

## **Uchwała z dnia 12 stycznia 2010 r., III CZP 119/09**

*Sędzia SN Barbara Myszka (przewodniczący)*

*Sędzia SN Krzysztof Strzelczyk (sprawozdawca)*

*Sędzia SN Marek Sychowicz*

Sąd Najwyższy w sprawie ze skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przy uczestnictwie zamawiającego Gminy D.K. i odwołującego "P.O.I.", sp. z o.o. w B. o zamówienie publiczne, po rozstrzygnięciu w Izbie Cywilnej na posiedzeniu jawnym w dniu 12 stycznia 2010 r. zagadnienia prawnego przedstawionego przez Sąd Okręgowy w Słupsku postanowieniem z dnia 29 października 2009 r.:

„Czy w pojęciu »opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu« użytym w przepisie art. 184 ust. 1a pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst: Dz.U. z 2007 r. Nr 233, poz. 1655 ze zm.) mieści się również prawo wniesienia odwołania od protestu dotyczącego opisu warunków udziału w postępowaniu?”

podjął uchwałę:

**W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, toczącym się na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst: Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) w brzmieniu obowiązującym do dnia 22 grudnia 2009 r., odwołanie przewidziane w art. 184 ust. 1a tej ustawy nie przysługuje od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego opisu warunków udziału w postępowaniu.**

### **Uzasadnienie**

Krajowa Izba Odwoławcza, postanowieniem z dnia 21 września 2009 r., wskazując na istnienie negatywnej przesłanki procesowej, o której mowa w art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst: Dz.U. z 2007 r. Nr 233, poz. 1655 ze zm. – dalej: "Pr.z.p."), odrzuciła odwołanie wykonawcy od rozstrzygnięcia przez zamawiającego protestu

wniesionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Uznała, że odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pr.z.p. może dotyczyć jedynie czynności zamawiającego wskazanych w art. 184 ust. 1a Pr.z.p. W proteście wykonawca podniósł zarzuty dotyczące jedynie opisu sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a zatem czynności niewskazanej *expressis verbis* w tym przepisie. Z tym rozstrzygnięciem nie zgodził się Prezes Urzędu Zamówień Publicznych i na podstawie art. 194 ust. 1 w związku z art. 195 ust. 4 Pr.z.p. złożył na nie skargę do Sądu Okręgowego w Słupsku.

Przy rozpoznaniu skargi powstało przedstawione zagadnienie prawne, które sprowadza się do wykładni art. 184 ust. 1a pkt 2 Pr.z.p. i rozstrzygnięcia, czy w ramach podstawy odwołania od rozstrzygnięcia protestu, zawartej w tym przepisie, mieści się również kwestionowanie opisu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. (...)

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Podobne zagadnienie prawne zostało rozstrzygnięte przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 10 grudnia 2009 r., III CZP 110/09 (OSNC 2010, nr 6, poz. 89), przesądzającej, że odwołanie, które przysługuje na podstawie art. 184 ust. 1a pkt 2 Pr.z.p., nie obejmuje rozstrzygnięcia protestu dotyczącego opisu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przyjętą w tej uchwale wykładnię art. 184 ust. 1a pkt 2 Pr.z.p. oraz wspierające ją argumenty oparte na regułach wykładni językowej i systemowej Sąd Najwyższy w obecnym składzie w całości podziela.

Artykuł 184 ust. 1a został wprowadzony do Prawa zamówień publicznych z dniem 24 października 2008 r. (ustawa z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. Nr 171, poz. 1058). Celem tej nowelizacji, która znosiła obowiązujące dotychczas generalne wyłączenie odwołania w tych postępowaniach, było jednocześnie ograniczenie odwołań do najistotniejszych decyzji mogących naruszać interesy wykonawców. Zgodnie z art. 184 ust. 1a Pr.z.p., w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 tej ustawy, odwołanie przysługuje wyłącznie od protestu dotyczącego wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, opisu sposobu oceny

spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, a także odrzucenia oferty.

W związku z tym, że przyjęte w art. 184 ust. 1a przypadki mają wyjątkowy charakter wobec obowiązującej zasady, iż w sprawach o wartości przedmiotu zamówienia niższych niż progi unijne określone w art. 11 ust. 8 Pr.z.p. odwołanie nie przysługuje, konieczna jest wykładnia ścieśniająca każdego z tych wyjątków. Wyraźne brzmienie art. 184 ust. 1a pkt 2 odnosi się jedynie do czynności polegającej na rozstrzygnięciu protestu dotyczącego opisu sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 10 grudnia 2009 r., III CZP 110/09, w ramach dyrektyw preferencji metod wykładni na czoło wysuwa się powszechnie akceptowana w orzecznictwie i w piśmiennictwie zasada pierwszeństwa wykładni językowej i subsydiarności wykładni systemowej oraz funkcjonalnej. Zasada pierwszeństwa wykładni językowej, choć nie ustala absolutnego porządku preferencji, dopuszcza odstępstwa od wyniku jej zastosowania tylko wówczas, gdy wynik ten prowadzi albo do absurdu, albo do rażąco niesprawiedliwych lub irracjonalnych konsekwencji. Nie zawsze więc zachodzi konieczność posłużenia się kolejno wszystkimi rodzajami wykładni; nie ma w szczególności potrzeby sięgania po dyrektywy celowościowe wówczas, gdy już po zastosowaniu dyrektyw językowych albo językowych i systemowych uda się uzyskać właściwy wynik wykładni. Jak ujął to Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 1 marca 2007 r., III CZP 94/06 (OSNC 2007, nr 7-8, poz. 95), odstępstwo od jasnego i oczywistego sensu przepisu wyznaczonego jego jednoznacznym brzmieniem mogą uzasadniać tylko szczególnie istotne i doniosłe racje prawne, społeczne, ekonomiczne lub moralne; jeśli takie racje nie zachodzą, należy oprzeć się na wykładni językowej (por. też uzasadnienie uchwały pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 14 października 2004 r., III CZP 37/04, OSNC 2005, nr 3, poz. 42, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2004 r., V CK 21/04, OSNC 2005, nr 7-8, poz. 137 oraz uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 lipca 2005 r., I KZP 18/05, OSNKW 2005, nr 9, poz. 74).

Wykładnia językowa wymaga uwzględniania dyrektyw języka potocznego, a zatem przypisywania zawartym w normie prawnej wyrażeniom podstawowego i powszechnie przyjętego znaczenia. Według tych kryteriów, opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to określenie sposobu, w jaki

zamawiający będzie oceniał, czy dany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. W zakres tego pojęcia wchodzi jedynie obowiązek przedstawienia metody oceny, np. zero-jedynkowej lub odpowiedniej punktacji. Opis warunków udziału w postępowaniu stanowi konkretyzację abstrakcyjnych wymagań ustawowych określonych w art. 22 ust. 1 Pr.z.p. W art. 184 ust. 1 a pkt 2 Pr.z.p. nie wskazano możliwości kwestionowania samego opisu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ulega wątpliwości, że istnieje rzeczowe powiązanie oceny spełnienia warunków z samymi warunkami, Krajowa Komisja Odwoławcza musi bowiem ocenić, czy określone kryteria sposobu oceny warunków udziału są adekwatne do podanych w opisie warunków udziału. Nie jest natomiast możliwe kwestionowanie samych warunków udziału i ich opisu dokonanego w specyfikacji lub ogłoszeniach; nie stanowią one przedmiotu bezpośredniej kontroli, lecz kontekst, w ramach którego ocenia się wskazany w specyfikacji opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Gdy pewne postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia zostanie uznany za warunek udziału w postępowaniu (opis warunku udziału w postępowaniu), nie może ono jednocześnie stanowić opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków.

Prawo zamówień publicznych w wielu miejscach wyraźnie odróżnia obie czynności zamawiającego. Potwierdza to art. 36 ust. 1 pkt 5 odnoszący się do wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, art. 41 pkt 7 zawierający wymagania, jakie musi spełniać ogłoszenie o zamówieniu, art. 48 ust. 2 pkt 6 dotyczący ogłoszenia o zamówieniu w przetargu ograniczonym oraz art. 75 ust. 2 pkt 9 Pr.z.p. regulujący wymagania stawiane ogłoszeniu o zamówieniu w postępowaniu w trybie licytacji elektronicznej. We wszystkich tych przepisach wymaga się od zamawiającego odrębnego wskazania opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz opisu warunków udziału w postępowaniu.

Jednoznaczne wprowadzenie do art. 184 ust. 1a pkt 2 Pr.z.p. tylko jednego z tych określeń należy rozumieć jako wyłączenie możliwości kwestionowania w ramach odwołania od rozstrzygnięcia protestu czynności związanej z opisem warunków udziału w postępowaniu. W przeciwnym razie należałoby przyjąć, że w ramach jednego aktu prawnego to samo określenie ma dwa odmienne znaczenia,

węższe (np. art. 36 ust. 1 pkt 5 i art. 41 pkt 7 Pr.z.p.) i szersze (art.184 ust. 1a pkt 2 Pr.z.p.).

Zastosowanie wykładni odchodzącej od językowego sensu przepisu, uwzględniającego ponadto treść całego aktu prawnego, mogłyby usprawiedliwiać jedynie szczególnie istotne i doniosłe racje. Do oceny potrzeby i dopuszczalności posłużenia się wykładnią celowości niezbędne jest podkreślenie szczególnego charakteru postępowania o zamówienia publiczne na roboty budowlane nieprzekraczające „progów unijnych”. Do tych postępowań nie mają lub mają jedynie ograniczone zastosowanie dyrektywy Wspólnoty Europejskiej dotyczące udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. W uzasadnieniu projektu nowelizacji przewidującej przywrócenie możliwości odwołań od rozstrzygnięć protestów podkreśla się uwzględnienie stanowiska Komisji Europejskiej i orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, zwracającego uwagę na konieczność zapewnienia w postępowaniach, które nie są lub są częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych, środków ochrony prawnej dla najistotniejszych decyzji mogących naruszać interes wykonawców, takich jak wykluczenie z postępowania lub odrzucenie oferty (komunikat wyjaśniający Komisji; Dz.Urz.U.E. 2006/C 179/02). Bezpośrednim wyrazem uwzględnienia tych postulatów jest objęcie możliwością odwołania rozstrzygnięć protestów dotyczących wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówień publicznych oraz odrzucenia oferty (art. 184 ust. 1a pkt 3 i 4 Pr.z.p.).

Nie można zgodzić się z założeniem, że tylko nadanie określeniu użytemu w art. 184 ust.1a pkt 2 Pr.z.p. innego, szerszego znaczenia zapewni wykonawcom efektywną ochronę w tej kategorii postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Ustawa wyraźnie wyłącza z katalogu czynności podlegających zaskarżeniu w drodze odwołania także inne – nie mniej ważne dla zachowania możliwości kontroli bezstronności procedur przetargowych – dotyczące np. opisu przedmiotu zamówienia. Argument o efektywności udzielanej ochrony prawnej nie może prowadzić do sprzecznego z brzmieniem ustawy rozszerzenia katalogu czynności podlegających zaskarżeniu odwołaniem.

Poza uzasadnieniem uchwały Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 2009 r., III CZP 110/09, trzeba zwrócić uwagę, że ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w

sprawach cywilnych, Dz.U. Nr 206, poz. 1591) zostały wprowadzone kolejne zmiany w Prawie zamówień publicznych, nie mają one jednak zastosowania do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte przed dniem wejścia w życie tej ustawy (art. 3 i 5).

Z tych względów Sąd Najwyższy rozstrzygnął przedstawione zagadnienie, jak w uchwale.