

Sygn. akt III CZP 110/09

## UCHWAŁA

Dnia 10 grudnia 2009 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Krzysztof Strzelczyk (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Mirosław Bączyk

SSN Krzysztof Pietrzykowski

w sprawie z odwołania Hydrobudowa S.A. w G.  
przeciwko Miejskim Wodociągom i Oczyszczalni sp. z o.o. w G.  
o udzielenie zamówienia publicznego,  
po rozstrzygnięciu w Izbie Cywilnej na posiedzeniu jawnym  
w dniu 10 grudnia 2009 r.,  
zagadnienia prawnego przedstawionego  
przez Sąd Okręgowy w T.  
postanowieniem z dnia 21 września 2009 r., sygn. akt VI Ga 79/09,

„Czy w ramach podstawy odwołania od rozstrzygnięcia protestu z art. 184 ust. 1a pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) mieści się również kwestionowanie opisu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego?”.

podjął uchwałę:

**Odwołanie, które przysługuje na podstawie art. 184 ust. 1a pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), nie obejmuje rozstrzygnięcia protestu dotyczącego opisu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.**

## Uzasadnienie

Przedstawione do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne powstało przy rozpoznaniu przez Sąd Okręgowy w T. skargi wniesionej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (UZP) na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lipca 2009 r. o odrzuceniu odwołania wykonawcy od rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła odwołanie ze względu na zaistnienie negatywnej przesłanki procesowej, o której mowa w art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo Zamówień Publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655 ze zm. nazywanej dalej jako u.p.z.p.). Izba Odwoławcza uznała, że kwestionowane przez wykonawcę postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) odnoszą się do opisu jednego z warunków udziału w postępowaniu, a więc przedmiotu, który nie został wskazany w art. 184 ust. 1a u.p.z.p. jako uzasadniona podstawa odwołania. W skardze na to postanowienie Prezes UZP zarzucił naruszenie art. 184 ust. 1a pkt 2 u.p.z.p. przez błędną wykładnię i uznanie, że odwołanie nie przysługuje od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego warunków udziału w postępowaniu (opis warunków udziału) oraz naruszenie art. 187 ust. 4 pkt 8 u.p.z.p. przez odrzucenie odwołania wykonawcy, pomimo że odwołanie dotyczyło czynności określonej w art. 184 ust. 1a pkt 2 u.p.z.p.

Według skarżącego, opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie stanowi samodzielnej wobec opisu warunków kategorii normatywnej. Ścisłe trzymanie się reguł wykładni literalnej prowadzi do wniosku, że przepis art. 184 ust. 1a pkt 2 u.p.z.p. tworzy nową kategorię normatywną, zaś desygnat użytego w nim sformułowania powinien być ustalony w oparciu o podstawowe zasady systemu zamówień publicznych (wykładnia systemowa) oraz cel, któremu służy regulacja polegająca na ograniczonym prawie do odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 u.p.z.p. (wykładnia celowościowa). Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do sytuacji,

w której środki ochrony prawnej przewidziane dla wykonawców w tych postępowaniach o mniejszej wartości zamówienia stałyby się iluzoryczne.

W takim stanie faktycznym, Sąd Okręgowy postanowił przedstawić opisane wyżej zagadnienie prawne do rozstrzygnięcia. Zdaniem Sądu Okręgowego, zasadniczy spór w sprawie sprowadza się do wykładni art. 184 ust. 1a pkt 2 u.p.z.p. i zagadnienia, czy w ramach podstawy odwołania od rozstrzygnięcia protestu, zawartej w tym przepisie, mieści się również kwestionowanie opisu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Według zamawiającego i Krajowej Izby Odwoławczej, za negatywnym rozstrzygnięciem przedstawionego zagadnienia prawnego przemawiają argumenty wykładni językowej i systemowej ustawy. Art. 36 ust. 1 pkt 5 i art. 41 pkt 7 u.p.z.p. wyraźnie rozróżniają opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu oceny spełniania tych warunków i nakładają obowiązek odrębnej regulacji tej materii w SIWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu. Zdaniem Sądu, można także bronić poglądu, że wskazane przepisy nie decydują wcale o wyniku interpretacji art. 184 ust. 1a pkt 2 u.p.z.p. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu odnosi się zawsze do skonkretyzowanych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu a ponieważ nie funkcjonuje oddzielnie, nie stanowi samodzielnej kategorii normatywnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

W literaturze przedmiotu – jak należy przypuszczać, ze względu na stosunkowo krótki okres obowiązywania wymienionej w pytaniu normy prawnej – brak jest bezpośrednich wypowiedzi dotyczących przedstawionego zagadnienia. Podaje się jedynie inne, wynikające z art. 184 ust. 1a u.p.z.p., przykłady wyłączenia możliwości odwołania od rozstrzygnięcia protestu, które dotyczą wyboru oferty, czy opisu przedmiotu zamówienia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dominuje, oparty na literalnej i systemowej wykładni, pogląd, że przez pojęcie „opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu” należy rozumieć określenie sposobu, w jaki zamawiający będzie oceniał, czy wykonawca będzie spełniał warunki udziału w postępowaniu. Natomiast „opis warunków udziału w postępowaniu” stanowi konkretyzację wymogów ustawowych, określonych

w art. 22 u.p.z.p. i opis ten ma zastać dokonany przez zamawiającego w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia (odmienne stanowisko, wyrażające się rozpoznaniem odwołań na tej podstawie, Krajowa Komisja Odwoławcza zajęła między innymi w wyrokach z dnia 24 marca 2009 r. – KIO/UZP 296/09, z dnia 12 marca 2009 r. – KIO/UZP 238/09). Omawiana kwestia nie była rozważana przez Sąd Najwyższy, a z dostępnych wypowiedzi sądów powszechnych, zawartych w wyrokach Sądu Okręgowego w Opolu z dnia 9 września 2009 r. (sygn. akt II Ca 590/09 niepubl.) oraz Sądu Okręgowego w Świdnicy z dnia 25 czerwca 2009 r. (sygn. akt VI Ga 68/09), wynika, że opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może być rozpatrywany w oderwaniu od samego opisu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Sąd Okręgowy w Świdnicy, interpretując w ten sposób art. 184 ust. 1a u.p.z.p., podkreślił znaczenie Dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. U. UE – sp. 06-1-246) oraz Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi i wynikający z nich obowiązek wykładni zapewniającej wykonawcy prawo do skutecznego środka odwoławczego od decyzji zamawiającego.

Będący przedmiotem wykładni art. 184 ust. 1a u.p.z.p., został wprowadzony ustawą zmieniającą z dnia 4 września 2008 (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), która weszła w życie z dniem 24 października 2008 r. Celem tej nowelizacji, która znosiła obowiązujące dotychczas generalne wyłączenie odwołania w postępowaniach o zamówienie publiczne o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 u.p.z.p., było jednocześnie ograniczenie odwołań jedynie do najistotniejszych decyzji mogących naruszać interesy wykonawców. W związku z tym, że przyjęte w art. 184 ust. 1a przypadki mają wyjątkowy charakter wobec obowiązującej zasady, że w sprawach o wartości przedmiotu zamówienia niższych niż progi unijne określone w art. 11 ust. 8 u.p.z.p.

odwołanie nie przysługuje, konieczna jest wykładnia ścieśniająca każdego z tych wyjątków.

Zgodnie z treścią art. 184 ust. 1a u.p.z.p., w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 odwołanie przysługuje wyłącznie od 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.

Wyraźne brzmienie art. 184 ust. 1a pkt 2 odnosi się jedynie do czynności polegającej na rozstrzygnięciu protestu dotyczącego opisu sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W ramach dyrektyw preferencji metod wykładni na czoło wysuwa się powszechnie akceptowana w orzecznictwie i w piśmiennictwie zasada pierwszeństwa wykładni językowej i subsydiarności wykładni systemowej i funkcjonalnej. Zasada pierwszeństwa wykładni językowej, choć nie ustala absolutnego porządku preferencji, to jednak dopuszcza odstępstwa od wyniku jej zastosowania tylko wówczas, gdy wynik ten prowadzi albo do absurdu, albo do rażąco niesprawiedliwych lub irracjonalnych konsekwencji. Nie zawsze więc zachodzi konieczność posłużenia się kolejno wszystkimi rodzajami wykładni; nie ma w szczególności potrzeby sięgania po dyrektywy celowościowe wówczas, gdy już po zastosowaniu dyrektyw językowych albo językowych i systemowych uda się uzyskać właściwy wynik wykładni. Jak ujął to Sąd Najwyższy w uchwale Składu Siedmiu Sędziów z dnia 1 marca 2007 r. (sygn. akt III CZP 94/06, OSNC 2007/7-8/95), odstępstwo od jasnego i oczywistego sensu przepisu wyznaczonego jego jednoznacznym brzmieniem mogą uzasadniać tylko szczególnie istotne i doniosłe racje prawne, społeczne, ekonomiczne lub moralne; jeśli takie racje nie zachodzą, należy oprzeć się na wykładni językowej (por. też uzasadnienie uchwały Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 14 października 2004 r., III CZP

37/04, OSNC 2005, nr 3, poz. 42, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2004 r., V CK 21/04, OSNC 2005, nr 7-8, poz. 137 oraz uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 lipca 2005 r., I KZP 18/05, OSNKW 2005, nr 9, poz. 74).

Wykładnia językowa wymaga uwzględniania dyrektyw języka potocznego, a zatem przypisywania zawartym w normie prawnej wyrażeniom podstawowego i powszechnie przyjętego znaczenia. Według tych kryteriów, opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to określenie sposobu, w jaki zamawiający będzie oceniał, czy dany wykonawca będzie spełniał warunki udziału w postępowaniu. W zakres tego pojęcia wchodzi jedynie obowiązek przedstawienia metody oceny np. zero – jedynkowej, czy też odpowiedniej punktacji. Opis warunków udziału w postępowaniu stanowi konkretyzację abstrakcyjnych wymogów ustawowych określonych w art. 22 ust. 1 u.p.z.p. W art. 184 ust. 1a pkt 2 u.p.z.p. nie wskazano możliwości kwestionowania samego opisu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ulega wątpliwości, że istnieje rzeczowe powiązanie oceny spełnienia warunków z samymi warunkami. Krajowa Komisja Odwoławcza musi bowiem ocenić, czy określone kryteria sposobu oceny warunków udziału są adekwatne do podanych w opisie warunków udziału (np. czy na podstawie właściwych dokumentów, na podstawie właściwego zakresu informacji). Nie jest natomiast możliwe kwestionowanie samych warunków udziału i ich opisu dokonanego w specyfikacji czy ogłoszeniach. Nie stanowią one przedmiotu bezpośredniej kontroli, lecz kontekst, w ramach którego ocenia się wskazany w specyfikacji opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Gdy pewne postanowienie SIWZ zostanie uznany za warunek udziału w postępowaniu (opis warunku udziału w postępowaniu), nie może ono jednocześnie stanowić opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków.

Ustawa Prawo zamówień publicznych w wielu miejscach wyraźnie odróżnia obie czynności zamawiającego. Potwierdza to treść art. 36 ust. 1 pkt 5 odnoszącego się do wymagań SIWZ, art. 41 pkt 7 zawierającego wymagania jakie musi spełnić ogłoszenie o zamówieniu, art. 48 ust. 2 pkt 6 dotyczącego ogłoszenia o zamówieniu w przetargu ograniczonym oraz art. 75 ust. 2 pkt 9 u.p.z.p. regulującego wymagania stawiane ogłoszeniu o zamówieniu w postępowaniu

w trybie licytacji elektronicznej. We wszystkich tych przepisach wymaga się od zamawiającego odrębnego wskazania opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz opisu warunków udziału w postępowaniu.

Jednoznaczne wprowadzenie do art. 184 ust. 1a pkt 2 u.p.z.p. tylko jednego z tych określeń, należy rozumieć, jako wyłączenie możliwości kwestionowania w ramach odwołania od rozstrzygnięcia protestu czynności związanej z opisem warunków udziału w postępowaniu. W przeciwnym razie należałoby przyjąć, że w ramach jednego aktu prawnego to samo określenie posiadałoby dwa odmienne znaczenia, węższe (np. art. 36 ust. 1 pkt 5, 41 pkt 7 u.p.z.p.) i szersze tylko w art.184 ust. 1a pkt 2 u.p.z.p.

Zastosowanie wykładni, która odchodziłaby od językowego sensu przepisu, uwzględniającego treść całego aktu prawnego, mogłyby usprawiedliwiać jedynie szczególnie istotne i doniosłe racje. Dla oceny potrzeby i dopuszczalności posłużenia się wykładnią celowością niezbędne jest podkreślenie szczególnego charakteru postępowania o zamówienia publiczne na roboty budowlane nie przekraczające „progów unijnych”.

Do tych postępowań nie mają lub mają jedynie ograniczone zastosowanie dyrektywy Wspólnoty Europejskiej dotyczące udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. W uzasadnieniu projektu nowelizacji, przewidującej przywrócenie możliwości odwołań od rozstrzygnięć protestów, podkreśla się uwzględnienie stanowiska Komisji Europejskiej i orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, w których zwraca się uwagę na konieczność zapewnienia w postępowaniach, które nie są lub są częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych, środków ochrony prawnej dla najistotniejszych decyzji mogących naruszać interes wykonawców, takich jak wykluczenie z postępowania, czy też odrzucenie oferty (Komunikat wyjaśniający Komisji: Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej 2006/C 179/02). Bezpośrednim wyrazem uwzględnienia tych postulatów jest objęcie możliwością odwołania rozstrzygnięć protestów dotyczących wykluczenia wykonawcy z postępowania

o udzielenie zamówień publicznych oraz odrzucenia oferty (art. 184 ust. 1a pkt 3 i 4 u.p.z.p.).

Nie można zgodzić się z założeniem, że tylko nadanie określeniu użytemu w art. 184 ust.1a pkt 2 u.p.z.p. innego, szerszego znaczenia zapewni wykonawcom efektywną ochronę w tej kategorii postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Ustawa wyraźnie wyłącza z katalogu czynności podlegających zaskarżeniu w drodze odwołania także inne – nie mniej ważne dla zachowania możliwości kontroli bezstronności procedur przetargowych – jak np. dotyczące opisu przedmiotu zamówienia. Argument o efektywności udzielanej ochrony prawnej nie może prowadzić do sprzecznego z brzmieniem ustawy rozszerzenia katalogu czynności podlegających zaskarżeniu odwołaniem.

Z tych względów Sąd Najwyższy rozstrzygnął przedstawione zagadnienie, jak w uchwale.

/tp/