



1. w punkcie 1 uwzględnia odwołanie i stwierdza naruszenie przepisów ustawy;

2. w punkcie 2 kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego [REDAKTOWANE] i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) oraz zasądza od zamawiającego [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] na rzecz wykonawcy [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] kwotę 7.500 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania.

II Nie obciąża stron kosztami postępowania skargowego.

SSO Marek Skrobisz SSO Elżbieta Kabzińska SSO Beata Sikorska-Klimczak



Za zgodność z oryginałem  
świadczy: STANISŁAW Z...

*Stanisław Z...*

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na [REDAKTOWANE]  
[REDAKTOWANE]  
[REDAKTOWANE]  
zostało wszczęte zamieszczeniem ogłoszenia i Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 grudnia 2016r. za numerem [REDAKTOWANE]. W dniu 16 lutego 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy [REDAKTOWANE].  
[REDAKTOWANE] W dniu 21 lutego 2017r. wykonawca [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na wyborze w dniu 16 lutego 2016 r. najkorzystniejszej oferty. Odwołujący zarzucił naruszenie: art. 89 ust. 1 pkt. 2) z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych przez dokonanie wyboru oferty niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – ze względu na fakt, że przeprowadzone testy poprawności działania usług oferowanych przez [REDAKTOWANE] nie uzyskały wyniku pozytywnego ewentualnie, naruszenie art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust 1 ustawy Pzp w zw. z Motywem 42 Decyzji nr K (2011) 8121 z dnia 10.11.2011r. Komisji Europejskiej notyfikującą pomoc publiczną dla projektu „Sieć Szerokopasmowa Polski Wschodniej” w zw. z art. 89 ust 1 pt. 8 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty [REDAKTOWANE] podlegającej odrzuceniu z uwagi na to, iż realizacja zadania w oparciu o ich ofertę jest niemożliwa.

Wskazując na powyższe, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

2. nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty [REDAKTION] – jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, ewentualnie – jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów,

3. dokonania wyboru oferty odwołującego jako spełniającej wymogi SIWZ.

4. obciążenie kosztami postępowania [REDAKTION],

5. dopuszczenie dowodów określonych w treści niniejszego odwołania na okoliczność dokonania przez zamawiającego wyboru oferty podlegającej odrzuceniu.

Postanowieniem z dnia 3 marca 2017 roku sygn. akt KIO 342/17 Krajowa Izba Odwoławcza w punkcie 1 odrzuciła odwołanie i w punkcie 2 kosztami postępowania obciążyła wykonawcę [REDAKTION] i zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie zostało wniesione w postępowaniu wszczętym ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 grudnia 2016r. za numerem [REDAKTION]. Okolicznością niesporną pomiędzy stronami jest to, że wartość szacunkowa zamówienia jest niższa niż kwoty wynikające z przepisów wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Odwołujący wniósł odwołanie przy zachowaniu terminu art. 182 ust. 1 pkt. 2 ustawy, zaś zamawiający wprost w piśmie skierowanym na wezwanie Izby potwierdził ten fakt). Postępowanie zostało wszczęte po 29 lipca 2016r., a zatem mają do niego zastosowanie przepisy ustawy w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 22 czerwca 16 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.z2016r. poz. 1020). Zdaniem KIO, odwołanie [REDAKTION] podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 pzp. Wartość zamówienia jest w tym przypadku j mniejsza niż kwoty określone w przepisach podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, a

rozpatrywane odwołanie nie dotyczy żadnego z mych w przepisie art. 180 ust. 2 Pzp. 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. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej 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, statuujący 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 24 marca 2017r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wniósł skargę na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia marca 2017 r. zaskarżając je w całości.

Zaskarżonemu Prezes Urzędu Zamówień Publicznych 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 [REDAKTURA]. Jednocześnie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wniósł o [REDAKTURA]

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 5i6 ustawy Pzp). 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 zawężyć 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. Zaprezentowana przez Izbę 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 niepodlegającą odrzuceniu i który nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Podkreślenia wymaga, iż przepisy ustawy Pzp muszą być interpretowane z uwzględnieniem wskazanego celu ustawy, musi być tłumaczony tak, aby był jak najbardziej zdatnym środkiem osiągnięcia zamierzenia prawodawcy, którym było zapewnienie szerszego dostępu do systemu środków ochrony prawnej w postępowaniach podprogowych. Odwołaniu wniesionym w przedmiotowej sprawie Odwołujący zaskarżył wybór najkorzystniejszej oferty, mimo braku pewności co do tego czy oferta złożona przez wykonawcę [REDAKCYJNA] jest zgodna z treścią SIWZ oraz jest ważna na podstawie odrębnych przepisów. W kontekście art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp nie sposób odmówić Odwołującemu prawa do zaskarżania wyboru oferty poprzez podważanie prawidłowości oceny niezgodnie z przepisami ustawy Pzp została uznana za najkorzystniejszą. Pozbawienie wykonawców, będących uczestnikami tych postępowań, prawa do korzystania ze środków

ochrony prawnej w zakresie wadliwego wyboru najkorzystniejszej czynności, wynikającego z uprzednich zachowań zamawiającego, pozostających z tym wyborem w funkcjonalnym związku, jest zjawiskiem wysoce niepożądanym i godzącym w efektywność funkcjonowania systemu środków ochrony prawnej. Na powyższe, zarzut naruszenia przez Izbę art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie odwołania winien podlegać uwzględnieniu.

Na rozprawie w dniu 19 maja 2017r. pełnomocnik Skarżącego Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych sprecyzował żądanie skargi i wnosił o stwierdzenie, że umowa z [REDAKTOWANO] została zawarta z naruszeniem przepisów Ustawy o zamówieniach publicznych na podstawie art. 192 ust. 3 pkt. 3 w związku z art. 198f ust. 2 zd. 3. Ustawy Pzp.

Odwołujący [REDAKTOWANO] przychylił się do skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Zamawiający wnosił o oddalenie skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

W ocenie Sądu, zaskarżone orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej jest wadliwe i nie może się ostać. Zasadne okazały się zarzuty skarżącego Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. 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 2016r. 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. 89 ust. 1 pkt 2 pzp poprzez dokonanie wyboru oferty niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – ze względu na fakt, że przeprowadzone testy poprawności działania usług oferowanych przez ██████████ nie uzyskały wyniku pozytywnego oraz zarzucił naruszenia art. 89 ust 1 pkt. 8 ustawy PZP poprzez dokonanie wyboru oferty ██████████, podlegającej odrzuceniu z uwagi na to, iż realizacja zadania w oparciu o ich ofertę jest niemożliwa. Tak więc, odwołujący wniósł odwołanie wprost wobec wyboru najkorzystniejszej oferty, co obligowało Krajową Izbę Odwoławczą do merytorycznego rozpoznania, czy wskazywane naruszenie miało miejsce. Sąd Okręgowy 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 odwołania 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). Sąd Okręgowy mając na uwadze dyrektywy 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 (art. 198f ust. 2 Pzp).

Jak bowiem wynika z materiału zgromadzonego w sprawie, Zamawiający w dniu 10 marca 2017r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i poinformował wykonawców zainteresowanych postępowaniem o powtórzeniu czynności badania dokumentów złożonych przez Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, przeprowadzenia testów oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, w wyniku powtórzonych czynności badania dokumentów złożonych przez Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, Zamawiający ponownie zaprosił [REDAKTOWANE] do testów, które zostały przeprowadzone w dniu 16 marca 2017r. Wyniki przeprowadzonego w dniu 16 marca 2017r. testu przepustowości łącza wskazały, że łącza dostępowe główne i

zapasowe działają poprawnie i spełniają warunki określone w postępowaniu. W wyniku rozstrzygnięcia postępowania, którego przedmiotem było w dniu 13 kwietnia 2017r. podpisana została pomiędzy Zamawiającym a ██████████, umowa na świadczenie powyższych usług w okresie 36 miesięcy od dnia uruchomienia usługi (nie później niż od dnia 11 maja 2017 r.). Nie ulega wątpliwości, że z chwilą ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze przestaje obowiązywać zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, o której mowa w art. 183 ust. 1 ustawy. Wniesienie skargi do sądu okręgowego na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej nie uchyla możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie tamuje natomiast rozpoznania skargi. Skoro zatem ogłoszenie orzeczenia KIO otwiera możliwość zawarcia umowy; a jednocześnie jej zawarcie nie wstrzymuje rozpoznania skargi na orzeczenie KIO, to w sytuacji gdy Sąd Okręgowy, stwierdzi naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy skutkujące unieważnieniem umowy, to uwzględniając odwołanie sąd może jedynie stwierdzić naruszenie przepisów ustawy.

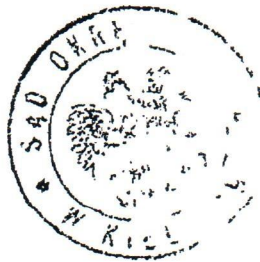
W tej sytuacji uznając, że umowę pomiędzy zamawiającym a ██████████ zawarto w okolicznościach dopuszczonych w ustawie bowiem już po wydaniu orzeczenia przez KIO, należało uwzględniając odwołanie i zmieniając zaskarżone postanowienia na podstawie art. 198f ust. 2 zdanie 2 i 3 Pzp w związku z art. 192 ust. 3 pkt 3.. Pzp, stwierdzić naruszenie przepisów ustawy ( pkt 1 ).

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania znajduje uzasadnienie w przepisie art. 198f ust. 5 Pzp, zgodnie z którym strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku; określając wysokość kosztów w treści orzeczenia, sąd uwzględnia także koszty poniesione przez strony w związku z rozpoznaniem odwołania

Mając powyższe na uwadze, Sąd Okręgowy orzekł o obciążeniu zamawiającego 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. 1 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 Marek Skrobisz SSO Elżbieta Kabzińska SSO Beata Sikorska- Klimczak



Za zgodność z oryginałem  
świadczy:

SEKRETARZ  
*[Handwritten signature]*