

**Sygn. akt V Ca 753/13**

## POSTANOWIENIE

Dnia 29 kwietnia 2013 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny-Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący:	<b>SSO Piotr Wojtysiak</b>
Sędziowie:	<b>SSO Oskar Rudziński</b> <b>SSR del. Joanna Machoń (spr.)</b>

Protokolant: **sekr. sądowy Anna Misiejuk**

po rozpoznaniu w dniu **29 kwietnia 2013 r.** w Warszawie

na rozprawie

sprawy ze skargi (...) S.A.

przeciwko zamawiającemu Agencji (...)

z udziałem (...) S.A., Konsorcjum firm: Centrum (...) S.A., Zakładu (...) Sp. z o.o., (...) Sp. z o.o., Konsorcjum firm:

(...)S.A., (...) SpA z siedzibą we Włoszech, Konsorcjum firm: (...) S.A., (...) Sp. z o.o., (...) Sp. z o.o. oraz (...) S.A.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 5 lutego 2013 r. sygn. akt KIO 2911/12, KIO 2914/12, KIO 2915/12, KO 2917/12

### **postanawia:**

1. odrzucić skargę;
2. zasądzić od (...) S.A. na rzecz Agencji (...) kwotę 1.217 (jeden tysiąc dwieście siedemnaście) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego przed Sądem Okręgowym.

Sygn. akt V Ca 753/13

Uzasadnienie:

Agencja (...) w W. ogłosiła

16 marca 2012r. w dzienniku urzędowym Unii Europejskiej oraz opublikowała na stronie internetowej ogłoszenie o zamówieniu na „Utrzymanie, modyfikacje i ulepszenia systemów aplikacyjnych (...), (...), (...), (...) na lata 2013-2015”., w trybie przetargu ograniczonego w trybie przyspieszonym.

Zamawiający 19 grudnia 2012r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, za którą uznał ofertę konsorcjum z liderem (...) sp. z o.o. w K..

Od czynności oceny ofert odwołanie do KIO wniosła m.in. (...) S.A.w R..

Wyrokiem z 5 lutego 2013r. w połączonych sprawach o sygnaturach: KIO 2911/12, KIO 2914/12, KIO 2915/12 i KIO 2917/12 Krajowa Izba Odwoławcza:

1 A. uwzględniła odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum: (...) S.A.w W., (...) Sp. z o.o.w W.i (...)Sp. z o.o. w W.i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: (...) S.A.w K.i (...)Sp.A. we Włoszech, w R., na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych z uwagi na to, że złożone przez nich wyjaśnienia potwierdzają, że cena zaoferowana przez tych wykonawców jest ceną rażąco niską, oraz odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Centrum (...) S.A.w Ł.i Zakład (...) Sp. z o.o.w (...) Sp. z o.o.w W., na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, która nie spełnia wymagania (...)opisanego (...)załącznika (...)do siwz - tj. dodania pola weryfikującego zobowiązanie do dostarczenia w terminie 30 dni od dnia doręczenia decyzji o przyznaniu pomocy referencji z wolontariatu - zgodnie z polem (...)załączonej (...), wykonawcy Centrum (...) S.A.i Zakład (...) Sp. z o.o.w (...) Sp. z o.o.w W.dodali pole weryfikujące niezgodne z polem (...), czyli poprzez posłużenie się komunikatem błędu dotyczącym pola (...)załączonej (...), w pozostałej części odwołanie oddalając;

1 B. oddaliła odwołanie wykonawcy (...) S.A. w W. w całości;

1 C. uwzględniła odwołanie wykonawcy (...) S. A.w K.i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia publicznego it (...) S.A.w K.i (...)SpA w R., Włochy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych

z uwagi na to, że złożone przez nich wyjaśnienia potwierdzają, że cena zaoferowana przez tych wykonawców jest ceną rażąco niską oraz nakazała powtórzenie czynności badania prawidłowości zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego (...)S.A. w K.i (...)SpA w R., Włochy, załącznika nr (...)do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na kalkulację ceny oferty z 5 grudnia 2012r. i odtajnienie tego dokumentu jako nie spełniającego przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

w pozostałym zakresie odwołanie oddaliła.

1 D. uwzględniła odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Centrum (...) S.A.w Ł.i Zakład (...) Sp. z o.o.w (...) Sp. z o.o.w W.i nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum: (...) S.A.w W., (...) Sp. z o.o.w (...) Sp. z o.o.w W.na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych z uwagi na to, że oferta tych wykonawców nie odpowiada treści (...)załącznika (...) do siwz tj. wykonawcy przedstawili wynik zadania próbnego na wniosku, którego data wpływu jest wcześniejsza (21 listopada 2012r.), niż data wdrożenia modyfikacji (22 listopada 2012r.) a zamawiający wymagał zaprezentowania wyników zadania próbnego dla nowo zarejestrowanych wniosków od daty wdrożenia modyfikacji.

2. kosztami postępowania obciążyła Agencję (...) oraz wykonawcę (...) S.A. w W. i:

2.1. zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 60 000 zł uiszczoną przez wykonawców: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum: (...) S.A. w W., (...) Sp. z o.o. w (...) Sp. z o.o. w W., wykonawcę (...) S.A. w W., wykonawcę (...) S. A. w K., wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne: Centrum (...) S. A. w Ł. i Zakład (...) Sp. z o.o. w (...) Sp. z o.o. w W., tytułem wpisów od odwołań;

2.2. zasądziła od Agencji (...) w W.na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum: (...) S.A.w W., (...) Sp. z o.o.w (...) Sp. z o.o.w W.kwotę 15 000 zł z tytułu zwrotu uiszczanego wpisu;

2.3. zasądziła od Agencji (...) w W.na rzecz wykonawcy (...) S. A.w K.kwotę 18 600 zł z tytułu zwrotu uiszczanego wpisu i poniesionych kosztów zastępstwa prawnego;

2.4. zasądziła od Agencji (...) w W.na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne: Centrum (...) S. A.w Ł.i Zakład (...) Sp. z o.o.w (...) Sp. z o.o.w W.kwotę 15 000 zł z tytułu zwrotu uiszczanego wpisu.

Skargę do Sądu Okręgowego na orzeczenie KIO wniósł (...) S.A.w R.

Wyrok zaskarżyła w części dotyczącej punktu 1 D sentencji wyroku, w zakresie braku wyraźnego wskazania, iż odrzuceniu podlegać powinna również oferta wykonawcy (...) S. A. w K., na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, z uwagi na fakt, iż nie przedstawił on poprawnego wyniku zadania próbnego tzn. nie pokazał wyników zadania próbnego dla nowo zarejestrowanych wniosków od daty wdrożenia modyfikacji.

Rozstrzygnięciu zarzuciła naruszenie

- art. 185 ust. 7 ustawy Prawo Zamówień Publicznych w zw. z art. 1194 § 1 k.p.c. i art. 1197 § 2 k.p.c. poprzez wydanie wyroku nieodpowiadającego wymogom formalnym określonym tymi przepisami;

- art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych poprzez brak wyraźnego odniesienia do wszystkich żądań odwołania, które zostało uwzględnione przez Izbę;

Z ostrożności procesowej, w szczególności na wypadek gdyby Sąd uznał, iż przy ustalaniu wiążącej treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej bierze się pod uwagę nie tylko sentencję wyroku, ale też jego uzasadnienie, skarżąca również zarzuciła wyrokowi naruszenie:

- art. 190 ust. 1,3,4,6 ustawy Prawo Zamówień Publicznych poprzez nie przeprowadzenie wnioskowanego przez (...) dowodu z opinii biegłego z dziedziny informatyki, na okoliczność weryfikacji treści zadań próbnych zrealizowanych przez wykonawców z treścią SIWZ, chociaż okoliczność ta wymagała wiedzy specjalistycznej;

- art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych poprzez sprzeczność istotnych ustaleń z treścią zgromadzonego materiału dowodowego i zaniechanie dostatecznego wyjaśnienia sprawy, przez przyjęcie odnośnie oferty (...) S. A. w K., iż analizowany w ramach zadania próbnego wniosek ma datę wpływu 22.11.2012r. podczas gdy faktyczną datą wpływu był 31.10.2012r., co w konsekwencji doprowadziło do sprzeczności między sentencją, a uzasadnieniem wyroku oraz pominięcia zarówno w sentencji wyroku jak i w uzasadnieniu wyroku stwierdzenia, iż oferta (...) S. A. w K. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych ze względu na niespełnienie wymagań SIWZ w zakresie zaprezentowania spełnienia wymaga (...) - (...) dla nowo zarejestrowanych wniosków, co jest równoznaczne w bezpodstawnym, nieuprawnionym w świetle zgromadzonego materiału dowodowego uznaniem, że oferta wykonawcy C. spełnia wymagania SIWZ; co stanowi naruszenie art. 192 ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 7 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

Wniosła o zmianę wyroku:

- w punkcie 1 D poprzez dopisanie po aktualnie końcowych słowach tego punktu: „od daty wdrożenia modyfikacji” następujących sformułowań:

„oraz odrzucenia oferty (...) S.A.na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 z uwagi na to, że oferta tego wykonawcy nie odpowiada treści (...)załącznika (...) do siwz tj. wykonawca ten przedstawił wynik zadania próbnego na wniosku, którego data wpływu jest wcześniejsza (31.10.2012 r.) niż data wdrożenia modyfikacji (08.11.2012 r.), a Zamawiający wymagał zaprezentowania wyników zadania próbnego dla nowo zarejestrowanych wniosków od daty wdrożenia modyfikacji”;

- zmianę w uzasadnieniu wyroku poprzez wpisanie na stronie 102 uzasadnienia wyroku odnośnie oceny oferty C. następujących sformułowań:

„1. Niezgodność zadania próbnego z wymaganiami określonymi w siwz.

Wymagania (...)powinny obowiązywać „dla nowo rejestrowanych wniosków od daty wdrożenia” (siwz załącznik nr (...)) natomiast w rozwiązaniu zadania próbnego C.wymagania (...)do (...)obowiązują dla wszystkich wniosków niezależnie od daty ich złożenia.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Izba podtrzymuje w całości swoje stanowisko i argumentację podaną w rozstrzygnięciu zarzutu 1a. Izba badając ofertę C.stwierdziła, że data wdrożenia modyfikacji to 8 listopada 2012r., natomiast wniosek na którym zaprezentowano funkcjonowanie modyfikacji nosił datę wpływu 31 października 2012r. tj. przed datą modyfikacji, w ocenie Izby oznacza to, że wykonawca C.nie zaprezentował wyników zadania próbnego na nowo zarejestrowanym wniosku po dacie wdrożenia modyfikacji, co było wymogiem zamawiającego wynikającym z (...). załącznika (...) do siwz. Izba uznała, że zamawiający nieprawidłowo ocenił ofertę C.i naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy."

- nakazanie Zamawiającemu aby unieważnił czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

(...) S.A. nie mogła zostać uwzględniona albowiem podlegała odrzuceniu.

W ocenie Sądu Okręgowego nie ma racji skarżący twierdząc, iż na mocy rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej zapadłego 5 lutego 2013r. uwzględniono w całości odwołanie, a w szczególności w punkcie 1D wyroku KIO uwzględniła zarzut dotyczący niespełnienia wymagań (...)dla nowych wniosków (z datą wpływu po dacie wdrożenia modyfikacji) zarówno wobec wykonawcy I.M.jak i wykonawcy C..

W realiach rozpoznawanej sprawy wątpliwości budzić nie może, iż w odwołaniu od czynności zamawiającego złożonym przez (...) S.A., do którego przyłączył się skarżący, postawiono zarzut sprzeczności oferty (...) S.A.w postaci niewłaściwego wykonania zadania próbnego, którego przebieg zdaniem odwołującego był sprzeczny ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (wymaganie (...)). Z treści wyroku KIO z 5 lutego 2010r. wynika zaś, iż zarzut ten nie znalazł odzwierciedlenia w sentencji rozstrzygnięcia w zaskarżonym zakresie t.j. w punkcie 1 D.

W tym miejscu podnieść również należy, iż Sąd Okręgowy podziela pogląd wielokrotnie wyrażany w orzecznictwie, najpełniej zaprezentowany w postanowieniu SN z 7 listopada 2003r. V CZ 108/03, zgodnie z którym: wyrok niezależnie od tego, czy uwzględnia powództwo, czy też oddala je, może być skutecznie zaskarżony tylko w takiej części, w jakiej istnieje (sententia existens). Rozstrzygnięcie o żądaniach stron może nastąpić tylko w sentencji wyroku (art. 325 k.p.c.), a nie w uzasadnieniu, którego przedmiotem jest wskazanie podstawy faktycznej i wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa (art. 328 § 2 k.p.c.) oraz w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z 19 stycznia 2012r. w sprawie A Ca 1273/11, wedle którego : związanie stron, o którym mowa w art. 365 k.p.c., polega na związaniu tych osób dyspozycją zawartej w sentencji wyroku skonkretyzowanej, zindywidualizowanej i trwałej normy prawnej wywiezionej przez sąd z norm generalnych i abstrakcyjnych zawartych w przepisach prawnych. Oznacza to związanie stron treścią łączącego ich stosunku prawnego wynikające z sentencji orzeczenia, ocenionego na podstawie mającej w sprawie zastosowania normy materialnoprawnej.

Zatem przyjąć należało, iż wywody skarżącego wyrażające opinię strony, iż w niniejszej sprawie doszło do uwzględnienia odwołania (...) w całości, w czym skarżący upatruje możliwość wywodzenia skargi sprowadzającej się do żądania korekty uzasadnienia przedmiotowego rozstrzygnięcia we wskazany przez stronę sposób i „dopisania” w wyroku określonych sformułowań zasada się na błędnym wywodzie prawnym, wobec czego, argumentacja ta nie może być uznana za skuteczną.

W ocenie Sądu Okręgowego wątpliwości nie budzi, iż na podstawie odesłania zawartego w art. 198 a ust 2 p.z.p. do regulacji zawartej w Kodeksie postępowania cywilnego dotyczącej apelacji założeniem dopuszczalności skargi od rozstrzygnięcia KIO jest istnienie wyroku (sententia existens). Wyrok bowiem może być zaskarżony tylko w takiej części, w jakiej istnieje, czy też tylko wtedy gdy uwzględnia odwołanie, lub też gdy odwołanie oddała.

Jednocześnie wyraźnie należy podkreślić, iż skarżący nie podjął skutecznej próby konwalidowania rozstrzygnięcia KIO w przywołanym zakresie poprzez wszczęcie postępowania zmierzającego do uzupełnienia powyższego wyroku, co w konsekwencji mogłoby stanowić podstawę do rozważania zasadności skargi, albowiem wniosek jaki w tym zakresie wywiedziono został sformułowany w sposób uniemożliwiający jego merytoryczne rozpoznanie. Powyższe zaś prowadzi do wniosku, iż w dacie zgłoszenia niniejszej skargi, jak również w dacie rozpoznania tego środka nie istniało w obrocie prawnym rozstrzygnięcie KIO odnoszące się do zarzutu sprzeczności oferty (...) S.A.z SIWZ.

Tymczasem skarżący w sprawie przedmiotowej domagał się zmiany orzeczenia KIO poprzez zamieszczenie w sentencji i uzasadnieniu zaskarżonego wyroku określonych sformułowań, wyspecyfikowanych we wniosku, gdyż jak wskazano w uzasadnieniu skargi zaskarżone rozstrzygnięcie nie zawiera w swej treści „wyraźnych stwierdzeń.

W ocenie Sądu Okręgowego tak skonstruowana skarga, wobec braku substratu zaskarżenia, musi podlegać odrzuceniu.

W tym miejscu dodać również należy, iż wyżej przywołany wniosek zawarty w skardze nie zawiera żądania o wydanie orzeczenia reformatoryjnego, odnoszącego się do istoty sprawy, gdyż skarżący zmierza, jak się wydaje wyłącznie, do uzupełnienia poszczególnych elementów wyroku o wyartykułowane w skardze treści, co również przesądza o uznaniu niedopuszczalności sformułowanej skargi w rozpoznawanej sprawie.

W tym stanie rzeczy, wobec uznania, iż skarga podlega odrzuceniu, w oparciu o art. 198 a ust 2 p.z.p. w zw. z art. 198 c p.z.p. i art. 198 f ust 2. p.z.p. oraz w zw. z art. 370 k.p.c. orzeczono jak w sentencji.

Wydane przez Sąd Okręgowy rozstrzygnięcie co do kosztów postępowania uzasadnia klauzula generalna wyrażona w art. 198 f ust 5 p.z.p. w zw. z art. 98 § 1 i 3 k.p.c. oraz § 11 ust 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak na wstępie.