

Sygn. akt II Ca 115/17



WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 marca 2017 roku

Sąd Okręgowy w Białymstoku II Wydział Cywilny Odwoławczy
w składzie:

Przewodniczący: SSO Urszula Wymimko
Sędziowie: SO Jolanta Klimowicz - Popławska
SO Renata Tabor
Protokolant: st. sekr. sądowy Zofia Szczęsnowicz

po rozpoznaniu w dniu 15 marca 2017 roku w Białymstoku

na rozprawie

sprawy o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego [REDAKTOWANO]

z udziałem wykonawcy [REDAKTOWANO]

oraz interwenientów ubocznych po stronie zamawiającego [REDAKTOWANO]

na skutek skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie

od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 05 stycznia 2017 roku w sprawie KIO
2462/16

I. zmienia zaskarżone postanowienie w całości w ten sposób, że:

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

2/ w punkcie 2 kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego [REDAKTOWANO]

[REDAKTOWANO] i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł
(siedem tysięcy pięćset złotych) oraz zasądza od zamawiającego [REDAKTOWANO] na

rzecz wykonawcy [REDAKTOWANE]
kwotę 7.500 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania;

II. nie obciąża stron kosztami postępowania skargowego.

UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 5 stycznia 2017 roku Krajowa Izba Odwoławcza, sygn. akt KIO 2462/17 w przedmiocie odwołania wniesionego przez wykonawcę [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] odrzuciła odwołanie (punkt 1); kosztami postępowania obciążyła wykonawcę [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] i zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł uiszczoną przez wykonawcę [REDAKTOWANE] tytułem wpisu od odwołania (punkt 2).

W uzasadnieniu Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zamawiający [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] prowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE]". Przedmiotem zamówienia były usługi, a wartość szacunkowa zamówienia wynosiła 144.475,57 zł, co stanowiło równowartość 34.605,76 euro. W dniu 22 grudnia 2016 roku zamawiający poinformował wykonawcę [REDAKTOWANE] o wynikach postępowania wskazując, że jako najkorzystniejszą wybrano ofertę wykonawców wspólnie ubiegających [REDAKTOWANE] oraz [REDAKTOWANE]. W dniu 27 grudnia 2016 roku [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zarzucił, że zamawiający zaniechał wykluczenia [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] oraz [REDAKTOWANE] z udziału w postępowaniu z powodu nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz złożenia nieprawdziwych informacji. Odwołujący zarzucił naruszenie: art. 91 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1b ustawy Pzp w zw. z art. 23 ust. 5 ustawy Pzp i art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 ustawy Pzp, co polegało na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców: [REDAKTOWANE] oraz [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] w sytuacji, gdy wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 w zw. z art. 22 ust. 1b ustawy Pzp oraz art. 23 ust. 5 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 ustawy

Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 23 ust. 5 ustawy Pzp przez zaniechanie ich zastosowania w sytuacji, w której jeden z członków konsorcjum [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] oraz [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] (dotyczy członka konsorcjum [REDAKTOWANE]) nie posiada zezwolenia wymaganego postanowieniami SIWZ (rozdział V s 23), a tym samym nie spełnia wymogów udziału w postępowaniu, składając jednocześnie fałszywe oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący wniosł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności oceny oferty i wykluczenie przystępującego z udziału w postępowaniu.

W wyniku rozpatrzenia odwołania na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że postępowanie dotyczyło zamówienia publicznego na usługi, a wartość zamówienia była niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza z urzędu, na podstawie art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron, dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że w tak ustalonym stanie faktycznym przedmiotowe odwołanie podlegało odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, dotyczyło bowiem czynności innych niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy. Wskazała, że zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu ustalonym nowelizacją z 22 czerwca 2016 roku (Dz. U. z 2016 r., póź. 1020) 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 powołanym zaś art. 180 ust. 2 ustawy wskazano wyraźnie, że jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisanych 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.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że choć katalog sytuacji, w których w postępowaniach podprogowych przysługiwało odwoływanie uległ rozszerzeniu (między innymi o czynność wyboru oferty najkorzystniejszej), to w przedmiotowej sprawie odwołanie dotyczyło zachowań zamawiającego, wobec których ustawodawca również po nowelizacji nie przewidział możliwości zaskarżenia. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że istotą tego

odwołania był zarzut zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu, co nie mieściło się w katalogu określonym art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu miały natomiast wtórny charakter: zarzut dotyczący wyboru oferty najkorzystniejszej nie został oparty na okolicznościach dotyczących przyznanej w tej ofercie oceny, ale wywiedziony jako konsekwencja zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy, który tę ofertę złożył. W takim wypadku o dopuszczalności wniesienia przedmiotowego odwołania decydowała ocena dopuszczalności podniesienia zarzutu zaniechania czynności wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania, to bowiem zaniechanie było istotą sporu i to w nim skarżący upatrywał naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że analiza treści obowiązującego przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp i użytego w nim sformułowania „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” prowadziła do wniosku, że pod pojęciem tym nie kryło się zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania, a jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Zdaniem Izby, za takim rozumieniem przepisu przemawiała wykładnia językowa art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Mając na uwadze literalne brzmienie tego przepisu oraz treść art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała, że wybór oferty najkorzystniejszej należało rozumieć jako czynności zamawiającego polegające na zastosowaniu do oferty określonych w SIWZ kryteriów i ustalenie wyniku tej oceny w sposób skutkujący wyborem oferty. Za takim stanowiskiem przemawiała też wykładnia celowościowa. Krajowa Izba Odwoławcza wyjaśniła, że w wyniku nowelizacji z czerwca 2016 roku większego znaczenia nabrały pozacenowe kryteria oceny ofert, znacznie większego znaczenia nabrał więc zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. W wyniku wspomnianej nowelizacji ustawodawca wprowadził zakaz stosowania ceny jako kryterium oceny ofert o wadze przekraczającej 60%. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że właśnie dlatego w art. 180 ust. 2 Pzp dodano możliwość zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, która to czynność obecnie była obciążona większym niż dotychczas ryzykiem naruszenia przepisów ustawy, stąd poddanie jej weryfikacji w drodze środków ochrony prawnej było bardziej uzasadnione. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła następnie uwagę, że nowelizując przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca rozszerzył możliwość wnoszenia odwołań w postępowaniach o wartości zamówienia poniżej progów unijnych, dopuszczając wniesienie odwołania również wobec czynności opisu przedmiotu zamówienia oraz wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie, nie

zostały jednak wykreślone ani zmienione przesłanki z pkt 3 i 4, zgodnie z którymi odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz czynności wykluczenia odwołującego z postępowania. W ocenie Izby, *a contrario*, odwołanie nie przysługiwało wobec zaniechania czynności odrzucenia oferty innego wykonawcy, jak i wobec zaniechania czynności wykluczenia innego wykonawcy z postępowania. Zdaniem Izby, możliwości zaskarżenia tych zaniechań nie można wywodzić z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Izba podkreśliła, że nie można uznać, aby racjonalny ustawodawca chcąc dopuścić możliwość wnoszenia odwołań, tak wobec odrzucenia własnej oferty, jak i zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy, pierwszą z tych możliwości przewidział w odrębnej podstawie prawnej, wprost tę czynności wskazując (pkt 4), a drugą z niewiadomych powodów „ukrył” w przesłance dotyczącej wyboru oferty najkorzystniejszej (pkt 6). Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że gdyby zamiarem ustawodawcy nie było ograniczenie odwołań na podstawie punktu 6 wyłącznie do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty sensu stricto, to zbędne byłoby określenie pozytywnego katalogu czynności podlegających zaskarżeniu w postępowaniach poniżej progów. W takiej sytuacji racjonalny ustawodawca nie określałby tego katalogu od strony pozytywnej, a jedynie wskazałby od strony negatywnej, kiedy odwołanie nie przysługuje.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła następnie uwagę, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego charakteryzowało się fazowością. Dopiero oferty pozytywnie zweryfikowane poddawane były czynnościom wyboru najkorzystniejszej oferty w wyznaczonych kryteriach, do której odnosił się przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Każde z przywoływanych określeń „czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania”, „czynność odrzucenia oferty” oraz „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” miało swoją odrębną treść normatywną i ugruntowane w praktyce znaczenie – jednoznacznie rozumiane przez wykonawców oraz zamawiających. Także rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w Załączniku 1 dotyczącym najczęściej stosowanego trybu przetargu nieograniczonego w pozycjach 15, 17 i 18 wyraźnie rozróżniało czynności odrzucenia oferty oraz czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła następnie uwagę, że w kwestii dopuszczalności i zakresu stosowania środków odwoławczych w postępowaniach podprogowych liczyły się regulacje ustawodawcy krajowego. Jednocześnie, Komisja Europejska, uwzględniając orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zwracała uwagę na konieczność zapewnienia środków ochrony prawnej dla najistotniejszych decyzji mogących naruszać

interes wykonawców, takich jak wykluczenie ich z postępowania, czy też odrzucenie oferty. Realizując te postulaty ustawodawca krajowy zmienił art. 184 ust. 1 ustawy Pzp i w kolejnej nowelizacji z dnia 4 września 2008 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw wprowadził przepis art. 184 ust. 1a. Następna nowelizacja z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, w omawianym zakresie, pozostawała w związku z wyeliminowaniem instytucji protestu i wprowadziła przepis art. 180 ust. 2 Pzp. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp miał charakter wyjątku od zasady generalnej. W przeciwieństwie do postępowań dotyczących zamówień, których wartość była równa lub wyższa od tzw. progów unijnych, w przypadku postępowań podprogowych zasadą było, że odwołanie nie przysługuje. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, o intencjach ustawodawcy świadczyło nieprzypadkowo użyte w art. 180 ust. 2 Pzp słowo „wyłącznie”. Skoro, katalog czynności, wobec których odwołanie przysługuje nadal miał charakter wyjątku od zasady, to nie mógł być on interpretowany rozszerzająco. W przeciwieństwie do art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp była i jest mowa wyłącznie o tym, że odwołanie w postępowaniach poniżej progów służyło wyłącznie wobec czynności, zaś ustawodawca nie wspominał o zaniechaniach zamawiającego. Celem przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp było zatem reglamentowanie dostępu do środków ochrony prawnej, a nie rozszerzanie takiego dostępu.

W dalszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza zauważyła, że z dotychczasowego przepisu art. 92 ust. 1 ustawy Pzp wynikało, iż zamawiający miał obowiązek jednocześnie informować o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o ofertach odrzuconych i wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania. Z treści obecnie obowiązującego przepisu art. 92 ust. 1 ustawy Pzp wynikało natomiast, że zamawiający nie miał już obowiązku jednoczesnego informowania o tych czynnościach. Zatem, znacznie częściej zamawiający będzie odrzucał oferty, czy wykluczał wykonawców zanim wybierze ofertę najkorzystniejszą. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, trudno uznać, aby pod pojęciem „wybór oferty najkorzystniejszej” mieściło się również „zaniechanie czynności odrzucenia” i „zaniechanie czynności wykluczenia” w sytuacji, gdy zamawiający nie dokonał jeszcze czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła pogląd, że przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym „czynność wyboru oferty najkorzystniejszej” należy rozumieć szeroko - jako zwięźczenie wszystkich czynności z zakresu badania i oceny ofert, które doprowadziły do wyboru oferty najkorzystniejszej, nie dało się obronić w świetle reguły racjonalności

ustawodawcy. Przy przyjęciu takiej wykładni poza zakresem zaskarżenia w postępowaniach podprogowych pozostawałoby w istocie jedynie unieważnienie postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się także do wyrażonego w toku prac legislacyjnych nad nowelizacją stanowiska jej autora – Ministerstwa Rozwoju, które stanowiło swego rodzaju wykładnię autentyczną. W toku uzgodnień międzyresortowych Ministerstwo Środowiska zgłosiło uwagę, że rozszerzenie katalogu okoliczności, wobec których można zastosować środki ochrony prawnej w postępowaniach podprogowych, ograniczy efektywność postępowań. Wskazywano, że jeżeli zaproponowana zmiana była konieczna, przy tak rozszerzonym katalogu okoliczności umożliwiających skorzystanie ze środków ochrony prawnej, niecelowe było w ogóle utrzymanie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Autor nowelizacji - Ministerstwo Rozwoju - zaznaczyło w toku prac legislacyjnych, że zmiana była korzystna dla wykonawców, a enumeratywne wyliczenie nie otwierało zakresu środków ochrony prawnej tak szeroko, jak jego brak. „Przed wszystkim, poza tym zakresem będą „zaniechania” zamawiającego, a to znaczna różnica”. Poza tym uznano, że do rozważenia była rezygnacja z pkt 7 - unieważnienia postępowania, w tym przypadku bowiem nikt nie uzyskiwał zamówienia. Ostatecznie, zgodnie z takimi założeniami ukształtowała się treść art. 180 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, zwracając przy tym na uwagę na jednolite stanowisko wyrażane w innych orzeczeniach wydawanych w analogicznych sprawach, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że przedstawione w rozpoznawanym odwołaniu zarzuty nie mieściły się w katalogu z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, gdzie mowa była o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie zaś zaniechaniu odrzucenia wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą. Z tego względu, odwołanie podlegało odrzuceniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

Na powyższe postanowienie skargę złożył Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 198b ust. 4 zd 1 w zw. z art. 198a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015, poz. 2164 ze zm), zwaną dalej „ustawą Pzp” - oraz art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp i zaskarżył w całości postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2017 roku. Orzeczeniu 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 złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, 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 m.in. na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy, który taką ofertę złożył,
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 być uprzednio wykluczony z udziału w postępowaniu, dotyczy innych okoliczności niż określone w katalogu z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe, na podstawie art. 198e w zw. z art. 198f ust. 2 zd. 2 oraz art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez merytoryczne rozpoznanie odwołania wykonawcy [REDAKTION]. Jednocześnie, skarżący wniósł o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 192 ust. 10 w zw. z art. 198f ust. 5 *in fine* ustawy Pzp oraz nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego (art. 102 k.p.c.).

W uzasadnieniu skargi skarżący wskazał na przepis art. 198b ust. 4 zd. 1 ustawy Pzp jako podstawę prawną legitymacji procesowej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej jako „Prezes Urzędu”) do występowania w sprawie w charakterze skarżącego. Jednocześnie, zgodnie z art. 154 pkt 13 ustawy Pzp Prezes Urzędu - jako centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach zamówień publicznych (art. 152 ust. 1 ustawy Pzp) - dążył do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach, przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów i Trybunału Konstytucyjnego. Stosownie do art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu stosować odpowiednio należało przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 roku Kodeks postępowania cywilnego o prokuratorze. W dalszej kolejności skarżący przytoczył stan faktyczny sprawy.

Uzasadniając następnie zarzuty skargi skarżący za całkowicie niezasadne uznał stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, według którego przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp nie przyznawał ochrony prawnej wykonawcom kwestionującym prawidłowość wyboru

oferty najkorzystniejszej wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy, który ją złożył oraz zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu. Skarżący wskazał na przepis art. 1 pkt 159 ustawy nowelizującej poszerzający katalog okoliczności umożliwiających wnoszenie przez wykonawców odwołań do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w tzw. postępowaniach podprogowych (tj. w postępowaniach, których wartość zamówienia była niższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie delegacji z art. 11 ust. 8 ustawy Pzp). Do dotychczasowego katalogu przesłanek zostały dodane dwie, a mianowicie: opis przedmiotu zamówienia oraz wybór najkorzystniejszej oferty (odpowiednio: art. 180 ust. 2 pkt 5 i 6 ustawy Pzp). Poszerzenie katalogu przesłanek wnoszenia odwołania w postępowaniach podprogowych 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 stanowiły przeważającą część ogółu krajowych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i jednocześnie stanowiły nieznaczną odsetek postępowań, w których były wnoszone odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Taki stan rzeczy wymagał interwencji ustawodawcy w kierunku dopuszczenia szerszej możliwości kwestionowania niezgodnych z ustawą Pzp zachowań zamawiających w najczęściej prowadzonych w skali krajowej postępowaniach, co znalazło odzwierciedlenie w treści art. 180 ust. 2 pkt 5 i 6 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym od dnia 28 lipca 2016 roku.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że w zaskarżonym postanowieniu, mając na względzie pojęcie „wybór najkorzystniejszej oferty” użyte w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż nowa przesłanka dopuszczalności odwołania miała służyć umożliwieniu kwestionowania wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która w istocie nie była najkorzystniejsza w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, pojęcie to determinowało, że w postępowaniach podprogowych wykonawcy mogli skarżyć odwołaniem tylko i wyłącznie wybór oferty dokonany przez zamawiającego niezgodnie z uprzednio przyjętymi przez niego kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Skarżący wyjaśnił, że przede wszystkim należało zwrócić uwagę, iż wykładnia ta nie znalazła oparcia w przepisach ustawy Pzp, a zwłaszcza w instytucji badania i oceny ofert, której efektem był wybór oferty najkorzystniejszej. Na gruncie przepisów ustawy Pzp nie sposób przyjąć, aby pojęcie „wybór najkorzystniejszej oferty” było interpretowane w sposób tak zawężający, jak dokonała tego Izba w zaskarżanym postanowieniu.

Skarżący stwierdził, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było bowiem procesem dynamicznym, charakteryzującym się sekwencyjnością zachowań zamawiającego w kolejnych etapach, w zależności od trybu w jakim było prowadzone. Na proces udzielania zamówienia publicznego składał się szereg kolejno następujących po sobie czynności podejmowanych przez jego uczestników, przy czym czynność wyboru najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego zasadniczo poprzedzona była etapem badania i oceny złożonych ofert. W trybie przetargu nieograniczonego, w związku z etapem badania i oceny ofert zamawiający najpierw badał oferty od strony formalnej. W ramach tej wstępnej fazy zamawiający ustalał, m.in. terminowość złożenia oferty, prawidłowość zabezpieczenia oferty wadium, jeśli żądał jego wniesienia. Następnie, zamawiający przechodził do oceny podmiotowej warstwy oferty, w ramach której ustalał, czy wykonawca nie podlegał wykluczeniu, a także czy spełniał warunki udziału w postępowaniu. Wreszcie, dokonywał oceny zaistnienia przesłanek odrzucenia oferty, a następnie oceniał oferty niepodlegające odrzuceniu przyznając im odpowiednią punktację w świetle ustanowionych przez siebie kryteriów oceny ofert. Rezultatem tych wszystkich zabiegów zamawiającego był wybór najkorzystniejszej oferty. Skarżący podkreślił więc, że wybór najkorzystniejszej oferty stanowił zwieńczenie szeregu zachowań zamawiającego. Czynności dokonywane w tych ramach pozostawały ze sobą w ścisłym związku, a wynik kolejnych faz etapu badania i oceny ofert determinował konieczność dokonania kolejnych, czy też przesądzał o braku potrzeby ich dokonania. W sytuacji oceny, że wykonawca podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu złożoną przez niego ofertę uznawano za odrzuconą już po fazie analizy aspektów podmiotowych złożonej oferty (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp). Skarżący podkreślił, że na gruncie prawa zamówień publicznych nie można wybrać oferty i zawrzeć umowy z wykonawcą, który nie spełniał wymogów podmiotowych i przedmiotowych przewidzianych dla danego zamówienia. Zarówno faza badania oferty, jak i faza wyboru najkorzystniejszej oferty przynależały do etapu badania i oceny ofert, ponieważ prawidłowy wybór oferty mógł mieć miejsce wyłącznie po zgodnym z przepisami ustawy Pzp przeprowadzeniu przez zamawiającego faz poprzedzających ten wybór.

W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w zaskarżanym postanowieniu sprowadzające się do całkowitego rozdzielenia czynności badania ofert od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty zupełnie abstrahuje od zasady legalizmu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o której mowa w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Skarżący podkreślił, że udzielenie zamówienia publicznego mogło 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 mógł nastąpić wyłącznie spośród ofert złożonych przez wykonawców, którzy nie podlegali wykluczeniu i którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Niewątpliwie zatem naruszeniem tej zasady był wybór przez zamawiającego oferty w sytuacji, gdy oferta ta nie została należycie zbadana i oceniona przez zamawiającego. Efekt tego badania i oceny ofert odzwierciedlony był dopiero w samej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Informując o wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający jednocześnie potwierdzał, że oferta ta nie podlegała odrzuceniu, a wykonawca ją składający nie podlegał wykluczeniu z postępowania.

W ocenie skarżącego, poprzez odmówienie wykonawcom prawa do wnoszenia odwołania na wybór oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu i którego oferta powinna być przez zamawiającego odrzucona, Krajowa Izba Odwoławcza pozbawiła wykonawców możliwości weryfikacji przez wyspecjalizowany organ odwoławczy fazy badania i oceny ofert, która doprowadziła do niezgodnego z przepisami ustawy Pzp wyboru oferty. Skarżący zauważył, że zaprezentowana przez Izbę wąska interpretacja przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, w świetle której przez „wybór najkorzystniejszej oferty” należało rozumieć wyłącznie ocenę ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert, stała w sprzeczności z zasadniczym celem ustawy Pzp, jakim niezmiennie, również po wejściu w życie ustawy nowelizującej, było wyłonienie wykonawcy, który nie podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu i który złożył najkorzystniejszą ofertę odpowiadającą wymaganiom zamawiającego opisanym w SIWZ, a także który dawał rękojmię należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Skarżący nie podzielił stanowiska Izby, która z braku zmiany treści art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp w związku z ustawą nowelizującą wywodziła 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 uwzględniała bowiem okoliczności, że przez wybór najkorzystniejszej oferty należało rozumieć wszelkie zachowania zamawiającego w ramach etapu badania i oceny ofert, które doprowadziły zamawiającego do podjęcia decyzji w tym zakresie. W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, błędne było również stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, że przyjęcie możliwości zaskarżenia zaniechania wykluczenia innego niż odwołujący wykonawcy i odrzucenia oferty złożonej przez innego wykonawcę w postępowaniach podprogowych prowadziłyby do niedozwolonej, rozszerzającej wykładni wyjątku od zasady, że w tych postępowaniach odwołanie nie przysługiwało. W tym zakresie skarżący zauważył, że wyjątkowy charakter uprawnienia do skorzystania ze środka ochrony prawnej w tych

postępowaniach nie może automatycznie prowadzić do wybiórczej interpretacji przesłanek dopuszczalności składania odwołań. W przekonaniu skarżącego, pomijając, że wybór najkorzystniejszej oferty obejmował nie tylko etap oceny, ale i badania ofert, co wynikało z wykładni systemowej ustawy Pzp, a także celu każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Krajowa Izba Odwoławcza w istocie dokonała wybiórczej, a nie ścisłej interpretacji pojęcia użytego w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych odniósł się następnie do wskazania Krajowej Izby Odwoławczej, że przesłanki z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp dotyczyły wyłącznie zachowań zamawiającego o charakterze czynnym, a nie jego zaniechań. Wskazał, że art. 180 ust. 2 ustawy Pzp dotyczył faktycznie czynności zamawiającego. Każde jednak odwołanie wnoszone wobec określonych czynności zamawiającego musiało prowadzić do wykazania nieprawidłowości w działaniach zamawiającego, które stanowiły o niezgodności z przepisami ustawy Pzp. W przypadku wniesienia odwołania co do każdej z czynności objętej treścią art. 180 ust. 2 ustawy Pzp odwołujący powinien wykazać konkretne zachowania zamawiającego, które były niezgodne z przepisami ustawy Pzp. Skarżący wyjaśnił, że w tym zakresie można mówić o określonym zachowaniu zamawiającego polegającym na niedochowaniu przepisów ustawy Pzp, w tym co do opisu przedmiotu zamówienia, jak i wyboru oferty najkorzystniejszej. W zakresie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający dopuszczał się naruszeń, gdy wybierał jako najkorzystniejszą ofertę, która powinna być odrzucona, a także gdy oceniał ofertę wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania.

W ocenie skarżącego, również w przypadku przesłanki z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, z uwagi na kateryczne brzmienie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, w ramach okoliczności „wyboru najkorzystniejszej oferty” odwołujący mogli 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. Skarżący zwrócił uwagę, że 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. Dlatego też wykładnia taka, jako niezgodna z zasadą wewnętrznej spójności ustawy Pzp, nie mogła się ostać. Przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp musiał 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 zaskarżanym postanowieniu wykładnia art. 180 ust. 2 pkt 6

ustawy Pzp, pozbawiająca znaczenia normy wynikające z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp o charakterze bezwzględny, jako nieprawidłowa, nie zasługiwała więc na aprobatę.

Skarżący dostrzegł następnie, że Krajowa Izba Odwoławcza uzasadniała swoje stanowisko w kwestii wykładni art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp odwołując się również do treści art. 92 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu po wejściu w życie ustawy nowelizującej wskazując, że trudno uznawać, iż pod pojęciem „wybór najkorzystniejszej oferty” mieściło się zaniechanie czynności odrzucenia i zaniechanie czynności wykluczenia. Skarżący wyjaśnił, że istotnie, przesłanka ta nie obejmowała możliwości zaskarżenia zaniechania odrzucenia innych niż oferta najkorzystniejsza ofert lub wykluczenia innych wykonawców, niż ten, który został wybrany do wykonania zamówienia, ale w jej zakres wchodziła możliwość kwestionowania nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej, która to czynność została dokonana wskutek niezgodnych z przepisami ustawy Pzp działań lub zaniechań zamawiającego. Ponadto, przepis art. 92 ust. 1 ustawy Pzp w nowym brzmieniu miał przede wszystkim na celu wzmocnienie zasady transparentności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w trybach wieloetapowych, związanych z prekwifikacją i z jego treści nie można wywieść zakazu równoczesnego informowania o kluczowych decyzjach zamawiającego w postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego. W ocenie skarżącego, przypisywanie nadmiernego znaczenia zmianie przepisu o charakterze informacyjnym i wywodzenie z tej zmiany ograniczenia dla uprawnienia do korzystania ze środków ochrony prawnej o fundamentalnym znaczeniu w systemie zamówień publicznych, było nieproporcjonalne i nie mogło zasługiwać na uznanie. W nowym brzmieniu przepisu art. 92 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca zrezygnował wyłącznie z konieczności informowania w sposób jednoczesny o czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania, odrzuceniu ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego. Zdaniem skarżącego, powyższe oznaczało, że zamawiający mogli poinformować przykładowo o wykluczeniu wykonawcy z postępowania wcześniej, przed informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej, co oznaczało jedynie, iż termin na wniesienie odwołania na tę czynność (wykluczenia wykonawcy z postępowania) rozpoczynałby swój bieg wcześniej. Nie miało to jednak żadnego znaczenia dla możliwości zaskarżenia w postępowaniach podprogowych również nieprawidłowo dokonanej przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. przykładowo oferty wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu i którego oferta podlegała odrzuceniu. Za nieuzasadnione skarżący uznał także zgłaszane przez

Krajową Izbę Odwoławczą wątpliwości praktyczne dotyczące zastosowania szerokiej interpretacji art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy. Dywagacje 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 podpadały pod tę przesłankę, skoro oferta taka nie została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu lub która powinna być uprzednio przez zamawiającego odrzucona. Zasadności stanowiska o możliwości zaskarżenia, w ramach przesłanki z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, wyboru oferty złożonej przez wykonawcę, który powinien być wykluczony, czy też podlegającej odrzuceniu, nie podważał też wzór protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, uregulowany w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku. Skarżący podkreślił, że przywołana przez Izbę instytucja informowania zamawiającego o niezgodnych z przepisami ustawy czynnościach i zaniechaniach, o których mowa w art. 181 ust. 1 ustawy Pzp nie zastąpi wykonawcom biorącym udział w postępowaniach podprogowych środka ochrony prawnej, jakim było odwołanie wnoszone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od wyboru najkorzystniejszej oferty, stanowiącego najistotniejszy element i zwięźczenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Skarżący wskazał, że wątpliwości Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie dopuszczenia kwestionowania zaniechania wykluczenia wykonawcy w ramach przesłanki z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w trybach z prekwalifikacją były zupełnie nieuzasadnione. Z kolei wskazywane przez Izbę stanowisko Ministerstwa Rozwoju, w stosunku do wniesionej przez Ministerstwo Środowiska uwagi, prezentowane w toku prac legislacyjnych nad nowelizacją ustawy Pzp, odnosiło się do zaniechań pozostających bez wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w żaden sposób nie zawężało zakresu zastosowania art. 180 ust. 2 pkt 5 i 6 ustawy Pzp. W kontekście zarzutów odwołania skarżący wskazał, że pozbawienie wykonawców biorących udział w tych postępowaniach prawa do podważania wyboru oferty złożonej przez wykonawcę, który powinien być zostać wykluczony mogło spowodować realizację zamówienia przez podmiot nierzetelny, niewiarygodny, co zupełnie przeczyło celowi i istocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przyjął, że zaprezentowana przez Krajową Izbę Odwoławczą interpretacja przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp stała w sprzeczności z zasadniczym celem ustawy Pzp, którym w świetle art. 7 ust. 3 ustawy Pzp był wybór wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę i który nie podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Z uwagi na powyższe, nie można

zaakceptować poglądu Izby wyrażonego na tle art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, że zaskarżeniu odwołaniem w postępowaniach podprogowych nie podlegał wybór najkorzystniejszej oferty, u podstaw którego legło błędne uznanie przez zamawiającego, że wykonawca, który ją złożył nie podlegał wykluczeniu lub że oferta ta nie powinna była zostać odrzucona. Zdaniem skarżącego, konsekwencją naruszenia przez Izbę przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię było naruszenie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie w stanie faktycznym niniejszej sprawy i odrzucenie odwołania ze względu na uznanie, iż dotyczyło ono innych niż wskazane w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp czynności.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że w odwołaniu wniesionym w tej sprawie odwołujący zaskarżył wybór najkorzystniejszej oferty, mimo że konsorcjum powinno było zostać wykluczone z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz złożenie nieprawdziwych informacji. Z treści odwołania wynikało, że zarzuty zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy stanowiły uzasadnienie merytoryczne dla kwestionowania przez odwołującego wyboru oferty i miały na celu wykazanie wadliwości dokonanego przez zamawiającego wyboru. Zdaniem skarżącego, w kontekście art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp nie sposób odmówić odwołującemu prawa do zaskarżania wyboru oferty poprzez podważanie prawidłowości badania i oceny oferty, która niezgodnie z przepisami ustawy Pzp została uznana za najkorzystniejszą. Skarżący zwrócił także uwagę, że nadrzędnym celem postępowania odwoławczego było rozpoznanie sprawy co do istoty. Przesłanki odrzucenia odwołania wyrażone w art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp należało interpretować ściśle, gdyż zakończenie tego postępowania w sposób formalny zamykało odwołującemu się wykonawcy drogę do merytorycznego rozpoznania jego zarzutów podniesionych w ramach katalogu okoliczności określonych w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. W tym kontekście, niezasadne odrzucanie odwołań godziło także w podstawowy cel implementacji do prawa krajowego postanowień dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 roku zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335 z 20.12.2007 r., s. 31), jakim była poprawa skuteczności krajowych procedur odwoławczych. Odrzucenie odwołania w sytuacji braku wystąpienia przesłanek z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp podważało zasadniczy sens procedury odwoławczej, jakim było zapewnienie wykonawcom skutecznego i efektywnego narzędzia ochrony przed decyzjami zamawiającego, podejmowanymi w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie skarżącego, cel ten zostanie

warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia oferty odwołującego; 5) opisu przedmiotu zamówienia; 6) wyboru najkorzystniejszej oferty. Stosownie zaś do art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu nadanym 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.

Bezspornym jest, że w odwołaniu odwołujący zarzucił wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców [REDAKTOWANE] oraz [REDAKTOWANE] mimo że zamawiający był zobowiązany do wykluczenia konsorcjum, które nie spełniało wymogów udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, w uzasadnieniu postanowienia z dnia 5 stycznia 2017 roku Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła stanowisko, że istotą wniesionego przez [REDAKTOWANE] odwołania jest zarzut zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu, co nie mieści się w katalogu określonym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp i dlatego odwołanie podlegało odrzuceniu. Odrzucając odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza wyjaśniła, że dokonała wykładni językowej przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp i na tej podstawie uznała, że przez „wybór najkorzystniejszej oferty” rozumieć trzeba ocenę ofert wyłącznie z kryteriami oceny oferty najkorzystniejszej. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, pod tym pojęciem nie kryje się zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania, a jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. W ocenie Sądu Okręgowego, ten wąski kierunek wykładni jest nieprawidłowy, dokonany z pominięciem szeregu istotnych okoliczności, a przez to obarczony licznymi wadami, o których szczegółowo niżej.

Sąd Okręgowy zauważa, że wykładnia ta jest obciążona podstawową wadą, a mianowicie nie uwzględnia zasadniczego celu ustawy Pzp, którym jest przecież wyłonienie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę odpowiadającą wymaganiom zamawiającego opisanym w specyfikacji, który nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a przy tym daje rękojmię należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zaprezentowana przez Krajową Izbę Odwoławczą w istocie zawężająca wykładnia językowa nie uwzględnia również poszczególnych czynności prowadzących do wyboru „najkorzystniejszej oferty”, co musi budzić oczywiste zastrzeżenia

do legalności takich działań. Jest to tym bardziej znamienne, wobec treści przepisu art. 7 ustawy Pzp, z którego wynika przecież zasada przejrzystości i legalności postępowania w sprawie zamówienia publicznego. Podkreślenia wymaga, że czynność wyboru najkorzystniejszej oferty jest ukoronowaniem szeregu czynności: działań lub zaniechań (skoro pojęcie czynności w prawie oznacza zarówno działanie, jak i zaniechanie działania) i to ta końcowa czynność podlega odwołaniu. W świetle wykładni celowościowej nie ma natomiast znaczenia, jaki element procesu decyzyjnego był wadliwy, jak to zawężająco przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza. Przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp w żaden sposób nie wartościuje i nie uzależnia dopuszczalności odwołania od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty od zaistnienia określonych przyczyn leżących u podstaw takiej wadliwej i niezgodnej z prawem decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Nie można też zaaprobować stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, która z braku zmiany treści art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp w związku z ustawą nowelizującą, wywiodła konieczność interpretacji przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp wyłącznie poprzez pryzmat definicji najkorzystniejszej oferty z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Słusznie zauważa tu skarżący, że 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. Wyjaśnienia wymaga, że czynności te są zaskarżalne dopiero w momencie odrębnego poinformowania o nich wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia (art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Poinformowanie o dokonaniu tych czynności dopiero inicjuje podstawę do ich zaskarżenia w trybie odwołania składanego do Krajowej Izby Odwoławczej. Ustawodawca pozostawił więc wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego prawo do zaskarżania w postępowania podprogowych czynności, które wprost uniemożliwiają mu uzyskanie zamówienia publicznego. W ocenie Sądu Okręgowego, takimi czynnościami niewątpliwie są: wykluczenie wykonawcy z postępowania, odrzucenie jego oferty. Taka sytuacja ma miejsce również wtedy, gdy oferta wykonawcy pozostaje ważna (nie została odrzucona), a sam wykonawca nie podlegał wykluczeniu, jednakże czynność wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy została podjęta z naruszeniem przepisów o jej wydaniu, na przykład gdy oferent podlegał wykluczeniu, albo jego oferta podlegała odrzuceniu.

Sąd Okręgowy zauważa oczywiście, że ustawodawca nie wskazał wprost, jako odrębnej przesłanki z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp „zaniechania odrzucenia oferty sprzecznej z przepisami ustawy”. Niemniej jednak, chociaż przesłanki z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp wprost nie obejmują możliwości zaskarżania zaniechania odrzucenia innych ofert niż oferta

najkorzystniejsza, czy też wykluczenia innych wykonawców niż ten, który został wybrany do wykonania zamówienia, to jednak w zakres ich badania wchodzi możliwość kwestionowania nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie można bowiem zapominać o celu, jaki towarzyszył projektowi ustawy nowelizacyjnej, a było nim, jak wynika z projektu ustawy nowelizacyjnej, rozszerzenie możliwości wnoszenia odwołań w postępowaniach dotyczących zamówień tzw. podprogowych. W tę koncepcję niewątpliwie wpisuje się uzupełnienie możliwości wniesienia odwołania o dwie kolejne przesłanki. W toku prac legislacyjnych zwracano uwagę na zwiększenie ochrony prawnej wykonawców. Określona w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zgodzie z przepisami ustawy Pzp, jako najistotniejsza czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o najszerszym zakresie niewątpliwie powinna podlegać weryfikacji przez wykonawców w ramach środków ochrony prawnej. W tym kontekście Sąd Okręgowy zauważa, że obowiązek uwzględnienia, poza cenowymi, kryteriów oceny ofert przez zamawiających w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego został wprowadzony do przepisów ustawy Pzp w 2014 roku, już na podstawie ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 roku, poz. 1232). Ustawa nowelizująca z 2016 roku jedynie doprecyzowała już wtedy wprowadzone w życie regulacje. Nie można tu zapominać, że jak trafnie wskazują skarżący, postępowania podprogowe stanowią przeważającą część ogółu krajowych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i jednocześnie stanowią nieznaczny odsetek postępowań, w których wnoszone są odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Taki stan rzeczy zapewne wymagał interwencji ustawodawcy w kierunku dopuszczenia szerszej możliwości kwestionowania niezgodnych z ustawą Pzp zachowań zamawiających w najczęściej prowadzonych w skali kraju postępowaniach, co znalazło odzwierciedlenie w treści art. 180 ust. 2 pkt 5 i 6 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym od dnia 28 lipca 2016 roku. Mając na uwadze tego rodzaju okoliczności, w przekonaniu Sądu Okręgowego, odrzucenie odwołania podważa zasadniczy sens procedury odwoławczej, jakim jest zapewnienie wykonawcom narzędzia ochrony przed decyzjami zamawiającego. Dość wskazać, że zastosowany tryb oceny ofert znajduje podstawę w art. 24aa ustawy Pzp (tzw. procedura odwrócona).

Nie można zatem odmówić racji argumentowi, że wąska wykładnia przesłanek z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp oznaczałaby pozbawienie wykonawców prawa do wnoszenia odwołania na wybór oferty, która powinna być odrzucona przez zamawiającego, a co za tym idzie możliwości zweryfikowania przez organ odwoławczy fazy badania i oceny ofert, która doprowadziła do niezgodnego z przepisami ustawy Pzp wyboru oferty.

Analizując kwestię „czynności wyboru oferty najkorzystniejszej” w rozumieniu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp nie mogą ująć uwagi inne powinności ciążące na zamawiającym, a wynikające wprost z tej ustawy. Należy tu zwrócić szczególną uwagę na konieczność wyboru oferty niepodlegającej odrzuceniu, na co wskazują przepisy art. 82 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z pierwszym z tych przepisów treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Drugi przepis nakłada natomiast na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Sądu Okręgowego, powyższe oznacza, że w kwestii czynności wyboru najkorzystniejszej oferty na zamawiającym ciążyą pewne obowiązki związane z badaniem oferty pod kątem jej ewentualnego odrzucenia, jak i przepisy odnoszące się do oceny ofert pod kątem kryteriów oceny określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przekonaniu Sądu Okręgowego, mając na uwadze także taki kontekst, nie można za przekonujące uznać stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, które niewątpliwie ogranicza wybór najkorzystniejszej oferty wyłącznie do jej analizy według kryterium z art. 2 ust. 5 ustawy Pzp, czyli atrakcyjności ceny. Tego rodzaju stanowisko pomija bowiem, że przez wybór najkorzystniejszej oferty należy rozumieć wszelkie zachowania zamawiającego w ramach etapu badania i oceny ofert, które doprowadziły do podjęcia decyzji w tym zakresie.

O ile przy tym przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp rzeczywiście przewiduje możliwość odwołania się od „czynności” zamawiającego, to w przekonaniu Sądu Okręgowego, pojęcie „czynności” w zakresie przesłanki z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp odnosi się do kwestii czynności „wyboru najkorzystniejszej oferty”, czyli nie tylko w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, ale także i „wyboru oferty” w rozumieniu przepisów rozdziału 4 ustawy Pzp (art. 82 i następane ustawy Pzp). Sąd Okręgowy stwierdza, że w przypadku wniesienia odwołania co do każdej czynności objętej treścią art. 180 ust. 2 ustawy Pzp odwołujący powinien wykazać konkretne zachowania zamawiającego, które są niezgodne z przepisami. W przedmiotowej sprawie odwołujący tego obowiązku dopełnił wskazując, że zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów, ponieważ jako najkorzystniejszą wybrał ofertę, która powinna zostać odrzucona, jako pochodząca od wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania. Sąd Okręgowy podziela argumenty skarżącego, że z uwagi na kategoryczne brzmienie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, w ramach „wyboru najkorzystniejszej oferty” odwołujący mogą podważać wybór najkorzystniejszej oferty wynikający z wadliwego dopuszczenia do oceny oferty, która powinna zostać odrzucona, czy też z braku wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Na tej

podstawie uprawniony jest wniosek, że analizowany przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp powinien być interpretowany łącznie z normami wynikającymi z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, a nie tylko z normą art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, jak przyjęła to Krajowa Izba Odwoławcza.

Mając zatem na względzie dyrektywy wykładni nakazujące uwzględnienie przy interpretacji przepisów również celu ustawy, jak i konsekwentnego posługiwania się w całym akcie prawnym pojęciem „wyboru najkorzystniejszej oferty” nie zaś tylko samą definicją najkorzystniejszej oferty w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp Sąd Okręgowy wyraża pogląd, że zaprezentowana przez Krajową Izbę Odwoławczą interpretacja przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp stoi w sprzeczności z zasadniczym celem ustawy Pzp, którym wobec art. 7 ust. 3 ustawy Pzp jest wybór wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę, która nie podlegała odrzuceniu, on zaś nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Wprawdzie, przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp wprost nie przewiduje możliwości zaskarżenia zaniechania odrzucenia innych ofert niż oferta najkorzystniejsza, czy też wykluczenia innych wykonawców niż ten, który został wybrany do wykonania zamówienia, ale przyjąć trzeba, że w zakres badania wchodzi możliwość kwestionowania nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej. Tymczasem, na skutek wadliwej interpretacji Krajowa Izba Odwoławcza naruszyła przepis art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie odwołania na podstawie wadliwej oceny braku istnienia przesłanek z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

W tych okolicznościach, rolą Sądu Okręgowego jest zatem wydanie orzeczenia merytorycznego, na podstawie art. 198f ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem w razie uwzględnienia skargi sąd zmienia zaskarżone orzeczenie i orzeka wyrokiem co do istoty sprawy, a w pozostałych sprawach wydaje postanowienie. Przepisy art. 192 – 195 stosuje się odpowiednio. Przepisu art. 386 § 4 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego nie stosuje się. W realiach sprawy Sąd Okręgowy podziela stanowisko wyrażone przez Sąd Okręgowy w Łodzi w uzasadnieniu wyroku z dnia 4 czerwca 2012 roku, sygn. akt X Ga 216/12/L, według którego brak merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów samego odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą nie jest przeszkodą do merytorycznego rozpoznania odwołania przez Sąd, gdyż stosownie do treści art. 198f ust. 2 zd. 4 ustawy Pzp w postępowaniu skargowym nie stosuje się przepisu art. 386 § 4 k.p.c. Tym samym, nie jest dopuszczalne uchylene postanowienia i przekazanie odwołania Krajowej Izbie Odwoławczej. W każdym przypadku sąd okręgowy rozpoznający skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej staje się sądem meriti zobowiązanym do merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania, chyba że zachodzi podstawa z art. 198f ust. 4 ustawy Pzp.

Stwierdzając zatem zasadność zarzutów i twierdzeń skargi wywiedzionej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych skutkujące przyjęciem, że odwołanie [REDAKTOWANE] zostało oparte na przesłance z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, Sąd Okręgowy orzekł co do istoty sprawy.

W przekonaniu Sądu Okręgowego, w sprawie zostało wykazane, że wybór oferty na realizację zamówienia publicznego na [REDAKTOWANE] został dokonany z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Jak wynika ze Specyfikacji Indywidualnych Warunków Zamówienia (rozdział V) warunkiem formalnym skutecznego złożenia oferty w ramach przetargu jest to, aby wykonawca posiadał wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości terenu: [REDAKTOWANE], zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminie. Zgodnie z postanowieniami SIWZ (rozdział VI), w celu wstępnego potwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu wykonawcy składają oświadczenia – zgodnie z załącznikami 2 i 3 do SIWZ - dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale V SIWZ oraz oświadczenie o nieistnieniu przesłanek o wykluczeniu z postępowania. Kolejne zapisy SIWZ (rozdział VI, lit. E, pkt 3) przewidują natomiast, że „w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienia przez Wykonawców, oświadczenia, o których mowa w pkt B. 1-2 składa każdy z Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Dokumenty te potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia w zakresie, w którym każdy z Wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia”. Sąd Okręgowy podziela stanowisko odwołującego, że z tego zapisu wynika, iż „warunki udziału w postępowaniu oraz okoliczności dotyczące nieistnienia przesłanek wykluczenia w postępowaniu, których dotyczą oświadczenia składane przez poszczególnych wykonawców tworzących konsorcjum muszą być spełnione przez wszystkich członków tworzących konsorcjum”. Tymczasem, wykonawcy wspólnie ubiegający [REDAKTOWANE] oraz [REDAKTOWANE] takiego wymogu nie spełnili. Niekwestionowanym jest bowiem, że członek tego konsorcjum [REDAKTOWANE] nie posiada zezwolenia na odbiór odpadów, a mimo to złożył oświadczenie o spełnieniu tego warunku SIWZ.

Wobec powyższego, Sąd Okręgowy uznaje, że wykonawcy wspólnie ubiegający [REDAKTOWANE] oraz [REDAKTOWANE] nie wykazali

jednego z warunków SIWZ. W konsekwencji, powinni oni zostać wykluczeni z przetargu – art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, a ich oferta nie powinna być brana pod uwagę przy wyborze oferty najkorzystniejszej.

W ocenie Sądu Okręgowego, w sprawie doszło do naruszenia przepisów ustawy - art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp. Rozpoznając odwołanie Sąd powinien w zasadzie nakazać zamawiającemu unieważnienie czynności polegających na dokonaniu oceny złożonych ofert oraz dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających [REDAKTOWANE] oraz [REDAKTOWANE] oraz powtórzenie czynności badania i oceny złożonych ofert, a także wykluczenie wykonawcy i odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego; oraz w konsekwencji ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Niemniej jednak, pełnomocnik zamawiającego na rozprawie przed Sądem Okręgowym w dniu 15 marca 2017 roku oświadczył, że umowa została zawarta i jest wykonywana.

Wobec powyższego, skoro umowa została zawarta w warunkach, o których mowa art. 192 ust. 3 pkt. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 198f ust. 2 zd 2 i zd. 3 ustawy Pzp, Sąd Okręgowy orzekł jak w punkcie pierwszym i uwzględnił odwołanie stwierdzając naruszenie przepisów ustawy.

W tym stanie rzeczy, Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. i art. 198f ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 198f ust. 5 ustawy Pzp, stosownie do jego wyniku, zgodnie z art. 98 § 1 k.p.c. Do kosztów postępowania odwoławczego zaliczyć należy kwotę 7.500 zł tytułem wpisu od odwołania i te koszty zasądzić od zamawiającego na rzecz odwołującego. Sąd Okręgowy stwierdza, że nie zgłoszono żądania zwrotu kosztów zastępstwa w postępowaniu odwoławczym. Żądanie zgłoszone na rozprawie apelacyjnej uznać trzeba za spóźnione.

Na podstawie art. 102 k.p.c. Sąd Okręgowy odstąpił od obciążenia stron, w tym zamawiającego, kosztami postępowania wywołanego skargą, mając tu na względzie, że została ona wniesiona samodzielnie przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w interesie publicznym.

Orzeczenie
jest prawomocne



Z upoważnienia Kierownika Sekretariatu
Na oryginalne własnoręcze podpisy
ZA zgodność świadczę
STARSZY SEKRETARZ SĄDOWY

Barbara Birula