ODPIS

Sygn. akt V Ca 1981/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 października 2012 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny-Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Joanna Wiśniewska-Sadomska (spr.)

Sędziowie: SO Agnieszka Franczak

SRdel. Joanna Machoń
Protokolant: sekr. sądowy Marta Szczęsna

po rozpoznaniu w dniu 23 października 2012 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy o zamówienie publiczne

ze skargi Skarbu Państwa - Ministra Gospodarki

przeciwko Biuru Informatyczno - Wdrożeniowemu "Koncept" Sp. z o.o. w Krakowie
z udziałem Centrum Informatyki ZETO S.A. w Białymstoku
na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 19 czerwca 2012 r,, sygn. akt KIO 1162/12

Zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że w pkt. 1 odwołanie oddala, w pkt. 2 kosztami postępowania obciąża wykonawcę Biuro Informatyczno - Wdrożeniowe „Koncept" sp. z o.o. w Krakowie i w pkt. 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę Biuro Informatyczno - Wdrożeniowe „Koncept" sp. z o.o. w Krakowie tytułem wpisu od odwołania, w pkt. 2.2 zasądza od wykonawcy Biura Informatyczno - Wdrożeniowego „Koncept" sp. z o.o. w Krakowie na rzecz Skarbu Państwa Ministra Gospodarki kwotę 3.600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego;

4

v

II. Zasądza od Biura Informatyczno - Wdrożeniowego „Koncept" sp. z o.o. w Krakowie na rzecz Skarbu Państwa - Ministra Gospodarki i Centrum Informatyki ZETO S.A. w Białymstoku kwoty po 1200 zł (tysiąc dwieście złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego w instancji odwoławczej.

Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność

ŁV/ \

\ \ * /A /

\7-' .....

-i

Sygn. akt V Ca 1981/12

Uzasadnienie

Zamawiający Skarb Państwa - Ministerstwo Gospodarki w Warszawie prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sprzętu komputerowego i oprogramowania na potrzeby funkcjonowania Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 kwietnia 2012 r. pod nr 2012/S 68-111767, na stronie internetowej zamawiającego i w jego siedzibie. Przedmiotowe postępowanie podzielone było na 2 części.

W dniu 8 maja 2012 r. wpłynęło do zamawiającego od jednego z wykonawców ubiegających się o zamówienie następującej zapytanie: „W tabeli 2B zamawiający wymaga oprogramowania SQL Server Enterprise 2008R2 na I procesor. Jednakże w/w oprogramowanie zostało już zastąpione przez nowszą wersję SQL Enterprise 2012, która jest licencjonowana na ilość rdzeni procesora. W związku z tym, czy Zamawiający dopuszcza zaoferowanie SQL Server Enterprise 2012 ? Ile rdzeni i procesorów posiada serwer na którym pracowało będzie oprogramowanie SQL Server ?". W dniu 9 maja 2012 r. zamawiający zamieścił na stronie internetowej następującą odpowiedź: „Zamawiający dopuszcza zaoferowanie nowszej wersji SQL Server Enterprise 2012 pod warunkiem, że zaoferowana licencja umożliwi korzystanie z wersji oprogramowania określonej przez Zamawiającego w Tabeli B poz. 12. Serwer posiada jeden sześciordzeniowy procesor." Otwarcie ofert odbyło się w dniu 14 maja 2012 r. w terminie wskazanym w SIWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu. Na II część zamówienia wpłynęło 6 ofert, z czego trzech wykonawców zaoferowało „starą" (poprzednią) wersję oprogramowania (w tym wykonawca, którego oferta uznana została za najkorzystniejszą - ZETO S.A.), natomiast trzech wykonawców zaoferowało nowszą wersję przedmiotowego oprogramowania. Ogłoszenie o wyborze zamieszczono na stronie internetowej zamawiającego w dniu 24 maja 2012 r. przesyłając jednocześnie do wykonawców informację o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W dniu 8 czerwca 2012 r. Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe „Koncept" Sp. z o.o. w Krakowie

wniosło odwołanie na II cześć zamówienia wobec czynności zamawiającego polegających na:

1. zaniechaniu wyjaśnienia treści oferty złożonej przez ZETO S.A. w Białymstoku w zakresie prawidłowości zaoferowania przedmiotu zamówienia, którego realizacja na rzecz zamawiającego jest możliwa - realna do wykonania po ewentualnym zawarciu umowy;

2. zaniechaniu dokonania właściwej oceny dokumentów i oświadczeń złożonych przez wykonawcę wybranej oferty;

3. zaniechaniu unieważnienia uznania za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez ZETO;

4. zaniechaniu odrzucenia oferty ZETO - uznanej za najkorzystniejszą;

5. uznaniu za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę oferującego dostawę/realizację przedmiotu zamówienia, który w dacie składania ofert nie znajdował się w obrocie gospodarczym ze względu na jego wycofanie ze sprzedaży;

6. zaniechaniu podjęcia działań mających na celu wyeliminowanie nieprawidłowości jakie wystąpiły przy wyborze najkorzystniejszej oferty na etapie oceny ofert.

W ocenie odwołującego zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 2, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 2, a w konsekwencji art. 91 PZP.

Wyrokiem z dnia 19 czerwca 2012 roku Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu - Ministerstwu Gospodarki w Warszawie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy Centrum Informatyki ZETO S.A. w Białymstoku i dokonanie ponownej oceny ofert. Kosztami postępowania obciążyła Ministerstwo Gospodarki w Warszawie i zasądziła od zamawiającego - Ministerstwa Gospodarki w Warszawie na rzecz Biura Informatyczno - Wdrożeniowego „Koncept" sp. z o. o w Krakowie kwotę 18 600 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

KIO ustaliła, że w dniu 1 kwietnia 2012 r. produkt SQL Server Enterprise 2008R2 został przez producenta zastąpiony produktem SQL Server Enterprise 2012, powołując się na pismo Microsoft z dnia 18 czerwca 2012 r., zgodnie z którym produkt Microsoft SOL Server Enterprise 2008 R2 licencjonowany „per procesor" został wycofany z cenników dystrybutorów w związku z premierą nowej wersji produktu - Microsoft SQL Server Enterprise 2012, który licencjonowany jest wyłącznie w modelu „per core" (na liczbę rdzeni). KIO nie dała wiary twierdzeniom zamawiającego i przystępującego, że poprzednia wersja produktu może być przedmiotem sprzedaży jeszcze przez dwa lata po jej wycofaniu z cenników dystrybutorów, ze względu na brak wiarygodnych dowodów. Zdaniem KIO wydruk ze strony internetowej Microsoft nie ma waloru dokumentu, jest jedynie informacją handlową skierowaną do nieokreślonego odbiorcy i jej moc dowodowa jest znikoma, natomiast z przedłożonej korespondencji mailowej nie wynika, czy osoby, które ją prowadziły, są uprawnione do składania oświadczeń wiedzy w imieniu Microsoft. KIO powołała się na treść art. 190 ust. 1 PZP o obowiązku wskazywania dowodów. KIO nie uznała także wyciągu z umowy zawartej pomiędzy przystępującym i Microsoft, albowiem został on złożony w języku angielskim, bez jego tłumaczenia na język polski, co stanowi naruszenie § 19 ust. 3 zd. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280).

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 PZP

Powyższe orzeczenie zostało zaskarżone w całości przez zamawiającego Skarb Państwa-

Ministerstwo Gospodarki, który wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i odrzucenie, względnie oddalenie odwołania, dopuszczenie dowodów wskazanych w skardze i zasądzenie kosztów procesu według norm przepisanych. Wyrokowi KIO zarzucono:

1) naruszenie art. 187 ust. I pkt. 1 PZP poprzez rozpatrzenie odwołania mimo uchybienia terminowi do jego wniesienia wynikającego z art. 182 ust. 3 pkt. 1 PZP poprzez uznanie odwołania za wniesione w terminie, podczas gdy bieg terminu na jego wniesienie rozpoczął swój bieg od dnia 9 maja 2012 r. i upłynął w dniu 19 maja 2012 r.;

2) naruszenie art. 189 ust. 2 pkt. 3 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia odwołania jako wniesionego po terminie;

3) naruszenie art. 192 ust. 3 pkt. 1 w zw. z art. 89 PZP poprzez nakazanie skarżącemu odrzucenie oferty wykonawcy Centrum Informatyki ZETO S. A. w Białymstoku i dokonanie ponownej oceny ofert w sytuacji, gdy brak jest podstaw prawnych wykonania takiego orzeczenia;

4) naruszenie prawa materialnego art. 191 PZP poprzez uznanie, że sprawa została dostatecznie wyjaśniona w sytuacji, gdy złożone zostały wzajemnie wykluczające się dokumenty potwierdzające i zaprzeczające możliwości spełnienia świadczenia przez uczestnika, a zatem nie było pewności, co do znaczenia dokumentów, zaś Izba nie dążyła do wyjaśnienia ich treści a co za tym idzie całej sprawy.

Przeciwnik skargi - Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe „Koncept" Sp. z o.o. w Krakowie wniósł o oddalenie skargi i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.

Uczestnik postępowania - ZETO S.A. w Białymstoku przyłączył się do skargi i wniósł o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.

Rozpoznając sprawę w granicach zaskarżenia, sad okręgowy zważył, co następuje:

Skarga jest zasadna, a większość podniesionych w niej zarzutów zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, iż wybrana przez zamawiającego oferta była zgodna z SIWZ. Zdaniem sądu okręgowego, jeśli odwołujący (Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe „Koncept") miał zastrzeżenia, że w SIWZ wskazano stare oprogramowanie, to powinien wnieść odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na modyfikacji, a właściwie doprecyzowaniu SIWZ dokonanej w dniu 9 maja 2012 r. i dopuszczającej zastosowanie obu wersji oprogramowania. Udzielając

odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców, zamawiający dopuścił zgłoszenie w ofertach nowszej wersji SQL Server Enterprise 2012 pod warunkiem, że zaoferowana licencja umożliwi korzystanie z wersji oprogramowania określonej przez zamawiającego w Tabeli B poz. 12, tym samym rozszerzył SIWZ, dopuszczając możliwość dostarczenia przez wykonawców także nowego oprogramowania. Biuro Informatyczno - Wdrożeniowe „Koncept" nie zakwestionowało treści SIWZ, ani nie podnosiło, że w specyfikacji dopuszczono możliwość dostarczenia starego, według ich twierdzeń, już niedostępnego na rynku oprogramowania. Biuro Koncept wniosło jedynie odwołanie od decyzji zamawiającego polegającej na wyborze oferty ZETO S.A. w Białymstoku. Nie można zatem podzielić stanowiska skarżącego o nieterminowym wniesieniu odwołania, skoro Biuro Koncept odwoływało się jedynie od decyzji o wyborze, a bezsporne jest, iż odwołanie od tej czynności złożyło w terminie. W ocenie sądu okręgowego w niniejszej sprawie nie zaistniały zatem przesłanki do odrzucenia skargi.

Sąd odwoławczy podziela natomiast zarzuty skarżącego, że wobec brzmienia SIWZ, w których zamawiający dopuścił możliwość zastosowania oprogramowania starej i nowej generacji, nie ma podstaw prawnych do odrzucenia oferty spółki ZETO jako niezgodnej z SIWZ. Rację ma skarżący, iż wykonanie wyroku KIO skutkować może odwołaniem uczestnika na niezgodną z prawem czynność zamawiającego. Trafnie także podniósł, iż pozostałyby jeszcze inne oferty oferujące oprogramowanie starego typu, których odrzucenia nie nakazała Izba, co powodowałoby nierówne traktowanie wykonawców. Przypomnieć tu należy art. 7 ust.l PZP, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W ocenie sądu odwoławczego nie można podzielić stanowiska KIO, że wprowadzenie na rynek nowego programu powoduje automatycznie wycofanie z rynku poprzednich programów komputerowych. Do wniosku takiego nie uprawnia także treść aktualnego cennika, w którym podano jedynie cenę za najnowsze oprogramowanie Microsoftu. Takie działanie spółki Microsoft jest zgodne z przyjętą strategią reklamową, lansowany jest nowy produkt i tylko on jest wymieniany w cennikach, co nie oznacza, że starsze wersje oprogramowania są niedostępne. Należy nadto podkreślić, iż zwykle nowsze wersje programów wymagają sprzętu o lepszych parametrach technicznych, stąd też dla użytkowników sprzętu starszej generacji dostępne jest zwykle starsze oprogramowanie. W przypadku przeprowadzonego przez zamawiającego przetargu zarówno w SIWZ, jak i w odpowiedzi na zapytanie z dnia 8 maja 2012 roku podkreślano, iż zaoferowane oprogramowanie musi być kompatybilne z zainstalowanym już u zamawiającego oprogramowaniem, a dopuszczenie przedstawienia nowego oprogramowanie ograniczono warunkiem, że zaoferowana licencja umożliwi korzystanie z wersji oprogramowania określonej przez zamawiającego w Tabeli B poz. 12. Ustalenia takie były możliwe na podstawie dowodów zgromadzonych w postępowaniu przed KIO, zaś załączone do skargi dokumenty i dowody przeprowadzone na rozprawie przed sądem odwoławczym w dniu 23 października 2012 roku jedynie potwierdziły powyższe wnioski. Ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika jednoznacznie, iż oferta złożona przez spółkę ZETO była prawidłowa i nie było podstaw do uznania, iż niemożliwe jest dostarczenie oprogramowania starszego typu.

Z tych wszystkich względów sąd okręgowy na podstawie art. 198 f ust. 2 PZP zmienił zaskarżony wyrok KIO w ten sposób, że oddalił odwołanie oraz orzekł o kosztach postępowania przed KIO, obciążając nimi wykonawcę Biuro Informatyczno - Wdrożeniowe „Koncept" sp. z o.o. w Krakowie, zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł uiszczoną przez Biuro Informatyczno - Wdrożeniowe „Koncept" tytułem wpisu od odwołania oraz zasądzając od wykonawcy Biura Informatyczno - Wdrożeniowego „Koncept" na rzecz Skarbu Państwa Ministra Gospodarki kwotę 3.600 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego;.

O kosztach postępowania odwoławczego przed sądem okręgowym orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 i art. 391 § 1 k.p.c. oraz art. 108 § 1 k.p.c. oraz 198 a ust. 2 PZP. Zważywszy, że skarga została w całości uwzględniona, przeciwnik skargi zobowiązany został do zwrotu

skarżącemu-Skarbowi Państwa - Ministerstwu Gospodarki oraz uczestnikowi ZETO S.A. w Białymstoku poniesionych kosztów zastępstwa procesowego przed sądem okręgowym. Zgodnie bowiem z art. 98 § 1 k.p.c. strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony, czyli koszty procesu. Wysokość kosztów zastępstwa procesowego ustalona została na podstawie § 6 pkt.3 oraz § 12 ust. 1 pkt.l rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku (Dz.U nr 163, poz.1349 ze zm.) w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu.

Na oryginale właściwe podpisy

Za zgodność