

Urząd Zamówień Publicznych

WYROK

U RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 maja 2008 r

Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny Odwoławczy
w składzie:

Przewodniczący: SSO Ewa Cylic

Sędziowie: SO Agnieszka Fronczak

SR (del.) Joanna Staszewska

Protokolant: apl. sąd. Aleksandra Kossuda

po rozpoznaniu w dniu 15 maja 2008 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy ze skargi odwołującego się wykonawcy CONSORTIA Sp. z o.o. w Warszawie
przeciwko zamawiającemu Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa
z udziałem Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. w Warszawie
o udzielenie zamówienia publicznego

na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2008 r., sygn. KIO/UZP8/08

1. zmienia zaskarżone postanowienie w ten sposób, że uwzględnia odwołanie wykonawcy - CONSORTIA Sp. z o.o. w Warszawie i nakazuje zamawiającemu - Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa oddalenie w całości protestu wykonawcy - Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. w Warszawie z dnia 21 grudnia 2007 r.,
2. zasądza od zamawiającego - Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa na rzecz skarżącego wykonawcy CONSORTIA Sp. z o.o. w Warszawie kwotę 6.232 (sześć tysięcy dwieście trzydzieści dwa) złote tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego i skargowego.

Na oryginale właściwe podpisy

Za zgodność

■n STAŻ

„ -

\xA

REFERENT

Kami

AZYSTA

Kamii

koibska

Sygn. akt V Ca 620/08

UZASADNIENIE

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, którego przedmiotem była zakup i dostawa 3000 sztuk komputerów (nr referencyjny sprawy BZP-2610-29/2007), zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Consortia sp. z o.o. w Warszawie.

Wybór tej oferty został oprotestowany przez innego uczestnika przetargu - Intertrading Systems Technology sp. z o.o. w Warszawie, który zarzucał niezgodność oferty wybranej ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

Spółka Consortia, której ofertę uznano za najkorzystniejszą, zgłosiła swój udział w postępowaniu protestacyjnym po stronie zamawiającego, w opozycji do wnoszącego protest.

Zamawiający poinformował, że uwzględniając częściowo zarzuty protestu unieważnia czynność wyboru oferty i przeprowadzi ponowne badanie i ocenę ofert, a następnie dokona ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W związku z takim rozstrzygnięciem protestu firma Consortia wniosła odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych domagając się nakazania zamawiającemu oddalenia protestu spółki Intertrading Systems Technology.

Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) postanowieniem z dnia 31 stycznia 2008r. odrzuciła to odwołanie przyjmując, że - wobec spóźnionego i w związku z tym nieskutecznego przystąpienia Consortia sp. z o.o. w Warszawie do postępowania protestacyjnego - odwołanie nie było poprzedzone przystąpieniem do postępowania toczącego się w wyniku wniesionego protestu i podlega odrzuceniu na mocy art. 187 ust. 4 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (pzp).

Spółka Consortia wniosła skargę na powyższe postanowienie, zaskarżając je w całości i zarzucając:

- I. naruszenie prawa materialnego, a mianowicie: 1. art. 27 pzp przez błędną

wykładnię, w świetle której Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że istnieje obowiązek aby forma porozumiewania się uczestników postępowania była taka sama (symetryczna) dla zamawiającego i wykonawców; 2. art. 181 ust.

4 pzp dokonana w związku z art. 61 § 1 kc poprzez błędne przyjęcie przez KIO, iż wywołuje skutki prawne (w zakresie rozpoczęcia biegu terminu) otrzymanie informacji o wniesieniu protestu w jakiegokolwiek formie, a nie zgodnie z art. 27 pzp; 3. art. 181 ust. 4 pzp poprzez błędne przyjęcie przez KIO, iż oświadczenie o przystąpieniu do postępowania, jakie toczyło się w wyniku wniesienia protestu przez Intertrading Systems Technology sp. z o.o. w Warszawie nastąpiło uchybieniem terminu;

II. sprzeczność ustaleń faktycznych z przedstawionym materiałem dowodowym, poprzez przyjęcie, że SIWZ dopuszczała wysyłanie przez zamawiającego do wykonawców korespondencji za pośrednictwem faksu - co stoi w sprzeczności z pkt 1 i 3 rozdziału X SIWZ;

III. naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie: 1. art. 187 ust. 4 pkt 2 w zw. z art. 181 ust. 4 pzp poprzez błędne przyjęcie przez KIO, iż odwołanie wniesione przez skarżącego nie zostało poprzedzone przystąpieniem do postępowania, jakie toczyło się w wyniku wniesienia protestu przez Intertrading Systems Technology sp. z o.o. w Warszawie; 2. art. 192 ust. 2 pzp poprzez niewskazanie przez KIO faktów, które uznała za udowodnione, dowodów na których się oparła oraz przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej.

Wskazując na powyższe skarżąca Spółka wniosła o zmianę kwestionowanego postanowienia i rozpatrzenie jej odwołania co do istoty (powołując argumenty co do niezasadności przyjmowania, iż jej oferta nie odpowiada wymogom SIWZ), uwzględnienie tego odwołania i nakazanie zamawiającemu oddalenie protestu Intertrading Systems Technology sp. z o.o. w Warszawie z dnia 21 grudnia 2007r.

Zamawiający w odpowiedzi na powyższą skargę wnosił o jej oddalenie.

Do postępowania sądowego toczącego się na skutek wniesienia skargi zgłosiła swój udział, po stronie zamawiającego, spółka Intertrading Systems Technology domagając się w pierwszej kolejności odrzucenia skargi, a na wypadek nieuwzględnienia tego wniosku - jej oddalenia.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje;

Skarga spółki Consortia, wykonawcy biorącego udział w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zasługuje na uwzględnienie gdyż trafnie zarzuca wadliwość orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej i słusznie wykazuje błędność decyzji zamawiającego uwzględniającej protest wykonawcy Intertrading Systems Technology sp. z o.o. w Warszawie.

Skarga ta została poddana przez Sąd Okręgowy merytorycznemu rozpoznaniu, albowiem Sąd w składzie tu orzekającym nie podzielił stanowiska Intertrading Systems Technology sp. z o.o. w Warszawie, iż w okolicznościach tej sprawy zachodzą przesłanki do odrzucenia skargi z powodu niedoręczenia jej odpisu temu podmiotowi.

Zdaniem Sądu Okręgowego wykonawca Intertrading Systems Technology sp. z o.o. w Warszawie, choć brał udział w postępowaniu odwoławczym przystępując do niego po stronie zamawiającego, nie jest „przeciwnikiem skargi”, któremu zgodnie z art. 195 ust. 2 pzp skarżący winien przesłać odpis skargi, jako warunek jej skutecznego wniesienia.

Orzekający Sąd Okręgowy przyjmuje w tym przedmiocie za własny pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w postanowieniu z dnia 19 czerwca 2007r., sygn. akt III CZP 25/2007 (Lex 306787).

Należy zwrócić uwagę - co też akcentuje Sąd Najwyższy w uzasadnieniu powołanego

wyżej postanowienia, ale też w uzasadnieniu uchwały z dnia 07 grudnia 2007r. rozstrzygającej zagadnienie prawne przedstawione przez tutejszy Sąd Okręgowy (sygn. akt III CZP 123/07 Biul. SN 2007/12/7) - że ustawodawca w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych wyraźnie wyodrębnia wykonawcę przystępującego do postępowania odwoławczego oraz stronę postępowania, do której przystępuje (art. 184 ust. 4, art. 184 ust. 5, art. 192 ust. 5 pzp). Obecnie obowiązujące rozporządzenie wykonawcze Rady Ministrów z dnia 02 października 2007r. (Dz. U. nr 187) w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań również wyraźnie wskazuje na „stronę” i „uczestnika” (choć należy przyznać, że wcześniejsze rozporządzenie z 17 maja 2006r., znajdujące zastosowanie do omawianego przypadku, takiego rozróżnienia nie zawierało, co nie było adekwatne do treści ustawy).

Przechodząc do ustosunkowania się do zasadniczych, merytorycznych problemów tej sprawy wskazać po pierwsze należy, że słusznie skarżący kwestionuje stanowisko KIO odnośnie przyjęcia rozpoczęcia biegu terminu dla tego wykonawcy do przystąpienia do postępowania protestacyjnego na dzień 24 grudnia 2007r., kiedy to zamawiający przekazał faksem informację o wniesieniu protestu.

Zgodnie z przepisem art. 181 ust. 4 pkt 1 pzp uczestnikami postępowania toczącego się w wyniku protestu stają się wykonawcy, którzy mają interes prawny w tym, aby protest został rozstrzygnięty na korzyść jednej ze stron i którzy przystąpili do postępowania **w terminie trzech dni od dnia otrzymania wezwania od zamawiającego** (ust. 3 cyt. przepisu).

Z kolei sposób porozumiewania się zamawiającego i wykonawców - a więc sposób składania oświadczeń, wniosków, zawiadomień i informacji - określa zamawiający (art. 27 ust. 1 pzp).

W formie wybranej przez zamawiającego powinno odbywać się porozumiewanie uczestników postępowania i zachowanie tej formy będzie też decydowało o terminowości określonych działań.

W omawianej sprawie zamawiający skorzystał z powyżej wskazanej prerogatywy i sposób komunikowania się uczestników postępowania o udzielenie tego zamówienia publicznego określił w rozdziale X SIWZ.

Sąd Okręgowy podziela pogląd skarżącego, że treść tego rozdziału Specyfikacji jednoznacznie wskazuje, że podstawowym sposobem przekazywania wszelkich oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji przewidzianym zarówno dla zamawiającego jak i wykonawców była forma pisemna.

W punkcie 3 zawarto jednak dodatkowe postanowienie o dopuszczeniu przez zamawiającego przekazywania oświadczeń, wniosków i zawiadomień oraz informacji za pomocą faksu.

Sąd Okręgowy - inaczej niż skład KIO - stoi na stanowisku, że wskazanie w *tych* fragmencie SIWZ numeru faksu zamawiającego, jak również podanie wymogów, pod jakimi zamawiający będzie uznawał, że oświadczenia, wnioski, zawiadomienia i informacje przekazywane faksem zostały **w stosunku do niego** złożone w terminie, świadczy właśnie o tym, że zamawiający przewidział dodatkową możliwość komunikacji faksowej **jedynie dla wykonawców**.

Stwierdzenie przez KIO, że forma porozumiewania się uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinna być taka sama dla zamawiającego i wykonawców jest niezasadne, a przede wszystkim nie znajduje umocowania w przepisach prawa - szczególnie w przepisie art. 27 pzp.

Powoływana regulacja zastrzega jedynie, że wybrany sposób komunikacji nie może ograniczać konkurencji i że zawsze dopuszczalna jest forma pisemna, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie. Co więcej - sformułowanie treści ust. 2 art. 27 pzp -

Jeżeli zamawiający **lub** wykonawca...” może potwierdzać, że ustawodawca dopuszcza taką sytuację, gdy tylko jedna ze stron korzysta z faksowej lub elektronicznej drogi komunikacji.

Wybranie, jako podstawowej i obowiązującej wszystkich uczestników, formy komunikacji pisemnej, z dopuszczeniem możliwości przekazywania faksowego oświadczeń, wniosków, zawiadomień i informacji przez wykonawców nie narusza wskazanych wyżej reguł. Może wręcz przemawiać na korzyść sprawności przebiegu postępowania, albowiem z jednej strony minimalizuje ewentualność zarzucania zamawiającemu niedokładności w komunikacji (forma pisemna), a z drugiej (faks) zapewnia wykonawcom możliwość szybkiego reagowania i podejmowania działań w danym etapie postępowania, a zamawiającemu - szybkie uzyskiwanie wiedzy o czynnościach uczestników, które to mogą decydować o biegu i losach postępowania.

Także sam przebieg postępowania - wbrew tezę uzasadnienia postanowienia KIO - nie może potwierdzać dopuszczalności przekazywania informacji drogą faksową również przez zamawiającego. Przeczy temu choćby postępowanie samego zamawiającego w tym konkretnym przypadku, który - oprócz przekazania informacji faksem - dokonał czynności z art. 181 ust. 3 również drogą pisemną, choć nie było to wymagane w SIWZ, ani nie wymaga tego ustawa (art. 27 w brzmieniu obowiązującym dla omawianego postępowania przewiduje jedynie potwierdzenie faktu otrzymania faksu, na żądanie strony).

Kwalifikowanie opisanej w art. 181 ust. 3 pzp czynności zamawiającego (przekazanie kopii wniesionego protestu wraz z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu protestacyjnym) jako oświadczenia woli w znaczeniu materialnoprawnym regulowanym co do momentu jego złożenia przepisem art. 61 § 1 kc również budzi wątpliwości orzekającego Sądu Okręgowego.

„Oświadczenie woli” to działanie ukierunkowane na wywołanie zamierzonego skutku prawnego związanego z dokonywaną czynnością prawną (art. 60 kc).

Przekazywanie kopii protestu i wezwanie wykonawców do przystąpienia do postępowania protestacyjnego przez zamawiającego nie jest elementem dokonywania czynności prawnej i nie wywołuje skutków materialnoprawnych; jest to czynność faktyczna podejmowana w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, regulowana przepisami o charakterze proceduralnym.

Nie można więc utożsamiać chwili dokonania tej czynności (czyli nastąpienia jej skutków) z chwilą dotarcia wiadomości o niej do odbiorcy, w jakikolwiek sposób zapewniający poznanie jej treści.

Co więcej, nawet przy „klasycznym” oświadczeniu woli jego skuteczność zależy od zachowania wymagań odpowiedniej formy (tak SN w orzeczeniu z 20.02.1967r., III CZP 88/66, OSNCP12/67 poz. 210).

Tutaj - jak wskazano wyżej - odpowiednią formą dla oświadczeń zamawiającego była tylko forma pisemna, a więc dopiero pismo, które dotarło do skarżącego 28 grudnia 2007r. może być uznane za skuteczne powiadomienie go o proteście i wezwanie do zgłoszenia udziału w postępowaniu protestacyjnym.

Zgłoszenie takiego przystąpienia przez spółkę Consortia w dniu 28 grudnia 2007r. zostało więc dokonane z zachowaniem ustawowego terminu, a to prowadzi do konieczności wskazania, że odrzucenie odwołania tego wykonawcy przez KIO było nieuzasadnione, a spowodowało również to, iż KIO uchyliła się od rozpoznania merytorycznych zarzutów tego wykonawcy odnośnie nieuzasadnionego uwzględnienia przez zamawiającego protestu Intertrading Systems Technology sp. z o.o. w Warszawie.

Te zarzuty zaś zasługują w całości na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy podziela pogląd spółki Consortia, że brak wskazania nazwy i wersji oprogramowania napędu CD-ROM (pkt 13 formularza ofertowego) nie czyni oferty tego wykonawcy niezgodną ze SIWZ, gdyż dana Specyfikacja nie wymagała podania tych danych odnośnie tego elementu.

Rację ma skarżący, że z zapisów Specyfikacji (rozdział - opis przedmiotu zamówienia; formularz ofertowy) wynika, iż zamawiający wymagał podania nazwy i wersji oprogramowania jedynie odnośnie oprogramowania zarządzającego komputerem opisanego w wierszu 15 tabeli specyfikacyjnej. Potwierdzeniem słuszności tej interpretacji jest, jak trafnie zauważa skarżący, instrukcja wypełnienia formularza ofertowego w kolumnie drugiej, gdzie zaznaczono, że wymagane jest podanie nazwy i wersji oferowanego oprogramowania, jeśli dotyczy” - czyli odnośnie tych komponentów, co do których zaznaczono konieczność podania tych danych. Nazwa i wersja oprogramowania powinna zaś być wskazana - jak zapisano w rozdziale I SIWZ, pkt 15 obu tabeli - tylko odnośnie komponentu w postaci dodatkowego oprogramowania pozwalającego na zarządzaniem komputerem w sieci.

Odpowiedź zamawiającego na pytanie oznaczone nr 12 należy odczytywać w kontekście zapisu jeśli dotyczy” zawartego w formularzu ofertowym łączonego z konkretnym, odnoszącym się tylko do jednego komponentu, wymaganiem SIWZ co do podania nazwy i wersji oprogramowania. Odpowiedzi udzielane na zapytania wykonawców nie mogą bowiem modyfikować zapisów Specyfikacji, które w tym przypadku są - zdaniem Sądu - jednoznaczne i nie budzące wątpliwości.

Trzeba też zwrócić uwagę na przywołane w uzasadnieniu skargi przykłady innych ofert, sposobu ich formułowania i braku po stronie zamawiającego wątpliwości co do odczytywania treści Specyfikacji w sposób, jak wskazano powyżej - co do których to okoliczności zamawiający nie odniósł się w toku postępowania sądowego, nie zaprzeczając im.

Słusznie więc skarżący podnosi te kwestie w motywacji swej skargi, jako dodatkowo potwierdzające zasadność jego stanowiska i wykazujące brak podstaw do unieważnienia przez zamawiającego czynności wyboru oferty skarżącego jako najkorzystniejszej, w ramach częściowego uwzględnienia protestu spółki Intertrading Systems Technology.

Mając to wszystko na uwadze Sąd Okręgowy, działając na podstawie art. 198 ust. 2 zd. 2 pzp, zmienił zaskarżone postanowienie i w uwzględnieniu odwołania Consortia sp. z o.o. w Warszawie nakazał zamawiającemu oddalenie w całości protestu Intertrading Systems Technology sp. z o.o. w Warszawie.

Z uwagi na ostateczny wynik tej sprawy, o kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 98 i 99 kpc w zw. z art. 194 ust. 2 pzp.

***Na oryginalne właściwe podpisy
Za zgodność .***

REFEREN VSTAŽYSTA

Kamili

akowska