

Sygn. akt XXIII Zs 139/22

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 grudnia 2022 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w składzie:

Przewodniczący: sędzia Andrzej Kubica

Protokolant:sekr. sądowy Dariusz Książek

po rozpoznaniu w dniu 9 listopada 2022 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem:

zamawiającego: Przedsiębiorstwa (...) w W.

odwołującego: P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...) w P.

przystępującego po stronie zamawiającego: P. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...) w P.

ze skargi P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...) w P.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 25 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO 2022/22

I. oddała skargę;

II. zasądza od P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...) w P. na rzecz Przedsiębiorstwa (...)w W. 12 500 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

sędzia Andrzej Kubica

Sygn. akt XXIII Zs 139/22

UZASADNIENIE

Zamawiający, Przedsiębiorstwo (...) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie „Zakup i instalacja 4 szt. Urządzeń EDS (Explosive Detection System) co najmniej normy 3.1 do Sortowni 1 (Strefa AB) wraz z integracją z systemem BHS”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 lipca 2022 r. pod numerem (...).

Wykonawca – P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...) w P. (dalej: odwołujący lub (...)) wniósł odwołanie wobec:

a) treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) w zakresie:

i. opisu przedmiotu zamówienia, zawartego w Załączniku nr 3 do SWZ - Projektowane postanowienia umowy, Załącznik nr 1: szczegółowy opis przedmiotu zamówienia punkt 5.2) – w zakresie, w jakim wymagają przetestowania oferowanych urządzeń przez TSA (organ publiczny w USA), podczas gdy certyfikaty i badania tego podmiotu nie są honorowane na terenie Unii Europejskiej, gdzie wiążące są normy i procesy certyfikacyjne ECAC, co więcej urządzenia

(zestawy EDS) certyfikowane przez ECAC, nie są certyfikowane przez TSA i na odwrót, z uwagi na odmienne oprogramowanie;

ii. przesłanki wykluczenia wykonawcy, rozdział VI punkt 2 SWZ, w zakresie powołującym się na regulacje dot. zamówień z dziedziny obronności i bezpieczeństwa, podczas gdy postępowanie nie dotyczy tego obszaru;

b) treści ogłoszenia o zamówieniu, w zakresie wskazanych wyżej postanowień SWZ.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 16 pkt. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – prawo zamówień Publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z zm. (dalej Pzp) w zw. z art. 105 ust. 1 i 2 Pzp oraz Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2021/255, z dnia 18 lutego 2021 r. zmieniającego Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2015/1998 (dalej: Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2021/255) i Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2022/11 z dnia 13 stycznia 2020 r. zmieniającego rozporządzenie wykonawcze (UE) 2015/1998 w odniesieniu do sprzętu służącego do ochrony lotnictwa cywilnego oraz państw trzecich, w których stosowane normy ochrony uznaje się za równoważne ze wspólnymi podstawowymi normami ochrony lotnictwa cywilnego (dalej: Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2020/111) – poprzez wskazanie nadmiernego oraz ograniczającego konkurencję wymogu poddania zestawu EDS certyfikacji agencji TSA,

2. art. 16 pkt. 3 w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp, poprzez wskazanie nadmiernego i ograniczającego konkurencję wymogu poddania zestawu EDS certyfikacji agencji TSA,

3. art. 16 pkt. 1 w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez wskazanie niemożliwego do spełnienia wymogu dostarczanego urządzenia, który jest w praktyce nieosiągalny – z uwagi na zasadę certyfikowania danego zestawu EDS wyłącznie przez jednostkę właściwą z uwagi na miejsce jego stosowania,

4. art. 405 ust. 1 pkt. 3 w zw. z art. 7 pkt. 36 i 12 Pzp, poprzez nieuprawnione wprowadzenie w postępowaniu przesłanki wykluczenia wykonawcy, zarezerwowanej dla postępowań w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa,

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

a) dokonania modyfikacji SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 3a do SWZ) poprzez zmianę: opisu przedmiotu zamówienia, zawartego w Załączniku nr 3 do SWZ - Projektowane postanowienia umowy, Załącznik nr 1: szczegółowy opis przedmiotu zamówienia: punkt 5.2, poprzez jego usunięcie, rozdziału VI punkt 2 SWZ, poprzez jego usunięcie oraz usunięcie obowiązku złożenia oświadczenia według Załącznika nr 10 do SWZ;

b) dokonania zmian w treści zmienionego ogłoszeniu o stosownie do nakazanej zmiany treści SWZ

W wyroku z dnia 25 sierpnia 2022 r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie oraz obciążyła kosztami postępowania odwołującego.

W uzasadnieniu powyższego rozstrzygnięcia Izba uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. Uznała przy tym wszystkie podniesione przez odwołującego zarzuty za niezasadne.

Izba przywołując treść art. 105 ust. 1 i 2 Pzp ustaliła, że określony w pkt 5.1. OPZ warunek konieczny spełnia wymogi regulacji prawnych obowiązujących na terenie Unii Europejskiej zaś wymagania określone w pkt 5.2 OPZ w jej ocenie należy odczytywać wyłącznie jako odnoszące się do merytorycznej treści oferty w zakresie oferowanych urządzeń oraz zobowiązanie wykonawcy na etapie realizacji umowy. Izba zaznaczyła, że zamawiający nie żąda złożenia przez wykonawców w ofercie certyfikatu lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez TSA dotyczących oferowanych urządzeń EDS. Wymaga jedynie, aby oferowane urządzenia certyfikowane ECAC posiadające „pieczęć UE” posiadały wersję przebadaną przez TSA.

Przywołując treść art. 99 ust 1 Pzp Izba wskazała, że odwołujący nie zakwestionował skutecznie wymogu zawartego w pkt 5.2 OPZ jako niezrozumiałego lub niejednoznacznego. Nie wykazał także aby wymóg ten w sposób nieuzasadniony ograniczał konkurencję w przedmiotowym postępowaniu. Bezsporne ponadto było między stronami, że pięciu sposób sześciu producentów urządzeń EDS oferuje urządzenia spełniające wymogi certyfikacji lub kwalifikacji przez TSA. Ponadto Izba zauważyła, że zamawiający w tym punkcie nie wymagał przy tym konkretnego poziomu certyfikacji/kwalifikacji.

W ocenie Izby zamawiający wykazał, że dodatkowe wymagania dotyczące przejścia procesu certyfikacji/kwalifikacji przez TSA ma istotne znaczenia dla zapewnienia wyższego poziomu bezpieczeństwa w ramach działalności zamawiającego, którego działalność ma szczególne znaczenie gospodarczo-obronne państwa.

Izba zaznaczyła także, że z treści wymogu z pkt 5.2 OPZ nie wynika aby oferowane konkretne urządzenie o określonej konfiguracji potwierdzonej w ramach certyfikacji ECAC posiadało certyfikat czy też sprawozdanie z badań TSA. Wymóg w ocenie Izby jak również w wyjaśnien zamawiającego dotyczy potwierdzenia dodatkowych możliwości danego urządzenia, zgodnie z wymaganiami TSA, nie zaś konkretnej konfiguracji czy też skonkretyzowanego poziomu certyfikacji/kwalifikacji.

W odniesieniu do dodatkowych przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania w pkt VI ppkt 2 SWZ Izba wskazała, że zamawiający błędnie wskazał art. ust 1 pzp jako podstawę prawną, ponieważ postępowanie nie jest zamówieniem w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Sformułowanie to Izba uznała za omyłkę w treści SWZ, która nie zaważyła na rozstrzygnięcie postawionego zarzutu. Izba zaznaczyła, że zamawiający wyjaśnił szczegółowo na rozprawie, że określił dodatkową przesłankę wykluczenia wykonawcy w niniejszym postępowaniu w pkt VI ppkt 2 SWZ w oparciu o dyspozycję art. 393 ust 1 pkt 2 Pzp zaś żaden przepis ustawy Pzp nie zakazuje zamawiającemu sektorowemu określenia przesłanki wykluczenia w taki sposób lub podobny jak wskazany w art. 405 ust. 2 pkt 3 Pzp jeśli przedmiot i charakter zamówienia w ocenie zamawiającego uzasadnia taką dodatkową weryfikację wykonawców. Odwołujący natomiast nie wykazał, że tak sformułowana przesłanka nie ma obiektywnego charakteru lub nie została należycie określona w SWZ.

Z uwagi na powyższe oddalono odwołanie zaś o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

Skargę na powyższe rozstrzygnięcie wywiódł wykonawcy P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...) w P. (dalej skarżący) zaskarżając je w całości oraz zarzucając mu naruszenie przepisów prawa procesowego i prawa materialnego, tj.:

1. art. 542 ust. 1 w zw. z art. 559 ust. 2 Pzp przez naruszenie zasad swobodnej oceny dowodów i zaniechanie wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego w postaci treści Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) i jej błędną wykładnię - co skutkowało uznaniem przez KIO, iż kwestionowane postanowienia SWZ nie ustanawiają wymagań niemożliwych do spełnienia;
2. art. 542 ust. 1 w zw. z art. 559 ust. 2 Pzp przez naruszenie zasad swobodnej oceny dowodów i poczynienie ustaleń faktycznych przedmiocie wykazania uzasadnionych, konkretnych potrzeb Zamawiającego i ich związku z kwestionowanymi postanowieniami SWZ sprzecznych ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym - co skutkowało uznaniem przez KIO kwestionowanych postanowień SWZ za dopuszczalne i nienaruszające konkurencji;
3. art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp przez ich niezastosowanie i oddalenie odwołania pomimo ustanowienia przez Zamawiającego w treści SWZ niemożliwego do spełnienia wymogu certyfikacji dostarczanego urządzenia w dwóch wykluczających się porządkach certyfikacji;

4. art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp przez ich niezastosowanie i oddalenie odwołania pomimo ustanowienia przez Zamawiającego w SWZ nadmiernego i ograniczającego konkurencję wymogu poddania oferowanego zestawu EDS certyfikacji agencji TSA.

5. art. 405 ust. 1 pkt. 3 w zw. z art. 7 pkt. 36 i 12 Pzp przez ich niezastosowanie i oddalenie odwołania pomimo nieuprawnionego podania przez Zamawiającego w SWZ podstawy prawnej przesłanki wykluczenia referującej do postępowań w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, podczas gdy przedmiot Postępowania nie dotyczy obszarów obronności i bezpieczeństwa, zdefiniowanych w art. 7 pkt 36 Pzp, lecz działalności infrastruktury cywilnej.

Z uwagi na powyższe zarzuty skarżący wniósł o uwzględnienie skargi i zmianę zaskarżonego wyroku na uwzględniający odwołanie oraz rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku a także zasądzenie na rzecz skarżącego od przeciwnika skargi kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W odpowiedzi na powyższe Zamawiający – Przedsiębiorstwo (...) w W. (dalej też przeciwnik skargi) wniósł o oddalenie skargi w całości oraz o zasądzenie od skarżącego na rzecz zamawiającego (przeciwnika skargi) kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm prawem przepisanych. Przeciwnik skargi wniósł także o dopuszczenie wskazanych tam dowodów.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Na podstawie art. 15zsz¹ pkt 4 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych w brzmieniu nadanym z dniem 3 lipca 2021 r. sprawa podlegała rozpoznaniu przez Sąd odwoławczy w składzie 1-osobowym.

W ocenie Sądu skarga nie zasługiwała na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy w całości podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą w odniesieniu do zarzutów odwołania, jak i wywody zawarte w uzasadnieniu wyroku Izby prowadzące do oddalenia odwołania. Zauważyć też należy, iż w istocie wywody zawarte w skardze sprowadzają się do prezentowania przez skarżącego własnej, a konkurencyjnej wobec Krajowej Izby Odwoławczej oceny faktycznej i prawnej sprawy. W ocenie Sądu Okręgowego, Krajowa Izba w sposób staranny, wyczerpujący i wszechstronny rozważyła wszystkie dowody przeprowadzone w toku rozprawy. Ocena materiału dowodowego została dokonana w sposób wszechstronny i bezstronny, nie naruszała granic oceny swobodnej, była zgodna z zasadami doświadczenia życiowego oraz nie zawierała błędów faktycznych lub logicznych, stąd ustalenia te Sąd Okręgowy uznaje za własne. Sąd Okręgowy w całości podziela także argumentację prawną przedstawioną przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Żaden z zarzutów podniesionych w skardze nie okazał się zasadny.

Niemniej jednak Sąd uzupełnił stan faktyczny o złożone w niniejszym postępowaniu dowody w postaci informacji z 5 września 2022 r. z otwarcia ofert, formularza ofertowego (pkt 2) - oferty skarżącego z 4 września 2022 r., zaproszenia do aukcji elektronicznej a także informacji o odrzuceniu oferty z 13 września 2022 r.

W kontekście zgłoszonego przez przeciwnika skargi zarzutu braku interesu po stronie skarżącego nasuwała się wątpliwość, która została zweryfikowana ww. dowodami. Sąd drugiej instancji władny jest uzupełnić lub poszerzyć stan faktyczny ustalony przez KIO, co miało właśnie miejsce w okolicznościach niniejszej sprawy (pod. Uchwała SN (7) z dnia 23 marca 1999 r., III CZP 59/98, LEX nr 35530 oraz Uchwała SN (7) z dnia 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07, LEX nr 341125). Analiza zgłoszonych dowodów w ocenie Sądu rozpoznającego niniejszą sprawę nie wykazała, aby kwestionowane przez Skarżącego postanowienia SWZ ograniczyły mu możliwość złożenia konkurencyjnej oferty i uzyskania przedmiotowego zamówienia.

przedstawia najlepszy stosunek jakości przedmiotu zamówienia do posiadanych przez zamawiającego środków finansowych. Podkreślenia wymaga tutaj uzyskanie odpowiedniej proporcji najwyższej jakości do posiadanych środków finansowych, która to przełoży się i zapewni prawidłową realizację przedmiotu zamówienia. Nie można zatem zarzucić zamawiającemu, w ocenie Sądu, że w sytuacji istnienia urzędzeń posiadających wszystkie certyfikacje ECAC przy jednoczesnym uprzednim przejściu przez proces certyfikacji/kwalifikacji TSA, wskazania w opisie takich wymogów, które będą zgodne z opisaną ww. proporcją. Wymagania stawiane spornym urządzeniom jak zostało to wykazane już w postępowaniu przed KIO nie ograniczają także nadmiernie konkurencyjnych ofert.

Owszem wskazać należy, że zamawiający błędnie wskazał jako podstawę wykluczenia art. 405 ust. 1 Pzp. Nie mniej jednak Sąd podziela stanowisko Izby, iż sformułowanie to jako omyłka w treści SWZ, nie waży na rozstrzygnięciu postawionego zarzutu. Z uwagi na charakter przedmiotu zamówienia w tym konkretnym postępowaniu a także fakt, że zamawiający prowadzi przedmiotowe postępowanie zgodnie z trybem przewidzianych w ustawie Pzp dla zamówień sektorowych miał on uprawnienie do określeń dodatkowych podstaw do wykluczenia wykonawców. Skarżący zaś nie wykazał, aby przesłanka wykluczenia miała obiektywny charakter czy też została w nienależyty sposób określona w SWZ.

Mając na uwadze powyższe rozważania Sąd Okręgowy nie znalazł przyczyn dyskwalifikujących zaskarżone orzeczenie. Skarga podlegała zatem oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze, działając w granicach skargi i zaskarżenia, Sąd Okręgowy orzekł jak w wyroku i na podstawie art. 588 ust. 1 Pzp oddalił skargę.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c., art. 99 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 589 Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Skarżący przegrał postępowanie skargowe w całości, dlatego też został obciążony kosztami procesu poniesionymi przez przeciwnika skargi w całości. Odnośnie wysokości zasądzonych kosztów (ustalonych od wskazanej w skardze wartości przedmiotu zaskarżenia), Sąd Okręgowy uwzględnił treść § 2 pkt 9 w zw. z §10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. 2015 r., poz. 1804 ze zm.) w brzmieniu obowiązującym w chwili wniesienia skargi, z uwzględnieniem 50% stawki minimalnej, biorąc pod uwagę wartość przedmiotu zaskarżenia (czyli wartość przedmiotu zamówienia). Sąd Okręgowy stoi na stanowisku, iż niniejsze postępowania należy do spraw cywilnych, do których zastosowanie mają ogólne przepisy dotyczące stawek zastępstwa procesowego.

Sędzia Andrzej Kubica