

POSTANOWIENIE

Dnia 7 listopada 2023 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Leszek Bosek

w sprawie z odwołania F. a.s. z siedzibą w B.
przeciwko Gminie Pułtusk
o udzielenie zamówienia publicznego,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym
w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych w dniu 7 listopada 2023 r.
skargi kasacyjnej powoda od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie
z 3 kwietnia 2023 r., sygn. XXIII Zs 8/23:

- 1. odmawia przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania;**
- 2. zasądza od F. a.s. z siedzibą w B. na rzecz Gminy Pułtusk
kwotę 1800 (tysiąc osiemset) złotych tytułem zwrotu
kosztów postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

F. a. s. z siedzibą w Brnie (dalej: „skarżący”) wniosła do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Gminie Pułtusk (dalej: zamawiający) naruszenie art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. 2023, poz. 1605 ze zm., dalej: „PZP”) przez opisanie przedmiotu zamówienia pod nazwą: „Dostawa komputerów, urządzeń drukujących, serwera i licencji dla Gminy Pułtusk” „w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieproporcjonalny”; przez „uniemożliwienie dostarczenia przez wykonawców „używanego oprogramowania” spełniającego wymagania Specyfikacji Warunków Zamówienia

(tzw. *used soft*), podczas gdy uzasadnione potrzeby zamawiającego będą zrealizowane także w przypadku dostarczenia używanego oprogramowania spełniającego te wymagania”.

Wyrokiem z 15 grudnia 2022 r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie (pkt 1) i rozstrzygnęła o kosztach postępowania (pkt 2).

Wyrokiem z 3 kwietnia 2023 r. Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych (dalej: „Sąd Zamówień Publicznych”), po rozpoznaniu skargi F. a. s., oddalił skargę (pkt I) oraz rozstrzygnął o kosztach postępowania apelacyjnego (pkt II).

W uzasadnieniu Sąd Zamówień Publicznych wyjaśnił, że zarzuty podniesione przez skarżącą skupiają się na błędach w ustaleniach faktycznych poczynionych przez Krajową Izbę Odwoławczą, a w konsekwencji nieprawidłowym zastosowaniu przepisu art. 99 ust. 4 PZP i art. 16 pkt 1 i 3 PZP przez uznanie, iż Opis Przedmiotu Zamówienia nie naruszenia zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalności. Zarzuty koncentrują się na niepoczynieniu ustaleń faktycznych w oparciu o twierdzenia skarżącego odnoszących się do tożsamości oprogramowania typu „*used soft*” z oprogramowaniem nowym (zakupionym od producenta).

Zdaniem Sądu Zamówień Publicznych zachowanie uczciwej konkurencji nie oznacza konieczności zapewnienia przez zamawiającego takich warunków postępowania i opisu przedmiotu zamówienia, aby każdy podmiot dystrybuujący urządzenia wielofunkcyjne miał możliwość złożenia oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jednak pomimo konieczności zachowania uczciwej konkurencji zamawiający ma prawo tak opisać przedmiot zamówienia, aby uwzględnione zostały jego rzeczywiste potrzeby.

W ocenie Sądu Zamówień Publicznych opisanie przedmiotu zamówienia jako zakup i dostawa licencji, rozumianej jako nowe, nieużywane i nigdy wcześniej nieaktywowane oprogramowanie, jest podyktowane jego uzasadnionymi potrzebami, z jednoczesnym zachowaniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i proporcjonalności. Sąd Zamówień

Publicznych zwrócił uwagę, iż zamawiający jest podmiotem publicznym, miał zatem prawo dokonać opisu przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem indywidualnych potrzeb oraz jednoczesnym wskazaniem pożądanых cech funkcjonalnych produktu istotnych dla podmiotów publicznych. Sąd Zamówień Publicznych podkreślił, że zamawiający konsekwentnie wskazuje na istotne i pożądane z jego punktu widzenia cechy produktu, którego zakupu chce dokonać.

Sąd Zamówień Publicznych zwrócił uwagę, że w przypadku zakupu używanego oprogramowania źródłem uprawnień zamawiającego będzie umowa sprzedaży kopii oprogramowania, której będzie on posiadaczem, natomiast w przypadku zakupu nowego oprogramowania będzie on stroną umowy licencyjnej. Powyższe powoduje, iż oferowany przez skarżącego produkt używany nie jest tożsamy dla tego konkretnego zamawiającego pod względem funkcjonalnym. W tym przypadku zamawiający wymaga dostępu do zarządzania i posiadania uprawnień do witryny producenta oprogramowania tj. możliwości zarządzania przez portale producenta oprogramowania, a nie przez portale prowadzone przez wykonawcę oferującego oprogramowanie używane.

Od wyroku Sądu Zamówień Publicznych skargę kasacyjną wywiódł skarżący, zaskarżając go w całości.

Wnosząc o przyjęcie skargi kasacyjnej sformułował zarzut nieważności postępowania, argumentując, że Sąd Zamówień Publicznych oparł rozstrzygnięcie na załączniku do protokołu, w którym zawarto nowe twierdzenia, a załącznik został złożony po zamknięciu rozprawy.

Ponadto, skarżący sformułował następujące zagadnienia:

1. „czy w świetle art. 99 ust. 4 PZP i art. 16 pkt 1 PZP wystarczające dla stwierdzenia braku naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jest istnienie na rynku wielu podmiotów zdolnych wziąć udział w postępowaniu, czy też konieczne jest wykazanie, że eliminacja z postępowania choćby jednego wykonawcy lub produktu, nastąpiła z istotnych przyczyn”;
2. „dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zarówno wykonawców oferujących „nowe” oprogramowanie, jak i wykonawców oferujących „używane” oprogramowanie, przy jednoczesnym

zachowaniu tożsamości przedmiotowego oprogramowania pod względem technicznym, funkcjonalnym i jakościowym, stanowi naruszenie zasady zapewnienia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez uprzywilejowanie wykonawcy oferującego „używane” oprogramowanie”;

3. „dopuszczenie możliwości zaoferowania przez wykonawców zarówno oprogramowania „nowego”, jak i „używanego” w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przy zachowaniu tożsamości przedmiotowej obu produktów (oprogramowania) pod względem technicznym, funkcjonalnym i jakościowym, będzie prowadziło do niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia, w efekcie której oferty będą nieporównywalne”.

Ponadto, na wypadek uznania przez Sąd Najwyższy, że w sprawie nie występuje istotne zagadnienie prawne, wniósł o jej przyjęcie z uwagi na oczywistą zasadność skargi (art. 398⁹ § 1 pkt 4 k.p.c.), wynikającą z:

1. „błędnej wykładni prawa materialnego, tj. art. 99 ust. 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP, i nieprawidłowej interpretacji intencji ustawodawcy krajowego i unijnego poprzez przyjęcie, że uniemożliwienie dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obiektywnie zdolnym do realizacji zamówienia wykonawcom oferującym używane oprogramowanie (tzw. used soft) może być uzasadnione wyłącznie tym, że na rynku działa wiele innych podmiotów mogących wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu, oferujących nowe oprogramowanie, podczas gdy z literalnej i funkcjonalnej interpretacji przepisu wynika wniosek wprost przeciwny, a Sąd II instancji nie poparł swojej tezy żadną argumentacją prawną”;

2. „błędnej wykładni prawa materialnego tj. art. 99 ust. 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP, poprzez przyjęcie, że dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zarówno wykonawców oferujących „nowe” oprogramowanie, jak i wykonawców oferujących „używane” oprogramowanie, przy jednoczesnym zachowaniu tożsamości przedmiotowego oprogramowania pod względem technicznym, funkcjonalnym i jakościowym, stanowi naruszenie zasady zapewnienia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez uprzywilejowanie wykonawcy oferującego „używane” oprogramowanie, podczas gdy z literalnej i funkcjonalnej interpretacji przepisu wynika wniosek wprost przeciwny, a Sąd II instancji nie poparł swojej tezy żadną argumentacją prawną”;

3. „błędnej wykładni prawa materialnego, tj. art. 99 ust. 1 PZP, poprzez przyjęcie, że dopuszczenie możliwości zaoferowania przez wykonawców zarówno oprogramowania „nowego”, jak i „używanego” w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo tożsamości przedmiotowej obu produktów (oprogramowania) pod względem technicznym, funkcjonalnym i jakościowym, może prowadzić do niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia, w efekcie której poszczególni wykonawcy musieliby wyceniać produkty o różnych cechach, co doprowadziłoby do sytuacji, w której oferty nie będą porównywalne, podczas gdy z literalnej i funkcjonalnej interpretacji przepisu wynika wniosek wprost przeciwny, a Sąd II instancji nie poparł swojej tezy żadną argumentacją prawną”.

W odpowiedzi na skargę zamawiający wniósł o odmowę przyjęcia jej do rozpoznania oraz zasądzenie kosztów postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna jest środkiem zaskarżenia przysługującym od prawomocnych orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych. Skarga kasacyjna stanowi zatem nadzwyczajny środek zaskarżenia, którego rozpoznanie przez Sąd Najwyższy nie może leżeć wyłącznie w interesie skarżącego, lecz musi być uzasadnione ważnymi kategoriami interesu publicznego, w tym potrzebą zapewnienia jednolitej wykładni i stosowania prawa (art. 183 ust. 1 Konstytucji RP). Wyłączną podstawą oceny skargi kasacyjnej pod kątem przyjęcia jej do rozpoznania są wskazane we wniosku o jej przyjęcie przyczyny kasacyjne wraz z uzasadnieniem (art. 398⁴ § 2 k.p.c.) oraz okoliczności, które Sąd Najwyższy zobowiązany jest brać pod uwagę z urzędu na każdym etapie postępowania (art. 398¹³ § 1 k.p.c. w zw. z art. 398⁹ § 1 pkt 3 k.p.c.).

Sformułowany w skardze kasacyjnej najdalej idący zarzut nieważności postępowania należało ocenić w pierwszej kolejności pod kątem przyjęcia jej do rozpoznania.

Jak wynika z protokołu rozprawy z dnia 3 marca 2023 r. Sąd Zamówień Publicznych postanowił w pkt 4 „zobowiązać pełnomocnika przeciwnika do złożenia

w terminie 7 dni odpowiedzi na skargę w formie pisemnej pod rygorem pominięcia stanowiska” (k. 228). Pismem z 10 marca 2023 r. pełnomocnik Gminy Pułtusk wykonał zobowiązanie Sądu Zamówień Publicznych składając załącznik do protokołu (k. 234-257). Wbrew twierdzeniom skarżącego, pismo to stanowi wyłącznie podsumowanie stanowiska zamawiającego sformułowanego w sprawie. Przyznaje to zresztą sam skarżący wskazując, że: „Odpowiedź na skargę w znaczącej większości zawiera powtórzenie argumentacji przedstawionej w toku postępowania odwoławczego przed KIO” (k. 264); „Zamawiający ponownie wskazuje, że (...)” (k. 264); „Podnosi również argument powołany przed KIO (...)” (k. 264); „W pozostałym zakresie aktualna pozostaje argumentacja odnosząca się do konkurencyjności, przedstawiona w sposób wyczerpujący w Skardze” (k. 265); „W tym kontekście, Skarżący ponownie wyjaśnia (ten wątek został już szczegółowo opisany w toku postępowania odwoławczego oraz w Skardze)” (k. 267); „Powyższy fragment stanowi powtórzenie stanowiska Zamawiającego z postępowania odwoławczego” (k. 272); „(...) zgodnie z argumentacją przytoczoną przez Skarżącego przed KIO i w Skardze (...)” (k. 274). Wbrew zatem twierdzeniom skarżącego, twierdzenia zawarte w załączniku do protokołu nie stanowią żadnej nowości, zostały sformułowane stosownie do zobowiązania sądu i wyników rozprawy, zgodnie z art. 161 k.p.c. Załącznik do protokołu ma w oczywisty sposób jedynie pomocniczy i służebny charakter (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 13 listopada 2003 r., I CK 229/02). W żadnym więc razie w niniejszej sprawie nie można mówić o nieważności postępowania z powodu rzekomego pozbawienia skarżącego możliwości obrony jego praw. Sformułowany zarzut nie stanowi podstawy przyjęcia skargi do rozpoznania.

Przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania nie uzasadniają również sformułowane zagadnienia prawne. Istotnym zagadnieniem w rozumieniu art. 398⁹ § 1 pkt 1 k.p.c. jest zagadnienie objęte podstawami kasacyjnymi, mające znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy skarżącego, a zarazem doniosłe dla systemu prawa i nowe – w znaczeniu nierozwiązane dotąd w orzecznictwie. Powołanie się przez skarżącego na takie zagadnienie wymaga jego sformułowania oraz szczegółowego uzasadnienia (por. postanowienia Sądu Najwyższego z: 28 listopada 2003 r., II CK 324/03; 7 czerwca 2005 r., V CSK 3/05; 13 lipca 2007 r.,

III CSK 180/07; 22 listopada 2007 r., I CSK 326/07; 26 września 2005 r., II PK 98/05; 10 stycznia 2019 r., I UK 503/17; 10 maja 2019 r., I CSK 627/18; 30 listopada 2020 r., IV CSK 363/20). Istotne zagadnienie prawne musi mieć charakter rzeczywisty, generalny i abstrakcyjny (por. postanowienia Sądu Najwyższego z: 16 września 2002 r., I PKN 691/01; 11 września 2014 r., III SK 22/11). Nie może być jednocześnie zagadnieniem pozornym, którego wyjaśnienie nie ma żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy w ustalonym stanie faktycznym (por. postanowienie SN z 26 września 2005 r., II PK 98/05).

Przedstawione przez skarżącego zagadnienia nie spełniają powyższych wymagań. Po pierwsze, wbrew odmiennej ocenie skarżącego, zamawiający jest gospodarzem postępowania i ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego rzeczywiste potrzeby. To właśnie uzasadnione potrzeby zamawiającego determinują opis przedmiotu zamówienia, w tym również jakie cechy techniczne są istotne z punktu widzenia jego rzeczywistych potrzeb (zob. m.in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z: 30 lipca 2012 r., KIO 1516/12; 28 marca 2014 r., KIO 486/14; 19 października 2020 r., KIO 2041/20; 17 stycznia 2022 r., KIO 3718/21; 21 marca 2022 r., KIO 534/22).

Po drugie, wymóg zachowania uczciwej konkurencji w zamówieniach publicznych nie ma charakteru abstrakcyjnego i bezwzględnego. Przepisy prawa nie obligują do zapewnienia przez zamawiającego takich warunków postępowania i opisu przedmiotu zamówienia, aby potencjalnie każdy podmiot i w każdej sytuacji miał możliwość złożenia oferty. Dlatego zamawiający nie był zobowiązany do zakupu używanego oprogramowania i nie można w realiach sprawy uznać, że na gruncie art. 99 ust. 4 PZP i art. 16 pkt 1 PZP istnieje w tym zakresie uzasadniona wątpliwość.

Nie uzasadnia przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania również twierdzenie, że jest ona oczywiście uzasadniona. Oparcie wniosku o przyjęcie skargi kasacyjnej do rozpoznania na podstawie art. 398⁹ § 1 pkt 4 k.p.c. wymaga bowiem wykazania sprzeczności zaskarżonego orzeczenia z przepisami prawa, których wykładnia i stosowanie nie budzi żadnych wątpliwości albo jego wydania w wyniku oczywiście błędnej wykładni lub niewłaściwego zastosowania prawa. Oczywiście zasadność skargi kasacyjnej ma miejsce,

gdy zarzucane uchybienia mają kwalifikowany charakter i są widoczne *prima facie*, bez konieczności głębszej analizy (por. min.: postanowienia Sądu Najwyższego z: 15 kwietnia 2021 r., IV CSK 617/20; 15 czerwca 2018 r., III CSK 38/18; 23 czerwca 2017 r., II CSK 41/17; 1 marca 2013 r., I CSK 491/12; 21 lutego 2008 r., II UK 307/07; 8 marca 2002 r., I PKN 341/01).

Po pierwsze, wbrew twierdzeniom skarżącego nie ma żadnych podstaw do uznania, że zaskarżony wyrok w sposób oczywisty, a zwłaszcza kwalifikowany narusza przepisy prawa. Jak sam skarżący wykazuje jego ewentualne niedostatki mogą się co najwyżej wiązać z lakonicznym stylem uzasadnienia, ale nie wadliwością samego wyroku. Nie ulega przy tym wątpliwości, że lakoniczność uzasadnienia nie uniemożliwia poznania motywów rozstrzygnięcia, a w konsekwencji kontroli kasacyjnej zaskarżonego wyroku.

Po drugie, w orzecznictwie Sądu Najwyższego wielokrotnie wyrażany był pogląd, że jeżeli sam skarżący wykazuje, że w sprawie występują zagadnienia prawne, to skarga nie może być jednocześnie co najmniej w tym zakresie oczywiście uzasadniona (por. m.in. postanowienia Sądu Najwyższego z: 26 listopada 2013 r., I UK 291/13; 29 lipca 2015 r., I CSK 980/14; 15 kwietnia 2021 r., IV CSK 617/20).

Mając powyższe na uwadze, Sąd Najwyższy na podstawie art. 398⁹ § 2 k.p.c. orzekł, jak w sentencji.

O kosztach postępowania kasacyjnego Sąd Najwyższy orzekł na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 590 ust. 2 PZP oraz § 14 ust. 2a pkt 1 w zw. z § 10 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (tekst jedn. Dz.U. 2023, poz. 1935).

[SOP]

[ms]

