

Sygn. akt XXIII Ga 809/19

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 października 2019r.

Sąd Okręgowy w Warszawie, XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie : Przewodniczący: SSO Paweł Kieta (spr.)

Sędziowie: SO Alicja Dziekańska

SO Monika Skalska

Protokolant: sekr. sądowy Mariusz Bajsztok

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 września 2019 r. w Warszawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z udziałem:

zamawiającego Skarbu Państwa - Prokuratury Krajowej w W.

odwołującego (...) spółki akcyjnej w W.

przystępujących po stronie zamawiającego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., (...) (...) spółka akcyjna w W.

na skutek skargi odwołującego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO (...)

1. oddała skargę,
2. zasądza od (...) spółki akcyjnej w W. na rzecz Skarbu Państwa - Prokuratury Krajowej w W. 12 500 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

SSO Alicja Dziekańska SSO Paweł Kieta SSO Monika Skalska

**Sygn. akt: XXIII Ga 809/19**

## UZASADNIENIE

# Zamawiający Prokuratura Krajowa w W. prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę produktów, zaprojektowanie i wdrożenie podsystemów technicznych tworzących Centralne Usługi Infrastrukturalne”.

Odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań zamawiającego złożył wykonawca (...) S.A w W.. Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

- 1.art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 i 4 UZNK poprzez naruszenie zasady jawności postępowania;
- 2.art. 8 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nieuprawnione ograniczenie odwołującemu dostępu do informacji i dokumentów;

3.art. 24 ust. 5 pkt. 4 w zw. z art. 24 ust. 8 ustawy oraz 24 ust. 4 Pzp poprzez ich zastosowanie i wykluczenie odwołującego, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty, pomimo że nie zaistniały przesłanki do wykluczenia przewidziane w art. 24 ust. 5 pkt. 4 Pzp;

4.art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę konsorcjum (...), pomimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ;

5.art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy konsorcjum (...), pomimo że w wyniku celowego działania przedstawiło informacje wprowadzające w błąd zamawiającego;

6.art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy konsorcjum (...), pomimo że konsorcjum nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Ewentualnie w razie uznania przez KIO, iż nie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty konsorcjum (...), odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

7.art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy konsorcjum (...), do uzupełnienia dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału  
#w postępowaniu.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu: odtajnienia wskazanych dokumentów złożonych przez konsorcjum (...); unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania; dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego; odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę konsorcjum (...), wykluczenia wykonawcy konsorcjum (...). Ewentualnie w razie uznania, iż zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania.

KIO wyrokiem z dnia 1 kwietnia 2019 r. oddaliła odwołanie (pkt 1), kosztami postępowania obciążyła odwołującego i: 1) zaliczyła w poczet kosztów postępowania 15.000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, 2) zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego 3.600 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego (pkt 2).

Izba doszła do wniosku, że w związku z niepotwierdzeniem się żadnego z zarzutów odwołania, nie mogło ono zostać uwzględnione. #

Skargę na wyrok Izby złożył wykonawca (...) S.A., zaskarżając wyrok w całości i zarzucając naruszenie:

- art. 192 ust. 2 Pzp poprzez oddalenie odwołania, mimo iż w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów Pzp mających wpływ na wynik postępowania;

- mające istotny wpływ na wynik sprawy naruszenie przepisów postępowania, a mianowicie art. 190 ust. 7 Pzp poprzez niedokonanie wszechstronnego rozważania zebranego na gruncie niniejszej sprawy materiału dowodowego, przedstawiające się uznaniem, że oferta uczestnika postępowania odpowiada treści SIWZ;

- mające istotny wpływ na wynik sprawy naruszenie przepisów postępowania, a mianowicie art. 190 ust. 7 Pzp w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp w związku z art. 24 ust. 8 Pzp poprzez niedokonanie wszechstronnego rozważania zebranego materiału dowodowego;

- ostrożności procesowej naruszenie przepisów postępowania, a mianowicie art. 190 ust. 7 Pzp w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp w związku z art. 24 ust. 8 Pzp poprzez niedokonanie wszechstronnego rozważania zebranego materiału dowodowego;

- mające istotny wpływ na wynik sprawy naruszenie przepisów postępowania, a mianowicie art. 190 ust. 7 Pzp w zw. z art. 190 ust. 3 Pzp i art. 190 ust. 1 Pzp oraz art. 245 k.p.c., poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny materiału dowodowego;

- mające istotny wpływ na wynik sprawy naruszenie przepisów postępowania, a mianowicie art. 190 ust. 7 Pzp, poprzez niedokonanie wszechstronnego rozważenia zebranego na gruncie niniejszej sprawy;

- naruszenie przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 24 ust. 5 pkt 5 oraz art. 24 ust. 8 Pzp poprzez ich niewłaściwą wykładnię;

- naruszenie przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez ich niewłaściwą wykładnię, polegającą na uznaniu, że oferta uczestnika postępowania jest zgodna z wymogami zawartymi w treści załącznika nr 3 do opisu przedmiotu zamówienia;

- naruszenie przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, poprzez jego niewłaściwą wykładnię i uznanie, że potwierdzenie spełniania przez uczestnika postępowania wszystkich wymogów nie wprowadza zamawiającego w błąd;

- naruszenie przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z rozdziałem VI pkt 3 ppkt 1) SIWZ poprzez jego niewłaściwą wykładnię;

- naruszenie przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 8 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 11 ust. 2 i 4 UZNK, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że złożony przez uczestnika postępowania zastrzeżenie w zakresie informacji będących tajemnicą przedsiębiorstwa było skuteczne.

Mając powyższe na uwadze skarżący wniósł o: uchylene zaskarżonego wyroku i uwzględnienie odwołania, ewentualnie o zmianę treści wyroku poprzez uwzględnienie odwołania, o dopuszczenie wskazanych dowodów, zasądzenie na rzecz skarżącej zwrotu kosztów postępowania sądowego.

W odpowiedzi na skargę zamawiający wniósł o jej oddalenie oraz zasądzenie kosztów.

Na rozprawie apelacyjnej w dniu 26 września 2019 r. (k. 277 v.) pełnomocnik skarżącego podtrzymał złożoną skargę w całości oraz zmienił wnioski skargi w ten sposób, że w przypadku uznania zasadności skargi wystąpił o stwierdzenie nieważności umowy. Dołączył pismo z dnia 25 września 2019 r. (k. 255), gdzie podtrzymał dotychczasowe stanowisko w sprawie oraz wniósł o stwierdzenie przez Sąd nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego, zawartej między zamawiającym a konsorcjum (...) w dniu 25 kwietnia 2019 r. (okoliczność bezsporna), wskazując, że unieważnienie umowy jest niezbędne do dalszego prowadzenia postępowania przez zamawiającego w przypadku uwzględnienia skargi przez sąd, gdyż w jego wyniku zmieni się wynik postępowania.

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

Skarga nie mogła skutkować uwzględnieniem.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy nastąpiła zmiana okoliczności – skarżący pismem z dnia 25 września 2019 r. zmienił treść żądania wskazanego w odwołaniu (i następnie w skardze), wnosząc o stwierdzenie nieważności umowy zawartej między zamawiającym a konsorcjum (...) w dniu 25 kwietnia 2019 r. Następnie na rozprawie apelacyjnej z dnia 26 września 2019 r. na pytanie Sądu Okręgowego skarżący także wprost wskazał, że żąda unieważnienia umowy zawartej między zamawiającym a konsorcjum (...).

W świetle art. 180 ust. 3 Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Zgodnie z art. 198c Pzp skarga powinna czynić zadość wymaganiom przewidzianym dla pisma procesowego oraz zawierać oznaczenie zaskarżonego

orzeczenia, przytoczenie zarzutów, zwięzłe ich uzasadnienie, wskazanie dowodów, a także wnioski o uchylenie orzeczenia lub o zmianę orzeczenia w całości lub w części. Zgodnie z art. 198a ust. 2 Pzp w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy k.p.c. o apelacji, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej.

Rozpoznając skargę Sąd Okręgowy bada, czy spełnia ona wymogi przewidziane dla pisma procesowego, jakim jest apelacja, tj. m.in., czy zawiera wniosek o zmianę lub o uchylenie wyroku z zaznaczeniem zakresu żądanej zmiany lub uchylenia. Zgodnie zaś z art. 198d Pzp w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi nie można rozszerzyć żądania odwołania ani występować z nowymi żądaniami. Należy zauważyć, że zawarty w art. 198d Pzp zakaz rozszerzania żądania odwołania lub występowania z nowymi żądaniami ma charakter bezwzględny. W postępowaniu apelacyjnym również nie można rozszerzyć żądania pozwu ani występować z nowymi roszczeniami, jednak w razie zmiany okoliczności można żądać zamiast pierwotnego przedmiotu sporu jego wartości lub innego przedmiotu, a w sprawach o świadczenie powtarzające się można nadto rozszerzyć żądanie pozwu o świadczenia za dalsze okresy (art. 383 k.p.c.). Sąd Okręgowy podziela zapatrywanie części doktryny, że możliwa jest natomiast – na skutek zmiany okoliczności faktycznych – zmiana wniosku skargi w zakresie żądania wydania jednego z rozstrzygnięć, o których mowa w art. 198f ust. 2 i 3 w zw. z art. 192 ust. 2 i 3 Pzp (odmiennie SO w Poznaniu w post. z dnia 21 marca 2014 r., X Ga 8/14, niepubl.). W przypadku bowiem, kiedy umowa zostanie zawarta po ogłoszeniu wyroku przez Izbę a po wniesieniu skargi (czyli w okolicznościach dopuszczonych w Pzp), sąd rozpoznający sprawę w postępowaniu skargowym może – w przypadku uznania jej zasadności – stwierdzić jedynie naruszenie przepisów Pzp (Komentarz do art. 198d Pzp, red. Jaworska 2019, wyd. 9/M. Jaworska, Legalis 2019).

W niniejszej sprawie miała miejsce zmiana okoliczności faktycznych – w dniu 25 kwietnia 2019 r. została zawarta umowa między zamawiającym a konsorcjum (...), a zatem już po wydaniu zaskarżonego wyroku z dnia 1 kwietnia 2019 r. W takiej sytuacji należało dojść do wniosku, że strona skarżąca zasadniczo miała możliwość zmiany żądania. Żądanie takie musiało jednak zostać wyartykułowane. Sąd Okręgowy zobligowany był rozpoznać skargę wniesioną w niniejszej sprawie w zakresie przedstawionego żądania. Na skutek modyfikacji żądania skarżący wniósł o unieważnienie umowy z dnia 25 kwietnia 2019 r. W takim stanie faktycznym Sąd Okręgowy winien zbadać zasadność zarzutów podniesionych w skardze – tych na uzasadnienie wniosku o unieważnienie umowy.

Art. 146 ust. 1 Pzp zawiera zamknięty katalog precyzyjnie określonych przesłanek unieważnienia umowy. Wystąpienie jednej z nich może stać się przyczyną unieważnienia umowy. W świetle art. 146 ust. 1 Pzp umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

- 1) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki;
- 2) nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;
- 3) zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;
- 4) uniemożliwił składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego tym systemem;
- 5) uniemożliwił wykonawcom, z którymi została zawarta umowa ramowa, złożenie ofert w procedurze konkurencyjnej o udzielenie zamówienia na podstawie umowy ramowej, o ile nie wszystkie warunki zamówienia zostały określone w umowie ramowej;
- 6) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę;

7) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 67 ust. 12.

W ocenie Sądu Okręgowego w niniejszej sprawie nie została spełniona żadna z przesłanek z art. 146 ust. 1 Pzp. Co znamienne, skarżący modyfikując żądanie skargi, nie podniósł nowych zarzutów dotyczących przesłanek z tegoż przepisu prawa, podtrzymując skargę w zakresie zarzutów w niej opisanych.

Sąd Okręgowy wskazuje, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, zatem a limine nie mogła się ziścić przesłanka z art. 146 ust. 1 pkt 1 Pzp, art. 146 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp. W sprawie nie została także zawarta umowa ramowa, zatem także umowa nie mogła zostać unieważniona na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 Pzp. Publikacja ogłoszenia o zamówieniu miała miejsce w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr (...)w dniu 6 grudnia 2018 r. – nie ziściła się zatem także przesłanka z art. 146 ust. 1 pkt 2 Pzp. Brak również materiału dowodowego, na podstawie którego można by wywieść, że miała miejsce sytuacja o której mowa w art. 146 ust. 1 pkt 3 Pzp.

W art. 146 ust. 6 Pzp została zawarta jeszcze jedna przesłanka do unieważnienia umowy. Zgodnie z tym przepisem, Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Unieważnienie umowy w przypadku określonym w art. 146 ust. 6 Pzp może nastąpić tylko z powództwa Prezesa Urzędu. Skarżącemu nie przysługuje zatem takie żądanie – tj. nie posiadał legitymacji do wystąpienia do sądu z takim żądaniem. Z tej przyczyny Sąd Okręgowy na terminie rozprawy apelacyjnej z dnia 26 września 2019 r. pytał skarżącego, jak brzmi żądanie skarżącego, oraz wskazywał na związek zmodyfikowanego żądania z zakresem badania skargi przez sąd. Skarżący podtrzymał jednak swoje stanowisko i żądał unieważnienia umowy.

W takim stanie faktycznym Sąd Okręgowy nie miał podstaw do badania zarzutów przedstawionych w skardze, które de facto dotyczyły jedynie dokonania przez zamawiającego czynności z naruszeniem przepisu ustawy, skoro żądanie skargi dotyczyło unieważnienia umowy. Brak było zarzutów dotyczących przesłanek do unieważnienia umowy z art. 146 ust. 1 Pzp. Nawet jeżeli zarzuty skargi byłyby słuszne, nie stanowiłyby one podstawy do unieważnienia umowy.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 198f ust. 2 zd.1 Pzp Sąd Okręgowy oddalił skargę, jako bezzasadną.

O kosztach postępowania Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 k.p.c., art. 99 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 198f ust. 5 Pzp oraz § 2 pkt 9) i § 10 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych, zgodnie z zasadą odpowiedzialności finansowej za wynik sprawy. Ponieważ skarżący przegrał postępowanie w całości, zwróci zamawiającemu wszystkie poniesione przezeń koszty w wysokości 12.500 zł, o czym orzeczono w punkcie 2 sentencji wyroku.

Alicja Dziekańska Paweł Kieta Monika Skalska