

Sygn. akt XII Ga 837/16



WYROK  
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 3 stycznia 2017 roku

Sąd Okręgowy w Gdańsku XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy  
w składzie:

Przewodniczący: SSO Rafał Terlecki  
Sędziowie: SO Małgorzata Gajewska  
SO Dariusz Kardaś (spr.)

Protokolant: stażysta Paweł Grzesiak  
po rozpoznaniu w dniu 20 grudnia 2016 roku w Gdańsku  
na rozprawie  
sprawy ze skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie  
przeciwko [REDAKTED]  
z udziałem [REDAKTED]  
na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 października 2016 r., sygnatura akt KIO  
1862/16

oddala skargę



Na oryginalne właściwe podpisy  
Za zgodność świadczy

STAZYSTA  
*Paweł Grzesiak*  
Paweł Grzesiak

## UZASADNIENIE

Zaskarżonym postanowieniem z 13 października 2016 r. Krajowa Izba Odwoławcza w punkcie 1 odrzuciła odwołanie, w punkcie 2 kosztami postępowania obciążyła wykonawcę [REDAKTOWANE] prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą [REDAKTOWANE] i zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Powyższe rozstrzygnięcie zapadło na podstawie następującego stanu faktycznego:

Zamawiający - [REDAKTOWANE] w imieniu której działa [REDAKTOWANE] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: [REDAKTOWANE]

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 31 sierpnia 2016 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem [REDAKTOWANE] (wydruk ogłoszenia w aktach sprawy). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych na co wskazał w piśmie z 11 października 2016 roku Zamawiający podając, że wartość zamówienia ustalona została na kwotę 850.050 zł netto. Do prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego stosuje się przepis ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, opublikowanej 13 lipca 2016 r. w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej pod pozycją 1020, która weszła w życie 28 lipca 2016 roku (dalej: „ustawa”). Dnia 29 września 2016 roku Zamawiający przesłał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia pismo z 28 września 2016 roku zatytułowane „Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty”. Dnia 4 października 2016 roku (poniedziałek) Odwołujący - [REDAKTOWANE] prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą [REDAKTOWANE] działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że w wyniku swojego postępowania naruszył art. 89 ust. 4 ustawy oraz art. 90 ust. 3 ustawy. Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego podniesionych przepisów interes wnoszącego w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku, gdyż wybrana została jako najkorzystniejsza oferta firmy [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] pomimo wypełnienia przesłanek do odrzucenia oferty z uwagi na zawartą w niej rażąco niską cenę oraz koszty usługi. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty firmy [REDAKTOWANE] oraz obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazał, że 29

września 2016 roku otrzymał od Zamawiającego pismo, z którego treści wynikało, że Zamawiający dokonał czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty firmy

[REDAKOWANA] Swoim postępowaniem Zamawiający uchybił przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych art. 89 ust. 4 i art. 90 ust. 3 ustawy. Firma [REDAKOWANA] w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny znacznie niedoszacowała kosztów prawidłowego wykonania badań archeologicznych. Odwołujący w tym zakresie w odwołaniu przedstawił dalej idącą argumentację odnośnie szacowania wartości oferty i dokonania wyliczeń. Zamawiający w dniu 4 października 2015 roku powiadomił o wpłynięciu odwołania wykonawców biorących udział w postępowaniu (pismo w aktach sprawy). Do dnia wydania postanowienia nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Rozpoznając odwołanie Izba uznała, iż podlega ono odrzuceniu. Izba zważyła, iż zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy w brzmieniu po nowelizacji z 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, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy. Zdaniem Izby, choć katalog sytuacji, w których w postępowaniach „podprogowych” w wyniku wspomnianej nowelizacji przysługuje wniesienie odwoływania uległ rozszerzeniu, między innymi o czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, to w ocenie składu orzekającego Izby w przedmiotowej sprawie odwołanie dotyczy czynności, wobec których ustawodawca nadal wyłączył prawo zaskarżenia decyzji Zamawiającego. Odwołanie dotyczy zaniechania odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą pomimo, że wykonawca nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, bowiem w wyjaśnieniach dotyczących ceny znacznie nie doszacował kosztów prawidłowego wykonania badań archeologicznych na okoliczność czego Odwołujący przedstawia szczegółową argumentację odnoszącą się do kalkulacji elementów kwestionowanej oferty. Izba zaznaczyła, że o skuteczności wniesienia przedmiotowego odwołania decyduje ocena dopuszczalności podniesienia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy, które to zaniechanie jest istotą sporu. Z powodu braku tego typu czynności w katalogu zawartym w art. 180 ust. 2 ustawy Izba stwierdziła, iż wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 189 ust. 2 ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie takiego rozstrzygnięcia. Analiza znowelizowanego przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy i użycia w nim przez ustawodawcę sformułowania „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” prowadzi zdaniem Izby do wniosku, że pod pojęciem tym nie kryje się zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania i zaniechanie czynności odrzucenia oferty, a jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SWIZ). Zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy dopuszczone jest zakwestionowanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest najkorzystniejsza w świetle określonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert (nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy). Definicja wyboru najkorzystniejszej oferty wynika pośrednio z art. 91 ust. 1 ustawy, który stanowi, że Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Wybór oferty najkorzystniejszej należy więc rozumieć jako

czynności Zamawiającego polegające na zastosowaniu do oferty określonych w SIWZ kryteriów i ustalenie wyniku tej oceny w sposób skutkujący wyborem oferty. W ocenie Izby tylko tak rozumiany wybór oferty najkorzystniejszej może być przedmiotem odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego wartość jest mniejsza niż tzw. progi unijne. Za powyższym stanowiskiem przemawia dodatkowo fakt, że w wyniku nowelizacji o wiele większego znaczenia nabrały pozacenowe kryteria oceny ofert (np. kwalifikacje doświadczenie osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, aspekty społeczne, jakościowe, innowacyjne), których stosowanie jest w większości przypadków obowiązkowe. Znacznie większego znaczenia nabrał więc zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy przez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Tym samym Izba uznała, że właśnie dlatego w art. 180 ust. 2 ustawy dodano możliwość zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, która to czynność jest obecnie obciążona większym niż dotychczas ryzykiem naruszenia przepisów ustawy, zatem poddanie jej weryfikacji w drodze środków ochrony prawnej jest bardziej uzasadnione.

Do takiego wniosku w ocenie Izby prowadzi również analiza przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy na tle innych przepisów określających możliwość wnoszenia odwołań w postępowaniach poniżej progów unijnych oraz wykładnia tych przepisów z uwzględnieniem domniemania racjonalności ustawodawcy. W opinii Izby Ustawodawca zdecydował się wprowadzić nową przesłankę, zgodnie z którą w postępowaniach „podprogowych” odwołanie ma przysługiwać także wobec czynności opisu przedmiotu zamówienia i czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie jednak nie zostały wykreślone ani zmienione przesłanki z pkt 3 i 4, zgodnie z którymi odwołanie ma przysługiwać wobec czynności odrzucenia wyłącznie oferty Odwołującego i czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania. Powyższe przesądza, że pod pojęciem „czynność wyboru oferty najkorzystniejszej” nie może się kryć czynność odrzucenia oferty Odwołującego ani czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania, wówczas bowiem objęcie tych samych czynności dyspozycją pkt 3 i 4 tegoż artykułu ustawy byłyby zbędne. Nie sposób bowiem twierdzić, że racjonalny ustawodawca, działający zgodnie z zasadami prawidłowej legislacji, 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 czynność wskazując (pkt 4), a drugą z niewiadomych powodów „ukrył” w przesłance dotyczącej wyboru oferty najkorzystniejszej (pkt 6). Nie należy zatem zdaniem Izby domniemywać, że „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” obejmuje zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania innych wykonawców lub odrzucenia ich ofert. Nie jest to konieczne dla interpretacji przesłanki z pkt 6, która ma określony zakres zastosowania, służy mianowicie zakwestionowaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest najkorzystniejsza, gdyż nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała albo nie jest ofertą z najniższą ceną lub kosztem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub koszt, czyli nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu definicji z art. 2 pkt 5 ustawy. Izba zauważyła również, że gdyby zamiarem ustawodawcy nie było ograniczenie odwołań na podstawie punktu 6 wyłącznie do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty sensu stricto, zbędne byłoby określanie pozytywnego katalogu czynności

podlegających zaskarżeniu w postępowaniach poniżej progów. Jeśli bowiem przyjąć, że zaskarżeniu w ramach wyboru oferty najkorzystniejszej podlega każda czynność i każde zaniechanie poprzedzające ten wybór, to co do zasady zaskarżeniu podlegałyby wszystkie czynności i zaniechania zamawiającego w postępowaniu, które miały miejsce między złożeniem ofert a wyborem oferty najkorzystniejszej (wszystko, co robi w postępowaniu zamawiający, oprócz unieważnienia postępowania, zmierza do wyboru oferty najkorzystniejszej). W takiej sytuacji racjonalny ustawodawca nie określałby tego katalogu od strony pozytywnej, a jedynie wskazałby od strony negatywnej, kiedy odwołanie nie przysługuje (czynność lub zaniechanie unieważnienia postępowania - tylko to bowiem pozostałoby poza katalogiem określającym dopuszczalny zakres zaskarżenia).

Izba dostrzegła również, iż przepis art. 180 ust. 2 ustawy ma charakter wyjątku od zasady. W przeciwieństwie do postępowań powyżej progów, w przypadku postępowań „podprogowych” zasadą jest to, że odwołanie nie przysługuje. O intencjach ustawodawcy świadczy nieprzypadkowo użyte w art. 180 ust. 2 ustawy słowo „wyłącznie”. Ustawodawca w wyniku nowelizacji nie zdecydował o zniesieniu różnic przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej w postępowaniach „nadprogowych” i postępowaniach poniżej progów. Zdecydowano jedynie o nieznacznym poszerzeniu katalogu przesłanek umożliwiających wniesienie odwołania w postępowaniach „podprogowych”. Skoro zatem katalog czynności, wobec których odwołanie przysługuje nadal ma charakter wyjątku od zasady, to wyjątków nie można interpretować rozszerzająco.

Izba wskazała także, że w postępowaniach powyżej progów, odwołanie służy wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Tymczasem w art. 180 ust. 2 ustawy była i jest mowa wyłącznie o tym, że odwołanie w postępowaniach „podprogowych” służy wyłącznie wobec czynności, zaś ustawodawca nie wspomina o „zaniechaniach” Zamawiającego. Skoro sama zasada konstytuująca wyjątek nie uległa zmianie, nie ma podstaw, aby wywodzić, że wyłącznie w przypadku przesłanki z pkt 6 obejmuje ona teraz zarówno czynność, jak i zaniechania czynności (w dodatku innych niż czynność wprost wymieniona w przesłance). Przewidziany w przepisie art. 180 ust. 2 ustawy katalog przesłanek zawsze miał charakter pozytywny, odnosił się do czynnego zachowania Zamawiającego, nie wspominał o możliwych zaniechaniach. Sytuacja ta nie uległa zmianie w wyniku ostatniej nowelizacji ustawy. Nadal ustawodawca koncentruje się na zachowaniach Zamawiającego o charakterze czynnym, które doprowadziły do danego wyniku postępowania, nie wspomina o zaniechaniach. W ocenie Izby nie można pominąć w trakcie rozważań art. 181 ust. 1 ustawy zgodnie z którym, wykonawca może w terminie przewidziany dla wniesienia odwołania poinformować Zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego jak również o zaniechaniu czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy. Tym samym ustawodawca nie zamknął wykonawcy drogi do skutecznego kwestionowania zaniechań Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na które nie przysługuje odwołanie.

W dalszej kolejności Izba zauważyła, że z dotychczasowego przepisu art. 92 ust. 1 ustawy wynikało, że Zamawiający miał jednocześnie informować o wyborze oferty najkorzystniejszej, oraz o

ofertach odrzuconych i wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania. Zdaniem Izby ustawodawca odrębnie wypowiada się o wyborze oferty najkorzystniejszej (pkt 1), wykluczeniach (pkt 2), odrzuceniach (pkt 3), zaś w świetle nowelizacji Zamawiający nie ma już obowiązku jednoczesnego informowania o tych czynnościach. Zatem znacznie częściej Zamawiający będzie odrzucał oferty czy wykluczał wykonawców zanim wybierze ofertę najkorzystniejszą. Trudno uznać, że pod pojęciem „wybór oferty najkorzystniejszej” mieści się „zaniechanie czynności odrzucenia” i „zaniechanie czynności wykluczenia” w sytuacji, gdy Zamawiający nie dokona jeszcze czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Interpretacja funkcjonalna art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy w sposób dopuszczający zaskarżanie - w ramach odwołań wobec wyboru oferty najkorzystniejszej - zaniechania odrzucenia oferty czy zaniechanie wykluczenia wykonawcy zdaniem Izby nie daje się obronić również z powodu konsekwencji praktycznych, co do których należy wykluczyć, aby były objęte zamiarem ustawodawcy. Przyjmując, że dopuszczalne jest kwestionowanie zaniechania odrzucenia oferty z powołaniem się na art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy (wybór oferty najkorzystniejszej), należałoby zadać pytanie o możliwość jednoczesnego zakwestionowania takiego samego zaniechania w stosunku do oferty, która wybrana nie została (przykładowo - została sklasyfikowana na drugim miejscu, za ofertą wybraną, a przed ofertą odwołującego). Z jednej strony nie sposób znaleźć argumentów przemawiających za dopuszczeniem zaskarżenia takiego zaniechania, z drugiej - trudno byłoby uzasadnić takie różnicowanie możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej. Ponadto, tak szeroka interpretacja art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy byłaby jeszcze bardziej trudna do zastosowania w trybach, w których następuje prekwalfikacja wykonawców, a w których ocenę istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy od wyboru najkorzystniejszej oferty dzieli cały odrębny etap postępowania. W takich postępowaniach z jednej strony za niedopuszczalne należałoby uznać odwołanie wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy w terminie liczonym zgodnie z art. 182 ust. 1 ustawy (tj. od przesłania informacji o wykonawcach zaproszonych do dalszego etapu postępowania) z powołaniem się na art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy - nie nastąpił bowiem wybór oferty najkorzystniejszej. Z drugiej strony dopuszczenie do wnoszenia odwołań dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej w takim trybie byłoby po pierwsze oderwane od określonych ustawą terminów na wniesienie odwołania, a po drugie - mogłoby doprowadzić do zniweczenia znacznej części postępowania i cofnięcia go po wyborze oferty na etap prekwalfikacji. Nie można zakładać, aby taki właśnie był zamiar racjonalnego ustawodawcy. Tym samym, 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 daje się obronić w świetle testu racjonalnego ustawodawcy. Przy przyjęciu takiej wykładni poza zakresem zaskarżenia w postępowaniach podprogowych pozostawałoby de facto unieważnienie postępowania - gdyby taki właśnie był zamiar ustawodawcy, przepis art. 180 ust. 2 ustawy zostałby sformułowany inaczej.

Jako dodatkowy argument Izba podała, że w toku uzgodnień międzyresortowych pracy nad nowelizacją, 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 jest konieczna, przy tak

rozszerzonym katalogu okoliczności umożliwiających skorzystanie ze środków ochrony prawnej, niecelowe jest w ogóle utrzymanie art. 180 ust. 2 ustawy. Autor nowelizacji (Ministerstwo Rozwoju) zaznaczyło w toku prac legislacyjnych, że zmiana jest korzystna dla wykonawców, a enumeratywne wyliczenie nie otwiera 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 jest rezygnacja z pkt 7 - unieważnienia postępowania, w tym przypadku bowiem nikt nie uzyskuje zamówienia. Ostatecznie, zgodnie z takimi założeniami właśnie ukształtowała się treść art. 180 ustawy. Odmiennych zamiarów nie sposób natomiast wyczytać z innych materiałów z prac legislacyjnych, w tym z samego uzasadnienia projektu ustawy, a należałoby zakładać, że jeśli ustawodawca chciał tak dalece znieść dotychczas obowiązujące ograniczenia, to byłaby to zmiana na tyle istotna, że doczekałaby się odpowiedniego komentarza w uzasadnieniu nowelizacji. Izba stwierdziła więc, że intencja autora nowelizacji co do zakresu zaskarżenia w postępowaniach poniżej progów unijnych została wyrażona podczas uzgodnień międzyresortowych, ze wskazaniem na zamiar utrzymania wyłączeń dotyczących zaniechań Zamawiającego i nie może być pomijana przy interpretacji przepisów. Dokonywana przez Izbę wykładnia nie może natomiast uwzględniać oczekiwań wykonawców co do możliwości jak najszerszego wnoszenia odwołań w postępowaniach podprogowych, w sytuacji gdy oczekiwania te nie tylko nie znajdują potwierdzenia w brzmieniu przepisów rozumianych zgodnie z wszystkimi regułami wykładni prawa, ale wręcz stoją w opozycji do wyników tej wykładni i wyartykułowanych przez autora projektu celów.

W ocenie Izby przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter wyjątku od zasady generalnej. W przeciwieństwie do postępowań dotyczących zamówień, których wartość jest równa lub wyższa od tzw. progów unijnych, w przypadku postępowań podprogowych zasadą tą jest, że odwołanie nie przysługuje. O intencjach ustawodawcy świadczy nieprzypadkowo użyte w art. 180 ust. 2 Pzp słowo wyłącznie. Ustawodawca w wyniku nowelizacji nie zniósł różnic przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej w postępowaniach podprogowych i postępowaniach powyżej progów. Zdecydowano jedynie o nieznacznym poszerzeniu katalogu przesłanek umożliwiających wniesienie odwołania w postępowaniach podprogowych. Skoro zatem katalog czynności, wobec których odwołanie przysługuje nadal ma charakter wyjątku od zasady, to nie może być on interpretowany rozszerzająco.” Biorąc pod uwagę powyższe oraz wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia, z powodu braku tego typu zachowań Zamawiającego w katalogu przesłanek wszczęcia postępowania odwoławczego ujętych w art. 180 ust. 2 ustawy Izba uznała, że wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 180 ust. 2 ustawy, ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w przedstawionych okolicznościach faktycznych i prawnych. Tym samym w pełni zasadne jest odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy.

Skargę od powyższego postanowienia złożył Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zaskarżając je w całości i zarzucając 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, która winna była zostać przez zamawiającego uprzednio odrzucona, dotyczy innych okoliczności niż określone w katalogu z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

W oparciu o powyższe zarzuty, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez merytoryczne rozpoznanie odwołania wykonawcy [REDAKTION] jak również o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 192 ust. 10 w zw. z art. 198f ust. 5 in fine ustawy pzp, a także nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego.

#### Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga jest niezasadna nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy podziela ustalenia faktyczne poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą oraz jej ocenę prawną w kwestii zarówno wykładni art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy, jak również odrzucenia odwołania, przyjmując je za własne.

Przedmiotem rozpoznania Sądu Okręgowego była kwestia oceny zasadności rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiocie odrzucenia odwołania wykonawcy [REDAKTION].

Wynikająca z tego problematyka poddana pod rozstrzygnięcie Sądu dotyczyła kwestii wykładni art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy i dopuszczalności ochrony prawnej w wyniku odwołania.

Zauważyć należy, iż wartość zamówienia publicznego na zadanie pn.: [REDAKTION]

[REDAKTION] została ustalona na 850.050 zł netto, a co za tym idzie jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Tym samym do tego rodzaju zamówień podstawy odwołań zostały wyczerpująco określone w art.



180 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach 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.

Jak wynika z treści uzasadnienia zaskarżonego postanowienia Izba uznała, iż skoro odwołujący sformułował w odwołaniu zarzut wybrania oferty, którą zamawiający zobowiązany był wykluczyć, gdyż była niezgodna z przepisami ustawy Pzp, to w istocie dążył w ten sposób do zakwestionowania zaniechania odrzucenia oferty. W ocenie Izby w art. 180 ust. 2 ustawy nie wskazano tego rodzaju czynności, przez co ustawodawca wyłączył prawo wnoszenia odwołań na takiej podstawie i koniecznym było jego odrzucenie.

Zdaniem Sądu Okręgowego objęte skargą postanowienie Izby jest prawidłowe i odpowiada prawu oraz specyfice przedmiotowej regulacji, natomiast wykładnia art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy prezentowana przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, wprowadzie o dużym znaczeniu praktycznym dla wykonawców, jednak jest zbyt szeroka i nie znajduje uzasadnienia w treści samych przepisów.

Zważyć należy, iż zarówno organy administracji publicznej, jak i sądy nie mają kompetencji do tworzenia prawa, a więc nie wolno im tworzyć tego prawa także w drodze interpretacji przepisów prawnych. Tymczasem w niniejszej sprawie zbyt szeroka wykładnia skarżącego organu, zgodnie z którą zaniechanie odrzucenia oferty należy do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty jako zwieńczenie wszystkich czynności z zakresu badania i oceny ofert, w istocie zmierza właśnie do stworzenia nowych podstaw odwołania, co jest zbyt daleko idącym zabiegiem interpretacyjnym. W opinii Sądu Okręgowego to właśnie argumenty powołane przez Izbę są bardziej przekonujące i racjonalne, oparte na treści norm prawnych oraz ich wykładni, natomiast stanowisko skarżącego zasadzało się bardziej na praktycznych aspektach wykładni i jej znaczenia dla krajowych zamówień publicznych, a także oczekiwań wykonawców. Jednakże racje w niej przedstawione okazały się zbyt mało przekonujące w stosunku do tych podanych przez Izbę.

Trafnie bowiem Izba podała, że pod pojęciem „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” nie może kryć się także zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania i zaniechanie czynności odrzucenia oferty, a jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SWIZ. Przemawia za tym wiele okoliczności wskazanych przez Izbę. W szczególności to, iż w wyniku nowelizacji większego znaczenia nabrały pozacenowe kryteria oceny ofert. Tym samym dodanie w art. 180 ust. 2 ustawy możliwości zaskarżenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty stanowi właśnie wyjście ustawodawcy naprzeciw wykonawcom, którzy kwestionują ustalenie oferty najkorzystniejszej zgodnie z nowymi kryteriami oceny ofert. Trafny jest również argument Izby, że przepis art. 180 ust. 2 w przeciwieństwie do art. 180 ust. 1 stanowi wyjątek

od zasady. Wyjątków natomiast nie powinno interpretować się rozszerzająco. Nadto w wyniku nowelizacji ustawy zdecydowano się jedynie nieco poszerzyć przesłanki umożliwiające wniesienie odwołania w postępowaniach „podprogowych”, a nie wprowadzić niemalże zasadę skarżenia czynności zamawiającego, do czego w istocie zmierza stanowisko skarżącego, bowiem pod czynności wyboru najkorzystniejszej oferty można byłoby „podciągnąć” niemalże ich większość, gdyż wybór najkorzystniejszej oferty jest zwińczeniem procesu badania i oceny ofert. Gdyby tak było to z pewnością wspomniany art. 180 ust. 2 miałby inne brzmienie. Poza tym trudno uznać, aby pod pojęciem „wyboru najkorzystniejszej oferty” ustawodawca niejako ukrył także czynność zaniechania odrzucenia oferty innemu wykonawcy, skoro odrzucenie oferty odwołującego zostało wprost określone w pkt 4, natomiast zaniechanie odrzucenia oferty już nie. Słusznie zauważyła także Izba, że w treści art. 180 ust. 2 ustawy jest jedynie mowa o możliwości zaskarżenia czynności. Nie wspomina się o skarżeniu zaniechań czynności, tak jak w przypadku zamówień powyżej progu, o których mowa w art. 180 ust. 1 ustawy. Tym samym nie ma podstaw do wywodzenia, że przesłanka z art. 180 ust. 2 pkt 6 obejmuje również zaniechanie czynności, w dodatku innej niż czynność wprost wymieniona w tej przesłance. Zgodzić należy się z Izbą, iż ustawodawca wymienia w tym przepisie jedynie zachowania zamawiającego o charakterze czynnym, które doprowadziły do danego wyniku postępowania, nie wspomina zaś o zaniechaniach. Również z prac legislacyjnych nie sposób dopatrzeć się, aby wolą ustawodawcy było umożliwienie skarżenia tych czynności, które dotyczą zaniechań odrzucenia ofert. Izba powołała również dodatkowe argumenty, jednakże w ocenie Sądu Okręgowego już te wyżej wskazane dobitnie wskazują na konieczność ścisłej interpretacji sformułowania „wyboru najkorzystniejszej oferty”. W zakresie tej przesłanki, w ocenie Sądu Okręgowego, zaskarżeniu odwołaniem nie podlega wybór najkorzystniejszej oferty, u podstaw której legło błędne uznanie przez zamawiającego, że wykonawca, który ją złożył nie podlega wykluczeniu lub że oferta nie powinna być zostać odrzucona. Odmienny pogląd skarżącego, prowadziłby do nieuzasadnionego zwiększenia podstaw odwołań, przy jednoczesnym braku wystarczającego oparcia w przepisach ustawy. Tym samym taka zbyt szeroka interpretacja nie mogła zostać uwzględniona.

W opinii Sądu Okręgowego argumenty powołane przez skarżącego w konfrontacji z argumentami Izby nie były wystarczające do podzielenia jego stanowiska. Okoliczność, iż postępowania podprogowe stanowią przeważającą część ogółu krajowych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego nie może w żaden sposób uzasadniać poglądu, iż wolą ustawodawcy w takim przypadku było dopuszczenie szerszej możliwości kwestionowania zachowań zamawiającego. Nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia również fakt, iż proces udzielania zamówień publicznych składa się z szeregu kolejno następujących po sobie czynności, a czynność wyboru najkorzystniejszej oferty jest poprzedzona etapem badania i oceny złożonych ofert. Czynności zamawiającego z jednej strony stanowią kolejne następujące po sobie działania w celu wyboru najkorzystniejszej oferty, jednakże z drugiej strony stanowią także odrębne i samodzielne etapy postępowania. W zasadzie wszystkie czynności zamawiającego służą wyborowi najkorzystniejszej oferty, co w świetle stanowiska skarżącego stanowiłoby drogę do składania odwołań od niemalże każdej czynności.

W konkluzji należy przyjąć, iż zaskarżone orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej odpowiada przepisom prawa i brak jest podstaw do jego zmiany. Izba nie dopuściła się obraży art. 180 ust. 2 pkt

6 w z w. z art. 7 ust. 3 ustawy, gdyż prawidłowo uznała, że pojęcie „wybór najkorzystniejszej ofert” oznacza wyłącznie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert. Tym samym odwołanie wniesione przez wykonawcę winno być odrzucone, gdyż od zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy lub jego wykluczenia nie przysługuje żaden środek zaskarżenia. Wykładnia zaprezentowana przez skarżącego Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jest nazbyt szeroka i nie może zostać uwzględniona. Zarówno z treści samego art. 180 ustawy, jak i innych przepisów, nie wynika, by wolą ustawodawcy było dopuszczenie możliwości składania odwołań przez wykonawców, także co do czynności zaniechania odrzucenia ofert lub wykluczenia innych wykonawców. W tym względzie Izba odrzucając wniesione odwołanie, nie dopuściła się naruszenia art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy.

Mając na względzie powyższe Sąd Okręgowy na podstawie art. 198f ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oddalił skargę jako bezzasadną.



Najoryginalne właściwe podpisy  
za zgodność świadczy

TAŻYSTA  
*Grzesiak*  
Paweł Grzesiak