

Sygn. akt VII Ga 61/17

## POSTANOWIENIE

Dnia 17 marca 2017 r.

Sąd Okręgowy w Kielcach VII Wydział Gospodarczy  
w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Elżbieta Kabzińska

Sędziowie: SSO Irena Szrajer-Dragan, SSR del. Michał Derela (spr.)

Protokolant: sekr. sądowy Krzysztof Bracisiewicz

po rozpoznaniu w dniu 10 marca 2017 r. w Kielcach na rozprawie  
na skutek skargi: Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie  
od orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2017r. sygn. akt  
KIO 2478/16

z udziałem: [REDAKTED]

postanawia:

1. Uchylić zaskarżone postanowienie i postępowanie umorzyć;
2. Nie obciążać stron kosztami postępowania odwoławczego;
3. Znieść wzajemnie między stronami koszty postępowania ze skargi;

SSR del. Michał Derela (spr.)

SSO Elżbieta Kabzińska

SSO Irena Szrajer-Dragan



Za zgodność z oryginałem  
świadczymy: SEKRETARZ

[Signature]

[REDAKTED] (zamawiający) prowadziła postępowanie na  
wykonanie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest [REDAKTED]

[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]". Postępowanie prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: pzp).

W dniu 28 grudnia 2016 r. [REDACTED] (odwołujący) wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na wyborze w dniu 22 grudnia 2016 r. najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum firm: lider [REDACTED] partner: [REDACTED] (dalej: wykonawca), dla wszystkich siedmiu części zamówienia w sposób sprzeczny z ustawą Prawo Zamówień Publicznych. Odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 90 ust. 3 pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy, pomimo iż złożone przez wykonawcę wyjaśnienia były niekompletne, a dostarczone wyliczenia sposobu kalkulacji ceny potwierdzały, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

- art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawców, mimo że zawiera liczne błędy w obliczeniu ceny,

- art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do wyjaśnień treści oferty, w tym tych dotyczących sposobu kalkulacji ceny dla poszczególnych części zamówienia, co spowodowało brak porównywalności złożonych ofert,

- art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy, pomimo, iż jej treść w sposób oczywisty nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia

- art. 7 ust. 1 i 3 pzp poprzez podejmowanie czynności w postępowaniu w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez stworzenie sytuacji, w której porównanie ofert dla poszczególnych części zamówienia nie jest możliwe.

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 25a pzp poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy pomimo, iż jej treść w sposób oczywisty nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przejawiająca się w przedłożeniu nieważnego zaświadczenia z Urzędu Skarbowego, które było wydane po terminie składania ofert tj. w dniu 28.11.2016r.

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 25a pzp poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy pomimo, iż jej treść w sposób oczywisty nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przejawiająca się w przedłożeniu nieaktualnych informacji odpowiadających odpisowi aktualnemu KRS, które nie potwierdzają stanu na dzień składania ofert tj. 21.11.2016r., wystawione są zaś odpowiednio 12.12.2016r. oraz 02.12.2016r., oraz przedłożenie opinii bankowej, która została jest ważna na dzień 05.12.2016r., a nie na dzień składania ofert tj. 21.11.2016 r.,

- naruszenie art. 25a pzp w zw. z §5 pkt. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, poprzez przedłożenie przez konsorcjum firm nieważnych dokumentów, podczas gdy §5 stanowi że w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający może żądać zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Wskazując na powyższe, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1.) unieważnienia czynności wyboru w dniu 22 grudnia 2016 r. najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę - Konsorcjum Firm: Lider [REDAKTOWANE]  
Partner: [REDAKTOWANE], dla wszystkich siedmiu części zamówienia

2.) dokonania ponownej oceny złożonych ofert, z uwzględnieniem zastrzeżeń zgłoszonych w niniejszym piśmie, z zachowaniem zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji,

3.) uznania, iż oferta złożona przez Konsorcjum Firm: Lider [REDAKTOWANE]  
Partner: [REDAKTOWANE], dla wszystkich siedmiu części zamówienia, z uwagi na błąd w obliczeniu ceny, podlega odrzuceniu, na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt. 6 Pzp

4.) uznania, iż oferta złożona przez Konsorcjum Firm: Lider [REDAKTOWANE]  
Partner: [REDAKTOWANE], dla wszystkich siedmiu części zamówienia, zawiera rażąco niską cenę, stąd podlega odrzuceniu także na zasadzie art 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp

5.) uwzględnienia skutków ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w rankingu ofert

Pismem z dnia 4 stycznia 2017 r. zamawiający - [REDAKTOWANE]  
uwzględnił odwołanie w części:

1.) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę - Konsorcjum Firm: [REDAKTOWANE], Partner: [REDAKTOWANE] dla wszystkich siedmiu części zamówienia

2.) uznania, iż oferta złożona przez Konsorcjum Firm: Lider [REDAKTOWANE], Partner: [REDAKTOWANE], dla wszystkich siedmiu części zamówienia, zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu.

Burmistrz natomiast nie uwzględnił odwołania w części zastrzeżeń zgłoszonych w odwołaniu w odniesieniu do:

- naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 25a pzp poprzez nieodrzczenie oferty wykonawcy pomimo, iż jej treść w sposób oczywisty nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przejawiając się w przedłożeniu nieważnego zaświadczenia z Urzędu Skarbowego, które było wydane po terminie składania ofert tj. w dniu 28.11.2016r.

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 25a pzp poprzez nieodrzczenie oferty wykonawcy pomimo, iż jej treść w sposób oczywisty nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przejawiając się w przedłożeniu nieaktualnych informacji odpowiadających odpisowi aktualnemu KRS (...), oraz przedłożeniu opinii bankowej, która jest ważna na dzień 05.12.2016r., a nie na dzień składania ofert tj. 21.11.2016 r.,

- naruszenie art. 25a pzp w zw. z §5 pkt. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, poprzez przedłożenie przez konsorcjum firm nieważnych dokumentów (...)

W piśmie z dnia 5 stycznia 2017 r. odwołujący [REDAKTOWANE] podniósł, że bez względu na niepodzielenie przez zamawiającego wszystkich zarzutów wskazanych w treści odwołania, wobec alternatywnego określenia zadań co do przyczyn odrzucenia oferty, orzekanie w zakresie pozostałych zarzutów jest bezprzedmiotowe, gdyż zamawiający uwzględnił najdalej idący wniosek o unieważnienie czynności wyboru, dokonanie ponownej oceny ofert i uznanie, iż oferta złożona przez Konsorcjum Firm: Lider [REDAKTOWANE], Partner: [REDAKTOWANE], dla wszystkich siedmiu części zamówienia, zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu.

Postanowieniem z dnia 9 stycznia 2017 roku sygn. akt KIO 2478/16 Krajowa Izba Odwoławcza w punkcie 1 odrzuciła odwołanie i w punkcie 2 kosztami postępowania

obciążyla wykonawcę [REDAKTOWANE] i zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nie było wątpliwości, że wartość zamówienia oszacowano poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych. Zdaniem KIO, odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 pzp, ponieważ nie dotyczy żadnej z czynności, wymienionych w art. 180 ust. 2 pzp. Zasadniczym zarzutem rozpatrywanego odwołania jest zarzut zaniechania odrzucenia oferty konkurencyjnego wykonawcy przez zamawiającego, mimo że, zdaniem odwołującego, oferta ta zawiera rażąco niską cenę, błędy w obliczeniu ceny oraz jest niezgodna z treścią SIWZ. Zasadniczy zarzut odwołania, tj. „zaniechanie odrzucenia oferty innego wykonawcy” niewątpliwie nie jest żadną z czynności wymienionych w art. 180 ust. 2 pkt 1-5 pzp. Analizy wymaga, czy pojęcie „zaniechania odrzucenia” mieści się w pojęciu czynności „wyboru oferty najkorzystniejszej” w znaczeniu użytym w art. 180 ust. 2 pkt 6 pzp. Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, że w przepisach dotyczących odwołań ustawodawca wyraźnie rozróżnia kategorię „czynności” od kategorii „zaniechań czynności”: zgodnie z art. 180 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności lub zaniechania czynności. Z kolei art. 180 ust. 2 pzp, statuuje wyjątek od ogólnej reguły, wyraźnie zezwala na wniesienie odwołania w postępowaniu poniżej tzw. progów unijnych wyłącznie od wymienionych w nim „czynności”. Po drugie, można dostrzec, że ustawodawca zakres znaczenia pojęcia „wybór oferty najkorzystniejszej” w pkt 6 art. 180 ust. 2 zastosował w innym, węższym znaczeniu, niż potocznie rozumiany - w pojęciu tym nie mieści się podjęcie decyzji o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty wykonawcy, ponieważ w osobnych punktach przywoływanego przepisu wymieniono przesłankę odwoławczą „wykluczenia odwołującego z postępowania” i „odrzucenia oferty odwołującego” (art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 pzp). W konsekwencji, poszukiwanie znaczenia pojęcia „wybór oferty najkorzystniejszej” prowadzi do wniosku, że pojęcie to należy rozumieć wąsko. Nie można bowiem, zakładając racjonalność i konsekwencję ustawodawcy, twierdzić, że „wybór najkorzystniejszej oferty” obejmuje „zaniechanie czynności odrzucenia oferty”. Krajowa Izba Odwoławcza jednolicie wyraża w orzecznictwie pogląd o wąskim rozumieniu pojęcia „wyboru oferty najkorzystniejszej”, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 pzp.

W dniu 30 stycznia 2017 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wniósł skargę na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2017 r. zaskarżając je w całości.

Zaskarżonemu postanowieniu zarzucił naruszenie:

1. art. 180 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż zakres odwołania w postępowaniach o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp powoduje niemożność przyjęcia, iż zaskarżeniu odwołaniem podlega wybór najkorzystniejszej oferty, która winna była zostać przez zamawiającego odrzucona, podczas gdy prawidłowa wykładnia ww. przepisów prowadzi do wniosku, iż zaskarżeniu odwołaniem w tych postępowaniach podlega niezgodny z przepisami ustawy Pzp wybór najkorzystniejszej oferty, którego wadliwość polega na zaniechaniu odrzucenia oferty, która winna była zostać przez zamawiającego odrzucona;

2. art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie w stanie faktycznym 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.

Wskazując na powyższe Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wniósł, o zmianę zaskarżonego postanowienia w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez merytoryczne rozpoznanie odwołania wykonawcy ██████████ z siedzibą w ██████████ w zakresie nieuwzględnionych przez Zamawiającego - ██████████ następujących zarzutów przedstawionych w odwołaniu:

1) naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 25a ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: ██████████, ██████████, ██████████, pomimo iż jej treść w sposób oczywisty nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co przejawiało się przedłożeniem nieważnego zaświadczenia z Urzędu Skarbowego (...)

2) naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 25a ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: ██████████, ██████████, ██████████, pomimo iż jej treść w sposób oczywisty nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co przejawiało się przedłożeniem nieaktualnych informacji odpowiadających odpisowi aktualnemu Krajowego Rejestru Sądowego (...) a także przedłożenie opinii bankowej, która jest ważna na dzień 5 grudnia 2016 r., a nie na dzień składania ofert, tj. 21 listopada 2016 r. (...)

3) naruszenia art. 25a ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), poprzez przedłożenie przez ww. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego nieważnych dokumentów (...).

Jednocześnie, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wniósł o

1) rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 4 w zw. z art. 198f ust. 5 in fine ustawy Pzp;

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

W uzasadnieniu skargi Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że na mocy art. 1 pkt 159 ustawy nowelizującej poszerzony został katalog okoliczności umożliwiających wnoszenie przez wykonawców odwołań do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w postępowaniach podprogowych, w szczególności do katalogu przesłanek zostały dodane dwie przesłanki: opis przedmiotu zamówienia oraz wybór najkorzystniejszej oferty (art. 180 ust. 2 pkt 6). Poszerzenie katalogu przesłanek wnoszenia odwołania stanowiło wyraz uwzględnienia postulatu przedsiębiorców w zakresie zwiększenia możliwości zaskarżania zachowań zamawiających w tych postępowaniach, w szczególności co do najważniejszej czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej. Postępowania podprogowe stanowią przeważającą część ogółu krajowych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Poszerzając katalog przesłanek odwoławczych w postępowaniach podprogowych ustawodawca miał na celu ochronę interesów wykonawców w tych postępowaniach bez wartościowania przyczyn, u których podstaw leży sprzeczna z prawem decyzja o wyborze najkorzystniejszej oferty. Wykładnia Izby nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp, a zwłaszcza w instytucji badania i oceny ofert, której efektem jest wybór oferty najkorzystniejszej. Na gruncie przepisów ustawy Pzp nie sposób przyjąć, aby przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp dotyczył wyłącznie czynności zamawiającego prowadzących do wyboru najkorzystniejszej oferty, a nie jego zaniechań, skutkujących wadliwym wyborem oferty najkorzystniejszej. Wybór najkorzystniejszej oferty stanowi zwięźczenie szeregu zachowań zamawiającego. Czynności dokonywane w tych ramach pozostają ze sobą w ścisłym związku, a wynik kolejnych faz etapu badania i oceny ofert determinuje konieczność dokonania kolejnych, czy też przesądza o braku potrzeby ich dokonania. Niezależnie od zastosowanej procedury, na zamawiającym spoczywa kategoriyczny obowiązek ustalenia, czy złożone oferty nie podlegają odrzuceniu, gdyż przepis

art. 89 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter normy *ius cogens*. Odrzucona oferta nie jest poddawana ocenie na podstawie ustalonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, gdyż nie przechodzi do kolejnej fazy - oceny ofert pod kątem ustalonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. Skarżący wywiódł, 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. 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. W ramach etapu badania złożonych ofert zamawiający może dopuścić się naruszeń ustawy Pzp nie tylko poprzez czynności, ale także przez zaniechania dokonania czynności, do których jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp, a które zaniechania doprowadziły do niezgodnego z prawem wyboru najkorzystniejszej oferty. Stanowisko Izby sprowadzające się do ograniczenia prawa do wnoszenia odwołań w postępowaniach podprogowych wyłącznie do czynności zamawiającego, z pominięciem jego zaniechań, które doprowadziły do nieprawidłowego wyboru najkorzystniejszej oferty, abstrahuje od zasady legalizmu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wypływającej z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Udzielenie zamówienia publicznego może nastąpić jedynie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w zgodzie z przepisami ustawy Pzp. Z kolei zgodny z przepisami ustawy Pzp 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. Informując o wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający jednocześnie potwierdza, że oferta ta nie podlega odrzuceniu, a wykonawca ją składający nie podlega wykluczeniu z postępowania. Poprzez odmówienie wykonawcom prawa do wnoszenia odwołania na wybór oferty, która powinna być przez zamawiającego odrzucona, Izba pozbawia wykonawców możliwości weryfikacji przez wyspecjalizowany organ odwoławczy fazy badania i oceny ofert, która doprowadziła do niezgodnego z przepisami ustawy Pzp wyboru oferty. Ponadto, zaprezentowana przez Izbę wąska interpretacja art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, stoi w sprzeczności z zasadniczym celem ustawy Pzp, jakim niezmiennie pozostaje wyłonienie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę odpowiadającą wymaganiom zamawiającego opisanym w SIWZ i który nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a także daje rękojmię należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia



publicznego. Wyjątkowy charakter uprawnienia do skorzystania ze środka ochrony prawnej w tych postępowaniach nie może automatycznie prowadzić do wybiórczej interpretacji przesłanek dopuszczalności składania odwołań. W świetle wykładni językowej art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp nie można dodatkowo zawęzić przesłanki „wyboru najkorzystniejszej oferty”. Przeprowadzona przez Izbę interpretacja art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp wymagałaby, zgodnie z dyrektywami wykładni językowej, wprowadzenia nowych, nieistniejących przesłanek ustawowych, prowadzących do znacznego zawężenia podstaw do odwołania w postępowaniach podprogowych. W zakresie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający dopuszcza się naruszeń, gdy wybiera jako najkorzystniejszą ofertę, która powinna być odrzucona. Również w przypadku przesłanki z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, z uwagi na kategoryczne brzmienie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, w ramach okoliczności „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. Słusznie ustawodawca, wprowadzając czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, jako przesłankę do wnoszenia odwołań w postępowaniach podprogowych, pozostawił dotychczasowe zaskarżalne w tym trybie czynności: odrzucenie oferty odwołującego i wykluczenie odwołującego z postępowania, gdyż pozostawił wykonawcom prawo do zaskarżania w postępowaniach podprogowych czynności, które wprost wpływają na jego sytuację w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Mając na uwadze treść art. 92 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu znowelizowanym, należy zauważyć, iż przesłanka z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp nie obejmuje możliwości zaskarżania zaniechania odrzucenia innych niż oferta najkorzystniejsza ofert lub wykluczenia innych wykonawców, niż ten, który został wybrany do wykonania zamówienia. Przypisywanie przez Izbę nadmiernego znaczenia zmianie przepisu o charakterze informacyjnym (art. 92 ust. 1 ustawy) i wywodzenie z tej zmiany ograniczenia dla uprawnienia do korzystania ze środków ochrony prawnej o fundamentalnym znaczeniu w systemie zamówień publicznych jest nieproporcjonalne i nie może zasługiwać na uznanie „dla wykonawców”. Zasadniczym celem zmiany katalogu przesłanek odwołania w postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych było zwiększenie ochrony prawnej wykonawców. Nadrzędnym celem postępowania odwoławczego jest rozpoznanie sprawy co do istoty. Przesłanki odrzucenia odwołania wyrażone w art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp należy interpretować ściśle, gdyż zakończenie tego postępowania w sposób formalny zamyka odwołującemu się wykonawcy drogę do merytorycznego rozpoznania jego

zarzutów podniesionych w ramach katalogu okoliczności określonych w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Na rozprawie w dniu 10 marca 2017 r. pełnomocnik skarżącego poparł skargę. Odwołujący [REDAKTOWANE] również poparł skargę i wniósł o nieobciążanie go kosztami postępowania skargowego i odwoławczego, gdyż KIO powinna była umorzyć postępowanie. Podniósł nadto, oraz udowodnił złożonym dokumentem w postaci informacji [REDAKTOWANE] z 17 stycznia 2017 r., że pismem tym [REDAKTOWANE] unieważniła czynność dokonaną 23 grudnia 2016 r. wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Firm: Lider [REDAKTOWANE]. Partner [REDAKTOWANE] i po przeprowadzeniu ponownej oceny i porównania ofert dokonała wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez [REDAKTOWANE] dla zadań 1-7.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

W ocenie Sądu, zaskarżone orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej jest wadliwe i nie może się ostać.

Należy wskazać na wstępie, że do rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie miały zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Z dokumentów zgromadzonych w sprawie wynika, że wartość zamówienia w kwestionowanym przetargu została oszacowana na kwotę mniejszą niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, zatem w przypadku takich zamówień, określanych mianem podprogowych, podstawy faktyczne odwołania zostały wyczerpująco uregulowane w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu po nowelizacji wprowadzonej powołaną wyżej ustawą, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;

- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Przechodząc do oceny zasadności skargi, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że Krajowa Izba Odwoławcza odrzucając odwołanie zignorowała w istocie treść odwołania, w którym odwołujący m.in. zarzucił *expressis verbis* naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp poprzez *wybór* jako najkorzystniejszej oferty wykonawców, mimo że zawiera liczne błędy w obliczeniu ceny. Tak więc, odwołujący wniósł odwołanie wprost wobec wyboru najkorzystniejszej oferty, co obligowało Krajową Izbę Odwoławczą do merytorycznego rozpoznania, czy wskazywane naruszenie miało miejsce.

Co więcej, Sąd w pełni podziela interpretację zaprezentowaną przez skarżącego Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie niewłaściwej wąskiej interpretacji art. 180 ust. 2 pkt 6 pzp przez Krajową Izbę Odwoławczą. Brak jest wobec tego potrzeby powtarzania argumentacji skargi. Należy jedynie dodać, że nie ulega wątpliwości Sądu, że zaskarżenie zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy nie było dla odwołującego celem samym w sobie, lecz jego celem i intencją było niewątpliwie zakwestionowanie wadliwego wyboru oferty wykonawcy, która powinna być odrzucona. Brak jest podstaw do zawężania dopuszczalnej podstawy zaskarżenia do samej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Nie ulega wątpliwości, że celem projektu ustawy nowelizacyjnej było rozszerzenie możliwości wnoszenia odwołań w postępowaniach dotyczących zamówień tzw. podprogowych. W kontekście powyższego, przyjęcie stanowiska Izby o wąskiej interpretacji przesłanek z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp i ograniczenie jej do sfery wyłącznie wyboru oferty najatrakcyjniejszej cenowo, oznaczałoby w istocie pozbawienie wykonawców prawa do wnoszenia odwołań na wybór oferty, która powinna być przez zamawiającego odrzucona, co za tym idzie możliwości weryfikacji przez organ odwoławczy fazy badania i oceny ofert, która doprowadziła do niezgodnego z przepisami ustawy Pzp wyboru oferty. Systematyka ustawy Pzp, w szczególności przepisów art. 89 mówiącego o kryteriach odrzucenia oferty, a następnie art. 91, mówiącego o wyborze oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert, wskazuje na konieczność wyboru najkorzystniejszej oferty, niepodlegającej odrzuceniu. Dlatego też nie jest przekonujące stanowisko, które ogranicza wybór najkorzystniejszej oferty wyłącznie do jej analizy wg kryterium z art. 2 pkt 5 ustawy, a więc najkorzystniejszego bilansu ceny lub kosztu i innych kryteriów lub najniższej ceny. Przy

takiej interpretacji, w istocie niewiele sytuacji mogłoby podlegać zaskarżeniu – w praktyce jedynie takie, w których zamawiający popełnia błąd w porównaniu obiektywnie sprawdzalnych kryteriów i wybiera ofertę, która nie jest najkorzystniejsza. 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 (por. wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 22 grudnia 2016 r., sygn. akt: II Ca 1461/16, por także wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 21 grudnia 2016 r., sygn. akt: IX Ga 502/16, które zajęły analogiczne stanowisko i których argumentację podziela Sąd orzekający).

Ostatecznie zatem, Sąd Okręgowy mając na uwadze dyrektywę wykładni celowościowej i językowej doszedł do wniosku, że zaprezentowana przez KIO interpretacja przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp stoi w sprzeczności z zasadniczym celem ustawy Pzp, którym w świetle art. 7 ust. 3 ustawy Pzp jest wybór wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę, która nie podlega odrzuceniu, on zaś nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Stąd też, dokonując tej interpretacji KIO naruszyła przepis art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie odwołania w oparciu o wadliwe przyjęcie braku istnienia przesłanek z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

W konsekwencji, skoro skarga nie podlegała oddaleniu jako bezzasadna, należało zmienić zaskarżone orzeczenie i orzec wyrokiem co do istoty sprawy lub wydać postanowienie (art. 198f ust. 2 Pzp).

W niniejszej sprawie jednakże rozpoznanie sprawy co do istoty było zbędne. Jak bowiem wynika z materiału zgromadzonego w sprawie, zamawiający uwzględnił odwołanie w części unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dla wszystkich siedmiu części zamówienia oraz uznania, iż oferta złożona przez wybrane pierwotnie Konsorcjum Firm dla wszystkich siedmiu części zamówienia, zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu. Co więcej, po ponownej ocenie ofert zamawiający wybrał ofertę odwołującego – [REDACTED] dla wszystkich 7 części zamówienia.

Rozpoznanie niniejszej sprawy stało się zatem bezprzedmiotowe, a wydanie orzeczenia stało się zbędne. Rozpoznanie zarzutów co do meritum oznaczałoby, że sąd odwoławczy prowadziłby postępowanie co do problemów prawnych i faktycznych, które w danej sprawie przestały istnieć (por. postanowienie Sądu Okręgowego w Olsztynie z 6

grudnia 2016 r., sygn. akt V Ga 325/16). W konsekwencji na podstawie art. 391 § 1 kpc w zw. z art. 355 § 1 kpc Sąd umorzył postępowanie.

Ubocznie należy zauważyć, że postępowanie winno być umorzone jeszcze na etapie rozpoznania odwołania przed Krajową Izbą Odwoławczą. Odwołujący bowiem w piśmie z dnia 5 stycznia 2017 r. podniósł, że orzekanie w zakresie pozostałych zarzutów jest bezprzedmiotowe, gdyż zamawiający uwzględnił najdalej idący wniosek o unieważnienie czynności wyboru, i w konsekwencji odwołujący wniósł o umorzenie postępowania i zwrot wpisu.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 pzp, 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.

W niniejszej sprawie, mimo, że ██████ wskazała, że uwzględniła odwołanie w części, niemniej w istocie uwzględniła odwołanie w całości, przychyłając się do wniosków odwołania (unieważnienia czynności wyboru oferty, uznania, że oferta ta podlega odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę i dokonania ponownego wyboru ofert), a jedynie kwestionując trzy zarzuty naruszenia przepisów i nie zajmując stanowiska w przedmiocie innych zarzutów. Po stronie zamawiającego nie przystąpił przy tym żaden wykonawca. Wobec powyższego, postępowanie należało na powyższej podstawie umorzyć.

Ewentualne podstawą do umorzenia postępowania mógł być przepis art. 183 ust. 5 pzp, gdyż z uwagi na uchylenie czynności wyboru wykonawcy przez zamawiającego, rozpoznanie odwołania, zmierzające właśnie do uchylenia czynności wyboru wykonawcy i nakazania zamawiającemu ponownej oceny ofert, stało się bezprzedmiotowe.

Art. 186 ust. 6 pzp stanowi, że koszty postępowania odwoławczego w okolicznościach, o których mowa w ust. 2 znosi się wzajemnie.

Zgodnie z §5 ust. 1 pkt a Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41, poz. 238), 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 żaden wykonawca, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

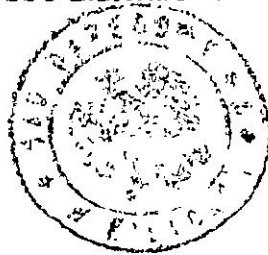
Tym samym, z powyższych przepisów wynika, że w opisanym przypadku odwołujący nie ponosi kosztów postępowania, które miałyby być pokryte z wpisu. Mając powyższe na uwadze, Sąd orzekł o nie obciążaniu odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

Sąd Okręgowy odstąpił od obciążenia uczestników kosztami postępowania skargowego, zgodnie z dyspozycją art. 102 k.p.c. i art. 198 a ust. 2 ustawy Pzp. Charakter sprawy i wniesienie skargi w niniejszej sprawie nie uzasadnia w ocenie Sądu Okręgowego zasądzenia zwrotu kosztów postępowania skargowego. W niniejszym postępowaniu Prezes Urzędu Zamówień Publicznych dążąc do wyjaśnienia wątpliwości interpretacyjnych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie działał na rzecz, czy w interesie uczestników postępowania. Powyższe uzasadnia stanowisko, iż w sprawie wszczętej na skutek skargi Prezesa Urzędu wniesionej na podstawie art. 198 b ust. 4 zd. I ustawy Pzp zachodzi szczególny przypadek, o którym mowa w art. 102 k.p.c., uzasadniający nieobciążanie jego uczestników kosztami tego postępowania skargowym. W tym stanie sprawy, Sąd Okręgowy orzekł jak w sentencji.

SSO Irena Szrajer-Dragan

SSO Elżbieta Kabzińska

SSR (del.) Michał Derela



Za zgodność z oryginałem  
świadczymy:

*B. B. B.*