

Sygnatura akt IX Ga 502/16

WYROK

W IMIENIU RZECZPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 grudnia 2016 r.

Sąd Okręgowy w Lublinie IX Wydział Gospodarczy

w składzie :

Przewodniczący – Sędzia SO Jacek Widło (sprawozdawca)

Sędzia SO Beata Błotnik

Sędzia SO Wojciech Leon Turzański

Protokolant Elżbieta Zentar

po rozpoznaniu w dniu 16 grudnia 2016 r. w Lublinie

na rozprawie

sprawy z odwołania Przedsiębiorstwa (...) Spółki Akcyjnej w M.;

z udziałem zamawiającego Gminy S.

- na skutek skargi wniesionej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 września 2016 r. (sygn. akt KIO 1674/16) w przedmiocie odrzucenia odwołania

I. zmienia zaskarżone postanowienie w całości w ten sposób, że;

a) w punkcie pierwszym uwzględnia odwołanie i stwierdza naruszenie przepisów ustawy;

b) w punkcie drugim kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Gminę S. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł (siedem tysięcy pięćset złotych); oraz zasądza od Gminy S. na rzecz Przedsiębiorstwa (...) Spółki Akcyjnej w M. kwotę 7 500 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania;

II. nie obciąża stron kosztami postępowania skargowego.

Beata Błotnik J. W. Leon Turzański

Sygn. akt IX Ga 502/16

UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 15 września 2016 roku Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 1674/16 w przedmiocie odwołania wniesionego przez wykonawcę Przedsiębiorstwo (...) Spółce Akcyjnej z siedzibą w M. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę S. w punkcie pierwszym odrzucił odwołanie; w punkcie drugim kosztami odwołania obciążył wykonawcę Przedsiębiorstwo (...) Spółce Akcyjnej z siedzibą w M., zaliczając w poczet tych kosztów kwotę 7500 zł uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

W uzasadnieniu postanowienia Krajowa Izba Odwoławcza (zwana dalej w skrócie (...)) stwierdziła, że Zamawiający - Gmina S. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest usługa pn. „Dowóz dzieci i młodzieży szkolnej w roku szkolnym 2016/2017”.

Wartość zamówienia została oszacowana przez zamawiającego na kwotę 211 810,18 zł, co stanowi 50734,19 euro, a więc wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., póź. 2164 ze zm.).

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w części I i unieważnieniu postępowania w części II zostało przesłane wykonawcom oraz zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego dnia 2 września 2016 r.

Odwołujący - Przedsiębiorstwo (...) S.A. z siedzibą w M. jako wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia w Części I wniósł dnia 7 września 2016 r. odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w Części I zamówienia. Zaskarżonej czynności zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie: 1/ art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 i ust. 1b pkt 3 oraz w zw. z art. 22d ust. 1 ustawy pzp przez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy P. R. (1) działającego pod firmą (...) ze względu na brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej w postaci wymaganego doświadczenia w zakresie realizacji co najmniej dwóch usług, wykonywanych w sposób ciągły przez okres co najmniej 10 miesięcy każda, o wartości min. 60 000 zł brutto każda, polegających na przewozie dzieci pełnosprawnych do szkół (placówek oświatowych) i w konsekwencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania; 2/ art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców tj. przez zaniechanie odrzucenia oferty ww wykonawcy, podlegającej odrzuceniu zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 tj w sytuacji gdy wykonawca ten powinien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 i ust. 1b pkt 3 oraz w zw. z art. 22d ust. 1 ustawy pzp, a w konsekwencji potraktowanie oferty w sposób preferencyjny w stosunku do ofert złożonych przez innych wykonawców (tj. odwołującego).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny złożonych ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia wykonawcy R. /.../ z udziału w postępowaniu i odrzucenia oferty tego wykonawcy jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania oraz wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał na treść przepisu art. 22 ust. 1 i 1b pkt 3 ustawy pzp dotyczącego warunków udziału w postępowaniu jako mogących dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej oraz art. 22d ust. 1 zgodnie z którym zamawiający oceniając zdolność techniczną lub zawodową może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych do realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Odwołujący stwierdził, że wykonawca, którego oferta została w Części I wybrana jako najkorzystniejsza nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w treści pkt 2.1.1 w Rozdziale VIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisanego wyżej w pkt 1 zarzutów odwołania.

Wykonawca ten wskazał w wykazie usług (według załącznika nr 5 do siwz) dwie następujące usługi:

a/ „Dowóz uczniów do szkół z terenu Gminy L.” w okresie 1.09.2015 r. do 24.06.2016 r. n kwotę 166 212,47 zł świadczoną rzekomo przez (...) na rzecz Gminy L., oraz b/ „Dowóz uczniów do szkół w Z., Szkoła Podstawowa S. ZS S. w okresie 1.09.2015 r. do 24.06.2016 r. na kwotę 133 219,93 zł, świadczoną rzekomo przez R. na rzecz Gminy S..

Na wezwanie zamawiającego wykonawca dołączył także referencje wskazanych wyżej zamawiających. Przedmiotowe referencje, jak stwierdził odwołujący, nie potwierdzają rzeczywistego stanu rzeczy, gdyż wymienione wyżej Gminy nie były uprawnione do wystawienia takich referencji, bowiem w okresie wskazanym w ich treści oraz treści wykazu, nie były stronami jakichkolwiek umów z wykonawcą R., których przedmiotem miałyby być świadczenie przez wykonawcę

na rzecz (...) usług „polegających na przewozie dzieci pełnosprawnych do szkół (placówek oświatowych) w rozumieniu wskazanego postanowienia siwz.

Na potwierdzenie stanowiska odwołujący złożył pisma uzyskane z Gminy L. i S. wskazujące, że gminy te nie miały umowy z wykonawcą R., której przedmiotem byłby dowóz dzieci do szkół. Z treści pism odwołujący wywodzi, że zgodnie z obowiązującymi przepisami Gminy jedynie refundowały rodzicom uczniów koszt biletów, które rodzice nabywali od firmy (...). A zatem, Gminy nie miały wiedzy na temat tego, jak była wykonywana usługa przewozowa, ponieważ nie miały one zawartej umowy z wykonawcą R.. W niniejszej sprawie stronami umów byli wyłącznie rodzice uczniów zawierający umowy przez zakup biletów, nie zaś Gminy, które wystawiły referencje.

Niezależnie od powyższego odwołujący zauważył, że referencje Gminy L. dotyczą także dowozu uczniów do Zespołu Szkół specjalnych im. J. P. w I. tj. dzieci niepełnosprawnych na podstawie umów zawarty pomiędzy R. i Gminą L., natomiast wymogiem siwz było wykazanie się wyłącznie doświadczeniem w zakresie świadczenia usług polegających na przewozie dzieci pełnosprawnych (podkr. Odwołującego) do szkół (placówek oświatowych). Potwierdza to również, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału.

Odwołujący zauważył także, że z treści obu „wadliwych” referencji nie wynikają również kwoty /wartości/ zamówienia/ usług rzekomo świadczonych przez wykonawcę, które zostały ujęte w jednej z rubryk przedłożonego wraz z ofertą wykazu usług. Odwołujący przypomniał, że wykonawca powinien udowodnić w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego spełnianie warunków udziału w tym postępowaniu.

W wyniku rozpatrzenia odwołania na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, że jak ustalono na podstawie akt sprawy, postępowanie dotyczy zamówienia publicznego na usługi, a wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołanie w niniejszej sprawie dotyczy czynności prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z zaniechaniem wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co zdaniem Odwołującego nastąpiło z naruszeniem przepisów ustawy pzp wskazanych w zarzutach i uzasadnieniu odwołania.

Izba z urzędu na podstawie art. 189 ust. 3 ustawy Pzp na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron 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 Pzp.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu ustalonym nowelizacją z 22 czerwca 2016 roku (Dz. U. z 2016 r., póź. 1020) Izba odrzuca odwołanie, jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

W powołanym art. 180 ust. 2 ustawy wskazano wyraźnie, iż w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp, nazywanym także podprogowym, 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

Można zauważyć, że jakkolwiek katalog sytuacji, w których, w postępowaniach podprogowych w wyniku wspomnianej nowelizacji przysługuje odwoływanie, uległ rozszerzeniu, między innymi o czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, to zdaniem składu orzekającego I. w przedmiotowej sprawie odwołanie dotyczy czynności, wobec których ustawodawca nadal wyłączył prawo zaskarżenia decyzji Zamawiającego.

Odwołanie dotyczy zaniechania wykluczenia wykonawcy i konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp tj. złożonej przez wykonawcę z postępowania wykluczonego. Z powodu braku tego typu czynności w katalogu pomieszczonym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp stwierdzić należy, iż wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 189 ust. 2 ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie takiego rozstrzygnięcia.

(...) dalej stwierdziło, że analiza treści obowiązującego przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp i użycia w nim sformułowania „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” prowadzi zdaniem I. 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 SIWZ. Za takim rozumieniem przepisu przemawia wykładnia językowa art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. 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. Nie ma podstaw do domniemywania, że „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” obejmuje również zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania innych wykonawców lub zaniechanie odrzucenia ich ofert. Nie jest to konieczne dla interpretacji przesłanki z pkt 6 analizowanego przepisu, która to przesłanka 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 Pzp.

Ponadto dostrzeżenia wymaga, że przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp 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 świadomie użyte w art. 180 ust. 2 Pzp słowo „wyłącznie”, co oznacza, że przesłanki uprawniające do wniesienia odwołania są wymienione enumeratywnie (taksatywnie). Treść przepisu wskazuje, że w wyniku nowelizacji nie zniesiono różnic przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej w postępowaniach podprogowych i postępowaniach powyżej progów. Zdecydowano jedynie o 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 rozszerzające w myśl zasady *E. non sunt extendendae*.

Można także zauważyć, 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”, natomiast w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp jest mowa o tym, że odwołanie w postępowaniach podprogowych służy wyłącznie wobec czynności, zaś ustawodawca nie wspomina o „zaniechaniach”. Nie ma zatem podstaw, aby domniemywać, że wyłącznie w przypadku przesłanki z pkt 6 obejmuje ona nie tylko czynność, lecz również zaniechanie czynności (w dodatku innych niż czynność wprost wymieniona w przesłance). Przewidziany w przepisie art. 180 ust. 2 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 zaś o zaniechaniach.

W dalszej kolejności zauważyć należy, że z dotychczasowego przepisu art. 92 ust. 1 ustawy Pzp wynikało, że zamawiający miał jednocześnie informować o wyborze oferty najkorzystniejszej, oraz o ofertach odrzuconych i wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania.

Z treści obecnie obowiązującego przepisu art. 92 ust. 1 ustawy Pzp wynika, iż 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 również „zaniechanie czynności odrzucenia” i „zaniechanie czynności wykluczenia” w sytuacji, gdy zamawiający nie dokona jeszcze czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Konkludując, przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym „czynność wyboru oferty najkorzystniejszej” należy rozumieć szeroko - jako zwięźczenie wszystkich czynności z zakresu badania i oceny ofert, które doprowadziły do wyboru oferty najkorzystniejszej, nie daje się obronić w świetle reguły racjonalności ustawodawcy. Przy przyjęciu takiej wykładni poza zakresem zaskarżenia w postępowaniach podprogowych pozostawałoby w istocie jedynie unieważnienie postępowania. Zauważyć jednak należy, że w wyniku nowelizacji o wiele większe znaczenia nabrały 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 w konsekwencji zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 ustawy Pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Można zatem twierdzić, że właśnie dlatego w art. 180 ust. 2 Pzp dodano możliwość zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, której znaczenie wzrosło.

Dodatkowo przypomnieć należy, że w toku uzgodnień międzyresortowych pracy nad nowelizacją, Ministerstwo Środowiska zgłosiło uwagę, że rozszerzenie katalogu okoliczności, wobec których można zastosować środki ochrony prawnej w postępowaniach podprogowych, ograniczy efektywność postępowań. Wskazywano, że jeżeli zaproponowana zmiana jest konieczna, przy tak rozszerzonym katalogu okoliczności umożliwiających skorzystanie ze środków ochrony prawnej, niecelowe jest w ogóle utrzymanie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Autor nowelizacji (Ministerstwo (...)) 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 Pzp.

Zatem, zarzuty przedstawione w rozpoznawanym odwołaniu nie mieszczą się w katalogu z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, gdzie mowa jest o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie zaś zaniechaniu odrzucenia wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą. Dlatego też odwołanie podlega 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 Pzp stwierdzono, iż wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 180 ust. 2, ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w przedstawionych okolicznościach faktycznych i prawnych. Tym samym zasadne stało się odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie i art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, (...) orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Na postanowienie to skargę 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 –Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015, poz 2164 ze zm), zwaną 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 i zaskarżył w całości postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 września 2016 r. (sygn. akt; KIO 1674/16).

Postanowieniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 września 2016 r. zarzucił naruszenie:

1. art. 180 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż pojęcie „wybór najkorzystniejszej oferty” oznacza wyłącznie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert, czego konsekwencją było uznanie, że w postępowaniach o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp od wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę, który winien był zostać wykluczony z udziału w postępowaniu lub którego oferta winna była zostać odrzucona odwołanie nie przysługuje, podczas gdy prawidłowa wykładnia ww. przepisów prowadzi do wniosku, iż zaskarżeniu odwołaniem w tych postępowaniach podlegają wszystkie zachowania zamawiającego w ramach badania i oceny ofert prowadzące do wadliwego, niezgodnego z przepisami ustawy Pzp wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym również zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego zamawiający zobowiązany był wykluczyć, a także zaniechanie odrzucenia oferty, która winna była zostać przez niego odrzucona;

2. art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie w stanie faktycznym niniejszej sprawy i odrzucenie odwołania z powodu błędnego przyjęcia, iż odwołanie wniesione od czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę, który powinien być uprzednio wykluczony z udziału w postępowaniu, a złożona przez niego oferta winna była zostać przez zamawiającego odrzucona, dotyczy innych okoliczności niż określone w katalogu z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe na podstawie art. 198c w zw. z art. 198f ust. 2 zd. 2 oraz art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp wniósł o o zmianę zaskarżonego postanowienia w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez merytoryczne rozpoznanie odwołania wykonawcy Przedsiębiorstwo (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w M..

Jednocześnie, wniósł o: 1) rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 192 ust. 10 w zw. z art. 198f ust. 5 in fine ustawy Pzp; 2) nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego (art. 102 k.p.c.).

W uzasadnieniu skargi skarżący stwierdził, że w myśl postanowienia art. 198b ust. 4 zd. 1 ustawy Pzp w terminie 21 dni od dnia wydania orzeczenia skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej (art. 198a ust. 1 ustawy Pzp) może wnieść także Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (zwany dalej: „Prezesem Urzędu”). Przywołany przepis ustawy Pzp stanowi podstawę prawną legitymacji procesowej Prezesa Urzędu do występowania w niniejszej sprawie w charakterze skarżącego. Jednocześnie 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.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż ustawa Pzp wyposaża Prezesa Urzędu w szczególne kompetencje w zakresie weryfikacji zgodności z prawem orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. W tym przedmiocie realizują się uprawnienia władcze Prezesa Urzędu jako organu administracji publicznej czuwającego nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień publicznych.

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. Tym samym Prezes Urzędu, wnosząc skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, 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.

W świetle powyższego należy stwierdzić, iż Prezes Urzędu, wnosząc skargę, nie działa w interesie żadnej ze stron sporu (zamawiającego, odwołującego czy uczestnika postępowania), ale w interesie publicznym związanym z prawidłowym funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych.

Dalej skarżący przytoczył stan faktyczny sprawy.

Uzasadniając zarzuty skargi skarżący wskazał, że 1) W pierwszej kolejności należy wskazać, iż stanowisko I. wyrażone w zaskarżanym postanowieniu, w świetle którego przepis art. 180 ust. 2 pkt G ustawy Pzp nie przyznaje ochrony prawnej wykonawcom kwestionującym prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy, który ją złożył oraz zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, 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 1 wyłącznie wybór oferty dokonany przez zamawiającego niezgodnie z uprzednio przyjętymi przez niego kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Skarżący zwrócił uwagę, że przede wszystkim należy zwrócić uwagę, iż 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.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem procesem dynamicznym, charakteryzującym się sekwencyjnością zachowań zamawiającego w kolejnych etapach, w zależności od trybu w jakim jest prowadzone. Na proces udzielania zamówienia publicznego składa się szereg kolejno następujących po sobie czynności podejmowanych przez jego uczestników, przy czym czynność wyboru najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego zasadniczo poprzedzona jest etapem badania i oceny złożonych ofert. W trybie przetargu nieograniczonego, w związku z etapem badania i oceny ofert zamawiający najpierw bada oferty od strony formalnej. W ramach tej wstępnej fazy zamawiający ustala m.in. terminowość złożenia oferty, prawidłowość zabezpieczenia oferty wadium, jeśli żądał jego wniesienia. Następnie zamawiający przechodzi do oceny podmiotowej warstwy oferty, w ramach której ustala czy wykonawca nie podlega wykluczeniu, a także czy spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wreszcie dokonuje

oceny zaistnienia przesłanek odrzucenia oferty, a następnie ocenia oferty niepodlegające odrzuceniu przyznając im odpowiednią punktację w świetle ustanowionych przez siebie kryteriów oceny ofert.

Rezultatem tych wszystkich zabiegów zamawiającego jest wybór najkorzystniejszej oferty. Wybór najkorzystniejszej oferty stanowi zatem zwięźczenie 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).

Podkreślił, że na gruncie prawa zamówień publicznych nie można bowiem wybrać oferty i zawrzeć umowy z wykonawcą, który nie spełnia wymogów podmiotowych i 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.

Tymczasem, stanowisko I. zaprezentowane w zaskarżanym postanowieniu, sprowadzające się do całkowitego rozdzielania czynności badania ofert od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty zupełnie abstrahuje od zasady legalizmu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wypływającej z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

W świetle art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Innymi słowy, udzielenie zamówienia publicznego może nastąpić jedynie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w zgodzie z przepisami ustawy Pzp. Z kolei zgodny z przepisami ustawy Pzp wybór oferty może nastąpić wyłącznie spośród ofert złożonych przez wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu i którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Niewątpliwie zatem naruszeniem tej zasady jest wybór przez zamawiającego oferty w sytuacji, gdy oferta ta nie została należycie zbadana i oceniona przez zamawiającego. Efekt tego badania i oceny ofert odzwierciedlony jest dopiero w samej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Informując o wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający jednocześnie potwierdza, że oferta ta nie podlega odrzuceniu, a wykonawca ją składający nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Poprzez odmówienie wykonawcom prawa do wnoszenia odwołania na wybór oferty, złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu i którego oferta 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.

Przy czym podkreślenia wymaga, iż pozbawienie wykonawców biorących udział w tych postępowaniach prawa do podważania wyboru oferty złożonej przez wykonawcę, który winien był zostać wykluczony może spowodować realizację zamówienia przez podmiot nierzetelny, niewiarygodny, co zupełnie przeczy celowi i istocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zaprezentowana przez Izbę wąska interpretacja przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, w świetle której przez „wybór najkorzystniejszej oferty” należy rozumieć wyłącznie ocenę ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert, stoi w sprzeczności z zasadniczym celem ustawy Pzp, jakim niezmiennie, również po wejściu w życie ustawy nowelizującej, pozostaje wyłonienie wykonawcy, który nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu i który złożył najkorzystniejszą ofertę odpowiadającą wymaganiom zamawiającego opisanym w SIWZ, a także który daje rękojmię należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W szczególności nie sposób podzielić stanowiska I., która z braku zmiany treści art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp w związku z ustawą nowelizującą wywodzi konieczność interpretacji art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp przez pryzmat definicji najkorzystniejszej oferty z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Argumentacja ta nie uwzględnia bowiem okoliczności, że

przez wybór najkorzystniejszej oferty należy rozumieć wszelkie zachowania zamawiającego w ramach etapu badania i oceny ofert, które doprowadziły zamawiającego do podjęcia decyzji w tym zakresie.

Błędne jest również stanowisko I., iż przyjęcie możliwości zaskarżenia zaniechania wykluczenia innego niż odwołujący wykonawcy i odrzucenia oferty złożonej przez innego wykonawcę w postępowaniach podprogowych prowadziłyby do niedozwolonej rozszerzającej wykładni wyjątku od zasady, że w tych postępowaniach odwołanie nie przysługuje. W tym zakresie należy zwrócić uwagę, iż wyjątkowy charakter uprawnienia do skorzystania ze środka ochrony prawnej w tych postępowaniach nie może automatycznie prowadzić do wybiórczej interpretacji przesłanek dopuszczalności składania odwołań. Tymczasem Izba pomijając, że wybór najkorzystniejszej oferty obejmuje nie tylko etap oceny, ale i badania ofert, co wynika z wykładni systemowej ustawy Pzp, a także celu każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w istocie dokonała wybiórczej, a nie ścisłej interpretacji pojęcia użytego w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Izba orzekła również, iż przesłanki z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp dotyczą wyłącznie zachowań zamawiającego o charakterze czynnym, a nie jego zaniechań. Wskazać w tym miejscu należy, iż art. 180 ust. 2 ustawy Pzp dotyczy faktycznie czynności zamawiającego. Każde jednak odwołanie wnoszone wobec określonych czynności zamawiającego musi prowadzić do wykazania nieprawidłowości w działaniach zamawiającego, które stanowią o niezgodności z przepisami ustawy Pzp. W przypadku wniesienia odwołania co do każdej z czynności objętej treścią art. 180 ust. 2 ustawy Pzp odwołujący powinien wykazać konkretne zachowania zamawiającego, które są niezgodne z przepisami ustawy Pzp. Możemy zatem mówić w tym zakresie o określonym zachowaniu zamawiającego polegającym na niedochowaniu przepisów ustawy Pzp, w tym co do opisu przedmiotu zamówienia, jak i wyboru oferty najkorzystniejszej. W zakresie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający dopuszcza się naruszeń, gdy wybiera jako najkorzystniejszą ofertę, która powinna być odrzucona, a także gdy ocenia ofertę wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania.

Także w przypadku przesłanki z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, z uwagi na kategoryczne 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 I., 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. Dlatego też wykładnia taka, jako niezgodna z zasadą wewnętrzną spójności ustawy Pzp, nie może się ostać. Przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp musi być bowiem interpretowany łącznie z normami wynikającymi z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, a także z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, w taki sposób, aby żaden z tych przepisów nie został bez ważnego powodu pozbawiony doniosłości prawnej. Zaprezentowana przez Izbę w zaskarżanym postanowieniu wykładnia art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, pozbawiająca znaczenia normy wynikające z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp o charakterze bezwzględny, jako nieprawidłowa, nie zasługuje na aprobatę.

Izba uzasadnia swe stanowisko w kwestii wykładni art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp odwołując się również do treści art. 92 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu po wejście w życie ustawy nowelizującej, wskazując, że trudno uznawać, że pod pojęciem „wybór najkorzystniejszej oferty” mieści się zaniechanie czynności odrzucenia i zaniechanie czynności wykluczenia. Istotnie, przesłanka ta nie obejmuje możliwości zaskarżenia zaniechania odrzucenia innych niż oferta najkorzystniejsza ofert lub wykluczenia innych wykonawców, niż ten, który został wybrany do wykonania zamówienia. Jednak w jej zakres wchodzi możliwość kwestionowania nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej, która to czynność została dokonana wskutek niezgodnych z przepisami ustawy Pzp działań lub zaniechań zamawiającego.

Ponadto, art. 92 ust. 1 ustawy Pzp w nowym brzmieniu ma przede wszystkim na celu wzmocnienie zasady transparentności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w trybach wieloetapowych, związanych z prekwalfikacją i z jego treści nie można wywieść zakazu równoczesnego informowania o kluczowych decyzjach zamawiającego w postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego. Przypisywanie nadmiernego znaczenia zmianie przepisu o charakterze informacyjnym i wywodzenie z tej zmiany ograniczenia

dla uprawnienia do korzystania ze środków ochrony prawnej o fundamentalnym znaczeniu w systemie zamówień publicznych, jest nieproporcjonalne i nie może zasługiwać na uznanie. W nowym brzmieniu przepisu art. 92 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca zrezygnował wyłącznie z konieczności informowania w sposób jednoczesny o czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania, odrzuceniu ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego. Powyższe oznacza, że zamawiający może poinformować przykładowo o wykluczeniu wykonawcy z postępowania wcześniej, przed informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej, co oznacza jedynie, że termin na wniesienie odwołania na tę czynność (wykluczenia wykonawcy z postępowania), rozpoczynałby swój bieg wcześniej. Nie ma to żadnego znaczenia dla możliwości zaskarżenia w postępowaniach podprogowych również nieprawidłowo dokonanej przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. przykładowo oferty wykonawcy, który winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu i którego oferta podlega odrzuceniu.

Z kolei wskazywane przez Izbę stanowisko Ministerstwa (...), w stosunku do wniesionej przez Ministerstwo Środowiska uwagi, prezentowane w toku prac legislacyjnych nad nowelizacją ustawy Pzp, odnosi się do zaniechań pozostających bez wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w żaden sposób nie zawęża zakresu zastosowania art. 180 ust. 2 pkt 5 i 6 ustawy Pzp.

Reasumując, zaprezentowana przez Izbę 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 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 wykonawcom szerszego dostępu do systemu środków ochrony prawnej w postępowaniach podprogowych.

Z uwagi na powyższe, nie można zaakceptować poglądu I. wyrażonego na tle art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, iż zaskarżeniu odwołaniem w postępowaniach podprogowych nie podlega wybór najkorzystniejszej oferty, u podstaw którego legło błędne uznanie przez zamawiającego, że wykonawca, który ją złożył nie podlega wykluczeniu lub że oferta ta nie powinna być odrzucona.

Zdaniem skarżącego konsekwencją naruszenia przez Izbę art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię jest naruszenie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie w stanie faktycznym niniejszej sprawy i odrzucenie odwołania ze względu na uznanie, iż dotyczy ono innych niż wskazane w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp czynności.

W odwołaniu wniesionym w przedmiotowej sprawie wykonawca Przedsiębiorstwo (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w M. zaskarżył wybór najkorzystniejszej oferty mimo zaistnienia przesłanek do wykluczenia wykonawcy (...) z udziału w postępowaniu i do odrzucenia złożonej przez niego oferty. Z treści odwołania wynika, że zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy (...) z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu 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 badania i oceny oferty, która niezgodnie z przepisami ustawy Pzp została uznana za najkorzystniejszą.

Nadrzędnym celem postępowania odwoławczego jest rozpoznanie sprawy co do istoty. Przesłanki odrzucenia odwołania wyrażone w art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp należy interpretować ściśle, gdyż zakończenie tego postępowania w sposób formalny zamyka odwołującemu się wykonawcy drogę do merytorycznego rozpoznania jego zarzutów podniesionych w ramach katalogu okoliczności określonych w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

W tym kontekście, niezasadne odrzucanie odwołań godzi także w podstawowy cel implementacji do prawa krajowego postanowień dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie

udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335 z 20.12.2007 r., s. 31), jakim jest poprawa skuteczności krajowych procedur odwoławczych. Odrzucenie odwołania w sytuacji brak wystąpienia przesłanek z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp podważa zasadniczy sens procedury odwoławczej, jakim jest zapewnienie wykonawcom skutecznego i efektywnego narzędzia ochrony przed decyzjami zamawiającego, podejmowanymi w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Cel ten zostanie osiągnięty jedynie w przypadku merytorycznego rozstrzygnięcia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Na rozprawie w dniu 12 grudnia 2016 roku pełnomocnik Zamawiającego Gminy S. pozostawił rozstrzygnięcie skargi do uznania Sądu. Stwierdził, że przesłanki z SIWZ po stronie wykonawcy którego oferta została wybrana nie zostały spełnione. Jednocześnie stwierdził, że umowa z wybranym wykonawcą została zawarta i obecnie jest wykonywana.

Okolicznościom tym nie zaprzeczył pełnomocnik skarżącego.

Sąd zważył co następuje.

Skarga jest zasadna i zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do trzech grup zagadnień prawnych, należy zważyć, co następuje.

I. Po pierwsze, skarżący Prezes Urzędu Zamówień Publicznych posiada legitymację do występowania w charakterze strony w sprawie niniejszej, skarga jest dopuszczalna i została wniesiona w terminie. Zgodnie z 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.

II. Po drugie, co do kwestii istnienia lub braku podstaw do odrzucenia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą (zwaną dalej w skrócie (...)), należy zauważyć co następuje.

W sprawie kwestią kluczową i determinującą kwestię trzecią –dopuszczalności merytorycznego rozstrzygnięcia skargi jest ustalenie czy odwołującemu (...) M. przysługuje odwołanie.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu ustalonym nowelizacją z 22 czerwca 2016 roku (Dz. U. z 2016 r., póź. 1020) Izba odrzuca odwołanie, jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 180. 1. Pzp w brzmieniu od 7 lipca 2016 roku, odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. 2. Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1)wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2)określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3)wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4)odrzućenia oferty odwołującego;
- 5)opisu przedmiotu zamówienia;
- 6)wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zakres regulacji tego przepisu nie doczekał się wypowiedzi doktryny czy judykatury. Należy zbadać, czy w tej konkretnej sprawie może on stanowić podstawę odrzucenia odwołania.

W zaskarżonym postanowieniu wskazano na zawężającą interpretację pojęcia „czynności” wyboru najkorzystniejszej oferty –jako podstawę i przesłankę dopuszczalności złożenia odwołania. Podkreślano, że w istocie przedmiotem skargi jest zaniechanie odrzucenia oferty która powinna być odrzucona. Na to zaniechanie zaś skarga zdaniem (...) nie przysługuje.

Należy przyznać rację skarżącemu w ramach pierwszej podstawy skargi, że w zaskarżonym postanowieniu doszło do naruszenia 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.

Analizowany przepis podlega wykładni językowej, funkcjonalnej i celowościowej. Pominięta zostanie wykładnia według kryterium podmiotu jego dokonującego.

Jak wynika z motywów ustawy kwestionowany przepis dodano by w tzw. postępowaniach podprogowych istniały podstawy do odwołania się i kontroli od najbardziej istotnych decyzji w toku postępowania o zamówienie publiczne. Należy się odnieść do sposobu wykładni dokonanej przez (...).

Rodzaje wykładni (interpretacji prawa) można wg sposobu dokonywania wykładni można podzielić na:

1. wykładnię językową;
2. wykładnię systemową- w jej ramach bada się treść przepisu ze względu na jego usytuowanie w systemie prawa ;
3. wykładnię funkcjonalną [celowościowa , teleologiczną]- w jej ramach bada się cel jaki chciał osiągnąć ustawodawca, nadaje się normie taki sens jaki był zamierzeniem ustawodawcy [może np. wynikać z projektu uzasadnienia ustawy].

Wykładnię można określić według wyników wykładni i wskazać:

1. wykładnię literalną –dosłowną (interpretatio declarativa);
2. wykładnię rozszerzającą –przy porównaniu z wykładnią językową norma ma szerszy zakres niż to wynika z językowego brzmienia. (interpretatio extensiva);
3. wykładnię zawężającą (interpretatio restrictiva).

Uzupełniające do analizy rodzajów wykładni są dyrektywy wykładni językowej. Należy wymienić tu reguły interpretacyjne wykładni językowej która jest wykładnią podstawową, w analizie przepisów jak w szczególności:

- do tekstu przepisu nie można niczego dodawać ani odejmować [przecinek, wyraz],
- zwroty prawne należy w razie wątpliwości co do zasady rozumieć jak w języku naturalnym,
- zwroty jednobrzmiące należy rozumieć jednolicie w tekście prawniczym,
- zwrotów odmiennych nie należy rozumieć jednolicie,
- wyjątków od zasad prawnych nie należy rozumieć rozszerzająco.

Przenosząc te rozważania na grunt niniejszej sprawy należy wskazać, że odwołanie wniósł jeden z dwóch uczestników postępowania przetargowego na przewóz osób skarżąc decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej P. R. (1), która jego zdaniem powinna ulec wykluczeniu ze względu na brak wykazania przesłanek z SIWZ -powód wadliwości wyboru oferty (szczegółowe uzasadnienie w części trzeciej).

Biorąc to pod uwagę w sprawie podstawowe znaczenie ma wykładnia językowa i celowościowa analizowanych przepisów i ewentualnych podstaw do odrzucenia odwołania.

W świetle wykładni językowej wnioski jakoby odwołanie dotyczyło kwestii i decyzji a w zasadzie jej braku zaniechania wykluczenia wykonawcy i zaniechania odrzucenia jego oferty jest oczywiście wadliwe.

Jak wynika z treści odwołania Odwołujący (...) M. skarży czynność zamawiającego polegającą na dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty w Części I zamówienia.

To oczywiste, że czynność zamówienia najkorzystniejszej oferty która winna być odrzucona narusza interes odwołującego. Pojęcie czynności (szerzej czynów) w prawie oznacza zarówno działanie jak i zaniechanie działania wbrew wywodom (...).

W sprawie czynność wyboru najkorzystniejszej oferty jest ukoronowaniem szeregu czynności i działań lub zaniechań i to ta końcowa czynność w łańcuchu decyzyjnym podlega odwołaniu. W świetle wykładni celowościowej nie ma znaczenia jaki element procesu decyzyjnego wcześniej był wadliwy –jak to zawężająco w świetle wykładni językowej zdaje się sugerować uzasadnienie rozstrzygnięcia (...). Przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 pzp w żaden sposób nie wartościuje czy też nie uzależnia dopuszczalności odwołania od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty – od zaistnienia określonych przyczyn leżących u podstaw –wadliwej i niezgodnej z prawem decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Gdyby zaś chodziło faktycznie o odwołanie od czynności wykluczenia i odrzucenia oferty P. R. (1), to taka czynność rzeczywiście musiała by mieć miejsce a jak odwołujący wskazuje w sposób sprzeczny z prawem do tego nie doszło. Gdyby zaś doszło do odrzucenia tej oferty P. R. (1) to (...) nie miał by gravamen do jej skarżenia bo było by to zgodne z je interesem a skarżyć mógłby ją P. R. (1). Ewentualny wybór oferty najkorzystniejszej dotyczyłby oferty odwołującego jako jedynej złożonej oferty poza kwestionowaną. Taka więc interpretacja taka jest błędna.

W konkluzji zarówno wykładnia językowa jak i celowościowa analizowanego przepisu nie daje podstaw do wartościowania i oceny podstaw do wyboru oferty najkorzystniejszej. Może u podstaw takiej decyzji leżeć każde zdarzenie niezgodne z prawem a odwołanie takie jest dopuszczalne.

Nie ma też znaczenia, że przepis art. 180 ust. 2 pzp jest wyjątkiem od zasady i że w związku z tym jeszcze dodatkowo należy zawęzić pojęcie przesłanki zaskarżenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty – uzależniając dopuszczalność odwołania tylko od określonych przyczyn tego wadliwego wyboru, czego nie można uzasadnić w żaden sposób w świetle wykładni językowej analizowanego przepisu. Zawężało by to znacząco kognicję organu odwoławczego, pozbawiałoby ochrony prawnej i kontroli przez uczestników przetargu. Przeprowadzona interpretacja przez (...) spornego przepisu wymagałaby zgodnie z dyrektywami wykładni językowej, określenia wprost dodatkowych przesłanek przyczyn wyboru najkorzystniejszej oferty, których wystąpienie albo brak wystąpienia warunkuje dopuszczalność kontroli wyboru najkorzystniejszej oferty.

Taki wniosek w świetle dyrektyw wykładni językowej byłby wadliwy. Odwołanie poza sporem dotyczyło naruszającej interes odwołującego (vide treść odwołania) –decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty. A sposób interpretacji zaprezentowana przez (...), zakłada dodanie językowo pewnych przesłanek w przepisie zawężających zakres dopuszczalności odwołania które w przepisie nie występują – to jest wprowadzenie pozatekstowego kryterium „niedokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ”. Jest to wprowadzenie nowych nieistniejących przesłanek ustawowych, prowadzących do znacznego zawężenia podstaw do

odwołania w postępowaniach podprogowych, co skutkowało by odrzuceniem odwołania i brakiem możliwości kontroli decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Wreszcie dodatkowo należy zauważyć w świetle wykładni celowościowej, że celem ustawodawcy było rozszerzenie podstaw do składania odwołań w tzw. postępowaniach podprogowych. Wartościowanie przyczyn, u podstaw których leży sprzeczna z prawem decyzja o wyborze najkorzystniejszej oferty, leży w sprzeczności z celem ustawodawcy i nowelizacją. Nie można wybrać najkorzystniejszej oferty, który podlega wykluczeniu w świetle przepisów prawa i wyłączyć możliwość odwołania na podstawie takiej przyczyny.

Wyniki wykładni proponowanej wykładni wykluczałyby dopuszczalność odwołań w szeregu przypadków wadliwego i niezgodnego z prawem wyboru oferty najkorzystniejszej.

W konkluzji wreszcie taki kierunek wykładni nie tylko pozbawiał by ochrony prawnej. Wykluczał by funkcje pzp i normatywny charakter sankcji zaniechania wykluczenia. Pomimo istnienia podstaw – do tego - brak wykluczenia oferenta mógłby prowadzić do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej i taka czynność nie podlegała by możliwości zaskarżenia w ramach odwołania – a więc w istocie funkcjonowałaby w obrocie gospodarczym jako w pełni skuteczna. Zamysłem ustawodawcy wprowadzenie zmiany miało chronić interes wykonawcy i poszerzyć katalog przypadków, kiedy można złożyć odwołanie. Kierunek wykładni reprezentowany w zaskarżonym postanowieniu były by więc także sprzeczny z wykładnią celowościową analizowanych przepisów.

W konkluzji należy uznać, że dokonując wykładni art. 180 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, iż zaskarżeniu odwołaniem w postępowaniach przed (...) podlegają wszystkie zachowania zamawiającego w ramach badania i oceny ofert prowadzące do wadliwego, niezgodnego z przepisami prawa -ustawy Pzp wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym również zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego zamawiający zobowiązany był wykluczyć, a także zaniechania odrzucenia oferty, która winna była zostać przez niego odrzucona.

Oznacza to dopuszczalność odwołania i naruszenie art. 189 ust. 2 pkt 6 pzp prowadzące do niewłaściwego jego zastosowania i bezpodstawnego odrzucenia skargi, co implikuje konieczność zmiany zaskarżonego postanowienia i otwiera możliwość merytorycznego rozpoznania odwołania w wyniku złożenia skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

III. Po trzecie, w kwestii zasadności odwołania i rozstrzygnięcia merytorycznego, należy zauważyć, co następuje.

Warunkiem formalnym skutecznego złożenia oferty w ramach przetargu, co wynika wprost z SIWZ było zgodnie z pkt 2.1.1 Rozdziału VIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia –wykazanie, że wykonawca wykonywał należycie- a wypadku świadczeń okresowych lub ciągłych - nadal wykonuje, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej dwie usługi ,wykonywane przez okres ciągły, przez okres co najmniej 10 miesięcy każda, o wartości minimum 60 000 zł brutto każda, polegających na przewozie dzieci pełnosprawnych do szkół (placówek oświatowych) (SIWZ k. 31 -32 dokumenty przetargowe Gminy zielony skoroszyt).

Należy przyznać rację odwołującemu (...) M., że P. R. (1) nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w treści pkt 2.1.1 w Rozdziale VIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wykonawca P. R. (1) na dowód spełnienia tych warunków wskazał w wykazie usług (według załącznika nr 5 do siwz, k. 134 dokumenty przetargowe Gminy zielony skoroszyt), dwie następujące usługi:

1. „dowóz uczniów do szkół z terenu Gminy L.” w okresie 1.09.2015 r. do 24.06.2016 r. na kwotę 166 212,47 zł świadczoną rzekomo przez (...) na rzecz Gminy L., oraz
2. „dowóz uczniów do szkół w Ż., Szkoła Podstawowa S. ZS S. w okresie 1.09.2015 r. do 24.06.2016 r. na kwotę 133 219,93 zł, świadczoną rzekomo przez P. R. (2) na rzecz Gminy S..

Z oświadczenia tego wynika, że zamawiającymi a więc stronami umowy były Gminy L. i gmina S..

Na wezwanie zamawiającego wykonawca dołączył także referencje wskazanych wyżej rzekomo zamawiających. Znajdują się one na k. 136 i k. 137 dokumenty przetargowe Gminy zielony skoroszyt.

Z listu referencyjnego Gminy L. z 29. 08. 2016 roku wynika, że P. R. (1) od 1 stycznia 2011 roku dowozi uczniów do szkół komunikacją publiczną. List wskazuje na świadczenie usługi dowozu uczniów do Szkół specjalnych ale tego rodzaju usługa nie spełnia wymogów SIWZ w tym zakresie (k. 136). W piśmie Gminy w S. z 30.08. 2016r., wskazano, że dla gminy S. P. R. (1) świadczył usługi w zakresie dowozu dzieci do placówek szkolnych. Nie jest wskazany dokładny okres oraz wartość wykonywanej usługi zgodnie z wymogami SIWZ.

W odwołaniu (...) M. dołączył pisma sygnowane przez Wójtów (...) L. i Gminy S. (k. 16 -17, z których wynikało, że wskazane Gminy jedynie refundowały rodzicom uczniów koszt biletów, które rodzice nabywali od firmy (...) na podstawie przepisów o systemie oświaty. Gminy nie były stroną umów przewozu, nie mogły więc mieć wiedzy na temat tego jak była wykonywana usługa przewozowa. E. nie mogły potwierdzić w ramach listów właściwego jej wykonania. Referencje mogli potwierdzić poszczególni rodzice zawierające umowę o pojedyncze czy też miesięczne przewozy. Niezależnie od tego z tych dokumentów nie wynikało, że usługi miały wartość określoną w SIWZ (np. pismo k. 16). W konkluzji przewozy miały charakter przewozów publicznych (środkami komunikacji publicznej) a gminy refundowały jedynie w ich ramach koszty przewozów rodzicom czyli wartość biletów – a więc nie spełniały one warunków SIWZ.

Niezależnie od powyższego także odwołujący zauważył, że referencje Gminy L. dotyczą także dowozu uczniów do Zespołu Szkół specjalnych im. J. P. w I. tj. dzieci niepełnosprawnych na podstawie umów zawarty pomiędzy R. i Gminą L., natomiast wymogiem Siwz było wykazanie się wyłącznie doświadczeniem w zakresie świadczenia usług polegających na przewozie dzieci pełnosprawnych do szkół (placówek oświatowych). Potwierdza to również, że wykonawca nie wykazał spełnienia tego warunku udziału w przetargu. Odwołujący zauważył także, że z treści obu „wadliwych” referencji nie wynikają również kwoty /wartości/ zamówienia/usług rzekomo świadczonych przez wykonawcę, które zostały.

Reasumując P. R. nie wykazał, jednego z warunków SIWZ, co wynika z powyższej analizy i argumentacji.

W konsekwencji jako wykonawca powinien zostać wykluczony z przetargu gdyż (art. 24 ust. Pkt 12 pzp) nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jego oferta nie powinna być brana pod uwagę przy wyborze oferty najkorzystniejszej.

W sprawie więc niewątpliwie miało miejsce naruszenie przepisów ustawy – art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp. Z tych powodów Sąd rozpoznając odwołanie powinien nakazać zamawiającemu gminie S.: unieważnienie czynności polegających na dokonaniu oceny złożonych ofert oraz dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty P. R. (2), oraz powtórzenie czynności badania i oceny złożonych oferta także wykluczenie wykonawcy P. R. (2) i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego; oraz w konsekwencji wyboru ponownego oferty najkorzystniejszej.

Jednakże jak podniósł pełnomocnik Zamawiającego Gminy S. na rozprawie w dniu 16 grudnia 2016 roku umowa została zawarta i jest wykonywana, czemu nie zaprzeczył pełnomocnik skarżącego.

Umowę zawarto w warunkach o których mowa art. 192 ust. 3 pkt. 3 pzp w związku z art. 198f ust. 2 zd 2 i zd. 3 pzp należało orzec jak w punkcie pierwszym uwzględnić odwołanie i stwierdzić naruszenie przepisów ustawy.

Z tych powodów orzeczono jak na wstępie na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. i art. 198 f ust. 2 Ustawy prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania Sąd orzekł na podstawie art. 198 f ust. 5 pzp stosownie do jego wyniku (art. 98 § 1 kpc) . Skoro odwołanie uwzględniono , należało zaliczyć do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 złotych tytułem

wpisu od odwołania i zasądzić te koszty od zamawiającego na rzecz odwołującego. Nie zgłoszono żądania zwrotu kosztów zastępstwa w postępowaniu odwoławczym.

Na podstawie art. 102 kpc Sąd odstąpił od obciążenia stron w tym zamawiającego kosztami postępowania wywołanego skargą, biorąc pod uwagę, że została ona wniesiona samodzielnie przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w interesie publicznym. Z tych powodów orzeczono jak w punkcie drugim wyroku.

SSO Beata Błotnik SSO Jacek Widło SSO Wojciech Leon Turzański