

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 10 maja 2016 r. (...) sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w W. wniósł o zasądzenie na jego rzecz od pozwanego Skarbu Państwa -(...)(...) kwoty 10.000 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wytoczenia powództwa do dnia zapłaty oraz kosztów procesu według norm przepisanych.

W uzasadnieniu pozwu wskazano, że dochodzone roszczenie związane jest z postępowaniem o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, którego przedmiotem była dostawa nowych, nieużywanych zestawów komputerowych wraz z oprogramowaniem, drukarek, skanerów oraz licencji na oprogramowanie antywirusowe w ramach projektu „pl.ID”. Powód wskazał, że pozwany, uzasadniając decyzję o odrzuceniu oferty powoda stwierdził, że zaoferowane przez powoda oprogramowanie nie spełnia wymogu postawionego w §12 ust. 4 pkt 4 umowy stanowiącej załącznik 10a do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Powód wskazał, że w dniu 10 sierpnia 2015 r. wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności wyboru ofert z dnia 31 lipca 2015 r., która wyrokiem z dnia 26 sierpnia 2015 r. nakazała pozwanemu unieważnienie czynności odrzucenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części I zamówienia, unieważnienie czynności odrzucenia oferty powoda, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez powoda. Wyrokiem z dnia 26 listopada 2015 r. Sąd Okręgowy w Warszawie utrzymał powyższy wyrok (...). Powód wskazał, że następnie pozwany przeprowadził od nowa wybór ofert i ponownie odrzucił ofertę powoda. Powód podniósł, że argumentacja pozwanego w zakresie decyzji uzasadniającej wybór oferty nie uległa zmianie od czasu pierwszego wyboru oferty, pomimo ww. wyroków. Zdaniem powoda, zaniechanie wyboru przez pozwanego najkorzystniejszej oferty, tj. oferty powoda, stanowiło delikt skutkujący po stronie powoda szkodą wyrażającą się w braku korzyści, jakie uzyskałby w przypadku zgodnego z prawem zachowania pozwanego, tj. wykonania obowiązku z art. 91 ust. 1 p.z.p. przez wybór najkorzystniejszej oferty. Zdaniem powoda, jego oferta była najkorzystniejszą w świetle kryteriów wyboru pozwanego. Powód wskazał, że w związku z zaniechaniem przez pozwanego wyboru oferty powoda poniósł szkodę w wysokości 2.591.357,70 zł, na którą składa się różnica między sumą wynikającą ze złożonej pozwanemu oferty, tj. kwoty 12.297.830,28 zł, a kosztami wykonania zlecenia w wysokości 9.706.472,58 zł. Powód wskazał, że dochodzona pozwem kwota stanowi jedynie część poniesionej przez niego szkody. (pozew k. 1-13).

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania według norm przepisanych. Pozwany wskazał, że powód, po dokonaniu przez pozwanego ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, nie skorzystał z przysługujących mu na mocy ustawy Prawo zamówień publicznych środków ochrony prawnej, tym samym akceptując ww. wybór oferty. W ocenie pozwanego, pozew o zapłatę stanowi spóźnioną i bezzasadną próbę skorzystania przez powoda ze środków ochrony prawnej w celu zakwestionowania wyniku przetargu. Pozwany zaznaczył, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kwestią najistotniejszą dla pozwanego była możliwość wyboru oferty zapewniającej odpowiednią funkcjonalność w działaniu sprzętu komputerowego, który wraz z oprogramowaniem był zakupywany dla gmin. Wobec powyższego, w razie konieczności deinstalacji oprogramowania z komputera (np. w sytuacji awarii komputera i oddania go do naprawy), gminy zostałyby pozbawione możliwości ponownej instalacji oprogramowania na innym komputerze (tak, aby umożliwić właściwą realizację nałożonych na gminę zadań). Zdaniem pozwanego, rozważania powoda dotyczące postanowień umów licencyjnych nie odnoszą się do technicznych możliwości ponownej instalacji oprogramowania. Pozwany podkreślił, że próba ponownej instalacji oprogramowania na nowym komputerze przy zastosowaniu licencji O. proponowanej przez powoda, stanowiłaby działanie niezgodne z postanowieniami umowy licencyjnej. Podniósł, że jeśli skorzystałby z tego rodzaju nielegalnego oprogramowania, byłby zobowiązany do zwrotu środków finansowych otrzymanych z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, przeznaczonych na realizację przedmiotowego zadania pozwanego. Wskazał, że działania powoda w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegały na przedstawieniu oferty, która zgodnie z zapisami umów licencyjnych producenta systemu operacyjnego nie zapewniała funkcjonalności, wymaganych przez pozwanego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Podkreślił, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to na wykonawcy

cięży obowiązek przedstawienia oferty, która odpowiada wymaganiom zamawiającego, a nie oferowanie produktów, których wykorzystanie naraziłoby pozwanego na utratę dofinansowania ze środków europejskich. Pozwany dodał, że na ciężył na nim obowiązek zapewnienia trwałości projektu przez okres 5 lat od zakończenia realizacji projektu. Nadto wskazał, że brak związku przyczynowego pomiędzy powołanym w pozwie zachowaniem pozwanego w postaci niewybrania oferty powoda, a opisaną przez powoda szkodą. (odpowiedź na pozew k. 171-180).

Sąd Rejonowy ustalił następujący stan faktyczny:

Pozwany Skarb Państwa - Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji prowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, którego przedmiotem była dostawa nowych, nieużywanych zestawów komputerowych wraz z oprogramowaniem, drukarek, skanerów oraz licencji na oprogramowanie antywirusowe w ramach projektu pl.ID. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 kwietnia 2015 r., (...) 064- (...). Przedmiot zamówienia został podzielony na trzy części:

1. część pierwsza - obejmowała dostawę nowych i nieużywanych zestawów komputerowych z oprogramowaniem systemowym, biurowym i antywirusowym wraz z licencjami,
2. część 2 - obejmowała dostawę nowych, nieużywanych drukarek,
3. część 3 - obejmowała dostawę nowych, nieużywanych skanerów.

Wykonawca mógł złożyć ofertę na jedną, dwie lub wszystkie części. Jako kryterium udzielenia zamówienia wskazano ofertę najkorzystniejszą pod względem ekonomicznym, z uwzględnieniem kryteriów określonych w specyfikacjach, w zaproszeniu do składania ofert lub negocjacjach lub w dokumentach opisowych. Zgodnie § 12 ust. 5 załącznika nr 10a do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia: Licencja na oprogramowanie i oprogramowanie antywirusowe upoważniała zamawiającego i urzędy do korzystania na następujących polach eksploatacji:

- 1) bezterminowe użytkowanie w przypadku oprogramowania;
- 2) użytkowanie przez okres trwania licencji w przypadku oprogramowania antywirusowego;
- 3) wykonanie kopii nośników instalacyjnych na wypadek ich uszkodzenia (kopia awaryjna);
- 4) instalacji na stacji roboczej (stacjach roboczych) innych niż te, na których pierwotnie zainstalowano, pod warunkiem wcześniejszej deinstalacji ich z tej stacji roboczej (stacji roboczych).

(ogłoszenie o zamówieniu k. 81-96, odpowiedzi na pytania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego k. 306-313).

Powód, jako członek konsorcjum, złożył w ramach powyższego ogłoszenia ofertę z dnia 15 maja 2015 r. na wykonanie zamówienia w następującym zakresie: w części 1 - dostawy nowych i nieużywanych zestawów komputerowych z oprogramowaniem systemowym, biurowym i antywirusowym wraz z licencjami za cenę brutto 12.297.830,28 zł brutto, w części 2 - dostawy nowych, nieużywanych drukarek za cenę brutto 674.484,03 zł z okresem gwarancji na 36 miesięcy, w części 3 - dostawy nowych, nieużywanych skanerów za cenę brutto 479.652,03 zł na okres gwarancji 36 miesięcy. (oferta k. 182-284).

Zgodnie z umową licencyjną dotyczącą oprogramowania M. systemu operacyjnego W. (...).1. (...) w wersji O., zaproponowanego przez powoda w ww. ofercie, licencjobiorca mógł przypisać oprogramowanie bezpośrednio do innego użytkownika wyłącznie razem z licencjonowanym komputerem. Musiało to obejmować przeniesienie oprogramowania, dowodu zakupu oraz oryginalnej etykiety systemu W. z kluczem produktu, jeśli została dostarczona licencjobiorcy wraz z komputerem. Zgodnie z powyższą umową, licencjobiorca nie mógł zachować żadnych kopii oprogramowania ani jakichkolwiek wcześniejszych wersji. Przed otrzymaniem oprogramowania użytkownik musiał

wyrazić zgodę na to, że postanowienia umowy mają zastosowanie w przypadku przypisywania tego oprogramowania do innego użytkownika i korzystania z tego oprogramowania. (umowa licencyjna k. 285-305).

W piśmie z dnia 13 lipca 2015 r. (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. poinformował pozwanego, że licencje w wersji O., zgodnie z postanowieniami umowy licencyjnej nie mogą być przenoszone na inne komputery. Jednocześnie poinformowano, iż licencje w wersji B. mogą być przenoszone na inne stacje robocze, pod warunkiem wcześniejszej deinstalacji właściwego oprogramowania z wcześniej używanych stacji roboczych. (pismo z 13.07.2015 r. k. 331).

W dniu 31 lipca 2015 r. pozwany zawiadomił powoda o odrzuceniu złożonej przez niego oferty w zakresie części I zamówienia oraz o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę (...) S.A. z siedzibą w W.. Jako przyczynę odrzucenia oferty powoda pozwany wskazał fakt zaproponowania przez powoda systemu operacyjnego W. (...).1 (...) w wersji O.. tj. z typem licencji, która nie umożliwi ponownej instalacji oferowanego oprogramowania na innym komputerze (po uprzedniej deinstalacji) bez naruszenia praw licencyjnych, co nie spełniało wymogów zamawiającego. (pismo z 31.07.2015 r. o wyborze oferty k. 98, uzasadnienie odrzucenia oferty powoda k.106).

W dniu 10 sierpnia 2015 r. powód złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej decyzji pozwanego, wnosząc o nakazanie zamawiającemu (tj. pozwanemu): unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz badania i oceny ofert, powtórzenia czynności badania i oceny ofert i powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Wyrokiem z dnia 26 sierpnia 2015 r. (...) (...) uwzględniła odwołanie powoda i nakazała zamawiającemu (pozwanemu) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części I zamówienia, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego (powoda), powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez powoda. W uzasadnieniu wyroku (...) stwierdziła, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych niezasadnie odrzucając ofertę odwołującego w sytuacji, gdy nie wykazano aby treść tej oferty nie odpowiadała treści SIWZ. Nadto (...) wskazała, że w wykonaniu wyroku I., zamawiający zobowiązany będzie: unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części I zamówienia, unieważnić czynność odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzyć czynność badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego. W uzasadnieniu powyższego wyroku (...) podniosła także, że Izba nie orzekała w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez spółkę (...) S.A. w W., gdyż odwołujący w trakcie posiedzenia I. cofnął te zarzuty. (odpis wyroku (...) z 26.08.2015 r. z uzasadnieniem k. 137-151).

Wyrokiem z dnia 26 listopada 2015 r. wydanym w sprawie o sygn. akt XXIII Ga 1603/15, Sąd Okręgowy w W. oddalił skargę wywiedzioną przez Skarb Państwa - (...) od ww. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej. (odpis wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 26.11.2015 r. z uzasadnieniem k. 152-158).

W wykonaniu ww. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 26.08.2015 r., pozwany unieważnił czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części I zamówienia i odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzył czynność badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego. Następnie pozwany dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty - ponownie odrzucając ofertę powoda i wybierając ofertę (...) S.A. Uzasadniając odrzucenie oferty powoda, pozwany wskazał, że w ofercie powód zaproponował system operacyjny W. (...).1 (...) w wersji O.. tj. z typem licencji, która nie umożliwi ponownej instalacji oferowanego oprogramowania na innym komputerze (po uprzedniej deinstalacji) bez naruszenia praw licencyjnych, co nie spełniało wymogów zamawiającego. Pozwany wskazał, iż wymagał, aby licencji na korzystanie z dostarczonego oprogramowania lub oprogramowania antywirusowego udzielał jego producent, co ma miejsce jedynie w przypadku wersji B. oprogramowania W. (...).1 (...), natomiast nie w przypadku wersji O.. W uzasadnieniu decyzji pozwany powołał się na pismo (...) sp. z o.o. z dnia 15 września 2015 r., zgodnie z którym „w przypadku zakupu komputerów z zainstalowanym systemem operacyjnym W. (...).1 (...) O., licencjodawcą jest producent komputerów lub osoba instalująca oprogramowanie”. (pismo pozwanego z 29.09.2015 r. o wyborze oferty k. 113, pismo (...) sp. z o.o. z 15.09.2015r. k.333).

Powód nie wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odwołania od powyższych czynności pozwanego. (bezsporne).

W dniu 15 października 2015 r. pozwany zawarł z (...) S.A. umowę na dostarczenie nowych i nieużywanych sztuk sprzętu wraz z oprogramowaniem oraz oprogramowania antywirusowego. Strony umówiły się, że łączne wynagrodzenie za przedmiot umowy nie przekroczy kwoty 12.974.535,69 zł brutto. Umowa upoważniała zamawiającego do wykonywania kopii nośników instalacyjnych na wypadek ich uszkodzenia (kopia awaryjna), instalacji oprogramowania na stacji roboczej (stacjach roboczych) innych niż te, na których pierwotnie je zainstalowano, pod warunkiem wcześniejszej deinstalacji ich z tej stacji roboczej (stacji roboczych). (umowa nr (...)1 k.314-330).

Pismem z dnia 3 grudnia 2015 r., doręczonym pozwanemu w dniu 8 grudnia 2015 r., powód wezwał pozwanego do zapłaty kwoty 1.891.000 zł wraz z odsetkami liczonymi od dnia doręczenia wezwania, tytułem odszkodowania za poniesioną przez powoda szkodę spowodowaną zaniechaniem przez pozwanego wyboru złożonej przez niego oferty, jako oferty najkorzystniejszej oraz niezawarcia z powodem umowy o udzielenie zamówienia publicznego w ramach przedmiotowego postępowania. Powód wskazał, że dochodzone odszkodowanie obejmuje szkodę rzeczywistą związaną z poniesionymi przez spółkę kosztami przygotowania oferty, a także utracone korzyści, które spółka uzyskalaby w przypadku zawarcia z zamawiającym umowy o udzielenie zamówienia publicznego. (wezwanie do zapłaty wraz z potwierdzeniem odbioru k. 29-31).

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie powołanych wyżej dokumentów, które nie były kwestionowane przez żadną ze stron, a w ocenie Sądu nie było podstaw, by podawać w wątpliwość okoliczności faktyczne wynikające z ich treści. Z uwagi na powyższe Sąd uznał, że dowody z tych dokumentów tworzą spójny, nie budzący wątpliwości w świetle wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, a przez to w pełni zasługujący na wiarę materiał dowodowy.

Sąd Rejonowy zważył, co następuje:

Powództwo nie zasługuje na uwzględnienie, wobec niewykazania przez powoda przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanego w postaci bezprawności jego zachowania.

Przepis art. 417 k.c. stanowi, że za szkodę wyrządzoną przez niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu władzy publicznej odpowiedzialność ponosi Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego lub inna osoba prawna, wykonująca tę władzę z mocy prawa.

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Pzp) reguluje w dziale VI w sposób szczególny środki ochrony prawnej, przysługujące osobie zainteresowanej, tj. wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli miał lub ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Zgodnie z art. 179 ustawy jest to odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, a kolejno - skarga do sądu.

Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp). Do rozpoznania odwołań właściwa jest Krajowa Izba Odwoławcza (art. 172 ust. 1 Pzp). O oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka wyrokiem (art. 192 ust. 1 Pzp). Uwzględniając odwołanie, Izba może :

- nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, jeśli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta,
- unieważnić umowę, albo unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową w uzasadnionych przypadkach, albo nałożyć karę finansową, albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy, jeśli umowa została zawarta lub zachodzi jedna z przesłanek unieważnienia umowy z art. 146 ust. 1 Pzp,
- stwierdzić naruszenie przepisów ustawy, jeśli umowa została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie (art. 192 ust 3 Pzp).

Na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu okręgowego, właściwego dla siedziby albo miejsca zamieszkania zamawiającego (art. 198 Pzp).

W świetle powyższych regulacji normatywnych, wykonawca, który chce zakwestionować niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, musi najpierw wnieść odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej i dopiero na orzeczenie tej I. służy skarga do sądu powszechnego. Środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie Prawo zamówień publicznych, mają bowiem na celu umożliwienie wykonawcy zakwestionowania niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany i uzyskanie orzeczenia (...) i sądu powszechnego.

W ocenie Sądu, pozwany niewątpliwie wykonał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2016 r., albowiem - zgodnie z sentencją i uzasadnieniem tego orzeczenia - unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części I zamówienia, unieważnił czynność odrzucenia oferty powoda oraz powtórzył czynność badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez powoda.

Po dokonaniu przez pozwanego ponownego wyboru oferty, powód nie skorzystał w toku postępowania przetargowego ze środków ochrony prawnej, przewidzianych w dziale VI ustawy Prawo zamówień publicznych. Dlatego Sąd uznał za spóźnione podniesione przez powoda w toku niniejszego procesu zarzuty, jakoby pozwany (zamawiający) w toku zakończonego już postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podejmował czynności sprzeczne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Sądu, wykonawca nie może bowiem pomijać procedur przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych, a następnie w procesie o odszkodowanie na podstawie przepisów kodeksu cywilnego, pośrednio kwestionować uprzednio niezaskarżone czynności zamawiającego. Powyższe stanowisko jest również aprobowane w orzecznictwie sądów powszechnych (vide: uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 13.05.2011r., I ACa 250/11 - Legalis 357830, uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Płocku z 16.11.2015 r. sygn. akt I C 2013/14 - treść orzeczenia z uzasadnieniem dostępna pod adresem internetowym <http://orzeczenia.plock.so.gov.pl>).

Sąd uznał za chybione prezentowane przez powoda stanowisko, jakoby ponowne odrzucenie oferty powoda przez pozwanego i wybór oferty (...) S.A. stanowiły zachowanie sprzeczne z opisanymi we wcześniejszej części niniejszego uzasadnienia: wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 26 sierpnia 2015 r. oraz wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 listopada 2015 r. Należy bowiem zaakcentować, że powyższe orzeczenia obligowały pozwanego jedynie do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części I zamówienia, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego. W świetle zgromadzonego materiału dowodowego nie ulega wątpliwości, że pozwany wykonał wszystkie powyższe czynności.

Wbrew twierdzeniom powoda, powołane wyżej wyroki nie obligowały natomiast pozwanego, aby po ponowieniu czynności badania i oceny ofert dokonał wyboru oferty powoda. Trzeba podkreślić, że w swoim odwołaniu do Krajowej Izby Odwoławczej powód nie domagał się nakazania pozwanemu wyboru oferty powoda, wobec czego kwestia zasadności nakazania pozwanemu obowiązku wyboru oferty powoda (powiązana przecież z koniecznością odrzucenia oferty (...) S.A.) w ogóle nie była przedmiotem badania Krajowej Izby Odwoławczej przy rozpoznawaniu odwołania powoda, a następnie Sądu Okręgowego w Warszawie - w toku rozpoznawania skargi pozwanego.

W ocenie Sądu, nietrafne jest stanowisko powoda, jakoby (...) nie posiadała kompetencji do orzeczenia wyrokiem w przedmiocie nakazania zamawiającemu wyboru oferty konkretnego podmiotu. Powyższy pogląd powoda pozostaje w sprzeczności z przepisem art. 192 ust 3 Pzp, który stanowi, że (...) wyrokiem może m.in. nakazać wykonanie czynności zamawiającego. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewidują wyłączenia z ww. „czynności zamawiającego” czynności w postaci wyboru oferty określonego podmiotu (przepis art. 192 ust. 3 pkt 6 Pzp wyłącza jedynie możliwość nakazania przez Izbę zawarcia umowy).

Należy przy tym podkreślić, że - wbrew twierdzeniom powoda - w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zdarzają się wyroki nakazujące zamawiającemu dokonanie wyboru oferty konkretnego podmiotu Dla przykładu należy tu wskazać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17.12.2015 r. (sygn. akt KIO 2626/15 - Legalis nr 1408704), w którym Izba uwzględniła odwołanie wykonawcy i nakazała zamawiającemu dokonanie wyboru oferty odwołującego. W postępowaniu zakończonym powołanym wyżej wyrokiem odwołujący domagał się w złożonym odwołaniu nakazania zamawiającemu dokonanie wyboru jego oferty. Natomiast w okolicznościach niniejszej sprawy powód, składając odwołanie do (...) po pierwszym chronologicznie wyborze przez pozwanego oferty (...) S.A. i odrzuceniu oferty powoda, nie domagał się nakazania zamawiającemu przez (...) wyboru oferty powoda, jako najkorzystniejszej. Jak już wcześniej wskazano, powód domagał się wówczas li tylko unieważnienia i powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W świetle powyższego, zdaniem Sądu nie ulega wątpliwości, że powód, aby skutecznie zakwestionować zgodność podejmowanych przez pozwanego czynności w toku powtórnej procedury przetargowej z przepisami obowiązującego prawa, obowiązany był wnieść odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, domagając się nakazania zamawiającemu dokonania wyboru oferty powoda, jako najkorzystniejszej. Powód nie skorzystał jednak z powyższego uprawnienia.

Wobec powyższego, zdaniem Sądu, brak podstaw do uznania za bezprawną czynności pozwanego polegającej na ponownym odrzuceniu oferty powoda, po wykonaniu przez pozwanego nakazanych ww. wyrokami (...) i Sądu Okręgowego wW.: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części I zamówienia, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego.

Mając zatem na względzie, że powód nie przedstawił w niniejszym procesie orzeczenia (...)nakazującego pozwanemu wybór oferty powoda w opisanym w pozwie postępowaniu przetargowym (a tym samym przesądzającego, że pozwany, jako zamawiający, naruszył przepisy ustawy Pzp), Sąd uznał, że powód nie udowodnił przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej w postaci bezprawności zachowania (działania lub zaniechania) zamawiającego. Podobne stanowisko w analogicznych do niniejszej sprawy stanach faktycznych zajęły: Sąd Apelacyjny w Łodzi w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 maja 2011r. (I ACa 250/11 - Legalis 357830) oraz Sąd Okręgowy w P. w uzasadnieniu wyroku z dnia 16 listopada 2015 r. (sygn. akt I C 2013/14 - <http://orzeczenia.plock.so.gov.pl>).

Reasumując, skoro po ponownym odrzuceniu przez pozwanego oferty powoda, powód nie wniósł odwołania do (...)należy uznać, że dokonany przez pozwanego wybór oferty innego podmiotu ((...) S.A.) stanowi czynność skuteczną i ważną, jako zgodną z przepisami obowiązującego prawa.

W ocenie Sądu, odmienna od powyższej wykładnia przepisów z art. 179 ust. 1 - art. 182 ustawy Prawo zamówień publicznych jest niedopuszczalna, jako prowadząca do konstatacji o zbędności przewidzianej w ww. przepisach drogi odwoławczej przed Krajową Izbą Odwoławczą, jednostki wyspecjalizowanej w weryfikacji prawidłowości przebiegu przetargów publicznych. Nie sposób zaaprobować możliwości skutecznego wzruszenia przez wykonawców, których oferty zostały odrzucone, prawidłowości wyboru przez zamawiającego określonej oferty, po zakończeniu postępowania przetargowego, w procesie odszkodowawczym przed sądem powszechnym, z pominięciem drogi odwoławczej przed (...). Akceptacja powyższej praktyki oznaczałaby bowiem legalizację nawet umyślnego niezgłaszania przez oferentów zarzutów odnośnie prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w toku przetargu, w celu następczego wytoczenia przed sądem powszechnym powództwa przeciwko zamawiającemu o odszkodowanie z tytułu wadliwego odrzucenia określonej oferty. Dopuszczenie merytorycznego rozpoznawania przez sąd powszechny w procesie odszkodowawczym toczącym się po zakończeniu przetargu zarzutów niedosłego wykonawcy dotyczących zgodności z przepisami Pzp działań zamawiającego w toku przetargu, otwierałoby drogę do uzyskiwania przez podmiot, którego oferta została odrzucona, odszkodowania równego zyskowi, jaki otrzymałby w przypadku wyboru jego oferty przez zamawiającego, tyle, że bez konieczności poświęcaniu sił i środków na wykonanie zamówienia. Powyższej sytuacji nie sposób zaś zaaprobować, jako stwarzającej ryzyko poniesienia nieuzasadnionych strat (niekiedy w wysokości wielu milionów złotych) przez zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, że zamawiający

powinien stosować się do obowiązujących przepisów prawa, w szczególności ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym niemniej, w przypadku naruszenia przez zamawiającego powyższych przepisów, skutkującego np. błędnym dokonaniem wyboru oferty, właściwą drogą zakwestionowania prawidłowości tego działania jest postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą, a następnie - postępowanie skargowe przed sądem okręgowym. Ta procedura z jednej strony zapobiega naruszeniom przepisów prawa przez zamawiającego w toku postępowania przetargowego, a z drugiej - umożliwia naprawienie ewentualnych błędów w ww. zakresie przed zakończeniem przetargu, a tym samym - pozwala uniknąć zamawiającemu odpowiedzialności odszkodowawczej wobec podmiotu, którego ofertę zamawiający odrzucił z naruszeniem przepisów prawa, co w realiach rynkowych może przecież się zdarzyć, nawet nieumyślnie, z jednej strony z uwagi na stopień trudności regulacji prawnych Pzp, a z drugiej - nie zawsze wystarczającej świadomości prawnej zamawiających.

Wobec powyższego, Sąd uznał, że dla rozstrzygnięcia niniejszego procesu bez znaczenia pozostawały podniesione przez powoda merytoryczne zarzuty kwestionujące prawidłowość odrzucenia jego oferty przez pozwanego, dotyczące rzekomej nieważności postanowień umowy licencyjnej, naruszenia przez pozwanego przy wyborze oferty (...) S.A. przepisu art. 51 ust. 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz sprzeczności z przepisami Pzp modyfikacji oferty (...) S.A. w toku ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dodatkowo o bezzasadności żądania pozwu świadczy okoliczność, że powód nie wykazał, aby jego oferta była ofertą najkorzystniejszą spośród złożonych w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Należy zaznaczyć, że zgodnie z treścią zamówienia, w zakresie części I zamawiający miał zastosować kryteria: cena - 80%, parametry techniczne - 20% (k. 84). W uzasadnieniu wyroku z dnia 12 października 2010 r. (sygn. akt. KIO 2093/10) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że zamawiający jest uprawniony do ustalenia kryteriów, które pozwolą na wybranie oferty spełniającej w najwyższym stopniu uzasadnione potrzeby zamawiającego. Nadto Izba podkreśliła, zdaniem Sądu Rejonowego zasadnie, że zamawiający nie ma obowiązku stosowania wyłącznie kryterium ceny dla wyboru oferty najkorzystniejszej. To zamawiającemu, jako dysponentowi środków przysługuje prawo do ustalenia, w jaki sposób środki te zostaną zagospodarowane, tak aby w najwyższym stopniu pozwalały na osiągnięcie celów i zadań realizowanych przez zamawiającego.

W ocenie Sądu, w niniejszej sprawie powód nie wykazał, aby spełnił wymagane przez pozwanego parametry techniczne, albowiem w swej ofercie zaproponował system operacyjny W. (...)1 (...) w wersji O., tj. z licencją uniemożliwiającą ponowną instalację oferowanego oprogramowania na innym komputerze (po uprzedniej deinstalacji) bez naruszenia praw licencyjnych, a także oprogramowanie, którego licencjodawcą nie był producent oprogramowania, co zostało potwierdzone w piśmie M. z dnia 13 lipca 2015 r. oraz 15 września 2015 r. (k. 331 i 333). Skoro zatem powyższa oferta powoda nie spełniała wymogów SIWZ, to zamawiający niewątpliwie był uprawniony do jej odrzucenia.

Zdaniem Sądu, na etapie wyboru oferty zamawiający nie posiadał bowiem uprawnienia do dokonania w sposób wiążący dla podmiotów trzecich (w tym przypadku dla (...) sp. z o.o.) arbitralnej oceny w przedmiocie tego, czy przedstawiona przez wykonawcę w ramach oferty umowa licencyjna zawiera postanowienia nieważne lub bezskuteczne. Należy bowiem wskazać, że druga strona umowy licencyjnej (w tym przypadku (...) sp. z o.o.) nie jest uczestnikiem procedury przetargowej i nie mogłaby w toku przetargu podejmować skutecznych działań w celu odparcia powyższego rodzaju zarzutów. Po wtóre, zamawiający może nie posiadać specjalistycznej wiedzy prawniczej niezbędnej do właściwej oceny ważności i skuteczności określonych postanowień umowy licencyjnej.

W tym stanie rzeczy, w ocenie Sądu, nie sposób zarzucać pozwanemu wadliwości odrzucenia oferty powoda, skoro jej wybór oznaczałby dla pozwanego konieczność zmierzenia się z problemem stwierdzenia nieważności lub bezskuteczności niektórych postanowień umowy licencyjnej. Jest bowiem oczywiste, że skoro uznanie za nieważne spornych postanowień umowy licencyjnej przez pozwanego nie byłoby wiążące dla (...) sp. z o.o., skutkowałoby to koniecznością rozstrzygnięcia tej kwestii na drodze sądowej. W tej sytuacji, zachowanie pozwanego polegające na wyborze oferty nieobciążonej powyższego rodzaju problemami należy uznać za rozwiązanie pragmatyczne i zmierzające do uniknięcia dodatkowych trudności związanych z realizacją zamówienia.

Odmiennej oceny w powyższym zakresie nie uzasadnia bynajmniej zawarta w uzasadnieniach wyroków (...) i Sądu Okręgowego w W. negatywna ocena spornych postanowień umowy licencyjnej mającej zastosowanie do oprogramowania proponowanego w ofercie powoda. Powyższa ocena miała bowiem charakter wyłącznie hipotetyczny, gdyż - jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w W. (k. 157) - w toku postępowania przez tym sądem przedmiotowa umowa licencyjna w ogóle nie została przedstawiona. Ponadto, zarówno postępowanie odwoławcze przed (...), jak i postępowanie skargowe przez Sądem Okręgowym w W., toczyły się bez udziału (...) sp. z o.o., która tym samym była pozbawiona możliwości przedstawienia swojej argumentacji w zakresie ważności postanowień przedmiotowej umowy licencyjnej.

Z tych wszystkich względów powództwo podlegało oddaleniu.

O kosztach procesu Sąd orzekł w pkt 2. wyroku, na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c., zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania. Mając na względzie, że powód przegrał proces w całości, Sąd obciążył go obowiązkiem zwrotu na rzecz powoda poniesionych przez niego kosztów postępowania, stanowiące koszty zastępstwa procesowego w wysokości 2.400 zł (zgodnie z przepisem § 2 pkt 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych).

ZARZĄDZENIE

(...)

Dnia 19 stycznia 2017 roku.