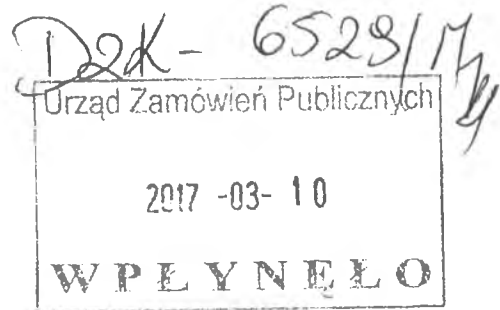


WZP DP/0/004/24/16/05

Sygn. akt XII Ga 1018/16



00359024

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 stycznia 2017 r.

Sąd Okręgowy w Krakowie XII Wydział Gospodarczy – Odwoławczy w następującym składzie:

Przewodniczący- Sędzia: SO Janusz Beim (spr.)  
Sędzia: SO Beata Kozłowska  
Sędzia: SO Michał Niedźwiedź

Protokolant: st.sekr.sądowy Ewa Janas

po rozpoznaniu w dniu 13 stycznia 2017 r. w Krakowie  
na rozprawie  
sprawy z odwołania [REDACTED]

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego [REDACTED]  
przy uczestnictwie:

[REDACTED]

na skutek skargi wniesionej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych  
w Warszawie od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 października  
2016 r., sygn. akt KIO 1910/16

- I. zmienia zaskarżone postanowienie w ten sposób, że odwołanie [REDACTED] oddala;
- II. nie obciąża uczestników kosztami postępowania skargowego.

SSO Beata Kozłowska

SSO Janusz Beim



SSO Michał Niedźwiedź  
Na oryginalne właściwie podpisy  
Zgodność z oryginałem stwierdza

Ewa Janas  
St. Sekretarz Sądowy

## UZASADNIENIE

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez zamawiającego – [REDAKTOWANE] w trybie przetargu nieograniczonego pn. [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE] wykonawca [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE] wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie. Wnosząc odwołanie wskazał na regulacje art. 180 ust. 2 pkt 6 w związku z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej ustawą o Pzp lub ustawą).

W swoim odwołaniu wykonawca zarzucił naruszenie;

- art. 89 ust. 1 pkt. 4 i art. 90 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE], mimo iż jego oferta zawiera rażąco niską cenę

- art. 89 ust. 1 pkt. PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty [REDAKTOWANE] mimo iż oferta tego wykonawcy jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia

- art. 7 ust.1 PZP w zw. z wskazanymi powyżej naruszeniami art. 89 ust. 1 pkt. 4 i 2 PZP poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku ze wskazanymi naruszeniami

- art.7 ust. 3 PZP poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego oferta nie może być wybrana w zgodzie z przepisami ustawy Pzp.

Podnosząc powyższe zarzuty odwołujący wniósł o;

- unieważnienie czynności wyboru oferty [REDAKTOWANE] jako oferty najkorzystniejszej

- powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności przywołanych w odwołaniu

- odrzucenie oferty [REDAKTOWANE] w związku z zaistnieniem okoliczności, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt. 2 4 PZP

- dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Uzasadniając swoje odwołanie, odwołujący stwierdził, że zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny, badania i wyboru oferty najkorzystniejszej. Przedstawił chronologię czynności podejmowanych przez zamawiającego. W ocenie odwołującego oferta wybrana jako najkorzystniejsza, powinna zostać odrzucona, bowiem oferent zaproponował rażąco niską cenę wykonania prac objętych zamówieniem, jak też dlatego, że oferta wybrana zawierała niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej; SIWZ). Uzasadnił odwołujący dlaczego w jego ocenie, cena była rażąco niska oraz na czym polegała niezgodność treści oferty wybranej z treścią SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza (dalej; KIO) postanowieniem z dnia 18 października 2016 r. odrzuciła wniesione odwołanie (pkt 1 postanowienia) kosztami postępowania obciążyła odwołującego (pkt 2 postanowienia) oraz zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczoną kwotę 10.000 zł uiszczoną przez odwołującego (pkt 2.1 postanowienia).

Uzasadniając swoje rozstrzygnięcie KIO w części historycznej uzasadnienia przedstawiła zarzuty odwołującego i jego wnioski. Do postępowania po stronie odwołującego przystąpiła spółka - [REDAKTOWANE] a po stronie zamawiającego przystąpiła spółka - [REDAKTOWANE]

W swoich rozważaniach prawnych KIO w szczególności wskazała na fakt konieczności stosowania do rozpoznania odwołania regulacji ustawy Pzp z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. (Dz.U z 2016 r. poz. 1020) która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r. Stwierdziła Izba, że wartość zamówienia jest niższa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła również, że stosownie do treści art. 189 ust 3 ustawy Pzp z urzędu dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że wniesione odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, bowiem dotyczy czynności innych niż określone w art. 180 ust. 2 tej ustawy. Wskazała przy tym na treść art. 180 ust 2 podkreślając, że wyłącznie od wskazanych tym przepisem czynności możliwe jest wniesienie odwołania. Podkreśliła Izba, że ustawodawca rozszerzył katalog sytuacji od których można wnieść odwołanie, jednak zdaniem Izby wniesione przez [REDAKTOWANE] odwołanie „dotyczy zachowań zamawiającego, wobec których ustawodawca również po nowelizacji – nie przewidział możliwości zaskarżenia”

Izba stwierdziła, że istotą wniesionego odwołania jest zaniechanie odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą, z przyczyn podanych w odwołaniu, natomiast pozostałe zarzuty mają charakter pochodny. W ocenie Izby zarzut dotyczący wyboru oferty najkorzystniejszej „nie został oparty na okolicznościach dotyczących przyznanej ofercie oceny w wyznaczonych kryteriach” ale wywiedziony – jako konsekwencja zaniechania odrzucenia skarżonej oferty. Dlatego też w ocenie Izby, „o legitymacji do wniesienia odwołania decyduje ocena dopuszczalności podniesienia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy”, to bowiem zaniechanie jest istotą sporu i to w nim odwołujący upatruje naruszenia przez zamawiającego przepisów, które wskazał w odwołaniu.

W ocenie Izby pod pojęciem określonym w znowelizowanym art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp tj. pojęciem „czynności wyboru najkorzystniejszej oferty” kryje się jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Pod to pojęcie nie podpada np. zaniechanie czynności odrzucenia oferty innego wykonawcy jak też zaniechanie wykluczenia innego wykonawcy z postępowania.

Izba w swoim uzasadnieniu przedstawiła argumenty, które w jej ocenie przemawiają za taką wykładnią wskazanej normy art. 180 ust 2 pkt 6. Przede wszystkim Izba wskazała na wykładnię językową wskazanej normy. Zakwestionowanie wyboru miałoby zatem polegać na tym, że wybrano jako najkorzystniejszą tę ofertę, która jednak nie jest najkorzystniejsza w świetle określonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, wskazała przy tym Izba na regulację art. 91 ust 1 ustawy Pzp. Zwróciła uwagę na fakt zwiększenia w znowelizowanej regulacji czynnika pozacenowego w ocenie ofert, a to prowadzi w ocenie Izby do obarczenia większym ryzykiem prawidłowość w wyborze oferty najkorzystniejszej. Zwróciła uwagę Izba na fakt samej redakcji art. 180 ust 2 ustawy Pzp i pozostawienia pkt 3 i 4 w tej regulacji. W ocenie Izby nie można racjonalnie interpretować wskazanej normy w taki sposób, że poprzez pkt 6 dochodzi do powtórnej oceny wszystkich czynności i zaniechań poprzedzających wybór najkorzystniejszej oferty. W ocenie Izby racjonalny ustawodawca nie określałby katalogu czynności podlegających zaskarżeniu przez strony, a wskazałby jedynie kiedy odwołanie nie przysługuje. Podkreśliła Izba, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego cechuje się fazowością, a oferty są weryfikowane pod względem podmiotowym i przedmiotowym. Wybór oferty odbywa się według wyznaczonych kryteriów. Samo użycie terminu „wybór najkorzystniejszej oferty” ma znaczenie normatywne. W ocenie Izby bezpodstawne jest założenie, że czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, kumuluje w sobie zarówno weryfikację podstaw do wykluczenia, jak i weryfikację podstaw do odrzucenia oferty i wywodzenia z tego szerokiej legitymacji wykonawcy do skarżenia. Jak zaznaczono już wcześniej, w ocenie

Izby odwołanie przysługuje jedynie od czynności niezgodnej z przepisami. Izba wskazała szeroko również na regulację prawa wspólnotowego, a odnoszące się do procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych. Wskazała również na ugruntowane stanowisko orzecznicze związane ze stosowaniem art. 180 ust 2 po zmianach Pzp w roku 2009 i wyeliminowaniem instytucji protestu i kontynuację tej linii orzecznictwa po zmianach w Pzp w roku 2016. Podkreśliła Izba na wyjątkowość regulacji art. 180 ust 2, a więc brak podstaw do rozszerzającej wykładni. Wykładnia rozszerzająca prowadziłyby do zatarcia różnic w postępowaniu podprogowym i z przekroczeniem progu. Dodatkowo Izba zwróciła uwagę na konsekwencje zmiany art. 92 ust 1 ustawy Pzp. Izba zwróciła też uwagę na praktyczne konsekwencje szerokiej wykładni art. 180 ust 2 jak i na to, że taka wykładnia nie może być pogodzona z testem racjonalnego ustawodawcy. Izba stwierdziła, że dokonywana 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 zasadami wykładni prawa, ale wręcz stoją w opozycji do wyników tej wykładni i wyartykułowanych przez autora projektu celów.

Na powyższe postanowienie skargę wniósł Prezes Urzędu Zamówień Publicznych.

W swojej skardze zarzucił orzeczeniu;

- naruszenie 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 inna była zostać odrzucona odwołanie nie przysługuje, podczas gdy prawidłowa wykładnia w/w przepisów prowadzi do wniosku, iż zaskarżeniu odwołaniem w tych postępowaniach podlegają wszystkie zachowania zamawiającego w ramach badania 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

- 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 zart.180 ust. 2 ustawy Pzp.

Prezes uzasadnił fakt spełnienia wymogów formalnych do wniesienia skargi. Przedstawił również w swoim uzasadnieniu szczegółowo stan faktyczny, a w szczególności zarzuty merytoryczne wskazane w odwołaniu. Odwołujący zarzucił, że dokonano wybory jednej z ofert jako najkorzystniejszej, mimo zaferowania ceny rażąco zaniżonej jak też sprzeczności w treścią oferty z warunkami SIWZ oraz wnioski odwołującego. Przedstawił stanowisko Izby zawarte w uzasadnieniu postanowienia o odrzuceniu.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uzasadniając zarzuty swojej skargi wskazał w szczególności na następujące argumenty;

- niezasadne jest stanowisko Izby, zgodnie z którym w świetle art. 180 ust 2 pkt 6 Pzp nie przysługuje ochrona prawna wykonawcy kwestionującemu wybór najkorzystniejszej oferty wobec zaniechania odrzucenia tej oferty lub wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy, który ją złożył
- ustawodawca w ustawie nowelizującej celowo rozszerzył katalog możliwości wniesienia odwołania w postępowaniach tzw. podprogowych i dodał dwie przesłanki, tj. opis przedmiotu zamówienia oraz wybór oferty najkorzystniejszej
- postępowania podprogowe stanowią przeważającą część ogółu krajowych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, a zarazem stanowią nieznaczny odsetek, w których wnoszone jest odwołanie, taki stan rzeczy wymagał interwencji ustawodawcy
- zawężająca wykładnia znowelizowanej treści art. 180 ust 2 pkt 6 dokonana przez Izbę jest niezgodna z treścią ustawy Pzp, a w szczególności z nie znajduje uzasadnienia w instytucji badania i oceny ofert i jest nieuzasadniona
- dynamika procesu udzielenia zamówienia publicznego, jego sekwencyjność wskazuje, że faza badania oferty jest immanentnie związana z fazą wyboru oferty najkorzystniejszej, a zgodnie z postanowieniami ustawy Pzp, nie można zawrzeć umowy z podmiotem, którego nie spełnia wymogów podmiotowych i przedmiotowych przewidzianych dla danego zamówienia
- stanowisko Izby, sprowadzające się do całkowitego oddzielenia fazy badania oferty od czynności wyboru oferty, abstrahuje od zasady legalizmu przewidzianego w art.7 ust 3 ustawy Pzp

- stanowisko Izby pozbawia wykonawców możliwości weryfikacji fazy badania i wyboru oferty przez wyspecjalizowany organ, a które ostatecznie doprowadziły do wyboru niezgodnego z przepisami ustawy Pzp
- stanowisko Izby jest nieuzasadnione w kontekście zasady celowego i racjonalnego wydatkowania środków publicznych (wybór oferty zawierającej rażąco niską cenę stanowi zagrożenie dla prawidłowej realizacji zadania, stanowi narzędzie wyparcia innych wykonawców z postępowania, stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, stanowi zagrożenie dla zamawiającego
- regulacje ustawy Pzp niezmiennie mają służyć wyłonieniu wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę, a stanowisko Izby podważa tę zasadę
- aktualna treść art. 180 ust 2 pkt 1 – 6 nie przemawia za zasadnością stanowiska Izby, bowiem należy odróżnić czynności przewidziane w pkt 3 i 4 ust. 2 art. 180 od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, te różnice determinują również zachowania zamawiającego
- regulacje ustawy Pzp nakazują wybór oferty „ważnej” i zlokalizowane są w 4 rozdziale ustawy zatytułowanym „Wybór najkorzystniejszej oferty”, ustawa nakazuje odrzucenie oferty niespełniającej warunków SIWZ, zatem pojęcie wyboru oferty najkorzystniejszej użyte w art. 180 ust. 2 pkt 6 nie może być zawężone w sposób przyjęty przez Izbę
- interpretacja treści art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp przyjęta przez Izbę, jest wybiórcza i sprzeczna z efektem wykładni systemowej ustawy
- regulacja art. 180 ust 2 ustawy Pzp dotyczy faktycznych czynności zamawiającego, a te czynności (zachowania zamawiającego) należy oceniać przez pryzmat zachowania przepisów ustawy Pzp i ewentualnego niedochowania tych regulacji (dotyczy to zarówno opisu przedmiotu zamówienia jak i wyboru oferty najkorzystniejszej)
- wykładnia wskazanej regulacji przyjęta przez Izbę pozbawia znaczenia normy o charakterze bezwzględnie obowiązującym tj. art.89 ust 1 i art. 7 ust. 3 ustawy Pzp
- za stanowiskiem Izby nie przemawia znowelizowana treść art. 92 ust 1 ustawy Pzp jak też regulacje rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzieleniu zamówienia publicznego
- przepis art. 180 ust 2 pkt 6 ustawy Pzp znajduje zastosowania w okolicznościach wyboru przez zamawiającego oferty, która została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu lub która powinna być uprzednio przez zamawiającego odrzucona, nie służy natomiast

kwestionowaniu przez odwołujących ofert nie wybranych przez zamawiającego

- za stanowiskiem Izby nie przemawia wskazane w uzasadnieniu postanowienia stanowisko Ministra Rozwoju

- nie jest również trafnym argumentem wskazanym przez Izbę to, że konsekwentnie przyjęła określoną linię orzecznictwa, bowiem poza jednym, wszystkie inne orzeczenia Izby, w których przyjęto wykładnię art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, jak prezentowana w niniejszym postępowaniu, zostały zaskarżone przez Prezesa Urzędu w trybie art. 198 lit. b ust. 4 ustawy Pzp.

Nadto Prezes Urzędu w uzasadnieniu swojej skargi podkreślił, że przecież wykonawca w niniejszym postępowaniu zaskarżył; wybór najkorzystniejszej oferty, co nastąpiło mimo niewykazania przez innego wykonawcę, którego ofertę wybrano, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej oraz mimo jej nieodrzućenia z uwagi na niespełnienie wymogów SIWZ. W ocenie skarżącego z samej treści odwołania wynika, że zarzut podania ceny rażąco niskiej jak też zarzut istnienia innych przesłanek do odrzućenia oferty, to jest merytoryczne uzasadnienie odwołania.

Wskazał również skarżący na doniosłość praktyczną możliwości wnoszenia odwołań w postępowaniach o wartości poniżej progów unijnych, bowiem stanowią te postępowania ok 85 % ogółu wszczynanych postępowań o udzielenie zamówienia.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podkreślił również, że celem postępowania odwoławczego jest rozpoznanie sprawy co do istoty, natomiast przesłanki prowadzące do odrzućenia odwołania, należy interpretować w sposób ścisły. Podkreślił, że niezasadne odrzućenie odwołania godzi także m.in. w cel jakim jest implementacja odpowiednich regulacji prawa wspólnotowego w zakresie poprawy skuteczności krajowych procedur odwoławczych. Uzasadnione zostało również stanowisko w zakresie proponowanego rozstrzygnięcia o kosztach postpowania skargowego.

**Po rozpoznaniu skargi Sąd Okręgowy zważył co następuje;**

**Skarga jest uzasadniona w zakresie obu zarzutów i musi prowadzić do zmiany zaskarżonego rozstrzygnięcia.**

Zasadniczym zagadnieniem w niniejszej sprawie jest ocena prawidłowości wykładni art. 180 ust. 2 pkt. 6 ustawy Pzp, przyjętej przez Izbę, a której konsekwencją było wydanie zaskarżonego orzeczenia, tj.



postanowienia o odrzuceniu odwołania. Pogląd Izby sprowadza się do stwierdzenia, że pod pojęciem „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” należy rozumieć jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Pojęcie to nie kryje natomiast w sobie zaniechania czynności odrzucenia oferty innego wykonawcy jak też czynności wykluczenia innego wykonawcy z postępowania.

W ocenie Sądu Okręgowego ze stanowiskiem Izby nie można się zgodzić, w ślad za tym należy przyznać rację argumentacji przedstawionej w skardze wniesionej przez Prezesa Urzędu. Przedstawione przez Izbę, w pisemnym uzasadnieniu zaskarżonego postanowienia, argumenty nie są trafne i zawierają sprzeczności, które należy rozważyć i ocenić, w szczególności na następujących płaszczyznach;

- wykładni treści art. 180 ust.2 pkt 6 ustawy Pzp dokonanej przez Izbę
- intencji ustawodawcy dokonującego nowelizacji ustawy Pzp w dniu 22 czerwca 2016r.
- oceny treści odwołania jako specyficznego środka ochrony prawnej w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego
- oceny treści przepisów ustawy Pzp dopuszczających możliwość odrzucenia odwołania.

W ocenie Sądu Okręgowego zawężająca wykładnia stosowania art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp przyjęta przez Izbę jest nieuprawniona.

Na wstępie, jedynie ogólnie należy zaznaczyć, że celem wykładni jest ustalenie znaczenia określonego przepisu prawnego lub jego fragmentu. Ustalenie znaczenia polega na określeniu do jakich sytuacji, podmiotów, czy obiektów dana norma lub jej fragment się odnosi (por. Lech Morawski; Zasady wykładni prawa, Toruń 2006 r., s. 15 oraz cytowana tam literatura i orzecznictwo). Na użytek niniejszego uzasadnienia nie ma potrzeby szerszego sięgania do dorobku nauki prawa i judykatury w przedmiocie wykładni, dość powiedzieć, że wypracowane zostały mechanizmy akceptowane powszechnie w teorii i praktyce. Dokonano swoistego skatalogowania rodzajów wykładni, dyrektyw wykładni, zakresu wykładni, domniemań interpretacyjnych, reguł kolizyjnych oraz wskazano na skutki wadliwej wykładni (por. L. Morawski; j.w.).

Analiza uzasadnienia zaskarżonego postanowienia prowadzi do wniosku, że w ocenie Izby zachodziła konieczność dokonania wykładni wskazanej wyżej normy, bowiem konsekwencje wprowadzenia przez

ustawodawcę dodatkowej podstawy umożliwiającej wniesienie odwołania, w ocenie Izby, mogą prowadzić do podważenia, czy też daleko idącej modyfikacji dotychczasowych mechanizmów służących kontroli przebiegu postępowań o udzielenie tzw. podprogowego zamówienia publicznego. W treści uzasadnienia postanowienia jest mowa o konieczności wykładni językowej, czy też konieczności odczytania przepisu w literalnym brzmieniu (str. 7 uzasadnienia). Abstrahując od bliższej analizy trafności (lub nie) dyrektyw wykładni językowej, którymi posłużyła się Izba, należy stwierdzić, że zgodnie z poglądami nauki prawa, znaczenie literalne normy prawa lub jej fragmentu to jej znaczenie potoczne, a jeśli odstąpiono od tego znaczenia nadając normie swoiste znaczenie prawne, prawnicze lub specjalne, to znaczeniem literalnym jest właśnie to znaczenie. Natomiast w ramach zakresu wykładni, wykładnia literalna (stanowiąca zasadę) będącą konsekwencją zasady państwa prawnego oznacza, że sądy oraz inne organy państwowe powinny stosować prawo w takim kształcie, jakie nadał mu ustawodawca i bez uzasadnionej potrzeby nie powinny reguł tego prawa ani rozszerzać ani zwężać (por. L. Morawski; j.w. s.174). Innymi słowy, skoro ustawodawca dopuścił możliwość wniesienia odwołania od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a zarazem nie wprowadził jakiejkolwiek regulacji zawężającej to pojęcie, to Izba nie jest uprawniona do dokonania swoistej wykładni prawotwórczej, a tak w istocie uczyniła. Nadto należy dodać, że w istocie Izba nie zawężyła samego pojęcia użytego w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy, Izba w sposób arbitralny i nieuzasadniony zawężyła stosowanie tej normy, zawężając same podstawy do wniesienia odwołania zgodnie z tym przepisem, co wyraźnie wynika z treści prezentowanego wyżej stanowiska Izby.

Powyższa konstatacja wymaga jeszcze krótkiej oceny motywów podanych przez Izbę w jej uzasadnieniu zaskarżonego postanowienia, a odnoszących się do przyjętej przez Izbę koncepcji wykładni językowej, z którymi, jak podano wcześniej nie można się zgodzić.

Faktem jest, że ustawa Pzp, w art. 2 pkt 5 zawiera definicję legalną pojęcia „najkorzystniejsza oferta” natomiast w art. 91 ust 1 ustawy podaje zasadę według jakiej dokonuje się wyboru najkorzystniejszej oferty. Z kolei, aby nastąpiła czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, muszą być spełnione przesłanki jakie ustawa wymaga, a w szczególności wynikające z regulacji całości rozdziału 4 i oczywiście przy uwzględnieniu zasady legalizmu wynikającej z treści art. 7 ust 3 ustawy. Nie można przecież podzielić stanowiska, że wcześniejsze, potencjalne naruszenie przepisów ustawy, poprzedzające dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jest obojętne w świetle art. 7 ust 3, jak i całości regulacji. Należy w pełni

podzielić stanowisko skarżącego, że art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp dotyczy czynności zwińczającej całe postępowanie o udzielenie zamówienia. Pojęcie „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” użyte we wskazanej normie, nie jest tożsame z pojęciem „najkorzystniejszej oferty” w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy, ani tożsame z zasadami wyboru najkorzystniejszej oferty o których mowa w ustawie. Sformułowanie użyte w normie art. 180 ust. 2 pkt 6 oznacza zgodnie z literalnym brzmieniem końcową czynność procedury zmierzającej do udzielenia zamówienia publicznego i od tej czynności uczestnikowi postępowania służy odwołanie. Akceptacja stanowiska Izby musiałaby prowadzić do takiej sytuacji, w której wybór najkorzystniejszej oferty, zgodny z warunkami zawartymi w SIWZ, a naruszający zarazem inne zasady ustawy, musiałby się ostać, ewentualne naruszenia prawa na wcześniejszym etapie wymykałyby się wszelkiej kontroli. Ta sprzeczność w rozumowaniu Izby jest w ocenie Sądu Okręgowego nie do zaakceptowania. Reasumując, należy w pełni podzielić stanowisko skarżącego i podaną w skardze argumentację, że wykładnia zwięzająca przyjęta przez Izbę nie może być uznana za prawidłową. Na użytek niniejszego uzasadnienia nie ma potrzeby powtarzania argumentów przedstawionych w skardze.

Izba w swoim uzasadnieniu dostrzega, że intencją ustawodawcy było rozszerzenie możliwości wnoszenia odwołania w postępowaniu o udzielenie tzw. podprogowego zamówienia. Zarazem stanowisko Izby w istocie uniemożliwia wykonawcy skorzystanie z tego prawa, czyni je iluzorycznym. Z jednej bowiem strony, odwołujący może kwestionować czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, z drugiej jednak strony nie może (w ocenie Izby) użyć uzasadnionych i adekwatnych argumentów podważających dokonany przez zamawiającego wybór. Jedyne tytułem przykładu należy wskazać, że w niniejszym postępowaniu zawarte w SIWZ kryteria oceny oferty to;

- cena brutto – 60 %
- okres gwarancji – 30 %
- termin realizacji zamówienia -10 %.

Zdaniem Izby, jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ stanowi podstawę do odwołania w rozumieniu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy (str. 7 uzasadnienia). Powstaje zatem pytanie, w jakim zakresie odwołujący wykonawca może podważać prawidłowość zastosowania jednego z kryteriów oceny oferty (tj. w tym przypadku kryterium ceny brutto przedmiotu zamówienia) jeżeli nie może kwestionować wcześniejszej wadliwości

w działaniu zamawiającego polegającej np. na zaakceptowaniu ceny rażąco niskiej oferowanej przez wykonawcę który otrzymał zamówienie. Raczej nie jest uzasadniony pogląd, że w tym przypadku jedynie błąd rachunkowy powstały w wyliczeniu ogólnej liczby przyznanych punktów wg. wzoru podanego w SIWZ może stanowić podstawę do skutecznego wniesienia odwołania. W ocenie Sądu Okręgowego stanowisko prezentowane przez Izbę jest wewnętrznie sprzeczne, bowiem dopuszczając możliwość wniesienia odwołania od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, zarazem pozbawia odwołującego możliwości przedstawienia argumentacji adekwatnej do przedmiotu odwołania. W tym kontekście należy w pełni podzielić stanowisko skarżącego, że postrzeganie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, jako zakończenia postępowania o udzielenia zamówienia, może być poddane kontroli co do prawidłowości przez wyspecjalizowany organ (Urząd) w zakresie szerokim, z uwzględnieniem oceny prawidłowości działań, które doprowadziły do takiego wyboru. To, że w konsekwencji takiej regulacji może w istocie dojść do swoistego zatarcia różnic w środkach ochrony prawnej przewidzianych dla postępowań podprogowych i pozostałych, nie może w żadnej mierze przemawiać za trafnością argumentacji Izby. Taki efekt powyższej regulacji przemawia właśnie za tym, że intencją ustawodawcy było rozszerzenie zakresu kontroli postępowań podprogowych.

Jak podano wcześniej, w ocenie Sądu Okręgowego, Izba dokonała wadliwej wykładni normy art. 180 ust. 2 pkt 6 na płaszczyźnie wykładni językowej, jak też w istocie wadliwie zinterpretowała intencję ustawodawcy. Uzasadniając swoje stanowisko, Izba wskazała nadto na test racjonalnego ustawodawcy, jak również sięgnęła w istocie po instrumenty wykładni autentycznej (odwołanie do uzasadnienia projektu ustawy, stanowiska ministerstwa) jak też wykładni systemowej, czy też funkcjonalnej jak i historycznej. Nie wydaje się koniecznym szersze odniesienie do tej argumentacji Izby, natomiast warto w tym kontekście wskazać na stanowisko prezentowane w uzasadnieniu uchwały Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 2008 r (sygn. III CZP 102/08). W uzasadnieniu wskazanej uchwały Sąd Najwyższy stwierdził, że gwarancją prawidłowego stosowania prawa jest tłumaczenie przepisów przede wszystkim w kontekście językowo – logicznym, następnie na tle ich kontekstu systemowego, a dopiero w dalszej kolejności – gdy te metody wykładni nie dają zadowalających wyników, tj nie prowadzą do wyraźnego odczytania sensu danej normy prawnej – wchodzi w rachubę zastosowanie normy celowościowej. Wykładnia językowo – logiczna art. 180 ust. 2 pkt. 6 ustawy prowadzi do wniosku, że odwołanie służy od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. W normalnym rozumieniu tego wyrażenia użytego przez ustawodawcę, chodzi o chwilę zwieńczenia postępowania o udzielenie zamówienia. To, jakich argumentów użyje odwołujący, chcąc podważyć tę decyzję zamawiającego, ustawodawca

pozostawił samemu odwołującemu. Wracając do zagadnienia domniemanej intencji ustawodawcy (czy też do testu racjonalnego ustawodawcy) na co wskazuje Izba w swoim uzasadnieniu, to należy w tym miejscu ponownie sięgnąć do stanowiska Sądu Najwyższego, prezentowanego w uzasadnieniu wskazanej wyżej uchwały. Sąd ten stwierdził m.in, że tekst projektowanej ustawy ulega zmianom w toku procesu legislacyjnego i dlatego nie może mieć decydującego znaczenia dla wykładni uchwalonego przepisu, zwłaszcza gdy jego treść odbiega od projektu. Wyniku wykładni nie może przesądzać to, jak ustawodawca zamierzał unormować daną kwestię, gdyż miarodajne jest jak tego dokonał.

Podkreślenia wymaga, że w niniejszym postępowaniu, odwołujący się wykonawca w swoim odwołaniu wprost wskazał na treść art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Zgodnie z wymogami przewidzianymi w art. 180 ust. 3 wskazał czynności i zaniechania zamawiającego, którym zarzucił niezgodność z przepisami prawa. Zwięźle przedstawił zarzuty oraz określił żądanie wskazując okoliczności faktyczne i prawne. Dokonując formalnej oceny odwołania Izba stwierdziła, iż „zarzut dotyczący wyboru oferty najkorzystniejszej nie został oparty na okolicznościach dotyczących przyznanej ofercie oceny w wyznaczonych kryteriach, ale wywiedziony – jako konsekwencja zaniechania odrzucenia skarżonej oferty”. W tych okolicznościach, w ocenie Izby o legitymacji do wniesienia odwołania decyduje ocena dopuszczalności podniesienia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy, to bowiem zaniechanie jest istotą sporu i to w nim odwołujący upatruje naruszenia przez zamawiającego przepisów, które wskazał w odwołaniu. Takie stanowisko Izby nie znajduje w żadnej mierze uzasadnienia z przyczyn podanych już wcześniej. W swoim uzasadnieniu Izba stwierdziła, że nie pełni roli prawotwórczej, a w wydanych orzeczeniach nie może ingerować w treść przepisów w sposób wpływający diametralnie na ich inne rozumienie i stosowanie, niż wynika to z ich brzmienia. Tymczasem Izba w sposób arbitralny przesądziła, że wybrany przez odwołującego sposób zakwestionowania decyzji zamawiającego, jest niedopuszczalny. Sąd Okręgowy w żadnej mierze nie może podzielić tego stanowiska. Ocena zasadności, czy nawet dopuszczalności podniesionych w odwołaniu zarzutów wobec czynności zamawiającego, to sfera merytoryczna i nie może zostać przesądzona formalnym rozstrzygnięciem. Trafnie skarżący w skardze podkreślił, że odwołujący zaskarżył wybór najkorzystniejszej oferty i w sposób w pełni zgodny z prawem to uzasadnił.

Konsekwentnie zatem nie można podzielić stanowiska Izby, że podjęta kontrola formalna wniesionego odwołania stwarzała podstawę do jego odrzucenia. Odwołanie zostało wniesione przez podmiot uprawniony, w terminie określonym w ustawie, dotyczyło czynności przewidzianej w

art. 180 ust 2 ustawy, a w sprawie miały zastosowania jej przepisy. Nadto treść odwołania spełniała wymogi w art. 180 ust 3 ustawy.

Należy nadto zaznaczyć, że podobne stanowisko zostało zawarte w wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie, w sprawie prowadzonej pod sygnaturą II Ca 1461/16.

Stosownie do zasady wynikającej z treści art. 198 lit. f pkt 2 ustawy, uwzględnienie skargi powoduje konieczność wydania wyroku co do istoty sprawy (stosując odpowiednio przepisy art. 192 – 195 ustawy).

Biorąc pod uwagę treść zarzutów zgłoszonych w odwołaniu, ich uzasadnienie, odwołanie opiera się na dwóch zasadniczych zarzutach. Odwołujący zarzucił mianowicie zamawiającemu, że zaniechał odrzucenia oferty innego wykonawcy, zawierającej w swej treści cenę rażąco niską, jak też zaniechał odrzucenia oferty mimo niezgodności jej treści z SIWZ.

Obie podstawy podane w odwołaniu nie mogą prowadzić do jego uwzględnienia.

Niewątpliwie, w toku postępowania o udzielenia zamówienia zaistniały przesłanki do zastosowania przez zamawiającego art. 90 ustawy Pzp. Zamawiający w wyniku informacji podanej przez odwołującego unieważnił wcześniejszą czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1 a pkt ustawy Pzp. Po udzieleniu wyjaśnień przez wykonawcę, dokonał ponownego wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Podkreślenia wymaga, że odwołujący naruszenia zasady zabraniającej składania ofert zawierającej cenę rażąco niską, upatruje praktycznie w jednym elemencie tej oferty, tj. stawce jednej roboczogodziny podanej przez wykonawcę wygrywającego. W ocenie odwołującego wyjaśnienia złożone przez wykonawcę, którego oferta została ostatecznie wybrana były lakoniczne, ogólnikowe i powinny stanowić podstawę do odrzucenia oferty. Z takim stanowiskiem odwołującego nie można się zgodzić. Podkreślenia wymaga, że po uruchomieniu swoistej procedury wynikającej z treści art. 90 ustawy, to ostatecznie zamawiający ocenia, czy wyjaśnienia były przekonujące. Wbrew stanowisku odwołującego wykonawca, którego oferta została ostatecznie wybrana, szeroko i wieloaspektowo wyjaśniał zaproponowaną cenę, jak też poszczególne elementy składowe. Zasadnie wykonawca ten wskazuje na posiadane doświadczenie w tego typu pracach, na posiadany odpowiedni park maszynowy, wykwalifikowaną kadrę oraz co istotne, odległość terenów robót od położenia jego przedsiębiorstwa. Nadto wykonawca wskazał na fakt

możliwości zaopatrzenia w potrzebne elementy na korzystnych warunkach. W ramach wyjaśnień przedłożył dodatkowe dokumenty. Stosownie do treści art. 90 ust. 1 a pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zwiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie Sądu Okręgowego zamawiający, po uzyskaniu w istocie dwóch wyjaśnień oraz przedłożeniu dodatkowych dokumentów przez wykonawcę, miał podstawy do przyjęcia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Również zarzut niezgodności treści oferty wykonawcy, którego oferta została wybrana z warunkami podanymi w SIWZ nie jest zasadny. Zarzut ten sformułowany jest ogólnikowo i w istocie odnosi się nie do samej treści oferty, a do treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w dniu 3 października 2016 r. Niewątpliwie w związku ze składanym wyjaśnieniem wykonawca do tego pisma dołączył ofertę cenową, w treści której jednym z wymienionych materiałów jest rura PE/PE 100 RC SDR 11. Z tego jednak w żadnej mierze nie wynika, że ten wykonawca sporządził swoją ofertę o treści niezgodnej z SIWZ. W treści oferty tego wykonawcy w ogóle taki typ rury nie jest wskazany (jest natomiast typ PE 100 SDR 17). Odwołujący nie wykazał zatem tej niezgodności. Zarzut niezgodności treści oferty w zakresie wyceny trójników żeliwnych nie został poparty żadnym argumentem. Wydaje się, że odwołującemu chodziło o elementy uzbrojenia wodociągowego – kształtki na węzłach połączeniowych. W treści oferty złożonej przez wykonawcę [REDAKTED] w sposób wyraźny wynika, że wszystkie elementy są żeliwne. Z kolei z treści pisma tego wykonawcy z dnia 14 października 2016 r. (zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego) wynika, że wskazane w odwołaniu trójniki 125/90 z PE, wskazane jedynie były w ofercie sprzedawcy z którym wykonawca współpracuje. Nie wykazał zatem odwołujący żadnej niezgodności w tym zakresie z warunkami SIWZ.

Reasumując, odwołanie jako nieuzasadnione podlegało oddaleniu. Dlatego też stosownie do zasady wynikającej z treści art.198 lit. f ust. 2 ustawy orzeczono jak w pkt I wyroku.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono zgodnie z zasadą wynikającą z treści art. 102 kpc (pkt II wyroku).

SSO Beata Kozłowska

SSO Janusz Beim

SSO Michał Niedzwiedz



Na oryginale właściwe podpisy  
Zgodność z oryginałem stwierdza

Sekretarz sądowy  
**Rafał Czopek**