

Sygn. akt II Ca 1142/16

POSTANOWIENIE

Dnia 27 stycznia 2017 r.

Sąd Okręgowy w Białymstoku II Wydział Cywilny Odwoławczy
w składzie:

Przewodniczący: SSO Jolanta Fedorowicz (spr.)

Sędziowie: SSO Barbara Puchalska

SSO Grażyna Wołosowicz

Protokolant: st. sekr. sąd. Monika Gąsowska

po rozpoznaniu w dniu 27 stycznia 2017 r. w Białymstoku
na rozprawie

sprawy ze skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie

z udziałem zamawiającego [REDAKTOWANE]

odwołującego [REDAKTOWANE]

i interwenienta ubocznego po stronie zamawiającego [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE]

na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 7 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2059/16

postanawia:

umorzyć postępowanie w sprawie.

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wniósł skargę na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2016 r. w sprawie KIO 2059/16. Na podstawie art. 198b ust. 4 zd. 1 w zw. z art. 198a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) oraz art. 60 § 1

zd. 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp zaskarżył to postanowienie w całości i zarzucił 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 pojęcie „wybór najkorzystniejszej oferty” oznacza wyłącznie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert, czego konsekwencją było 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 złożonej przez wykonawcę, który winien był zostać wykluczony z udziału w postępowaniu lub którego oferta winna była zostać odrzucona odwołanie nie przysługuje, podczas gdy prawidłowa wykładnia ww. przepisów prowadzi do wniosku, iż zaskarżeniu odwołaniem w tych postępowaniach podlegają wszystkie zachowania zamawiającego w ramach badania i oceny ofert prowadzące do wadliwego, niezgodnego z przepisami ustawy PZP wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym również zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego zamawiający zobowiązany był wykluczyć, a także zaniechanie odrzucenia oferty, która winna była zostać przez niego 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.

Wskazując na powyższe na podstawie art. 198c 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 wnosił o zmianę zaskarżonego postanowienia w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez merytoryczne rozpoznanie odwołania wykonawcy [REDACTED]

Jednocześnie wnosił o:

1) rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 192 ust. 10 w zw. z art. 198f ust. 5 in fine ustawy Pzp;

2) nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego (art. 102 k.p.c.).

W uzasadnieniu skargi Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że postanowieniem z dnia 7 listopada 2016 r. wydanym w sprawie KIO 2059/16 Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła odwołanie wniesione przez wykonawcę [REDAKTOWANE] w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez [REDAKTOWANE] w trybie przetargu nieograniczonego na [REDAKTOWANE].

Postępowanie to zostało wszczęte w dniu 4 października 2016 r. i było prowadzone w oparciu o przepisy ustawy PZP zmienione ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020), zwanej dalej: „ustawą nowelizującą”). W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający przewidział prowadzenie postępowania zgodnie z uregulowaniem określonym w art. 24 aa ustawy Pzp, tj. w trybie tzw. „procedury odwróconej”.

Odwołanie zostało wniesione wobec wyboru przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy [REDAKTOWANE] a także wobec zaniechań Zamawiającego w postępowaniu w zakresie niewykluczenia ww. wykonawcy z udziału w postępowaniu, a także nieodrzczenia oferty tego wykonawcy. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że dokonując wyboru ww. oferty naruszył art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, jako niespełniającej wymagań Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Z uzasadnienia odwołania wynikało, iż Odwołujący kwestionował również zaniechanie wykluczenia ww. wykonawcy z udziału w postępowaniu z powodu braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o: (1) unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części I zamówienia; (2) powtórzenie czynności oceny ofert; (3) odrzucenie oferty wykonawcy [REDAKOWANA], (4) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Skarżący podał ponadto, że uzasadniając odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy PZP Izba wskazała, iż dotyczy ono czynności nieobjętych katalogiem z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Izba podniosła, że na gruncie rozpoznawanej sprawy o skuteczności wniesienia odwołania decyduje ocena dopuszczalności podniesienia zarzutu zaniechania czynności odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ oraz zarzutu zaniechania czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy, który tę ofertę złożył. W ocenie Izby użyte w przepisie art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy PZP pojęcie „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” oznacza niedokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba zwróciła uwagę, iż w kontekście redakcji przepisów art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty”, o której mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy PZP nie może obejmować czynności wykluczenia z postępowania innych niż odwołujący wykonawców lub odrzucenia złożonych przez nich ofert. Wskazała, iż przesłanka z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp służy wyłącznie zakwestionowaniu wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Izba uznała również, iż skoro przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter wyjątku od zasady, iż w postępowaniach podprogowych odwołanie nie przysługuje, to przesłanki dopuszczalności skorzystania z tego środka ochrony prawnej nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Na potwierdzenie wyjątkowego charakteru dopuszczalności wnoszenia odwołań w postępowaniach poniżej progów unijnych, Izba przedstawiła proces legislacyjny od 2007 roku, dotyczący zmian ustawy PZP w tym zakresie. Wyjaśniła także, iż katalog przesłanek z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp zawsze miał charakter pozytywny i obejmował zachowania zamawiającego o charakterze czynnym, a nie jego zaniechania.

Jednocześnie Izba dokonała analizy porównawczej treści art. 92 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu sprzed i po nowelizacji ustawy PZP dokonanej ustawą nowelizującą i

doszła do wniosku, że skoro obecnie zamawiający nie ma obowiązku jednoczesnego informowania wykonawców o czynnościach wyboru najkorzystniejszej oferty, ofertach odrzuconych i wykonawcach wykluczonych, to nie sposób uznać, że pod pojęciem „wybór najkorzystniejszej oferty” mieści się zaniechanie czynności wykluczenia i zaniechanie czynności odrzucenia, w sytuacji gdy zamawiający nie dokona jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej.

Skarżący Prezes Urzędu Zamówień Publicznych prezentował pogląd, że stanowisko Izby wyrażone w zaskarżanym 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.

Odpowiedź na powyższą skargę wniósł Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego [REDAKTOWANO]

[REDAKTOWANO] wnosząc o:

1. Umożnienie postępowania w oparciu o przepis art. 355 § 1 kpc w zw. z art. 391 kpc w zw. z art. 198a ust. 2 Ustawy Pzp wobec faktu, iż umowa zawarta w wyniku rozstrzygniętego postępowania przetargowego, którego dotyczyło skarżone Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej została zawarta i wykonana;
2. zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

SĄD OKRĘGOWY ZWAŻYŁ CO NASTĘPUJE:

Wydanie wyroku w niniejszej sprawie okazało się zbędne.

W dniu 18 listopada 2016 roku, po doręczeniu zainteresowanym postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 07.11.2016 roku w sprawie KIO 2059/16 o odrzuceniu odwołania wniesionego przez [REDAKTOWANO], którego dotyczy rozpoznawana przez Sąd Okręgowy skarga Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, pomiędzy Zamawiającym [REDAKTOWANO] a wykonawcą, którego ofertę wybrano - [REDAKTOWANO] została

zawarta umowa nr [REDAKTION] na realizację zadania inwestycyjnego pn.: [REDAKTION]
[REDAKTION]
[REDAKTION] (k.57-59)

W oparciu o postanowienia powyższej umowy [REDAKTION] dostarczyła oraz uruchomiła aparaturę pomiaru wód, a także przeszkoliła obsługę w siedzibie Zamawiającego. W dniu 8 grudnia 2016 r. został podpisany Protokół odbioru dostaw, który zakończył realizację zadania inwestycyjnego objętego przedmiotowym zamówieniem (k.60).

Ponadto w dniu 9 grudnia 2016 roku została wystawiona przez wykonawcę faktura za wykonane dostawy i tego samego dnia uiszczono za nią zapłatę (k.75-76).

W świetle powyższych dokumentów należy zatem stwierdzić, że umowa na wykonanie przedmiotu zamówienia publicznego w niniejszej sprawie została już zawarta i w całości wykonana. Okoliczności tej nie zakwestionował skarżący Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (k. 80).

W takiej sytuacji Sąd Okręgowy uznał, że na uwzględnienie zasługiwał wniosek przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego [REDAKTION] o umorzenie postępowania.

Zgodnie bowiem z ugruntowanym stanowiskiem Sądu Najwyższego kontrola prawidłowości postępowania prowadzącego do zawarcia umowy w wyniku przeprowadzenia postępowania staje się bezprzedmiotowa w razie wykonania umowy. Wówczas postępowanie wszczęte skargą podlega umorzeniu, a uczestnikowi kwestionującemu wynik przetargu pozostaje droga dochodzenia ewentualnych roszczeń odszkodowawczych (uzasadnienie uchwały SN z 14 października 2005 r. III CZP 73/05, OSNC 2006 nr 7-8, poz. 121, uzasadnienie uchwały SN z 18 października 2007 roku, III CZP 87/07).

Stanowisko to aprobowane jest w orzecznictwie sądów powszechnych (patrz np. postanowienie Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 5 października 2012 roku, XIII Ga 298/12, Legalis nr 1327556; postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 21 marca 2014 roku, X Ga 8/14, uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 17 stycznia 2013 roku, IX Ga 392/13, Portal orzeczeń sądów powszechnych,

uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku, XII Ga 713/14, Portal orzeczeń sądów powszechnych). Akceptuje go też doktryna (patrz komentarz P. Graneckiego do art. 198f Prawa Zamówień Publicznych, wydanie 5, 2016 rok, Legalis).

Zauważenia wymaga, że skarżący na rozprawie wnioszek o umorzenie postępowania pozostawił do uznania Sądu i nie przedstawił żadnych argumentów podważających jego zasadność (k. 80).

W tym stanie rzeczy Sąd Okręgowy uznał, że wobec wykonania umowy zawartej w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, kontrola tego postępowania jest już bezprzedmiotowa. Skutkowało to umorzeniem postępowania na podstawie art. 355 § 1 kpc w zw. z art. 391 kpc i w zw. z art. 198a ust. 2 Ustawy Pzp.

Sąd II instancji nie zasądzał zwrotu kosztów na rzecz [REDAKTOWANE]

Miał bowiem na uwadze, że skarżącym był Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, do którego czynności stosuje się przepisy kpc o prokuratorze (art. 198b pkt. 4 ustawy P.z.p.), a jego działania dotyczyły interesu publicznego związanego z prawidłową wykładnią przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Z tych względów Sąd Okręgowy nie obciążał go żadnymi kosztami sprawy.

Orzeczenie
jest prawomocne



Z upoważnienia Kierownika Sekretariatu
Na oryginalne właściwe podpisy
Za zgodność świadczę

STARSZY SEKRETARZ SĄDOWY

Barbara Birula
Barbara Birula