

Sygn. akt II Ca 487/17

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 września 2017 roku

Sąd Okręgowy w Szczecinie II Wydział Cywilny Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący:	SSO Tomasz Sobieraj (spr.)
Sędziowie:	SO Karina Marczak SO Tomasz Szaj
Protokolant:	sekr. sądowy Anita Czyż

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 września 2017 roku w S.

sprawy z odwołania wykonawcy **Firmy Handlowo-Uslugowej (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w M.**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez **Gminę M. S.**

na skutek skargi wykonawcy na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 kwietnia 2017 roku, sygn. akt KIO 587/17

**I. zmienia zaskarżone postanowienie w ten sposób, że:**

**a. w punkcie 1. umarza postępowanie odwoławcze;**

**b. w punkcie 2. znosi pomiędzy stronami koszty postępowania odwoławczego i nakazuje zwrot wykonawcy Firmie Handlowo-Uslugowej (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w M. z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 7.500 (siedem tysięcy pięćset) złotych uiszczonej tytułem wpisu od odwołania;**

**II. zasądza od zamawiającego Gminy M. S. na rzecz skarżącego Firmy Handlowo-Uslugowej (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w M. kwotę 37.500 (trzydzieści siedem tysięcy pięćset) złotych tytułem kosztów postępowania skargowego.**

SSO Karina Marczak SSO Tomasz Sobieraj SSO Tomasz Szaj

Sygn. akt II Ca 487/17

## UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 4 kwietnia 2017 roku Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym odwołania Firmy Handlowo- Usługowej (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w M. w postępowaniu

prowadzonym przez Gminę M. S. - Zarząd Dróg i (...) Miejskiego z siedzibą w S. odrzucił odwołanie, zaś kosztami postępowania obciążył wykonawcę i zaliczył w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 złotych uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

W uzasadnieniu Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, że postępowanie zostało wszczęte 3 marca 2017 roku w związku z tym do postępowania znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 roku poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 roku Izba z urzędu na podstawie art. 189 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że w ustalonym stanie faktycznym przedmiotową odwołane podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu ustalonym nowelizacją z 22 czerwca 2016 roku (Dz. U. z 2016 roku, poz. 1020) Izba odrzuca, odwołanie, jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W powołanym art. 180 ust. 2 ustawy wskazano wyraźnie, iż w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, nazywanym także podprogowym, 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 wskazała, że jakkolwiek katalog sytuacji, w których, w postępowaniach podprogowych w wyniku wspomnianej nowelizacji przysługuje odwoływanie, uległ rozszerzeniu, między innymi o czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, to zdaniem składu orzekającego I. w przedmiotowej sprawie odwołanie dotyczy czynności, wobec których ustawodawca nadal wyłączył prawo zaskarżenia decyzji zamawiającego. Wskazała, że odwołanie dotyczy zaniechania w istocie zaniechania odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z powodu braku tego typu czynności w katalogu pomieszczonym w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 189 ust. 2 ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie takiego rozstrzygnięcia.

Izba stwierdziła dalej, że za takim rozumieniem przepisu przemawia 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 (nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp). 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. Wybór oferty najkorzystniejszej należy więc rozumieć jako czynności zamawiającego polegające na zastosowaniu do oferty określonych w SIWZ 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. Ponadto, zdaniem I. przemawia za tym także wykładnia celowościowa. W wyniku nowelizacji z czerwca 2016 roku o wiele większego znaczenia nabrały pozacenowe kryteria ofert (np. kwalifikacje i doświadczenie osób, które będą uczestniczyły w realizacji pienia, aspekty społeczne, jakościowe, innowacyjne), których stosowanie jest w większości przypadków obowiązkowe. Znacznie większego znaczenia nabrał więc zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Dopiero bowiem w wyniku wspomnianej nowelizacji ustawodawca wprowadził zakaz stosowania ceny jako kryterium oceny o wadze przekraczającej 60%. Można zatem stwierdzić, że właśnie dlatego w art. 180 2 ustawy Pzp dodano możliwość zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, która to czynność jest

obecnie obarczona większym niż dotychczas ryzykiem naruszenia przepisów ustawy, zatem poddanie jej weryfikacji w drodze środków ochrony prawnej jest bardziej uzasadnione.

Do takiego wniosku - zdaniem (...) prowadzi również analiza przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy 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 decydował się rozszerzyć możliwość wnoszenia odwołań w postępowaniach o wartości mówienia 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 czynności odrzucenia oferty innego wykonawcy, jak i wobec zaniechania czynności 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 zdaniem I. 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, które również poprzedzają ten wybór i również dotyczą kwalifikacji podmiotowej i przedmiotowej. Nie sposób bowiem twierdzić, że racjonalny ustawodawca, działający zgodnie z zasadami prawidłowej legislacji, chcąc dopuścić możliwość wnoszenia odwołań tak wobec odrzucenia własnej oferty, jak i zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy, pierwszą z tych możliwości przewidział w odrębnej podstawie prawnej, wprost tę czynność wskazując (pkt 4), a drugą z niewiadomych powodów „ukrył” w przesłance dotyczącej wyboru oferty najkorzystniejszej (pkt 6). Przesłanka z pkt 6 ma określony zakres zastosowania, służy mianowicie zakwestionowaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest najkorzystniejsza, gdyż nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała albo nie jest ofertą z najniższą ceną lub kosztem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub koszt, czy nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu definicji z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Zdaniem (...), gdyby zamiarem ustawodawcy nie było ograniczenie odwołań na podstawie punktu 6 wyłącznie do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty sensu si 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 (wszystko, co robi w postępowaniu zamawiający, oprócz unieważnienia postępowania, zmierza do wyboru oferty najkorzystniejszej). W takiej sytuacji racjonalny ustawodawca nie określałby tego katalogu od strony pozytywnej, a jedynie wskazałby od strony negatywnej, kiedy odwołanie nie przysługuje (czynność lub zaniechanie unieważnienia postępowania - tylko to bowiem pozostałoby poza katalogiem określającym dopuszczalny zakres zaskarżenia).

Izba podniosła kolejno, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego charakteryzują się fazowością. W pierwszej kolejności weryfikacji podlega spełnienie przesłanek podmiotowych warunkujących udział wykonawcy w procedurze przetargowej, o których traktuje art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Jeżeli wykonawca nie wykaże spełnienia wyznaczonych warunków podmiotowych, to podejmowana jest czynność wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania, a z mocy prawa jego ofertę uznaje się za odrzuconą w oparciu o art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. W następnej kolejności zamawiający weryfikuje treść oferty w odniesieniu do wymagań przedmiotu zamówienia (kwalifikacja przedmiotowa oferty). Jeżeli istotna treść oferty nie jest zgodna z treścią istotnych warunków zamówienia - zamawiający podejmuje czynność odrzucenia takiej oferty w myśl dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Oferty zweryfikowane pozytywnie (nie biorąc pod uwagę tzw. procedury odwróconej wprowadzonej omawianą nowelizacją) - poddawane są czynnościom wyboru najkorzystniejszej oferty w wyznaczonych kryteriach, do której odnosi się przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Każde z przywoływanych określeń: „czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania”, „czynność odrzucenia oferty” oraz „czynność wyboru najkorzystniejszej

oferty” ma swoją odrębną treść normatywną i ugruntowane w praktyce znaczenie - jednoznacznie rozumiane przez wykonawców oraz zamawiających. Rozporządzenie Ministra (...) z dnia 26 lipca w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. roku poz. 1128) w Załączniku 1 dotyczącym najczęściej stosowanego trybu przetargu nieograniczonego, w pozycjach 15, 17 oraz 18 wyraźnie rozróżnia czynności wykluczenia od czynności odrzucenia oferty oraz czynność wyboru najkorzystniejszej oferty. Nie bez znaczenia dla osądu przedmiotowej sprawy zdaniem (...) pozostają przepisy unijne. Izba wskazała kolejno, że przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter wyjątku. W przeciwieństwie do postępowań dotyczących zamówień, których wartość jest równa lub wyższa od tzw. progów unijnych, w przypadku postępowań progowych zasadą jest to, że odwołanie nie przysługuje. O intencjach ustawodawcy świadczy nieprzypadkowo użyte w art. 180 ust. 2 Pzp słowo wyłącznie. Ustawodawca w wyniku nowelizacji nie zdecydował o zniesieniu różnic przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej w postępowaniach podprogowych i postępowaniach powyżej progów, zadecydowano jedynie o nieznacznym poszerzeniu katalogu przesłanek umożliwiających niesienie odwołania w postępowaniach podprogowych. Skoro zatem katalog czynności, wobec których odwołanie przysługuje nadal ma charakter wyjątku od zasady, to nie może być on interpretowany rozszerzająco. Celem przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp jest zatem reglamentacja dostępu do środków ochrony prawnej a nie rozszerzenie takiego dostępu. Biorąc powyższe pod uwagę nieuprawnione jest założenie, że w odróżnieniu od punktów 1-5, przesłanka z pkt 6 obejmuje zarówno czynność, jak i zaniechania (w dodatku innych niż czynność wprost wymieniona w przesłance). Przewidziany w przepisie art. 180 ust. 2 Pzp 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, które doprowadziły do danego wyniku postępowania, nie wspomina o zaniechaniach.

Interpretacja funkcjonalna art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w sposób dopuszczający zaskarżanie - w ramach odwołań wobec wyboru oferty najkorzystniejszej - zaniechania odrzucenia oferty czy zaniechanie wykluczenia 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 wykluczenia wykonawcy czy 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. Ponadto, tak szeroka interpretacja art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp byłaby jeszcze bardziej trudna do zastosowania w trybach, w których następuje prekwalfikacja wykonawców, a w których ocenę istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy od wyboru najkorzystniejszej oferty dzieli cały odrębny etap postępowania. W takich postępowaniach z jednej strony za niedopuszczalne należałoby uznać odwołanie wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy w terminie liczonym zgodnie z art. 182 ust. 1 ustawy Pzp (tj. od przesłania informacji o wykonawcach zaproszonych do dalszego etapu postępowania) z powołaniem się na art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp - nie nastąpił bowiem wybór oferty najkorzystniejszej. Z drugiej strony dopuszczenie do wnoszenia odwołań dopiero wyborze oferty najkorzystniejszej w takim trybie byłoby po pierwsze oderwane określonych ustawą terminów na wniesienie odwołania, a po drugie - mogłoby doprowadzić do zniweczenia znacznej części postępowania i cofnięcia go po wyborze oferty na etap. Skoro rzekomo wybór najkorzystniejszej oferty rozumiany ma być rozumiany w ten sposób, że obejmuje również zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy czy odrzucenia jej oferty, to również w przetargu dwustopniowym wybór najkorzystniejszej oferty może być zakwestionowany w czasie liczonym od jego dokonania z podniesieniem wszystkich okoliczności związanych z czynnościami uprzednio podjętymi w postępowaniu. Trudno w ocenie (...) przyjąć, że ustawodawca zamierzał zróżnicować możliwy zakres zaskarżenia w różnych trybach udzielania zamówień w postępowaniach podprogowych lub godził się na różnicowanie liczenia terminów do wnoszenia odwołań w postępowaniach podprogowych i nadprogowych, gdy przepisy dotyczące terminów są takie same. W ocenie I. nie jest dopuszczalne w takim przypadku różne rozumienie wyboru najkorzystniejszej oferty w trybach dwustopniowych i jednostopniowych. Nie jest dopuszczalne również posługiwanie się argumentem, że terminowe ograniczenie możliwości zaskarżenia wyboru najkorzystniejszej oferty ze względu na zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego ofertę wybrano, w przetargu dwustopniowym o wartości poniżej progów, nie znajduje zastosowania, dlatego że

wykonawca uprzednio nie mógł zaskarżyć czynności prekwalfikacyjnych. Prawo takich sytuacji nie rozróżnia. Prezentowana wykładnia funkcjonalna niweczy argumenty dotyczące rzekomego celu, jakim kierować miał się ustawodawca przy nowelizacji art. 180 ust. 2 Pzp - celu mającego polegać na znaczącym rozszerzeniu zakresu zaskarżenia w postępowaniach podprogowych, zwłaszcza na zaniechanie odrzucenia ofert konkurentów i ich wykluczenia. Trudno bowiem przyjąć, że rozszerzenie takie miałyby dotyczyć jedynie postępowań jednostopniowych albo niweczyć dotychczasową interpretację przepisów dotyczących terminów na wnoszenie odwołań.

Konkludując, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym czynność wyboru oferty najkorzystniejszej należy rozumieć szeroko - jako zwieńczenie wszystkich czynności z zakresu badania i oceny ofert, które doprowadziły do wyboru oferty najkorzystniejszej, nie daje się obronić w świetle testu racjonalnego ustawodawcy. Przy przyjęciu takiej wykładni poza zakresem zaskarżenia w postępowaniach podprogowych pozostawałoby de facto unieważnienie postępowania - gdyby taki właśnie był zamiar ustawodawcy, przepis art. 180 ust. 2 Pzp zostałby sformułowany inaczej.

Dokonana w ten sposób wykładnia nie kwestionuje bynajmniej ogólnych celów ustawy Prawo zamówień publicznych, nie przekreśla zasad legalizmu prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, nie przeczy również oczywistej konstatacji, że wybór najkorzystniejszej oferty jest zwieńczeniem długiego postępowania i sekwencji czynności, które go poprzedzają. Opiera się jedynie na historycznie ugruntowanym i zinstytucjonalizowanym przez samego ustawodawcę stanowisku, że nie wszystkie czynności zamawiających, dokonywane w postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych, muszą podlegać kontroli w ramach istniejącego systemu środków ochrony prawnej. (...) zamówień publicznych działa w ten sposób dość sprawnie od bardzo dawna, a ponadto istnieją rozmaite mechanizmy kompensujące wyłączenia pewnego zakresu czynności z systemu środków ochrony prawnej (np. działania licznych instytucji kontrolnych).

Dalej, Izba wskazała, że zamawiający w dniu 3 kwietnia 2017 roku złożył oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w całości, informując, że zamierza unieważnić wybór oferty najkorzystniejszej i dokonać ponownej oceny i zbadać ofertę wykonawcy (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S. oraz wezwać ww. wykonawcę do uzupełnienia dokumentów. W ocenie I. w pierwszej kolejności jest ona zobowiązana zbadać, czy odwołanie nie zawiera braków formalnych i uiszczono od niego wpis, następnie zaś stwierdzić czy nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania. Jedynie w przypadku stwierdzenia, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, jeżeli nie stwierdzono braków formalnych lub zostały one uzupełnione, Izba kieruje sprawę na rozprawę, a Zamawiający może ze skutkiem prawnym uwzględnić zarzuty odwołania (uwzględnienie takie ma charakter merytoryczny w tym znaczeniu, że stanowi ono przyznanie zasadności zarzutów przedstawionych w odwołaniu). W związku z powyższym uznanie przez Zamawiającego zasadności zarzutów zawartych w odwołaniu nie wpływa na badane przez Izbę w każdym przypadku z urzędu przesłanki formalne - odnoszące się do odrzucenia odwołania - i nie może wobec powyższego skutkować umorzeniem postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

Od orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej skargę złożyła Firma Handlowo - Usługowa (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w M. zaskarżając je w całości i zarzucając mu:

1/ naruszenie art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że „wybór oferty najkorzystniejszej” należy rozumieć wyłącznie jako czynności zamawiającego polegające na zastosowaniu do oferty określonych w SIWZ kryteriów oceny ofert i w konsekwencji uznanie, że w postępowaniach o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP odwołanie nie przysługuje od wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę, który winien był zostać wykluczony z udziału w postępowaniu lub którego oferta winna była zostać odrzucona, co doprowadziło do odrzucenia odwołania, podczas, gdy prawidłowa wykładnia powołanego

przepisu 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 Prawo zamówień publicznych wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym również wybór jako najkorzystniejszej oferty, która powinna być odrzucona, a także dokonanie oceny oferty wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania;

2/ naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na wynik postępowania tj. art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i odrzucenie odwołania zamiast umorzenia postępowania odwoławczego pomimo, że umorzenie postępowania odwoławczego jest obligatoryjne w sytuacji, gdy zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i gdy po stronie zamawiającego w postępowaniu odwoławczym nie przystąpił żaden wykonawca, co w konsekwencji doprowadziło do obciążenia odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, podczas, gdy umorzenie postępowania na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych implikowałoby koniecznością wzajemnego zniesienia kosztów postępowania na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i orzeczenia o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku (...) kwoty uiszczonej tytułem wpisu na podstawie § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz. U. z 2010 roku, nr 41, poz. 238 ze zm.);

3/ naruszenie art. 189 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 roku, nr 964 ze zm.) poprzez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że uznanie przez zamawiającego zasadności zarzutów zawartych w odwołaniu nie wpływa na badane przez Izbę w każdym przypadku z urzędu przesłanki odnoszące się do odrzucenia odwołania i nie może skutkować umorzeniem postępowania odwoławczego w sytuacji, gdy prawidłowa wykładnia powołanych przepisów przy uwzględnieniu wykładni art. 186 ust. 2 PZP prowadzi do wniosku, że w pierwszej kolejności Izba rozstrzyga, czy nie zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego, a dopiero w dalszej kolejności bada istnienie przesłanek do odrzucenia odwołania;

4/ naruszenie art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia poprzez ich niezastosowanie przy rozstrzyganiu o kosztach postępowania odwoławczego w sytuacji, gdy wobec złożenia przez zamawiającego oświadczenia, w którym uwzględnił on w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy, a do postępowania po jego stronie nie przystąpił żaden wykonawca, koszty postępowania znoszą się wzajemnie i następuje zwrot wpisu na rzecz odwołującego.

Wskazując na powyższe skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia i umorzenie postępowania, wzajemne zniesienie kosztów postępowania odwoławczego pomiędzy stronami oraz orzeczenie zwrotu odwołującemu z rachunku urzędu kwoty 7.500 złotych uiszczonej tytułem wpisu a nadto odstąpienie od obciążenia kosztami postępowania skargowego zamawiającego.

Uzasadniając pierwszy z zarzutów skarżący podniósł, że 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. W świetle art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Innymi słowy, udzielenie zamówienia publicznego może nastąpić jedynie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w zgodzie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Z kolei zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych wybór oferty może nastąpić wyłącznie spośród ofert złożonych przez wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu i którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. 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. Skarżący wskazał, że wbrew stanowisku zawartemu w zaskarżonym postanowieniu, upatrującym w braku zmiany treści art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wąskie rozumienie „wyboru oferty najkorzystniejszej”, czynności opisane w art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 zostały odrębnie wymienione, bowiem nie mieszczą się w pojęciu „wybory oferty najkorzystniejszej”. Czynności, o których mowa w art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, są formalnie czynnościami odrębnymi od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Są one zaskarżalne dopiero w momencie odrębnego poinformowania o nich wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Obowiązuje ustawowy nakaz wyboru oferty „ważnej”, a więc niepodlegającej odrzuceniu, który wypływa z dwóch przepisów PZP zlokalizowanych w jej rozdziale A zatytułowanym „Wybór najkorzystniejszej oferty”. Pierwszym z nich jest przepis art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z kolei drugi to przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadzający dla zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponieważ przepisy prawne należy interpretować biorąc pod uwagę ich miejsce w systematyce aktu normatywnego należy uznać, iż skoro w tym samym rozdziale ustawy Prawo zamówień publicznych, zatytułowanym zbieżnie z przesłanką wynikającą z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, znalazły się ww. przepisy odnoszące się do badania oferty pod kątem odrzucenia, jak i przepisy odnoszące się do oceny ofert pod kątem kryteriów oceny określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych), to fazy te są ze sobą powiązane i łącznie skradają się na „wybór oferty najkorzystniejszej”. Na kontrolną funkcję środków ochrony prawnej wskazują też przepisy prawa wspólnotowego, których implementację do polskiego porządku prawnego stanowi Dział VI ustawy Prawo zamówień publicznych.

Uzasadniając drugi z wymienionych zarzutów skarżący podniósł, że oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania w sytuacji, gdy po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, wyczerpuje dyspozycję art. 186 ust. 2 zd. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i obliuguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego.

Odnosząc się do zarzutu trzeciego, podał że nie jest zatem zgodne z treścią art. 189 oraz art. 186 ustawy Prawo zamówień publicznych twierdzenie, zgodnie z którym, jedynie w przypadku stwierdzenia, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, Izba kieruje sprawę na rozprawę, a zamawiający może ze skutkiem prawnym uwzględnić zarzuty odwołania. Racjonalny ustawodawca, dokonując uregulowania w ustawie Prawo zamówień publicznych instytucji odwołania uregulował umorzenie postępowania przez Izbę na podstawie uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego w art. 186 ustawy Prawo zamówień publicznych jako czynność dokonywaną przed badaniem przesłanek odrzucenia odwołania, określonych w art. 189 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto, gdyby przyjąć za prawidłowe stanowisko I. to instytucja umorzenia postępowania na skutek uwzględnienia zarzutów zamawiającego, byłaby jedynie instytucją „papierową” i w praktyce, w sytuacji jednoczesnego istnienia przesłanek do odrzucenia odwołania, nigdy by nie wystąpiła.

Uzasadniając czwarty zarzut skarżący podniósł, że wobec istnienia przesłanek do umorzenia postępowania odwoławczego przez Krajową Izbę Odwoławczą i wadliwego odrzucenia odwołania, zamiast umorzenia, koszty winny być wzajemnie zniesione a uiszczony wpis winien zostać zwrócony odwołującemu.

### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Skarga okazała się o tyle zasadna, że doprowadziła do uznania, iż rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej polegające na odrzuceniu odwołania było wadliwe i jako takie nie mogło się ostać. Przede wszystkim Sąd Okręgowy uznał zasadność zarzutu skarżącego, iż postępowanie z odwołania Firmy Handlowo- Usługowej (...) Spółka z o.o. w M. zainicjowane w dniu 24 marca 2017 roku, wobec oświadczenia Zamawiającego z dnia 3 kwietnia 2017 roku o uwzględnieniu odwołania w całości, winno zostać umorzone.

W pierwszej jednak kolejności Sąd Okręgowy w pełni podziela zarzuty skargi dotyczące wykładni art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy - Prawo zamówień publicznych i dopuszczalności ochrony prawnej w wyniku odwołania.

W badanej sprawie wartość zamówienia została oszacowana na kwotę niższą niż określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy - Prawo zamówień publicznych. W przypadku takich zamówień, określanych mianem podprogowych, podstawy faktyczne odwołania zostały wyczerpująco uregulowane w art. 180 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; określenia warunków udziału w postępowaniu; wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; odrzucenia oferty odwołującego; opisu przedmiotu zamówienia; wyboru najkorzystniejszej oferty.

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

Sąd Okręgowy powyższego poglądu nie podzielił z następujących przyczyn. Po pierwsze, odwołanie zostało wniesione wobec zaniechania odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą, złożonej przez wykonawcę (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w S. z art. 82 ust. 3 Prawo zamówień publicznych. Krajowa Izba Odwoławcza odrzucając odwołanie Firmy Handlowo- Usługowej (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w M. na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazała, iż dotyczy ono czynności nieobjętych katalogiem z art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie I. użyte w przepisie art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych pojęcie „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” oznacza niedokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: (...)). Izba zwróciła uwagę, iż w kontekście redakcji przepisów art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty”, o której mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może obejmować czynności wykluczenia z postępowania innych niż odwołujący wykonawców lub odrzucenia złożonych przez nich ofert. Wskazała, iż przesłanka z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych służy wyłącznie zakwestionowaniu wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba uznała również, iż skoro przepis art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ma charakter wyjątku od zasady, iż w postępowaniach podprogowych odwołanie nie przysługuje, to przesłanki dopuszczalności skorzystania z tego środka ochrony prawnej nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Wyjaśniła także, iż katalog przesłanek z art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zawsze miał charakter pozytywny i obejmował zachowania zamawiającego o charakterze czynnym, a nie jego zaniechania. Jednocześnie, w związku z treścią art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu sprzed i po nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych dokonanej ustawą nowelizującą, Izba doszła do wniosku, że skoro obecnie zamawiający nie ma obowiązku jednoczesnego informowania wykonawców o czynnościach wyboru najkorzystniejszej oferty, ofertach odrzuconych i wykonawcach wykluczonych, to nie sposób uznać, że pod pojęciem „wybór najkorzystniejszej oferty” mieści się zaniechanie czynności wykluczenia i zaniechanie czynności odrzucenia w sytuacji gdy zamawiający nie dokona jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej. 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 Prawo zamówień publicznych zawiera zasadę przejrzystości i legalności postępowania w sprawie zamówienia publicznego. Nie sposób przy tym podzielić



stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, która z braku zmiany treści art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z ustawą nowelizującą wywodzi konieczność interpretacji art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych wyłącznie przez pryzmat definicji najkorzystniejszej oferty z art. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tymczasem, czynności, o których mowa w art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, są formalnie czynnościami odrębnymi od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w przypadku, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. 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 Prawo zamówień publicznych, art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych). 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 Prawo zamówień publicznych przesłanki „zaniechania” odrzucenia oferty sprzecznej z przepisami ustawy. Jednakże Sąd Okręgowy 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 powyższych rozważań, przyjęcie stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej polegającego na wąskiej interpretacji przesłanek z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych 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, a co za tym idzie możliwości weryfikacji przez organ odwoławczy fazy badania i oceny ofert, która doprowadziła do niezgodnego z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych wyboru oferty.

Należy także zauważyć, że w kwestii „czynności wyboru oferty najkorzystniejszej” w rozumieniu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych zasadne jest uwzględnienie innych powinności ciążących 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 Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z kolei drugi, to przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadzający nałożony na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. 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 według 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 Prawo zamówień publicznych faktycznie wskazuje na możliwość odwołania się od „czynności” zamawiającego to pojęcie „czynności” w zakresie przesłanki z art. 180 ust. 2 pkt 6 tejże ustawy 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 Prawo zamówień publicznych (art. 82 i nast.). W przypadku

wniesienia odwołania co do każdej z czynności objętej treścią art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych 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. Z uwagi na kategoryczne brzmienie art. 89 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 Prawo zamówień publicznych musi zatem być interpretowany łącznie z normami wynikającymi z art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a nie tylko z art. 2 pkt 5 ustawy, który jedynie definiuje pojęcie najkorzystniejszej oferty, a nie procedurę czynności jej wyboru.

Z powyższych przyczyn Sąd Okręgowy uznał, że jakkolwiek przesłanka z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych wprost nie obejmuje możliwości zaskarżania 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 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 roku 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 Prawo zamówień publicznych czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zgodzie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych 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 Prawo zamówień publicznych w roku 2014, w wyniku ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 roku, poz. 1232). Ustawa nowelizująca z 2016 roku jedynie doprecyzowała wówczas wprowadzone w życie regulacje. Postępowania podprogowe stanowią przeważającą część ogółu krajowych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i jednocześnie stanowią nieznaczną 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 Prawo zamówień publicznych zachowań zamawiających w najczęściej prowadzonych w skali krajowej postępowaniach, co znalazło odzwierciedlenie w treści art. 180 ust. 2 pkt 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym od dnia 28 lipca 2016 roku. Odrzucenie odwołania podważa zasadniczy sens procedury odwoławczej, jakim jest zapewnienie wykonawcom narzędzia ochrony przed decyzjami zamawiającego. Zastosowany tryb oceny ofert znajduje podstawę w art. 24 aa ustawy Prawo zamówień publicznych, (tzw. procedura odwrócona).

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 Prawo zamówień publicznych doszedł do przekonania, że zaprezentowana przez Krajową Izbę Odwoławczą interpretacja przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych stoi w sprzeczności z zasadniczym celem ustawy Prawo zamówień publicznych, którym w świetle art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych 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 Krajowa Izba Odwoławcza naruszyła przepis art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie odwołania w oparciu o wadliwe przyjęcie braku istnienia przesłanek z art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych przyczyn Sąd Okręgowy uznał, że jakkolwiek przesłanka z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych wprost nie obejmuje możliwości zaskarżania 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. Pomimo zatem niewątpliwego braku podstaw do odrzucenia skargi z przyczyn omówionych powyżej, Sąd Okręgowy nie mógł wydać orzeczenia merytorycznego oparciu o treść art. 198f ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. 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 roku - Kodeks postępowania cywilnego nie stosuje się”. Sąd Okręgowy, zgodził się ze skarżącym, iż zainicjowane przezeń postępowanie odwoławcze, wobec oświadczenia Zamawiającego z dnia 3 kwietnia 2017 roku o uwzględnieniu odwołania w całości- winno zostać umorzone

Po myśli art. 186 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - zamawiający może wnieść odpowiedź na odwołanie. Odpowiedź na odwołanie wnosi się w formie pisemnej lub ustnie do protokołu. Z kolei zgodnie z ust. 2 - w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zgodnie z dyspozycją art. 186 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiającemu przyznane zostało uprawnienie do wniesienia odpowiedzi na odwołanie. Omawiany przepis określa także formę, w jakiej odpowiedź może być wnoszona, przesądzając, że dopuszczalna będzie forma pisemna lub ustna (do protokołu).

W przypadku wniesienia przez wykonawcę odwołania do Prezesa (...) zamawiający ma kilka możliwości. Jedną z nich jest uprawnienie do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Wynika to z treści art. 186 ust. 2 Prawa Zamówień Publicznych. Uwzględnienie przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania powoduje umorzenie postępowania odwoławczego przez (...) na zasadach określonych w ust. 2 tego przepisu tj. na posiedzeniu niejawnym, jeżeli w postępowaniu po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca lub wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia całości zarzutów. W takim przypadku zamawiający będzie musiał wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Co warte podkreślenia, ustawa w brzmieniu mającym zastosowanie w sprawie- nie przewiduje uprawnienia Krajowej Izby Odwoławczej do merytorycznej kontroli zasadności tego oświadczenia i uznania za bezskuteczne. Jak słusznie podkreśla się w orzeczeniach I., oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu całości zarzutów, przy spełnieniu pozostałych przesłanek, zwalnia Izbę z obowiązku rozstrzygnięcia o ich zasadności i umożliwia umorzenie postępowania odwoławczego [vide postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 29 września 2014 roku, KIO 1868/14, LEX nr 1540698]. Przyjąć więc należy, że złożenie oświadczenia zasadniczo wiąże zarówno zamawiającego, jak i Izbę, a także wykonawcę wnoszącego odwołanie i wykonawców, którzy przystąpili do postępowania po jego stronie. Kompetencje do podważenia skutków procesowo - prawnych tego oświadczenia i żądania merytorycznego rozpoznania odwołań posiadają wyłącznie wykonawcy uprawnieni do zgłoszenia sprzeciwu na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Innymi słowy w świetle art. 186 ust. 2 ustawy, po złożeniu oświadczenia, organ ma obowiązek umorzenia postępowania i nie może (przy braku aktywności procesowej wykonawców przystępujących do postępowania po stronie zamawiającego) podjąć decyzji o przystąpieniu do merytorycznego badania odwołania. Użyty w treści art. 186 ust. 2 ustawy Prawa Zamówień Publicznych zwrot „może” nie oznacza swobody I. w wyborze sposobu zakończenia postępowania (fakultatywności rozstrzygnięcia o umorzeniu postępowania), w którym zamawiający uwzględnił zarzuty odwołującego a odnosi się jedynie do możliwości umorzenia postępowania na posiedzeniu niejawnym.

Stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, by jedynie w przypadku stwierdzenia, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, jeżeli nie stwierdzono braków formalnych lub zostały one uzupełnione, Izba kieruje sprawę na rozprawę a zamawiający mógł ze skutkiem prawnym uwzględnić zarzuty odwołania a w konsekwencji, by

odrzućcie odwołania wyprzedzało umorzenie postępowania odwoławczego. Ustawodawca normując w ustawie Prawo zamówień publicznych instytucje odwołania od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego w rozdziale 2 – odwołanie, wskazał w pierwszej kolejności przesłanki wniesienia odwołania (art. 180 Prawa Zamówień Publicznych), warunki formalne kolejno możliwość złożenia odpowiedzi na odwołanie, następnie możliwość umorzenia postępowania a w dalszej kolejności uregulował procedurę rozpoznania odwołania oraz jego odrzucenia. Ustawodawca uregulował zatem umorzenie postępowania (art. 186 Prawa Zamówień Publicznych) przez Izbę w związku z uwzględnieniem odwołania przez Zamawiającego, jako czynność mającą miejsce przed badaniem przesłanek jego odrzucenia (art. 189 Prawa Zamówień Publicznych). Nie może być inaczej, skoro umorzenie postępowania przez Izbę jest obligatoryjne w sytuacji opisanej w art. 186 ust. 2 ustawy. W tej sytuacji badanie przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania jest działaniem zbytecznym.

Oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów determinuje też treść orzeczenia o kosztach postępowania nie pozostawiając organowi orzekającemu swobody w zakresie kształtowania sytuacji prawnej zamawiającego w tym zakresie. Wobec zatem błędnego odrzucenia odwołania, zamiast umorzenia postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza wadliwie orzekła o kosztach tego postępowania.

Do kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z dnia 17 marca 2010 roku) zalicza się:

1) wpis, obejmujący w szczególności: a) wynagrodzenia, wydatki i opłaty (...) związane z organizacją i obsługą postępowań odwoławczych, archiwizacją dokumentów oraz szkoleniami członków Krajowej Izby Odwoławczej, zwanej dalej Izbą, przygotowującymi do należytego rozpoznawania odwołań, b) wynagrodzenie oraz zwrot kosztów poniesionych przez biegłych i tłumaczy, c) koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym;

2) uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b lub § 5 ust. 3 pkt 2, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności:

a) koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) I.,

b) wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3.600 złotych.

Art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi wprost, że koszty postępowania odwoławczego w okolicznościach, o których mowa w ust. 2 czyli uwzględnienia w całości zarzutów w sytuacji, gdy po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, znosi się wzajemnie.

Następstwem braku merytorycznego rozpoznania odwołania w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego jest także zwrot wpisu. Stanowi o tym wprost § 5 ust. 1 lit. a cytowanego rozporządzenia: W przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił, wypełniając wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy, żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku (...) kwoty uiszczony tytułem wpisu.

Uwzględniając powyższe regulacje, Sąd Okręgowy zmienił punkt 2 zaskarżonego postanowienia z dnia 4 kwietnia 2017 roku w ten sposób, że zniósł pomiędzy stronami koszty postępowania a nadto oraz orzekł o obowiązku zwrotu uiszczony przez odwołującego wpisu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. w związku z art. 198a ust.2 ustawy – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyników postępowania. Sąd

Okręgowy uznał, że niezależnie od tego czy zamawiający dał powody do wywiedzenia niniejszej skargi to ostatecznie w sprawie istniał spór, czemu zamawiający dał wyraz wnosząc o oddalenie skargi (vide: protokół rozprawy apelacyjnej z dnia 12września 2017 roku). Tym samym, skoro skarga została uwzględniona, to zamawiającego uznać trzeba za przegrywającego ten spór. Jednocześnie zasądzone koszty zostały ograniczone do poniesionej przez skarżącego opłaty od skargi z uwagi na wyraźne w tym zakresie żądanie strony skarżącej, która w piśmie z dnia 5 czerwca 2017 roku wskazała, iż nie wnosi o zasądzenie od zamawiającego na swoją rzecz kosztów zastępstwa procesowego. Z tych względów orzeczono jak w punkcie II sentencji.

SSO Karina Marczak SSO Tomasz Sobieraj SSO Tomasz Szaj