

Sygn. akt II Ca 1461/16

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 grudnia 2016 roku

**Sąd Okręgowy w Szczecinie Wydział II Cywilny Odwoławczy**

w składzie:

Przewodniczący:	SSO Violetta Osińska (spr.)
Sędziowie:	SO Tomasz Szaj SO Tomasz Sobieraj
Protokolant:	sekr. sądowy Magdalena Gregorczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 grudnia 2016r.

sprawy z odwołania (...) Spółki Akcyjnej w S.

przy udziale zamawiającego Powiatu (...) i przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego Konsorcjum: (...) Sp. z o.o. Sp. k. w S. i P. S. firma (...)

o zamówienie publiczne

na skutek skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w W.

od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2016 roku, sygn. akt KIO 1810/16

postanawia:

**1. zmienić zaskarżone postanowienie w ten sposób, że w punkcie 1. oddalić odwołanie (...) Spółki Akcyjnej w S.;**

**2. nie obciążać uczestników kosztami postępowania skargowego.**

SSO Tomasz Szaj SSO Violetta Osińska SSO Tomasz Sobieraj

**Sygn. akt II Ca 1461/16**

## UZASADNIENIE

W dniu 27 września 2016r. odwołujący (...) S.A. z siedzibą w S. złożył odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego Powiatu (...) w postępowaniu w zakresie oceny ofert składanych w części I, II i III postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Założenie baz (...) oraz uzupełnienie baz (...) o obiekty budowlane trwale związane z budynkami” (nr referencyjny postępowania (...).7.2016.SD).

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (dalej Pzp) przez wybór jako najkorzystniejszej oferty w częściach I, II i III Postępowania oferty podlegającej odrzuceniu,
- art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust 2 i ust 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny,
- art. 7 ust. 1 poprzez nierówne traktowanie wykonawców w szczególności zaś przez wybór jako najkorzystniejszej w Postępowaniu w zakresie części I, II i III oferty, która zgodnie z przepisami podlega odrzuceniu i traktowaniu jej na równi z ofertami wykonawców, które nie podlegały odrzuceniu.

W oparciu o powyższe zarzuty, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części I, II i III,
- powtórzenie czynności oceny ofert względem wykonawcy konsorcjum (...) Sp. z o.o. Sp.K i P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą (...), i w jej wyniku odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp,
- dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w częściach I, II i III Postępowania.

W uzasadnieniu wskazał :

Zamawiający w dniu 29 sierpnia 2016 roku zamieścił ogłoszenie o wszczęciu postępowania o zamówienie publiczne, którego przedmiotem jest założenie bazy (...) oraz uzupełniające bazy (...) o obiekty budowlane trwale związane z budynkami dla następujących obiektów ewidencyjnych w podziale na następujące części zamówienia:

- a) I część zamówienia: Miasto i Gmina C.
- b) II część zamówienia: Miasto i Gmina M.
- c) III część zamówienia; Miasto i Gmina M.
- d) IV część zamówienia: Miasto T..

Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych. Przewidział w SIWZ, że Części I -III zamówienia należy wykonać w podziale na trzy etapy:

- a) Etap I - analiza i pozyskanie danych z operatów technicznych, skanowanie i kalibracja arkuszy mapy zasadniczej;
- b) Etap II - założenie i załadowanie bazy (...) oraz aktualizacja bazy (...) dla terenu miasta;
- c) Etap II -założenie i załadowanie bazy (...) oraz aktualizacja bazy (...) dla terenu gminy. Część IV zamówienia miała być realizowana w jednym etapie.

Zamawiający wskazał w SIWZ, że oferty cenowe na każdą część składane będą odrębnie i wybór oferty najkorzystniejszej zostanie dokonany w ramach danej części. Ocena spełniania warunków udziału natomiast dokonywana był na podstawie jednego kompletu dokumentów właściwego dla każdej z części. Termin składania ofert upływał w dniu 9 września 2016 roku.

Odwołujący podniósł, że w toku badania ofert, w dniu 14 września 2016 r. zamawiający wzywał (...) Sp. z o.o. Sp. K. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W wezwaniu dokonanym na podstawie art. 90 ust 1a ustawy Pzp zamawiający określił, że oczekuje od (...) Sp. z o.o. Sp. K. wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę. Odwołujący zauważył, że zamawiający nie wskazał w treści wezwania, by ewentualnie dotyczyło ono jednej lub wybranych części zamówienia, w których (...) złożył ofertę. Przyjął zatem, że wyjaśnienie

dotyczyć miało każdego elementu ceny rozumianego zarówno jako każdej części jak i w ramach części każdego jej elementu.

Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 19 września 2016 r. (...) Sp. z o.o. Sp. K. złożył pismo w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Odwołujący uznał, że pismo to nie może w świetle przepisów i orzecznictwa (...) być przyjęte jako wyjaśnienie rażąco niskiej ceny. Zwrócił uwagę, że pismo to nie odnosi się do wszystkich elementów ceny, a jedynie do ceny złożonej w I, II i III części zamówienia, pomija natomiast zupełnie część IV, w której wykonawca ten również złożył ofertę, a badania jej ceny zamawiający w żaden sposób - chociażby dorozumiany - nie wyłączył z zakresu żądanych wyjaśnień. Odwołujący argumentował, że dla badania rażąco niskiej ceny nie ma bowiem znaczenia, czy badana oferta jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu o udzielenie zamówienia czy w jego części, ale ma znaczenie sam fakt określonej różnicy procentowej ceny oferty i innych złożonych ofert lub od wartości zamówienia. Zauważył, że zamawiający dokonuje czynności oceny zaferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień - (temu służy procedurę wyjaśnienia opisana w art. 90 i następnym Pzp), wykonawca winien podać wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaferowanej ceny a dowodzące możliwości zaferowania ceny obniżonej w stosunku do wartości zamówienia.

Zdaniem odwołującego, ustawodawca przesądził w ustawie Pzp, wprost wskazując w art. 90 ust 2, że to wykonawca powinien udowodnić zamawiającemu, iż jego cena nie jest rażąco niska, i udowodnić to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Według odwołującego - aktualna i wymagająca podkreślenia jest wyrażona powoływanym orzecznictwie teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 i następnym Pzp, a tym samym ryzyku jakie ponosi wykonawca wezwany, w przypadku uznania, iż są to wyjaśnienia niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny, sformułował generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Za takie natomiast odwołujący nie uznał wyjaśnień (...) Sp. z o.o. Sp. K. powołujących się chociażby na doświadczenie własne, nie wskazując w jaki sposób wpływa ono na obniżenie sposobu czy metody realizacji zamówienia. W przypadku natomiast kosztów pracowniczych zauważył, (...) Sp. z o.o. Sp. K. szacuje je na podstawie średnich zarobków w swojej firmie, wykazując jednakże, że są to koszty konkretnie tych pracowników, których delegował do realizacji zamówienia (osoby, na których doświadczenie się powołał w ofercie). (...) Sp z o.o. Sp. K. nie przedstawił żadnych dowodów uwiarygodniających jego twierdzenia, żadnej kalkulacji czy informacji wskazujących na możliwość obniżenia ceny. Zauważył, że argument o bliskości siedziby wykonawcy - siedzibie zamawiającego, a w związku z tym brak kosztów delegacji jest nietrafiony, chociażby dlatego, że część wykonawców biorących udział w postępowaniu również może wykazać się analogiczną odległością od siedziby zamawiającego, co nie stanowi jednak o braku ponoszenia, czy też znacznym zminimalizowaniu ewentualnych kosztów.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 28 września 2016 r. zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożył wykonawca - konsorcjum (...) Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w S. i firma (...) P. S..

Postanowieniem z dnia 4 października 2016r. (sygn. akt(...))Krajowa Izba Odwoławcza:

1. odrzuciła odwołanie;
2. kosztami postępowania obciążyła odwołującego (...) S.A. w S.,
  - 2.1. zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr uiszczoną przez odwołującego (...) S.A. w S., tytułem wpisu od odwołania.

Postępowanie zostało wszczęte w dniu 29 sierpnia 2016r. (ogłoszenie nr (...) w Biuletynie zamówień publicznych)

***Krajowa Izba Odwoławcza oparła swoje rozstrzygnięcie na następujących ustaleniach faktycznych i rozważaniach:***

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp i okoliczność ta została przyznana przez odwołującego w treści odwołania.

Izba z urzędu, na podstawie art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i zgłaszającego przystąpienie, dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, dotyczy bowiem czynności innych niż określone w art. 180 ust. 2 tej ustawy.

Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp w brzmieniu po nowelizacji, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Istotą tego odwołania jest zarzut zaniechania odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą z powodu tego, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie części I, II i III i IV zamówienia, a skarżony wykonawca – konsorcjum (...) Sp. z o.o. Sp. k. w swoich wyjaśnieniach z dnia 19 września 2016 r. nie wykazał, że cena jego oferty nie ma charakteru rażąco niskiej. Wobec czego -według twierdzeń odwołującego - przedmiotowa oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, co nie mieści się w katalogu przesłanek dopuszczalności odwołania określonym art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Natomiast pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu mają charakter wtórny - zarzut dotyczący wyboru oferty najkorzystniejszej nie został oparty na okolicznościach dotyczących przyznanej tej ofercie oceny w wyznaczonych kryteriach, ale wywiedziony jako konsekwencja zaniechania odrzucenia skarżonej oferty.

W związku z powyższym, o legitymacji do wniesienia przedmiotowego odwołania decyduje ocena dopuszczalności podniesienia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy, to bowiem zaniechanie jest sednem sporu, i to w nim odwołujący upatruje naruszenia przez zamawiającego przepisów, które wskazał w odwołaniu.

Analiza znowelizowanego przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp i użytego w nim przez ustawodawcę sformułowania „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” prowadzi, zdaniem I., do wniosku, że pod pojęciem tym nie kryje się zaniechanie czynności odrzucenia oferty innego wykonawcy (jak również zaniechanie czynności wykluczenia innego wykonawcy z postępowania), a jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w (...).

Za takim rozumieniem przepisu w ocenie (...) przemawia: po pierwsze, wykładnia językowa art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Literalne brzmienie tego przepisu oznacza dopuszczenie zakwestionowania wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest najkorzystniejsza w świetle określonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. Definicja wyboru najkorzystniejszej oferty wynika pośrednio z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przez wybór oferty najkorzystniejszej należy więc rozumieć czynność zamawiającego polegającą na zastosowaniu do oferty określonych w (...) kryteriów i ustalenie wyniku tej oceny w sposób skutkujący wyborem

oferty. W ocenie I., tylko tak rozumiany wybór oferty najkorzystniejszej może być przedmiotem odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego wartość jest mniejsza niż tzw. progi unijne. Do takiego wniosku prowadzi analiza przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp na tle innych przepisów określających możliwość wnoszenia odwołań w postępowaniach poniżej progów unijnych oraz wykładnia tych przepisów z uwzględnieniem domniemania racjonalności ustawodawcy. Nowelizując art. 180 ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca zdecydował się rozszerzyć możliwość wnoszenia odwołań w postępowaniach o wartości zamówienia poniżej progów unijnych, dopuszczając wniesienie odwołania również wobec czynności opisu przedmiotu zamówienia oraz wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie jednak nie zostały wykreślone ani zmienione przesłanki z pkt 3 i 4, zgodnie z którymi odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz czynności wykluczenia odwołującego z postępowania. A contrario, odwołanie nie przysługuje wobec zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy, jak i wobec zaniechania wykluczenia innego wykonawcy z postępowania. Możliwość zaskarżenia tych zaniechań nie można, zdaniem I., wywieść z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Przepis ten nie może być interpretowany w taki sposób, że objęte są nim wszystkie czynności i zaniechania poprzedzające wybór najkorzystniejszej oferty, wówczas bowiem zbędne byłoby utrzymanie przesłanek określonych w art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp. Co więcej, gdyby zamiarem ustawodawcy nie było ograniczenie odwołań na podstawie punktu 6 wyłącznie do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty sensu stricto, zbędne byłoby określanie pozytywnego katalogu czynności podlegających zaskarżeniu w postępowaniach poniżej progów. Jeśli bowiem przyjąć, że zaskarżeniu w ramach wyboru oferty najkorzystniejszej podlega każda czynność i każde zaniechanie poprzedzające ten wybór, to co do zasady zaskarżeniu podlegałyby wszystkie czynności i zaniechania zamawiającego w postępowaniu, które miały miejsce między złożeniem ofert a wyborem oferty najkorzystniejszej, gdyż wszystkie czynności podjęte w postępowaniu zamawiającego, (oprócz unieważnienia postępowania), zmierzają do wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zdaniem (...), bezpodstawne byłoby założenie, że czynność „wyboru najkorzystniejszej oferty” kumuluje w sobie zarówno weryfikację podstaw do wykluczenia, jak i weryfikację podstaw do odrzucenia oferty i wywodzenie z tego szerokiej legitymacji wykonawcy do skarżenia czynności i zaniechań zamawiającego wobec ofert konkurentów w procedurach dotyczących zamówień o wartościach podprogowych.

Ustawodawca krajowy zmienił treść art. 184 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu z dnia 13 kwietnia 2007 r. - o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 82, poz. 560) - mówiącego, że od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania (...) ogłoszeń o zamówieniach - i w kolejnej nowelizacji z dnia 4 września 2008 r. - o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) wprowadził przepis art. 184 ust. 1a w brzmieniu: W postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty.

Następna nowelizacja z dnia 2 grudnia 2009 r. - o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) w omawianym zakresie pozostawała w związku z wyeliminowaniem instytucji protestu i wprowadziła przepis art. 180 ust. 2, że jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o

cenę;

2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;

3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;

4) odrzucenia oferty odwołującego

- miała więc znaczenie jedynie doprecyzowujące i obowiązywała do wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r., tj. w aktualnym brzmieniu.

Powyższe wskazuje zdaniem (...), że przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter wyjątku od zasady generalnej. W przeciwieństwie do postępowań dotyczących zamówień, których wartość jest równa lub wyższa od tzw. progów unijnych, w przypadku postępowań podprogowych zasadą tą jest, że odwołanie nie przysługuje.

Argumentując dalej zauważono, że w postępowaniach o wartości równej lub wyższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie służy wobec „niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy” i nie wskazuje enumeratywnie tych czynności. Inaczej rzecz się przedstawia w odniesieniu do stosowania art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, gdzie była i jest mowa tylko o tym, że odwołanie w postępowaniach poniżej progów służy wyłącznie wobec wymienionych czynności, zaś ustawodawca nawet nie wspomina o zaniechaniach zamawiającego. Biorąc powyższe pod uwagę w ocenie (...) nieuprawnione jest założenie, że w odróżnieniu od punktów 1-5, przesłanka z pkt 6. obejmuje zarówno czynność, jak i zaniechania czynności (w dodatku innych niż czynność wprost wymieniona w przepisie). Przewidziany w przepisie art. 180 ust. 2 katalog przesłanek zawsze odnosił się do czynnego zachowania zamawiającego, nie zaś do zaniechań, i sytuacja ta nie uległa zmianie w wyniku ostatniej nowelizacji ustawy. Nadal ustawodawca koncentruje się na zachowaniach zamawiającego o charakterze czynnym, wobec odwołującego wykonawcy, które doprowadziły do danego wyniku postępowania, nie wspominając o zaniechaniach.

Interpretacja art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w sposób dopuszczający zaskarżanie - w ramach odwołania wobec wyboru oferty najkorzystniejszej - zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy, czy zaniechanie wykluczenia innego wykonawcy nie daje się obronić również z powodu konsekwencji praktycznych, co do których należy wykluczyć, aby były objęte zamiarem ustawodawcy. Przyjmując, że dopuszczalne jest kwestionowanie zaniechania odrzucenia oferty z powołaniem się na art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp (wybór oferty najkorzystniejszej), należałoby zadać pytanie o możliwość jednoczesnego zakwestionowania takiego samego zaniechania w stosunku do oferty, która wybrana nie została (przykładowo - została sklasyfikowana na drugim miejscu, za ofertą wybraną, a przed ofertą odwołującego). Z jednej strony nie sposób znaleźć argumentów przemawiających za dopuszczeniem zaskarżenia takiego zaniechania, z drugiej - trudno byłoby uzasadnić takie różnicowanie możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej komentowany przepis - proceduralny, jest na tyle jasny, że powinien być stosowany wprost. Nie podlega wykładni funkcjonalnej w oparciu o niesprecyzowane cele, gdyż prowadziło to do niepewności prawa, powstawania niejasności, co do obowiązujących norm, ich stosowania i oznaczałoby, że Izba wykroczyła poza przyznane jej art. 180 ust. 2 ustawy Pzp kompetencje orzekania na podstawie prawa, i w jego granicach. Przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp w ocenie I., sprowadza się nadal do ochrony podstawowych interesów własnych odwołującego wykonawcy.

Jako podstawę orzeczenia o kosztach postępowania wskazano art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. W oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238) Krajowa Izba Odwoławcza obciążyła kosztami postępowania odwołującego i zaliczyła uiszczoną kwotę wpisu na poczet kosztów postępowania odwoławczego.

Od powyższego postanowienia skargę wywiódł Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zaskarżając to postanowienie w całości.

Skarżący zarzucił postanowieniu (...) naruszenie:

1. art. 180 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż pojęcie „wybór najkorzystniejszej oferty” oznacza wyłącznie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert, czego konsekwencją było uznanie, że w postępowaniach o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp od wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę, który winien był zostać wykluczony z udziału w postępowaniu lub którego oferta winna była zostać odrzucona odwołanie nie przysługuje, podczas gdy prawidłowa wykładnia ww. przepisów prowadzi do wniosku, iż zaskarżeniu odwołaniem w tych postępowaniach podlegają wszystkie zachowania zamawiającego w ramach badania i oceny ofert prowadzące do wadliwego, niezgodnego z przepisami ustawy Pzp wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym również zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego zamawiający zobowiązany był wykluczyć, a także zaniechanie odrzucenia oferty, która winna była zostać przez niego odrzucona;

2. art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie w stanie faktycznym niniejszej sprawy i odrzucenie odwołania z powodu błędnego przyjęcia, iż odwołanie wniesione od czynności wyboru oferty, która winna była zostać przez zamawiającego uprzednio odrzucona, dotyczy innych okoliczności niż określone w katalogu z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

W oparciu o powyższe zarzuty, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez merytoryczne rozpoznanie odwołania wykonawcy (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w S..

Jednocześnie wniósł o:

1) rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 192 ust. 10 w zw. z art. 198 f ust. 5 in fine ustawy Pzp;

2) nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego (art. 102 k.p.c.).

W uzasadnieniu skargi, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał m.in., że stanowisko I. wyrażone w zaskarżonym postanowieniu, w świetle którego przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp nie przyznaje ochrony prawnej wykonawcom kwestionującym prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej wobec zaniechania odrzucenia tej oferty czy zaniechania wykluczenia wykonawcy, który ją złożył, jest całkowicie niezasadne.

Na mocy art. 1 pkt 159 ustawy nowelizującej poszerzony został katalog okoliczności umożliwiających wnoszenie przez wykonawców odwołań do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w tzw. postępowaniach podprogowych (tj. w postępowaniach, których wartość zamówienia jest niższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie delegacji z art. 11 ust. 8 ustawy Pzp). Do dotychczasowego katalogu przesłanek, który obejmował: (1) wybór trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; (2) określenie warunków udziału w postępowaniu; (3) wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; (4) odrzucenie oferty odwołującego, zostały dodane dwie przesłanki: opis przedmiotu zamówienia oraz wybór najkorzystniejszej oferty (odpowiednio: art. 180 ust. 2 pkt 5 i 6 ustawy Pzp). Poszerzenie katalogu przesłanek wnoszenia odwołań w postępowaniach podprogowych stanowiło wyraz uwzględnienia postulatu przedsiębiorców w zakresie zwiększenia możliwości zaskarżania zachowań zamawiających w tych postępowaniach, w szczególności co do najważniejszej czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej. Taki stan rzeczy wymagał interwencji ustawodawcy w kierunku dopuszczenia szerszej możliwości kwestionowania niezgodnych z ustawą Pzp zachowań zamawiających w najczęściej prowadzonych w skali krajowej postępowaniach, co znalazło odzwierciedlenie w treści art. 180 ust. 2 pkt 5 i 6 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym od dnia 28 lipca 2016 r.

W zaskarżonym postanowieniu, mając na względzie pojęcie „wybór najkorzystniejszej oferty” użyte w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, Izba uznała, iż nowa przesłanka dopuszczalności odwołania służyć ma umożliwieniu kwestionowania wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która w istocie nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp. W jej ocenie pojęcie to determinuje, że w postępowaniach podprogowych wykonawcy mogą skarżyć odwołaniem tylko i wyłącznie wybór oferty dokonany przez zamawiającego niezgodnie z uprzednio przyjętymi przez niego kryteriami oceny ofert określonymi w (...). Zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, na gruncie przepisów ustawy Pzp nie sposób przyjąć, aby pojęcie „wybór najkorzystniejszej oferty” było interpretowane w sposób tak zawężający, jak tego dokonała (...) w zaskarżanym postanowieniu.

W trybie przetargu nieograniczonego, zamawiający może skorzystać z dwóch rodzajów procedury badania i oceny ofert, prowadzących do wyboru oferty najkorzystniejszej: procedury zasadniczej albo procedury odwróconej, uregulowanej w art. 24 aa ustawy Pzp, której możliwość zastosowania wprowadziła do ustawy Pzp ustawa nowelizująca.

Procedura odwrócona różni się od procedury zasadniczej kolejnością przeprowadzanych czynności w ramach etapu badania i oceny ofert, a także zakresem podmiotowym zastosowanych przez zamawiającego czynności. Stosując procedurę odwróconą zamawiający najpierw dokonuje oceny ofert, a następnie bada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. W ramach tej procedury, po dokonaniu formalnej weryfikacji poprawności złożonych ofert zamawiający przechodzi do oceny ofert pod kątem wystąpienia przesłanek ich odrzucenia, a następnie ocenia oferty niepodlegające odrzuceniu przez pryzmat kryteriów oceny ofert i wyłania z nich ofertę ocenioną jako najkorzystniejsza i dopiero na tym etapie, lecz przed przekazaniem wykonawcom informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, dokonuje oceny podmiotowej (tj. oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i oceny braku podstaw do wykluczenia z postępowania) wykonawcy, którego oferta została oceniona najlepiej. Różnica między procedurą zasadniczą a procedurą odwróconą sprowadza się zatem do tego, że w ramach tej drugiej zamawiający nie dokonuje oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia z postępowania wobec wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w danym postępowaniu. W przeciwieństwie do procedury zasadniczej, zamawiający dokonuje więc oceny podmiotowej pod kątem przesłanek wykluczenia z udziału w postępowaniu oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu wyłącznie wobec wykonawcy, którego ofertę ocenił najwyżej (por. art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp).

Niezależnie jednak od zastosowanej przez zamawiającego procedury, rezultatem jego wszystkich zabiegów na etapie badania i oceny ofert jest wybór najkorzystniejszej oferty. Wybór najkorzystniejszej oferty stanowi zatem zwięźczenie szeregu zachowań zamawiającego. Czynności dokonywane w tych ramach pozostają za sobą w ścisłym związku, a wynik kolejnych faz etapu badania i oceny ofert determinuje konieczność dokonania kolejnych, czy też przesądza o braku potrzeby ich dokonania. Jednocześnie, niezależnie od zastosowanej procedury, na zamawiającym spoczywa kategoriyczny obowiązek ustalenia, czy złożone oferty nie podlegają odrzuceniu, gdyż przepis art. 89 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter normy *ius cogens*. Odrzucona oferta nie jest poddawana ocenie na podstawie ustalonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, gdyż nie przechodzi do kolejnej fazy - oceny ofert pod kątem ustalonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. Podobna sytuacja dotyczy zresztą badania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania w procedurze zasadniczej. Uznanie oferty za najkorzystniejszą w oparciu o kryteria oceny ofert opisane w (...), do czego odwołuje się sama definicja pojęcia „oferty najkorzystniejszej” w art. 2 pkt 5 ustawy Pzp nie może, zgodnie z przepisami ustawy Pzp, odbyć się bez uwzględnienia pełnej czynności badania i oceny ofert, złożonych przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego (w procedurze zasadniczej), czy też przez tego, którego oferta została przez zamawiającego najwyżej oceniona (w procedurze odwróconej).

Z powyższego wywodu wynika zatem, iż faza badania oferty, w ramach której zamawiający dokonuje ustalenia, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu, a także, czy złożona przez niego oferta nie powinna być odrzucona, jest immanentnie związana z fazą wyboru najkorzystniejszej oferty. Na gruncie prawa zamówień publicznych nie można bowiem wybrać oferty i zawrzeć umowy z wykonawcą, który nie spełnia wymogów podmiotowych i przedmiotowych



przewidzianych dla danego zamówienia. Zarówno faza badania oferty, jak i faza wyboru najkorzystniejszej oferty przynależą do etapu badania i oceny ofert, gdyż prawidłowy wybór oferty może mieć miejsce wyłącznie po zgodnym z przepisami ustawy Pzp przeprowadzeniu przez zamawiającego faz poprzedzających ten wybór.

Tymczasem, stanowisko I. zaprezentowane w zaskarżanym postanowieniu, sprowadzające się do całkowitego rozdzielania czynności badania ofert od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, zupełnie abstrahuje od zasady legalizmu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wypływającej z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

W świetle art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Niewątpliwie zatem naruszeniem tej zasady jest wybór przez zamawiającego oferty w sytuacji, gdy oferta ta nie została należycie zbadana i oceniona przez zamawiającego. Efekt tego badania i oceny ofert odzwierciedlony jest dopiero w samej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Informując o wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający jednocześnie potwierdza, że oferta ta nie podlega odrzuceniu, a wykonawca ją składający nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Zaprezentowana przez (...) wąska interpretacja przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, w świetle której przez „wybór najkorzystniejszej oferty” należy rozumieć wyłącznie ocenę ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert, zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych stoi w sprzeczności z zasadniczym celem ustawy Pzp, jakim niezmiennie, również po wejściu w życie ustawy nowelizującej, pozostaje wyłonienie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę odpowiadającą wymaganiom zamawiającego opisanym w SIWZ i który nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a także który daje rękojmię należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego .

Czynności, o których mowa w art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, są formalnie czynnościami odrębnymi od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w przypadku, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Czym innym jest bowiem badanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy X, podjęte w oparciu o obowiązujące przepisy ustawy Pzp, a więc z uwzględnieniem oceny braku podstaw do wykluczenia z postępowania takiego wykonawcy, czy braku przesłanek do odrzucenia jego oferty, a czym innym czynność odrzucenia oferty wykonawcy Y, czy wykluczenia go z postępowania. O dokonaniu tych czynności zamawiający ma obowiązek poinformować wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia odrębnie.

Dodatkowo zwrócono uwagę, iż ustawowy nakaz wyboru oferty „ważnej”, a więc niepodlegającej odrzuceniu, wypływa z dwóch przepisów ustawy Pzp zlokalizowanych w jej rozdziale 4 zatytułowanym „Wybór najkorzystniejszej oferty” (art. 82 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ). Z tego względu zawężenie pojęcia „wybór najkorzystniejszej oferty” tylko do oceny ofert pod kątem kryteriów ustalonych przez zamawiającego, nie znajduje oparcia również w systematyce ustawy Pzp.

Wadliwość stanowiska I. dotycząca uznania za rozszerzającą i niedopuszczalną wykładnię zasady o dopuszczalności odwołania wynika również z tego, że w przypadku przyjęcia zasadności wykładni przeciwnej, zgodnej z zapatrywaniem I., przepisy art. 89 ust. 1, art. 7 ust. 3, art. 29 ust. 3a, art. 30 ust. 8 i 9 ustawy Pzp nie miałyby żadnego znaczenia prawnego. Dlatego też wykładnia taka, jako niezgodna z zasadą wewnętrznej spójności ustawy Pzp, nie może się ostać. Przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp musi być bowiem interpretowany łącznie z normami wynikającymi z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, a także z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, w taki sposób, aby żaden z tych przepisów nie został bez ważnego powodu pozbawiony doniosłości prawnej. Zaprezentowana przez I. w zaskarżanym postanowieniu wykładnia art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, pozbawiająca znaczenia normy o charakterze bezwzględny wynikające z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp oraz z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, regulującego jedną z zasad udzielania zamówień publicznych, jako nieprawidłowa.

Powyższe oznacza, że zamawiający może poinformować przykładowo o czynności odrzucenia oferty wcześniej, przed informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej, co oznacza jedynie, że termin na wniesienie odwołania na tę czynność (odrzucenia oferty), rozpoczynałby swój bieg wcześniej. Nie ma to żadnego znaczenia dla możliwości zaskarżenia w postępowaniach podprogowych również nieprawidłowo dokonanej przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. przykładowo oferty z rażąco niską ceną, która winna podlegać odrzuceniu.

Zasadności stanowiska o możliwości zaskarżania, w ramach przesłanki z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, wyboru oferty złożonej przez wykonawcę, który powinien być wykluczony, czy też podlegającej odrzuceniu, w żaden sposób nie podważa wzór protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, uregulowany w rozporządzeniu Ministra (...) z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego {Dz. U. z 2016 r., poz. 1128}. Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego w pozycjach 15, 17 i 18 odzwierciedla etapowy, sekwencyjny jego przebieg, którego zwieńczeniem jest wybór najkorzystniejszej oferty, rozumianej jako wynik szeregu czynności lub zaniechań zamawiającego. Rozstrzygnięcie zamawiającego dokonywane we wskazanym trybie samokontroli nie podlega też niezależnej i obiektywnej weryfikacji w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez jakikolwiek niezależny od zamawiającego organ, czy podmiot. Z uwagi na doniosłość wyboru najkorzystniejszej oferty na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, rozumianego również jako zaniechanie odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą, a także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który taką ofertę złożył, brak jest jakichkolwiek podstaw, aby pozbawić wykonawców kwestionujących ten wybór prawa do rozpoznania zgłoszonych przez nich zarzutów przez Krajową Izbę Odwoławczą w kontradiktoryjnym postępowaniu, a nie przez zamawiającego w trybie autokontroli.

Wskazywane przez (...) wątpliwości praktyczne dotyczące zastosowania szerokiej interpretacji art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, obejmującej również zaniechanie wykluczenia wykonawcy, do postępowań prowadzonych w trybach z prekwalicacją, są nieuzasadnione. Dopuszczalność wnoszenia odwołań w tych trybach w oparciu o art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp jest możliwa po wyborze najkorzystniejszej oferty, która została wybrana przez zamawiającego niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, tj. w warunkach zaniechania rzetelnej weryfikacji podmiotowej wykonawcy, który tę ofertę złożył. Z kolei argumentacja Krajowej Izby Odwoławczej dotycząca możliwości zastosowania art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w odniesieniu do sytuacji zaniechania odrzucenia oferty sklasyfikowanej na drugiej pozycji, w oczywisty sposób nie podlega pod tę przesłankę, skoro oferta taka nie została przez zamawiającego wybrana. Jako niezasadne Prezes Urzędu Zamówień Publicznych ocenił odrywanie przez I. kwestii zaniechania odrzucenia oferty od jej wyboru jako najkorzystniejszej. Przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp znajdzie zastosowanie w okolicznościach wyboru przez zamawiającego oferty, która została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu lub która powinna być uprzednio przez zamawiającego odrzucona. Nie służy on natomiast kwestionowaniu przez odwołujących ofert niewybranych przez zamawiającego.

Podkreślono, że okoliczności związane z nową podstawą do wnoszenia odwołań w zamówieniach poniżej progów unijnych, uwzględniającą możliwość zaskarżania przez wykonawców czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, która zgodnie z przepisami obiektywnie nie była najkorzystniejsza (podlegała odrzuceniu lub wykonawca ją składający podlegał wykluczeniu), projektodawca ustawy nowelizującej wziął pod uwagę przy ocenie skutków regulacji ( (...)) . Przewidziano tam wzrost liczby odwołań nie mniejszy niż 1000 rocznie, co ma również wpływ m.in. na konieczność zwiększenia obsady etatowej Krajowej Izby Odwoławczej aż o 14 dodatkowych osób. Tak szacowany wzrost liczby odwołań uwzględniał zamiar ustawodawcy, aby objąć zakresem zaskarżenia, w zamówieniach poniżej progów unijnych, najczęściej pojawiające się nieprawidłowości w wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. wyboru oferty obarczonego wadą - oferty podlegającej odrzuceniu czy wyboru wykonawcy podlegającego wykluczeniu. Przy wskazanym szacunku wzrostu liczby odwołań przewidzianym w (...) nie brano pod uwagę w ogóle wzrostu liczby odwołań na skutek konieczności uwzględnienia przy wyborze oferty najkorzystniejszej kryteriów oceny ofert, na co I. wskazywała w swej argumentacji.

W zakresie kosztów postępowania wywołanego skargą zaakcentowany został szczególny charakter sprawy, który w rozumieniu art. 102 k.p.c. uzasadnia nieobciążenie strony przegrywającej kosztami w postępowaniu skargowym.

Na rozprawie w dniu 12 grudnia 2016r. Zamawiający odnosząc się do skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wniósł o umorzenie postępowania, ewentualnie w przypadku merytorycznego rozpoznania skargi – o jej oddalenie.

**Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Skarga Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych skutkowałą zmianą zaskarżonego postanowienia i oddaleniem skargi.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy miały zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r., albowiem jak wynika z akt odwoławczych (...) zamówienie nr (...) zostało ogłoszone w Biuletynie w dniu 29 sierpnia 2016r.

Przed przystąpieniem do właściwej części rozważań należy odnieść się do zasadniczego wniosku zamawiającego, zgłoszonego na rozprawie w dniu 12 grudnia 2016r. - o umorzenie postępowania wywołanego skargą Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z uwagi na wykonanie umowy w całości. Zamawiający w toku rozprawy przedłożył dokumenty w postaci trzech protokołów przekazania – odbioru I etapu (odnośnie zamówień nr I, II oraz III) wraz z fakturami na kwoty odpowiednio 22.450 zł brutto, 14.333, 33 zł brutto, oraz 12.266, 67 zł brutto. Zamawiający wskazał nadto, że zamówienie realizowane było przez (...) Sp z.o.o. Sp. k. w trzech etapach, przy czym dwa z tych etapów zostały już odebrane, zaś trzeci został wykonany i jest w trakcie odbioru, co wskazuje na wykonanie umowy objętej zamówieniem.

W ocenie Sądu Okręgowego, powyższe okoliczności nie przesądzają, że zachodzi przesłanka z art. 198 f ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2015r. poz. 2164 ze zm.) zw. dalej „ustawy Pzp” w postaci niecelowości kontynuowania postępowania z uwagi na wykonanie umowy w całości. Należy przywołać w tym miejscu uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 14 października 2005 r., (sygn. III CZP 73/05; OSNC 2006 nr 7-8, poz. 121, str. 59, Biul. SN 2005 nr 10) w myśl której zawarcie przez zamawiającego z wykonawcą umowy na wykonanie prac stanowiących przedmiot zamówienia publicznego nie stanowi przeszkody w rozpoznaniu przez sąd skargi na orzeczenie zespołu arbitrów, wydane po rozpoznaniu odwołania innego uczestnika przetargu, chyba że umowa została wykonana. Analiza przedłożonego przez zamawiającego materiału dowodowego pozwala na przyjęcie, że w dniu 13 października 2016r. zostały zawarte umowy z podmiotami wybranymi w toku procedury przetargowej. Wykonanie umowy dotyczącej zakresu I,II,III zamówienia, nastąpiło jedynie częściowo, na którą to okoliczność zamawiający przedłożył dokumenty potwierdzające odbiór prac objętych I etapem oraz zapłatę za tę część prac. Brak jest przekonujących dowodów, że na czas zamknięcia rozprawy tj. 12 grudnia 2016r. umowa zawarta pomiędzy zamawiającym, a (...) Sp. z o.o. Sp. K. była wykonana w całości. Z całą pewnością nie było spełnione świadczenie wzajemne w postaci zapłaty całkowitej kwoty objętej zamówieniem, a z ustnych wyjaśnień zamawiającego wynikało, że odbiór ostatniego etapu prac nie został jeszcze formalnie zakończony. Co więcej, z umowy zawartej pomiędzy powyższymi podmiotami wynikało, że czas na wykonanie umowy został oznaczony na dzień 16 grudnia 2016r. W całokształcie okoliczności nie zostało więc wykazane, że w przedmiotowej sprawie zaszyły przesłanki do umorzenia postępowania, wskutek wykonania umowy objętej kwestionowanym zamówieniem publicznym.

Wobec powyższego, Sąd Okręgowy przystąpił do rozważenia problematyki poddanej pod rozwałę Sądu w skardze złożonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w trybie art. 198 b ust. 4 ustawy PZP, a ogniskującej się wokół kwestii wykładni art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp i dopuszczalności ochrony prawnej w wyniku odwołania.

Przystępując do zagadnienia dopuszczalności wniesienia odwołania od czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Powiat (...) w trybie przetargu nieograniczonego na „Założenie baz (...) oraz uzupełnienie bazy (...) o obiekty budowlane trwale związane z budynkami” zauważyć należy, że wartość zamówienia została oszacowana na kwotę 284 702,00 zł, a co za tym idzie jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. W przypadku takich zamówień, określanych mianem podprogowych, podstawy faktyczne odwołania zostały wyczerpująco uregulowane w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu po przywołanej na wstępie niniejszych rozważań nowelizacji, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;

- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza odrzucając odwołanie (...) Spółki Akcyjnej w S. stanęła na stanowisku, że skoro odwołujący sformułował w odwołaniu zarzut wybrania oferty, którą zamawiający zobowiązany był wykluczyć, gdyż była niezgodna z przepisami ustawy Pzp, to w istocie dążył w ten sposób do zakwestionowania zaniechania odrzucenia oferty. Co za tym idzie, (...) odwołanie odrzuciła, gdyż - jej zdaniem - w odwołaniu nie wskazano wprost na żadną z przesłanek art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Sąd Okręgowy powyższego poglądu nie podzielił z następujących przyczyn. Odwołanie zostało wniesione w zakresie dotyczącym oceny ofert składanych w części I, II i III ww. zamówienia, w których to częściach Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę konsorcjum wykonawców: (...) Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w S. i P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...) w B.. Odwołujący zarzucił wybór, jako najkorzystniejszej w częściach I, II i III zamówienia, oferty podlegającej odrzuceniu oraz zaniechanie odrzucenia oferty ww. konsorcjum, które nie udzieliło wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny; jak również nierówne traktowanie wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza odrzucając odwołanie (...) Spółki Akcyjnej w S. dokonała wykładni językowej art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, w świetle której przez „wybór najkorzystniejszej oferty” należy rozumieć ocenę ofert wyłącznie z kryteriami oceny oferty najkorzystniejszej, zatem w sposób wąski, jedynie w odniesieniu do definicji ustawowej pojęcia najkorzystniejszej oferty w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Zdaniem Sądu Okręgowego, wykładnia dokonana w ten sposób nie uwzględnia jednak zasadniczego celu ustawy jakim jest wyłonienie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę odpowiadającą wymaganiom zamawiającego opisanym w specyfikacji, który nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a także który daje rękojmię należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dokonanie zawężającej wykładni językowej jedynie do pojęcia „najkorzystniejszej oferty” nie bierze pod uwagę poszczególnych czynności prowadzących do wyboru tej oferty, co budzi oczywiste wątpliwości co do legalności takich działań i to w sytuacji, gdy art. 7 ustawy Pzp zawiera zasadę przejrzystości i legalności postępowania w sprawie zamówienia publicznego.

Nie sposób przy tym podzielić stanowiska (...), która z braku zmiany treści art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp w związku z ustawą nowelizującą wywodzi konieczność interpretacji art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp wyłącznie przez pryzmat definicji najkorzystniejszej oferty z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Trafnie wywodzi w tym zakresie skarżący, że czynności, o których mowa w art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, są formalnie czynnościami odrębnymi od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w przypadku, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Czynności te bowiem są zaskarżalne dopiero w momencie odrębnego poinformowania o nich wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia (art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp). Poinformowanie o dokonaniu tych czynności dopiero inicjuje podstawę do ich zaskarżenia w trybie odwołania składanego do Krajowej Izby Odwoławczej. Ustawodawca pozostawił więc wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego prawo do zaskarżania w postępowaniach podprogowych czynności, które wprost uniemożliwiają mu uzyskanie zamówienia publicznego. Takimi czynnościami niewątpliwie są wykluczenie wykonawcy z postępowania, odrzucenie jego oferty. Z taką sytuacją mamy do czynienia również, gdy oferta wykonawcy pozostaje ważna (nie została odrzucona), a sam wykonawca nie podlegał wykluczeniu, jednakże czynność wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy została podjęta z naruszeniem przepisów o jej wydaniu np. gdy oferent podlegał wykluczeniu, albo jego oferta odrzuceniu.

Kwestią wymagającą wyjaśnienia jest fakt, że ustawodawca nie wskazał wprost, jako odrębnie wyartykułowanej w oddzielnym punkcie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp przesłanki „zaniechania” odrzucenia oferty sprzecznej z przepisami ustawy. Jednakże tutaj Sąd stoi na stanowisku, że celem projektu ustawy nowelizacyjnej było rozszerzenie możliwości wnoszenia odwołań w postępowaniach dotyczących zamówień tzw. podprogowych. Nie inaczej należy bowiem ocenić uzupełnienie możliwości wniesienia odwołań przez strony postępowania o kolejne dwie przesłanki.

W kontekście powyższego, przyjęcie stanowiska I. o wąskiej interpretacji przesłanek z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp i ograniczenie jej do sfery wyłącznie wyboru oferty najatrakcyjniejszej cenowo, oznaczałoby w istocie pozbawienie wykonawców prawa do wnoszenia odwołania na wybór oferty, która powinna być przez zamawiającego odrzucona, co za tym idzie możliwości weryfikacji przez organ odwoławczy fazy badania i oceny ofert, która doprowadziła do niezgodnego z przepisami ustawy Pzp wyboru oferty.

Idąc dalej, należy zauważyć, że w kwestii „czynności wyboru oferty najkorzystniejszej” w rozumieniu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp zasadne jest uwzględnienie innych powinności ciążyących na zamawiającym, a wynikających wprost z powołanej ustawy. W szczególności, zwraca uwagę konieczność wyboru oferty niepodlegającej odrzuceniu, na co wskazują przepisy działu (...) zatytułowanego „Wybór najkorzystniejszej oferty”. Pierwszym z nich jest przepis art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z kolei drugi, to przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wprowadzający na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Oznacza, to że w kwestii czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, na zamawiającym ciąży pewne powinności związane z badaniem oferty pod kątem odrzucenia, jak i przepisy odnoszące się do oceny ofert pod kątem kryteriów oceny określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dlatego też, nie jawi się jako przekonujące stanowisko, które ogranicza wybór najkorzystniejszej oferty wyłącznie do jej analizy wg kryterium z art. 2 pkt 5 ustawy, a więc atrakcyjności ceny. Argumentacja taka nie uwzględnia okoliczności, że przez wybór najkorzystniejszej oferty należy rozumieć wszelkie zachowania zamawiającego w ramach etapu badania i oceny ofert, które doprowadziły zamawiającego do podjęcia decyzji w tym zakresie.

Ponadto stwierdzić należy, że o ile treść art. 180 ust. 2 ustawy Pzp faktycznie wskazuje na możliwość odwołania się od „czynności” zamawiającego. Jednakże należy zwrócić uwagę, że pojęcie „czynności” w zakresie przesłanki z art. 180 ust. 2 pkt 6 uPzp odnosi się do kwestii czynności „wyboru najkorzystniejszej oferty”, a więc nie tylko w rozumieniu przesłanki z art. 2 pkt 5, ale również „wyboru oferty” w rozumieniu rozdziału 4 ustawy Pzp (art. 82 i nast.). W przypadku wniesienia odwołania co do każdej z czynności objętej treścią art. 180 ust. 2 ustawy Pzp odwołujący powinien wykazać konkretne zachowania zamawiającego, które są niezgodne z przepisami i tak też się stało w przedmiotowej sprawie poprzez wskazanie, że zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów, gdyż wybrał jako najkorzystniejszą ofertę, taką która powinna być odrzucona, a także ofertę wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania. Słusznie wywodzi skarżący, że z uwagi na kategoryczne brzmienie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, w ramach „wyboru najkorzystniejszej oferty” odwołujący mogą podważać wybór najkorzystniejszej oferty wynikający z wadliwego dopuszczenia do oceny oferty, która powinna podlegać odrzuceniu, czy też z braku wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp musi zatem być interpretowany łącznie z normami wynikającymi z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, a nie tylko z art. 2 pkt 5 ustawy, który jedynie definiuje pojęcie najkorzystniejszej oferty, a nie procedurę czynności jej wyboru.

Dlatego też, Sąd Okręgowy uznał, że o ile przesłanka z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp choć wprost nie obejmuje możliwości zaskarżenia zaniechania odrzucenia innych ofert niż oferta najkorzystniejsza, czy też wykluczenia innych wykonawców niż ten, który został wybrany do wykonania zamówienia, to jednak w zakres jej badania wchodzi możliwość kwestionowania nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Sąd Okręgowy w tym miejscu wskazuje, że w toku prac legislacyjnych nad nowelizacją ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020) zwracano uwagę na to, że zasadniczym celem zmiany katalogu przesłanek odwołania w postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych było zwiększenie ochrony prawnej wykonawców. Określona w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp czynność

wyboru oferty najkorzystniejszej w zgodzie z przepisami ustawy Pzp jako najistotniejsza czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o najszerszym zakresie powinna podlegać weryfikacji przez wykonawców w ramach środków ochrony prawnej. Dostrzeżenia wymaga, że obowiązek uwzględnienia poza cenowymi, kryteriów oceny ofert przez zamawiających w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, został wprowadzony do przepisów ustawy Pzp w roku 2014, w wyniku ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1232). Ustawa nowelizująca z 2016 r. jedynie doprecyzowała wówczas wprowadzone w życie regulacje. Postępowania podprogowe stanowią przeważającą część ogółu krajowych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i jednocześnie stanowią nieznaczny odsetek postępowań, w których są wnoszone odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Taki stan rzeczy wymagał interwencji ustawodawcy w kierunku dopuszczenia szerszej możliwości kwestionowania niezgodnych z ustawą Pzp zachowań zamawiających w najczęściej prowadzonych w skali krajowej postępowaniach, co znalazło odzwierciedlenie w treści art. 180 ust. 2 pkt 5 i 6 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym od dnia 28 lipca 2016 r. Odrzucenie odwołania podważa zasadniczy sens procedury odwoławczej, jakim jest zapewnienie wykonawcom narządzenia ochrony przed decyzjami zamawiającego. Zastosowany tryb oceny ofert znajduje podstawę w art. 24 aa ustawy Pzp, (tzw. procedura odrzucona).

Ostatecznie więc, Sąd Okręgowy mając na uwadze dyrektywy wykładni nakazujące przy interpretacji przepisów uwzględnienie również celu ustawy, jak i konsekwentnego posługiwania się w całym akcie prawnym pojęciem „wyboru najkorzystniejszej oferty”, nie zaś tylko samą definicją najkorzystniejszej oferty w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp doszedł do przekonania, że zaprezentowana przez (...) interpretacja przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp stoi w sprzeczności z zasadniczym celem ustawy Pzp, którym w świetle art. 7 ust. 3 ustawy Pzp jest wybór wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę, która nie podlega odrzuceniu, on zaś nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Stąd też, dokonując tej niewłaściwej interpretacji (...) naruszyła przepis art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie odwołania w oparciu o wadliwe przyjęcie braku istnienia przesłanek z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

W konsekwencji, rolą Sądu Okręgowego było wydanie orzeczenia merytorycznego w oparciu o treść art. 198 f ust. 2 ustawy Pzp. W myśl tego przepisu w przypadku uwzględnienia skargi sąd zmienia zaskarżone orzeczenie i orzeka wyrokiem co do istoty sprawy, a w pozostałych sprawach wydaje postanowienie. Przepisy art. 192-195 stosuje się odpowiednio. Przepisu art. 386 § 4 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego nie stosuje się. Przywołać w tym miejscu należy treść wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 4 czerwca 2012 r. (sygn.. X Ga 216/12/ L.), że brak merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów samego odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą nie stanowi przeszkody do merytorycznego rozpoznania odwołania przez Sąd, gdyż stosownie do treści art. 198 f ust. 2 zd. 4 ustawy Pzp w postępowaniu skargowym nie stosuje się przepisu art. 386 § 4 k.p.c. Tym samym, nie jest dopuszczalne uchylenie postanowienia i przekazanie odwołania Krajowej Izbie Odwoławczej. W każdym przypadku sąd okręgowy rozpoznający skargę na orzeczenie (...) staje się sądem meriti zobowiązany do merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania, chyba że zachodzi podstawa określona w art. 189 f ust. 4 ZamPublU. Jeśli (...) odwołanie odrzuciła, to po rozpoznaniu skargi podważającej takie rozstrzygnięcie, sąd (w przypadku negatywnej oceny skargi) nie uchyła postanowienia (...), aby ponownie odwołanie odrzucić, a wyłącznie merytorycznie skargę oddać. W sytuacji, gdy skarga ma wyłącznie wymiar formalny, to zarzuty formalne stają się meritem. Sąd może więc uchylić orzeczenie (...) i merytorycznie rozpoznać odwołanie albo skargę oddać. Uznając zatem zasadność argumentacji zawartej w skardze Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i przyjęcie, że odwołanie (...) Spółki Akcyjnej w S. zostało oparte na przesłance określonej w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp Sąd Okręgowy orzekł, co do istoty sprawy i w konsekwencji oddalił odwołanie (...) Spółki Akcyjnej w S..

Zdaniem Sądu Okręgowego, po zapoznaniu się z całokształtem materiału dowodowego związanego z odwołaniem (...) S.A. w S., jak i oświadczeniami złożonymi w toku postępowania przed tutejszym Sądem, nie zostało wykazane, aby wybór oferty na realizację zamówień w części nr I,II,III został dokonany z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Sąd Okręgowy stosownie do treści art. 198 f ust. 4 ustawy Pzp zobowiązany był do rozstrzygnięcia wyłącznie o zarzutach będących przedmiotem odwołania: naruszenia art.92 ust.1 ustawy Pzp poprzez wybór jako

najkorzystniejszej w częściach I,II,III oferty, która podlegała odrzuceniu. Odwołujący wskazał również, że wybrana oferta podlegała odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 z w. z art. 90 ust. 2 i 3 powołanej ustawy.

W pierwszej kolejności Sąd Okręgowy wskazuje, że pismem z dnia 15 września 2016r. (...) Sp. z o.o. Sp. K. została wezwana do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 a ustawy Pzp, co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, kosztów pracy, warunków sprzyjających wykonaniu zamówienia, pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, jak również w zakresie wynikającym z przepisów prawa pracy, przepisów o zabezpieczeniu społecznym obowiązujących w miejscu realizacji zamówienia, w zakresie wynikającym z przepisów ochrony środowiska oraz powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Uczestnik postępowania odpowiedział na powyższe zobowiązanie pismem, które wpłynęło do zamawiającego w dniu 19 września 2016r. Wskazał w nim na swoje duże doświadczenie w realizacji zamówień o takiej specyfikacji, posiadanie już zakupionego oprogramowania do wykonania prac, stanowisk komputerowych, skanerów. Podkreślono posiadanie zatrudnionej na podstawie umowy o pracę, wykwalifikowanej kadry. Powyższe okoliczności miały korzystnie wpływać na możliwości wykonania zamówienia zgodnie z zaoferowaną ceną. Wskazano nadto, że zlecenie będzie wykonane wyłącznie przez pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę i zatrudnionych u pracodawcy osobiście lub przez konsorcjanta P. S.. Zaznaczono także, że istotny wpływ na obniżenie kosztów zamówienia ma nieznacząca odległość pomiędzy siedzibą oferenta, a miejscem realizacji zamówienia. Wskazano również konkretne dane dotyczące kosztów osobowych wykonania zamówienia.

Z treści protokołu spotkania komisji przetargowej wynika, że komisja dokonała oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz oceniała oferty również pod kątem zgodności ofert ze specyfikacją oraz tego, czy nie zawierają rażąco niskiej ceny. Komisja powołując art. 24 aa ustawy Pzp wskazała na zastosowanie procedury odwróconej. Zwróciła uwagę, że uczestnik (...) Sp. z o.o. Sp. K. nadesłał wyjaśnienia w terminie i po ich przeanalizowaniu komisja uznała, że wyjaśnienia te są wystarczające z uwagi na liczne czynniki predestynujące uczestnika do zaoferowania najkorzystniejszej oferty. Sąd Okręgowy podziela taką opinię, albowiem z nadesłanych wyjaśnień w sposób przekonujący wynikał sposób skalkulowania ceny, kwotowo oszacowane koszty osobowe i koszty pozostałe, wskazano na posiadanie niezbędnego sprzętu i oprogramowania oraz szczególnie bliskie położenie siedziby firmy od miejsca realizacji zamówienia. Wyjaśnienia były one transparentne i przekonujące. Wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp po zbadaniu podanych w nim kwot i realności poczynionych założeń, co do czasochłonności pracy, odległości od miejsca, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności niezbędnych do zrealizowania przedmiotu zamówienia nie budziły zastrzeżeń Sądu Okręgowego.

Zarzuty odwołującego w powyższym zakresie ogniskowały się na wykazaniu, że zamawiający nie doprecyzował: czy wezwanie do podania informacji dotyczyło jednej wybranej części zamówienia, czy całego – czteroelementowego przedmiotu zamówienia. Odwołujący podniósł przy tym, że treść odpowiedzi wskazuje, że wyjaśnieniami zostały objęte jedynie części zamówienia 1, 2 i 3, nie zaś ostatnia 4. Należy jednak pamiętać, że ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy (art. 90 ust.2). Nie miał on zatem obowiązku uzasadnienia oferty dotyczącej 4 części zamówienia, jednakże narażał się tym na ryzyko, że w tym zakresie oferta może zostać odrzucona. Istotne znaczenie ma przy tym fakt, że warunki zamówienia zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu publicznym w zakresie informacji o możliwości składania ofert częściowych przewidywały, że zamówienie podzielone jest na części, a oferty można składać oddzielnie w odniesieniu do poszczególnych części, zaś jednemu z wykonawcy można było udzielić zamówienia na maksymalnie cztery części. Powyższa wiedza była zatem znana oferentom i powinni oni w sposób przemyślany skalkulować swoje oferty na poszczególne zamówienia.

Ostatecznie więc brak jest podstaw do przyjęcia, że czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części zamówienia 1,2,3 obejmowała ofertę, co do której nie udzielono wyjaśnień o których mowa w art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust 3 ustawy Pzp, co w tym zakresie czyni odwołanie niezasadnym.

Natomiast, co do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców w zakresie części zamówienia nr 1,2,3 poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, takiej która podlegała odrzuceniu należy stwierdzić, że odwołujący nie przedstawił dowodów na to, ażeby wybrana najkorzystniejsza oferta miała podlegać odrzuceniu. Jak wyżej bowiem wskazano, uczestnik (...) Sp. z o.o. Sp. k. uzupełnił żądane braki formalne oferty, jak również przedstawił merytoryczną argumentację wskazującą, że zaoferowana przez niego cena nie była rażąco niska.

Podkreślenia wymaga, że za rażąco niską powinna być uznana cena niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień, odbiegająca od cen przyjętych, wskazująca na fakt realizacji poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, robót budowlanych (por. wyr. SO w Radomiu z 14.2.2006 r., IV Ca 28/06, niepubl.; wyr. SO w Warszawie z 1.8.2005 r., V Ca 887/05, niepubl.; wyr. ZA z 4.9.2006 r., UZP/ZO/0-2417/06, L.; wyr. (...) z 1.7.2013 r., KIO (...)). Ceną rażąco niską będzie zatem cena znacząco odbiegająca od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Analiza przedłożonych ofert wskazuje, że złożone przez powołanych kontrahentów oferty miały zbliżone parametry i były podobnie skalkulowane, a z całą pewnością cena zaoferowana przez uczestnika (...) Sp. z o.o. Sp. k nie była ceną nierealną. W zakresie części I. zamówienia jedynie nieznacznie różniła się od oferty nr 4., w przypadku części zamówienia nr II. nieznacznie różniła się od oferty nr 2.i 6. W przypadku części zamówienia nr III. różnice były bardziej widoczne, albowiem oferta odwołującego, która była najbliższa zwycięskiej oferty różniła się od oferowanej zwycięskiej ceny 36.800 zł, jednakże, należy zwrócić uwagę, że kalkulacja tej ceny została wyczerpująco uzasadniona.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Okręgowy działając na podstawie art. 198 f ust. 2 ustawy Pzp zmienił zaskarżone postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej w ten sposób, że w punkcie 1. orzeczenia oddalił odwołanie (...) Spółki Akcyjnej w S., o czym orzeczono w punkcie 1. sentencji orzeczenia Sądu Okręgowego.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą (art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp) jest uzależnione od wyniku sprawy. Ponieważ odwołanie (...) Spółki Akcyjnej w S. zostało oddalone, a zaskarżone skargą orzeczenie (...) obejmuje prawidłowe rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego, nie było podstaw do ingerencji w rozstrzygnięcie (...) o kosztach postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania skargowego Sąd Okręgowy orzekł zgodnie z wnioskiem zawartym w skardze Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i odstąpił od obciążenia uczestników kosztami postępowania skargowego, zgodnie z dyspozycją art. 102 k.p.c. i art. 198 a ust. 2 ustawy Pzp. Stosownie do treści art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o prokuratorze. W myśl art. 106 k.p.c. udział prokuratora w sprawie nie uzasadnia zasądzenia zwrotu kosztów na rzecz Skarbu Państwa ani od Skarbu Państwa. Charakter sprawy i wniesienie skargi w niniejszej sprawie nie uzasadnia w ocenie Sądu Okręgowego zasądzenia zwrotu kosztów postępowania skargowego. W niniejszym postępowaniu Prezes Urzędu Zamówień Publicznych dążąc do wyjaśnienia wątpliwości interpretacyjnych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie działał na rzecz, czy w interesie uczestników postępowania. Powyższe uzasadnia stanowisko, iż w sprawie wszczętej na skutek skargi Prezesa Urzędu wniesionej na podstawie art. 198 b ust. 4 zd. 1 ustawy Pzp zachodzi szczególnie przypadek, o którym mowa w art. 102 k.p.c., uzasadniający nieobciążanie jego uczestników kosztami tego postępowania skargowym.

W tym stanie sprawy, Sąd Okręgowy orzekł jak w sentencji orzeczenia.

SSO Tomasz Szaj SSO Violetta Osińska SSO Tomasz Sobieraj