

Sygn. akt **V Ca 183/15**

POSTANOWIENIE

Dnia 7 listopada 2017 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący: SSO Oskar Rudziński (sprawozdawca)

Sędziowie: SO Beata Gutkowska

SR (del.) Iwona Lizakowska-Bytof

Protokolant: st. sekr. sądowy Aneta Obcowska

po rozpoznaniu w dniu 24 października 2017 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy ze skargi Konsorcjum: (...) **sp. z o.o. w W.**, (...) **S.A. w W.**

z udziałem zamawiającego **Zakładu Ubezpieczeń Społecznych i Konsorcjum: (...) sp. z o.o. w W.**, (...) **S.A. w W.**

na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 19 grudnia 2014 r., sygn. akt KIO (...)

postanawia:

1. umorzyć postępowanie;
2. koszty zastępstwa procesowego pomiędzy stronami wzajemnie znieść;
3. zasądzić od Zakładu Ubezpieczeń Społecznych na rzecz Konsorcjum: (...) sp. z o.o. w W., (...) S.A. w W. kwotę 75.000 (siedemdziesiąt pięć tysięcy) zł tytułem zwrotu opłaty od skargi.

Sygn. akt V Ca 183/15

UZASADNIENIE

Przedmiotowa umowa została zawarta w dniu 22.VII.2015 r. i jest nadal wykonywana - co jest między stronami / w tym i przystępującym / bezsporne. Do jej umownego zakończenia pozostało więc jedynie ok. 6 miesięcy. W tym stanie faktycznym utrzymanie w mocy umowy będzie leżało w ważnym interesie publicznym. Należy tu mieć na uwadze podmiot zamawiający ,którym jest ZUS, jak i przedmiot działalności tej instytucji. Olbrzymie kłopoty finansowe / w szczególności co do płynności / , bardzo niskie emerytury wypłacane większości uprawnionych , znane są powszechnie niemal od zawsze. Już więc choćby z tego względu uznać należy, iż unieważnienie umowy / wykonanej już w ok. 90 procentach / spowodowałoby niewspółmierne konsekwencje – w rozumieniu art. 192 ust. 5 u.o z.p. Wypada tu również przywołać postanowienie 2 d ust. 3 dyrektywy 2007/66/WE, zgodnie z którym organ odwoławczy - w tym przypadku Sąd Okręgowy – może nie uznać umowy za nieskuteczną, chociaż by zamówienie zostało udzielone bezprawnie, jeżeli stwierdzi, po rozpatrzeniu wszystkich istotnych aspektów, że nadrzędne przyczyny związane z interesem ogólnym wymagają zachowania skutków umowy w mocy. Wskazać jednocześnie należy, że pogląd ten jak i celowość takiego orzeczenia podzielił obecnie również skarżący – vide "załącznik do protokołu". Tak więc w tej sytuacji wydanie wyroku

przez Sąd Okręgowy stało się zbędne, a co za tym idzie zasadne stało się umorzenie postępowania skargowego na podstawie art. 355 §1 k.p.c.

Sąd Okręgowy, jako merytoryczny, zobligowany był – analogicznie jak to ma miejsce w przypadku apelacji opartej na przepisach k.p.c. – do dokonania wszechstronnej weryfikacji całości materiału dowodowego sprawy, również w kontekście wniosków dowodowych stron. Podkreślić jednak należy, iż granice orzekania Sądu Okręgowego związane są zarzutami zawartymi w odwołaniu. Ponad wszelką wątpliwość stwierdzić należy, że jeśli strona w odwołaniu nie zawarła jakiegos zarzutu, to następnie nie można go popierać przed Sądem Okręgowym.

Równie kategorycznie sformułowany jest zakaz określony przepisem art. 198 d u.o.z.p., z którego wynika, iż w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi nie można rozszerzyć żądania odwołania ani występować z nowym żądaniem. Mając na uwadze powyższe nie mógł być brany pod uwagę wniosek skarżącego zawarty w „załączniku do protokołu” z dnia 24.X.2017 r. „o stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy”, co mogło by mieć miejsce jedynie w sentencji wyroku. Gdyby nawet dokonać najbardziej korzystnej dla skarżącego interpretacji przywołanego wyżej przepisu, to należało by uznać, że żądanie to powinno znaleźć się najpóźniej w skardze – co przecież nie miało miejsca.

Niezależnie od przedstawionych wyżej wywodów oraz treści postanowienia – które uznać trzeba za incydentalne ze względu na zaistniały szczególny stan rzeczy / o czym wyżej / - poniżej Sąd Okręgowy przedstawia ustalenia własne oraz ich prawną ocenę, będące wynikiem analizy całokształtu materiału dowodowego sprawy. Zarzuty zawarte w Odwołaniu, a stanowiące także kanwę do procedowania skargowego przed Sądem Okręgowym, wydają się być nie pozbawione uzasadnionych podstaw.

Nie wdając się w bardzo rozbudowaną i obszerną polemikę prezentowaną przez wszystkich uczestników tego postępowania, a także w obszernych motywach KIO i Wyroku Sądu Okręgowego z dnia 13.XI.2014 r., stwierdzić trzeba, iż: po pierwsze znaczna część tych argumentacji jest bezzasadna, a część z nich nie przystaje w ogóle do obowiązujących przepisów prawa, a po drugie wystarczyło zająć się jedynie oceną dokumentów w kontekście chronologii zdarzeń.

I tak w dniu 25.XI.2014 r. dokonano wyboru oferty, zaś przedmiotowa umowa zawarta została w dniu 22.VII.2015 roku – te więc dwie daty stanowią klucz do oceny prawidłowości i rzetelności złożonych ofert, a także czynności oceniających zamawiającego. W pierwszej kolejności podzielić należy pogląd, iż w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający, co do zasady, dwukrotnie podejmuje czynności oceniające dokumenty składane przez wykonawcę ubiegającego się o uzyskanie zamówienia. Pierwszy raz dokonując kwalifikacji wykonawców, celem zweryfikowania ich zdolności do należytego wykonania zamówienia i drugi raz dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej spośród wszystkich ofert.

Jak to wskazano wyżej ową konstatację odnieść i ocenić trzeba według chronologii zdarzeń i prezentowanych przez uczestników przetargu twierdzeń

i oświadczeń. I tak ma zapewne rację przystępujący, iż oświadczenie z dnia 6.V.2014 r. (...) podpisane przez M. N. na dzień

wystawienia tego dokumentu zawierało prawdziwą treść, która mogła być, przynajmniej w tej dacie, uznana za gwarantującą usługi maintenance. Zupełnie jednak inaczej przedstawia się kwestia oceny do jakiej daty wyżej wymienione oświadczenie mogło funkcjonować w obrocie prawnym. Przypomnieć należy, iż wybór oferty miał miejsce dopiero w dniu 13.XI.2014 roku. Na zapytania zamawiającego wyjaśnienia co do maintenance przystępujący składał w dniach 27.V.2014, 1.VII.2014 r. i najobszerniejsze 22.VIII.2014 roku. Jeśli zatem zważy się na treść zeznań: N. M., z których wynika, że ok. końca czerwca, a na pewno na początku lipca 2014 roku (...) nie posiadało już uprawnień od(...) do przedmiotowej usługi maintenance oraz zeznań F. N., która przyznała, iż w pewnym momencie (...) potwierdziło, że nie można przedłużyć oferty dla (...) i, że ten ostatni został od razu o tym poinformowany, a także, iż po 15 lipca 2014 roku (...) nalegało – bezskutecznie – o przedłużenie oferty lecz ona była już nieważna – to usprawiedliwione jest twierdzenie skarżącego, iż w dniu 22.VIII.2014 roku w swym obszernym wyjaśnieniu przystępujący wykonawca nie mógł twierdzić, że wskazany w oświadczeniu

z dnia 8 maja 2014 r. podwykonawca ma aktualne uprawnienia od (...), tym bardziej nie mógł ich mieć w dniu wyboru oferty, czyli 25.XI.2014 r. Przywołując tu pogląd prezentowany wyżej o dwukrotnym obowiązku dokonywania przez zamawiającego oceny oferty, niewątpliwie ZUS powinien był tę kwestię wyjaśnić, również w wymienionych wyżej datach, w szczególności mając na względzie fakt eksploataowania tego systemu od wielu lat.

Na ostatniej rozprawie przed Sądem Okręgowym zamawiający i przystępujący przyznali, że toczy się pomiędzy nimi spór sądowy o przedmiotowy maintenance przyznając jednocześnie, iż system funkcjonuje poprawnie bez potrzeby korzystania z tego zabezpieczenia, zaś sprawa dotyczy kwestii opłat. Już ten fakt / zawiśła sprawa sądowa / potwierdza dodatkowo, że miał rację skarżący, iż oferta (...) na pewno w dniu jej wyboru nie posiadała podwykonawcy uprawnionego przez (...) do ochrony maintenance - co oczywiście było zapewne przeszkodą w możliwości prawidłowego wykonywania przedmiotu zamówienia opisanego w SIWZ, a także miało wpływ na cenę, bowiem taka usługa wsparcia / maintenance / jest odpłatna i to w cyklach miesięcznych.

Zapewne już choćby z tego tytułu nie pozbawiony był racji zarzut dotyczący "rażąco niskiej ceny", lecz Sąd Okręgowy kwestii tej – z wyżej przedstawionych powodów – nie badał dogłębnie. Przywołać tu jedynie należy przepis art. 8 ust. 3 w zw. z art. 86 ust. 4 u.o.z.p. co do możliwości utajniania szczegółów wyliczania ceny – jako jednej z naczelnych zasad jawności postępowania przetargowego.

Ma zatem rację skarżący – trzeba przywołać tu choćby tezy z wyroku KIO (...) – iż został on pozbawiony prawa do skorzystania z możliwości dokonania wglądu do ofert wykonawców, którzy złożyli oferty konkurencyjne. Naruszenie zasady jawności postępowania, w tym prawa do pełnej treści oferty powoduje uszczerbek prawny w uzyskaniu zamówienia lub zagraża jego powstaniem. Przywołać tu trzeba również tezę z Wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29.III.2012 r. C-599/10, w której stanowi się, iż art. 55 dyrektywy 2004/18 wymaga istnienia w ustawodawstwie krajowym przepisu przewidującego obowiązek skierowania przez instytucję zamawiającą żądania udzielenia wyjaśnienia w przypadku gdy kandydat proponuje rażąco niską cenę. Do sądu krajowego zaś należy dokonanie weryfikacji, czy w świetle całości dostępnych mu akt sprawy żądanie udzielenia wyjaśnienia pozwoliło danemu kandydatowi w wystarczającym stopniu wyjaśnić składowe elementy jego oferty. W sprawie niniejszej, z uwagi na fakt utajniania kluczowych dla ustalenia finalnej ceny dokumentów / w zdecydowanej większości bezzasadnie / i następnie bardzo długotrwałe postępowania o odtajnienie, a następnie o zweryfikowanie ich treści za granicą, spowodowały po pierwsze brak możliwości pełnej weryfikacji, o której wyżej mowa, a po drugie z uwagi na bardzo duże zaawansowanie wykonywania przedmiotowego zamówienia i okoliczności przedstawionych na wstępie, w konsekwencji skutkowało brakiem możliwości badania w tym postępowaniu przed Sądem Okręgowym rzetelności cenowych wyliczeń dokonywanych przez wykonawcę przystępującego.

Orzekając o kosztach postępowania skargowego Sąd Okręgowy miał na uwadze wszystkie powyższe okoliczności oraz fakt, że przepisy Kodeksu postępowania cywilnego nie regulują wprost sposobu rozliczenia kosztów postępowania umorzonych z przyczyn jak w sprawie niniejszej. Podkreślić należy, że postanowienie o umorzeniu postępowania jest orzeczeniem formalnym, przez co w tej konkretnej sprawie ani skarżącego, ani przystępującego nie można uznać za stronę wygrywającą sprawę. Wobec tego Sąd Okręgowy uznał, że koszty zastępstwa procesowego pomiędzy tymi stronami należy znieść na zasadzie odpowiednio stosowanego art. 100 k.p.c., zaś pozostałe koszty postępowania, zasądzone od zamawiającego, zostały w myśl art. 102 k.p.c. ograniczone tylko do opłaty od skargi.