

Sygn. akt VIGa 56/17



*Dz - 9559/17*

Urząd Zamówień Publicznych

2017 -04- 21

W P Ł Y N Ę Ł O



ODPIS

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 kwietnia 2017r.

Sąd Okręgowy w Opolu VI Wydział Gospodarczy  
w składzie:

Przewodniczący- SSO Tomasz Mikołajczyk (spr.)  
Sędziowie : SSO Gabriela Bogdanowicz-Rudkowska  
SSO Bożena Kulig-Budzińska

Protokolant: Agnieszka Karpowicz  
po rozpoznaniu w dniu 4 kwietnia 2017r. w Opolu na rozprawie

sprawy ze skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

z udziałem

[REDACTED]

na skutek skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie  
z dnia 9 lutego 2017r.  
sygn. akt KIO 200/17

1. zmienia zaskarżone postanowienie w punkcie 1. w ten sposób, iż oddala odwołanie [REDACTED]
2. nie obciąża uczestników kosztami postępowania skargowego.



Na oryginale właściwy podpis  
z oryginałem stwierdzam  
Sekretarz  
Agnieszka Karpowicz

UZASADNIENIE

Zamawiający - [REDAKTOWANE] prowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na [REDAKTOWANE].

W dniu 23.01.2017r. zamawiający poinformował o wynikach przetargu i wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum firm: [REDAKTOWANE] (dalej: Konsorcjum [REDAKTOWANE]).

W dniu 30.01.2017r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł wykonawca [REDAKTOWANE] którym objęte zostały niezgodne z ustawą z dnia 29.01.2004r. Prawo zamówień publicznych (dalej - ustawy Pzp) czynności zamawiającego oraz czynności, do których zamawiający był zobowiązany na mocy ustawy Pzp, a polegające na: wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum [REDAKTOWANE] zaniechania wykluczenia niniejszej oferty; zaniechania czynności jej odrzucenia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum [REDAKTOWANE], pomimo że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- b) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum [REDAKTOWANE] pomimo że treść nie odpowiada treści SIWZ;
- c) art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum [REDAKTOWANE] pomimo niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- d) art. 24 ust. 1 pkt. 16 oraz pkt. 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum [REDAKTOWANE], pomimo przedstawienia informacji w ofercie ww. Konsorcjum, które wprowadzały zamawiającego w błąd;
- e) art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i dokonanie wyboru oferty Konsorcjum [REDAKTOWANE] pomimo że oferta Konsorcjum [REDAKTOWANE] nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu.

Wskazując na powyższe odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania w całości; przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu; nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty - oferty złożonej przez Konsorcjum [REDAKTOWANE] nakazanie zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum [REDAKTOWANE] z postępowania i odrzucenia oferty Konsorcjum [REDAKTOWANE]; nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty złożonej przez odwołującego; zwrot kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Postanowieniem z dnia 9.02.2017r. Krajowa Izba Odwoławcza: odrzuciła odwołanie, kosztami postępowania obciążając odwołującego, zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000,00 zł uiszczoną tytułem wpisu od odwołania. Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników działając w oparciu o przepis art. 189 ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp, dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt. 6 ustawy Pzp, dotyczy bowiem innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy, gdzie mowa jest wyraźnie o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie zaś o zaniechaniu czynności odrzucenia oferty innego wykonawcy czy zaniechaniu czynności wykluczenia wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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).

Od powyższego postanowienia skargę wywiódł Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zaskarżając orzeczenie w całości i zarzucając mu 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, złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu lub 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 wykluczenia wykonawcy, który taką ofertę złożył lub na zaniechaniu odrzucenia oferty, która winna była zostać przez zamawiającego odrzucona;

2. art. 189 ust. 2 pkt. 6 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie w stanie faktycznym niniejszej sprawy i odrzucenie odwołania z powodu błędnego przyjęcia, iż odwołanie wniesione od czynności wyboru oferty, złożonej przez wykonawcę, który powinien podlegać wykluczeniu, a złożona przez niego oferta winna była zostać przez zamawiającego uprzednio odrzucona, dotyczy innych okoliczności niż określone w katalogu z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

W oparciu o powyższe Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez merytoryczne rozpoznanie odwołania wykonawcy [REDAKTOWANE] rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 192 ust. 10 w zw. z art. 198f ust. 5 in fine ustawy Pzp; nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego (art. 102 k.p.c.).

W dniu 23.03.2017r. zamawiający złożył odpowiedź na skargę, w której wniósł o: oddalenie skargi jako oczywiście bezzasadnej; zasądzenie na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa według norm przepisanych; w przypadku uwzględnienia skargi - oddalenie odwołania z dnia 30.01.2017 r. wniesionego przez [REDAKTOWANE] oraz orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

W dniu 27.03.2017r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie (konsorcjum):

[REDAKTOWANE] złożyli odpowiedź na skargę, wnosząc o: oddalenie skargi jako zupełnie bezzasadnej, zasądzenie od skarżącego na rzecz przystępujących po stronie zamawiającego kosztów postępowania skargowego - w tym zwrotu kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Ewentualnie - w przypadku uwzględnienia skargi wnieśli o: oddalenie odwołania złożonego do KIO dnia 30.01.2017r. przez spółkę [REDAKTOWANE] wobec niezgodnych z ustawą Pzp czynności zamawiającego podjętych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.

[REDAKTOWANE] zasądzenie od odwołującego na rzecz przystępujących po stronie zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

W dalszym toku postępowania strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

**Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Skarga Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasługuje na uwzględnienie, a tym samym skutkowałą zmianą zaskarżonego postanowienia.

Rozpoznając skargę Sąd Okręgowy w pełni podzielił argumentację Prezesa Urzędu Zamówień publicznych, która jest przekonująca i należy ją w pełni zaakceptować. Sąd uznaje za własne poczynione wywody zarówno w zakresie tego, iż odwołanie zostało błędnie odrzucone, jak również co do wadliwej wykładni przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych (dalej ustawa Pzp), która została zaprezentowana przez Krajową Izbę Odwoławczą w odniesieniu do przesłanek odwołania.

Do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy miały zastosowanie przepisy ustawy Prawo Zamówień Publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z dnia 22.06.2016r. o zmianie ustawy Prawo Zamówień Publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28.07.2016r.

Legitymacja Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do występowania w niniejszej sprawie nie budzi wątpliwości Sądu. Zgodnie z art. 198b ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa Pzp) w terminie 21 dni od wydania orzeczenia skargę może wnieść także Prezes Urzędu. Może on także przystąpić do toczącego się postępowania. Do czynności podejmowanych przez Prezesa stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17.11.1964r. – Kodeks postępowania cywilnego – o prokuratorze. Analiza akt niniejszej sprawy pozwala stwierdzić, iż skarga jest dopuszczalna i została wniesiona w terminie.

Kwestią sporną, a zarazem kluczową, w przedmiotowej sprawie jest dopuszczalność odrzucenia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą w oparciu o powołany przepis art. 180 ust. 2 pkt. 6 ustawy Pzp. Dopiero rozstrzygnięcie wskazanego problemu pozwoli na merytoryczne ustosunkowanie się do odwołania przy uwzględnieniu art. 198f ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp.

Stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w zaskarżonym postanowieniu, w świetle którego przepis art. 180 ust. 2 pkt. 6 ustawy Pzp nie przyznaje ochrony prawnej wykonawcom kwestionującym prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej wobec zaniechania odrzucenia tej oferty czy zaniechania wykluczenia wykonawcy, który ją złożył, jest całkowicie niezasadne.

Na mocy art. 1 pkt. 159 ustawy nowelizującej poszerzony został katalog okoliczności umożliwiających wnoszenie przez wykonawców odwołań do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w tzw. postępowaniach podprogowych (tj. w postępowaniach, których wartość zamówienia jest niższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie delegacji z art. 11 ust. 8 ustawy Pzp). Do dotychczasowego katalogu przesłanek, który obejmował: (1) wybór trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; (2) określenie warunków udziału w postępowaniu; (3) wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; (4) odrzucenie oferty odwołującego, zostały dodane dwie przesłanki: opis przedmiotu zamówienia oraz wybór najkorzystniejszej oferty (odpowiednio: art. 180 ust. 2 pkt 5 i 6 ustawy Pzp). Powyższe zmiany miały na celu zwiększenie ochrony interesów wykonawców w tych postępowaniach bez wartościowania przyczyn u których podstaw leży sprzeczna z prawem decyzja o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W zaskarżonym orzeczeniu Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż analiza znowelizowanego przepisu i użytego w nim sformułowania „czynności wyboru najkorzystniejszej oferty” prowadzi do wniosku, iż pod tym pojęciem kryje się nie dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, a nie zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania. W jej ocenie pojęcie to determinuje, że w postępowaniach podprogowych wykonawcy mogą skarżyć odwołaniem tylko i wyłącznie wybór oferty dokonany przez zamawiającego niezgodnie z uprzednio przyjętymi przez niego kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ.

W ocenie Sądu tego typu wykładnia nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp, a w szczególności w zakresie procedury badania i oceny ofert prowadzącej do wyboru oferty najkorzystniejszej. Na gruncie przepisów ustawy Pzp nie sposób przyjąć, aby pojęcie „wybór najkorzystniejszej oferty” było interpretowane w sposób tak zawężający, jak tego dokonała Izba

w zaskarżanym postanowieniu. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego niewątpliwie stanowi proces dynamiczny, charakteryzujący się sekwencyjnością zachowań zamawiającego w kolejnych etapach, w zależności od trybu w jakim jest prowadzone. Na proces udzielania zamówienia publicznego składa się szereg kolejno następujących po sobie czynności podejmowanych przez jego uczestników, przy czym czynność wyboru najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego zasadniczo poprzedza etap badania i oceny złożonych ofert. W trybie przetargu nieograniczonego, w związku z etapem badania i oceny ofert zamawiający najpierw bada oferty od strony formalnej. W ramach tej wstępnej fazy zamawiający ustala m.in. terminowość złożenia oferty, prawidłowość zabezpieczenia oferty wadium, jeśli żądał jego wniesienia. Następnie zamawiający przechodzi do oceny podmiotowej warstwy oferty, w ramach której ustala czy wykonawca nie podlega wykluczeniu, a także czy spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wreszcie dokonuje oceny zaistnienia przesłanek odrzucenia oferty, a następnie ocenia oferty niepodlegające odrzuceniu, przyznając im odpowiednią punktację w świetle ustanowionych przez siebie kryteriów oceny ofert.

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 niespełniającym 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 Pzp przeprowadzeniu przez zamawiającego faz poprzedzających ten wybór.

Stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w zaskarżonym postanowieniu, sprowadzające się do całkowitego rozdzielania czynności badania ofert od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, zupełnie abstrahuje od zasady legalizmu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wypływającej z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Stosownie do treści art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. W świetle powyższego udzielenie zamówienia publicznego może nastąpić jedynie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w zgodzie z przepisami ustawy Pzp. Natomiast zgodny z przepisami ustawy Pzp wybór oferty może nastąpić wyłącznie spośród ofert złożonych przez wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu, przy czym złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Naruszeniem tej zasady jest wybór przez zamawiającego oferty, która 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.

Poprzez odmówienie wykonawcom prawa do wnoszenia odwołania na wybór oferty, która powinna być przez zamawiającego odrzucona, Krajowa Izba Odwoławcza pozbawia wykonawców możliwości weryfikacji przez wyspecjalizowany organ odwoławczy fazy badania i oceny ofert, która doprowadziła do niezgodnego z przepisami ustawy Pzp wyboru oferty.

Zaprezentowana przez Izbę interpretacja przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, w świetle której przez „wybór najkorzystniejszej oferty” należy rozumieć wyłącznie ocenę ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert, stoi w sprzeczności z zasadniczym celem ustawy Pzp, jakim niezmiennie, również po wejściu w życie ustawy nowelizującej, pozostaje wyłonienie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę odpowiadającą wymaganiom zamawiającego opisanym w SIWZ i który nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a także który daje rękojmię należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Sąd Okręgowy nie podziela stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, która z braku zmiany treści art. 180 ust. 2 pkt. 3 i 4 ustawy Pzp w związku z ustawą nowelizującą wywodzi konieczność interpretacji art. 180 ust. 2 pkt. 6 ustawy Pzp przez pryzmat definicji

najkorzystniejszej oferty z art. 2 pkt. 5 ustawy Pzp. Argumentacja ta nie uwzględnia bowiem 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. Czynności, o których mowa w art. 180 ust. 2 pkt. 3 i 4 ustawy Pzp, są formalnie czynnościami odrębnymi od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w przypadku, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Czym innym jest bowiem badanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy X podjęte w oparciu o obowiązujące przepisy ustawy Pzp, a więc z uwzględnieniem oceny braku podstaw do wykluczenia z postępowania takiego wykonawcy, czy braku przesłanek do odrzucenia jego oferty, a czym innym czynność odrzucenia oferty wykonawcy Y, czy wykluczenia go z postępowania. O dokonaniu tych czynności zamawiający ma obowiązek poinformować wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia odrębnie (art. 92 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp, art. 92 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, art. 92 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp). Poinformowanie o dokonaniu tych czynności stanowi dopiero podstawę do ich zaskarżenia w trybie składanego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania. Ustawodawca, wprowadzając do znowelizowanych przepisów ustawy Pzp nową czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, jako przesłankę do wnoszenia odwołań w postępowaniach podprogowych, pozostawił dotychczasowe zaskarżalne w tym trybie czynności: odrzucenie oferty odwołującego, wykluczenie odwołującego z postępowania. Ustawodawca zatem pozostawił wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego prawo do zaskarzania w postępowaniach podprogowych czynności, które wprost wpływają na jego sytuację w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, uniemożliwiając mu uzyskanie zamówienia publicznego. Takimi czynnościami niewątpliwie są wykluczenie wykonawcy z postępowania, odrzucenie jego oferty, a w sytuacji gdy oferta wykonawcy pozostaje ważna (nie podlega odrzuceniu), a sam wykonawca nie podlega wykluczeniu, czynność wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy, który podlega wykluczeniu, albo którego oferta podlega odrzuceniu.

Należy zwrócić uwagę, iż ustawowy nakaz wyboru oferty „ważnej”, a więc niepodlegającej odrzuceniu, wypływa z dwóch przepisów ustawy Pzp zlokalizowanych w jej rozdziale 4 zatytułowanym „Wybór najkorzystniejszej oferty”. Pierwszym z nich jest przepis art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z kolei drugi to przepis art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp wprowadzający nałożony na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Ponieważ przepisy prawne należy interpretować biorąc pod uwagę ich miejsce w systematyce aktu normatywnego, należy uznać, iż skoro w tym samym rozdziale ustawy Pzp, zatytułowanym zbieżnie z przesłanką wynikającą z art. 180 ust. 2 pkt. 6 ustawy Pzp, znalazły się powyższe przepisy odnoszące się do badania oferty pod kątem odrzucenia, jak i przepisy odnoszące się do oceny ofert pod kątem kryteriów oceny określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 91 ustawy Pzp), to fazy te są ze sobą nierozdzielnie powiązane i łącznie składają się na „wybór oferty najkorzystniejszej”. Z tego względu zawężenie pojęcia „wybór najkorzystniejszej oferty” tylko do oceny ofert pod kątem kryteriów ustalonych przez zamawiającego, nie znajduje oparcia również w systematyce ustawy Pzp.

W ocenie Sądu Okręgowego niesłuszne jest stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, iż przyjęcie możliwości zaskarżenia zaniechania wykluczenia innego niż odwołujący wykonawcy i odrzucenia oferty złożonej przez innego wykonawcę w postępowaniach podprogowych prowadziłoby do niedozwolonej rozszerzającej wykładni wyjątku od zasady, że w tych postępowaniach odwołanie nie przysługuje.

Podkreślana przez Krajową Izbę Odwoławczą w zaskarżonym postanowieniu konieczność wąskiej interpretacji art. 180 ust. 2 pkt. 6 ustawy Pzp jest niezgodna z regułami wykładni językowej. Interpretacja Izby przepisu art. 180 ust. 2 pkt. 6 ustawy Pzp wymagałaby bowiem, zgodnie z dyrektywami wykładni językowej, określenia wprost dodatkowych przesłanek

przyczyn wyboru najkorzystniejszej oferty i wprowadzenia pozatekstowego kryterium „niedokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ”. Interpretacja dokonana przez Izbę sprowadza się do znacznego zawężenia podstaw do odwołania w postępowaniach podprogowych, co następnie skutkuje odrzuceniem odwołania a tym samym brakiem możliwości kontroli owej decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Izba orzekła, iż przesłanki z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp dotyczą wyłącznie zachowań zamawiającego o charakterze czynnym, a nie zaniechań. Podkreślić w tym miejscu należy, iż art. 180 ust. 2 ustawy Pzp dotyczy faktycznie czynności zamawiającego. Każde jednak odwołanie wnoszone wobec określonych czynności zamawiającego musi prowadzić do wykazania nieprawidłowości w działaniach zamawiającego, które stanowią o niezgodności z przepisami ustawy Pzp. W przypadku wniesienia odwołania co do każdej z czynności objętej treścią art. 180 ust. 2 ustawy Pzp odwołujący winien wykazać konkretne zachowania zamawiającego, które w jego ocenie są niezgodne z przepisami ustawy Pzp.

W zakresie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający dopuszcza się naruszeń, gdy dokona wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która winna być w rzeczywistości odrzucona, a także gdy ocenia ofertę wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania.

Zamawiający dopuszcza się określonego rodzaju zaniechania, w sytuacji gdy narusza art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, nie wprowadzając w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, czy też art. 30 ust. 8 ustawy Pzp nie określając w opisie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane wymaganych cech materiału, produktu lub usługi, art. 30 ust. 9 ustawy Pzp nie określając w opisie przedmiotu zamówienia na dostawy lub usługi wymaganych cech produktu lub usługi. Niewątpliwym jest, iż w ramach przesłanki opisu przedmiotu zamówienia z art. 180 ust. 2 pkt. 5 ustawy Pzp w postępowaniach podprogowych wykonawcy mogą zakwestionować opis przedmiotu zamówienia naruszając wymagania ustawowe i korzystać w tym zakresie z przysługujących im środków ochrony prawnej. Podobnie zresztą jak w przypadku czynności wyboru oferty najkorzystniejszej podjętej w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp.

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. W przypadku przyjęcia zasadności wykładni przeciwnej, zgodnej z zapatrywaniem Izby, przepisy art. 89 ust. 1, art. 7 ust. 3, art. 29 ust. 3a, art. 30 ust. 8 i 9 ustawy Pzp nie miałyby żadnego znaczenia prawnego. Przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp musi być bowiem interpretowany łącznie z normami wynikającymi z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, a także z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, w taki sposób, aby żaden z tych przepisów nie został bez ważnego powodu pozbawiony doniosłości prawnej. Zaprezentowana przez Izbę w zaskarżonym postanowieniu wykładnia art. 180 ust. 2 pkt. 6 ustawy Pzp, pozbawiająca znaczenia normy o charakterze bezwzględny wynikające z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp oraz z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, regulującego jedną z zasad udzielania zamówień publicznych, jako nieprawidłowa, nie zasługuje na aprobatę.

Przywołana przez Krajową Izbę Odwoławczą instytucja informowania zamawiającego o niezgodnych z przepisami ustawy czynnościach i zaniechaniach, o której mowa w art. 181 ust. 1 ustawy Pzp, nie zastąpi wykonawcom biorącym udział w postępowaniach podprogowych środka ochrony prawnej jakim jest odwołanie wnoszone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od wyboru najkorzystniejszej oferty, stanowiącego najistotniejszy element i zwieńczenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przede wszystkim informacja o naruszeniu prawa przez zamawiającego jest przez niego samego rozpatrywana i stanowiąc przedmiot samokontroli nie jest tak skutecznym narzędziem weryfikacji zachowań zamawiającego w toku

postępowania, jak odwołanie rozpatrywane przez wyspecjalizowany, bezstronny i niezależny organ, jakim jest Izba. Rozstrzygnięcie zamawiającego dokonywane we wskazanym trybie samokontroli nie podlega też niezależnej i obiektywnej weryfikacji w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez jakikolwiek niezależny od zamawiającego organ czy podmiot. Z uwagi na doniosłość wyboru najkorzystniejszej oferty na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, rozumianego również jako zaniechanie odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą, a także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który taką ofertę złożył, brak jest jakichkolwiek podstaw, aby pozbawić wykonawców kwestionujących ten wybór prawa do rozpoznania zgłoszonych przez nich zarzutów przez Krajową Izbę Odwoławczą w kontradictoryjnym postępowaniu, a nie przez zamawiającego w trybie autokontroli.

Wskazywane przez Krajową Izbę Odwoławczą wątpliwości praktyczne dotyczące zastosowania szerokiej interpretacji art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, obejmującej również zaniechanie wykluczenia wykonawcy, do postępowań prowadzonych w trybach z prekwalfikacją, są w ocenie Sądu nieuzasadnione.

Dopuszczalność wnoszenia odwołań w tych trybach w oparciu o art. 180 ust. 2 pkt. 6 ustawy Pzp jest możliwa po wyborze najkorzystniejszej oferty, która została wybrana przez zamawiającego niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, tj. w warunkach zaniechania rzetelnej weryfikacji podmiotowej wykonawcy, który tę ofertę złożył. Natomiast dywagacje Izby dotyczące możliwości zastosowania art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w odniesieniu do sytuacji zaniechania odrzucenia oferty sklasyfikowanej na drugiej pozycji, w oczywisty sposób nie podpadają pod tę przesłankę, skoro oferta taka nie została przez zamawiającego wybrana. Niezasadne jest bowiem odrywanie przez Izbę kwestii zaniechania odrzucenia oferty od jej wyboru jako najkorzystniejszej. Przepis art. 180 ust. 2 pkt. 6 ustawy Pzp znajdzie zastosowanie w okolicznościach wyboru przez zamawiającego oferty, która została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu lub która powinna być uprzednio przez zamawiającego odrzucona. Nie służy on natomiast kwestionowaniu przez odwołujących ofert niewybranych przez zamawiającego.

Zaprezentowana przez Krajową Izbę Odwoławczą 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, a każdy przepis tej 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.

Sąd Okręgowy nie podziela stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonego na tie art. 180 ust. 2 pkt. 6 ustawy Pzp, iż zaskarżeniu odwołaniem w postępowaniach podprogowych nie podlega wybór najkorzystniejszej oferty, u podstaw którego legło błędne uznanie przez zamawiającego, że wykonawca, który ją złożył nie podlega wykluczeniu lub że oferta ta nie powinna była zostać odrzucona.

Konsekwencją naruszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą art. 180 ust. 2 pkt. 6 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię jest naruszenie art. 189 ust. 2 pkt. 6 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie w stanie faktycznym niniejszej sprawy i odrzucenie odwołania ze względu na uznanie, iż dotyczy ono innych niż wskazane w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp czynności.

W odwołaniu wniesionym w przedmiotowej sprawie odwołujący zaskarżył wybór najkorzystniejszej oferty z powodu tego, że oferta Konsorcjum ██████ stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a wykonawca, który ją złożył powinien być zostać wykluczony z udziału w postępowaniu. Z treści odwołania wynika, że zarzuty zaniechania odrzucenia oferty ww. konsorcjum oraz wykluczenia go z postępowania stanowiły uzasadnienie merytoryczne dla kwestionowania przez odwołującego wyboru oferty i miały na celu wykazanie wadliwości dokonanego przez zamawiającego wyboru. W świetle art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp nie sposób odmówić odwołującemu prawa do zaskarżania wyboru oferty poprzez podważanie



prawidłowości oceny i badania oferty, która niezgodnie z przepisami ustawy Pzp została uznana za najkorzystniejszą.

Z uwagi na powyższe, zarzut naruszenia przez Izbę art. 189 ust. 2 pkt. 6 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie odwołania zasługuje na uwzględnienie.

Jako, że Sąd Okręgowy uwzględnił skargę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, tym samym rozpoznał merytorycznie odwołanie złożone przez [REDAKTOWANE] w trybie art. 198f ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, iż Sąd Okręgowy nie podziela zarzutów wskazanych w odwołaniu. Należy zwrócić uwagę, iż odwołujący ograniczył się w swym odwołaniu do gołosłownych twierdzeń, subiektywnej polemiki z wynikiem przetargu i opartych na nich zastrzeżeniach. Zarzucając naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, art. 24. ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt. 16-17 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 oraz 91 ust. 1 ustawy Pzp firma [REDAKTOWANE] stwierdziła, iż Konsorcjum [REDAKTOWANE] podlegało wykluczeniu z postępowania oraz, że oferta konsorcjum nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednocześnie odwołujący zarzucił, iż zamawiający tego nie zweryfikował. Sąd na podstawie dokumentów zgromadzonych w aktach sprawy uznał, iż zarzuty odwołującego są bezzasadne. W tym zakresie toczyło się szczegółowe postępowanie wyjaśniające. Jednocześnie zarzuty zgłoszone w piśmie z dnia 5.01.2017r. Sąd starał się zweryfikować. Należy zwrócić uwagę, iż odwołujący nie złożył żadnych wniosków dowodowych, posługując się tabelami i informacjami uzyskanymi od podmiotu trzeciego. Nie zgłaszał żadnych konkretnych zarzutów, nie posiada dokumentacji. Postępowanie dowodowe ograniczało się tak naprawdę do złożenia dokumentacji zdjęciowej – dwóch zdjęć. W tym miejscu wskazać należy, iż Sąd nie ma wiedzy specjalnej. W związku z powyższym Sąd powziął wątpliwość, czy odwołujący zamierza cokolwiek w niniejszym postępowaniu udowodnić.

Jedną z naczelnych zasad procesu cywilnego w jego obecnym kształcie jest zasada kontraktoryjności. Stosownie do niej to strony gromadzą materiał procesowy i dostarczają go Sądowi. Regułą jest, że Sąd nie działa z urzędu. Podstawowe znaczenie ma art. 6 k.c., który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Zgodnie z art. 227 k.p.c. przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie. Należy wskazać, że przepis ten adresowany jest do stron, które kierują wnioski dowodowe do Sądu. Stosownie do art. 224 k.p.c. przewodniczący zamyka rozprawę po przeprowadzeniu dowodów i udzieleniu głosu stronom. Sąd nie poszukuje samodzielnie faktów i dowodów. Zamknięcie rozprawy ma miejsce po udzieleniu głosu stronom właśnie po to, aby strony miały możliwość ostatecznego wyrażenia swojego stanowiska, sprecyzowania wniosków. Należy podkreślić, że to strony dostarczają Sądowi fakty i dowody, a Sąd rozstrzyga problem prawny.

W ocenie Sądu Okręgowego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest chybiony i bezpodstawny. Odwołujący dla potwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, uznanej za najkorzystniejszą, przytoczył jedynie argumenty i twierdzenia (a nie dowody) przedstawione przez [REDAKTOWANE] (podmiot trzeci niebędący stroną postępowania przetargowego), wcześniej wnikliwie rozważone przez Komisję przetargową. Odwołujący nie zwrócił przy tym uwagi na znaczącą rozbieżność stanowisk pomiędzy stronami sporu, przyjmując argumenty tylko jednej ze stron. O tym, czy przesłanki do odrzucenia oferty zostały spełnione nie decyduje bowiem subiektywne przekonanie jednej ze stron, lecz kryteria obiektywne. Zamawiający, zachowując wymaganą staranność podczas procedury badania oferty, nie znalazł wystarczającego uzasadnienia i dowodów, aby odrzucić ofertę konsorcjum [REDAKTOWANE] na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp. Natomiast odrzucenie oferty na tej podstawie, jak domaga się odwołujący, stanowiłoby rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp nie jest trafny. Jak wynika z akt sprawy w [REDAKTOWANE] w miejscowości [REDAKTOWANE], którego przepustowość wynosi 30 000 Mg/tok, funkcjonują układy: biofiltra i zintegrowanej płuczki chemicznej, nawadniania oraz sterowania (wizualizacja) o podobnej klasy do układów przedstawionych w ofercie Konsorcjum [REDAKTOWANE]. Zastosowanie dodatkowo w systemie nawadniania wody brudnej, czy też dodatkowy układ dozowania kwasu siarkowego w płuczce kwaśnej, nie może świadczyć o tym, że dany układ stanowi prototyp. Są to bowiem dodatkowe elementy układu, które są jego uzupełnieniem - ich zastosowanie nie czyni układu całkowicie odmiennym, a więc z logicznego punktu widzenia jest to modyfikacja innego układu, a nie prototyp zupełnie nowego rozwiązania. Przedłożone przez Konsorcjum [REDAKTOWANE] dowody, stanowią dla zamawiającego gwarancję na oczekiwany poziomie, że instalacja biologicznego przetwarzania uzyska wymagane parametry. Jest to o tyle ważne, że ze względów formalno-prawnych zakład musi w oznaczonym terminie rozpocząć funkcjonowanie i uzyskać wymaganą wydajność.

Przechodząc do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp stwierdzić należy, iż jest niezasadny. Zamawiający w pkt. 20.3 SIWZ określił warunki udziału oraz sposób oceny ich spełnienia. W pkt. 20.3.2 wskazano, że warunek „zdolność techniczna lub zawodowa” zostanie spełniony przez danego wykonawcę, o ile w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, wykonał (zakończył), co najmniej: 1. jedną robotę budowlaną zawierającą w swoim zakresie budowę hali o kubaturze, co najmniej 30 000 m<sup>3</sup>; 2. jedną robotę budowlaną zawierającą w swoim zakresie montaż linii sortowniczej o wydajności, co najmniej 40 000 Mg/rok; 3. jedną robotę budowlaną zawierającą w swoim zakresie wykonanie reaktorów instalacji biologicznego przetwarzania o wydajności, co najmniej 25 000 Mg/rok. Konsorcjum [REDAKTOWANE] złożyło wraz z ofertą wymagane oświadczenie o spełnieniu warunków udziału oraz wymagane dokumenty potwierdzające powyższe. Z przedłożonych dokumentów wynika jednoznacznie, że przedsiębiorca [REDAKTOWANE] zrealizował na rzecz [REDAKTOWANE] zamówienie pn. [REDAKTOWANE]. Zgodnie z niebudzącą wątpliwości interpretacją przepisów związanych z zamówieniami publicznymi, generalny wykonawca może posługiwać się wszelkim doświadczeniem w wykonaniu zamówienia, także w przypadku podzlecenia części tego zamówienia podwykonawcom. Oczywistym jest, że doświadczenia nie zdobywa się tylko wyniku faktycznie wykonywanych czynności, ale może również wynikać z obserwacji i ze współpracy.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz 91 ust. 1 ustawy Pzp w ocenie Sądu Okręgowego nie może być uznany za słuszny. Wbrew twierdzeniom odwołującego, oferta Konsorcjum [REDAKTOWANE] okazała się być najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu. W ocenie zgodnej z przyjętymi kryteriami (pkt 34.2 SIWZ) oferta Konsorcjum [REDAKTOWANE] uzyskała maksymalną ilość punktów (100 pkt.). Następna w kolejności oferta, złożona przez odwołującego, uzyskała 99 pkt.

Odwołujący nie przedłożył żadnych własnych wniosków dowodowych na poparcie swoich twierdzeń, jak również nie obalił okoliczności wynikających z dowodów przedłożonych przez pozostałych uczestników postępowania, w tym konsorcjum. Z zebranego w aktach materiału dowodowego wynikało, iż zaoferowana technologia wykonania instalacji biologicznego przetwarzania nie narusza praw autorskich [REDAKTOWANE], a tym samym nie ma żadnych przeszkód prawnych w wykorzystaniu zaoferowanej technologii w przedmiotowym postępowaniu.

Odrzucenie oferty możliwe jest tylko w przypadku posiadania przez zamawiającego przekonujących dowodów. Dowody takie nie zostały ujawnione podczas przeprowadzonej przez zamawiającego procedury sprawdzającej i nie przywołano ich w odwołaniu, tym bardziej, że dnia 19.01.2017 r. miała miejsce wizja lokalna, przeprowadzona w celu weryfikacji informacji zawartych w treści pisma spółki [REDAKTOWANE] gdzie w trakcie tej czynności-dokonanej w [REDAKTOWANE] stwierdzono, że zarzuty kierowane do wykonawców [REDAKTOWANE] oraz [REDAKTOWANE] nie potwierdziły się. W tym miejscu należy wskazać, iż przeprowadzona przez

zamawiającego ocena oferty, złożonej przez Konsorcjum [REDAKTED] nie ujawniła jakiegokolwiek przesłanki do jej odrzucenia. Oferta spełnia wszystkie określone w SIWZ wymagania. Tym samym zarzuty sformułowane przez odwołującego nie potwierdzają się i są bezzasadne. Przedstawione przez wykonawcę dowody świadczą, iż zaoferowane układy instalacji biologicznego przetwarzania nie są prototypami. Przedłożone przez Konsorcjum [REDAKTED] oświadczenia i dokumenty, w szczególności w trakcie rozprawy w dniu 4 kwietnia 2017 roku, potwierdzają niewątpliwie spełnienie warunków udziału, określonych w przedmiotowym postępowaniu. Tym samym nie potwierdził się zarzut, iż Konsorcjum [REDAKTED] nie spełnia warunku „zdolność techniczna lub zawodowa”.

Oferta Konsorcjum [REDAKTED] zgodnie z przyjętymi kryteriami, okazała się być najkorzystniejszą. Zamawiający dokonał jej wyboru w zgodzie z przepisami ustawy Pzp.

Z przedstawionych względów, uznając podniesione zarzuty i argumenty za bezzasadne, Sąd Okręgowy na podstawie art. 198f ust. 2 ustawy Pzp zmienił zaskarżone postanowienie orzekając o oddaleniu odwołania.

O kosztach postępowania skargowego Sąd Okręgowy orzekł zgodnie z wnioskiem zawartym w skardze Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i odstąpił od obciążenia uczestników kosztami postępowania skargowego, zgodnie z dyspozycją art. 102 k.p.c. i art. 198 a ust. 2 ustawy Pzp. Art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp wskazuje, iż do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r - kodeks postępowania cywilnego o prokuratorze. W ocenie Sądu brak było podstaw uzasadniających zasądzenia zwrotu kosztów postępowania skargowego. W tym stanie sprawy, Sąd Okręgowy orzekł jak w sentencji orzeczenia.



Na oryginale właściwy podpis  
Zgodność z oryginałem stwierdzam  
Starszy sędziarz

*Agnieszka Karpowicz*