

**Sygn. akt V Ca 2142/12**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 kwietnia 2013 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący - **SSO Ewa Cyle**

Sędziowie **SO Beata Gutkowska (spr.)**

**SR del. Joanna Machoń**

Protokolant **Protokolant sądowy stażysta Justyna Krzysiak**

po rozpoznaniu w dniu **16 kwietnia 2013 r.** w Warszawie

na rozprawie sprawy

ze skargi (...) Sp. z o.o. w P.

przeciwko zamawiającemu Skarbowi Państwa - Głównemu Inspektoratowi Transportu Drogowego

oraz z udziałem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) S.A. w W., (...) Sp. z o.o. w W.i (...) Sp. z o.o. w W.

o zamówienie publiczne

od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 23 lipca 2012 r., sygn. akt KIO 1453/12

1. oddala skargę;
2. zasądza od (...) Sp. z o.o. w P. na rzecz Skarbu Państwa - Głównego Inspektoratu Transportu Drogowego kwotę 1.200 (jeden tysiąc dwieście) złotych oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) S.A. w W., (...) Sp. z o.o. w W.i (...) Sp. z o.o. w W. kwotę 1.200 (jeden tysiąc dwieście) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

**Sygn. akt V Ca 2142/12**

## UZASADNIENIE

Zamawiający - Skarb Państwa - Główny Inspektorat Transportu Drogowego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług personalizowania, wydruku, konfekcjonowania, kopertowania i doręczania korespondencji” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 listopada 2011 roku pod numerem 2011/S 225- 365558.

Zamawiający pismem z dnia 29 czerwca 2012 roku poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania wskazując, iż za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) S.A., (...) sp. z o.o. oraz (...) sp. z o.o. (zwane dalej „konsorcjum (...))”.

Dnia 9 lipca 2012 roku wykonawca (...) sp. z o.o., ul. (...); P.wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący wniósł odwołanie od:

1) niezgodnych z prawem tj. przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych czynności zamawiającego: dokonania wyboru oferty złożonej przez konsorcjum (...), jako najkorzystniejszej; oceny ofert odwołującego i konsorcjum (...), skutkujących wyborem oferty konsorcjum (...);

2) Niezgodnego z ustawą Pzp zaniechania przez zamawiającego następujących czynności: wykluczenia konsorcjum (...)z udziału w postępowaniu wobec braku oświadczenia konsorcjum (...)o wyrażeniu zgody na związanie ofertą po dacie 4 czerwca 2012 r. oraz złożenia przez konsorcjum (...)nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania; odrzucenia oferty konsorcjum (...)jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia; zaniechania zwrócenia się do konsorcjum (...)o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny; zaniechania wyboru oferty E.jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności dokonania wyboru oferty konsorcjum (...)jako najkorzystniejszej oraz wykluczenia konsorcjum (...)z udziału w postępowaniu, ewentualnie odrzucenia oferty konsorcjum (...), lub w przypadku uwzględnienia jedynie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, o nakazanie zamawiającemu zwrócenia się do konsorcjum (...)o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów złożonej przez konsorcjum (...)oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia czy oferta ta w zakresie wskazania wysokości kosztu opłaty pocztowej za list polecony ZPO do 50g na terenie RP zawiera rażąco niską cenę stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący wniósł także o zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa przed KIO.

***Postanowieniem z dnia 23 lipca 2012 r. Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła odwołanie oraz orzekła o kosztach postępowania.***

W swych rozważaniach Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania z uwagi na jego wniesienie po terminie, a także z uwagi na fakt, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu (art. 189 ust. 2 pkt 3 i 5 ustawy Pzp).

W zakresie podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że w przedmiotowym postępowaniu wyrokiem z dnia 28 czerwca 2012 roku, sygn. akt KIO 1278/12 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnić czynność wezwania do złożenia wyjaśnień pismem z dnia 8 czerwca 2012 r. konsorcjum (...).

Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że istotną w sprawie okolicznością był fakt, że w powyższej sprawie odwołanie wniosło konsorcjum (...), którego słuszność zarzutów potwierdził zamawiający - uwzględniając odwołanie. Zgłaszający przystąpienie wykonawca (...) sp. z o.o.wniósł sprzeciw, co do uwzględnienia przez zamawiającego całości zarzutów odwołania. Izba wydając rzeczony wyrok stwierdziła, że zamawiający nie miał podstaw do żądania wyjaśnień co do wdrożenia certyfikatu bezpieczeństwa ISO 27001 oraz realizacji zamówienia zgodnie z certyfikatem w lokalizacjach, w których mają być świadczone usługi objęte zamówieniem i ewentualnego uzupełnienia certyfikatu.

Zgodnie z przepisem art. 186 ust. 4. ustawy Pzp, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba rozpoznaje odwołanie. W odniesieniu do kosztów postępowania odwoławczego, w przypadku wniesienia sprzeciwu, przez wykonawcę zgłaszającego przystąpienie - po stronie zamawiającego - w okolicznościach, o których mowa w ust. 4, ponosi wnoszący sprzeciw, jeżeli odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę.

W przedmiotowym postępowaniu odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum (...)z udziału w postępowaniu pomimo udzielenia przez konsorcjum (...)nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, podnosząc kwestie związane z Certyfikatem ISO 27001 - złożonym w ofercie konsorcjum (...)oraz art. art. 7 ust. 1

ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie oceny oferty konsorcjum (...)z uwzględnieniem nominalnej wydajności procesu personalizacji i kopertowania na urządzeniach wymienionych w pkt. 3 f w zw. z załącznikiem DP 4 do oferty konsorcjum (...), znajdujących się w lokalizacjach, w których konsorcjum (...)nie wdrożyło wymaganego przez s.i.w.z. certyfikowanego systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji zgodnie z certyfikatem ISO 27001, oraz - w konsekwencji takiej oceny - dokonanie wyboru oferty konsorcjum (...)jako najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że przedmiotem rozstrzygnięcia w sprawie o sygn. akt KIO 1278/12 były okoliczności dotyczące rzeczowego certyfikatu. Tym samym należało uznać, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby. Zgodnie z przepisem art. 185 ust. 6 ustawy Pzp odwołujący oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 1 (art. 185) nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby lub sądu albo na podstawie art. 186 ust. 2 i 3.

W zakresie zarzutów dotyczących naruszenia przepisów:

1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 110 TFUE, poprzez dokonanie oceny ofert konsorcjum (...)oraz odwołującego z uwzględnieniem różnych stawek podatku VAT w odniesieniu do pól. 12 w formularzu OF1, oraz - w konsekwencji takiej oceny -dokonanie wyboru oferty konsorcjum (...)jako najkorzystniejszej,

2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 56 TFUE oraz w zw. z art. 63 TFUE, poprzez dokonanie oceny ofert konsorcjum (...)oraz odwołującego z uwzględnieniem różnych stawek podatku VAT w odniesieniu do pól. 12 w formularzu OF1, oraz - w konsekwencji takiej oceny - dokonanie wyboru oferty konsorcjum (...)jako najkorzystniejszej,

3) art. 27, art. 31 ust. 1 i 3 oraz art. 36-39a UODO w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty konsorcjum (...), co powoduje naruszenie przepisów UODO przy wykonywaniu zamówienia,

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, który nakazuje odrzucić odwołanie, jeżeli odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 1 czerwca 2012 roku w sprawie o sygn. akt KIO 930/12, KIO 938/12 (sprawa połączona) orzekła w zakresie wskazanych wyżej zarzutów (w sprawie KIO 930/12) i uwzględniła odwołanie wniesione przez konsorcjum (...), nakazała: unieważnić czynności odrzucenia oferty konsorcjum (...)oraz nakazała ponowne badanie i ocenę ofert z udziałem oferty konsorcjum (...).

W postępowaniu o sygn. akt KIO 930/12 konsorcjum (...)zarzucało zamawiającemu bezprawne odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 6 ustawy Pzp, jako że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, powyższe oznaczało, że przedmiotowe odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby.

Nadto powyższe zarzuty łącznie z zarzutami dotyczącymi naruszenia przepisów: art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 85 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum (...)z udziału w postępowaniu pomimo upływu terminu związania ofertą przez konsorcjum (...)w dniu 4 czerwca 2012 r. oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie zwrócenia się do konsorcjum (...)o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów złożonej przez konsorcjum (...)oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia czy oferta ta w zakresie wskazania wysokości kosztu opłaty pocztowej za list polecony ZPO do 50g na terenie RP zawiera rażąco niską cenę stosunku do przedmiotu zamówienia były zarzutami stawianymi po terminie. Tym samym w opinii Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w powyższym zakresie było wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Okoliczności stanowiące podstawę do stawiania zarzutów odwołujący powziął odpowiednio - przy czynności zamawiającego dotyczącej zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 26 kwietnia 2012 roku - zaniechanie odwołującego, który nie stawiał zarzutów zamawiającemu, będąc w posiadaniu informacji, które obecnie stanowią podstawę do stawiania zarzutów, przy czynności wezwania konsorcjum (...)z dnia 8 czerwca 2012 roku, w wyniku której w dacie odwołania i rozstrzygnięcia

przez Izbę orzeczeniem z dnia 28 czerwca 2012 roku, sygn. akt KIO 1278/12 odwołujący był w stanie powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania.

O kosztach postępowania Krajowa Izba Odwoławcza orzekła stosownie do wyniku postępowania – na podstawie art. 192 ust.9 i 10 ustawy Pzp.

**Powyższe orzeczenie w całości zaskarżył (...) Sp. z o.o.** zarzucając mu: (i) naruszenie art. 189 ust. 2 pkt 5) PZP poprzez przyjęcie, że zarzuty podniesione w odwołaniu przez E., stanowią kwestionowanie czynności Zamawiającego podjętych w wykonaniu wyroku KIO w sprawie KIO 1278/12 podczas, gdy ww. wyrok przesądził o braku obowiązku złożenia przez konsorcjum (...)S.A., (...) Sp. z o.o.oraz (...) sp. z o.o.(Konsorcjum (...)) wyjaśnień oraz ewentualnego uzupełnienia certyfikatu ISO 27001, a zarzuty skarżącego dotyczyły dokumentów złożonych przez Konsorcjum (...)wraz z ofertą, i samej oferty Konsorcjum (...), co nie podlegało badaniu KIO, która wyraźnie zazaczyła to w uzasadnieniu wyroku; (ii) naruszenie art. 189 ust. 2 pkt 5) PZP poprzez przyjęcie, że zarzuty podniesione w odwołaniu przez E., stanowią kwestionowanie czynności Zamawiającego podjętych w wykonaniu wyroku KIO w sprawach połączonych KIO 930/12 i 938/12 i w konsekwencji odrzucenie odwołania pomimo, że zarzuty podniesione w odrzuconym odwołaniu z dnia 9 lipca 2012 r. nie są tożsame z kwestiami będącymi przedmiotem rozstrzygnięcia KIO w wyroku z dnia 1 czerwca 2012 r. i nie dotyczą czynności, którą Skarżący wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby; (iii) naruszenie art. 189 ust. 2 pkt 3) PZP, art. 185 ust. 7 PZP w zw. z art. 115 kc, art. 182 ust. 1 pkt. 1) i ust. 3 pkt. 1) PZP poprzez przyjęcie, że odwołanie E.zostało wniesione po terminie i w konsekwencji odrzucenie odwołania, pomimo, że E.zachował ustawowy termin do wniesienia odwołania, liczony od daty powzięcia przez E.wiadomości o czynności Zamawiającego dokonanej z naruszeniem PZP w dniu 28 czerwca br. co do zarzutów zaniechania wykluczenia Konsorcjum (...)z postępowania z uwagi na nieprzedłużenie terminu związania ofertą; (iv) naruszenie art. 189 ust. 2 pkt 3) PZP poprzez przyjęcie, że bieg terminu do wniesienia odwołania dla strony postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może rozpocząć bieg w dniu uzyskania informacji korzystnej dla tej strony, jeżeli z uzasadnienia rozstrzygnięcia wynika, że organ nie podzielił w całości stanowiska tej strony postępowania, podczas gdy w takiej sytuacji stronie w ogóle nie przysługuje prawo do wniesienia odwołania (brak gravamen); (v) naruszenie art. 91 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie oceny prawidłowości dokonania wyboru oferty Konsorcjum (...)jako najkorzystniejszej, pomimo braku podstaw do takiego wyboru i zaniechanie nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum (...); (vi) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 2 PZP w zw. z art. 85 ust. 1 i 2 PZP poprzez zaniechanie oceny prawidłowości niewykluczenia przez Zamawiającego Konsorcjum (...)z udziału w postępowaniu pomimo upływu terminu związania ofertą przez Konsorcjum (...)w dniu 4 czerwca 2012 r. i zaniechanie nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum (...); (vii) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP poprzez zaniechanie oceny prawidłowości braku odrzucenia oferty Konsorcjum (...)jako niezgodnej z treścią SIWZ i zaniechanie nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum (...); (viii) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 3 PZP w zw. z art. 7 PZP poprzez zaniechanie oceny prawidłowości braku odrzucenia oferty Konsorcjum (...)pomimo, że złożenie przez Konsorcjum (...)oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji o którym mowa w art. 3 UZNK w zw. z art. 9 UOKK i zaniechanie nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum (...); (ix) naruszenie art. 90 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie oceny prawidłowości braku zwrócenia się do Konsorcjum (...)o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów złożonej przez Konsorcjum (...)oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia czy oferta ta w zakresie wskazania wysokości kosztu opłaty pocztowej za list polecony ZPO do 50 gram na terenie RP zawiera rażąco niską cenę stosunku do przedmiotu zamówienia i zaniechanie nakazania Zamawiającemu dokonania tej czynności; (x) naruszenie art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 91 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie dokonania prawidłowości oceny oferty Konsorcjum (...)przez Zamawiającego, która uwzględniała nominalną wydajności procesu personalizacji i kopertowania na urządzeniach wymienionych w pkt. 3 f w zw. z załącznikiem DP 4 do oferty (...), znajdujących się w lokalizacjach w których Konsorcjum (...)nie wdrożyło wymaganego przez SIWZ certyfikowanego systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji zgodnie z certyfikatem ISO 27001, oraz prawidłowości dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty Konsorcjum (...)jako najkorzystniejszej i zaniechanie nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum (...); (xi) naruszenie art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 110 TFUE poprzez zaniechanie oceny prawidłowości oceny ofert Konsorcjum (...)oraz E.z uwzględnieniem różnych stawek podatku VAT w odniesieniu do pól. 12 w formularzu OF1,

oraz zaniechanie dokonania oceny prawidłowości wyboru oferty Konsorcjum (...) jako najkorzystniejszej i zaniechanie nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum (...); (xii) naruszenie art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 56 TFUE oraz w zw. z art. 63 TFUE poprzez zaniechanie dokonania oceny ofert Konsorcjum (...) oraz E.z uwzględnieniem różnych stawek podatku VAT w odniesieniu do pól. 12 w formularzu OF 1, oraz zaniechanie oceny prawidłowości wyboru oferty Konsorcjum (...) jako najkorzystniejszej i zaniechanie nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum (...); (xiii) naruszenie art. 27, art. 31 ust. 1 i 3 oraz art. 36-39a UODO w zw. z art. 91 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie dokonania oceny wyboru oferty Konsorcjum (...), co powoduje naruszenie przepisów UODO przy wykonywaniu Zamówienia i zaniechanie nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum (...).

Skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia w całości poprzez uwzględnienie odwołania w całości tj. nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum (...) jako najkorzystniejszej oraz wykluczenia Konsorcjum (...) z udziału w Postępowaniu; ewentualnie odrzucenia oferty Konsorcjum (...), lub w przypadku uwzględnienia jedynie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 PZP, o nakazanie Zamawiającemu zwrócenia się do Konsorcjum (...) o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów złożonej przez Konsorcjum (...) oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy oferta ta w zakresie wskazania wysokości kosztu opłaty pocztowej za list polecony ZPO do 50 gram na terenie RP zawiera rażąco niską cenę stosunku do przedmiotu zamówienia. Skarżący wniósł również o zasądzenie od Przeciwnika skargi na rzecz Skarżącego kosztów postępowania wedle norm przepisanych.

Wobec zawarcia umowy przez Zamawiającego z Konsorcjum (...), skarżący wniósł o unieważnienie umowy na podstawie art. 198f w zw. z art. 192 ust 3 pkt 2a oraz w zw. z art. 146 ust 1 pkt. 1 pzp lub ewentualnie o stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy.

Zamawiający oraz Konsorcjum (...) wnieśli o oddalenie skargi.

### **Sąd Okręgowy zważył co następuje:**

Skarga nie zasługiwała na uwzględnienie.

Odnosząc się do najdalej idącego wniosku o unieważnienie umowy, to zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych Sąd (tak jak KIO) może unieważnić umowę jedynie w przypadkach wskazanych w art. 146 pzp. Skarżący jako podstawę swojego wniosku wskazał art. 198f w zw. z art. 192 ust 3 pkt 2a oraz w zw. z art. 146 ust 1 pkt. 1 pzp. Uzasadniając, że wobec nie związania Konsorcjum (...) oferta w dacie wyboru jego oferty, doszło do wyboru oferty z pominięciem przepisów pzp. Zgodnie z art. 146 ust 1 pkt. 1 pzp umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki. W ocenie Sądu Okręgowego w niniejszej sprawie nie można wogóle mówić o trybie negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki. Oba wskazane w art. 146 ust 1 pkt. 1 pzp tryby zamówienia są szczegółowo opisane w ustawie, i żaden z nich nie odnosi się do rozpatrywanego postępowania o zamówienie publiczne. .

W niniejszej sprawie postępowanie o zamówienie publiczne toczyło się według trybu zwykłego, w związku z tym przepis art. 146 ust 1 pkt. 1 pzp w ogóle nie może mieć zastosowania w omawianej sprawie.

Sąd Okręgowy nie znalazł również podstaw do uwzględnienia skargi poprzez stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy wskazanych w skardze.

Przede wszystkim w ocenie Sądu Okręgowego odrzucenie przez KIO odwołania nie narusza art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp oraz art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp. W odwołaniu do KIO, skarżący wskazywał na 10 zarzutów, ale można podzielić je na 3 zagadnienia:

- 1) związane z certyfikatem ISO. Złożony do oferty Konsorcjum (...) certyfikat ISO 27001 dotyczył jedynie (...) Sp. z o.o. w jednej lokalizacji przy ul. (...). W ocenie odwołującego zgodnie z SIWZ należało złożyć certyfikat na każdą z

lokalizacji wskazanych w ofercie, oraz że certyfikat powinien być wystawiony na każdy z podmiotów wchodzących w skład konsorcjum.

- 2) związane ze zwolnieniem (...)S.A. z podatku VAT przysylek do 50 gr. Co, miało wpływ na cenę oraz stosowanie różnych upustów. Jako lider konsorcjum (...) S.A. udzieliła rabatu w wysokości 26, 549 %, natomiast 6 %, w przypadku, w którym (...) S.A. jest podwykonawcą, co w ocenie skarżącego wpływa na ograniczenie konkurencji oraz cenę wskazaną w ofercie. Zaoferowana przez Konsorcjum (...)cena jest istotnie niska, co powinno skłonić Zamawiającego do wdrożenia trybu z art. 90 ust 1 pzp.

- 3) upływ terminu związania ofertą. W dniu 4 czerwca 2012 r. (...) S.A. zwróciła się do Zamawiającego „z prośbą o przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 4 lipca 2012 r.” Nie wynika w ocenie odwołującego, że jest to oświadczenie konsorcjum (...), a jedynie prośba (...). W związku z tym nie było zgody konsorcjum (...)na przedłużenie związania ofertą, co powinno być podstawą do wykluczenia Konsorcjum z udziału w postępowaniu.

Rację ma Krajowa Izba Odwoławcza, że okoliczności dotyczące certyfikatu ISO 27001 były przedmiotem rozstrzygnięcia w sprawie o sygn. akt KIO 1278/12. Wyrokiem z dnia 28 czerwca 2012 r. KIO uwzględniła odwołanie Konsorcjum (...)i nakazała unieważnienie czynności wezwania do złożenia wyjaśnień pismem z dnia 8 czerwca 2012 r. Wyrok ten zapadł w wyniku wniesienia przez (...) Sp. z o.o.w P.sprzeciwu co do uwzględnienia sprzeciwu przez Zamawiającego. (...) Sp. z o.o.w P., mimo przegrania sprawy przed KIO nie wniósł skargi na to orzeczenie KIO. W związku z tym zarzut naruszenia art. 189 ust. 2 pkt 6 pzp jest niezasadny.

Wymagany przez Zamawiającego Certyfikat ISO 27001 jest dokumentem żądanym na potwierdzenie warunków przedmiotowych. Dokument ten jest żądany na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy, usługi wymaganiami określonym przez Zamawiającego. Wobec tego jest to jeden z dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, a w konsekwencji jest dokumentem wymienionym w § 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). W takiej sytuacji niedołączenie (czy też załączenie wadliwego) do oferty certyfikatu, potwierdzającego wymagania zamawiającego skutkuje koniecznością jego uzupełnienia. Nie jest natomiast dopuszczalne odrzucenie oferty z tego powodu bez uprzedniego wezwania do uzupełnienia tego dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu wezwał Konsorcjum (...) do uzupełnienia wskazanego certyfikatu. Konsorcjum (...) czynność tę skutecznie zaskarżyło. Tym samym Izba przesądziła, że oferta Konsorcjum jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego.

Skoro spełnianie wymagań zamawiającego zostało potwierdzone, to tym samym nie jest uprawnione stwierdzenie, że oferta podlega odrzuceniu z powodu niezgodności z treścią SIWZ.

(...) Sp. z o.o.w P., nie zaskarżył również wyroku KIO z dnia 1 czerwca 2012 r., w którym KIO uwzględniło odwołanie Konsorcjum (...)i nakazało unieważnienie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum oraz nakazało ponowne badanie i ocenę ofert z udziałem Konsorcjum. Wyrok ten był oczywiście niekorzystny dla (...) Sp. z o.o.w P.i spółka miała interes prawny do wniesienia skargi. W sprawach KIO 930/12 i KIO 938/12 (...) Sp. z o.o.w P.zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przedmiotem badania w tym postępowaniu odwoławczym były m.in. kwestie związane z ceną wskazaną w ofercie konsorcjum w związku z korzystaniem przez (...) S.A ze zwolnienia z podatku VAT, odmienne określenie rabatu na tę samą usługę. KIO w wyroku z dnia 1 czerwca 2012 r. uznała, że oferta Konsorcjum (...)nie zawierała błędów w obliczeniu ceny ani ni można jej postawić zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji. W związku z tym zarzuty podniesione w odwołaniu przez (...) Sp. z o.o.w P.odnoszące się do ceny wskazanej w swojej ofercie przez Konsorcjum (...)dotyczyły czynności, które zamawiający wykonał zgodnie z wyrokiem z dnia 1 czerwca 2012 r. W związku z tym, również w tym zakresie zarzut naruszenia art. 189 ust 2 pkt. 5 jest niezasadny.

Należy również podzielić stanowisko Izby, że zarzut dotyczący terminu związania ofertą został wniesiony po terminie. Sąd Okręgowy podziela stanowisko KIO, że okoliczności stanowiące podstawę do stawiania zarzutów odwołujący powziął odpowiednio - przy czynności zamawiającego dotyczącej zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 26 kwietnia 2012 roku - zaniechanie odwołującego, który nie stawiał zarzutów zamawiającemu, będąc w posiadaniu informacji, które obecnie stanowią podstawę do stawiania zarzutów, przy czynności wezwania konsorcjum (...) z dnia 8 czerwca 2012 roku, w wyniku której w dacie odwołania i rozstrzygnięcia przez Izbę orzeczeniem z dnia 28 czerwca 2012 roku, sygn. akt KIO 1278/12 odwołujący był w stanie powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania. W związku z tym zarzut naruszenia art. 189 ust 2 pkt 3 pzp również nie mógł być uwzględniony.

Ponadto trzeba uwzględnić fakt, że zgodnie z art. 192 ust. 2 pzp KIO uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Na zasadzie art. 198f ust 2 pzp, przepis ten stosuje się odpowiednio w postępowaniu przed Sądem Okręgowym. W ocenie Sądu Okręgowy wskazany zarzut nie uzasadniał uwzględnienia odwołania, nawet, gdyby odnośnie tego zarzutu zostało złożone w terminie.

Wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą jest oświadczeniem woli, które podlega regułom wykładni, jak każde oświadczenie woli. Ustawa nie przewiduje żadnej szczególnej formy dla jego złożenia. Treść tego oświadczenia wskazuje że wolą konsorcjum (...) była chęć dalszego uczestnictwa w postępowaniu oraz chęć dalszego utrzymywania stanu związania ofertą. Termin związania został przedłużony w sposób właściwy. Uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia było Konsorcjum (...), a nie (...)S.A. Można więc przyjąć, że złożone oświadczenie przez (...)S.A. było złożone w imieniu całego konsorcjum, a nie jedynie (...)S.A. Nadto należy zauważyć, że zgodnie z art. 24 ust 2 pkt 2 pzp wykluczeniu podlegają wykonawcy, którzy nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. W rozpoznanej sprawie, taka sytuacja wogóle nie miała miejsca. W związku z tym brak było podstaw do wykluczenia Konsorcjum (...) na podstawie art. 24 ust 2 pkt 2 pzp w zw. z art. 85 ust 1 i 2 pzp.

Nie zasługiwał również na uwzględnienie zarzut naruszenia art. art. 90 ust. 1 pzp poprzez zaniechanie oceny prawidłowości braku zwrócenia się do Konsorcjum (...) o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów złożonej przez Konsorcjum (...) oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia czy oferta ta w zakresie wskazania wysokości kosztu opłaty pocztowej za list polecony ZPO do 50 gram na terenie RP zawiera rażąco niską cenę stosunku do przedmiotu zamówienia i zaniechanie nakazania Zamawiającemu dokonania tej czynności.

Przepisy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, mimo że pojęcie to zostało użyte przez ustawodawcę nie tylko w ww. przepisie, ale i w art. 90 p.z.p. Punktem odniesienia do określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ciężar dowodu wykazania, że oferta Konsorcjum (...) zawiera rażąco niską cenę spoczywało na skarżącym wykonawcy (art. 6 k.c.), czemu ten nie sprostał. W swojej bowiem argumentacji skarżący wykonawca ograniczył się jedynie do wskazania, że Konsorcjum zaoferowało zamawiającemu cenę za doręczenie przesyłki ZPO w wysokości 4,15 zł. Tymczasem normalną opłatą pobieraną przez (...) S.A. za doręczenie przesyłki listowej ZPO do 50 g na terenie RP jest kwota 5,65 zł.

Obowiązek złożenia wyjaśnień i dowodów odnośnie ceny zachodzi wówczas, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska. Zamawiający odrzuca ofertę, gdy na podstawie dokonanej oceny dojdzie do wniosku, że cena jest rażąco niska. Jeśli zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 k.c., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów czy usług za symboliczną kwotę. Jeśli jednym z kryterium wyboru oferty jest cena, nie sposób oczekiwać od zamawiającego, by wybrał ofertę o wiele droższą, jeśli istnieje możliwość sfinansowania

zamówienia za cenę niższą. Nie można zapominać, że głównym celem ustawy - Prawo zamówień publicznych jest zapewnienie prawidłowości wydawania środków publicznych, a nie zapewnienie przestrzegania zasad konkurencji między przedsiębiorcami.

Należy nadto zauważyć, że kwestia ta była przedmiotem oceny KIO na skutek odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) S.A.z siedziba w (...) S.A.z siedzibą w K.w sprawie KIO 938/12, zakończonej wyrokiem w dniu 1 czerwca 2012 r. Wszystkie podniesione w uzasadnieniu tego orzeczenia wywody dotyczące tej kwestii należy uznać za trafne.

W niniejszej sprawie skarżący powołuje się na okoliczności, które istniały już przy pierwszym wyborze tj. w dniu 26 kwietnia 2012 r. Po tej dacie Konsorcjum (...) nie zmieniało swojej oferty. Skarżący w tej dacie również powziął o nich informację, mimo to nie wnosił od nich zarzutów.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy mają możliwość skarżenia także zaniechań, jakich dopuścił się Zamawiający. Wykonawca także w takiej sytuacji może posiadać interes we wniesieniu odwołania. Dla wykazania interesu, nie jest przecież konieczne doznanie uszczerbku, ale wystarczy samo jego zagrożenie, potencjalna możliwość prowadząca do takiego rozwoju sytuacji w dalszym przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 179 pzp). Dotyczy to zwłaszcza sytuacji, gdy jako najkorzystniejsza została wybrana jego oferta. Wobec tego dopóki wybór oferty nie jest ostateczny istnieje możliwość wniesienia uzasadnionego odwołania przez konkurencyjnego wykonawcę. Jeżeli bowiem, w ocenie Skarżącego, Zamawiający nie zbadał oferty w sposób skrupulatny, dokładny i całościowy, do czego był zobowiązany, zachowując zasady równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z poszanowaniem reguł uczciwej konkurencji, to już przy pierwszym wyborze należało przypisać Zamawiającemu naruszenie przepisów i zaniechanie wykonania czynności nakazanych ustawą, stanowiące podstawę i uprawniające do wniesienia odwołania.

Skarżący winien się liczyć z tym, że Konsorcjum (...), które złożyło ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie może skorzystać ze środków zaskarżenia i podnieść skutecznie zarzuty przeciwko odrzuceniu jego oferty. Dlatego Skarżący, aby nie narazić się na negatywne dla siebie skutki powinien wnieść odwołanie zdecydowanie wcześniej – w terminie licznym od pierwotnego wyboru. Konsorcjum (...) miało możliwość wniesienia odwołania, a to oznacza, że jego interes w uzyskaniu zamówienia był zagrożony.

Czynność Zamawiającego podjęta w dniu 29 czerwca 2012 roku, polegająca na wyborze oferty Konsorcjum (...) była konsekwencją wcześniejszego orzeczenia KIO z dnia 1 czerwca 2012 r., od którego skarżący – mimo, że było dla niego oczywiście niekorzystne - nie wniósł skargi do Sądu.

Dopuszczenie na obecnym etapie możliwości kwestionowania przez skarżącego wyboru oferty Konsorcjum (...) stanowiłoby naruszenie zasady koncentracji wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej. Rację ma KIO, że „powyższe zaniechania odwołującego nie mogą następnie niezasadnie przedłużać przedmiotowego postępowania”. Tym samym również twierdzenie wyrażone w skardze o braku gravamen jest bezzasadne.

Z tych względów Sąd Okręgowy na podstawie art. 198f ust. 2 pzp oddalił skargę jako bezzasadną.

O kosztach postępowania Sąd Okręgowy postanowił na podstawie art. 198f art. 5 pzp.