

Sygn. akt IV Ca 1051/16

Urząd Zamówień Publicznych

2017 -03- 06



WYROK

W PIWIMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 1 lutego 2017 roku

Sąd Okręgowy w Płocku IV Wydział Cywilny - Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewodnicząca - SSO Małgorzata Michalska

Sędziowie - SO Wacław Banasik (spr.)

SO Joanna Świerczakowska

Protokolant: st. sekr. sąd. Katarzyna Gątarek

po rozpoznaniu na rozprawie 18 stycznia 2017r. w Płocku

sprawy ze skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych od postanowienia Krajowej Izby
Odwoławczej z dnia 16 listopada 2016 r. KIO 2084/16

przeciwko zamawiającemu [REDACTED]

z udziałem odwołującego [REDACTED]

[REDACTED] i interwenienta ubocznego po stronie
przeciwnika skargi [REDACTED]

w przedmiocie zamówienia publicznego

1. oddala skargę,

2. oddala wnioski [REDACTED] i [REDACTED]

[REDACTED] o zasądzenie od Prezesa Urzędu Zamówień
Publicznych kosztów postępowania skargowego.



Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność z oryginałem świadczy

Sekretarz:

Starszy sekretarz sądowy

Katarzyna Gątarek

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE] zostało wszczęte przez [REDAKTOWANE]. Termin składania ofert, zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu, upłynął w dniu 21 października 2016 r. o godz. 10:00. Przed upływem terminu składania ofert do Zamawiającego wpłynęły dwie oferty, złożone przez [REDAKTOWANE] oraz [REDAKTOWANE].

W dniu 28 października 2016 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez [REDAKTOWANE].

W dniu 2 listopada 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego wniosło [REDAKTOWANE].

Odwołanie

[REDAKTOWANE] zostało wniesione wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy - Prawo Zamówień Publicznych (dalej: p.z.p.), polegającej na wyborze ocenionej za najkorzystniejszą oferty Wykonawcy [REDAKTOWANE]. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2014 r., poz. 964) nazywanej dalej „UZNK” i w zw. z art. 8 ust. 2 i ust. 4 ustawy z dnia 08 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. z 2016 r., poz. 684), nazywanej dalej „TermZapU”, poprzez nieodrzućenie oferty Wykonawcy [REDAKTOWANE] i w konsekwencji dokonanie jej wyboru jako najkorzystniejszej pomimo tego, że zaoferowanie przez Wykonawcę [REDAKTOWANE] w złożonej ofercie jako kryterium oceny ofert terminu płatności faktury „90 dni”, który ma stanowić treść postanowienia § 9 ust. 5 umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia, stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 UZNK polegający na tym, że:

terminie przewidzianym przez ustawodawcę w art. 8 ust. 4 TermZapU, którego skutkiem jest zapłata odsetek;

(4) narażenie Wójta Gminy na zarzut popełnienia przestępstwa z art. 231 § 1 k.k. polegającego na tym, że nie dopełniając obowiązku zapłaty świadczeń pieniężnych w terminie przewidzianym przez ustawodawcę w art. 8 ust. 4 TermZapU, działał na szkodę interesu publicznego, narażając Gminę na konieczność zapłaty odsetek i kosztów ich dochodzenia na żądanie wierzyciela, które może zostać zgłoszone przez okres do przedawnienia tych roszczeń, tj. trzech lat;

2) art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez nieodrzućenie oferty Wykonawcy [REDAKTOWANE] i dokonanie jej wyboru jako najkorzystniejszej z uwzględnieniem w ocenie oferty zaoferowanego przez Wykonawcę [REDAKTOWANE] terminu płatności faktury „90 dni”, co stanowiło naruszenie określonych w art. 7 ust. 1 p.z.p. wymogów prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia:

- zgodnie z zasadą proporcjonalności rozumianą m.in. jako wymóg dokonywania oceny kryteriów, którymi zamawiający będzie kierował się przy wyborze oferty w stopniu i zakresie nieprzekraczającym uzasadnionych potrzeb zamawiającego, w tym w szczególności z uwzględnieniem możliwości realnego korzystania z tych kryteriów przy wykonywaniu umowy;
- w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji rozumianej jako nakaz oceny przez Zamawiającego, czy oferowane przez Wykonawców wielkości i parametry określonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert będą służyły realnemu spełnieniu oczekiwań Zamawiającego przy wykonywaniu zamówienia, czy są przez niektórych z Wykonawców oferowane jedynie w celu uzyskania zamówienia i uniemożliwienia konkurowania w uzyskaniu zamówienia przez innych Wykonawców oferujących z zachowaniem obowiązujących przepisów prawa i dobrych obyczajów w obrocie gospodarczym, takie parametry kryteriów wyboru oferty, które są zgodne z prawem oraz realnie spełniają i zabezpieczają interesy Zamawiającego.

Mając na uwadze sformułowane przez siebie zarzuty, Odwołujący [REDAKTOWANE] wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ponowienie czynności badania i oceny ofert oraz odrzućenie oferty Wykonawcy [REDAKTOWANE]. Wnosil także o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego [REDAKTOWANE].

Zamawiający [REDAKTOWANE] nie uwzględniała zarzutów podniesionych w odwołaniu i wniosła o jego oddalenie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Wykonawca [REDAKTOWANE], którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Postanowieniem z dnia 16 listopada 2016 r. w sprawie KIO 2084/16 Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła odwołanie [REDAKTOWANE] oraz kosztami postępowania obciążyła Wykonawcę [REDAKTOWANE], zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu orzeczenia na wstępie wskazała, że z urzędu bada, czy zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p. Ponieważ nie było wątpliwości, że wartość zamówienia oszacowano poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p. (zgodne oświadczenie Stron i Przystępującego na posiedzeniu, pismo Zamawiającego z dnia 8 listopada 2016 r., wskazujące na wartość zamówienia, znajdujące się w aktach sprawy), Izba musiała zbadać, czy odwołanie dotyczy czynności, o których mowa w art. 180 ust. 2 p.z.p. Dokonując analizy zarzutów odwołania, w świetle przywołanego przepisu p.z.p. i dotychczasowego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, skład orzekający stwierdził, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 p.z.p., ponieważ nie dotyczy żadnej z czynności wymienionych w art. 180 ust. 2 p.z.p.

Izba podała, że zasadniczym zarzutem odwołania jest zarzut naruszenia art. 89 ust. 2 pkt 3 p.z.p., tj. zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego przez Zamawiającego, mimo że – zdaniem Odwołującego – Przystępujący popełnił czyn nieuczciwej konkurencji, wskazując w swojej ofercie w jednym z kryteriów oceny ofert (Zamawiający jako jedno z pozacenowych kryteriów oceny ofert opisał kryterium „termin płatności faktur”, bez określania „od... do...” terminu, jaki wykonawcy mogą zadeklarować w ofertach) termin 90-dniowy, co jest sprzeczne w ocenie Odwołującego z art. 8 ust. 2 ustawy o terminach zapłaty.

W przywołanym wyżej art. 180 ust. 2 p.z.p. wskazano jednoznacznie, iż w postępowaniu o wartości mniejszej, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (tj. poniżej tzw. progów unijnych), 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.

odrzućenia oferty Przystępującego. W niniejszym postępowaniu zarzut odwołania co prawda związany był z kryteriami oceny ofert, ale Odwołujący nie skarżył błędnej, wadliwej oceny w kryterium pozacenowym i nie wnosił o przyznanie Przystępującemu mniejszej ilości punktów w ramach oceny jego oferty jako najkorzystniejszej „na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia” (wybór oferty w wąskim znaczeniu), ale kwestionował zaniechanie odrzućenia oferty Przystępującego przez Zamawiającego. W tym kontekście dla oceny dopuszczalności rozstrzygnięcia merytorycznego odwołania nie ma znaczenia, że przyczyna, w której Odwołujący upatruje podstawy faktycznej wniesienia odwołania tkwi w oświadczeniu, które było podstawą oceny ofert w kryterium pozacenowym.

Zdaniem KIO na wąskie rozumienie pojęcia „wybór oferty najkorzystniejszej” wskazuje również analiza art. 92 ust. 1 p.z.p. Z dotychczasowego przepisu art. 92 ust. 1 p.z.p. wynikał obowiązek jednoczesnego informowania o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o ofertach odrzuconych i wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania: „niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę) albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, uzasadnienie jej wyboru oraz nazwy (firmy) albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację;

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne;

3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne – jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę;

4) terminie, określonym zgodnie z art. 94 ust. 1 lub 2, po którego upływie umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta.”

Zgodnie z obowiązującym brzmieniem art. 92 ust. 1 p.z.p., zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni,

3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzućenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności,

Zasadniczy zarzut odwołania, tj. „zaniechanie odrzucenia Przystępującego”, w ocenie KIO, nie jest żadną z czynności wymienionych w art. 180 ust. 2 pkt 1-5 p.z.p. Jak wskazała Izba analizy wymaga, czy „zaniechanie odrzucenia” można przypisać do czynności, o której mowa w pkt 6, tj. czy pojęcie „zaniechania odrzucenia” mieści się w pojęciu czynności „wyboru oferty najkorzystniejszej” w znaczeniu użytym w art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. Kluczowe zatem dla ustalenia, czy odwołanie podlega odrzuceniu, było ustalenie znaczenia treści pkt 6, dodanego nowelizacją Prawa zamówień publicznych, która weszła w życie 28 lipca 2016 r.

Po pierwsze, KIO zwróciła uwagę, że w przepisach dotyczących odwołań ustawodawca wyraźnie rozróżnia kategorię „czynności” od kategorii „zaniechań czynności”: zgodnie z art. 180 ust. 1 p.z.p., odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności lub zaniechania czynności. Z kolei art. 180 ust. 2 p.z.p., statuujący wyjątek od ogólnej reguły (zasadą jest, że odwołanie w pełnym zakresie przysługuje wykonawcom w postępowaniach powyżej tzw. progów unijnych), wyraźnie zezwala na wniesienie odwołania w postępowaniu poniżej tzw. progów unijnych wyłącznie od wymienionych w nim „czynności”. Skoro więc z art. 180 ust. 1 p.z.p. wynika, że „zaniechania” nie mieszczą się w „czynnościach”, ale stanowią osobną kategorię podstaw faktycznych do wniesienia odwołania, to z zestawienia art. 180 ust. 1 i 180 ust. 2 p.z.p. można wysnuć wniosek, że odwołanie poniżej progów unijnych nie przysługuje wobec zaniechań Zamawiającego, a jedynie wobec czynności enumeratywnie wymienionych w art. 180 ust. 2 p.z.p.

Po drugie, Izba dostrzegła, że ustawodawca zakres znaczenia pojęcia „wybór oferty najkorzystniejszej” w pkt 6 art. 180 ust. 2 zastosował w innym, węższym znaczeniu, niż potocznie rozumiany - w pojęciu tym nie mieści się podjęcie decyzji o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty wykonawcy, ponieważ w osobnych punktach przywoływanego przepisu wymieniono przesłankę odwoławczą „wykluczenia odwołującego z postępowania” i „odrzucenia oferty odwołującego” (art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 p.z.p.).

W konsekwencji, poszukiwanie znaczenia pojęcia „wybór oferty najkorzystniejszej”, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. prowadzi, zdaniem KIO, do wniosku, że pojęcie to należy rozumieć wąsko. Nie można bowiem, zakładając racjonalność i konsekwencję ustawodawcy, twierdzić, że „wybór najkorzystniejszej oferty” obejmuje „zaniechanie czynności odrzucenia oferty”. Wąskie rozumienie pojęcia „wybór oferty najkorzystniejszej” należy, zdaniem składu orzekającego KIO, utożsamiać z dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Taki zakres pojęcia „wybór oferty najkorzystniejszej” jest określony w art. 91 ust. 1 p.z.p. Przepis ten, w ocenie Izby, wskazany jako podstawa prawna odwołania wniesionego w postępowaniu poniżej tzw. progów unijnych, jest skorelowany z przesłanką wskazaną w art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. Oznacza to, że Odwołujący w odwołaniu mógłby wnosić o przyznanie Przystępującemu mniejszej ilości punktów w kwestionowanym kryterium, ale nie może (poniżej tzw. progów unijnych) kwestionować zaniechania

4) wykonawcach, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, ale nie zostali zaproszeni do kolejnego etapu negocjacji albo dialogu,

5) dopuszczeniu do dynamicznego systemu zakupów,

6) nieustanowieniu dynamicznego systemu zakupów,

7) unieważnieniu postępowania

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Z treści przytoczonego przepisu wynika – w ocenie Izby – że ustawodawca wyraźnie rozróżnia wybór oferty najkorzystniejszej i wykluczenie wykonawcy/odrzucenie oferty: odrębnie wypowiada się o wyborze oferty najkorzystniejszej (pkt 1), wykluczeniach (pkt 2), odrzuceniach (pkt 3). Nie można nie zauważyć, że po wejściu w życie nowelizacji Prawa zamówień publicznych w dniu 28 lipca 2016 r., zamawiający nie ma już obowiązku jednoczesnego informowania o tych czynnościach. Można więc zakładać, że czynności podejmowane w postępowaniu będą rozłożone w czasie w stopniu znacznie większym, niż dotychczas, co doprowadzi do tego, że deprecjonowana kolejnymi nowelizacjami Prawa zamówień publicznych zasada koncentracji środków ochrony prawnej zostanie zupełnie wyrugowana z polskiego systemu odwoławczego. Jak podkreśliła Izba nowelizacja, która weszła w życie 28 lipca 2016 r., sankcjonuje sekwencyjne, rozłożone w czasie, dokonywanie kolejnych czynności w postępowaniu przez zamawiającego, który będzie odrzucał oferty czy wykluczał wykonawców z postępowania, a następnie dokonywał wyboru oferty najkorzystniejszej. W takim kontekście nie można przyjmować, że w pojęciu „wybór oferty najkorzystniejszej” mieści się pojęcie „zaniechanie czynności odrzucenia oferty”, ponieważ do odrzucenia oferty będzie dochodziło przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej. KIO stanęła na stanowisku, iż nie można również zaakceptować poglądu, że skoro ustawodawca daje wykonawcy możliwość kwestionowania wyboru oferty najkorzystniejszej w pkt 6 art. 180 ust. 2 p.z.p., to pozwala tym samym na kwestionowanie wszystkich wcześniejszych działań, które prowadzą do wyboru oferty – ponieważ konsekwencją byłoby umożliwienie wzruszania wszelkich wcześniejszych czynności i zaniechań zamawiającego, zapadłych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym przykładowo - nieprawidłowych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza jednolicie wyraża w orzecznictwie pogląd o wąskim rozumieniu pojęcia „wyboru oferty najkorzystniejszej”, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p.: „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. Izba zwróciła uwagę, że w wyniku nowelizacji o wiele większe znaczenia nabiorą pozacenowe kryteria oceny ofert (np. kwalifikacje i doświadczenie

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 p.z.p. 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 p.z.p. 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 p.z.p.

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 p.z.p., Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez merytoryczne rozpoznanie odwołania wykonawcy [REDAKTION] oraz o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 192 ust. 10 w zw. z art. 198f ust. 5 in fine p.z.p., a także nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego (art. 102 k.p.c.).

Zamawiający [REDAKTION] wniósł o oddalenie skargi.

Interwenient uboczny po stronie przeciwnika skargi - [REDAKTION]

[REDAKTION] wniósł o oddalenie skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, ewentualnie w razie jej uwzględnienia oddalenie odwołania [REDAKTION]

[REDAKTION] w całości oraz zasądzenie od skarżącego na rzecz Przystępującego kosztów postępowania skargowego, w tym zasądzenie od niego na rzecz [REDAKTION] kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Odwołujący [REDAKTION]

[REDAKTION] wniósł o:

- 1) uwzględnienie skargi i uchylenie zaskarżonego postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 2084/16 oraz rozpoznanie odwołania,
- 2) uwzględnienie odwołania z tym, że w związku z zawarciem po wydaniu zaskarżonego postanowienia KIO, w okolicznościach dopuszczonych w ustawie, umowy w sprawie zamówienia publicznego będącego przedmiotem postępowania, podtrzymując zarzuty zawarte w odwołaniu, ogranicza wniosek zawarty w odwołaniu w ten sposób, że w miejsce żądania nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ponowienia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty [REDAKTION]

[REDAKTION] wniósł o stwierdzenie na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 3

p.z.p., iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: [REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE], wybór przez Zamawiającego [REDAKTOWANE]
oferty Wykonawcy [REDAKTOWANE] nastąpił z
naruszeniem wskazanych w zarzutach odwołania przepisów ustawy z dnia 29.01.2004 r.
Prawo zamówień publicznych,

- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty 11.117 zł z tytułu poniesionych kosztów postępowania odwoławczego.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga jako bezzasadna podlega oddaleniu.

Wbrew zarzutom skarżącego Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając odwołanie [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE] nie dopuściła się uchybień przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych. Sąd Okręgowy aprobuje w całości stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w zaskarżonym postanowieniu, wielokrotnie podkreślane już we wcześniejszych orzeczeniach Izby (m.in. w sprawach KIO 1674/16, KIO 1696/16, KIO 1750/16, KIO 182/16, KIO 1910/16, KIO 2015/16, KIO 2059/16).

W myśl obecnie obowiązującego art. 180 ust. 2 p.z.p. w postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych istnieje możliwość wniesienia odwołania wyłącznie w przypadku zaistnienia sytuacji określonych enumeratywnie w treści tegoż przepisu, tj.:

- 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.

Powyższy katalog jest zamknięty, o czym przesądza użycie przez ustawodawcę sformułowania „wyłącznie”. Nowelizacja z dnia 22 czerwca 2016 r., która weszła w życie z dniem 28 lipca 2016 r., uzupełniła katalog podstaw do wniesienia odwołania w postępowaniach poniżej tzw. progu unijnego o trzy sytuacje. Pierwsza odnosi się do czynności określenia warunków udziału w postępowaniu, które zastąpiło w całej nowelizowanej ustawie pojęcie „opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu”. Druga nowa podstawa do wniesienia odwołania dotyczy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Ta całkiem nowa podstawa rozszerza katalog sytuacji, w których dopuszczalne było wniesienie odwołania w stosunku do stanu sprzed nowelizacji. Wykonawca, który uplasował się np. na drugiej pozycji w rankingu ofert może w oparciu o omawianą podstawę zakwestionować prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej. Dodatkowo

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. Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 1 marca 2007 r. (III CZP 94/06) wskazał, że 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 zaś takie nie zachodzą, należy oprzeć się na wykładni językowej. Wykładnia językowa wymaga uwzględniania dyrektyw języka potocznego, a zatem przypisywania zawartym w normie prawnej wyrażeniom podstawowego i powszechnie przyjętego znaczenia.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, stwierdzić należy, iż – w ocenie Sądu Okręgowego – zamiarem ustawodawcy nowelizującego przepisy było dopuszczenie możliwości wnoszenia odwołań wobec ściśle ustanowionych czynności zamawiającego i sprzeczne z celem tego unormowania jest stosowanie wykładni rozszerzającej. Dodany ustawą nowelizującą z dnia 22 czerwca 2016 r. do art. 180 ust. 2 p.z.p. punkt 6., który przewiduje możliwość wniesienia odwołania wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie należy interpretować w taki sposób, że podciągać pod niego wszystkie czynności zamawiającego dokonywane w ramach badania i oceny ofert prowadzące do wyboru oferty najkorzystniejszej. Taka interpretacja przepisu, zdaniem Sądu Okręgowego, zatraciłaby sens wyjątkowości wnoszenia odwołań w odniesieniu do tzw. postępowań podprogowych. A zatem art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. należy rozumieć w sposób wąski, odnosząc się przy tym do definicji legalnej pojęcia „najkorzystniejszej oferty” zawartej w art. 2 pkt 5 p.z.p. Zgodnie z ową definicją przez „najkorzystniejszą ofertę” należy rozumieć ofertę:

a) która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego w szczególności w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała albo

b) z najniższą ceną lub kosztem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub koszt.

Definicja nie zawiera zastrzeżenia, iż najkorzystniejsza oferta wybierana jest spośród ofert niepodlegających wykluczeniu bądź odrzuceniu. Jak wynika z ustawy p.z.p. odrzucenie oferty (art. 89 p.z.p.) oraz wykluczenie wykonawcy (art. 24 p.z.p.) są czynnościami odrębnymi od wyboru najkorzystniejszej oferty, poprzedzającymi de facto wybór.

Wniosek taki wysnuć można również, rozważając treść art. 92 ust. 1 p.z.p. obecnie obowiązującego i tego przed nowelizacją, która weszła w życie z dniem 28 lipca 2016 r. Mianowicie

w porządku prawnym obowiązującym do 28 lipca 2016 r. zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty jednocześnie zawiadamiał wykonawców, którzy złożyli oferty o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę) albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, uzasadnienie jej wyboru oraz nazwy (firmy) albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację;

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne;

3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne - jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę;

4) terminie, określonym zgodnie z art. 94 ust. 1 lub 2, po którego upływie umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta.

Ustawą nowelizującą z dnia 22 czerwca 2016 r. artykułowi 92 ust. 1 p.z.p. nadano nowe brzmienie, zgodnie z którym zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni,

3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności,

4) wykonawcach, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, ale nie zostali zaproszeni do kolejnego etapu negocjacji albo dialogu,

5) dopuszczeniu do dynamicznego systemu zakupów,

6) nieustanowieniu dynamicznego systemu zakupów,

7) unieważnieniu postępowania

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zmiana brzmienia powyższego przepisu, zdaniem Sądu Okręgowego, oznacza wyraźne rozdzielenie poszczególnych czynności zamawiającego prowadzących do wyłonienia oferty najkorzystniejszej. Uprzednio zamawiający jednocześnie po wyborze oferty informował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, ofertach odrzuconych bądź wykonawcach wykluczonych, obecnie czynności tych może dokonywać sukcesywnie. Powyższe prowadzi do wniosku, że zamawiający najpierw odrzuca poszczególne oferty albo wyklucza wykonawców, a

dopiero później spośród pozostałych ofert dokonuje wyboru najkorzystniejszej. Zakres pojęcia oferty najkorzystniejszej prawodawca wskazał w art. 91 ust. 1 p.z.p., wedle którego zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis ten, jak słusznie wskazała Izba, współgra z art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. W przekonaniu Sądu tak ukształtowane brzmienie przepisów art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p., art. 91 ust. 1 p.z.p. oraz art. 92 ust. 1 p.z.p., oznacza, że celem ustawodawcy było wyróżnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej od pozostałych czynności zamawiającego poprzedzających tenże wybór.

Nie można przy tym pominąć faktu, iż odwołanie w pełnym zakresie przysługuje jedynie wtedy, gdy wartość zamówienia jest co najmniej równa progom unijnym. Art. 180 ust. 1 p.z.p. dopuszcza wówczas odwoływanie się od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego lub zaniechania czynności. Poniżej progów unijnych, a więc jak w niniejszej sprawie, odwołanie może być wniesione wyłącznie na czynności zamawiającego określone w art. 180 ust. 2. Ustawodawca ewidentnie rozróżnił czynności od zaniechania czynności. Jest to kolejny argument przemawiający za tym, iż w postępowaniach podprogowych zaniechanie odrzucenie oferty innego wykonawcy nie mieści się w ustawowych przesłankach odwoławczych.

Biorąc zatem pod uwagę preferowaną w orzecznictwie wykładnię językową ścieśniającą, nie sposób uznać, iż zarzut Odwołującego dotyczący zaniechania odrzucenia oferty [REDAKTOWANE] mieści się w zakresie przyczyny odwoławczej w postępowaniach podprogowych wskazanej w art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z dnia 12 stycznia 2010 r., III CZP 119/09, zastosowanie wykładni, która odchodziłaby od językowego sensu przepisu, uwzględniającego nadto treść całego aktu prawnego, mogłyby usprawiedliwiać jedynie szczególne istotne i doniosłe racje. Sąd Okręgowy ostatecznie stanął na stanowisku, iż nadanie określeniu użytemu w art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. szerszego znaczenia może prowadzić do sprzecznego z brzmieniem ustawy rozszerzenia katalogu czynności podlegających zaskarżeniu odwołaniem w tzw. postępowaniach podprogowych i nie ma żadnego uzasadnienia w szczególnie ważnych okolicznościach. Co więcej, odmiennej wykładni nie dałoby się pogodzić z dyrektywą zacieśniającego tłumaczenia regulacji wyjątkowych (*exceptiones non sunt extentendae*), do których niewątpliwie zaliczyć należy art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p.

Niezależnie od powyższych wywodów zauważyć należy, iż odwołanie [REDAKTOWANE] w gruncie rzeczy nie opiera się na żadnej z ustawowych przesłanek. W myśl art. 180 ust. 3 p.z.p. odwołanie powinno m.in. wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy oraz zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów. Nie tworzy przy tym zarzutu samo powołanie przepisów ustawy, które miałyby naruszyć zamawiającego. Zarzut stanowi bowiem wskazanie czynności bądź zaniechania przez zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany

na podstawie ustawy, oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa (por. wyroki KIO z: 20.2.2015 r., KIO 242/15; 12.2.2015 r., KIO 176/15; 9.2.2015 r., KIO 166/15; 30.7.2014 r., KIO 1479/14). W wyroku KIO z dnia 10.7.2013 r. w sprawie KIO 1498/13, Izba podkreśla, że: „przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych nakazują potrzebę ścisłego odczytywania zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna. Ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania”. Dla postawienia zarzutu niewystarczające jest więc ogólne wskazanie, że przedmiotem zaskarżenia jest wybór ocenionej za najkorzystniejszą oferty innego wykonawcy. Za zarzuty uznać należy oświadczenie wykonawcy, w których wykazuje on istnienie konkretnych okoliczności faktycznych, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rozumianą jako zgodność czynności zamawiającego z przepisami p.z.p.

W niniejszej sprawie [REDAKTURA] [REDAKTURA] złożyło odwołanie „od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (...) polegającej na wyborze ocenionej za najkorzystniejszą oferty Wykonawcy [REDAKTURA] powołując się wprawdzie na art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. Przywołane przez Odwołującego okoliczności faktyczne na poparcie owego zarzutu nie mieszczą się jednak w granicy zaskarżenia określonej w ww. przepisie. Odwołujący jako okoliczność faktyczną wskazującą na naruszenie przepisów podał zaoferowanie przez [REDAKTURA] terminu płatności faktury na 90 dni. Jak wynika z cytowanego już art. 91 ust. 1 p.z.p. zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oznacza to, że Odwołujący mógłby kwestionować w zasadzie przyznanie temu Wykonawcy określonej liczby punktów w odniesieniu do tegoż kryterium. Odwołujący jednakże nie podważył oceny oferty [REDAKTURA], a jedynie zaniechanie odrzucenia tej oferty przez Zamawiającego. W efekcie nie można uznać jakoby to odwołanie opierało się na ustawowej podstawie wskazanej w art. 180 ust. 2 p.z.p. Tym samym KIO, mając na względzie treść art. 189 ust. 2 pkt 6 p.z.p., słusznie odwołanie odrzuciła.

Z podanych wyżej względów Sąd Okręgowy, na podstawie art. 198f ust. 2 zdanie 1 p.z.p., oddalił skargę. Stosując natomiast art. 198b ust. 4 *in fine* p.z.p. w zw. z art. 106 k.p.c., oddalił wnioski Zamawiającego i interwenienta ubocznego o zasądzenie od Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kosztów postępowania skargowego.



Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność z oryginałem świadczy
Sekretarz:

Starszy sekretarz sądowy

15 Katarzyna Gątarek