

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 lutego 2013 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie:

Przewodniczący - SSO Jolanta Stępień - Kordiał (spr.)
Sędziowie: SO Monika Skalska

SR del. Monika Pawłowska
Protokolant: sekr. sądowy Wojciech Frontczak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lutego 2013 r. w Warszawie

sprawy ze skargi Badawczo-Rozwojowej Spółdzielni Pracy Mikroprocesorowych
Systemów Automatyki "Mikronika" w Poznaniu

z udziałem przeciwnika skargi System Gazociągów Tranzytowych EuRoPol GAZ S.A. w
Warszawie oraz interwenienta ubocznego po stronie przeciwnika skargi Konsorcjum PSI
Produkty i Systemy Informatyczne Sp. z o. o. w Poznaniu, PSI Aktiengesellschaft für
Produkte und Systeme der Informationstechnologie w Berlinie

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 19 listopada 2012 r., Sygn. akt KIO 2401/12

1. oddała skargę,
2. zasądza od Badawczo-Rozwojowej Spółdzielni Pracy Mikroprocesorowych
Systemów Automatyki "Mikronika" w Poznaniu na rzecz System Gazociągów
Tranzytowych EuRoPol GAZ S.A. w Warszawie kwotę 1.217 zł (jeden tysiąc
dwieście siedemnaście złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

»\ NA CWGGNALE A i. AG er¹;;-;
fea zgodność

Karolina Podjaska

UZASADNIENIE

System Gazociągów Tranzytowych EuRoPol GAZ S.A. w Warszawie jako zamawiający prowadził postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego — w trybie negocjacji z ogłoszeniem na „Modernizację systemu SCADA SGT”.

Pismem z dnia 20 lipca 2012 r. Zamawiający poinformował Badawczo - Rozwojową Spółdzielnię Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „Mikronika” w Poznaniu o dokonaniu pozytywnej oceny spełniania przez nią warunków udziału w postępowaniu. Pozytywną ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu uzyskał również wykonawca Konsorcjum PSI Produkty i Systemy Informatyczne sp. z o.o. w Poznaniu, PSI Aktiengesellschaft für Produkte und Systeme der Informationstechnologie w Berlinie. Wskazanych dwóch wykonawców zaproszono do złożenia ofert wstępnych, zamawiający przekazał wykonawcom wstępną SIWZ. Obaj wykonawcy złożyli oferty wstępne. Po otwarciu ofert wstępnych, w odpowiedzi na zażądanie przez Zamawiającego od Badawczo — Rozwojowej Spółdzielni Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „Mikronika”, Spółdzielnia udzieliła żądanych wyjaśnień dotyczących wybranych przez zamawiającego punktów oferty..

Pismem z dnia 22 października 2012 r. Zamawiający powiadomił Spółdzielnię o odrzuceniu jej oferty wstępnej z uwagi na „niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Powołał się na pkt 9.5. SIWZ, zgodnie z którym „W ofercie wstępnej Wykonawca powinien ustosunkować się do postanowień części I (ogólnej) umowy oraz zakresu i warunków wykonania robót określonych w części II (specyfikacja dostaw i usług) umowy, które będą przedmiotem negocjacji. Informacje dotyczące części II powinny być przedstawione w formie tabelarycznej z podaniem w kolejnych wierszach, co najmniej: poszczególnych punktów wymagań, potwierdzenie spełnienia danego punktu (TAK/NIE), krótki opis sposobu realizacji danego wymagania, ewentualne uwagi”. Zamawiający podał, że „przy analizie oceny spełnienia wymagań przez Wykonawcę brano pod uwagę treść oferty zamieszczonej w tabeli. W przypadku wątpliwości lub braku informacji w tym zakresie uwzględniano również opis realizacji wymagania umieszczony w innych materiałach dostarczonych przez Wykonawcę”.

W wyniku przeprowadzonej analizy Zamawiający stwierdził, iż oferta wstępna Zamawiającego nie jest zgodna z treścią SIWZ w 62 punktach, przy czym wszystkie zastrzeżenia dotyczyły „opisu sposobu realizacji wymagań”. Jednocześnie Zamawiający zaprosił drugiego wykonawcę - Konsorcjum PSI - do negocjacji.

Na powyższą decyzję Zamawiającego Badawczo - Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „Mikronika” wniosła odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Zarzuciła naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP w zw. z art. 57 ust. 2 PZP polegające na odrzuceniu oferty wstępnej Spółdzielni jako niezgodnej z treścią SIWZ, podczas gdy oferta wstępna odpowiada treści SIWZ;
- 2) art. 87 ust. 1 PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na wybiórczym wezwaniu Spółdzielni do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty wstępnej w zakresie części wymagań przy jednoczesnym zaniechaniu wezwania Spółdzielni, pomimo tożsamości zastrzeżeń, do złożenia wyjaśnień w zakresie pozostałych wymagań, skutkujące odrzuceniem oferty wstępnej Spółdzielni;
- 3) art. 7 ust. 1 PZP poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezgodny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności polegające na tym, że sposób realizacji wymagań, którego niewystarczający w ocenie Zamawiającego opis stanowił przyczynę odrzucenia oferty wstępnej, będzie przedmiotem negocjacji z zaproszonym wykonawcą, niedozwolonej interpretacji treści SIWZ na etapie oceny ofert wstępnych, w

oparciu o niesprecyzowane w SIWZ intencje Zamawiającego, prowadzącej do odrzucenia oferty wstępnej Spółdzielni wyrażającej się w szczególności w tym, że sposób oceny oferty wstępnej został dokonany w sposób dowolny, nie mających podstaw w SIWZ, na podstawie nieokreślonych w SIWZ wymagań w zakresie sposobu realizacji poszczególnych części zamówienia, które to części będą przedmiotem negocjacji z zaproszonym wykonawcą, a sam sposób realizacji zostanie ostatecznie określony dopiero na etapie realizacji umowy na podstawie analiz i projektów, tj. czynności wykonywanych w uzgodnieniu z zamawiającym i wchodzących w skład przedmiotu zamówienia, odmiennej ocenie oferty odwołującej od oceny zaproszonego do negocjacji wykonawcy pomimo, że została ona sporządzona w analogiczny sposób i zawierała podobny w stosunku do oferty wstępnej Spółdzielni - zakres informacji zawarty w krótkich opisach realizacji poszczególnego wymagania i pozostałych elementach oferty wstępnej.

Na podstawie powyższych zarzutów Badawczo — Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „Mikronika” wniosła o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty wstępnej oraz powtórzenia czynności oceny ofert wstępnych z uwzględnieniem oferty wstępnej Spółdzielni w celu zakwalifikowania do kolejnego etapu postępowania - zaproszenia do negocjacji, z ewentualnym poprzedzeniem tej czynności wezwaniem do złożenia wyjaśnień treści oferty, ponadto o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Wykonawca - Konsorcjum PSI.

Wyrokiem z dnia 19 listopada 2012 r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie obciążając Spółdzielnię kosztami postępowania odwoławczego. W uzasadnieniu wyroku KIO wskazała, że istota sporu sprowadza się do zawartego w pkt 9.5 SIWZ pojęcia „krótki opis sposobu realizacji danego wymagania”. Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, iż w zakresie wymagań opisanych w części szczegółowej stanu faktycznego odwołujący w rubryce „Spełnienie wymagania (tak/nie)” potwierdzał spełnienie wymagania wpisując słowo „TAK”, a w kolejnej rubryce: „Opis sposobu realizacji wymagania” użył wielokrotnie sformułowania: „Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego”. Powyższe w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie stanowi „krótkiego opisu sposobu realizacji wymagania”, gdyż w rzeczywistości opisu takiego brak, a zamiast niego wykonawca zadeklarował jedynie zgodność proponowanych rozwiązań z wymogami Zamawiającego. Ponadto KIO miała na uwadze, że podnoszony przez odwołującego brak wymagań ze strony Zamawiającego co do sposobu przedstawienia tegoż opisu skutkuje tym, że dopuszczalne było sporządzenie opisu w jakiegokolwiek formie, jednakże opis powinien był faktycznie potwierdzać sposób realizacji danego wymagania. Zawarty w pkt 9.5 SIWZ wymóg przedstawienia krótkiego opisu sposobu realizacji danego wymagania zmierzał do tego czy produkt oferowany przez danego wykonawcę będzie spełniał jego (Zamawiającego) wymagania oraz miał wskazywać czy wykonawcy są w stanie wykonać przedmiot zamówienia nakreślony we wstępnej SIWZ.

Zatem wymagany opis służyć miał Zamawiającemu do podjęcia decyzji odnośnie dopuszczenia wykonawcy do dalszego etapu postępowania, co przy złożoności przedmiotu zamówienia uzasadniało opisany wymóg, jako podstawę weryfikacji produktu i zdolności wykonawcy do wykonania ostatecznego przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze powyższe Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że odrzucając ofertę wstępną złożoną przez Spółdzielnię Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP w związku z art. 57 ust. 2 PZP, albowiem zasadnie stwierdził, że oferta wstępna Spółdzielni jest niezgodna z postanowieniami pkt 9.5 SIWZ. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 PZP KIO uznała, iż w art. 57 ust. 2 PZP nie wymieniono przepisu art. 87 ust. 1 PZP, co nie wyklucza jednak możliwości żądania wyjaśnień przez Zamawiającego w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji.

Od powyższego wyroku skargę wniosła Badawczo — Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „Mikronika” w Poznaniu zarzucając zaskarżonemu orzeczeniu naruszenie przepisów PZP, tj.:

I. art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP w zw. z art. 57 ust. 2 PZP poprzez uznanie, iż zachodziły podstawy do odrzucenia przez Zamawiającego oferty wstępnej skarżącej jako niezgodnej z treścią pkt 9.5 SIWZ, podczas gdy oferta wstępna Skarżącej odpowiadała treści SIWZ, w tym treści pkt 9.5 SIWZ;

II. art. 87 ust. 1 PZP poprzez brak uznania, iż doszło do jego niewłaściwego zastosowania przez Zamawiającego, polegającego na wybiórczym wezwaniu przez Zamawiającego skarżącą do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty wstępnej w zakresie części wymagań przy jednoczesnym zaniechaniu wezwania skarżącej, mimo tożsamości zastrzeżeń do złożenia wyjaśnień w zakresie pozostałych wymagań, skutkującym odrzuceniem oferty wstępnej skarżącej;

III. art. 7 ust. 1 PZP poprzez brak uznania, iż doszło do przeprowadzenia postępowania przez Zamawiającego w sposób niezgodny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności polegający na:

- tym, że sposób realizacji wymagań, którego niewystarczający w ocenie Zamawiającego opis stanowił przyczynę odrzucenia oferty wstępnej skarżącej, będzie przedmiotem negocjacji z zaproszonym wykonawcą,
- niedozwolonej interpretacji treści SIWZ na etapie oceny ofert wstępnych, w oparciu o niesprecyzowane w SIWZ intencje Zamawiającego, prowadzącej do odrzucenia oferty wstępnej skarżącej, wyrażającej się w szczególności w tym, że sposób oceny oferty wstępnej został dokonany w sposób dowolny, niemający podstaw w SIWZ, na podstawie nie określonych w SIWZ wymagań w zakresie sposobu realizacji poszczególnych częściowych części zamówienia, które to części będą przedmiotem negocjacji z zaproszonym wykonawcą, a sam sposób realizacji zostanie ostatecznie określony dopiero na etapie realizacji umowy na podstawie analiz i projektów, tj. czynności wykonywanych w uzgodnieniu z Zamawiającym i wchodzących w skład przedmiotu zamówienia,
- odmiennej ocenie oferty skarżącej od oceny zaproszonego do negocjacji wykonawcy pomimo, że została ona sporządzona w analogiczny sposób i zawierała podobny - w stosunku do oferty wstępnej skarżącej - zakres informacji zawarty w krótkich opisach realizacji poszczególnego wymagania i pozostałych elementach oferty wstępnej.

IV. art. 191 ust. 2 PZP poprzez sprzeczność istotnych ustaleń Izby z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, niedostateczne wyjaśnienie sprawy i pominięcie argumentów skarżącej przedstawionych przeciwko twierdzeniom Zamawiającego. Mając powyższe na uwadze skarżąca wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku w

całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez:

- a) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty wstępnej skarżącej,
- b) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert wstępnych z uwzględnieniem oferty skarżącej, w celu zakwalifikowania do kolejnego etapu postępowania — zaproszenia do negocjacji, z ewentualnym poprzedzeniem tej czynności wezwaniem do złożenia wyjaśnień treści oferty.

Ponadto skarżąca wniosła o zasądzenie na jej rzecz zwrotu kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów postępowania odwoławczego.

W odpowiedzi na skargę zamawiający wniosł o :

- 1. oddalenie skargi w całości jako bezzasadnej;
- 2. oddalenie skargi jako bezprzedmiotowej w związku z unieważnieniem przedmiotowego postępowania;
- 3. zasądzenie od skarżącego na rzecz uczestnika postępowania kosztów postępowania skargowego według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga podlega oddaleniu. W dniu 20 grudnia 2012r. Zamawiający działając na podstawie art. 93 ust 1 pkt. 4 ustawy Pzp uchwałą nr 135/55/2012 unieważnił przedmiotowe postępowanie — okoliczność ta została przez Zamawiającego wykazana dołączonymi do odpowiedzi na skargę dokumentami i nie jest sporna między uczestnikami postępowania. Nie jest zatem możliwe uwzględnienie skargi i nakazania czynności polegającej na odrzuceniu oferty wstępnej Skarżącej oraz nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert wstępnych, z uwzględnieniem oferty wstępnej Skarżącej, w celu zakwalifikowania do kolejnego etapu postępowania — zaproszenia do negocjacji, z ewentualnym poprzedzeniem tej czynności wezwaniem do złożenia wyjaśnienia treści oferty, tym samym za trafne należy uznać stanowisko przeciwnika skargi iż Skarżąca nie posiada interesu do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy. Przepis ten odnosi się bowiem do wszystkich środków ochrony prawnej przewidzianych w dziale VI ustawy Prawa zamówień publicznych, tym samym również do przewidzianej w art. 198 a ust. 1 skargi do sądu. Zgodnie z powołanym przepisem środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę (rozumianą wyłącznie jako szkoda majątkowa, a więc nie obejmująca krzywd, stanowiących szkodę niemajątkową) w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Obie te przesłanki muszą być spełnione łącznie. O ile Skarzący miał interes prawny w pozyskaniu zamówienia, o tyle w sytuacji, gdy postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia zostało przez Zamawiającego unieważnione, nie można mówić by poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. W konsekwencji skarżącemu nie służą już środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie Prawo zamówień publicznych, co oznacza w konsekwencji konieczność oddalenia wniesionej skargi.

Skarzący na rozprawie przed Sądem Okręgowym wnosił o uchylenie zaskarżonego wyroku KIO i umorzenie postępowania skargowego. Takie rozstrzygnięcie powodowałoby istnienie nierozpoznanego odwołania — bowiem umorzeniu miałyby podlegać jedynie postępowanie skargowe.

Wskazać należy, iż przepis art. 198f ust. 2 i 3 wyznacza zakres wyrokowania sądu rozpoznającego skargę. Sąd w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi może:

- 1) oddalić wyrokiem skargę, jeżeli skarga okaże się bezzasadna;
- 2) uwzględnić wyrokiem skargę, jeżeli okaże się zasadna i zmienić wyrok orzekający co do istoty sprawy;
- 3) uchylić postanowieniem wyrok Krajowej Izby Odwoławczej i odrzucić odwołanie,
- 4) uchylić postanowieniem wyrok Krajowej Izby Odwoławczej i umorzyć postępowanie odwoławcze, jeżeli odwołujący cofnął skutecznie odwołanie, a pomimo tego skład orzekający orzekał co do istoty sprawy.

W sprawie niniejszej skarżący nie cofnął skargi, zatem nie ma możliwości umorzenia postępowania wywołanego skargą. Aktualne nieprzysługiwanie skarżącemu środków ochrony prawnej przewidziane w ustawie jest przesłanką merytoryczną do oddalenia skargi. Sąd jest uprawniony do uchylenia zaskarżonego wyroku jedynie wtedy, gdy stwierdzi, że zachodzą ustawowe przesłanki do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego. W dacie orzekania przez KIO nie istniały przesłanki do umorzenia tego postępowania, w konsekwencji brak jest podstaw do uchylenia zapadłego w sprawie niniejszej wyroku KIO.

Wbrew stanowisku skarżącego w sytuacji nieprzysługiwania Spółdzielni środków ochrony prawnej nie jest zasadnym przesądzanie o prawidłowości bądź nie orzeczenia KIO, albowiem nawet w przypadku uznania iż orzeczenie to było nieprawidłowe nie byłoby możliwa jego zmiana i orzeczenie co do istoty sprawy, zaś bez zmiany wyroku nie

jest również możliwe odmienne rozstrzygnięcie o kosztach postępowania przed KIO.

Z tych względów Sąd Okręgowy oddalił skargę.

O kosztach postępowania przed Sądem Okręgowym orzeczono na podstawie art. 98 i art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z art. 198 a ust. 2. PZP, zasądzając koszty zastępstwa prawnego w wysokości wskazanej w § 11 pkt 4 w zw. z § 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2001 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu/

!A ORYGINALE WŁAŚCIWE PODPISY