

Sygn. akt XXIII Ga 573/19



WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 sierpnia 2019 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący - SSO Monika Skalska (sprawozdawca)

Sędziowie: SO Alicja Dziekańska
SO Wiktor Piber

Protokolant: sekr. sądowy Mariusz Bajstok

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 sierpnia 2019 r., w Warszawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem:

zamawiającego – [REDAKTED] w [REDAKTED]

odwołującego – [REDAKTED] spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDAKTED]

na skutek skargi zamawiającego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 marca 2019 r., sygn. akt KIO 268/19

- I. zmienia zaskarżony wyrok w całości i w pkt. 1 oddala odwołanie [REDAKTED] spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDAKTED], w pkt. 2 obciąża kosztami postępowania odwoławczego [REDAKTED] spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDAKTED], w pkt. 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez [REDAKTED] spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDAKTED] tytułem wpisu od odwołania, a w pkt. 2.2 zasądza od [REDAKTED] spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDAKTED] na rzecz [REDAKTED] – [REDAKTED] w [REDAKTED] 3600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów zastępstwa prawnego;
- II. zasądza od [REDAKTED] spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDAKTED] na rzecz [REDAKTED] – [REDAKTED] w [REDAKTED] 5400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu skargowym;
- III. nakazuje ściągnąć od [REDAKTED] spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDAKTED] na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie 75000 zł (siedemdziesiąt pięć tysięcy złotych) tytułem nieuiszczonej opłaty od skargi.

SSO Alicja Dziekańska



SSO Wiktor Piber

Za zgodność z oryginałem

Sekretarz Sądowy
Sądu Okręgowego w Warszawie

Arkadiusz Bogusz

UZASADNIENIE

Zamawiający – [REDAKTOWANE] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „[REDAKTOWANE]” w ramach dwóch zadań: zadanie nr 1 - dostawa 17 komputerowych stanowisk badawczych; zadanie nr 2 - dostawa specjalistycznego oprogramowania do stanowisk badawczych” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm., w dalszej części uzasadnienia również: „Pzp”), w trybie przetargu nieograniczonego.

Wykonawca [REDAKTOWANE] Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w [REDAKTOWANE] w dniu 14 lutego 2019 r. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

1. wadliwe przygotowanie postępowania polegające na udostępnieniu wykonawcom narzędzia do komunikacji elektronicznej zawierającego liczne błędy prowadzące do dyskryminacji i ograniczenia wykonawcom dostępu do zamówienia, polegające na: braku pola wyboru w formularzu ofertowym, braku możliwości załadowania załącznika z ofertą, blokowaniu możliwości złożenia oferty poprzez komunikat o żądaniu zainstalowania KIR pomimo prawidłowej instalacji, braku możliwości załogowania mimo wpisywanego poprawnego hasła,
2. zaniechanie polegające na nieuwzględnieniu wiadomości przesłanej przez Odwołującego, zgodnie z postanowieniami specyfikacji, w sytuacji, gdy Zamawiający przewidział inny sposób komunikacji niż przy użyciu platformy,
3. opublikowanie informacji z otwarcia ofert w zakresie firm oraz adresów wykonawców, którzy złożyli oferty w terminie, ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji, warunków płatności z pominięciem oferty Odwołującego, co stanowi naruszenie:
 - a). art. 10a i 10b w związku z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwe przygotowanie postępowania w sposób utrudniający wykonawcom dostęp do zamówienia, poprzez udostępnienie narzędzi do komunikacji, zawierających liczne usterki i błędy mające wpływ na krąg wykonawców,
 - b). art. 10a i 10b w związku z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przygotowanie postępowania i narzędzi do komunikacji elektronicznej w sposób utrudniający Odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu z uwagi na liczne błędy

i usterki platformy, podczas czy Odwołujący postępował zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, regulaminem platformy oraz instrukcjami dla wykonawców,

c) art. 10a w związku z art. 36 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieuwzględnienie wskazanego w specyfikacji sposobu porozumiewania się Zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów w sytuacji, gdy Zamawiający przewidział sposób komunikacji inny niż przy użyciu udostępnionego narzędzia do komunikacji elektronicznej i nieuwzględnienie wiadomości e-mail Odwołującego przesłanej zgodnie z postanowieniami specyfikacji,

d) art. 86 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez opublikowanie na stronie internetowej informacji z otwarcia ofert z pominięciem informacji o ofercie Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród wszystkich złożonych ofert i która jako jedyna mieści się w kwocie, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Wyrokiem z 4 marca 2019 r. Krajowa Izba Odwoławcza w pkt 1. uwzględniła odwołanie i nakazała [REDAKTOWANE] unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie części 2. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w pkt 2. kosztami postępowania obciążyła [REDAKTOWANE] zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł uiszczoną przez [REDAKTOWANE] Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania oraz zasądając od [REDAKTOWANE] na rzecz [REDAKTOWANE] Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 18.750 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu, dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika.

W uzasadnieniu orzeczenia Izba stwierdziła, iż nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się zaś z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów postępowania przetargowego

przedstawionych przez Zamawiającego oraz oświadczeń i dokumentów złożonych podczas rozprawy Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba odnosząc się do wniosku Odwołującego o nakazanie Zamawiającemu dokonania badania i oceny ofert z uwzględnieniem jego oferty oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród wszystkich złożonych, stwierdziła, iż nie może on zostać uwzględniony. W tym zakresie Izba odwołała się do dyspozycji art. 86 ust. 5 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym informacja zamieszczana po otwarciu ofert - w ramach treści obowiązkowej - odnosi się do firm oraz adresów wykonawców, którzy złożyli oferty w terminie. Tymczasem Odwołujący nie spełnił tego wymogu, bowiem oferta Odwołującego przesłana pocztą elektroniczną nie została złożona w terminie. Jak wynika natomiast z art. 84 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oferty złożonej po terminie się nie rozpatruje, lecz podlega ona zwrotowi.

Izba wskazała bowiem, iż termin składania ofert upłynął 4 lutego 2019 r. o godzinie 12.00, Odwołujący zaś, co nie było sporne, przesłał ofertę pocztą elektroniczną dwukrotnie: o godzinie 10.32 oraz o godzinie 12.01. Oferta przesłana o godzinie 10:32 miała postać zaszyfowanego pliku, do którego, jak oświadczył Zamawiający, nie otrzymał on klucza pozwalającego na jego deszyfrację (Odwołujący zaś nie dowiódł przekazania tego klucza). Wobec tego Zamawiający nie miał możliwości zapoznania się z treścią złożonego pliku, oferta ta nie mogła być więc brana pod uwagę. Natomiast Oferta otrzymana przez Zamawiającego o godzinie 12.01 była ofertą złożoną po terminie, zatem również nie mogła być brana pod uwagę.

W odniesieniu do przywołanego w odwołaniu art. 10a ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba stwierdziła, iż nie dotyczy on przedmiotu sporu.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że zaistniałą sytuację należy rozważyć pod kątem naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 10b ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że nadmierne utrudnienie, czy wręcz uniemożliwienie wykonawcy złożenia oferty, narusza istotę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i stanowi poważną wadę postępowania. Przy czym „kwestie techniczne” nie ograniczają się jedynie do awarii urządzenia, którym posługuje się zamawiający, lecz mogą także wynikać np. z przejściowych błędów oprogramowania, zbyt dużej liczby uczestników jednocześnie korzystających z platformy, istotny jest tu więc efekt w postaci niemożności złożenia oferty.

Uwzględniając powyższe Izba wskazała, iż z przedstawionych w sprawie dokumentów oraz oświadczeń innych wykonawców [REDAKTION] Sp. z o.o., [REDAKTION]

[redacted] sp. z o.o. oraz [redacted] i [redacted] s.c.), wynika, że Odwołujący doznał trudności w złożeniu oferty za pośrednictwem ww. platformy, których nie zdołał przezwyciężyć, a które zgłaszał Zamawiającemu oraz operatorowi platformy.

W ocenie Izby oświadczenia innych wykonawców, co do których brak było podstaw do ich zaniegowania, potwierdzają stanowisko Odwołującego, że trudności ze złożeniem oferty nie wynikały z przyczyn dotyczących wyłącznie jego. Co więcej zdaniem Izby fakt, że innym wykonawcom udało się te trudności pokonać nie oznacza, że nastąpiło to w stosunku do wszystkich zainteresowanych wykonawców.

W odniesieniu zaś do złożonego przez Zamawiającego oświadczenia z 12 lutego 2019 r. złożonego przez operatora platformy o braku błędu w funkcjonowaniu platformy Izba stwierdziła, że trudności, których doświadczyli wykonawcy, nie musiały być z punktu widzenia operatora błędem platformy, który odnotował, zaś Operator platformy jest zainteresowany w stwierdzeniu, że żadnych błędów nie było, już choćby ze względu na ewentualne roszczenia odszkodowawcze.

Izba odwołując się do regulacji zawartej w art. 6 k.c. oraz art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, stwierdziła, iż w niniejszym postępowaniu Odwołujący, obowiązany był udowodnić że nie był w stanie złożyć oferty ze względu na błędne działanie platformy, zaś Zamawiający, że błąd leżał po stronie Odwołującego.

W ocenie Izby Odwołujący w większym stopniu wykazał poprawność swojego stanowiska - zwłaszcza wobec stwierdzenia, że także inni wykonawcy doświadczyli trudności technicznych w złożeniu ofert.

W związku z powyższym Izba uznała, że Odwołujący uprawdopodobnił fakt, że z przyczyn związanych z funkcjonowaniem platformy został pozbawiony możliwości złożenia oferty. Zdając sobie sprawę z trudności dowodowych po stronie Odwołującego, który nie jest operatorem platformy i nie ma dostępu do historii jej działania, uprawdopodobnienie takie Izba uznała za wystarczające.

Uwzględniając poczynione ustalenia, odnosząc się do zasadniczej treści rozstrzygnięcia Izba stwierdziła, iż za wadę o jakiej mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych (której wystąpienie stanowi przesłankę do unieważnienia postępowania) można uznać okoliczność, że oferty nie mógł złożyć wykonawca, którego oferta miała istotną szansę zostać uznana za najkorzystniejszą dla części 2. zamówienia (zadania nr 2), gdyż była to oferta z ceną niższą niż jedyna oferta złożona dla tej części.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10

ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając wpis w wysokości 15.000 złotych, wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych oraz koszty dojazdu pełnomocnika w kwocie 150 złotych.

Skargę na powyższe złożył Zamawiający – [REDAKTURA] – [REDAKTURA]
[REDAKTURA] zaskarżając wyrok w całości i zarzucając mu:

- 1) naruszenie art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez rozpatrzenie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 10b ustawy Pzp i stwierdzenie, że narzędzie wskazane przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) ogranicza wykonawcom dostęp do postępowania o udzielenie zamówienia, w sytuacji, kiedy zarzut ten nie powinien być rozpatrywany, jako wniesiony po upływie 10 dni od publikacji SIWZ,
- 2) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że postępowanie podlega unieważnieniu z uwagi na wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, wyrażoną brakiem możliwości złożenia oferty przez wykonawcę, którego oferta miała istotną szansę zostać uznaną za najkorzystniejszą, podczas gdy wskazana okoliczność nie występuje w katalogu przesłanek unieważnienia umowy, wskazanym w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp,
- 3) naruszenie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. art. 192 ust. 2 ustawy Pzp poprzez uznanie, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz że poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy oraz brak oddalenia odwołania w sytuacji, gdy KIO stwierdziła, że odwołujący nie złożył skutecznie oferty w postępowaniu,
- 4) naruszenie art. 192 ust. 7 ustawy Pzp w zw z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania na podstawie wystąpienia wady uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy, podczas gdy zarzut taki nie był zawarty w odwołaniu oraz nie stanowił wniosku Odwołującego,
- 5) naruszenie art. 190 ust. 1 w zw. z art. 190 ust. 7 ustawy Pzp poprzez brak wszechstronnego rozważenia zebranego materiału i uznanie, że odwołujący nie musi wskazywać dowodów na potwierdzenie swoich tez, a jedynie swoje twierdzenia

uprawdopodobnić, podczas gdy z przepisów tych wynika, że strony muszą wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne,

co skutkowało błędem w ustaleniach stanu faktycznego polegającym na uznaniu, że odwołujący nie mógł złożyć oferty z uwagi na błędy po stronie platformy używanej przez Zamawiającego i mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

- 6) naruszenie art. 190 ust. 7 poprzez brak wszechstronnego rozważenia zebranego materiału i uznanie, że oświadczenia wykonawców: [REDAKTOWANO] z o. o., [REDAKTOWANO], [REDAKTOWANO] Sp. z o. o., [REDAKTOWANO] i [REDAKTOWANO] dowodzą, że platforma używana przez zamawiającego działała niepoprawnie, podczas gdy z dowodów tych wynika jedynie fakt, że wykonawcy ci mieli problemy w złożeniu oferty, mogące być wynikiem ich błędnych działań, zwłaszcza, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy ci złożyli ważne oferty.
- co skutkowało błędem w ustaleniach stanu faktycznego polegającym na uznaniu, że nie tylko odwołujący nie mógł złożyć oferty i mogło mieć wpływ na wynik postępowania.
- 7) naruszenie art. 190 ust. 7 poprzez brak wszechstronnego rozważenia zebranego materiału i uznanie, że złożone przez zamawiającego jako dowód stanowisko operatora platformy [REDAKTOWANO] w zakresie braku wystąpienia w dniu składania ofert błędów platformy jest wiarygodne, ale przypisanie temu dowodowi mniejszej wagi niż nieudowodnionym tezom stawianym przez odwołującego oraz złożonym przez odwołującego oświadczeniom innych wykonawców.
- co skutkowało błędem w ustaleniach stanu faktycznego polegającym na uznaniu, że platforma używana przez Zamawiającego nie działała prawidłowo i mogło mieć wpływ na wynik postępowania.
- 8) naruszenie art. 190 ust. 7 poprzez brak wszechstronnego rozważenia zebranego materiału i uznanie, że odwołujący uprawdopodobnił fakt nieprawidłowego działania platformy używanej przez Zamawiającego oraz że platforma ta stanowi narzędzie ograniczające wykonawcom dostęp do postępowania o udzielenie zamówienia, w sytuacji, gdy zamawiający udowodnił, że platforma przez niego wykorzystywana działała prawidłowo,
- co skutkowało błędem w ustaleniach stanu faktycznego i mogło mieć wpływ na wynik postępowania, w konsekwencji ww. naruszeń,

- 9) naruszenie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp poprzez uwzględnienie odwołania, w sytuacji, kiedy ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że powinno ono zostać oddalone.

W konsekwencji powyższego Skarżący wniósł o:

- 1) zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie odwołania w całości,
- 2) zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów procesu za II instancję, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych,
- 3) ponowne rozstrzygnięcie o kosztach za I instancję.

Odpowiedź na skargę złożył Odwołujący - ██████████ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w ██████████, wnosząc o oddalenie skargi na ww. wyrok w całości, zasądzenie od Skarżącego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania sądowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych oraz o przeprowadzenie dowodów z przesłuchania świadków ██████████ oraz ██████████

W toku postępowania strony podtrzymały swoje stanowiska.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga okazała się zasadna, mimo iż Sąd Okręgowy nie zaaprobował w części prezentowanego przez Skarżącego - ██████████ ██████████ w ██████████ stanowiska, zarówno co do poszczególnych zarzutów, jak też w zakresie argumentacji przywołanej na ich poparcie.

Po pierwsze Sąd Okręgowy nie podziela stanowiska Skarżącego co do zarzutu naruszenia art. 192 ust. 7 ustawy Pzp w zw z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Nie sposób bowiem zgodzić się z argumentacją Skarżącego co do „zasady” dotyczącej zakresu zaskarżenia (formułowania zarzutów) i powiązanej z nią „zasady” granic wyrokowania, obu ujętych w normie prawnej zawartej w art. 192 ust. 7 Pzp. W tym zakresie Sąd Okręgowy podziela bowiem, a contrario, stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej. Gwoli jedynie przypomnienia należy wskazać, iż nie tylko Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp) ale także, analogicznie Sąd Okręgowy nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania.

Wbrew twierdzeniom skarżącego Krajowa Izba Odwoławcza nie orzekła co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. Izba bowiem w oparciu o zawarte w odwołaniu zarzuty orzekła inaczej niż domagał się tego odwołujący, wskazując jednocześnie powody, dla których żądania odwołującego nie mogły zostać uwzględnione. Podkreślenia bowiem wymaga, że Izba (podobnie jak sąd II Instancji) jest związana zarzutami, a nie wnioskami pisma zawierającego odwołanie. Tym samym Izba opierając się na podniesionych przez Odwołującego zarzutach, może co do zasady, na podstawie dokonanych ustaleń faktycznych i prawnych, w nieskrępowany sposób, wydać rozstrzygnięcie, które przewidują przepisy Pzp. Fakt zaś, iż zarzuty, czy też wnioski Odwołania, nie dotyczyły bezpośrednio kwestii unieważnienia postępowania, nie ma tu żadnego znaczenia. W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 192 ust. 7 ustawy Pzp w zw z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie mógł być uznany za skuteczny.

Podobnie Sąd Okręgowy nie podziela stanowiska Skarżącego co do naruszenia art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez rozpatrzenie zarzutu naruszenia art. 10 b Pzp, w sytuacji, kiedy zarzut ten (zdaniem Skarżącego) nie powinien być rozpatrywany, jako wniesiony po upływie 10 dni od publikacji SIWZ.

Po pierwsze należy zaznaczyć, iż nawet jeżeliby przyjąć, że Odwołanie zostało rzeczywiście wniesione w związku z czynnością polegającą na publikacji SIWZ, to za odrzuceniem stanowiska Skarżącego co do upływu terminu do jego wniesienia, przemawia fakt, że przyjęcie punktu widzenia Skarżącego, oznaczałoby pozbawienie wykonawcy starającego się o udzielenie zamówienia, prawa do złożenia odwołania. Jeżeli bowiem w niniejszej sprawie Odwołujący istotnie nie złożył skutecznie oferty na skutek wadliwego działania Platformy Informatycznej (czego Sąd Okręgowy w żaden sposób nie przesądza), co skutkowało nie uwzględnieniem w ogłoszeniu o otwarciu jego oferty, to w takim przypadku przyjęcie perspektywy Skarżącego powodowałoby, iż już w dniu opublikowania informacji o otwarciu ofert (kiedy Odwołujący powziął informację o nieskutecznym złożeniu oferty), termin do wniesienia odwołania byłby zamknięty. Taki stan rzeczy byłby zaś nie do zaakceptowania z punktu widzenia określonej w art. 45 ustawy zasadniczej - konstytucyjnej zasady prawa do sądu.

Niezależnie jednak od powyższego Sąd Okręgowy stoi na stanowisku, iż [REDAKTURA] Sp. z o.o. wniosło odwołanie nie w związku z publikacją SIWZ (jak twierdzi Skarżący) ale na skutek opublikowania informacji z otwarcia ofert z pominięciem oferty Odwołującego, co zdaniem Odwołującego nastąpiło na skutek wadliwego działania Platformy Informatycznej [REDAKTURA]. Zachowanie terminu do złożenia odwołania wobec powyższej czynności

należy więc rozpatrywać przez pryzmat art. 182 ust. 3 pkt. 1 Pzp, nie zaś (jak twierdzi Skarżący) art. 182 ust. 2 pkt. 1 Pzp.

Przepis art. 182 ust. 3 pkt. 1 Pzp wskazuje bowiem, iż odwołanie wobec czynności innych niż określone w art. 182 ust. 1 i 2 (a za taką należy uznać ogłoszenie o otwarciu ofert) wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (tak jak w niniejszej sprawie) - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Reasumując należy uznać, iż termin 10 dni na złożenie odwołania rozpoczyna swój bieg dopiero gdy wykonawca dowie się lub jest w stanie dowiedzieć się o czynności, stanowiącej podstawę jego wniesienia, co w realiach niniejszej sprawy oznacza datę 4 luty 2019 r. Biorąc więc pod uwagę fakt, iż odwołanie w niniejszej sprawie wpłynęło w dniu 14 lutego 2019 r., należy uznać, iż zostało ono złożone w ustawowym terminie.

Sąd Okręgowy nie mógł także podzielić stanowiska Skarżącego co do naruszenia art. 179 ust. 1 Pzp.

Skarżący dopatruje się naruszenia powyższego przepisu w uznaniu przez Izbę, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz że poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy oraz w braku oddalenia odwołania w sytuacji, gdy KIO stwierdziła, że odwołujący nie złożył skutecznie oferty w postępowaniu.

Powyższe stanowisko Skarżącego nie zasługuje na uwzględnienie. Należy bowiem podkreślić, iż w doktrynie wskazuje się, iż w obecnie obowiązującym stanie prawnym środek ochrony prawnej jakim jest odwołanie może wnieść ten wykonawca lub inny podmiot, który miał lub wciąż ma interes w uzyskaniu zamówienia. Przy czym uznaje się że każdy interes, w tym również faktyczny, daje podstawy do zaskarżania czynności zamawiającego. Tak więc obecnie jakikolwiek hipotetyczny interes wykazywany przez podmiot niebędący wykonawcą czy uczestnikiem konkursu (czyli przez inny podmiot) stanowił będzie legitymację do wnoszenia środków ochrony prawnej. Wystarczy, że wskazywał będzie na chęć uzyskania zamówienia w konkretnym postępowaniu. (J. Pieróg, Komentarz do art. 179 Pzp, Legalis 2019r.).

Fakt zaś, że przy rozpatrywaniu kwestii przysługiwania danemu podmiotowi interesu, wobec istniejących regulacji Pzp, pod uwagę bierze się wyłącznie interes w uzyskaniu **danego zamówienia** (a więc zamówienia będącego przedmiotem postępowania, w którym wniesiono środek ochrony prawnej, nie zaś jakiegoś przyszłego zamówienia, które zaistnieje po unieważnieniu poprzedniego postępowania), nie ma w niniejszej sprawie znaczenia.

Trzeba bowiem zaznaczyć, iż Odwołujący w niniejszej sprawie wskazał w treści Odwołania na przysługujący mu interes ekonomiczny w uzyskaniu zamówienia oraz na szkodę jakiej doznał na skutek nie uwzględnienia jego oferty w ogłoszeniu z otwarcia ofert, albowiem ta okoliczność pozbawiała go możliwości uzyskania zamówienia, na co miał duże szanse (albowiem jako jeden z dwóch oferentów przedstawił najniższą cenę).

Nie sposób pominąć również, że Odwołujący nie żądał unieważnienia postępowania i nie mógł przewidzieć, iż takie rozstrzygnięcie zostanie wydane przez KIO. Treść żądania Odwołującego wskazuje w sposób nie budzący wątpliwości, iż oczekiwał on udzielania zamówienia w obecnie prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, nie zaś w innym postępowaniu, które hipotetycznie może zostać wszczęte w przyszłości po unieważnieniu obecnego postępowania. Izba zaś na etapie badania legitymacji czynnej do wniesienia odwołania, a więc przed przeprowadzeniem całości postępowania, nie mogła w żaden sposób przewidywać końcowego rozstrzygnięcia.

Niezależnie jednak od powyższego, jedynie na marginesie wypada podkreślić, iż przedmiotowej sprawie, kolejne postępowanie wszczęte po unieważnieniu obecnego postępowania w zakresie zadania nr 2., nie miałyby charakteru czysto potencjalnego, hipotetycznego postępowania, które mogłoby, ale nie musiało zostać wszczęte przez Zamawiającego w przyszłości. Trzeba bowiem zaznaczyć, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy dwóch części, zaś Odwołujący startł się o udzielenie zamówienia jedynie co do jego części 2. Tym samym, nawet gdyby doszło do unieważnienia postępowania w części 2., to postępowanie w części 1. byłoby nadal ważne, a co za tym idzie realizacja zamówienia publicznego wymagałaby niezwłocznego przeprowadzenia kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego co do części 2.. W postępowaniu tym Odwołujący, z uwagi na przebieg dotychczasowego postępowania (jedynie dwóch potencjalnych oferentów, gdzie Odwołujący potencjalnie oferował niższą cenę) miałby zaś duże szanse na udzielenie zamówienia publicznego.

W tym miejscu Sąd Okręgowy pragnie przejść do omówienia, kluczowych dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, zarzutów skargi dotyczących naruszenia art. 190 ust. 1 i 7 Pzp. W ocenie Sądu Okręgowego zarzuty te zasługują na pełną aprobatę.

Przede wszystkim należy zaznaczyć, iż KIO nie tylko w sposób nieprawidłowy rozłożyła ciężar dowodu w niniejszym postępowaniu, ale również bezpodstawnie uznała, że dla uwzględnienia odwołania wystarczającym jest uprawdopodobnienie zgłoszonych twierdzeń, co stanowiło naruszenie normy zawartej w art. 190 ust. 1 Pzp, w świetle której

strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (...).

Zasada uregulowana w art. 190 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowi odzwierciedlenie zasady wyrażonej w art. 6 KC, iż ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Ciężar udowodnienia faktu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej - to jest najistotniejsze w rozpatrywanej sprawie - konsekwencjami poniesienia realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik procesu. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 listopada 2018 r., KIO 2173/18)

Trzeba w tym miejscu podkreślić, iż w postępowaniu przed KIO, stanowisko Odwołującego opierało się na twierdzeniu, iż to wadliwe działanie Platformy Informatycznej udostępnionej przez Zamawiającego uniemożliwiło mu skuteczne złożenie oferty. Powyższe twierdzenie stanowiło więc oś całego postępowania Odwoławczego i miało kluczowe znaczenie dla uwzględnienia podniesionych w odwołaniu zarzutów.

Odwołujący powinien więc, w świetle art. 190 ust. 1 Pzp, wykazać inicjatywę dowodową celem wykazania prawdziwości swoich twierdzeń co do powyższej okoliczności.

W ocenie Sądu Okręgowego Odwołujący nie sprostął ciężącemu na nim obowiązkowi. Materiał dowodowy w postaci oświadczeń innych wykonawców, w świetle którego zaznali oni szeregu technicznych problemów przy składaniu ofert, nie potwierdza, że w przypadku oferty Odwołującego, niemożność jej złożenia wynikała z wadliwego działania Platformy Zamawiającego. Przedmiotowe Oświadczenia można co najwyżej uznać za środek uprawdopodobnienia, bardzo wątego zresztą, okoliczności podnoszonych przez Odwołującego, nie zaś za dowód je potwierdzający. Nie sposób bowiem pominąć, iż Oferenci, którzy złożyli przedmiotowe oświadczenia zdołali skutecznie złożyć oferty, Odwołujący zaś nie. Przy czym konstatacja Izby co do tego, że w przypadku innych oferentów Platforma mogła „wreszcie” zadziałać, zaś w przypadku Odwołującego nie, stanowi jedynie niczym nie poparte przypuszczenie, nie zaś dowiedzioną okoliczność, wobec czego nie może stanowić podstawy rozstrzygnięcia.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na treść zeznań świadka [REDAKTOWANE], wedle którego Platforma informatyczna w dniu 4 lutego 2019 r. działała prawidłowo, tak jak zresztą w ponad 200 innych postępowaniach. Z zeznań świadka [REDAKTOWANE] wynika zaś, że dla ustalenia przyczyn występowania problemów technicznych (czy stał on po stronie

Zamawiającego czy też po stronie Odwołującego), wystarczyło wygenerować logi z systemu Informatycznego platformy, z której korzystał Zamawiający.

Należy zauważyć, iż Odwołujący nie tylko nie zaprezentował materiału dowodowego w postaci logów/raportów z systemu Informatycznego, z którego korzystał Zamawiający ale nawet nie wykazał się inicjatywą dowodową w tym zakresie. O ile bowiem oczywistym jest, że jako podmiot zewnętrzny nie ma on bezpośredniego dostępu do danych Platformy Informatycznej, to jednak okoliczność ta nie stanowi żadnej przeszkody dla zgłoszenia odpowiednich wniosków dowodowych w tym zakresie, celem zobowiązania Zamawiającego, czy też podmiot trzeci obsługujący tę platformę do przedłożenia danych systemowych.

Zdaniem Sądu Okręgowego uwypuklenia wymaga, iż zaprzeczenie, w toku postępowania odwoławczego, przez Zamawiającego jakoby wystąpiły po jego stronie okoliczności uniemożliwiające Odwołującemu złożenie oferty, nie oznacza, że ciężar dowodu co do wystąpienia takich okoliczności został przerzucony z Odwołującego na Zamawiającego. Takie zaprzeczenie oznacza jedynie, iż Zamawiający nie zgadza się z zasadniczą tezą Odwołującego i nie akceptuje jej w żaden (nawet milczący) sposób.

Co więcej Kontradyktoryjność postępowania przed KIO, oznacza nie tylko to, że na stronach spoczywa ciężar dowiedzenia swoich twierdzeń ale również to, że żadna ze stron nie ma obowiązku wykazywać inicjatywy w postępowaniu, bowiem ponosi ryzyko jej zaniechania. To jednak nie oznacza, że nawet gdyby Zamawiający nie przedstawił dowodów przeczących twierdzeniom Odwołującego, to w takiej sytuacji należałoby uznać okoliczności podnoszone przez Odwołującego za dowiedzione.

Zauważyć przy tym należy, że Zamawiający w toku postępowania odwoławczego nie twierdził, iż niezłożenie oferty przez Odwołującego wynikało z przyczyn stojących po stronie odwołującego, a jedynie stwierdził, iż nie wie, dlaczego i czy wystąpiły błędy, o których mówi Odwołujący.

Podkreślić należy, że ciężar dowodu w zakresie wykazania, że to nie po stronie Zamawiającego stała przyczyna niezłożenia przez Odwołującego oferty, przeszedłby na Zamawiającego jedynie wtedy gdyby Odwołujący przedstawił wystarczający materiał dowodowy potwierdzający jego twierdzenia. To zaś w niniejszym postępowaniu, nie nastąpiło.

Niezależnie jednak od powyższego należy zaznaczyć, iż Zamawiający zaprezentował materiał dowodowy (tj. w szczególności zeznania świadka ██████████ czy też oświadczenia Operatora Platformy o braku błędów w działaniu systemu), w świetle którego,

w dniu 4 lutego 2019 r. nie wystąpiły żadne błędy, które uniemożliwiałyby złożenie oferty przez wykonawcę.

Zestawiając więc materiał dowodowy zaprezentowany przez Zamawiającego (który dotyka bezpośrednio kwestii prawidłowości działania systemu) z dowodami zgłoszonymi przez Odwołującego, które jak stwierdziła sama KIO, jedynie uprawdopodobniają (w ocenie Sądu Okręgowego w bardzo wątpliwy sposób) okoliczności podnoszone przez odwołującego, a przy tym odnoszą się do procedury złożenia ofert przez inne podmioty (nie zaś samego Odwołującego), należy uznać, iż zasadnicza teza Odwołującego o braku technicznej możliwości złożenia oferty z powodu wadliwego działania Platformy, nie została dowiedziona.

Uwzględniając powyższe rozważania należy uznać, iż Izba naruszyła nie tylko art. 190 ust. 1 Pzp poprzez niezasadne obciążenie ciężarem dowodu Zamawiającego, ale również poprzez oparcie się na dowodach, które pozwalały jedynie uprawdopodobnić wskazywane przez Odwołującego okoliczności, gdzie tymczasem przepis ten wymaga udowodnienia podnoszonych okoliczności, nie zaś uprawdopodobnienia.

Dokonana przez Izbę ocena materiału dowodowego i oparcie się w zasadniczej mierze na dowodach nie pozwalających na poczynienie niebudzących wątpliwości ustaleń, przy jednoczesnym zbagatelizowaniu okoliczności wynikających z materiału dowodowego zaprezentowanego przez Zamawiającego, świadczy zdaniem Sądu Okręgowego o naruszeniu art. 190 ust. 7 Pzp.

W świetle powyższy rozważań za w pełni zasadny należało uznać również zarzut naruszenia art. 192 ust. 2 Pzp, nie budzi bowiem wątpliwości, iż w realiach niniejszej sprawy, Odwołanie nie powinno zostać uwzględnione.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ustawy Pzp, należy stwierdzić, iż zarzut ten ma całkowicie drugorzędne znaczenie, albowiem wadliwość orzeczenia KIO wynikała z naruszenia art. 190 ust. 1 i 7 Pzp, nie zaś ewentualne naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, uwzględniając zasadność podniesionych przez Skarżącego zarzutów naruszenia art. 190 ust. 1 i 7 Pzp, Sąd Okręgowy na podstawie art. 198f ust. 2 Pzp orzekł jak w pkt i zmienił wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w punkcie 1 oddalając odwołanie.

Zmiana orzeczenia implikowała konieczność zmiany postanowienia kosztowego (pkt 2.2 zaskarżonego wyroku) w postępowaniu przed KIO, gdyż ostatecznie skarżący wygrał (a odwołujący przegrał) to postępowanie w całości. Oznacza to, że ██████████ spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością w [REDACTED] zwróci Zamawiającemu wszystkie poniesione przezń koszty postępowania odwoławczego, na które złożyło się jedynie wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3 600 zł (pkt I wyroku).

O kosztach postępowania skargowego. 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 ustawy Pzp i zasądził od Odwołującego jako strony przegrywającej postępowanie skargowe na rzecz strony przeciwnej – Skarżącego, koszty zastępstwa prawnego w wysokości 5.400 zł. Odnośnie wysokości zasądzonych kosztów (ustalonych od wskazanej w skardze wartości przedmiotu zaskarżenia) Sąd Okręgowy uwzględnił treść § 2 pkt 7 i § 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.

Alicja Dziekańska

Monika Skalska

Wiktor Piber



Za zgodność z oryginałem

Sekretarz Sądowy
Sądu Okręgowego w Warszawie
Arkadiusz Bogusz
Arkadiusz Bogusz