

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 stycznia 2014 r.

Sąd Okręgowy w Krakowie Wydział II Cywilny Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Renata Stępińska

Sędziowie: SO Grzegorz Buła (sprawozdawca)

SR (del.) Krystyna Darmoń

Protokolant: Krystyna Żakowicz

po rozpoznaniu w dniu 10 stycznia 2014 r. w Krakowie

na rozprawie

sprawy ze skargi zamawiającego Skarbu Państwa - Jednostki Wojskowej Nr 4724 w Krakowie

na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2013 roku, sygnatura akt KIO 1102/2013 wydany w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Jednostkę Wojskową Nr 4724 w Krakowie

przy udziale odwołującego TTcomm S.A. w Warszawie i uczestnika KenBit Koenig i Wspólnicy Spółki jawnej w Warszawie

1. oddala skargę;
2. zasądza od Skarbu Państwa - Jednostki Wojskowej Nr 4724 w Krakowie na rzecz odwołującego TTcomm S.A. w Warszawie kwotę 3 600 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania wywołanego skargą.

Uzasadnienie

wyroku z dnia 10 stycznia 2014 r.

Wyrokiem z dnia 24 maja 2013 r., rozpoznając sprawę na skutek odwołania TTcomm

S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej TTcomm) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Jednostka Wojskowa nr 4724 w Krakowie, Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając odwołanie, nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenie oferty złożonej przez KenBIT Koenig i Wspólnicy Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie (dalej KenBIT). Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza obciążyła kosztami zamawiającego - Skarb Państwa - Jednostkę Wojskową nr 4724 w Krakowie i w ramach tego zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania (pkt 2.1 wyroku) oraz zasądziła od zamawiającego na rzecz

odwołującego kwotę 18.600 zł, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego z tytułu uiszczenia wpisu oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocników (pkt 2.2 wyroku).

W uzasadnieniu ww. wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż zamawiający - Jednostka Wojskowa nr 4724 w Krakowie prowadziła w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup i dostawę systemu VSAT 5 kpi. - terminali satelitarnych typu MASTER i SLAVE wraz z usługą integracji na potrzeby systemu teletransmisji z wykorzystaniem łączności satelitarnych eksploatowanego w ramach systemu dowodzenia wojskami specjalnymi.

W dniu 30 kwietnia 2013 r. zamawiający przekazał wykonawcy TTcomm S.A. z siedzibą w Warszawie zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, informując że dokonał wyboru oferty spółki KenBIT, uznając że jest jedyną ważną ofertą. W tym samym zawiadomieniu zamawiający poinformował spółkę TTcomm o odrzuceniu jej oferty z uwagi na wykluczenie odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: P.z.p.) w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy P.z.p.

Wykonawca wniósł w dniu 10 maja 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od tych czynności zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. w zw. z art. 7 ust 1-3 ustawy P.z.p. mających wpływ na wynik postępowania poprzez ich niezastosowanie w sytuacji, gdy treść oferty spółki KenBIT była i jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i opisem przedmiotu zamówienia, co też zamawiający przyznał w zawiadomieniu z dnia 21 lutego 2013 roku, a oferta TTcomm pozostaje ofertą ważną i najkorzystniejszą;
2. art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez niewłaściwą wykładnię wyroku z dnia 14 marca 2013 (KIO 487/13) i powtórne badanie i ocenę oferty KenBIT;
3. art. 85 ust. 2 i 4 ustawy P.z.p. poprzez wybór oferty KenBIT, której termin związania upłynął i nie został przedłużony, jak i nie nastąpiło przedłużenie terminu ważności obowiązkowego wadium związanego z tą ofertą;
4. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 85 ust. 2 i 4 ustawy P.z.p. oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez podjęcie w postępowaniu czynności podważających zaufanie wykonawców do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania - w tym podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych - zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców i wynikającą z nich zasadę przejrzystości - wyrażające się w szczególności w „przywróceniu” przez zamawiającego oferty KenBIT do postępowania;
5. art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez niepoinformowanie odwołującego o swoistym „przywróceniu” przez zamawiającego oferty KenBIT do postępowania, jak i nieujawnienie treści „oświadczenia osoby” z dnia 10 kwietnia 2010 roku, na które zamawiający powołuje się w uzasadnieniu zawiadomienia z dnia 30 kwietnia 2013 roku;
6. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p. w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez uznanie, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy wykonawca TTcomm wykazał spełnienie tychże warunków.

Powołując się na powyższe zarzuty wykonawca wniósł o:

1. nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego z dnia 30 kwietnia 2013 roku polegających na: wyborze oferty KenBIT jako najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty TTcomm S.A. i wykluczeniu odwołującego z postępowania;
2. nakazanie zamawiającemu przywrócenia odwołującego do postępowania;
3. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny oferty TTcomm;
4. nakazanie zamawiającemu wyboru oferty odwołującego, jako jedynej ważnej w postępowaniu i najkorzystniejszej;

5. nakazanie unieważnienia postępowania - wniosek odwołujący złożył jedynie z ostrożności procesowej, w przypadku podzielenia przez KIO stanowiska zamawiającego, że oferta TTcomm podlegała odrzuceniu;

Wykonawca sprecyzował zarzuty poprzez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący podniósł, że w dniu 21 lutego 2013 r. zamawiający przesłał odwołującemu zawiadomienie o unieważnieniu postępowania, na skutek odrzucenia oferty TTcomm S.A. oraz oferty KenBIT. W ocenie zamawiającego oferta odwołującego, jak i oferta KenBIT podlegały odrzuceniu ze względu na niezgodność treści oferty z zapisami SIWZ i opisem przedmiotu zamówienia.

W dniu 4 marca 2013 r. odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego: odrzucenia oferty TTcomm na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p.

Wykonawca KenBIT nie wniósł odwołania wobec czynności zamawiającego z dnia 21 lutego 2013 roku odnośnie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.

W wyroku z dnia 14 marca 2013 roku (sygn. akt 487/13) Krajowa Izba Odwoławcza (dalej „KIO”) uwzględniła odwołanie TTcomm i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i czynności odrzucenia oferty TTcomm, a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem zawiadomienia tego wykonawcy (TTcomm) o poprawieniu w jego ofercie oczywistej omyłki pisarskiej i innych omyłek.

Dnia 27 marca 2013 roku odwołujący wraz z zgodą na przedłużenie terminu ważności wadium oraz na przedłużenie terminu związania ofertą, w związku z wezwaniem zamawiającego.

Dnia 9 kwietnia 2013 roku zamawiający wniósł do Sądu Okręgowego w Krakowie skargę na wyrok KIO z dnia 14 marca 2013 roku.

Dnia 5 kwietnia 2013 roku zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów. W dniu 11 kwietnia 2013 roku odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia i uzupełnienie dokumentów. W dniu 15 kwietnia 2013 roku zamawiający ponownie zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty. TTcomm w dniu 17 kwietnia przedłożył stosowne wyjaśnienia. Dnia 23 kwietnia 2013 roku zamawiający wezwał TTcomm do złożenia kolejnych wyjaśnień i oświadczeń. Odwołujący nie odpowiedział na to wezwanie, uznając za wiążące i adekwatne wyjaśnienia i oświadczenia złożone w pismach z dnia 11 i 17 kwietnia 2013 roku.

Dnia 30 kwietnia 2013 roku zamawiający dokonał zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, informując iż zgodnie z wyrokiem po powtórzonym badaniu i ocenie ofert, dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty KenBIT, uznając iż jest jedyną ważną ofertą, która wpłynęła na realizację zamówienia i jest zgodna z SIWZ.

Jednocześnie zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty TTcomm S.A. z uwagi na wykluczenie odwołującego z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p. w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odwołujący wskazał, że dokonane przez zamawiającego czynności: powtórne badanie oferty KenBIT oraz wybór tej oferty jako oferty najkorzystniejszej, stanowią rażące naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1-3 ustawy P.z.p., jak i samodzielne naruszenie elementarnych zasad udzielania zamówień publicznych, o których mowa w art. 7 ust. 1-3 P.z.p.

Odwołujący podniósł, że brak jest jakichkolwiek informacji od zamawiającego, że wzywał KenBIT do przedłużenia terminu ważności wadium i terminu związania ofertą, jak również brak jest oświadczeń KenBIT w tym zakresie. Wobec tego termin związania KenBIT ofertą wygasł na początku kwietnia 2013 roku.

TTcomm podniósł także, że nie został poinformowany o swoistym „przywróceniu”

oferty KenBIT do postępowania, przez co została naruszona zasada jawności postępowania.

Odwolujący wskazał ponadto, że sprzeczne z zasadami równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji jest jednakowe traktowanie wykonawców związanych złożoną ofertą - jak TTcomm oraz wykonawców niezwiązanych swoją ofertą - jak KenBIT, którzy mogą zawrzeć umowę wyłącznie na zasadach dobrowolności, co do których zamawiający nie ma żadnej pewności czy ofertę zrealizują i którzy mogą w tym przedmiocie wielokrotnie zmieniać zdanie.

TTcomm wskazał również w odwołaniu szereg argumentów, które miały potwierdzać zgodność oferty TTcomm ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający Skarb Państwa - Jednostka Wojskowa nr 4724 w Krakowie złożył odpowiedź na odwołanie wykonawcy, wnosząc o jego oddalenie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, albowiem zamawiający bezpodstawnie dokonał ponownej oceny i wyboru oferty KenBIT, która została przez zamawiającego odrzucona w dniu 21 lutego 2013 roku, a na tę czynność nie wniesiono odwołań.

KIO wskazała, że w związku z tym, że od czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty KenBIT nie wniesiono odwołania, czynność ta stała się prawomocna i nie mogła zostać skutecznie zmieniona czynnością zamawiającego. W szczególności skutków takich nie wywołał wyrok KIO z dnia 14 marca 2013 roku wydany w sprawie KIO 487/2013, w którym Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i czynności odrzucenia oferty odwołującego, a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zawiadomienia tego wykonawcy o poprawieniu w jego ofercie wskazanych omyłek. Wyroku tego nie można interpretować w taki sposób, że Izba - nakazując powtórzenie czynności badania i oceny ofert - nakazała również ponowną ocenę i badanie oferty KenBIT. Izba w ogóle nie badała zasadności odrzucenia oferty KenBIT ponieważ ta czynność nie była objęta odwołaniem. Nakaz powtórzenia czynności badania i oceny ofert należy interpretować tylko w taki sposób, że czynności te mają dotyczyć wyłącznie ważnych ofert, które pozostały w przedmiotowym postępowaniu.

Izba wskazała również, że przywrócenie do postępowania oferty wykonawcy, który nie wniósł środka ochrony prawnej na czynność odrzucenia jego oferty nie może być uzasadnione dowolnymi przekonaniem zamawiającego. Ustawodawca przewidział możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej właśnie w tym celu, by wykonawcy bronili się przed niesłusznymi - ich zdaniem - czynnościami zamawiającego. Wniesienie środka ochrony prawnej - oprócz jego bezpośredniego celu - ma również inne skutki np. możliwość przystąpienia do postępowania po stronie odwołującego bądź zamawiającego przez innych wykonawców i przedstawienie przez nich stanowiska w sprawie. Dowolność działań podejmowanych przez zamawiającego pozbawia wykonawców możliwości skorzystania z ich ustawowych uprawnień, a także rodzi stan niepewności pośród wszystkich uczestników postępowania. Zdaniem Izby działanie takie godzi również w zasadę równego traktowania wykonawców. Nie może być bowiem tak, że jeden z wykonawców wnosi środek ochrony prawnej na czynność zamawiającego i ponosi koszty z tym związane, natomiast drugi korzysta z dobrodziejstwa wydanego orzeczenia, mimo że w żaden sposób ono go nie dotyczy. Dodatkowo Izba podniosła, iż budzi wątpliwości argumentacja zamawiającego, iż przywrócił do postępowania ofertę KenBIT, dzieląc rozważania zawarte w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 14 marca 2013 roku, gdy jednocześnie wyrok ten zamawiający zaskarżył do Sądu Okręgowego. W tej sytuacji trudno, zdaniem Izby przyjąć, że zamawiający doszedł do wniosku, że takie same błędy popełnił do obudowy ofert, gdyż złożenie skargi do sądu oznacza, że nie pocztytuje on swoich czynności za błędne.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p. w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez uznanie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Izba wskazała, że w myśl art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy o P.z.p. o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do składania ofert.

Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p. wzywa wykonawców w wyznaczonym terminie do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p. Zgodnie z odpowiedzią zamawiającego na

pytanie nr 35, pismo 124/13 z dnia 10 stycznia 2013 roku: „Specjalista skierowany do realizacji wsparcia technicznego powinien posiadać wszystkie wymagane w OPZ certyfikaty i doświadczenie. Nie dopuszcza się kierowania grupy dwóch lub więcej specjalistów posiadających łącznie (razem) wymagane w OPZ certyfikaty”. Wobec tak sformułowanego warunku, pisma Pana Sławomira Choromańskiego z dnia 10 kwietnia 2013 roku oraz odpowiedzi odwołującego z dnia 17 kwietnia 2013 roku zamawiający mógł żądać od wykonawcy wyjaśnień w kwestii uzyskania jednoznacznej informacji kto i w jakim zakresie będzie uczestniczył w realizacji wsparcia technicznego bądź szkolenia. Wobec braku odpowiedzi ze strony odwołującego zamawiający zasadnie uznał, iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby wykonawca nie udzielając odpowiedzi na pytania nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. W tej sytuacji decyzję zamawiającego o jego wykluczeniu należy uznać za zasadną.

Skargę na powyższy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej złożył Zamawiający, zaskarżając go w całości. Przeciwko orzeczeniu podniósł zarzut naruszenia przepisów ustawy P.z.p., a to:

1. art. 192 ust. 2 poprzez uwzględnienie odwołania i rozstrzygnięcie co do czynności zamawiającego, w wyniku stwierdzenia przez KIO naruszenia przepisów ustawy P.z.p. przez zamawiającego, w ten sposób, że zamawiający w sposób dowolny przywrócił do postępowania ofertę wykonawcy, który nie wniósł środka ochrony prawnej na czynność odrzucenia jego oferty, czym dopuścił się pozbawienia wykonawców możliwości skorzystania z ich ustawowych uprawnień, oraz naruszył również zasadę równego traktowania wykonawców, co nie znajduje oparcia ani w materiale dowodowym, ani w przepisach;
2. art. 180 ust. 1 poprzez uwzględnienie odwołania i stwierdzenie, że zamawiający dopuścił się niezgodnych z przepisami ustawy czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia pomimo, że zamawiający nie dopuścił się obrazy przepisów ustawy;
3. art. 192 ust. 1 w zakresie, w którym KIO nie uwzględniając zarzutu odwołującego naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p. w zw. z art. 22 ust. 1 P.z.p. i pozostałych zarzutów i wniosków odwołującego, w tym zakresie nie oddaliła odwołania, co ma istotne znaczenie przy rozstrzygnięciu o kosztach;
4. art. 192 ust. 10 w zakresie kosztów postępowania rozstrzygniętych niezgodnie z wynikiem postępowania, powołanie przez KIO nieistniejących przepisów;

Ponadto skarżący zarzucił sprzeczność istotnych ustaleń KIO z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, w wyniku przyjęcia, że:

1. KenBIT nie wniósł odwołania wobec czynności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. podczas gdy faktycznie zamawiający odrzucił ofertę KenBIT na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.
2. Zamawiający zaskarżając do Sądu Okręgowego wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2013 r. nie mógł przyjąć, iż doszedł do wniosku, że takie same błędy popełnił w stosunku do obydwu ofert, skoro złożenie skargi oznacza, iż nie poczytuje on swoich czynności za błędne, podczas gdy treść skargi zamawiającego wskazuje jednoznacznie, iż zamawiający kwestionuje tylko i wyłącznie orzeczenie w zakresie stwierdzenia naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 P.z.p. w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 P.z.p. w zakresie oferowania przez zamawiającego za odwołującego, natomiast w pozostałym zakresie stwierdzone naruszenia zamawiający uznaje jako własne błędy.

W uzasadnieniu postawionych zarzutów zamawiający wskazał, że KIO nie wskazała jaki przepis został przez zamawiającego naruszony przy czynnościach wyboru najkorzystniejszej oferty. KIO wskazała, iż czynności zamawiającego naruszyły zasadę równego traktowania wykonawców i pozbawiły wykonawców możliwości skorzystania z ich ustawowych uprawnień. KIO nie wskazała konkretnych uprawnień, które miałyby przysługiwać wykonawcom, a zamawiający nie rozumie w jaki sposób i których uprawnień pozbawił wykonawców. Według skarżącego, już sam fakt złożenia odwołania przez TTcomm

wskazuje, że takie uprawnienia nie zostały naruszone. W ocenie skarżącego to brak reakcji na dostrzeżone uchybienia ustawy P.z.p. przez zamawiającego spowodowałby naruszenie zasady równego traktowania. Skarżący podnosi też, że jeżeli zamawiający, po dokonaniu czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, dojdzie do wniosku, że w toku badania i oceny ofert popełnił błąd, mogący mieć wpływ na wynik postępowania, w takiej sytuacji ma prawo, a nawet obowiązek, czynność badania i oceny ofert powtórzyć. Wobec tego zamawiający uważa, iż nie dopuścił się niezgodnych z przepisami ustawy czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Według skarżącego, z treści samego uzasadnienia wyroku KIO wynika, że nie został uwzględniony zarzut odwołującego naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p. w zw. z art. 22 ust. 1 P.z.p. Nie ulega więc wątpliwości, że odwołanie w tym zakresie winno być oddalone, czego KIO nie uczyniło. Ten brak ma istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia o kosztach postępowania. KIO rozstrzygając o kosztach nie uwzględniło faktycznego wyniku sprawy. Ponadto skarżący wskazuje, że KIO dokonując ustaleń w sprawie, wyciągnęła wnioski, które nie mają potwierdzenia w zebranych materiale dowodowym i powodują sprzeczność istotnych ustaleń KIO z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego.

Ostatecznie skarżący podniósł, że KIO argumentując za swoim rozstrzygnięciem, przyjęła że zamawiający zaskarżając do Sądu Okręgowego w Krakowie wyrok KIO z dnia 14 marca 2013 roku nie mógł przyjąć, iż doszedł do wniosku, że takie same błędy popełnił w stosunku do obydwu ofert, skoro złożenie skargi oznacza, iż nie poczytuje on swoich czynności za błędne. Tymczasem w skardze na ten wyrok zamawiający nie kwestionował ustalenia wadliwości dokonanych czynności, ale tylko orzeczenie w zakresie stwierdzenia naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 P.z.p. w zw. art. 87 ust. 2 pkt 3 P.z.p. w zakresie oferowania przez zamawiającego za odwołującego aktualizacji oprogramowania dla modemów z pkt 1.5 i 2.5 specyfikacji technicznej.

TTcomm w odpowiedzi na skargę wniósł o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie jest zasadna.

W ocenie Sądu Okręgowego podniesione przez zamawiającego zarzuty nie mogą doprowadzić do zmiany lub uchylenia zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej.

W pierwszej kolejności należy się odnieść do zarzutów skarżącego dotyczących sprzeczności istotnych ustaleń KIO z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego. Zarzut ten nie może być uznany za skuteczny. Skarżący co prawda trafnie podnosi, że w zawiadomieniu z dnia 21 lutego 2013 roku zamawiający poinformował m.in. o odrzuceniu oferty KenBIT na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 P.z.p., ponieważ jej treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, i od tej czynności zamawiającego KenBIT nie wniósł odwołania. Zatem KIO nieprawidłowo ustaliła, że w/w podmiot nie wniósł odwołania od odrzucenia jego oferty przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust.2 pkt 3 P.z.p. Jednak z treści skargi zamawiającego nie wynika w jaki sposób powyższe błędne ustalenie KIO miało mieć istotny wpływ na rozstrzygnięcie w przedmiocie odwołania TTcomm od czynności zamawiającego z dnia 30 kwietnia 2013 roku. Istotnym bowiem dla rozstrzygnięcia tego odwołania był brak odwołania się przez firmę KenBIT od czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu jej oferty, a nie podstawa prawna, którą zamawiający wskazał w uzasadnieniu swojej decyzji.

Za chybiony należy z kolei uznać zarzut błędnego ustalenia przez KIO, że zamawiający zaskarżając do Sądu Okręgowego wyrok KIO z dnia 14 marca 2013 roku nie mógł przyjąć, iż doszedł do wniosku, że takie same błędy, jak w przypadku oferty TTcomm, popełnił także w stosunku do oferty KenBIT. Wskazać trzeba, że takiego ustalenia KIO w ogóle nie poczyniła, gdyż przedmiotem jej ustaleń był jedynie fakt, iż w dniu 9 kwietnia 2013 roku zamawiający wniósł skargę na wyrok z dnia 14 marca 2013 roku do Sądu Okręgowego w Krakowie (por. k.116 - str. 11 uzasadnienia wyroku z dnia 24.05.2013r.). Natomiast stwierdzenie, wskazane przez skarżącego jako ustalenie faktyczne, było elementem wyrażonej przez KIO oceny prawnej ustalonego stanu faktycznego (k. 118/2 - str. 16 uzasadnienia wyroku z dnia 24.05.2013r.). Podnieść należy, że dokonanie oceny prawnej nie jest elementem stanu faktycznego istniejącego w danej sprawie, a dokonanie jej weryfikacji w ramach kontroli instancyjnej nie mieści się w zarzucie dotyczącym błędnych ustaleń

faktycznych. Na marginesie jednak zauważyć trzeba, iż pogląd wyrażony przez KIO, co do braku spójności twierdzeń i działań zamawiającego jest w pełni logiczny i uzasadniony. Nie sposób bowiem nie dostrzec, że zamawiający zaskarżył wyrok KIO z dnia 14 marca 2013 roku (sygn. akt 487/13) w całości, domagając się w skardze do Sądu Okręgowego zmiany zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie odwołania wykonawcy TTcomm. Biorąc pod uwagę zakres zaskarżenia wyroku z dnia 14 marca 2013 roku oraz wnioski zawarte w skardze, całkowicie niezrozumiałe są twierdzenia skarżącego, że podzielał argumentację KIO wyrażoną w uzasadnieniu tego wyroku i postąpił zgodnie z nią także w stosunku do odrzuconej uprzednio oferty KenBIT. Wyraźnie trzeba stwierdzić, że takie twierdzenia skarżącego są nielogiczne. Jeśli z jednej strony, wnosząc skargę na wyrok z dnia 14 marca 2013 roku, dążył on do zmiany tego wyroku i oddalenia odwołania firmy TTcomm od jego czynności z dnia 21 lutego 2013 roku, a zatem zmierzał do utrzymania w mocy odrzucenia oferty tego podmiotu z uwagi na stwierdzoną niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, to powstaje racjonalne pytanie, jak z drugiej strony mógł akceptować poglądy KIO o naruszeniu przy podejmowaniu tej czynności przepisów ustawy prawo zamówień publicznych. Takiego zachowania nie da się logicznie i racjonalnie pogodzić, a wszelka argumentacja w tym zakresie nie może być uznana za przekonującą, co trafnie podniosła KIO w uzasadnieniu wyroku z dnia 24 maja 2013 roku.

Przechodząc do dalszych rozważań stwierdzić należy, że nie są zasadne także zarzuty w przedmiocie naruszenia przepisów ustawy prawo zamówień publicznych. W szczególności nie może być uznany za trafny zarzut naruszenia art. 192 ust.1 i 2 P.z.p. Przepisy te stanowią, iż o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu KIO orzeka w wyroku, zaś w pozostałych przypadkach KIO wydaje postanowienie (ust.1), a także iż KIO uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (ust.2). Przepis art. 192 ust.1 mógłby więc zostać naruszony przez KIO wówczas, gdyby rozstrzygając merytorycznie odnośnie wniesionego odwołania, a więc uwzględniając je lub oddalając, orzekał w tym zakresie w formie postanowienia, zamiast wyroku, bądź gdyby wyrokiem KIO orzekał o innym sposobie zakończenia postępowania wywołanego odwołaniem, niż jego uwzględnienie albo oddalenie. Z kolei naruszenie art. 192 ust.2 P.z.p. miałyby miejsce, gdyby KIO stwierdziło naruszenie przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, mające istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, ale odwołania nie uwzględniło. Natomiast nie może stanowić naruszenia tego przepisu uwzględnienie odwołania w przypadku stwierdzenia spełnienia przesłanek w nim określonych.

Zdaniem Sądu Okręgowego nie jest też trafny zarzut naruszenia art. 180 ust.1 P.z.p. Zgodnie z tym przepisem odwołanie do KIO przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy prawo zamówień publicznych. Przepis ten określa w sposób ogólny przedmiot odwołania do KIO. Jak wskazuje się w literaturze z przepisu tego wynika, że po pierwsze odwołaniem mogą być objęte jedynie czynności lub zaniechania w toku postępowania o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 2 pkt 7 a P.z.p. Zatem mogą nim być zaskarżane czynności dokonane lub zaniechania czynności obowiązkowych w okresie pomiędzy publicznym ogłoszeniem o zamówieniu lub przesłaniem zaproszenia do składania ofert albo przesłaniem zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub - w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki - wynegocjowania postanowień takiej umowy, aż do czasu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast odwołanie nie może dotyczyć czynności podejmowanych w trakcie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada wyrażona w art. 180 ust.1 P.z.p. została ograniczona w przypadkach zamówień publicznych o wartości niższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.8 P.z.p., o czym stanowi art. 180 ust.2, który ogranicza możliwość wniesienia odwołania w takich postępowaniach tylko do czynności dokładnie w nim wymienionych. W niniejszej sprawie nie było sporu co do tego, że odwołanie dotyczy czynności zamawiającego podjętej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także iż nie dotyczy postępowania o wartości zamówienia niższej niż określona w art. 180 ust.2. Nie było zatem przeszkód do merytorycznego rozpoznania przedmiotowej skargi przez KIO, zwłaszcza iż brak było zarzutów odnoszących się do ewentualnych uchybień formalnych odwołania wniesionego przez TTcomm.

Zdaniem Sądu Okręgowego nie można też podzielić zarzutów skarżącego, iż KIO błędnie uznało, że zamawiający podejmując czynność z dnia 30 kwietnia 2013 roku naruszył przepisy ustawy prawo zamówień publicznych w sposób mający istotny wpływ na

wynik postępowania. W ocenie Sądu Okręgowego niezasadne są twierdzenia skarżącego, iż KIO nie wskazała jakie przepisy powyższej ustawy zostały naruszone przez zamawiającego.

Jakkolwiek rzeczywiście w treści rozważań zawartych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wprost nie wskazano poszczególnych artykułów P.z.p., to jednak z treści motywów wyroku z dnia 24 maja 2013 roku wynika sposób nie budzący jakichkolwiek wątpliwości, że KIO podzieliła wszystkie zarzuty podniesione w odwołaniu przez TTcomm, z wyjątkiem art. 24 ust.2 pkt 4 w związku z art. 22 ust.1 P.z.p. Biorąc pod uwagę także i to, że z treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika, iż KIO stwierdziła naruszenie zasady równego traktowania wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia, dokonanie błędnej wykładni wyroku KIO z dnia 14 marca 2013 roku., uwzględnienie jako najkorzystniejszej oferty już wcześniej prawomocnie odrzuconej, jasne jest, iż stwierdzone naruszenia dotyczyły podniesionych w odwołaniu art. 91 ust.1 w związku z art. 89 ust.1 pkt 2 P.z.p., art. 192 ust.3 pkt 1 P.z.p., art. 7 ust.1 i 3 P.z.p. w związku z art. 85 ust.2 i 4 P.z.p., art. 8 ust. 1 P.z.p.

W ocenie Sądu Okręgowego nie można uznać, aby stanowisko KIO było w tym zakresie błędne. Podkreślić należy, że tryb postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego jest bardzo dokładnie uregulowany w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 roku, a także w warunkach konkretnego zamówienia zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Regulacje te mają stworzyć dla wszystkich potencjalnych wykonawców równe szanse na uzyskanie danego zamówienia publicznego, dając im jednocześnie te same uprawnienia oraz nakładając identyczne obowiązki. Zasadę tę wyraża art. 7 ust. 1 P.z.p. stanowiąc, iż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Z treści tego przepisu wynika w sposób jednoznaczny, że zamawiający w toku postępowania o zamówienie publiczne nie może podejmować czynności uprzywilejowujących jednych wykonawców w stosunku do innych. Jest to podstawowa zasada przedmiotowego postępowania, która z jednej strony gwarantować ma równe szanse w uzyskaniu zamówienia przez wszystkie ubiegające się podmioty, a z drugiej strony ma zapewniać zamawiającemu wybór rzeczywiście najkorzystniejszej oferty w rozumieniu art. 2 pkt 5 P.z.p.

Przepisy ustawy prawo zamówień publicznych przewidują dla uczestników tego postępowania określone środki ochrony prawnej, z których dany podmiot może, ale nie musi korzystać. Oczywistą jest kwestią, iż zależy to stanowiska danego podmiotu ubiegającego się o udzielenie zamówienia. O przysługujących w tym zakresie prawach zamawiający ma obowiązek pouczyć potencjalnych wykonawców w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ust.1 pkt 17 P.z.p.). Nie budzi wątpliwości także, iż każdy podmiot zgłaszający swoją ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia działa we własnym interesie, a nie w interesie pozostałych uczestników, którzy stanowią dla niego konkurencję. Jeśli zatem dany wykonawca decyduje się na wniesienie odwołania od niekorzystnej dla niego czynności (bądź zaniechania) zamawiającego, to czyni we własnym imieniu, z uwagi własny interes, nie działa zaś w interesie innych podmiotów, którzy sami nie wnieśli odwołania. Podnieść też trzeba, że zgodnie z art. 179 ust. 1 P.z.p. środki ochrony prawnej (w tym odwołanie) przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy prawo zamówień publicznych. Z powyższego przepisu wynika, wręcz iż dla skutecznego wniesienia odwołania dany podmiot musi wykazać się posiadaniem interesu w zaskarżeniu konkretnej czynności (zaniechania) zamawiającego. Dlatego też nie tylko nie ma on jakiegokolwiek celu we wniesieniu środka ochrony prawnej w interesie innego podmiotu, ale także nie posiada do tego stosownej legitymacji. Jeśli tak, to wyrok wydany na skutek zaskarżenia czynności (zaniechania) zamawiającego może wywierać jedynie wpływ na sytuację skarżącego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ewentualnie oddziałując niekorzystnie na sytuację innych podmiotów wciąż uczestniczących w tym postępowaniu (co może mieć miejsce np. gdy uchylona zostanie czynność odrzucenia oferty odwołującego się, co ma wpływ na sytuację innych podmiotów, których oferty wcześniej nie zostały odrzucone, zwiększając tym samym liczbę konkurentów). Natomiast nie może wywierać jakichkolwiek skutków korzystnych dla podmiotów, które na skutek czynności (zaniechania) zamawiającego znalazły się podobnej sytuacji jak odwołujący się, lecz z możliwości wniesienia środków ochrony prawnej nie skorzystały, godząc się niejako na konsekwencje wynikające z danej czynności zamawiającego.

Przenosząc powyższe ogólne reguły na stan faktyczny istniejący w tej sprawie stwierdzić należy, że prawidłowo KIO oceniła czynności zamawiającego jako sprzeczne ze wskazanymi wcześniej przepisami ustawy prawo zamówień publicznych. Jeśli bowiem w dniu 21 lutego 2013 roku zostały odrzucone jedyne dwie oferty złożone w toku przedmiotowego przetargu, co skutkowało unieważnieniem samego przetargu, z uwagi na brak jakiegokolwiek oferty nie podlegającej odrzuceniu, a czynność ta została zaskarżona w drodze odwołania jedynie przez wykonawcę TTcomm, zaś wykonawca KenBIT odwołanie nie wniósł, to wyrok wydany na skutek odwołania KIO nie może wpływać w jakikolwiek sposób na sytuację KenBIT w tym postępowaniu. Wobec tego podmiot czynność zamawiającego stała się wiążąca, a więc jego oferta została skutecznie i „prawomocnie” odrzucona. Przed wydaniem wyroku przez KIO w dniu 14 marca 2013 roku zamawiający nie podejmował jakichkolwiek czynności odnośnie oferty tego podmiotu, co jest logiczne i racjonalne, skoro ją odrzucił. Po wyroku z dnia 14 marca 2013 roku, który jak trafnie stwierdziła KIO, dotyczył jedynie ofert, które pozostały nie odrzucone, a więc praktycznie wyłącznie oferty TTcomm, podmiot ten miał prawo wnioskować, że jego oferta jest jedyną pozostającą w trwającym postępowaniu, co oczywiście miało istotne znaczenie z punktu widzenia możliwości uzyskania zamówienia, a więc osiągnięcia celu w jakim podmiot ten przystąpił do postępowania o udzielenie zamówienia. Z tego powodu samodzielne przywrócenie przez zamawiającego do przedmiotowego postępowania oferty KenBIT niewątpliwie narusza zasadę określoną w art. 7 ust.1 P.z.p., gdyż nie może być uznane za równe traktowanie podmiotów doprowadzenie do sytuacji, gdy jeden z nich pozostał w dalszym toku postępowania przetargowego wyłącznie na skutek podjęcia o to skutecznej walki na przysługującej mu drodze prawnej, zaś drugi pomimo tego, że nie zaskarżył czynności polegającej na odrzuceniu jego oferty i tak uczestniczył dalej w tym postępowaniu, jedynie na skutek woli zamawiającego. Takie zachowanie zamawiającego narusza też zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o której stanowi art. 8 ust.1 P.z.p. Nie jest bowiem jawnym i przejrzystym dla uczestników postępowania podejmowanie przez zamawiającego czynności nie przewidzianych przez ustawę prawo zamówień publicznych, specyfikację istotnych warunków zamówienia, a także nie wynikających z wiążących strony orzeczeń KIO lub sądu.

Konsekwencją powyższych naruszeń jest z kolei naruszenie art. 7 ust.3 P.z.p. w związku z art. 89 ust.1 pkt 1 P.z.p., polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty, która została już skutecznie odrzucona, a zatem nie mogła być brana pod uwagę na etapie oceny poszczególnych ofert pod kątem podanych w SIWZ kryteriów oceny ofert.

Powyższe argumenty prowadzą do wniosku, że KIO w zaskarżonym wyroku prawidłowo dostrzegła naruszenie przepisów ustawy prawo zamówień publicznych. Jest także rzeczą oczywistą, że wskazane naruszenia miały wpływ na wynik postępowania o udzielenia zamówienia, skoro w ich konsekwencji za najkorzystniejszą wybrano ofertę, która w ogóle nie mogła być brana pod uwagę. Na koniec tej części rozważań należy stwierdzić, że w sposób bardzo ostrożny należy podchodzić do jakichkolwiek czynności zamawiającego nie mających wprost podstawy prawnej w obowiązujących przepisach ustawy prawo zamówień publicznych, podanych do wiadomości zainteresowanych SIWZ, a także nie wynikających z bezpośrednio wiążących uczestników postępowania wyroków KIO i sądów, gdyż takie samodzielne czynności zamawiającego naruszają jawne i czytelne dla wszystkich podmiotów zasady regulujące przebieg danego postępowania o udzielenie zamówienia, co prowadzić może do naruszenia podstawowych zasad tego postępowania, a więc równego traktowania wykonawców oraz jawności.

Odnosząc się do zarzutów skarżącego dotyczących braku oddalenia odwołania TTcomm w zakresie zgłoszonego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4 P.z.p. w związku z art. 22 ust.1 P.z.p., stwierdzić należy, iż przedmiotem skargi może być jedynie istniejący wyrok KIO w zakresie zawartych w nim rozstrzygnięć, a rozstrzygnięcie KIO, którego w wyroku nie zawarto. Jeśli zdaniem skarżącego KIO w swoim wyroku z dnia 24 maja 2013 roku nie orzekła o całości żądań odwołującego, to podmiot ten winien złożyć stosowny wniosek o uzupełnienie tego wyroku. Zgodnie z art. 185 ust.7 P.z.p. do postępowania odwoławczego, toczącego się przed KIO, znajdują odpowiednie zastosowanie przepisy kodeksu postępowania cywilnego o sędzie polubownym (arbitrażowym). W związku z powyższym zastosowanie znaleźć mógł także przepis art. 1202 k.p.c. dotyczący możliwości wystąpienia z wnioskiem o uzupełnienie wyroku wydanego przez KIO co do żądań zgłoszonych w postępowaniu, o których nie orzekła ona w wyroku. Jeśli takiego wniosku skarżący nie złożył, to obecnie nie może zaskarżać wyroku w części, której on nie obejmuje.

Podnieść należy także, że uwzględnienie odwołania w całości w toku postępowania przed KIO, tak jak i w toku postępowania przez sądem powszechnym, może mieć miejsce także wówczas, gdy nie wszystkie powołane zarzuty okazały się ostatecznie zasadne i skuteczne. Istotny jest bowiem zakres zaskarżenia wskazany w odwołaniu, a także sformułowane żądania co do zaskarżonego wyroku (jego zmiany bądź uchYLENIA). Żądania skarżącego mogą być uwzględnione w całości, choćby tylko część zarzutów była trafna. Taka sytuacja nie powoduje jednak konieczności oddalenia odwołania w zakresie zarzutów uznanych za chybione, jeśli zarzuty uznane za słuszne i tak doprowadziły do rozstrzygnięcia, którego domagał się odwołujący. Zauważyć też trzeba, że rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów postępowania jest uzależnione od końcowego wyniku postępowania, a więc od tego czy żądania skarżącego zostały uwzględnione, czy też nie, a nie od oceny poszczególnych zgłoszonych przez niego zarzutów. Stanowi o tym art. 192 ust. 10 P.z.p., zgodnie z którym strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Skoro KIO uwzględniła odwołanie, nie oddalając go w jakiegokolwiek części, to prawidłowo obciążyła kosztami tego postępowania odwołującego. Dla uwzględnienia zarzutów skarżącego nie może mieć jakiegokolwiek znaczenia okoliczność błędnego wskazania przez KIO podstawy prawnej rozstrzygnięcia przedmiocie kosztów. Powyższe uchybienie, jakkolwiek rzeczywiście istniejące, nie budzi wątpliwości co do przesłanek, którymi kierowała się KIO wydając orzeczenie w przedmiocie kosztów, gdyż wskazała ona, że było ono uzależnione od wyników postępowania.

W tym stanie rzeczy skargę zamawiającego należało uznać za bezzasadną, co skutkowało jej oddaleniem, o czym Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 198f ust.2 P.z.p.. O kosztach niniejszego postępowania skargowego Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 198f ust. 5 P.z.p. Kwotę zasądzoną od zamawiającego na rzecz wykonawcy stanowi wynagrodzenie profesjonalnego pełnomocnika reprezentującego TTcomm w tym postępowaniu, a jego wysokość określono na podstawie §2, §6 pkt 7, i §13 ust.1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (tj. Dz.U. z 2013r. poz. 461), przy uwzględnieniu wartości przedmiotowego postępowania.