

10. 012013

W P c V

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 sierpnia 2012 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny-Odwoławczy
w składzie:

Przewodniczący: SSO Piotr Wojtysiak

Sędziowie: SSO Maja Smóderk (spr.)
SSO Joanna Staszewska

Protokolant: sekr. sądowy Olga Michalec

po rozpoznaniu w dniu 10 sierpnia 2012 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy ze skargi TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o. w Warszawie

z udziałem zamawiającego Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie
o zamówienie publiczne

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 5 marca 2012 r., sygn. akt KIO 356/12

I. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie 1 w ten sposób, że unieważnia czynność

unieważnienia postępowania udzielenie zamówienia publicznego na zakup
bibliotek taśmowych wraz z oprogramowaniem Data Protektor oraz usługami
gwarancyjnymi w okresie 36 miesięcy dokonaną przez zamawiającego oraz
nakazuje zamawiającemu dokonanie czynności otwarcia ofert;

II. zasądza od Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie na
rzecz TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o. w Warszawie kwotę 160.459,17 (sto
sześćdziesiąt tysięcy czterysta pięćdziesiąt dziewięć 17/100) zł tytułem zwrotu
kosztów postępowania skargowego.

Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność

UZASADNIENIE

W dniu 20 lutego 2012 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie złożył wykonawca TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie. Czynnościami Zamawiającego zarzucono naruszenie art. 7 ust. 1, art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania i zaniechanie wyboru najkorzystniejszej oferty. W związku z podniesionymi zarzutami, wnoszono o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

W dniu 27 lutego 2012 roku do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca AGN Sp. z o.o. w Warszawie. Wykonawca ten wnosił o oddalenie odwołania.

Wyrokiem z dnia 5 marca 2012 roku Krajowa Izba oddaliła odwołanie i kosztami postępowania obciążyła wykonawcę TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba ustaliła, że przedmiot zamówienia dotyczy zakupu bibliotek taśmowych wraz z oprogramowaniem HP Data Protector oraz usługami gwarancyjnymi w okresie 36 miesięcy. Ogłoszenie o zamówieniu: 2011/S 215-350649 opublikowano w dniu 9 listopada 2011 roku. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia dokonanym załącznikiem nr 1 do SIWZ Zamawiający wymagał, aby oferowana biblioteka współpracowała z systemem backupu HP Data Protector. Po złożeniu ofert Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zwracał się do wykonawców (w tym dwukrotnie do Odwołującego) o wyjaśnienia, czy zaproponowane biblioteki współpracują z oprogramowaniem HP Data Protector Linux oraz IIP Data Protector HP-UX.

W dniu 9 lutego 2012 roku Zamawiający podjął i ogłosił wykonawcom decyzję o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Wskazał, że

dopiero po otwarciu ofert dowiedział się, że na rynku istnieją biblioteki nie współpracujące z systemami operacyjnymi Linux oraz HP UX i nie są wspierane przez moduł Data Protector MediaAgent. Zamawiający podkreślił, iż cała jego infrastruktura jest oparta na systemach operacyjnych Linux oraz HP-UX, a zakup bibliotek, które nie współpracują z tymi systemami i nie są wspierane przez moduł Data Protector MediaAgent prowadziłby do braku możliwości wykorzystania sieci SAN do wykonywania backupu. Tym samym Zamawiający uznał, iż błędnie opisał przedmiot zamówienia, nie uwzględniając w nim wszystkich warunków jakie powinny spełniać biblioteki. Zdaniem Zamawiającego, ów niekompletny opis powoduje, iż postępowanie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Doszło bowiem do naruszenia przepisów ustawy, które mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania. W ocenie Zamawiającego kontynuowanie przedmiotowego postępowania prowadziłoby do zakupu bibliotek wprowadzających zgodnych z SIWZ jednak niespełniających warunków funkcjonalnych niezbędnych do prawidłowej pracy infrastruktury IT Zamawiającego, a w konsekwencji zakupu niezgodnego z rzeczywistymi i uzasadnionymi oczekiwaniami Zamawiającego.

W swych rozważaniach Krajowa Izba Odwoławcza wskazała na art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jako podstawę unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego. Izba podniosła, że przesłanka unieważnienia postępowania określona tym przepisem składa się z koniunkcji dwóch okoliczności, których łączne wystąpienie warunkuje zastosowanie przepisu. Po pierwsze musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania) - w odróżnieniu od wady, którą można przypisać umowie. Po drugie, dopiero ta wada postępowania, ma skutkować niemożliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia. Wada zaistniała w postępowaniu musi być na tyle istotna, iż niemożliwe staje się zawarcie ważnej umowy. Nie może być to jakakolwiek wada, którą obarczone jest postępowanie. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. W dodatku wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Izba uznała, że wszystkie wymienione w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp przypadki naruszeń ustawy odnoszące się do prowadzenia postępowania są wadą w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a więc taką, która skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania.

Biorąc pod uwagę treść art. 6 k.c. w zw. z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, Izba podniosła, że aby udowodnić zasadność unieważnienia postępowania, Zamawiający musiałby wykazać w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, iż nastąpiła taka wada niemożliwa do usunięcia, która spowodowała możliwość unieważnienia zawieranej między stronami umowy w sprawie

udzielenia zamówienia publicznego. Zamawiający uzasadniając unieważnienie postępowania na kwestionowanej podstawie wskazał, iż dopiero po otwarciu ofert dowiedział się, że w sposób nieprawidłowy dokonał opisu przedmiotu zamówienia w związku ze swoimi potrzebami odnoszącymi się do rozbudowy infrastruktury systemowej i sprzętowej. Twierdził, że w związku z podjęciem decyzji o rozbudowie posiadanego systemu w opisie przedmiotu zamówienia zawarł zbyt mało informacji w przypadku oferowania systemu i sprzętu o cechach równoważności i kompatybilności do posiadanego.

W ocenie Izby ziściła się jedna z przesłanek skutkujących możliwością unieważnienia umowy w świetle przyczyn podanych przez Zamawiającego. W opinii Izby, w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający, uzasadniając unieważnienie niniejszego postępowania wykazał, że mogło mieć miejsce naruszenie przepisu ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Co prawda naruszenia przepisów dotyczących sporządzania opisu przedmiotu zamówienia ustawodawca nie wymienił wśród przesłanek skutkujących unieważnieniem umowy na podstawie art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, ale podstawę taką może stanowić art. 146 ust. 6 ustawy Pzp przywołany w uzasadnieniu unieważnienia przez Zamawiającego. Skoro Prezes UZP może, w przypadku dokonania przez Zamawiającego lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, wystąpić do sądu o unieważnienie umowy, to tym bardziej Zamawiający, w wyniku samokontroli postępowania, może unieważnić nieprawidłowo prowadzone postępowanie. Podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest prawidłowe sporządzenie SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia

jako elementu znaczącego i warunkującego złożenie prawidłowej oferty przez zainteresowanych wykonawców. Skoro cała infrastruktura Zamawiającego oparta jest na systemach operacyjnych Linux i HP-UX, to zakup biblioteki, w przypadku której istnieje choćby potencjalna możliwość niespełnienia powyższego parametru, prowadziłby do nieadekwatności zakupionego przedmiotu do potrzeb Zamawiającego.

Izba wskazała, że konieczność wyboru oferty najkorzystniejszej cenowo, odpowiadającej wymogom SIWZ, ale nie odpowiadającej potrzebom Zamawiającego z uwagi na wadliwy opis przedmiotu zamówienia niewątpliwie można uznać za wadę postępowania mającą wpływ na jego wynik. Tego rodzaju wada postępowania na tym jego etapie, zdaniem Izby, nie może zostać usunięta choćby przez zmianę opisu przedmiotu zamówienia, czy też jego doprecyzowanie, zgodnie z potrzebami Zamawiającego. Niewątpliwie taka sytuacja ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie mógł wnioskować o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ

i nie mógł jednocześnie wybrać oferty, której charakter być może nie odpowiada wprost jego potrzebom, które nie zostały w sposób właściwy opisane.

W tym stanie rzeczy, Izba uznała, iż Zamawiający unieważniając postępowanie w oparciu o przesłankę z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w uzasadnieniu faktycznym unieważnienia wykazał w sposób dostateczny okoliczności skutkujące koniecznością

unieważnienia postępowania, dlatego też Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia w niniejszym stanie faktycznym.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp.

Powyższe orzeczenie zaskarżył w całości wykonawca TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zarzucając mu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ich błędną i rozszerzającą wykładnię polegającą na uznaniu, że postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą na podstawie hipotetycznych przesłanek, bez wskazania przepisów ustawy pzp, których naruszenie stanowi wadę postępowania oraz naruszenie art. 191 ust. 2 ustawy pzp poprzez jego niezastosowanie, a konsekwencji wydanie wyroku z pominięciem stanu faktycznego sprawy.

Skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez uwzględnienie odwołania i rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 198 f ust.

5 ustawy pzp i zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą i kosztów postępowania przed Sądem w tym kosztów zastępstwa procesowego zgodnie z fakturą.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie z całą mocą stwierdzić trzeba, że nie zasługuje na aprobatę stanowisko Izby wyrażające się w przekonaniu, że konieczność wyboru oferty najkorzystniejszej cenowo, odpowiadającej wymogom SIWZ, ale nie odpowiadającej potrzebom Zamawiającego z uwagi na wadliwy opis przedmiotu zamówienia stanowi wadę postępowania mającą wpływ na jego wynik. Twierdzenie Izby, że zamawiający nie mógł wybrać oferty, której charakter być może nie odpowiada wprost jego potrzebom, które nie zostały w sposób właściwy opisane jest sprzeczne z przepisami prawa zamówień publicznych i świadczy o niezrozumieniu celu i charakteru postępowania o zamówienie publiczne. Specyfiką polskiej

regulacji z zakresu zamówień publicznych jest wyróżnienie zamówień udzielanych w procedurze zwanej zastrzoną. Ustawodawca nałożył na zamawiającego i oferentów wyjątkowo sformalizowane wymagania w procesie wylaniania wykonawcy i obie strony winny się do nich stosować pod rygorem negatywnych konsekwencji wynikających z własnych zaniedbań. W stanie faktycznym sprawy niniejszej skoro zamawiający uzyskał w drodze postępowania o zamówienie publiczne ofertę zgodną z SIWZ w ocenie Sądu Okręgowego nie zaistniały okoliczności uzasadniające unieważnienie postępowania. Inna interpretacja przepisów ustawy prawo zamówień publicznych prowadziłaby do zupełnego wypaczenia sensu procedury przewidzianej w pzp.

Przechodząc do analizy przepisów prawa przede wszystkim zważyć należy, że naruszenia przepisów dotyczących sporządzania opisu przedmiotu zamówienia ustawodawca nie wymienił wśród przesłanek skutkujących unieważnieniem umowy na podstawie art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. Izba wskazuje, że podstawę taką w stanie faktycznym sprawy niniejszej może stanowić art. 146 ust. 6. To stanowisko jest chybione. Zgodzić się należy ze stanowiskiem zaprezentowanym w skardze, zgodnie z którym nie stanowi przyczyny unieważnienia postępowania rzekomo wadliwy opis przedmiotu zamówienia (wyrok z dnia 16 września 2010 r., sygn. KIO/UZP 1905/10, KIO/UZP 1921/10; wrok z dnia 15 lutego 2011 r., sygn. KIO 214/11; KIO 215/11). Odnosząc się do analizy zagadnienia czy przesłanka unieważnienia postępowania zawarta w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w sprawie niniejszej ziściła się stwierdzić z kolei trzeba, że nieprecyzyjne sformułowanie SIWZ nie skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia. Wada postępowania, o której mowa w kontekście przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, która może być przyczyną jego

unieważnienia, musi mieć charakter nieusuwalny i powodujący jednocześnie, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie, wskutek wystąpienia tej wady, podlegała unieważnieniu. Bez wątpienia Zamawiający może zawrzeć ze skarżącym ważą umowę.

Skoro Zamawiający nie udowodnił zaistnienia wady postępowania (nie wskazał naruszenia przez siebie bądź uczestników postępowania żadnego konkretnego przepisu ustawy Pzp) tym bardziej nie wykazał jej wpływu na wynik postępowania oraz możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Wadą ową nie jest rzekome pominięcie przez Zamawiającego elementu opisu przedmiotu zamówienia, zwłaszcza, że takiego braku nie zauważył żaden z wykonawców, zaś sam Zamawiający zidentyfikował go, jak twierdzi, dopiero po otwarciu ofert i dokonaniu ich oceny, na którą to czynność wskazuje choćby fakt dwukrotnego wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej przez niego oferty.

Reasumując, Sąd Okręgowy stwierdza, że w przedmiotowym postępowaniu nie zachodzą przesłanki jego unieważnienia, a dokonana przez Zamawiającego czynność w sposób rażący narusza obowiązujące przepisy.

Mając na uwadze powyższe Sąd Okręgowy na podstawie art. 198 f ust. 2 pzp w związku z art. 192 ust. 3 pkt 1 pzp zmienił zaskarżony wyrok w punkcie 1 i unieważnił czynność zamawiającego w postaci unieważnienia postępowania oraz nakazał zamawiającemu dokonanie czynności oceny ofert. O kosztach orzeczono na podstawie art. 98 kpc w związku z art. 198 a ust. 2 pzp.