

Sygn. akt VII Ga 139/17



WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 czerwca 2017 r.

Sąd Okręgowy w Kielcach VII Wydział Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Irena Szrajer-Dragan (spr.)

Sędziowie: SSO Beata Sikorska-Klimczak, SSO Marek Skrobisz

Protokolant: sekr. sądowy Krzysztof Bracisiewicz

po rozpoznaniu w dniu 2 czerwca 2017 r. w Kielcach na rozprawie

sprawy z odwołania [REDACTED]

przy udziale zamawiającego [REDACTED]

i przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego [REDACTED]

na skutek skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie

od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 marca 2017 r. sygn. akt KIO 343/17;

- I. **Zmienia zaskarżone postanowienie w pkt. 1 w ten sposób, że odwołanie oddala.**
- II. **Nie obciąża stron kosztami postępowania skargowego.**

SSO Beata Sikorska-Klimczak SSO Irena Szrajer-Dragan SSO Marek Skrobisz



Za zgodność z oryginałem
świadczy: SEKRETARZ SĄDOWY

Bracisiewicz
Krzysztof Bracisiewicz

Uzasadnienie

Postanowieniem z dnia 8.03.2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 343/17 Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21.02.2017 r. przez wykonawcę [REDAKTOWANE] w postępowaniu prowadzonym przez [REDAKTOWANE] przy udziale wykonawcy [REDAKTOWANE], odrzuciła odwołanie (pkt 1) obciążając kosztami postępowania wykonawcę [REDAKTOWANE] (pkt 2). Podstawą powyższego rozstrzygnięcia było ustalenie, że przedmiotem zamówienia była dostawa oraz że wartość zamówienia była niższa niż równowartość 209 000 euro, czyli mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Zdaniem Izby, odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp, stanowiącego, że izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że (...) w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2. Za podstawę odwołania wniesionego przez wykonawcę [REDAKTOWANE] Izba przyjęła zarzut zaniechania odrzucenia oferty finalnie uznanej za najkorzystniejszą, z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, nie mieszczący się w zamkniętym katalogu z art. 180 ust. 2 Pzp. Zdaniem Izby, wybór najkorzystniejszej oferty dotyczy tylko kwestionowania samej czynności wyboru najkorzystniejszej spośród ofert pozostających w postępowaniu, czyli wyboru sensu stricto, na podstawie kryteriów wyboru ustanowionych przez zamawiającego w SIWZ (art. 91 ust. 1 Pzp). Możliwość kwestionowania wyboru najkorzystniejszej oferty nie obejmuje zaniechania odrzucenia oferty wybranej lub zaniechania wykluczenia składającego ją wykonawcy. Powyższa wykładnia art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp była wynikiem uznania przez Izbę, że jest to przepis ustanawiający wyjątek od reguły i w związku z tym nie powinien być interpretowany rozszerzająco. Zdaniem Izby, Rozdział 4 Pzp „Wybór najkorzystniejszej oferty” nie definiuje tego pojęcia albowiem zawiera szereg norm odnoszących się do różnych czynności, które nie składają się na wybór najkorzystniejszej oferty. Przyjęcie z kolei, że art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp objęte są wszystkie czynności i zaniechania poprzedzające wybór najkorzystniejszej oferty czyniłoby zbędnym utrzymanie bez zmian przesłanek z art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp.

Od powyższego postanowienia skargę wniósł Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając orzeczeniu naruszenie: 1) art. 180 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że w pojęciu „wybór najkorzystniejszej oferty” nie mieści się zaniechanie odrzucenia oferty wybranej przez zamawiającego jako najkorzystniejsza i w konsekwencji uznanie, że w postępowaniach o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, od wyboru oferty najkorzystniejszej, która powinna być przez zamawiającego odrzucona nie przysługuje odwołanie, podczas gdy prawidłowa wykładnia tych przepisów prowadzi do wniosku, że zaskarżeniu odwołaniem w tych postępowaniach podlega nieprawidłowy wybór

najkorzystniejszej oferty, którego wadliwość polega na zaniechaniu odrzucenia przez zamawiającego oferty, która powinna zostać odrzucona, 2) art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie odwołania z powodu błędnego przyjęcia, że 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.

Skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez merytoryczne rozpoznanie odwołania wykonawcy [REDAKTOWANE]. A ponadto o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 4 w zw. z art. 198f in fine ustawy Pzp oraz o nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego.

Przystępujący do postępowania po stronie zamawiającego wykonawca [REDAKTOWANE] w piśmie z dnia 24.05.2017 r. wniósł o oddalenie skargi ewentualnie o zmianę zaskarżonego postanowienia w pkt 1 poprzez oddalenie odwołania. W przedmiocie zasadności odwołania przystępujący podniósł, że złożona przez niego oferta spełniała wymogi SIWZ. Jego zdaniem, odwołujący błędnie uznał, że wymagane przez zamawiającego zaświadczenie niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczeniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, musi mieć postać certyfikatu zgodności wystawionego przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą w rozumieniu przepisów ustawy o systemie oceny zgodności. Norma PN-EN wskazana przez zamawiającego nie jest normą zharmonizowaną, jej stosowanie jest dobrowolne. Zgodnie z ustawą, ocenę zgodności przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą stosuje się wyłącznie w przypadku obowiązkowej oceny zgodności. Czujniki tlenu węgla takiej obowiązkowej ocenie zgodności nie podlegają, stąd zamawiający nie wymagał przedstawienia certyfikatu zgodności wystawionego przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą, a jedynie zaświadczenia. Takie zaświadczenie wystawione przez [REDAKTOWANE] która jest krajowym oddziałem międzynarodowej jednostki certyfikującej, notyfikowanej przez Polskie Centrum Akredytacji przystępujący przedstawił. Przystępujący spełnił także drugi warunek zamawiającego, a mianowicie wystawił na podstawie art. 4 pkt 6 ustawy o systemie oceny zgodności, deklarację zgodności CE potwierdzającą zgodność wyrobu z wymaganiami zasadniczymi właściwych Dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady.

Odwołujący wykonawca [REDAKTOWANE] poparł skargę oraz wniósł o uwzględnienie odwołania. Podniósł nadto, że w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu odwołania.

Przystępujący wskazał, że wniósł sprzeciw co do uwzględnienia przez zamawiającego odwołania.

Rozpoznając skargę Sąd Okręgowy zważył co następuje.

Skarga Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasługuje na uwzględnienie. Podstawą odrzucenia przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania wykonawcy [REDAKTOWANE] było przyjęcie, że pod pojęciem wyboru najkorzystniejszej oferty użytym w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (*t.j. Dz.U.2015.2164 z późn.zm.*) nie mieści się zaniechanie odrzucenia przez zamawiającego oferty wybranej przez

niego jako najkorzystniejsza. Dokonując wykładni językowej i funkcjonalnej powyższego przepisu KIO opowiedziała się za wąskim rozumieniem pojęcia „wybór najkorzystniejszej oferty” sprowadzającym się w świetle art. 2 pkt 5 pzp i art. 91 ust. 1 pzp, do czynności wyboru przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Pierwszy z tych przepisów zawiera definicję najkorzystniejszej oferty, zaś drugi odnosi się do samych podstaw wyboru przez zamawiającego oferty najkorzystniejszej.

Przepis art. 7 ust. 3 pzp, którego naruszenie skarżący zarzuca ustanawia jedną z podstawowych zasad obowiązującą w postępowaniu o udzielanie zamówienia publicznego a mianowicie taką, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Pozwala to na konkluzję, że wybór najkorzystniejszej oferty będący końcowym efektem poprzedzających tę czynność etapów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, winien nastąpić w warunkach zgodności tych etapów z przepisami ustawy.

W odwołaniu odwołujący [REDAKTOWANE] sformułował zarzut, że oferta wykonawcy [REDAKTOWANE] podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp albowiem nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wobec nie potwierdzenia okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp.

Przepis art. 82 ust. 3 pzp stanowi, że treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Jeżeli zatem oferta wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający ma obowiązek ją odrzucić. Taka oferta nie przechodzi do następnego etapu postępowania o którym mowa w art. 91 pzp i nie podlega ocenie pod kątem kryteriów oceny ofert określonych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zarówno art. 82 pzp jak i art. 89 pzp, tak jak art. 91 pzp zostały umieszczone w ustawie w Rozdziale 4. Wybór najkorzystniejszej oferty. Przemawia to za przyjęciem, że czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w sensie sensu stricto, jak to określiła Izba, dokonana na podstawie art. 91 pzp może nastąpić wobec oferty która nie podlegała odrzuceniu oraz że odrzucenie oferty mieści się w szerokim pojęciu wyboru najkorzystniejszej oferty.

Przepis art. 180 ust. 2 pzp wymienia czynności zamawiającego od jakich przysługuje odwołanie, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp. Takimi czynnościami są m.in. wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia (pkt 3), odrzucenie oferty odwołującego (pkt 4), wybór najkorzystniejszej oferty (pkt 8). Podzielenie stanowiska Izby co do zawężającej wykładni art. 180 ust. 2 pkt 6 pzp, w związku z treścią pkt 3 i 4 tego przepisu, skutkowałoby brakiem ochrony prawnej dla wykonawców przed czynnością zamawiającego, polegającą na wyborze najkorzystniejszej oferty, która na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pzp. Wykładnia art. 180 ust. 2 pzp prowadzi natomiast do wniosku, że nie jest możliwe odwołanie się od czynności zaniechania odrzucenia oferty innej niż wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza. Jeżeli zatem celem ustawodawcy przy nowelizacji

ustawy Prawo zamówień publicznych było zwiększenie ochrony prawnej wykonawców, to nie ma uzasadnionych przesłanek do przyjęcia, że spod działania art. 180 ust. 2 pkt 6 pzp została wyłączona możliwość odwołania się od czynności zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty dokonanej niezgodnie z przepisami ustawy, bo z zaniechaniem odrzucenia tej oferty.

Zdaniem Sądu, przy wykładni art. 180 ust. 2 pkt 6 pzp winno się brać pod uwagę treść art. 89 ust. 1 pzp i art. 7 ust. 3 pzp, co oznacza że wybór przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty według kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia musi dotyczyć oferty, która nie podlegała odrzuceniu. Tylko wówczas zostanie spełniony wymóg udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

W świetle powyższego, brak było w ocenie Sądu podstaw do odrzucenia przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania [REDAKTION] na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 pzp.

W przedmiocie odwołania Sąd Okręgowy zważył co następuje:

W postępowaniu przed Izbą, zamawiający [REDAKTION] w Kielcach uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca [REDAKTION] wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. Stosownie zatem do art. 186 ust. 4 pzp w takim przypadku odwołanie podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Odwołujący [REDAKTION] zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, 91 ust. 1 pzp, art. 7 ust. 1 pzp.

Zdaniem odwołującego, oferta wykonawcy [REDAKTION] powinna być przez zamawiającego odrzucona, jako nie odpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wobec nie potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp. A mianowicie oferta ta nie spełniała warunku określonego w pkt 7.2.6 i 7.2.7 SIWZ. Stosownie do powyższego przepisu, zamawiający może żądać od wykonawców oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt 7.2.6 dotyczącym udziału w postępowaniu, zamawiający żądał od wykonawców przedstawienia zaświadczenia niezależnego podmiotu, zajmującego się poświadczeniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, jeżeli zamawiający odwołuje się do systemów zapewnienia jakości opartych na odpowiednich normach europejskich. W celu potwierdzenia tej zgodności zamawiający wymagał dokumentu wystawionego przez podmiot niezależny, z którego wynika, że oferowane przez wykonawców czujniki tlenu węgla zostały wyprodukowane (są produkowane) zgodnie z normą PN-EN 50291-1:2010+A1:2013-05. W pkt 7.2.7 zamawiający zawarł wymóg aby oferowane produkty posiadały deklarację zgodności UE.

W tym celu zamawiający wymagał przedstawienia dokumentu wystawionego przez producenta wyrobu albo jego upoważnionego przedstawiciela, stwierdzającego zgodność wyrobu z wymaganiami zasadniczymi właściwych dyrektyw UE-EMC i RoHS.

W wykonaniu tych wymogów wykonawca [REDAKTOWANO] przedstawił certyfikat nr T 61000220.003 wystawiony w dniu 21.01.2017 r. przez jednostkę certyfikującą [REDAKTOWANO], potwierdzający że wyrób - czujnik tlenku węgla typu OR-DC-619 - bateryjne urządzenie do wykrywania tlenku węgla w pomieszczeniach domowych, jest zgodny z wymaganiami przywołanych dokumentów odniesienia - normy PN-EN 50291-1:2010/A1:2013-05. Wykonawca przedłożył także wystawioną przez siebie deklarację zgodności Nr 28/N/2016 z dnia 27.01.2017 r. stwierdzającą, że czujnik tlenku węgla (czadu) model OR-DC-619 spełnia wymagania zasadnicze zawarte w postanowieniach Dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady (wraz ze wszystkimi późniejszymi zmianami i uzupełnieniami) Elektromagnetycznej EMC-2014/30/EU RoHS 2011/65/EU.

Zdaniem odwołującego, zawarte w SIWZ sformułowanie o „niezależnym podmiocie zajmującym się poświadczeniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi” oznaczało jednostkę autoryzowaną w rozumieniu przepisów ustawy o systemie oceny zgodności z dnia 30.08.2002 r. Wymagało zatem przedstawienia zaświadczenia jednostki uprawnionej do oceny zgodności z zasadniczymi wymaganiami, którymi są jednostki certyfikujące, notyfikowane jednostki kontrolujące oraz notyfikowane laboratoria.

Ustawa z dnia 30.08.2002 r. o systemie oceny zgodności (*t.j. Dz.U. 2016.655*), na którą powołuje się odwołujący, zawiera w art. 5 definicje. I tak jednostką certyfikującą jest niezależna od podmiotów wymienionych w pkt 2 (producenta, importera) jednostka certyfikująca dokonująca certyfikacji o której mowa w pkt 8 (pkt 5). Z kolei certyfikacja to działanie jednostki certyfikującej wykazujące, że należycie zidentyfikowany wyrób lub proces jego wytwarzania są zgodne z zasadniczymi lub szczegółowymi wymaganiami (pkt 8). Certyfikat zgodności to dokument wydany przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą potwierdzający, że wyrób i proces jego wytwarzania są zgodne z zasadniczymi wymaganiami (pkt 9). Deklaracja zgodności jest oświadczeniem producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela stwierdzająca na jego wyłączną odpowiedzialność, że wyrób jest zgodny z zasadniczymi wymaganiami (pkt 10). Notyfikacja to zgłoszenie Komisji Europejskiej i państwom członkowskim Unii Europejskiej autoryzowanych jednostek certyfikujących i kontrolujących oraz autoryzowanych laboratoriów właściwych do wykonywania czynności określonych w procedurach zgodności (pkt 13). Przez zasadnicze wymagania ustawa rozumie wymagania w zakresie cech wyrobu, jego projektowania, wytwarzania określone w dyrektywach nowego podejścia, czyli dyrektywach Wspólnoty Europejskiej uchwalonych zgodnie z zasadami zawartymi w uchwale Rady Unii Europejskiej z 7.05.1985 r. (pkt 15,16). Zdaniem Sądu, z treści pkt 7.2.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wynika, aby zamawiający wymagał przedstawienia przez wykonawców certyfikatu zgodności wystawionego przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą. Gdyby tak było, taki zapis znalazłby się w specyfikacji, podczas gdy zamawiający wymagał przedstawienia zaświadczenia wystawionego przez podmiot niezależny, potwierdzającego zgodność oferowanych przez wykonawców czujników tlenku węgla z normą PN-EN 50291-1:2010+A1:2013-05. Z kolei wymóg określony w pkt 7.2.7 specyfikacji został spełniony, skoro wykonawca [REDAKTOWANO] przedstawił wystawioną przez siebie deklarację zgodności UE. Jest to bowiem dokument wystawiany przez producenta wyrobu na jego odpowiedzialność.

Zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinny być sformułowane przez zamawiającego w sposób jasny i jednoznaczny. Jeżeli jak twierdzi odwołujący, zaświadczenie o którym mowa w pkt 7.2.6 specyfikacji winno odpowiadać warunkom określonym w ustawie o systemie oceny zgodności, to taki warunek nie wynikał z treści specyfikacji.

Biorąc powyższe pod uwagę, brak było podstaw do uznania, że oferta [REDAKTOWANE] nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jako taka powinna być przez zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Z tych motywów Sąd Okręgowy zmienił zaskarżone postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej w pkt 1 w ten sposób, że odwołanie [REDAKTOWANE] oddalił na podstawie art. 198f ust. 2 pzp.

Sąd nie wziął pod uwagę pisma odwołującego z dnia 5.06.2017 r., które wpłynęło po zamknięciu rozprawy, z uwagi na treść art. 316§1 kpc w zw. z art. 391§1 kpc i art. 198a ust. 2 pzp.

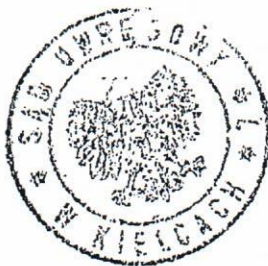
Rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów postępowania odwoławczego zawarte w pkt 2 zaskarżonego postanowienia, obciążające tymi kosztami odwołującego, nie podlegało zmianie, w sytuacji w której odwołanie zostało oddalone (art. 186 ust. 6 pkt 3 pzp).

O kosztach postępowania wywołanych skargą Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych orzeczono zgodnie z wnioskiem skarżącego na podstawie art. 102 kpc w zw. z art. 198a ust. 2 i art. 198b ust. 4 zd. 3 pzp.

SSO Marek Skrobisz

SSO Irena Szrajer-Dragan

SSO Beata Sikorska-Klimczak



Za zgodność z oryginałem
świadczy: SEKRETARZ SĄDOWY

Beata Sikorska-Klimczak
Beata Sikorska-Klimczak