

Sygn. akt V Ga 2/17



## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 maja 2017 r.

Sąd Okręgowy w Olsztynie V Wydział Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący – SSO Maciej Wasilewski (spr.)  
Sędziowie SO Wiesław Kasprzyk, SR del. do SO Maciej Rzewuski  
Protokolant st. sekr. sąd. Małgorzata Chodkowska

po rozpoznaniu w dniu 10 maja 2017 r. w Olsztynie

na rozprawie

sprawy ze skargi Prezesa Zamówień Publicznych w Warszawie

z udziałem:

- zamawiającego: [REDACTED],

- odwołującego: [REDACTED]

- przystępującego: [REDACTED]

na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 grudnia 2016 r.

sygn. akt KIO 2283/16 w przedmiocie odrzucenia skargi

I. zmienia zaskarżone orzeczenie w całości w ten sposób, że odwołanie oddala,

II. nie obciąża stron kosztami postępowania skargowego.

Sędziowie:

SO Wiesław Kasprzyk    SO Maciej Wasilewski    SR del. Maciej Rzewuski



Sygn. akt V Ga 2/17

## Uzasadnienie

Zamawiający - [REDAKTOWANE] na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.), prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE] wniósł odwołanie wobec dokonania wyboru oferty wykonawcy [REDAKTOWANE]. Wskazał, że wybrana oferta winna zostać odrzucona z uwagi na dokonanie niedopuszczalnej zmiany treści oferty po jej otwarciu, niespełniania warunku doświadczenia zawodowego i nierównego traktowania wykonawców w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych w wyniku czego zamawiający naruszył interes odwołującego się poprzez bezpodstawne pozbawienie go korzyści z realizacji przedmiotowego zamówienia, mimo iż ten złożył ofertę najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

W związku z powyższym odwołujący zażądał: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia tej oferty w związku z niedopuszczalną zmianą jej treści po terminie złożenia ofert, wykluczenia wykonawcy [REDAKTOWANE] postępowania o udzielenie zamówienia za brak wystarczającego doświadczenia zawodowego i niedostateczne udowodnienie braku podstaw do wykluczenia oraz powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.

Postanowieniem z dnia 14 grudnia 2016 r. Krajowa Izba Odwoławcza ( sygn. akt. KIO 2283/16) odrzuciła odwołanie [REDAKTOWANE] oraz obciążyła ją kosztami postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazał, że z urzędu, na podstawie art. 189 ust. 3 ustawy P.z.p., na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy P.z.p., dotyczy bowiem czynności innych niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy.

Zgodnie bowiem z art. 180 ust. 2 ustawy P.z.p. w brzmieniu po nowelizacji, 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.

Dalej wskazał, że mimo że katalog sytuacji, w których w postępowaniach podprogowych przysługuje prawo wniesienia odwoływania uległ w oparciu o ustawę z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw nowelizacji i rozszerzeniu (między innymi o czynność wyboru oferty najkorzystniejszej), to zdaniem składu orzekającego Izby przedmiotowe odwołanie dotyczy zachowań zamawiającego, wobec których ustawodawca również po nowelizacji nie przewidział możliwości zaskarżenia.

Istotą tego odwołania jest zarzut zaniechania odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą z powodu jej niezgodności z treścią ustawy P.z.p. oraz złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, co nie mieści się w katalogu określonym art. 180 ust. 2 ustawy P.z.p. Natomiast pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu mają charakter wtórny - zarzut dotyczący wyboru oferty najkorzystniejszej nie został oparty na okolicznościach dotyczących przyznanej tej ofercie oceny, ale wywiedziony jako konsekwencja zaniechania wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty. W związku z powyższym o dopuszczalności wniesienia przedmiotowego odwołania decyduje ocena dopuszczalności podniesienia zarzutu zaniechania wykluczenia innego wykonawcy i odrzucenia jego oferty, te bowiem zaniechania są istotą sporu i to w nich odwołujący upatruje naruszenia przez zamawiającego przepisów, które wskazał w odwołaniu.

Analiza znowelizowanego przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy P.z.p. i użytego w nim przez ustawodawcę sformułowania *czynność wyboru najkorzystniejszej ofert* prowadzi, zdaniem Izby, do wniosku, że pod tym pojęciem nie kryje się zaniechanie czynności odrzucenia oferty, jak również zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania, a jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w s. i. w. z.

Izba dokonując analizy i interpretacji prawnej stwierdziła, że zarzuty podniesione w niniejszym odwołaniu zdecydowanie nie mieszczą się w katalogu określonym w art. 180 ust. 2 ustawy P.z.p., gdzie mowa jest wyraźnie o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie zaś zaniechaniu odrzucenia wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą. Tym samym skład orzekający Izby podzielił jednolite stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej



W motywach skargi podał, Prezes Urzędu wnosząc skargę nie działa w interesie żadnej ze stron sporu, ale w interesie publicznym związanym z prawidłowym funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych. Podkreślił, że na gruncie przepisów ustawy P.z.p. nie sposób przyjąć, aby pojęcie „wybór najkorzystniejszej oferty” było interpretowane w sposób tak zawężający, jak tego dokonuje Izba w zaskarżonym postanowieniu. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest procesem dynamicznym charakteryzującym się sekwencyjnością zachowań zamawiającego w kolejnych etapach. Nie mniej jednak bez względu na zastosowaną przez zamawiającego procedury badania i oceny ofert (czy to zasadniczą i odwróconą), rezultatem jest wybór najkorzystniejszej oferty. Faza badania ofert pod względem formalnym jest związana z fazą wyboru najkorzystniejszej oferty. Tymczasem stanowisko Izby zaprezentowane w zaskarżonym postanowieniu, sprowadza się do całkowitego rozdzielenia czynności badania ofert od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, zupełnie abstrahując od zasady legalizmu prowadzenie postępowania o udzielanie zamówienia publicznego, wypływającej z art. 7 ust. 3 P.z.p.

Uczestnik [REDAKTOWANE] w odpowiedzi na skargę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, wniósł o oddalenie skargi ewentualnie zmianę postanowienie i oddalenie odwołania [REDAKTOWANE] oraz zasądzenie kosztów postępowania. Wskazał, że proponowana przez skarżącego interpretacja art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy P.z.p. zmierza do nieuprawnionej rozszerzającej wykładni wyjątku.

Zamawiający [REDAKTOWANE] wniosła o oddalenie skargi w całości oraz zasądzenie kosztów postępowania.

#### **Sąd Okręgowy Sąd Gospodarczy ustalił i 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 art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp 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 art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu ustalonym nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016 roku 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.

W zaskarżonym postanowieniu wskazano na zawężającą interpretację pojęcia "czynności" wyboru najkorzystniejszej ofert jako podstawę i przesłankę dopuszczalności złożenia odwołania. Podkreślano, 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 postanowieniem doszło do naruszenia art. 180 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp 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 niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 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.

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 tzw. postępowaniach podprogowych istniały podstawy do odwołania się i kontroli od najbardziej istotnych decyzji w toku postępowania o zamówienie publiczne.

W niniejszej sprawie odwołanie wniósł jeden z uczestników postępowania, skarżąc decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] która jego zdaniem powinna ulec wykluczeniu z powodu wadliwości wyboru oferty z uwagi na brak wystarczającego doświadczenia.

W ocenie Sądu wnioski jakoby odwołanie dotyczyło kwestii i decyzji, a w zasadzie jej braku, tj. zaniechania wykluczenia wykonawcy i zaniechania odrzucenia jego oferty jest oczywiście wadliwe. Jak wynika z treści odwołania [REDAKTOWANE] zaskarżyła czynność zamawiającego polegającą na dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty.

Celem ustawodawcy było rozszerzenie podstaw do składania odwołań w tzw. postępowaniach podprogowych. Wartościowanie przyczyn, u podstaw których leży sprzeczna 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 wykluczyć możliwość odwołania na podstawie takiej przyczyny. Wyniki proponowanej wykładni wykluczałyby dopuszczalność odwołań w szeregu przypadków wadliwego i niezgodnego z prawem wyboru oferty najkorzystniejszej. Wreszcie takie postępowanie nie tylko pozbawiłoby ochrony prawnej, lecz wykluczałoby też funkcje pzp i normatywny charakter sankcji zaniechania wykluczenia.

W efekcie należy uznać, że dokonując wykładni art. 180 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, iż zaskarżeniu odwołaniem w postępowaniach przed KIO podlegają wszystkie zachowania zamawiającego w ramach badania i oceny ofert prowadzące do wadliwego, niezgodnego z przepisami prawa wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym również zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego zamawiający zobowiązany był wykluczyć, a także zaniechania odrzucenia oferty, która winna była zostać przez niego odrzucona.

Oznacza to dopuszczalność odwołania i naruszenie art. 189 ust. 2 pkt 6 pzp prowadzące do niewłaściwego jego zastosowania i bezpodstawnego odrzucenia skargi, co implikuje konieczność zmiany zaskarżonego postanowienia i otwiera możliwość merytorycznego rozpoznania odwołania w wyniku złożenia skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Uznając skargę za zasadną obowiązkiem Sądu jest merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Odwołanie jest niezasadne.

Faktografia na której oparto odwołanie, tj. że w dniu 23 listopada 2016 roku zamawiający wezwał [REDAKTION] do zastąpienia podmiotu udostępniającego doświadczenie zawodowe, firmy [REDAKTION], innym podmiotem lub zobowiązał [REDAKTION] do osobistego wykonania zamówienia. W odpowiedzi na wezwanie [REDAKTION] złożyła w dniu 28 listopada 2016 r. oświadczenie, w którym, zobowiązała się do osobistego wykonania zamówienia. Ocenia odwołującego, że w wyniku takiego wezwania doszło do zmiany treści złożonej oferty w sposób niedopuszczalny w rozumieniu art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. jest w ocenie Sądu niezasadne.

Z związku uzupełnieniem, uszczegółowieniem lub nieznaczną zmianą oferty stosownie do wezwania zamawiającego nie możemy mówić o zmianie tej oferty gdy istota oferty nie uległa zmianie. Już sam ustawodawca rozróżnia korektę oferty (art. 87 ust. 1 P.z.p.) od istotnej zmiany (art. 87 ust. 1a P.z.p.). Doprecyzowanie osoby wykonującej zlecenie, a w szczególności gdy korekta polega na tym, że podwykonawcę zastępuje się przez osobiste wykonanie umowy przez oferenta w żadnym wypadku nie może być traktowane jako istotna zmiana oferty, bowiem cała istota zamówienia publicznego polega m. in. na akceptacji

samego oferenta. Sytuacja odwrotna, gdy osobę oferenta zastępuje się podwykonawcą mogłaby budzić wątpliwość nie zawsze prowadzi do unieważnienia oferty, a taki przypadek w niniejszej sprawie nie zachodzi. Skora ta korekta nie miała cech indywidualnych zmian, to nie było podstaw do unieważnienia czynności wyboru i odwołania oferty.

Skoro Sąd uwzględnił skargę Prezesa to zgodnie z art. 198 f ust. 2 P.z.p. orzeka wyrokiem co do istoty sprawy.

W konsekwencji uznając odwołanie za nieuzasadnione Sąd obwołanie oddalił, albowiem nie stwierdzono naruszenia przepisów ustawy, co było wyżej, które miałyby wpływ istotny na wynik postępowania o udzielaniu zamówienia publicznego.

O kosztach postępowania orzeczono na mocy art. 198 f ust. 5 P.z.p.

SSO Wiesław Kasprzyk    SSO Maciej Wasilewski    SSR del. Maciej Rzewuski

