



WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 maja 2017 r.

Sąd Okręgowy w Olsztynie V Wydział Gospodarczy, w składzie:

Przewodniczący: SSO Maciej Wasilewski,

Sędziowie: SSO Wiesław Kasprzyk,
SSR del. Maciej Rzewuski (spr.),

Protokolant: st. sekr. sąd. Małgorzata Chodkowska

po rozpoznaniu w dniu 26 kwietnia 2017 r. w Olsztynie na rozprawie
sprawy z odwołania [REDACTED]

z udziałem zamawiającego [REDACTED]

przy udziale interwenienta ubocznego [REDACTED]

na skutek skargi Prezesa Zamówień Publicznych

na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2017 r., KIO 210/17
w przedmiocie odrzucenia odwołania

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

- w pkt. I uwzględnia odwołanie i stwierdza naruszenie przepisów ustawy,
- w pkt. II kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego [REDACTED], zaliczając w poczet tych kosztów kwotę 7.500,00 (siedem tysięcy pięćset 00/100) złotych i zasądza od [REDACTED] na rzecz [REDACTED] kwotę 7.500,00 zł tytułem kosztów postępowania odwoławczego, obejmujących wpis od odwołania;

II. nie obciąża stron kosztami postępowania skargowego.

SSO Wiesław Kasprzyk

SSO Maciej Wasilewski

SSR del. Maciej Rzewuski



Na oryginalne właściwe podpisy
Za zgodność
STARSZY SEKRETARZ SĄDOWY
Małgorzata Chodkowska

TRANSKRYPCJA UZASADNIENIA WYROKU

Sygn. akt V Ga 69/17

Uzasadnienie

Zamawiający [REDAKTOWANE]
reprezentowane przez [REDAKTOWANE] prowadziło postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod tytułem: [REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE]

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 30 grudnia 2016 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 376409. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekraczała kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie artykułu 11 ustęp 8 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Dnia 25 stycznia 2017 roku zamawiający przestał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty.

30 stycznia 2017 roku odwołujący [REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE] wniósł odwołanie od przeprowadzonej na podstawie artykułu 91 ustęp 1 ustawy czynności wyboru oferty wykonawcy [REDAKTOWANE] i [REDAKTOWANE] jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, pomimo że oferta ta winna podlegać odrzuceniu na podstawie artykułu 90 ustęp 3 i artykułu 89 ustęp 1 punkt 4 ustawy, co nastąpiło w wyniku wadliwego przeprowadzenia procedury badania rażąco niskiej ceny, wbrew artykułowi 90 ustęp 1 ustawy. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, poprzedzających ją czynności badania i oceny ofert, a także nakazanie powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, po dokonaniu czynności badania i oceny ofert, przy uwzględnieniu wniosków płynących z rozstrzygnięcia niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, że dnia 11 stycznia 2017 roku, na podstawie artykułu 90 ustęp 1 Prawa zamówień publicznych, zamawiający zwrócił się do wykonawcy o udzielanie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny. Zaproponowana przez wykonawcę cena wzbudziła bowiem wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi

przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca nie zakwestionował żądania zamawiającego, co oznacza, że przyjął na siebie ciężar dowiedzenia braku rażącego zaniżenia wysokości ceny. W myśl artykułu 90 ustęp 2 Prawa zamówień publicznych obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

W ocenie odwołującego, wykonawca nie udźwignął ciężaru dowodu wysokości ceny. W swoich wyjaśnieniach nie uznał za stosowne przedstawienie jakichkolwiek szczegółowych kosztów realizacji zamówienia, a tym samym nie przedstawił żadnej kalkulacji ceny oferty. Wykonawca składający wyjaśnienia powinien był wykazać, że jest zdolny do wykonania zamówienia za określoną kwotę i wskazać sposób, w jaki tę kwotę uzyskał. Tego jednak wykonawca, nie uczynił. W ocenie odwołującego, nie można przyjąć, aby ustawodawca dopuścił za całą procedurę badania rażąco niskiej ceny możliwość podawania jedynie łącznej kwoty kosztów. Podanie takiej kwoty, w szczególności przy zamówieniach na usługi składające się z wielu czynników i trwające znaczny czas, nie daje bowiem zamawiającym możliwości oceny sposobu kalkulacji cen. Z tego powodu odwołujący uważa, że zamawiający błędnie dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, którą winien był odrzucić w oparciu o artykuł 90 ustęp 3 Prawa zamówień publicznych, gdyż wykonawca nie złożył wyjaśnień potwierdzających, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z ostrożności odwołujący wskazał, że przyczyną wadliwości wyboru oferty najkorzystniejszej, stanowi także przepis artykułu 89 ustęp 1 punkt 4 ustawy.

W piśmie z dnia 1 lutego 2017 roku odwołujący wskazał, że „uzupełnia odwołanie z dnia 30 stycznia 2017 roku o fakty, o których wiedzę powziął po upływie terminu do wniesienia odwołania”. W dniu 26 stycznia 2017 roku odwołujący wystosował pisemny wniosek o udostępnienie protokołu i załączników do protokołu, przesyłając go zamawiającemu, przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Od momentu wysłania wniosku wielokrotnie interweniował drogą telefoniczną, w celu otrzymania dokumentów, o które wnosił. Zamawiający odpowiedział na wniosek dopiero 31 stycznia 2017 roku, a więc dzień po upływie terminu do wniesienia odwołania. W treści tego pisma odwołujący wskazał, że dnia 16 stycznia 2017 roku zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia dokumentów w postaci wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, na które wykonawca odpowiedział. W przedmiotowym wykazie wykonawca wskazał między innymi następujące osoby wyznaczone do realizacji zamówienia publicznego: [REDAKTION]
[REDAKTION] i [REDAKTION]. Wśród doświadczenia wykazanego wyżej wymienionym osobom, znalazła się między innymi następująca usługa zrealizowana przez wykonawcę: przeprowadzenie audytu zewnętrznego projektu pt. [REDAKTION]
[REDAKTION]
[REDAKTION]

[REDACTED] Na uwagę zasługuje fakt, że zgodnie z rozdziałem 1 punkt 4 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego załącznik numer 1 do SIWZ, przedmiotem zamówienia jest weryfikacja sprawozdań realizowanych między innymi w ramach projektu numer UDA.01.02.02/12 o dofinansowanie projektu pod tytułem: [REDACTED], którego beneficjentem jest [REDACTED], jako lider konsorcjum funduszy pożyczkowych. Umowa zawarta została w wyniku rozstrzygnięcia konkursu 01/12/1.2.2. Jest to dokładnie ten sam projekt, w ramach którego wykonawca przeprowadził w lipcu 2014 roku, audyt zewnętrzny. Zamawiający nie zakwestionował wykazanego osobom doświadczenia, nie doszukując się czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem odwołującego, w tym konkretnym przypadku zostały naruszone dobre obyczaje w postaci obowiązku bezstronności i niezależności, które to zagrażają potencjalnie należytemu wykonaniu zamówienia, co jest z kolei sprzeczne z interesem zamawiającego, występującego w tym przypadku jako odbiorca usługi w roli klienta. Wprawdzie obowiązek bezstronności i niezależności nie był bezpośrednio określony w SIWZ, ale wynika bezpośrednio z wytycznych dla beneficjentów, dotyczących standardów audytu zewnętrznego, projektów realizowanych w ramach [REDACTED] z dnia 13 kwietnia 2010 roku. Wytyczne te stanowią kwalifikowaną postać dobrych obyczajów w zakresie przeprowadzenia audytu.

Dnia 1 lutego 2017 roku zamawiający powiadomił o wpłynięciu odwołania wykonawców biorących udział w postępowaniu. Do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie w dniu 3 lutego 2017 roku wykonawca [REDACTED]. Zgłaszający przystąpienie zgodnie z artykułem 185 ustęp 2 ustawy stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Postanowieniem z dnia 14 lutego 2017 roku, KIO 210/17, Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2017 roku przez wykonawcę [REDACTED], w punkcie I odrzuciła odwołanie, a w punkcie II kosztami postępowania obciążyła wykonawcę [REDACTED] i zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 złotych, uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

W uzasadnieniu swojego rozstrzygnięcia Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie artykułu 189 ustęp 2 punkt 6 ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod tytułem: [REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] dotyczy zamówienia publicznego na usługi o wartości szacunkowej zamówienia, niższej od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych, wydanych na podstawie artykułu 11 ustęp 8 ustawy. Zgodnie z przepisem artykułu 189 ustęp 2 punkt 6 ustawy w brzmieniu po nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 roku, Izba odrzuca odwołanie jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwota określone w przepisach, wydanych na podstawie artykułu 11 ustęp 8 ustawy, odwołanie dotyczy innych czynności, niż wymienione w artykule 180 ustęp 2 ustawy.

W powołanym artykule 180 ustęp 2 ustawy wskazano wyraźnie, że w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie artykułu 11 ustęp 8 ustawy, 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.

Odwołujący wniósł odwołanie od przeprowadzonej na podstawie artykułu 91 ustęp 1 ustawy czynności wyboru oferty wykonawcy [REDACTED] jako najkorzystniejszej, mimo że oferta ta winna podlegać odrzuceniu na podstawie artykułu 90 ustęp 3 w związku z artykułem 89 ustęp 1 punkt 4 ustawy, co w ocenie odwołującego, nastąpiło w wyniku przeprowadzenia procedury badania rażąco niskiej ceny. Odwołanie dotyczy zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy [REDACTED], uznanej za najkorzystniejszą przez zamawiającego, mimo że w ocenie odwołującego, powinna zostać odrzucona jako oferta z rażąco niską ceną. Z powodu braku tego typu czynności w katalogu zawartym w artykule 180 ustęp 2 ustawy, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że wobec zastrzeżenia sformułowanego w artykule 189 ustęp 2 ustawy, nie przyznano ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie do takiego rozstrzygnięcia.

Analiza znowelizowanego artykułu 180 ustęp 2 punkt 3 ustawy i użycia w nim przez ustawodawcę sformułowania „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty”, prowadzi zdaniem Izby do wniosku, że pod pojęciem tym nie kryje się zaniechanie czynności odrzucenia oferty, a jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z kryteriami oceny ofert, określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z artykułem 180 ustęp 2 punkt 3 ustawy dopuszczone jest zakwestionowanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty,

która nie jest najkorzystniejsza w świetle określonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. Definicja wyboru najkorzystniejszej oferty wynika pośrednio z artykułu 91 ustęp 1 ustawy, który stanowi, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. 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 ofert.

W ocenie Izby, tylko tak rozumiany wybór oferty najkorzystniejszej może być przedmiotem odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego wartość jest mniejsza, niż tak zwane „progi unijne”. Za tym stanowiskiem przemawia dodatkowo fakt, że w wyniku nowelizacji o wiele większego znaczenia nabrały pozacenowe kryteria oceny ofert, których stosowanie jest w większości przypadków obowiązkowe. Znacznie większego znaczenia nabrał więc zarzut naruszenia artykułu 91 ustęp 1 ustawy, przez wybór oferty najkorzystniejszej, niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Zdaniem Izby, przepis artykułu 180 ustęp 2 ustawy ma charakter wyjątku od zasady generalnej. W przeciwieństwie do postępowań dotyczących zamówień, których wartość jest równa lub wyższa od tak zwanych „progów unijnych”, w przypadku postępowań podprogowych zasadą jest, że odwołanie nie przysługuje. O intencjach ustawodawcy świadczy nieprzypadkowo użyte w artykule 180 ustęp 2 ustawy, słowo „wyłącznie”. Prawodawca w wyniku nowelizacji, nie zniósł różnic przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej w postępowaniach podprogowych i postępowaniach powyżej progów. Zdecydowano 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 nie może być interpretowany rozszerzająco.

Biorąc powyższe pod uwagę, a także wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia, z powodu braku tego typu zachowań zamawiającego, w katalogu przesłanek wszczęcia postępowania ujętych w artykule 180 ustęp 2 ustawy, Izba uznała, że wobec zastrzeżenia zrehabilitowanego artykułu 187 ustęp 2 ustawy, ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w przedstawionych okoliczności faktycznych i prawnych. Tym samym zasadne było odrzucenie odwołania na podstawie artykułu 189 ustęp 2 punkt 6 ustawy.

Powyższe postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej zaskarżył w całości Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Postanowieniu Izby zarzucono:

- naruszenie artykułu 180 ustęp 2 punkt 6 w związku z artykułem 7 ustęp 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że zakres odwołania w postępowaniach o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie artykułu 11 ustęp 8 ustawy powoduje niemożność przyjęcia, że zaskarżenie odwołaniem podlega wybór najkorzystniejszej oferty, która winna była zostać przez zamawiającego odrzucona, podczas gdy prawidłowa wykładnia przepisów

proceeds to the application, that the appeal in these proceedings is contrary to the provisions of the law on the selection of the most advantageous offer, whose inadmissibility lies in the refusal to accept the offer, which should have been rejected by the tenderer;

- violation of Article 189 paragraph 2 point 6 of the Law on Public Procurement by the incorrect application of the law in the present case and the rejection of the appeal on the basis of an incorrect assumption that the appeal filed with the selection committee is inadmissible, which should have been rejected by the tenderer in advance, concerns other activities than those specified in the catalogue of Article 180 paragraph 2 of the Law.

On the basis of the alleged allegations the complainant filed an application for a change of the appealed decision in its entirety and a decision on the merits of the case through a merits-based recognition of the appeal by the contractor [REDACTED]

[REDACTED] Simultaneously, an application was filed for a decision on the costs of the proceedings on appeal in accordance with Article 192 paragraph 10 in conjunction with Article 198 paragraph 5 in fine of the Law on Public Procurement and not to burden any of the parties with the costs of the proceedings on appeal in accordance with Article 102 of the Code of Civil Procedure.

In the justification the complainant pointed out, in the first place, that the position of the National Appeal Chamber expressed in the appealed decision, in the light of which Article 180 paragraph 2 point 6 of the Law on Public Procurement does not grant protection to contractors questioning the correctness of the selection of the most advantageous offer in the face of the refusal to accept the offer considered to be significantly lower, is completely unreasonable. The expansion of the catalogue of grounds for appeal in proceedings at the pre-proposal stage was an expression of the consideration of the interests of entrepreneurs in the area of increasing the possibility of challenging the behaviour of tenderers in these proceedings, in particular as regards the most important activity of the tenderer consisting in the selection of the most advantageous offer. Proceedings at the pre-proposal stage constitute a significant part of the national proceedings on the award of public contracts and at the same time constitute a significant percentage of proceedings in which appeals are filed with the National Appeal Chamber. Such a state of affairs required the intervention of the legislator in the direction of allowing a wider possibility of questioning decisions contrary to the law on the behaviour of tenderers most frequently conducted on a national scale in proceedings, which found its reflection in the content of Article 180 paragraph 2 points 5 and 6 of the Law in the wording in force from 28 July 2016.

Expanding the catalogue of grounds for appeal in proceedings at the pre-proposal stage the legislator had in mind the protection of the interests of contractors in these proceedings, without the assessment of the reasons, in which the position is contrary to the law on the selection of the most advantageous offer. In the appealed decision, taking into account the concept of "selection of the most advantageous offer" used in Article 180 paragraph 2 point 6 of the Law, the Chamber found that

nowa przesłanka dopuszczalności odwołania służyć ma umożliwieniu kwestionowania wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która w istocie nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu artykułu 2 punkt 5 ustawy. W jej ocenie, pojęcie to determinuje, że w postępowaniach podprogowych wykonawcy mogą skarżyć odwołaniem tylko wybór oferty dokonany przez zamawiającego niezgodnie z uprzednio przyjętymi przez niego kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że wykładnia ta nie znajduje oparcia w przepisach ustawy - Prawo zamówień publicznych, a zwłaszcza w instytucji badania i oceny ofert, której efektem jest wybór oferty najkorzystniejszej. Na gruncie przepisów ustawy nie sposób przyjąć, aby pojęcie wybór najkorzystniejszej oferty było interpretowane w sposób tak zawężający, jak tego dokonała Izba zaskarżonym postanowieniem. 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 przeprowadzeniu przez zamawiającego faz poprzedzających ten wybór.

Tymczasem stanowisko Izby zaprezentowane w zaskarżonym postanowieniu, sprowadzające się do całkowitego rozdzielenia czynności badania ofert od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty zupełnie abstrahuje od zasady legalizmu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wypływającej z artykułu 7 ustęp 3 ustawy. W świetle tej regulacji 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. Z kolei zgodny z przepisami ustawy wybór oferty może nastąpić wyłącznie spośród ofert złożonych przez wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu i 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.

W odpowiedzi na skargę zamawiający wniósł o oddalenie skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w całości, ewentualnie o orzeczenie co do istoty sprawy i oddalenie odwołania [REDAKTOWANE] w całości. W

uzasadnieniu swojego stanowiska zamawiający wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza w sposób wyczerpujący dokonała analizy stanu faktycznego sprawy i obszernie uzasadniła podjęte w sprawie rozstrzygnięcie. Izba powołała szereg dotychczasowych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzających stanowisko wyrażone w treści uzasadnienia zaskarżonego postanowienia.

Z ostrożności procesowej zamawiający podniósł, że złożone przez wykonawcę [REDAKTOWANO] [REDAKTOWANO] odwołanie jest niezasadne i powinno zostać oddalone w całości. Otwarcie ofert odbyło się dnia 11 stycznia 2017 roku. Zamawiający poinformował, że na wykonanie przedmiotowego zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę [REDAKTOWANO] złotych brutto. W postępowaniu złożono następujące oferty: [REDAKTOWANO] - na kwotę [REDAKTOWANO] zł, [REDAKTOWANO] - na kwotę [REDAKTOWANO] złotych. W obu ofertach termin przeprowadzenia weryfikacji pojedynczego sprawozdania został określony na dwa dni.

W przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30 procent od wartości zamówienia, powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z artykułem 35 ustęp 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ustępie 1 przepisu, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia (artykuł 90 ustęp 1a punkt 1 prawa zamówień publicznych).

Wyłącznie w celu wykonania wyżej wymienionego przepisu zamawiający dnia 11 stycznia 2017 roku wezwał obu wykonawców do udzielenia wyjaśnień, w tym wyliczenia ceny, gdyż podana cena ofertowa za wykonanie przedmiotowego zamówienia publicznego była niższa o co najmniej 30 procent od wartości zamówienia, powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przez zamawiającego. Zamawiający w toku wyboru najkorzystniejszej oferty nie miał wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez wykonawcę [REDAKTOWANO] ramach zaoferowanej ceny zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Na marginesie wskazano, że w dniu 1 lutego 2017 roku [REDAKTOWANO] [REDAKTOWANO] wniosła pismo zatytułowane „Uzupełnienie uzasadnienia odwołania”, które wniesione zostało po terminie do wniesienia odwołania. Z uwagi na to uchybienie pismo to nie może być uznane za część odwołania, a co za tym idzie w tym zakresie nie może stanowić podstawy faktycznej rozstrzygnięcia. Podkreślono, że w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi nie można rozszerzyć żądania odwołania, ani występować z nowymi żądaniami po myśli artykułu 198d Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający wskazał również, że wybrany wykonawca w chwili obecnej prawidłowo realizuje zawartą z zamawiającym umowę, co tylko potwierdza niezasadność twierdzenia

odwołującego o zaoferowaniu przezeń rzekomo rażąco niskiej ceny.

W piśmie z dnia 14 kwietnia 2017 roku odwołujący wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia w całości i orzeczenie co do istoty sprawy, poprzez uwzględnienie odwołania i stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy, a także obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga jest zasadna i jako taka zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że skarżący Prezes Urzędu Zamówień Publicznych posiada legitymację do występowania w charakterze strony w niniejszej sprawie, a skarga jest dopuszczalna i została wniesiona w ustawowym terminie.

Zgodnie z przepisem artykuł 198b ustęp 4 zdanie trzecie ustawy - Prawo zamówień publicznych do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego o prokuratorze. Odnosząc się do kwestii istnienia lub braku podstaw do odrzucenia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą należy zauważyć co następuje.

W sprawie kluczowe i determinujące kwestię dopuszczalności merytorycznego rozstrzygnięcia skargi jest ustalenie, czy odwołującemu przysługuje odwołanie. Zgodnie bowiem z treścią artykuł 189 ustęp 2 punkt 6 ustawy - Prawo zamówień publicznych w brzmieniu ustalonym nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016 roku (Dziennik Ustaw z 2016 roku, pozycja 1020), Izba odrzuca odwołanie jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie artykułu 11 ustęp 8 ustawy, a odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w artykule 180 ustęp 2 ustawy.

W świetle artykułu 180 ustęp 1 Prawa zamówień publicznych, w brzmieniu obowiązującym od dnia 7 lipca 2016 roku, odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie artykuł 11 ustęp 8 ustawy, 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. wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
4. odrzucenia oferty odwołującego;

5. opisu przedmiotu zamówienia;
6. wyboru najkorzystniejszej oferty.

W zaskarżonym postanowieniu wskazano na zawężającą interpretację pojęcia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty jako podstawę i przesłankę dopuszczalności złożenia odwołania. Podkreślono, że w istocie przedmiotem skargi jest zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna być odrzucona. Na to zaś zaniechanie, zdaniem KIO, skarga nie przysługuje.

Należy przyznać rację skarżącemu w ramach pierwszej podstawy skargi, że w zaskarżonym postanowieniu doszło do naruszenia artykuł 180 ustęp 2 punkt 6 w związku z artykułem 7 ustęp 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że 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 kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie artykuł 11 ustęp 8 ustawy, 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.

Analizowany przepis podlega wykładni językowej, funkcjonalnej i celowościowej. Pominięta zostanie wykładnia według kryterium podmiotu jego dokonującego. Jak wynika z motywów ustawy, kwestionowany przepis dodano po to, aby w tak zwanych postępowaniach podprogowych istniały podstawy do odwołania się i kontroli od najbardziej istotnych decyzji w toku postępowania o zamówienie publiczne.

Uwzględniając kryterium sposobu dokonywania wykładni, rodzaje interpretacji prawa można podzielić na wykładnię językową, systemową i funkcjonalną. Wykładnię można też określić według jej wyników i wskazać wykładnię literalną - interpretatio declarativa, rozszerzającą - interpretatio extensiva i zawężającą - interpretatio restrictiva. Uzupełniające do analizy rodzajów wykładni są dyrektywy wykładni językowej. Należy wymienić tu reguły interpretacyjne wykładni gramatycznej, która jest wykładnią podstawową w analizie przepisów, jak w szczególności:

- do tekstu przepisu nie można niczego dodawać ani odejmować;
- zwroty prawne należy w razie wątpliwości, co do zasady, rozumieć jak w języku naturalnym;
- zwroty jednobrzmiące należy rozumieć jednolicie w tekście prawniczym;
- zwrotów odmiennych nie należy rozumieć jednolicie;
- wyjątków od zasad prawnych nie należy rozumieć rozszerzająco.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy należy wskazać, że odwołanie wniósł jeden z uczestników postępowania, skarżąc decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej [REDAKTOWANE], która jego zdaniem,

powinna ulec wykluczeniu ze względu na brak wykazania przesłanek z SIWZ, z powodu wadliwości wyboru oferty.

Biorąc to pod uwagę, w sprawie podstawowe znaczenie ma wykładnia językowa i celowościowa analizowanych przepisów i ewentualnych podstaw do odrzucenia odwołania. W świetle wykładni językowej wnioski, jakoby odwołanie dotyczyło kwestii decyzji, a w zasadzie jej braku, to jest zaniechania wykluczenia wykonawcy i zaniechania odrzucenia jego oferty, jest oczywiście wadliwe. Jak wynika z treści odwołania, [REDAKTOWANE] zaskarżyła czynność zamawiającego polegającą na wykonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Jest przy tym oczywiste, że czynność zamówienia najkorzystniejszej oferty, która winna być odrzucona, narusza interes odwołującego. Pojęcie czynności, czy szerzej czynów w prawie, oznacza zarówno działanie, jak i zaniechanie działania wbrew ustawowemu obowiązkowi. W sprawie czynność wyboru najkorzystniejszej oferty jest ukoronowaniem szeregu czynności, działań lub zaniechań i to ta końcowa czynność w łańcuchu decyzyjnym podlega odwołaniu. W świetle wykładni celowościowej nie ma znaczenia, jaki element procesu decyzyjnego wcześniej był wadliwy. Nie jak to zawężająco w świetle wykładni językowej zdaje się sugerować uzasadnienie rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej, przepis artykułu 180 ustęp 2 punkt 6 Prawa zamówień publicznych w żaden sposób nie wartościuje ani nie uzależnia dopuszczalności odwołania od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty od zaistnienia określonych przyczyn leżących u podstaw wadliwej i niezgodnej z prawem decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Konkludując, zarówno wykładnia językowa, jak i celowościowa analizowanego przepisu nie stwarza przesłanek do wartościowania i oceny podstaw do wyboru oferty najkorzystniejszej. Może u podstaw takiej decyzji leżeć każde zdarzenie niezgodne z prawem, a odwołanie takie jest prawnie dopuszczalne. Nie ma też znaczenia, że przepis artykułu 180 ustęp 2 ustawy jest wyjątkiem od zasady i że w związku z tym jeszcze dodatkowo należy zawężyć pojęcie przesłanki zaskarżenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, uzależniając dopuszczalność odwołania tylko do określonych przyczyn tego wadliwego wyboru, czego nie można uzasadnić w żaden sposób w świetle wykładni językowej analizowanego przepisu. Zawężałoby to znacząco kognicję organu odwoławczego pozbawiając ochrony prawnej i kontroli przez uczestników przetargu.

Dodatkowo należy zauważyć w świetle wykładni celowościowej, że celem ustawodawcy było rozszerzenie podstaw do składania odwołań w tak zwanych postępowaniach podprogowych. Wartościowanie przyczyn, u podstaw których leży spreczna z prawem decyzja o wyborze najkorzystniejszej oferty, leży w sprzeczności z celem ustawodawcy i przeprowadzoną nowelizacją. Nie można wybrać najkorzystniejszej oferty, która podlega wykluczeniu w świetle przepisów prawa i wyłączyć możliwość

odwołania na podstawie takiej przyczyny. Wyniki proponowanej wykładni wykluczałyby dopuszczalność odwołań w szeregu przypadków wadliwego i niezgodnego z prawem wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wreszcie taki kierunek wykładni nie tylko pozbawiałby ochrony prawnej, lecz wykluczałby też funkcję Prawa zamówień publicznych i normatywny charakter sankcji zaniechania wykluczenia. Pomimo istnienia podstaw do tego brak wykluczenia oferenta mógłby prowadzić do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej i taka czynność nie podlegałaby możliwości zaskarżenia w ramach odwołania, a więc w istocie funkcjonowałaby w obrocie gospodarczym jako w pełni skuteczna. Zamysłem ustawodawcy wprowadzenie zmian miało chronić interes wykonawcy i poszerzyć katalog przypadków, kiedy można złożyć odwołanie. Kierunek wykładni reprezentowany w zaskarżonym postanowieniu byłby więc także sprzeczny z wykładnią celowościową analizowanych przepisów.

W efekcie należy uznać, że dokonując wykładni artykułu 180 ustęp 2 punkt 6 w związku z artykułem 7 ustęp 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, zaskarżeniu odwołaniem w postępowaniach przed KIO podlegają wszystkie zachowania zamawiającego w ramach badania i oceny ofert prowadzące do wadliwego, niezgodnego z przepisami prawa ustawy - Prawo zamówień publicznych 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. Oznacza to dopuszczalność odwołania i naruszenie artykułu 189 ustęp 2 punkt 6 Prawa zamówień publicznych prowadzące do niewłaściwego jego zastosowanie i bezpodstawnego odrzucenia skargi, co implikuje konieczność zmiany zaskarżonego postanowienia i otwiera możliwość merytorycznego rozpoznania odwołania w wyniku złożenia skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W kwestii zasadności odwołania i rozstrzygnięcia merytorycznego należy zważyć co następuje.

Odwołujący w pierwszej kolejności zarzucił naruszenie artykułu 89 ustęp 1 punkt 4 w związku z artykułem 90 ustęp 3 Prawa zamówień publicznych, którego konsekwencją było zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy i uznanie wybranej oferty za najkorzystniejszą, mimo że wykonawca nie wykazał, że jego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z powołanymi przepisami, aby zamawiający miał podstawy do odrzucenia oferty przystępującego, musiałoby dojść do ustalenia, że albo przystępujący w ogóle nie złożył wyjaśnień albo że złożone wyjaśnienia wraz z innymi dowodami potwierdzają, że została zaoferowana cena rażąco niska. Wyjaśnienie kwestii związanych z podejrzeniem rażąco niskiej ceny stanowi obowiązkowy element badania i oceny ofert. Zgodnie z regulacją artykułu 90 ustęp 1 Prawa zamówień publicznych, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska

w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z wybranych przepisów, w szczególności jest niższa o 30 procent od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość cen.

W przedmiotowej sprawie zamawiający pismem z dnia 11 stycznia 2017 roku wezwał zarówno odwołującego, jak i interwenienta ubocznego do złożenia wyjaśnień celem wykazania, że nie zostały zaoferowane ceny rażąco niskie. Obaj uczestnicy złożyli wyjaśnienia w zakreślonym terminie, przez co nie zachodzi przypadek odrzucenia oferty z powodu braku złożenia wyjaśnień. Z uwagi na charakter zamówienia i dotychczasowe doświadczenia zamawiającego przy tego rodzaju zamówieniach, zamawiający nie miał wątpliwości, że ceny wskazane w obu ofertach, to jest odwołującego i wybranego wykonawcy, nie są rażąco niskie, mimo że ceny obu tych ofert były niższe co najmniej 30 procent od ustalonej przez zamawiającego wartości zamówienia, powiększonej o należny podatek VAT.

W piśmie z dnia 16 stycznia 2013 roku interwenient uboczny udzielił wyjaśnień odnośnie do wysokości zaoferowanej ceny, podając na poparcie swoich twierdzeń wyliczenia kosztów realizacji przedmiotu zamówienia. Analiza tego dokumentu oraz zaoferowanych przez obu uczestników cen, w ocenie Sądu Okręgowego, pozwala przyjąć, że w przedmiotowej sprawie nie zachodziła również druga z przesłanek odrzucenia oferty [REDAKTED] [REDAKTED] to jest oferta nie zawierała ceny rażąco niskiej. Okoliczność tę dodatkowo potwierdza fakt porównania cen zaoferowanych przez odwołującego i wybranego wykonawcę. O ile bowiem ten pierwszy złożył ofertę na kwotę [REDAKTED] złotych, o tyle wybrany wykonawca zaoferował cenę [REDAKTED] złotych. Sama różnica między zaproponowanymi cenami w wysokości [REDAKTED] złotych nie stwarza jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, aby wybrana oferta opiewała na kwotę rażąco niską. Analiza przedłożonych ofert wskazuje bowiem, że złożone przez powołanych kontrahentów oferty miały zbliżone parametry i były podobnie skalkulowane, a z całą pewnością cena zaoferowana przez interwenienta ubocznego nie była ceną nierealną.

Wymaga bowiem podkreślenia, 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. W ocenie Sądu, na podstawie zgromadzonych w sprawie materiałów kwota zaproponowana przez [REDAKTED] nie jest ceną rażąco niską, co właściwie ocenił zamawiający.

Dodatkowo odwołujący zarzucił, że in casu doszło do naruszenia przepisu artykułu 7

ustęp 1 ustawy przez jego niezastosowanie i naruszenie zasad uczciwej konkurencji przez nieprzeprowadzenie w sposób rzetelny postępowania wyjaśniającego, jak również niewywiązanie się z obowiązku badania i wnikliwej oceny otrzymanych wyjaśnień. Z przedłożonego przez wykonawcę [REDAKTION] na żądanie zamawiającego, wykazu osób wyznaczonych do realizacji spornego zamówienia publicznego wynika bowiem, że 3 osoby w ramach zdobytego doświadczenia wymieniły usługę przeprowadzenia audytu zewnętrznego projektu pt. [REDAKTION] realizowanego w ramach [REDAKTION]

Tymczasem zgodnie z rozdziałem 1 punkt 4 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik numer 1 do SIWZ przedmiotem spornego zamówienia była weryfikacja sprawozdań realizowanych między innymi właśnie w ramach projektu [REDAKTION]. Zamawiający nie zakwestionował wskazanego przez osoby podane przez interwenienta ubocznego doświadczenia, nie doszukując się w nim czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wprawdzie zamawiający powołał się na brak możliwości merytorycznej oceny tego zarzutu, z uwagi na fakt podniesienia go po upływie terminu przewidzianego na wniesienie odwołania od decyzji przetargowej, niemniej z treści pisma odwołującego z dnia 1 lutego 2017 roku wynika wprost, że wiedzę w przedmiotowym zakresie pozyskał on dopiero dzień po upływie terminu na wniesienie rzeczowego odwołania. Mimo złożenia przez odwołującego stosownego wniosku w tej materii w dniu 26 stycznia 2017 roku, zamawiający nie udostępnił mu żądanych informacji aż do upływu terminu zakreślonego na wniesienie odwołania. Nie sposób tym samym przypisać racji tezie zamawiającego, jakoby odwołujący, który w ustawowym terminie wniósł odwołanie od decyzji przetargowej, nie był uprawniony do uzupełnienia odwołania po terminie przewidzianym na jego wniesienie. Okoliczność ta nie znajdując oparcia w obowiązujących przepisach prawa nie przekonuje, a nadto pozostawałaby w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, skoro wiedzę o okoliczności mogącej stanowić podstawę zarzutu odwoławczego odwołujący posiadał dopiero po upływie terminu zakreślonego na wniesienie odwołania, z przyczyn przez siebie niezawinionych, a leżących po stronie zamawiającego.

Oceniając przedmiotowy zarzut, w ocenie Sądu Okręgowego, in casu zostały naruszone dobre obyczaje w postaci obowiązku bezstronności i niezależności, które zagrażają należytemu wykonaniu zamówienia, co wydaje się sprzeczne z interesem zamawiającego. Wprawdzie obowiązek bezstronności i niezależności nie został bezpośrednio określony w SIWZ, to jednak wynika wprost z wytycznych dla beneficjentów dotyczących standardów audytu zewnętrznego projektów realizowanych w ramach

[REDAKCYJNE] z dnia 13 kwietnia 2010 roku. Nie dezawuuując powyższego, wydaje się rzeczą naturalną, że osoby wykonujące daną usługę na rzecz zamawiającego, nie powinny później weryfikować wyników tej usługi w ramach realizacji projektu będącego przedmiotem przetargu, w którym wystąpiły. Trudno bowiem już in abstracto wymagać obiektywności od osób, które mają oceniać wyniki swojej własnej działalności. Okoliczność ta, zdaniem Sądu, wydaje się oczywista i nie wymaga dalszego komentarza.

Tym samym należało przyznać rację odwołującemu, że oferta zgłoszona przez [REDAKCYJNE] naruszała dobre obyczaje w rozumieniu przepisu artykułu 3 ustęp 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W konsekwencji jako wykonawca wymieniony powinien zostać wykluczony z przetargu, a jego oferta nie powinna być brana pod uwagę przy wyborze najkorzystniejszym.

W sprawie więc niewątpliwie miało miejsce naruszenie przepisów ustawy artykuł 89 ustęp 1 punkt 3 w związku z artykułem 7 ustęp 1 Prawa zamówień publicznych. Z tych powodów sąd rozpoznając odwołanie powinien nakazać zamawiającemu unieważnienie czynności polegających na dokonaniu oceny złożonych ofert i dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty [REDAKCYJNE] oraz powtórzenie czynności badania i oceny złożonych ofert, w tym odrzucenie oferty interwenienta ubocznego na podstawie artykułu 89 ustęp 1 punkt 5 Prawa zamówień publicznych, jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jednak, jak podniósł pełnomocnik zamawiającego, umowa o wykonanie spornego przedmiotu zamówienia publicznego została zawarta i jest wykonywana, czemu nie zaprzeczył pełnomocnik skarżącego.

Umowę zawarto w warunkach, o których mowa w artykule 192 ustęp 3 punkt 3 w związku z artykułem 198f ustęp 2 zdanie drugie i trzecie Prawa zamówień publicznych. Należało więc orzec, jak w punkcie I wyroku, uwzględniając odwołanie i stwierdzając naruszenie przepisów ustawy. Takie też de facto było ostateczne żądanie odwołującego zredagowane przez profesjonalnego pełnomocnika procesowego (vide k.149).

Z tych powodów orzeczono jak w sentencji na podstawie artykuł 386 § 1 kpc i artykułu 198f ustęp 2 Prawa zamówień publicznych.

O kosztach postępowania sąd orzekł po myśli artykułu 198f ustęp 5 Prawa zamówień publicznych, stosownie do jego wyniku - artykułu 98 § 1 kpc. Skoro odwołanie uwzględniono, należało zaliczyć do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 złotych tytułem wpisu od odwołania i zasądzić te koszty od zamawiającego na rzecz odwołującego. Nie zgłoszono przy tym żądania zwrotu kosztów zastępstwa w postępowaniu odwoławczym.

Na podstawie przepisu artykułu 102 kpc Sąd odstąpił od obciążania stron, w tym zamawiającego, kosztami postępowania wywołanego skargą, biorąc pod uwagę, że została

ona wywiedziona samodzielnie przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w interesie publicznym. Z tych powodów orzeczono, jak w punkcie II wyroku.