

Sygn. akt XXIII Ga 1517/16

POSTANOWIENIE

Dnia 21 kwietnia 2017 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący: SSO Bernard Litwiniec

Sędziowie: SO Wiktor Piber (spr.)

SO Paweł Kieta

Protokolant: Prot. Sąd. Arkadiusz Bogusz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 kwietnia 2017 r. w Warszawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem:

zamawiającego: [REDACTED]

[REDACTED]

odwołującego: [REDACTED]

na skutek skargi: **Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych**

od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie z dnia 5 września 2016 r., sygn.

akt KIO 1599/16

postanawia:

- I. zmienia zaskarżone postanowienie w całości i umarza postępowanie odwoławcze,
- II. znosi wzajemnie między stronami koszty postępowania odwoławczego,
- III. nie obciąża [REDACTED]
[REDACTED] kosztami postępowania skargowego.

SSO Paweł Kieta

SSO Bernard Litwiniec

SSO Wiktor Piber



NA ORYGINALE WŁAŚCIWE PODPISY
za zgodnością z SĄDOWY

Sekretarz

Małgorzata Zochowska

UZASADNIENIE

Zamawiający - [REDAKTOWANE] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: [REDAKTOWANE] w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu [REDAKTOWANE] w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem [REDAKTOWANE]. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący wykonawca [REDAKTOWANE] wniósł odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej w dniu 26 sierpnia 2016 r. Informację o czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej Odwołujący otrzymał w piśmie z dnia 23 sierpnia 2016 r. Kopia odwołania została dostarczona Zamawiającemu w ustawowym terminie. Odwołujący uścił wpis w wymaganiej wysokości na rachunek UZP.

W odwołaniu Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i wnosił o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy pod firmą [REDAKTOWANE] obciążenie zamawiającego kosztami postępowania oraz przyznanie odwołującemu kosztów ewentualnego zastępstwa w postępowaniu według norm przepisanych na podstawie spisu przedłożonego na rozprawie.

Odwołujący w odwołaniu zaznaczył, że pismem z dnia 25 sierpnia 2016 r. poinformował zamawiającego w trybie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp o niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, wskazując iż oczekuje informacji o sposobie załatwienia sprawy do godziny 15.00 dnia 25 sierpnia 2016 r., w związku z zbliżającym się terminem na ewentualne wniesienie odwołania. Zamawiający we wskazanym terminie nie uwzględnił informacji o niezgodnej z prawem czynności i nie powtórzył czynności.

Postanowieniem z dnia 5 września 2016 r., Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła odwołania (pkt 1.) a kosztami postępowania obciążyła odwołującego, zaliczając w ich poczet kwotę 7.500,00 zł uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania. (pkt 2.)

W ocenie KIO, odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp.

Postępowanie w przedmiotowej sprawie dotyczyło zamówienia publicznego na dostawy, a wartość zamówienia była niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołanie dotyczyło czynności prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, zaniechania odrzucenia oferty wybranej, co zdaniem odwołującego nastąpiło w sposób nieprawidłowy.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu po nowelizacji z 22 czerwca 2016 r. Izba odrzuca odwołanie jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Choć katalog sytuacji, w których w postępowaniach podprogowych w wyniku wspomnianej nowelizacji przysługuje wniesienie odwoływania uległ rozszerzeniu, między innymi o czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, to zdaniem składu orzekającego Izby w przedmiotowej sprawie odwołanie dotyczyło czynności, wobec których ustawodawca nadal wyłączył prawo zaskarżenia decyzji zamawiającego, mianowicie zaniechania odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą z powodu jej niezgodności z zapisami SIWZ.

Izba podkreśliła, że przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter wyjątku od zasady. W przypadku postępowań podprogowych zasadą jest bowiem to, że odwołanie nie przysługuje. Ustawodawca w wyniku nowelizacji zdecydował jedynie o nieznacznym poszerzeniu katalogu przesłanek umożliwiających wniesienie odwołania w postępowaniach podprogowych. Skoro zatem katalog czynności, wobec których odwołanie przysługuje nadal ma charakter wyjątku od zasady, to wyjątków nie można interpretować rozszerzająco.

W dalszej kolejności Izba wskazała, że z dotychczasowego przepisu art. 92 ust. 1 ustawy Pzp wynikało, że zamawiający miał jednocześnie informować o wyborze oferty najkorzystniejszej, oraz o ofertach odrzuconych i wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania. Obecnie w przepisie art. 92 ust. 1 Pzp, ustawodawca odrębnie wypowiada się o wyborze oferty najkorzystniejszej (pkt 1), wykluczeniach (pkt 2), odrzuceniach (pkt 3), zaś w świetle nowelizacji zamawiający nie ma już obowiązku jednoczesnego informowania o tych czynnościach. Zatem znacznie częściej zamawiający będzie odrzucał oferty czy wykluczał wykonawców zanim wybierze ofertę najkorzystniejszą. Trudno uznać, że pod pojęciem „wybór oferty najkorzystniejszej” mieści się „zaniechanie czynności odrzucenia” i „zaniechanie czynności wykluczenia” w sytuacji, gdy zamawiający nie dokona jeszcze czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Konkludując, Krajowa Izba uznała, że zarzuty podniesione w odwołaniu złożonym w niniejszej sprawie nie mieściły się w katalogu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, gdzie mowa jest wyraźnie o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie zaś zaniechaniu odrzucenia wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą. Dlatego też odwołanie podlegało odrzuceniu.

Zamawiający w dniu 1 września 2016 roku złożył oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w całości i wnosił o umorzenie postępowania. W ocenie Izby jednak, w pierwszej kolejności zobowiązana jest ona zbadać, czy odwołanie nie zawiera braków formalnych i uiszczono od niego wpis, następnie zaś stwierdzić czy nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, tylko wówczas jeżeli wypełnione zostały pozytywnie wszystkie warunki formalne, podlega ono rozpoznaniu. Jedynie bowiem w przypadku stwierdzenia, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia, jeżeli nie stwierdzono braków formalnych lub zostały one uzupełnione, Izba kieruje sprawę na rozprawę.

Mimo, że Izba zobowiązana była odrzucić odwołanie z uwagi na ziszczenie się jednej z przesłanek, zamawiający w przypadku uznania zasadności zarzutów odwołania ma możliwość powtórzenia czynności lub dokonania czynności zaniechanej, niezależnie od decyzji Izby. Uznanie jednak zasadności zarzutów przez zamawiającego nie mogło skutkować umorzeniem postępowania odwoławczego, z powodów określonych powyżej.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie i art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp czyli stosownie do wyniku postępowania.

Od powyższego postanowienia skargę wywiódł Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zaskarżając je w całości i zarzucając 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, skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia w całości i umorzenie postępowania odwoławczego, a jednocześnie rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 198f ust. 5 in fine ustawy Pzp i nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego (art. 102 k.p.c.)

Rozważania Sądu Okręgowego:

Skarga Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w pełni zasługiwała na uwzględnienie.

Na aprobatę Sądu Okręgowego zasługiwał w szczególności zarzut naruszenia art. 180 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Rację ma bowiem skarżący podnosząc, że bezzasadne jest stanowisko Izby jakoby przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp nie przyznawał ochrony prawnej wykonawcom kwestionującym prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy, który ją złożył.

Zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, w przypadku podprogowych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, to jest postępowań, w których wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, odwołanie przysługuje m.in. wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza, odrzucając jako nieprzysługujące, odwołanie w niniejszej sprawie wskazała, iż co prawda wykonawca [REDAKTOWANE] zaskarżył czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym niemniej, w ocenie KIO zawarte w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp sformułowanie „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” dotyczy wyłącznie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny

ofert określonymi w SIWZ, a nie jak to powoływał odwołujący, zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty.

Stanowisko Izby nie mogło się ostać.

Po pierwsze, ze złożonego w niniejszej sprawie odwołania wprost wynika, że przedmiotem zaskarżenia była czynność zamawiającego polegająca na wyborze oferty najkorzystniejszej, a zatem czynność, której zaskarżalność wynika *expressis verbis* z przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Brak jest, w ocenie Sądu Okręgowego podstaw, aby rozgranaczyć możliwość zaskarżania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zależności od przyczyn, dla których czynność ta jest, w ocenie odwołującego, niezgodna z przepisami ustawy. W szczególności nie sposób wywieść, jak uczyniła KIO w uzasadnieniu zaskarżonego postanowienia, jakoby wykonawca miał możliwość odwołania się wyłącznie, gdy wybrana oferta nie spełniała kryteriów oceny zawartych w SIWZ, ale już nie miał prawa do wniesienia odwołania, w przypadku gdy wybrana oferta w ogóle winna podlegać odrzuceniu, a składający ją podmiot wykluczeniu z postępowania.

Zaniechanie przez zamawiającego w toku postępowania odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy z postępowania stanowiło bowiem jedynie merytoryczną podstawę, która dawała asumpt do podważenia w drodze decyzji zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Podkreślenia wymaga fakt, co KIO zdaje się pomijać, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest procesem składającym się z szeregu kolejnych, następujących po sobie czynności, zachowań uczestników postępowania, których rezultatem jest wybór przez zamawiającego oferty najkorzystniejszej. Co za tym idzie sama czynność wyboru, jest - wynikiową wszystkich poprzedzających ją czynności i nie może być całkowicie rozdzielona, jak w niniejszej sprawie, od chociażby czynności badania ofert.

Reasumując, przez wybór oferty najkorzystniejszej należy rozumieć wszystkie zachowania zamawiającego w ramach etapu badania i oceny ofert, które doprowadziły zamawiającego do podjęcia decyzji w tym zakresie.

W konsekwencji, w ocenie Sądu Okręgowego, wykonawcy przysługuje odwołanie od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, niezależnie od podstawy, przyczyny która doprowadziła do tej czynności, w tym również w sytuacji gdy wybór oferty najkorzystniejszej jest podyktowany uprzednim zaniechaniem odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W tym miejscu należy również dodać, iż w przypadku, gdyby zamawiający zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i oferta wykonawcy [REDAKTOWANE] podlegałyby odrzuceniu, a sam wykonawca wykluczeniu z postępowania, wykonawcy temu przysługiwałaby możliwość odwołania się od tej czynności zamawiającego.

Ta okoliczność również przemawia za uznaniem, iż wykonawca [REDAKTOWANE] *per analogiam* winien mieć prawo odwołania się od czynności wyboru oferty [REDAKTOWANE] jako najkorzystniejszej, wobec zaniechania jej odrzucenia i wykluczenia oferenta z postępowania.

W konsekwencji uwzględnienie zarzutu naruszenia przez Izbę art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, na aprobatę zasługiwał również zarzut naruszenia art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie odwołania.

Wykonawcy [REDAKTOWANE] przysługiwało prawo wniesienia odwołania w niniejszej sprawie. Co więcej jego odwołanie należało uznać za w pełni zasadne, bowiem prowadziło ono do zmiany stanowiska zamawiającego, który jeszcze przed wyznaczeniem terminu posiedzenia w sprawie, w piśmie z dnia 31 sierpnia 2016 r. poinformował, że uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Dodatkowo zamawiający wskazał, że w terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp żaden wykonawca nie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Tym samym, w świetle powyższych okoliczności, postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie podlegało umorzeniu, na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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.

O kosztach postępowania odwoławczego Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp. Wobec faktu, iż zamawiający uwzględnił w całości lub w części zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozpraw, koszty te podlegały wzajemnemu zniesieniu.

Mając na powadze powyższe, Sąd Okręgowy postanowił, jak w sentencji.

Podstawa prawna art. 198f ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 113 ust. 1 Ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych. Jak już wskazano powyżej, na etapie postępowania odwoławczego, zasadnym było wzajemne zniesienie kosztów między stronami. Wywiedziona przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych skarga była spowodowana wyłącznie błędnym rozstrzygnięciem Krajowej Izby Odwoławczej. Tym samym Sąd Okręgowy nie znalazł podstaw do obciążenia zamawiającego kosztami postępowania skargowego.

SSO Wiktor Piber

SSO Bernard Litwiniec

SSO Paweł Kieta

NA ORYGINALE WŁAŚCIWE PODPISY
ZA ZGODNOŚĆ

SEKRETARZ SĄDU

Wioleta Zochowska

