to oświadczenie producenta drukarek potwierdzające, że zaoferowane w przedmiotowym postępowaniu urządzenie posiada wbudowane 256 MB. Skarżący podniósł także, że Izba powołała okoliczności nie wskazane przez zamawiającego w jego decyzji o odrzuceniu oferty, co stanowi niedopuszczalne rozszerzenie podstawy faktycznej decyzji. Izba nie miała podstaw od uznania oferty wykonawcy za wariantową.

W odpowiedzi przeciwnik skargi wniósł o umorzenie postępowania na podstawie art. 355 § 1 k.p.c., podnosząc, że w dniu 25.4.2013 r. została zawarta umowa pomiędzy zamawiającym a xxxxxxxxxx jako wykonawcą wyłonionym w zadaniu nr 2, którego dotyczy skarga. Umowę tę zawarto po ogłoszeniu przez Izbę orzeczenia w dniu 12.4.2013 r. zaskarżonego następnie pismem z dnia 30.4.2013 r. Zgodnie z art. 183 ust. 1 p.z.p. zakaz zawarcia umowy obowiązuje wyłącznie do czasu ogłoszenia orzeczenia przez Izbę. Umowa z dnia 25.4.2013 r. została wykonana w całości, wobec czego kontynuowanie postępowania stało się bezprzedmiotowe.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje.

Postępowanie wywołane skargą podlegało umorzeniu.

Zgodnie z art. 183 ust. 1 ustawy z dnia 29.1.2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 13, poz. 759 z późn. zm.; powoływane dalej jako p.z.p.) w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Przepis ten wyraża regułę, według której nie jest możliwe zawarcie umowy z wyłonionym w postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego wykonawcą do momentu wydania przez Krajową Izbę Odwoławczą (dalej: „Izba”) orzeczenia kończącego postępowanie wywołane złożonym odwołaniem. W niniejszej sprawie, już po wydaniu w dniu 12.4.2013 r. przez Izbę zaskarżonego wyroku, a więc w zgodzie z art. 183 ust. 1 p.z.p., zamawiający zawarł umowę dostawy nr 05/E1/13 z dnia 25.4.2013 r. z wykonawcą xxxxxxxxxx wyłonionym w wyniku przetargu na dostawę drukarek laserowych wraz z materiałami eksploatacyjnymi (Zadanie nr 2). Na podstawie tej umowy zamawiający zamówił, a wykonawca przyjął do realizacji dostawę drukarek laserowych oraz materiałów eksploatacyjnych, określonych w załączniku nr 1 do umowy (§ 1): 12 sztuk drukarek HP LaserJet Pro M401dn oraz 24 sztuki tonera HP CF280A. Wynagrodzenie, określone w ww. załączniku, zamawiający miał zapłacić wykonawcy w terminie 30 dni licząc od dnia dostarczenia zamawiającemu prawidłowo wystawionej faktury VAT przelewem na konto bankowe wykonawcy (§ 3).

W dniu 24.5.2013 r. wykonawca ZETO Sp. z o.o. wystawił fakturę VAT nr FV/10/5/2013/ZAM, wskazując jako nabywcę zamawiającego, opiewającą na kwotę 8.607,81 zł, której przedmiotem było 6 szt. drukarek HP LaserJet Pro M401dn oraz 6 szt. tonera HP CF280A. W dniu 26.6.2013 r. zamawiający uiszczył na rzecz wykonawcy tę kwotę.

W dniu 3.6.2013 r. wykonawca ZETO Sp. z o.o. wystawił fakturę VAT nr FV/10/6/2013/ZAM, wskazując jako nabywcę zamawiającego, opiewającą na kwotę 12.916,25 zł, której przedmiotem było 6 szt. drukarek HP LaserJet Pro M401dn oraz 18 szt. tonera HP CF280A. W dniu 27.6.2013 r. zamawiający uiszczył na rzecz wykonawcy tę kwotę.

Łącznie zatem wykonawca dostarczył 12 sztuk drukarek HP LaserJet Pro M401dn oraz 24 sztuki tonera HP CF280A, zaś zamawiający zapłacił 21.524,16 zł, co odpowiadało wielkości zamówienia (zadanie nr 2) i treści zawartej umowy.

Umowa dostawy nr 05/EI/13 z dnia 25.4.2013 r. jako wzajemna (art. 487 § 2 k.c.) zostaje wykonana, gdy zostaną spełnione świadczenia obydwu stron. Wobec powyższego należało uznać, że umowa zawarta po przeprowadzeniu przetargu w przedmiocie skarżonego zamówienia publicznego - zadania nr 2 - została wykonana w całości.

W tej sytuacji prowadzenie przez Sąd Okręgowy postępowania ze skargi na wyrok Izby jest bezprzedmiotowe. Wydane przez Sąd orzeczenie nie może bowiem doprowadzić do ponownego dokonania czynności zamawiającego w postępowaniu, które jako całość zostało już ukończonych, sfinalizowanych zawarciem umowy, faktycznym zrealizowaniem zamówienia i zapłatą przez zamawiającego wynagrodzenia. Pogląd o bezprzedmiotowości postępowania w takiej sytuacji wyraził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 14.10.2005 r. (III CZP 73/05, LEX nr 156974) z powołaniem na względy funkcjonalne. Istnieje wszakże w ustawie rozróżnienie na

kontrolę dotyczącą prawidłowości prowadzenia samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 180 i nast. p.z.p.) oraz kontrolę ważności samej umowy, która jest prowadzona w trybie art. 146 p.z.p. Sąd Najwyższy przyjął, zakładając racjonalność ustawodawcy, że sam fakt zawarcia umowy nie wyłącza co prawda prowadzenia sądowej kontroli postępowania o udzielenie zamówienia, lecz jednocześnie wskazał, że „(...) staje się ona (kontrola - przyp.) bezprzedmiotowa w razie, gdyby zdarzyło się, że umowa została wykonana”. Wówczas postępowanie wszczęte skargą podlegałoby umorzeniu. Pogląd wyrażony w tej uchwale został także zaaprobowany w doktrynie (por. J. Jerzykowski, Komentarz do art.198(f) ustawy - Prawo zamówień publicznych, teza 4, LEX). Sąd Najwyższy podtrzymał zajęte stanowisko w uchwale z dnia 18.10.2007 r. (sygn. akt III CZP 87/07, LEX nr 309585), wskazując, iż samo zawarcie umowy nie czyni zbędnym wyrokowania przez Sąd Okręgowy, „(...) dopiero wykonanie umowy powoduje bezprzedmiotowość kontroli sądowej i uzasadnia umorzenie postępowania”.

W świetle powyższego, mając na względzie, że umowa dostawy nr 05/EI/13 z dnia 25.4.2013 r. została wykonana przez obie strony w całości, wydanie wyroku w niniejszej sprawie stało się zbędne.

Na podstawie art. 198a ust. 2 p.z.p, w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17.11.1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy Rozdziału 3 p.z.p. nie stanowią inaczej. Gdy zaś brak szczególnych przepisów o postępowaniu apelacyjnym, stosuje się odpowiednio przepisy o postępowaniu przed sądem pierwszej instancji (art. 391 § 1 k.p.c.). Zgodnie z art. 355 § 1 k.p.c. Sąd wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania, jeżeli postępowanie stało się zbędne. Z kolei art. 198f ust. 3 p.z.p. stanowi, że jeżeli odwołanie zostaje odrzucone albo zachodzi podstawa do umorzenia postępowania, Sąd uchyla wyrok lub zmienia postanowienie oraz odrzuca odwołanie lub umarza postępowanie.

Biorąc pod uwagę powyższe, Sąd Okręgowy uchylił zaskarżony wyrok oraz umorzył postępowanie w sprawie, o czym orzekł w sentencji wyroku, stosując przytoczone przepisy.