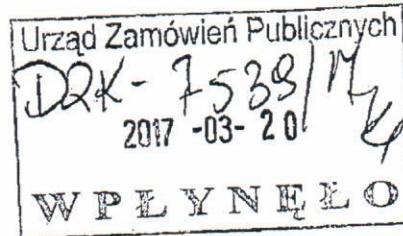




WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ



Dnia 16 lutego 2017 r.

Sąd Okręgowy w Przemyślu Wydział I Cywilny w składzie:

Przewodniczący: SSO Elżbieta Kwaśny
Sędziowie: SO Małgorzata Reizer
SO Janusz Hamera (spr.)



Protokółant: Sylwia Kowalska

po rozpoznaniu w dniu 16 lutego 2017 r. w Przemyślu na rozprawie
sprawy z odwołania

z udziałem zamawiającego

o udzielenie zamówienia publicznego

- na skutek skargi wniesionej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych
na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 września 2016 r.
(sygnatura akt KIO 1696/16) w przedmiocie odrzucenia odwołania

- I. **zmienia zaskarżone postanowienie w punkcie I, w ten sposób
że oddala odwołanie**
- II. **nie obciąża stron kosztami postępowania skargowego.**

SSO Małgorzata Reizer SSO Elżbieta Kwaśny SSO Janusz Hamera



Na oryginalne właściwy podpis
Zgodność z oryginałem stwierdzam

Sekretarz
Z upoważnienia kierownika sekretariatu:
Starszy Sekretarz Sądowy
Iwona Wirkijowska

Sygn. akt I Ca 399/16

UZASADNIENIE
wyroku Sądu Okręgowego w Przemyślu
z dnia 16 lutego 2017 r.

Postanowieniem z dnia 21 września 2016 r. Krajowa Izba Odwoławcza (dalej jako KIO) w sprawie oznaczonej sygnaturą akt KIO 1696/16 w przedmiocie odwołania wniesionego przez [REDAKTOWANO] [REDAKTOWANO] w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – [REDAKTOWANO] w pkt 1 odrzucił odwołanie, zaś w pkt 2 kosztami postępowania obciąża wykonawcę [REDAKTOWANO] i zaliczył w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł (siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

W postanowieniu zawarto nadto pouczenie, że stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Przemyślu.

W uzasadnieniu postanowienia KIO podała, że zamawiający - [REDAKTOWANO] [REDAKTOWANO] prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 18 sierpnia 2016 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem [REDAKTOWANO] (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. Do prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania

odwoławczego stosuje się przepisy nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, opublikowanej w dniu 13 lipca 2016 r. w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej pod pozycją 1020, która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 roku (dalej: „ustawa”).

W dalszej części wyводу KIO wskazała na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia. W dniu 6 września 2016 roku Zamawiający przesłał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia pismo z tego samego dnia zatytułowane „Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty”. Następnie w dniu 12 września 2016 roku (poniedziałek) odwołujący wykonawca [REDAKTION] [REDAKTION], działając na podstawie art. 180 ustawy wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami, ustawy, czynności zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na etapie oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, polegających na zaniechaniu odrzucenia oferty [REDAKTION] [REDAKTION] i uznanie tej oferty za najkorzystniejszą w myśl art. 2 pkt. 5 ustawy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy przez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy i uznanie wybranej oferty za ofertę najkorzystniejszą, pomimo, iż Wykonawca w piśmie z dnia 30 sierpnia 2016 r. nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a ponadto, iż za zaoferowaną cenę jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia.

Odwołujący podniósł naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy przez jego niezastosowanie i naruszenie zasad uczciwej konkurencji, przez nie przeprowadzenie w sposób rzetelny postępowania wyjaśniającego, jak również nie wywiązanie się z obowiązku badania i wnikliwej oceny otrzymanych wyjaśnień oraz naruszenie przepisu art. 90 ust. 2 ustawy przez błędne jego zastosowanie i w konsekwencji uznanie przez Zamawiającego, iż wybrany Wykonawca udowodnił, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, podczas gdy wyjaśnienia złożone Zamawiającemu w dniu 31 sierpnia 2016r. były

nierzetelne, w szczególności nie dawały Zamawiającemu możliwości dokonania ich oceny, gdyż charakteryzowały się sprzecznością (Oferent piszę, iż jest producentem większości produktów warzywnych, po czym przedkłada ofertę cenową na przedmiotowe produkty pochodzącą z [REDAKTOWANO] zostały oparte na fakturach VAT sprzed 6 miesięcy, jak również nie dają podstaw do twierdzenia, iż Oferent ten jest w stanie zrealizować zamówienie mając do dyspozycji tak niewielką liczbę zatrudnionych pracowników tj. łącznie 1 etat (przedstawione przez Oferenta zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty świadczą, iż w tym samym czasie [REDAKTOWANO] [REDAKTOWANO] będzie realizować zbliżone zamówienia w innych jednostkach).

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty [REDAKTOWANO] [REDAKTOWANO] w postępowaniu oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert w postępowaniu przy uwzględnieniu podstaw do odrzucenia oferty Wykonawcy: [REDAKTOWANO] [REDAKTOWANO].

Zamawiający w dniu 9 września 2015 roku powiadomił o wpłynięciu odwołania drugiego z wykonawców biorących udział w postępowaniu tj. wykonawcę [REDAKTOWANO] [REDAKTOWANO] (pismo w aktach sprawy).

W dniu 13 września 2016 roku (prezentata na pismach) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy [REDAKTOWANO] [REDAKTOWANO] gospodarczą pod nazwą [REDAKTOWANO] [REDAKTOWANO]. Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym powyższego wykonawcy z uwagi na to, że nie złożył on zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w określonym ustawą terminie.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że **odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy.**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE] dotyczy zamówienia publicznego na usługi, o wartości szacunkowej zamówienia niższej od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Podkreślić należy, że Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazał również tą okoliczność.

Izba z urzędu na podstawie art. 189 ust. 3 ustawy na posiedzeniu niejawnym bez obecności Stron postępowania dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że w tak ustalonym stanie faktycznym przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy.

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. W powołanym art. 180 ust. 2 ustawy wskazano wyraźnie, że w postępowaniu o wartości mniejszej 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.

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 zdaniem 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 i za zaoferowaną cenę jest w stanie zrealizować zamówienie, jak również błędnego zastosowania przepisu art. 90 ust. 2 ustawy i uznanie przez Zamawiającego, że wykonawca, którego oferta została wybrana udowodnił, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny a w konsekwencji naruszenia zasady uczciwej konkurencji przez nieprzeprowadzenie w sposób rzetelny postępowania wyjaśniającego oraz niewywiązanie się z obowiązku badania i wnikliwej oceny otrzymanych wyjaśnień. Z powodu braku tego typu czynności w katalogu zawartym w art. 180 ust. 2 ustawy stwierdzić należy, 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).

Za takim rozumieniem przepisu przemawia wykładnia językowa art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy. 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

należy zatem 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.

Ponadto 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.

Warto także podkreślić, iż 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”. 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 dalszej kolejności zauważyć należy, 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. KIO odwołała się do dotychczasowego brzmienia komentowanego przepisu.

Ustawodawca odrębnie wypowiada się o wyborze oferty najkorzystniejszej (pkt 1), wkluczeniach (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.

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.

Na zakończenie swojego wywodu KIO podała, że przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym „czynność wyboru oferty najkorzystniejszej” należy rozumieć szeroko - jako zwieńczenie 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. Zauważyć jednak należy, że w wyniku nowelizacji o wiele większe znaczenia nabiorą pozacenowe kryteria oceny ofert (np. kwalifikacje i doświadczenie osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, aspekty społeczne, jakościowe, innowacyjne), których stosowanie będzie w znacznej większości przypadków obowiązkowe. Znacznie większego znaczenia nabierze zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 ustawy przez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Można zatem twierdzić, że właśnie dlatego w art. 180 ust. 2 dodano możliwość zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, której znaczenie wzrośnie.

Dodatkowo odwołano się do tego, iż 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. „Przede 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.

Zarzuty dotyczące tego typu jak opisane w rozpoznawanym odwołaniu zdecydowanie nie mieszczą się w katalogu art. 180 ust. 2 ustawy, gdzie mowa jest wyraźnie o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie zaś zaniechaniu odrzucenia wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą. Dlatego też odwołanie podlegało odrzuceniu.

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, zdaniem KIO, w pełni zasadne jest odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy. Na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie i art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego KIO orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych czyli stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, tj. stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

Na powyższe postanowienie KIO **skargę w dniu 12 października 2016 r. 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 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) - zwanej 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. Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 września 2016 r. (sygn. akt: KIO 1696/16) zaskarżono w całości.

Powyższemu postanowieniu zarzucono 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.

Wobec powyższego skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez merytoryczne rozpoznanie odwołania wykonawcy [REDAKTOWANE]. Nadto wnoszono o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 192 ust.10 w zw. z art. 198f ust. 5 *in fine* ustawy Pzp.

W punkcie I pisma skarżący odniósł się do formalnego uzasadnienia skargi. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wykazywał swoją legitymację do złożenia skargi w oparciu o art. 198b ust. 4 zd. 1 ustawy Pzp

Jednocześnie podano, iż 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) - dąży do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach, przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów oraz Trybunału Konstytucyjnego.

Stosownie do postanowienia art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego

o prokuratorze. Tym samym Prezes Urzędu na skutek wniesienia skargi uzyskuje status strony postępowania sądowego, ale na wzór statusu prokuratora. Z powyższych względów do udziału Prezesa Urzędu w postępowaniu ze skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej znajdują odpowiednie zastosowanie przepisy art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. Dlatego też, wnosząc skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej; Prezes Urzędu nie jest związany z żadną ze stron sporu. Prezes Urzędu może składać oświadczenia i zgłaszać wnioski, jakie uzna za celowe, oraz przytaczać fakty i dowody na ich potwierdzenie.

Prezes Urzędu, wnosząc skargę, nie działa w interesie żadnej ze stron sporu, ale w interesie publicznym związanym z prawidłowym funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych.

W kolejnym punkcie uzasadnienia odniesiono się do stanu faktycznego sprawy. Ustalenie faktyczne poczynione przez skarżącego nie różniły się co do zasady od tych podanych w uzasadnieniu postanowienie KIO. Skarżący wskazał na zarzuty podniesione przez Odwołującego.

Punkt III uzasadnienia poświęcony został argumentacji dotyczącej zarzutów podniesionych przez skarżącego.

W pierwszej kolejności podano, iż 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.

Na mocy art. 1 pkt 159 ustawy nowelizującej poszerzony został katalog okoliczności umożliwiających wnoszenie przez wykonawców odwołań do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w tzw. postępowaniach podprogowych (tj. w postępowaniach, których wartość zamówienia jest niższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie delegacji z art. 11 ust. 8 ustawy Pzp). Do dotychczasowego katalogu przesłanek, który obejmował: (1) wybór trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; (2) określenie warunków udziału w postępowaniu; (3) wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; (4) odrzucenie oferty

odwołującego, zostały dodane dwie przesłanki: 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 stanowią przeważającą część ogółu krajowych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i jednocześnie stanowią nieznaczny odsetek postępowań, w których są 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 r.

W zaskarżonym postanowieniu, mając na względzie pojęcie „wybór najkorzystniejszej oferty” użyte w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, Izba uznała, iż nowa przesłanka dopuszczalności odwołania służyć ma umożliwieniu kwestionowania wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która w istocie nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp. W jej ocenie pojęcie to determinuje, że w postępowaniach podprogowych wykonawcy mogą skarżyć odwołaniem tylko wyłącznie wybór oferty dokonany przez zamawiającego niezgodnie z uprzednio przyjętymi przez niego kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ.

Wykładnia ta nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp, a zwłaszcza w instytucji badania i oceny ofert, której efektem jest wybór oferty najkorzystniejszej. Na gruncie przepisów ustawy Pzp nie sposób przyjąć, aby pojęcie „wybór najkorzystniejszej oferty” było interpretowane w sposób tak zawężający, jak tego dokonała Izba w zaskarżanym postanowieniu.

Niezależnie jednak od zastosowanej przez zamawiającego procedury, rezultatem jego wszystkich zabiegów na etapie badania i oceny ofert jest wybór najkorzystniejszej oferty. Wybór najkorzystniejszej oferty stanowi zatem

zwieńczenie szeregu zachowań zamawiającego. Czynności dokonywane w tych ramach pozostają za sobą w ścisłym związku, a wynik kolejnych faz etapu badania i oceny ofert determinuje konieczność dokonania kolejnych, czy też przesądza o braku potrzeby ich dokonania. W sytuacji oceny, iż wykonawca podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, ofertę przez niego złożoną uznaje się za odrzuconą już po fazie analizy aspektów podmiotowych złożonej oferty (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp).

Zdaniem prezesa Urzędu Zamówień Publicznych faza badania oferty, w ramach której zamawiający dokonuje ustalenia, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu, a także, czy złożona przez niego oferta nie powinna być odrzucona, jest immanentnie związana z fazą wyboru najkorzystniejszej oferty. Na gruncie prawa zamówień publicznych nie można bowiem wybrać oferty zawrzeć umowy z wykonawcą, który nie spełnia wymogów podmiotowych przedmiotowych przewidzianych dla danego zamówienia. Zarówno faza badania oferty, jak i faza wyboru najkorzystniejszej oferty przynależą do etapu badania i oceny ofert, gdyż prawidłowy wybór oferty może mieć miejsce wyłącznie po zgodnym z przepisami ustawy Pzp przeprowadzeniu przez zamawiającego faz poprzedzających ten wybór.

Poprzez odmówienie wykonawcom prawa do wnoszenia odwołania na wybór oferty, która powinna być przez zamawiającego odrzucona, Izba pozbawia wykonawców możliwości weryfikacji przez wyspecjalizowany organ odwoławczy fazy badania i oceny ofert, która doprowadziła do niezgodnego z przepisami ustawy Pzp wyboru oferty. Dodatkowo wskazano, iż postawiony przez Odwołującego zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę, ma szczególne znaczenie w kontekście zasady celowego i racjonalnego wydatkowania środków publicznych, wyrażonej w art. 44 pkt 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 885 ze zm.). Udzielenie zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę stanowi poważne zagrożenie dla prawidłowej realizacji zamówienia.

Podkreślono przy tym, że ustawowy nakaz wyboru oferty „ważnej”, a więc niepodlegającej odrzuceniu, wypływa z dwóch przepisów ustawy Pzp

zlokalizowanych w jej rozdziale 4 zatytułowanym „Wybór najkorzystniejszej oferty”, a mianowicie z art. art. 82 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W przypadku przesłanki z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, z uwagi na kategorię brzmienie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, w ramach okoliczności „wyboru najkorzystniejszej oferty” odwołujący mogą 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. 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.

Zaprezentowana przez KIO interpretacja przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp stoi w sprzeczności z zasadniczym celem ustawy Pzp, którym w świetle art. 7 ust. 3 ustawy Pzp jest wybór wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę niepodlegającą odrzuceniu i który nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Podkreślenia wymaga, iż przepisy ustawy Pzp muszą być interpretowane z uwzględnieniem wskazanego celu ustawy, a każdy przepis tej ustawy musi być tłumaczony tak, aby był jak najbardziej zdatnym środkiem osiągnięcia zamierzenia prawodawcy, którym było zapewnienie szerszego dostępu do systemu środków ochrony prawnej w postępowaniach podprogowych.

W odwołaniu wniesionym w przedmiotowej sprawie wykonawca [REDAKTION] zaskarżył wybór najkorzystniejszej oferty mimo zaistnienia przesłanek do jej odrzucenia. Z treści odwołania wynika, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy [REDAKTION] z powodu rażąco niskiej ceny, stanowił uzasadnienie merytoryczne dla kwestionowania przez Odwołującego wyboru oferty i miał na celu wykazanie wadliwości dokonanego przez Zamawiającego wyboru. W kontekście art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp nie sposób odmówić Odwołującemu prawa do zaskarżania wyboru oferty poprzez podważanie prawidłowości oceny i badania oferty, która niezgodnie z przepisami ustawy Pzp została uznana za najkorzystniejszą.

Na zakończenie skarżący odwołał się do celów postępowania odwoławczego.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Skarga Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasługuje na uwzględnienie.

Do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy miały zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r., bowiem z akt odwoławczych wynika, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 18 sierpnia 2016 r.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, iż legitymacja Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do występowania w niniejszej sprawie nie budzi wątpliwości Sądu. Zgodnie z art. 198b ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej Pzp) w terminie 21 dni od dnia wydania orzeczenia skargę może wnieść także Prezes Urzędu. Może on także przystąpić do toczącego się postępowania. Do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o prokuratorze. Analiza akt niniejszej sprawy pozwala stwierdzić, iż skarga jest dopuszczalna i została wniesiona w terminie.

Kwestią sporną, a zarazem kluczową, w przedmiotowej sprawie jest dopuszczalność odrzucenia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO) w oparciu a powołany art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp. Dopiero rozstrzygnięcie wskazanego problemu pozwoli na ewentualne merytoryczne ustosunkowanie się do odwołania [REDAKTOWANE] przy uwzględnieniu art. 198f ust. 2 Pzp.

Zgodnie z powołanym powyżej przepisem (art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp) Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11

ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 Pzp.

Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (zamówienia podprogowe), 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 (art. 180 ust. 2).

Punkt 5 i 6 został dodany art. 1 pkt 159 lit. a zd. drugie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. (Dz.U.2016.1020) zmieniającej ustawę Prawo zamówień publicznych z dniem 28 lipca 2016 r.

KIO w sprawie rozpoznawanej z wniosku [REDAKTOWANE] przyjęła wąską i ścisłą interpretację pkt 6 art. 180 ust 2 Pzp – „*wybór najkorzystniejszej oferty*”. Zdaniem Izby prowadzi 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. Ze stanowiskiem tym nie zgodził się skarżący – Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zdaniem którego wykładnia zastosowana przez KIO nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp, a zwłaszcza w instytucji badania i oceny ofert, której efektem jest wybór oferty najkorzystniejszej. Na gruncie przepisów ustawy Pzp nie sposób przyjąć, aby pojęcie „*wybór najkorzystniejszej oferty*” było interpretowane w sposób tak zawężający, jak tego dokonała Izba w zaskarżanym postanowieniu.

Sąd Okręgowy w zakresie powyższego podziela stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Wybór najkorzystniejszej oferty oznacza nie tylko niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z ustanowionymi przez zamawiającego kryteriami oceny ofert, lecz również zachowania

(czynności i zaniechania) zamawiającego w ramach badania i oceny ofert, w konsekwencji których wybór najkorzystniejszej oferty był wadliwy. Odwołujący zarzucił przede wszystkim naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy przez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy i uznanie wybranej oferty za ofertę najkorzystniejszą, pomimo, iż Wykonawca w piśmie z dnia 30 sierpnia 2016 r. nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a ponadto, iż za zaoferowaną cenę jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia. Zastrzeżenia odwołującego budziły zatem czynności prowadzące do wyboru oferty, która zdaniem [redacted] nie była najkorzystniejsza, co zdaniem Sądu mieści się w dyspozycji przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp.

Przyjęcie stanowiska, iż odwołujący mógłby kierować zarzuty wyłącznie w stosunku do czynności zamawiającego prowadziłyby do niezasadnej zawężającej wykładni przepisu. Tym bardziej, że z literalnego brzmienia przepisu („*odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty*”) wynika, iż nie ma podstaw do przyjęcia wykładni zaproponowanej przez KIO. Pojęcie czynności (szerzej czynów) w prawie oznacza bowiem zarówno działania, jak i zaniechania.

Pamiętać przy tym należy, że zasadniczym celem postępowania odwoławczego, wynikającym z implementacji do przepisów prawa zamówień publicznych postanowień dyrektywy 89/665/EWG, jest rozstrzygnięcie odwołania. Bezpodstawne odrzucenie odwołania zatem niweczy sens postępowania odwoławczego, gdyż uniemożliwia wykonawcom uzyskanie orzeczenia rozstrzygającego zasadność zarzutów wobec niezgodnej z przepisami prawa zamówień publicznych czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie tej ustawy (Bazan Aneta, Nowicki Józef Edmund, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. II, LEX 2015).

Sąd stoi na stanowisku, iż celem projektu ustawy nowelizacyjnej było rozszerzenie możliwości wnoszenia odwołań w postępowaniach dotyczących zamówień podprogowych. W toku prac legislacyjnych nad nowelizacją ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020) zwracano uwagę na

to, że zasadniczym celem zmiany katalogu przesłanek odwołania w postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych było zwiększenie ochrony prawnej wykonawców.

Nie inaczej należy ocenić uzupełnienie możliwości wniesienia odwołań przez strony postępowania o kolejne dwie przesłanki. W kontekście powyższego, przyjęcie stanowiska KIO o wąskiej interpretacji przesłanek z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp i ograniczenie jej do sfery wyłącznie wyboru oferty najatrakcyjniejszej cenowo, oznaczałoby w istocie pozbawienie wykonawców prawa do wnoszenia odwołania na wybór oferty, która powinna być przez zamawiającego odrzucona, co za tym idzie możliwości weryfikacji przez organ odwoławczy fazy badania i oceny ofert, która doprowadziła do niezgodnego z przepisami ustawy Pzp wyboru oferty.

Mając na uwadze dyrektywy wykładni nakazujące przy interpretacji przepisów uwzględnienie 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 Pzp doszedł do przekonania, że zaprezentowana przez KIO interpretacja przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp stoi w sprzeczności z zasadniczym celem ustawy Pzp, którym w świetle art. 7 ust. 3 ustawy Pzp jest wybór wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę, która nie podlega odrzuceniu, on zaś nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Stąd też, dokonując tej interpretacji Izba naruszyła przepis art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie odwołania w oparciu o wadliwe przyjęcie braku istnienia przesłanek z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

W świetle powyższego skargę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych uznać należało za zasadną.

Powyższe stanowisko pozwala zatem na zmianę zaskarżonego orzeczenia w oparciu o art. 198f ust. 2 Pzp, gdzie wskazano: „Sąd oddala skargę wyrokiem, jeżeli jest ona bezzasadna. W przypadku uwzględnienia skargi sąd zmienia zaskarżone orzeczenie i orzeka wyrokiem co do istoty sprawy.

a w pozostałych sprawach wydaje postanowienie". Zatem w wyniku złożenia skargi możliwe stało się merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Odwołujący - [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] zarzucił w pierwszej kolejności naruszenia art. 89 ust 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust 3 Pzp, którego konsekwencją było zaniechanie odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy i uznanie wybranej oferty za ofertę najkorzystniejszą, pomimo, iż Wykonawca w piśmie z dnia 30 sierpnia 2016 r. nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a ponadto, iż za zaoferowaną cenę jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia.

Zgodnie z powołanymi przepisami art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, aby zamawiający miał podstawy do odrzucenia oferty przystępującego musiałoby dojść do ustalenia, że albo przystępujący nie złożył wyjaśnień (w tym złożone wyjaśnienia są na tyle ogólne, że nie można uznać ich za złożone) albo złożone wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzają, że została zaoferowana cena rażąco niska (gdyż art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy nakazuje zamawiającemu ustalić istnienie ceny rażąco niskiej).

Wyjaśnienie kwestii związanych z podejrzeniem rażąco niskiej ceny stanowi obowiązkowy element badania i oceny ofert. Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający wezwał [REDAKTOWANE] do złożenia wyjaśnień celem wykazania, iż nie została zaoferowana cena rażąco niska - pismo Zamawiającego z dnia 29 sierpnia 2016 r. Uczestnik ten wyjaśnienia złożył w dniu 31 sierpnia 2016 r., a zatem w terminie, przez co nie zachodzi przypadek odrzucenia oferty z powodu braku wyjaśnień.

Wykonawca winien udzielić stosownych wyjaśnień odnośnie wysokości zaoferowanej ceny i poprzeć je dowodami, ale również może się kierować treścią wezwania zamawiającego. W piśmie z dnia 31 sierpnia 2016 r. (data wpływu do [REDAKT]) [REDAKT] udzieliła szczegółowych wyjaśnień, podając na poparcie swoich twierdzeń wyliczenia kosztów realizacji przedmiotu zamówienia. Dodatkowo załączono do wyjaśnień oferty cenowe dwóch hurtowników potwierdzające, iż proponowane przez nich produkty są wysokiej jakości i mają konkurencyjne ceny. Przedstawiono również wydanie zewnętrzne od hurtowni (2 szt.) oraz informacje/ zawiadomienia o tym, że oferty [REDAKT] zostały wybrane w innych przetargach.

Analiza powyższych dokumentów oraz złożonych wraz z ofertą pism pozwala przyjąć, w ocenie Sądu, iż w przedmiotowej sprawie nie zachodziła również druga z przesłanek odrzucenia oferty [REDAKT] tj. oferta nie zawierała ceny rażąco niskiej.

W przetargu udział brały dwa podmioty, w tym wybrany wykonawca i odwołujący. Różnice cenowe wynikające ze złożonych ofert zostały wyjaśnione przez wybranego wykonawcę. Niezasadne również są zarzuty dotyczące tego, iż wybrany wykonawca nie jest w stanie zrealizować zamówienie z uwagi na niedobory kadrowe. Ta kwestia również została wyjaśniona przez [REDAKT]. Nadto ze zgromadzonej dokumentacji wynika, że wybrany wykonawca realizował z powodzeniem podobne przedsięwzięcia i ustalone przez niego ceny w pełni wystarczały na realizację przedmiotu zamówienia. Wykonawca przedstawił liczne referencje i potwierdzenia wyboru jego ofert w innych postępowaniach przetargowych. W ocenie Sądu złożone wyjaśnienia nie dawały podstaw do odrzucenia oferty przez Zamawiającego z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny.

Podkreślenia wymaga, że za rażąco niską powinna być uznana cena niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień, odbiegająca od cen przyjętych, wskazująca na fakt realizacji poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, robót budowlanych. Ceną rażąco niską będzie zatem cena znacząco odbiegająca od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia, wskazująca na fakt realizacji zamówienia

poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. W ocenie Sądu, na podstawie zgromadzonych materiałów sprawy, kwota zaproponowana przez [REDAKTOWANA] nie jest ceną rażąco niską, co właściwie ocenił Zamawiający.

Dodatkowo odwołujący zarzucił, iż doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy przez jego niezastosowanie i naruszenie zasad uczciwej konkurencji, przez nie przeprowadzenie w sposób rzetelny postępowania wyjaśniającego, jak również nie wywiązanie się z obowiązku badania i wnikliwej oceny otrzymanych wyjaśnień. Zgodnie z powyższym przepisem „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości”.

Powyższy zarzut odwołującego uznać należy za nietrafny. Analiza akt postępowania przetargowego nie pozwala na przyjęcie, iż zamawiający dopuścił się naruszenia komentowanego przepisu. Dokumentacja została sporządzona prawidłowo i rzetelnie, nie zawiera braków, podmiotom doręczano właściwie pisma i zawiadomienia. Oferentom zapewniono równe traktowanie. Prawidłowo dokonano także oceny wyjaśnień złożonych przez wybranego wykonawcę dotyczących zaoferowanej ceny.

Konkludując zważyć należy, iż zarzuty odwołującego nie zasługiwały na uwzględnienie, o czym orzeczono w pkt I wyroku.

Sąd Okręgowy działając na podstawie art. 198f ust. 2 ustawy Pzp zmienił zaskarżone postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej w ten sposób, że w punkcie 1. orzeczenia oddalił odwołanie [REDAKTOWANA]

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą (art. 192 ust. 9 i 10 Pzp) jest uzależnione od wyniku sprawy. Ponieważ odwołanie zostało oddalone, a zaskarżone skargą postanowienie KIO obejmuje prawidłowe rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego, nie było podstaw do ingerencji w rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania skargowego Sąd Okręgowy orzekł zgodnie z wnioskiem zawartym w skardze Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i odstąpił od obciążenia uczestników kosztami postępowania skargowego, zgodnie z dyspozycją art. 102 k.p.c. i art. 198 a ust. 2 ustawy Pzp. Stosownie do treści art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o prokuratorze. W myśl art. 106 k.p.c. udział prokuratora w sprawie nie uzasadnia zasądzenia zwrotu kosztów na rzecz Skarbu Państwa ani od Skarbu Państwa. Charakter sprawy i wniesienie skargi w niniejszej sprawie nie uzasadnia w ocenie Sądu Okręgowego zasądzenia zwrotu kosztów postępowania skargowego. W niniejszym postępowaniu Prezes Urzędu Zamówień Publicznych dążąc do wyjaśnienia wątpliwości interpretacyjnych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie działał na rzecz, czy w interesie uczestników postępowania. Powyższe uzasadnia stanowisko, iż w sprawie wszczętej na skutek skargi Prezesa Urzędu wniesionej na podstawie art. 198 b ust. 4 zd. 1 ustawy Pzp zachodzi szczególny przypadek, o którym mowa w art. 102 k.p.c., uzasadniający nieobciążanie jego uczestników kosztami tego postępowania.

SSO Małgorzata Reizer

SSO Elżbieta Kwaśny

SSO Janusz Hamera



Na oryginale właściwy podpis
Zgodność z oryginałem stwierdzam

Sekr. Sądowy
Z upoważnienia kierownika Sekretariatu:
Starszy Sekretarz Sądowy
Iwona Wirkijowska