

Sygn. akt II Ca 1626/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 marca 2017 roku

Sąd Okręgowy w Szczecinie II Wydział Cywilny Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący:	SSO Tomasz Sobieraj (spr.)
Sędziowie:	SO Marzenna Ernest SO Małgorzata Czerwińska
Protokolant:	sekr. sądowy Anita Czyż

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lutego 2017 roku w S.

sprawy z odwołania wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S.

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego Gminę K.

z udziałem zamawiającego Gminy K. i wykonawcy przystępującego po stronie zamawiającego (...) Spółki Akcyjnej w W.

na skutek skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2016 roku, sygn. akt KIO 2232/16

I. zmienia zaskarżone postanowienie w punkcie 1 w ten sposób, że oddala odwołanie;

II. oddala wniosek zamawiającego Gminy K. o zasądzenie kosztów postępowania skargowego;

III. oddala wniosek wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. o zasądzenie kosztów postępowania skargowego;

IV. odstępuje od obciążenia wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. nieuiszczonymi kosztami sądowymi w postępowaniu skargowym.

SSO Marzenna Ernest SSO Tomasz Sobieraj SSO Małgorzata Czerwińska

Sygn. akt II Ca 1626/16

UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 20 listopada 2016 roku Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 listopada 2016 roku przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane

(...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę K.:

- w punkcie 1 odrzuciła odwołanie;
- w punkcie 2 kosztami postępowania obciążyła wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S. i zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 złotych uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

W uzasadnieniu Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, że 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 - Prawo zamówień publicznych. Wskazała, że 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, która to oferta jest w swej treści niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba z urzędu na podstawie art. 189 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że w tak ustalonym stanie faktycznym przedmiotową odwołane podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu ustalonym nowelizacją z 22 czerwca 2016 roku (Dz. U. z 2016 roku, poz. 1020) Izba odrzuca, odwołanie, jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. 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, 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. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, 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. Wskazała, że odwołanie dotyczy zaniechania w istocie zaniechania odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z powodu braku tego typu czynności w katalogu pomieszczonym w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 189 ust. 2 ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie takiego rozstrzygnięcia. Analiza treści obowiązującego przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych i użycia w nim sformułowania „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” prowadzi zdaniem I. do wniosku, że pod pojęciem tym nie kryje się 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 Prawo zamówień publicznych. 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. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej nie ma podstaw do domniemywania, że „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” obejmuje również zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania innych wykonawców lub zaniechanie odrzucenia ich ofert. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że 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 Prawa zamówień publicznych. Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza dostrzegła, że przepis art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych 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 Prawo zamówień publicznych 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 *exceptiones non sunt extendendae*. Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła nadto, że w postępowaniach powyżej progów, odwołanie służy wobec „niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, natomiast w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych 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 Krajowa Izba Odwoławcza zauważyła, że z dotychczasowego przepisu art. 2 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych 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 Prawo zamówień publicznych 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. W ocenie Krajowa Izba Odwoławcza trudno uznawać, 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. Krajowa Izba Odwoławcza zauważyła jednak, 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. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej znacznie większego znaczenia nabierze w konsekwencji zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Można zatem - zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej - twierdzić, że właśnie dlatego w art. 180 ust. 2 Prawo zamówień publicznych dodano możliwość zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, której znaczenie wzrosło. Dodatkowo Krajowa Izba Odwoławcza przypomniała, 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 Prawo zamówień publicznych. 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. „Przed wszystkim, poza tym zakresem będą „zaniechania” zamawiającego, a to znaczna różnica. Poza tym Krajowa

Izba Odwoławcza uznała, 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 Prawo zamówień publicznych. Zatem, zarzuty przedstawione w rozpoznawanym odwołaniu nie mieszczą się, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej w katalogu z art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 Prawo zamówień publicznych Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, 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 Prawo zamówień publicznych. 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 Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238) - stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

Od orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej skargę złożył Prezes Urzędu Zamówień Publicznych i zaskarżając postanowienie w całości wniósł o jego zmianę i i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez merytoryczne rozpoznanie odwołania oraz rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 192 ust. 10 w zw. z art. 198f ust. 5 in fine ustawy Prawo zamówień publicznych i nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego (art. 102 k.p.c.).

Orzeczeniu zarzucił naruszenie:

1/ art. 180 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych 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 Prawo zamówień publicznych od wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę, który winien być 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 zachowania zamawiającego w ramach badania i oceny ofert prowadzące do wadliwego, niezgodnego z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych wyboru najkorzystniejszej oferty, takie jak 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 Prawo zamówień publicznych 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 podlegać wykluczeniu, a złożona przez niego oferta winna była zostać przez zamawiającego uprzednio odrzucona, dotyczy innych okoliczności niż określone w katalogu z art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Prezesa stanowisko I. wyrażone w zaskarżanym postanowieniu, w świetle którego przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych nie przyznaje ochrony prawnej wykonawcom kwestionującym prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej wobec zaniechania odrzucenia tej oferty czy zaniechania wykluczenia wykonawcy, który ją złożył, jest całkowicie niezasadne. Prezes wskazał, że 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 Prawo zamówień publicznych). 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 Prawo zamówień publicznych). 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 (...). Taki stan rzeczy wymagał interwencji ustawodawcy w kierunku dopuszczenia szerszej możliwości kwestionowania niezgodnych z ustawą Prawo zamówień publicznych zachowań zamawiających w najczęściej prowadzonych w skali krajowej postępowaniach, co znalazło odzwierciedlenie w treści art. 180 ust. 2 pkt 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym od dnia 28 lipca 2016 roku. Prezes dodał, że w zaskarżonym postanowieniu, mając na względzie pojęcie „wybór najkorzystniejszej oferty” użyte w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 Prawo zamówień publicznych. W jej ocenie pojęcie to determinuje, że w postępowaniach pod próg owych wykonawcy mogą skarżyć odwołaniem tylko i wyłącznie wybór oferty dokonany przez zamawiającego niezgodnie z uprzednio przyjętymi przez niego kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Prezes zwrócił uwagę, że wykładnia ta nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, a zwłaszcza w instytucji badania i oceny ofert, której efektem jest wybór oferty najkorzystniejszej. Na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych 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 co do zasady poprzedzona jest etapem badania i oceny złożonych ofert. W trybie przetargu nieograniczonego, zamawiający może skorzystać z dwóch rodzajów procedury badania i oceny ofert, prowadzących do wyboru oferty najkorzystniejszej: procedury zasadniczej albo procedury odwróconej, uregulowanej w art. 24 aa ustawy Prawo zamówień publicznych, której możliwość zastosowania wprowadziła do ustawy Prawo zamówień publicznych ustawa nowelizująca. Zarówno w ramach procedury zasadniczej, jak i odwróconej, w związku z etapem badania i oceny ofert zamawiający najpierw bada ofertę od strony formalnej, ustalając m.in. terminowość złożenia oferty, czy też prawidłowość zabezpieczenia oferty wadium, jeśli żądał jego wniesienia. Następnie, jeśli zamawiający stosuje procedurę zasadniczą, przechodzi do oceny podmiotowej warstwy oferty, w ramach której ustala czy wykonawcy nie podlegają wykluczeniu, a także czy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Wreszcie dokonuje oceny zaistnienia przesłanek odrzucenia ofert, a następnie ocenia oferty niepodlegające odrzuceniu przyznając im odpowiednią punktację w świetle ustanowionych przez siebie kryteriów oceny ofert. Procedura odwrócona różni się od procedury zasadniczej kolejnością przeprowadzanych czynności w ramach etapu badania i oceny ofert, a także zakresem podmiotowym zastosowanych przez zamawiającego czynności. Stosując procedurę odwróconą zamawiający najpierw dokonuje oceny ofert, a następnie bada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. W ramach tej procedury, po dokonaniu formalnej weryfikacji poprawności złożonych ofert, zamawiający przechodzi do oceny ofert pod kątem wystąpienia przesłanek ich odrzucenia, a następnie ocenia oferty niepodlegające odrzuceniu przez pryzmat kryteriów oceny ofert i wyłania z nich ofertę ocenioną jako najkorzystniejszą i dopiero na tym etapie, lecz przed przekazaniem wykonawcom informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, dokonuje oceny podmiotowej (tj. oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i oceny braku podstaw do wykluczenia z postępowania) wykonawcy, którego oferta została oceniona najlepiej. Różnica między procedurą zasadniczą a procedurą odwróconą

sprowadza się zatem do tego, że w ramach tej drugiej zamawiający nie dokonuje oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia z postępowania wobec wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w danym postępowaniu. W przeciwieństwie do procedury zasadniczej, zamawiający dokonuje więc oceny podmiotowej pod kątem przesłanek wykluczenia z udziału w postępowaniu oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu wyłącznie wobec wykonawcy, którego ofertę ocenił najwyżej (por. art 26 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych). Prezes zaakcentował, że niezależnie jednak od zastosowanej przez zamawiającego procedury, rezultatem jego wszystkich zabiegów na etapie badania i oceny ofert jest wybór najkorzystniejszej oferty. Wybór najkorzystniejszej oferty stanowi zatem zwieńczenie szeregu zachowań zamawiającego. Czynności dokonywane w tych ramach pozostają za sobą w ścisłym związku, a wynik kolejnych faz etapu badania i oceny ofert determinuje konieczność dokonania kolejnych, czy też przesądza o braku potrzeby ich dokonania. W sytuacji oceny, iż wykonawca podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, ofertę przez niego złożoną uznaje się za odrzuconą już po fazie analizy aspektów podmiotowych złożonej oferty (art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych). W procedurze zasadniczej dalszemu badaniu i ocenie ofert podlegają więc tylko oferty wykonawców niewykluczonych z udziału w postępowaniu. Przy zastosowaniu procedury odwróconej, zamawiający dokonuje weryfikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta uplasowała się na najwyższej pozycji w rankingu ofert i dopiero po ustaleniu, iż nie podlega on wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, następuje wybór złożonej przez niego oferty. Jednocześnie, niezależnie od zastosowanej procedury, na zamawiającym spoczywa kategorię obowiązek ustalenia, czy złożone oferty nie podlegają odrzuceniu, gdyż przepis art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych ma charakter normy *ius cogens*. Odrzucona oferta nie jest poddawana ocenie na podstawie ustalonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, gdyż nie przechodzi do kolejnej fazy - oceny ofert pod kątem ustalonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. Podobna sytuacja dotyczy zresztą badania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania w procedurze zasadniczej. Uznanie oferty za najkorzystniejszą w oparciu o kryteria oceny ofert opisane w SIWZ, do czego odwołuje się sama definicja pojęcia „oferty najkorzystniejszej” w art. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może, zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, odbyć się bez uwzględnienia pełnej czynności badania i oceny ofert, złożonych przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego (w procedurze zasadniczej), czy też przez tego, którego oferta została przez zamawiającego najwyżej oceniona (w procedurze odwróconej). Zdaniem skarżącego - z powyższego wynika zatem, iż faza badania oferty, w ramach której zamawiający dokonuje ustalenia, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu, a także, czy złożona przez niego oferta nie powinna być odrzucona, jest immanentnie związana z fazą wyboru najkorzystniejszej oferty. Na gruncie prawa zamówień publicznych nie można bowiem wybrać oferty 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 Prawo zamówień publicznych przeprowadzeniu przez zamawiającego faz poprzedzających ten wybór. Tymczasem, stanowisko I. zaprezentowane w zaskarżanym postanowieniu, sprowadzające się do całkowitego rozdzielenia 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 Prawo zamówień publicznych. S. wskazał, że w świetle art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 Prawo zamówień publicznych. Z kolei zgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych wybór oferty może nastąpić wyłącznie spośród ofert złożonych przez wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu i którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. W ocenie skarżącego 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, a także 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 Prawo zamówień

publicznych wyboru oferty. Dodatkowo Prezes wskazał, iż postawiony przez odwołującego zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej z SIWZ ma szczególne znaczenie w kontekście zasady celowego i racjonalnego wydatkowania środków publicznych, wyrażonej w art. 44 pkt 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych. Uniemożliwienie wykonawcom zaskarżania wyboru oferty, która w istocie nie była zgodna z treścią SIWZ i brak kontroli sprawowanej przez wyspecjalizowany w zakresie zamówień publicznych podmiot, jakim jest Krajowa Izba Odwoławcza, nad kluczowymi decyzjami zamawiającego w postępowaniach podprogowych w tym zakresie, może prowadzić do zawierania umów i uzyskiwania przez zamawiających świadczeń, które w rzeczywistości nie odpowiadają ich potrzebom wyrażonym w treści SIWZ. Z kolei 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 Prawo zamówień publicznych, w świetle której przez „wybór najkorzystniejszej oferty” należy rozumieć wyłącznie ocenę ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert, stoi w sprzeczności z zasadniczym celem ustawy Prawo zamówień publicznych, jakim niezmiennie, również po wejściu w życie ustawy nowelizującej, pozostaje wyłonienie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę odpowiadającą wymaganiom zamawiającego opisanym w SIWZ i który nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a także który daje rękojmię należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. W szczególności zdaniem skarżącego nie sposób podzielić stanowiska I., która z braku zmiany treści art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z ustawą nowelizującą wywodzi konieczność interpretacji art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych przez pryzmat definicji najkorzystniejszej oferty z art. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Prezes nadmieniał, że 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. Czynności, o których mowa w art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, są formalnie czynnościami odrębnymi od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w przypadku, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Czym innym jest bowiem badanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy X podjęte w oparciu o obowiązujące przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc z uwzględnieniem oceny braku podstaw do wykluczenia z postępowania takiego wykonawcy, czy braku przesłanek do odrzucenia jego oferty, a czym innym czynność odrzucenia oferty wykonawcy Y, czy wykluczenia go z postępowania. O dokonaniu tych czynności zamawiający ma obowiązek poinformować wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia odrębnie (art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych). Poinformowanie o dokonaniu tych czynności stanowi dopiero podstawę do ich zaskarżenia w trybie składanego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania. Słusznie zatem ustawodawca, wprowadzając do znowelizowanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nową czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, jako przesłankę do wnoszenia odwołań w postępowaniach podprogowych, pozostawił dotychczasowe zaskarżalne w tym trybie czynności: odrzucenie oferty odwołującego, wykluczenie odwołującego z postępowania. Ustawodawca zatem pozostawił wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego prawo do zaskarżania w postępowaniach podprogowych czynności, które wprost wpływają na ich sytuację w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, uniemożliwiając im uzyskanie zamówienia publicznego. Takimi czynnościami niewątpliwie są wykluczenie wykonawcy z postępowania, odrzucenie jego oferty, a w sytuacji gdy oferta wykonawcy pozostaje ważna (nie podlega odrzuceniu), a sam wykonawca nie podlega wykluczeniu, czynność wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy, który podlega wykluczeniu, albo którego oferta podlega odrzuceniu. Prezes zwrócił również uwagę, że ustawowy nakaz wyboru oferty „ważnej”, a więc niepodlegającej odrzuceniu, wypływa z dwóch przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych zlokalizowanych w jej rozdziale 4 zatytułowanym „Wybór najkorzystniejszej oferty”. Pierwszym z nich jest przepis art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z kolei drugi to przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadzający nałożony na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponieważ przepisy prawne należy interpretować biorąc pod uwagę ich miejsce w systematyce aktu normatywnego (argumentum a

rubrica), należy uznać, iż skoro w tym samym rozdziale ustawy Prawo zamówień publicznych, zatytułowanym zbieżnie z przesłanką wynikającą z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, znalazły się ww. przepisy odnoszące się do badania oferty pod kątem odrzucenia, jak i przepisy odnoszące się do oceny ofert pod kątem kryteriów oceny określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych), to fazy te są ze sobą nierozdzielnie powiązane i łącznie składają się na „wybór oferty najkorzystniejszej”. Z tego względu zawężenie pojęcia „wybór najkorzystniejszej oferty” tylko do oceny ofert pod kątem kryteriów ustalonych przez zamawiającego, nie znajduje – zdaniem skarżącego- oparcia również w systematyce ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Prezesa 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 prowadziłoby do niedozwolonej rozszerzającej wykładni wyjątku od zasady, że w tych postępowaniach odwołanie nie przysługuje. W tym zakresie wskazał, że 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 Prawo zamówień publicznych, 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 Prawo zamówień publicznych. Skarżący argumentował dalej, że Izba orzekła również, iż przesłanki z art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczą wyłącznie zachowań zamawiającego o charakterze czynnym, a nie jego zaniechań. Prezes wskazał, iż art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych 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 Prawo zamówień publicznych. W przypadku wniesienia odwołania co do każdej z czynności objętej treścią art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołujący powinien wykazać konkretne zachowania zamawiającego, które są niezgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem skarżącego możemy zatem mówić w tym zakresie o określonym zachowaniu zamawiającego polegającym na niedochowaniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, 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. Podobna sytuacja ma miejsce w przypadku opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający dopuszcza się określonego rodzaju zaniechania, w sytuacji gdy narusza art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych, nie wprowadzając w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, czy też art. 30 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych nie określając w opisie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane wymaganych cech materiału, produktu lub usługi, art. 30 ust. 9 ustawy Prawo zamówień publicznych nie określając w opisie przedmiotu zamówienia na dostawy lub usługi wymaganych cech produktu lub usługi. Skarżący podkreślił, że nie ulega wątpliwości, że w ramach przesłanki opisu przedmiotu zamówienia z art. 180 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych w postępowaniach podprogowych wykonawcy będą mogli kwestionować opis przedmiotu zamówienia naruszający ww. wymagania ustawowe i korzystać w tym zakresie z przysługujących im środków ochrony prawnej. Podobnie zresztą jak w przypadku czynności wyboru oferty najkorzystniejszej podjętej w sposób niezgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Również w przypadku przesłanki z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwagi na kateryczne brzmienie art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 Prawo zamówień publicznych nie miałyby żadnego znaczenia prawnego. Dlatego też wykładnia taka, jako niezgodna z zasadą wewnętrznej spójności ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może się ostać. Przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych musi być bowiem interpretowany łącznie z normami wynikającymi z art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w taki sposób, aby żaden z tych przepisów nie został bez

ważnego powodu pozbawiony doniosłości prawnej. Prezes wyjaśnił, że zaprezentowana przez Izbę w zaskarżanym postanowieniu wykładnia art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, pozbawiająca znaczenia normy o charakterze bezwzględny wynikające z art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, regulującego jedną z zasad udzielania zamówień publicznych, jako nieprawidłowa, nie zasługuje na aprobatę. Nadmieniał w dalszej części, że Izba uzasadnia swe stanowisko w kwestii wykładni art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołując się również do treści art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu po wejściu 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 zaskarżania 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 Prawo zamówień publicznych działań lub zaniechań zamawiającego. Prezes zauważył nadto, że art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych 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, zdaniem skarżącego, na uznanie. W nowym brzmieniu przepisu art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych 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. Zdaniem Prezesa powyższe oznacza, że zamawiający może poinformować przykładowo o czynności odrzucenia oferty wcześniej, przed informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej, co oznacza jedynie, że termin na wniesienie odwołania na tę czynność (odrzućenia oferty), 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 niezgodnej z treścią SIWZ, czy też złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Z kolei przywołane przez Izbę stanowisko Ministerstwa (...), w stosunku do wniesionej przez Ministerstwo Środowiska uwagi, prezentowane w toku prac legislacyjnych nad nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 Prawo zamówień publicznych. W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego mamy bowiem do czynienia z różnymi czynnościami, jak również zaniechaniami zamawiającego dokonania czynności, do których obligują go przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. W postępowaniach podprogowych ustawodawca zdecydował się na ograniczenie możliwości wnoszenia odwołań przyznając wykonawcom takie prawo jedynie wobec niektórych, najistotniejszych czynności zamawiającego. Poza zakresem zaskarżenia pozostają natomiast inne czynności, jak choćby czynność unieważnienia postępowania, a także szereg zaniechań zamawiającego, choćby przykładowo zaniechanie udostępnienia dokumentacji z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym co do nieuprawnionego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa określonych informacji zawartych w ofercie. Wskazywane zaniechania, zgodnie ze stanowiskiem Ministerstwa (...) wyrażonym w toku procesu legislacyjnego, pozostają poza zakresem zaskarżania w postępowaniach podprogowych. Podnosząc wskazany argument Izba nie zwróciła uwagi na zasadnicze stwierdzenie Ministerstwa (...): „Zmiana jest korzystna dla wykonawców”. Zasadniczym celem zmiany katalogu przesłanek odwołania w postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych było zwiększenie ochrony prawnej wykonawców i w ten cel wpisuje się brzmienie art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, umożliwiające zaskarżanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, której wadliwość wynika z działań bądź zaniechań na etapie badania i oceny ofert. Czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zgodzie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych jest najistotniejszą czynnością w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dla wykonawców ubiegających się o dane zamówienie i jako taka powinna podlegać weryfikacji przez wykonawców w ramach środków ochrony prawnej. Skarżący podkreślił także, że okoliczności związane z nową podstawą do wnoszenia odwołań w zamówieniach poniżej

progów unijnych, uwzględniającą możliwość zaskarżenia przez wykonawców czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, która zgodnie z przepisami obiektywnie nie była najkorzystniejsza (podlegała odrzuceniu lub wykonawca ją składający podlegał wykluczeniu), projektodawca ustawy nowelizującej wziął pod uwagę przy ocenie skutków regulacji (...). Przewidziano tam wzrost liczby odwołań nie mniejszy niż 1000 rocznie, co ma również wpływ m.in. na konieczność zwiększenia obsady etatowej Krajowej Izby Odwoławczej aż o 14 dodatkowych osób. Tak szacowany wzrost liczby odwołań uwzględniał zamiar ustawodawcy, aby objąć zakresem zaskarżenia, w zamówieniach poniżej progów unijnych, najczęściej pojawiające się nieprawidłowości w wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. wybór oferty obciążonej wadą - oferty podlegającej odrzuceniu czy też wybór oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu. Przy wskazanym szacunku wzrostu liczby odwołań przewidzianym w (...) nie brano pod uwagę w ogóle wzrostu liczby odwołań na skutek konieczności uwzględnienia przy wyborze oferty najkorzystniejszej kryteriów oceny ofert, na co Izba wskazywała w swej argumentacji. Skarżący dostrzegł też, że obowiązek uwzględnienia pozacenowych kryteriów oceny ofert przez zamawiających w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego został wprowadzony do przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w roku 2014, w wyniku ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 roku, poz. 1232). Ostatnia ustawa nowelizująca z 2016 roku jedynie doprecyzowała wówczas wprowadzone w życie regulacje, jednak obowiązek stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert i problemy z tego wynikające istnieją od 2014 roku i nie powodują tak znacznego wzrostu odwołań (w roku 2014 i 2015 liczba odwołań wnoszonych do Prezesa I. utrzymywała się na tym samym poziomie).

Reasumując, zaprezentowana przez Izbę interpretacja przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych stoi - zdaniem skarżącego - w sprzeczności z zasadniczym celem ustawy Prawo zamówień publicznych, którym w świetle art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest wybór wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę niepodlegającą odrzuceniu i który nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Podkreślił dalej, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych muszą być interpretowane z uwzględnieniem wskazanego celu ustawy, a każdy przepis tej ustawy musi być tłumaczony tak, aby był jak najbardziej zdatnym środkiem osiągnięcia zamierzenia prawodawcy, którym było zapewnienie szerszego dostępu do systemu środków ochrony prawnej w postępowaniach podprogowych. Z uwagi na powyższe, nie można, zdaniem skarżącego, zaakceptować poglądu I. wyrażonego na tle art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 zostać odrzucona. Konsekwencją naruszenia przez Izbę art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędną wykładnię jest naruszenie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych 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 Prawo zamówień publicznych czynności. W tym zakresie skarżący podkreślił, iż w odwołaniu wniesionym w przedmiotowej sprawie Odwołujący zaskarżył wybór najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę (...) SA z siedzibą w W., mimo braku pewności, co do tego, że oferta ta jest zgodna z treścią SIWZ. Z treści odwołania wynika, że zarzuty zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ stanowiły uzasadnienie merytoryczne dla kwestionowania przez Odwołującego wyboru oferty i miały na celu wykazanie wadliwości dokonanego przez Zamawiającego wyboru. W kontekście art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych nie sposób odmówić Odwołującemu prawa do zaskarżania wyboru oferty poprzez podważanie prawidłowości oceny i badania oferty, która niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych została uznana za najkorzystniejszą. Ponadto skarżący wskazał, że odrzucenie odwołania z powodu zaskarżenia wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej wynikającej z uprzedniego zaniechania zamawiającego odrzucenia tej oferty w postępowaniach podprogowych wywołuje znaczące konsekwencje praktyczne. Postępowania o wartości poniżej tzw. progów unijnych stanowią około 85% wszczynanych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, a więc stanowią zdecydowaną większość ogółu postępowań prowadzonych przez zamawiających w skali kraju. W tym kontekście, pozbawienie wykonawców, będących uczestnikami tych postępowań, prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej w zakresie wadliwego wyboru najkorzystniejszej czynności, wynikającego z uprzednich zachowań zamawiającego, pozostających z tym wyborem w funkcjonalnym związku, jest zjawiskiem wysoce niepożądanym i godzącym w efektywność funkcjonowania systemu środków ochrony prawnej. Niezależnie od powyższych zarzutów, skarżący wskazał, że kwestia poddana pod rozstrzygnięcie Sądu

Okręgowego ma istotne znaczenie dla praktyki funkcjonowania systemu zamówień publicznych. Nadrzędnym celem postępowania odwoławczego jest bowiem rozpoznanie sprawy co do istoty. Przesłanki odrzucenia odwołania wyrażone w art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych 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 Prawo zamówień publicznych. 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 roku 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 roku, s. 31), zwanej dalej „dyrektywą odwoławczą”], jakim jest poprawa skuteczności krajowych procedur odwoławczych. Odrzucenie odwołania w sytuacji braku wystąpienia przesłanek z art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych 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, po dokonaniu prawidłowej weryfikacji formalnoprawnej tego środka ochrony prawnej. Przy czym wskazana istota procedury odwoławczej, choć wypływa z przywołanej dyrektywy odwoławczej znajdującej zastosowanie do postępowań powyżej progów unijnych, ma charakter uniwersalny i zachowuje aktualność także w odniesieniu do postępowań podprogowych.

(...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S. poparł skargę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia poprzez uwzględnienie odwołania oraz obciążenie zamawiającego kosztami postępowania skargowego.

Zamawiający Gmina K. wniosła o oddalenie skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i zasądzenie od skarżącego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania skargowego. Nadto wskazał, że w wyniku postępowania doszło do zawarcia umowy.

Wykonawca przystępujący po stronie zamawiającego (...) Spółka Akcyjna w W. nie ustosunkowała się do skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych okazała się o tyle zasadna, że doprowadziła do uznania, iż rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej polegające na odrzuceniu odwołania było wadliwe i jako takie nie mogło się ostać.

Sąd Okręgowy w pełni podziela zarzuty skargi dotyczące wykładni art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych i dopuszczalności ochrony prawnej w wyniku odwołania.

W badanej sprawie wartość zamówienia została oszacowana na kwotę niższą niż określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. W przypadku takich zamówień, określanych mianem podprogowych, podstawy faktyczne odwołania zostały wyczerpująco uregulowane w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; określenia warunków udziału w postępowaniu; wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; odrzucenia oferty odwołującego; opisu przedmiotu zamówienia; wyboru najkorzystniejszej oferty. Krajowa Izba Odwoławcza odrzucając odwołanie Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. stanęła na stanowisku, że skoro odwołujący sformułował w odwołaniu zarzut wybrania oferty, którą zamawiający zobowiązany był wykluczyć, gdyż była niezgodna z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, to w istocie dążył w ten sposób

do zakwestionowania zaniechania odrzucenia oferty. Co za tym idzie, Izba odwołanie odrzuciła, gdyż - jej zdaniem - w odwołaniu nie wskazano wprost na żadną z przesłanek art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Sąd Okręgowy powyższego poglądu nie podzielił z następujących przyczyn. Po pierwsze, odwołanie zostało wniesione wobec zaniechania odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą, złożonej przez wykonawcę (...) Spółkę Akcyjną w W. z argumentacją sprzeczności tejże oferty z art. 82 ust. 3 Prawo zamówień publicznych. Krajowa Izba Odwoławcza odrzucając odwołanie Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazała, iż dotyczy ono czynności nieobjętych katalogiem z art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie I. użyte w przepisie art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych pojęcie „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” oznacza niedokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: (...)). Izba zwróciła uwagę, iż w kontekście redakcji przepisów art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty”, o której mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może obejmować czynności wykluczenia z postępowania innych niż odwołujący wykonawców lub odrzucenia złożonych przez nich ofert. Wskazała, iż przesłanka z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych służy wyłącznie zakwestionowaniu wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba uznała również, iż skoro przepis art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ma charakter wyjątku od zasady, iż w postępowaniach podprogowych odwołanie nie przysługuje, to przesłanki dopuszczalności skorzystania z tego środka ochrony prawnej nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Wyjaśniła także, iż katalog przesłanek z art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zawsze miał charakter pozytywny i obejmował zachowania zamawiającego o charakterze czynnym, a nie jego zaniechania. Jednocześnie, w związku z treścią art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu sprzed i po nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych dokonanej ustawą nowelizującą, Izba doszła do wniosku, że skoro obecnie zamawiający nie ma obowiązku jednoczesnego informowania wykonawców o czynnościach wyboru najkorzystniejszej oferty, ofertach odrzuconych i wykonawcach wykluczonych, to nie sposób uznać, że pod pojęciem „wybór najkorzystniejszej oferty” mieści się zaniechanie czynności wykluczenia i zaniechanie czynności odrzucenia w sytuacji gdy zamawiający nie dokona jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej. Zdaniem Sądu Okręgowego, wykładnia dokonana w ten sposób nie uwzględnia jednak zasadniczego celu ustawy, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę odpowiadającą wymaganiom zamawiającego opisanym w specyfikacji, który nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a także który daje rękojmię należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dokonanie zawężającej wykładni językowej jedynie do pojęcia „najkorzystniejszej oferty” nie bierze pod uwagę poszczególnych czynności prowadzących do wyboru tej oferty, co budzi oczywiste wątpliwości co do legalności takich działań i to w sytuacji, gdy art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera zasadę przejrzystości i legalności postępowania w sprawie zamówienia publicznego. Nie sposób przy tym podzielić stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, która z braku zmiany treści art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z ustawą nowelizującą wywodzi konieczność interpretacji art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych wyłącznie przez pryzmat definicji najkorzystniejszej oferty z art. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Skarżący trafnie podnosi w tym zakresie, że czynności, o których mowa w art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, są formalnie czynnościami odrębnymi od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w przypadku, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Czynności te bowiem są zaskarżalne dopiero w momencie odrębnego poinformowania o nich wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia (art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych). Poinformowanie o dokonaniu tych czynności dopiero inicjuje podstawę do ich zaskarżenia w trybie odwołania składanego do Krajowej Izby Odwoławczej. Ustawodawca pozostawił więc wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego prawo do zaskarżania w postępowaniach podprogowych czynności, które wprost uniemożliwiają mu uzyskanie zamówienia publicznego. Takimi czynnościami niewątpliwie są wykluczenie wykonawcy z postępowania, odrzucenie jego oferty. Z taką sytuacją mamy do czynienia również, gdy oferta wykonawcy pozostaje ważna (nie została odrzucona), a sam wykonawca nie podlegał wykluczeniu, jednakże czynność wyboru oferty najkorzystniejszej

wykonawcy została podjęta z naruszeniem przepisów o jej wydaniu np. gdy oferent podlegał wykluczeniu, albo jego oferta odrzuconiu.

Kwestią wymagającą wyjaśnienia jest fakt, że ustawodawca nie wskazał wprost, jako odrębnie wyartykułowanej w oddzielnym punkcie art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przesłanki „zaniechania” odrzucenia oferty sprzecznej z przepisami ustawy. Jednakże Sąd Okręgowy stoi na stanowisku, że celem projektu ustawy nowelizacyjnej było rozszerzenie możliwości wnoszenia odwołań w postępowaniach dotyczących zamówień tzw. podprogowych. Nie inaczej należy bowiem ocenić uzupełnienie możliwości wniesienia odwołań przez strony postępowania o kolejne dwie przesłanki.

W kontekście powyższych rozważań, przyjęcie stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej polegającego na wąskiej interpretacji przesłanek z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych i ograniczenie jej do sfery wyłącznie wyboru oferty najatrakcyjniejszej cenowo, oznaczałoby w istocie pozbawienie wykonawców prawa do wnoszenia odwołania na wybór oferty, która powinna być przez zamawiającego odrzucona, a co za tym idzie możliwości weryfikacji przez organ odwoławczy fazy badania i oceny ofert, która doprowadziła do niezgodnego z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych wyboru oferty.

Należy także zauważyć, że w kwestii „czynności wyboru oferty najkorzystniejszej” w rozumieniu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych zasadne jest uwzględnienie innych powinności ciążących na zamawiającym, a wynikających wprost z powołanej ustawy. W szczególności, zwraca uwagę konieczność wyboru oferty niepodlegającej odrzuceniu, na co wskazują przepisy działu (...) zatytułowanego „Wybór najkorzystniejszej oferty”. Pierwszym z nich jest przepis art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z kolei drugi, to przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadzający nałożony na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oznacza, to że w kwestii czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, na zamawiającym ciąży pewne powinności związane z badaniem oferty pod kątem odrzucenia, jak i przepisy odnoszące się do oceny ofert pod kątem kryteriów oceny określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dlatego też, nie jawi się jako przekonujące stanowisko, które ogranicza wybór najkorzystniejszej oferty wyłącznie do jej analizy wg kryterium z art. 2 pkt 5 ustawy, a więc atrakcyjności ceny. Argumentacja taka nie uwzględnia 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. Ponadto stwierdzić należy, że o ile treść art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych faktycznie wskazuje na możliwość odwołania się od „czynności” zamawiającego to pojęcie „czynności” w zakresie przesłanki z art. 180 ust. 2 pkt 6 tejże ustawy odnosi się do kwestii czynności „wyboru najkorzystniejszej oferty”, a więc nie tylko w rozumieniu przesłanki z art. 2 pkt 5, ale również „wyboru oferty” w rozumieniu rozdziału 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (art. 82 i nast.). W przypadku wniesienia odwołania co do każdej z czynności objętej treścią art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołujący powinien wykazać konkretne zachowania zamawiającego, które są niezgodne z przepisami i tak też się stało w przedmiotowej sprawie poprzez wskazanie, że zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów, gdyż wybrał jako najkorzystniejszą ofertę, taką która powinna być odrzucona, a także ofertę wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania. Słusznie wywodzi skarżący, że z uwagi na kateryczne brzmienie art. 89 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w ramach „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. Przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych musi zatem być interpretowany łącznie z normami wynikającymi z art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a nie tylko z art. 2 pkt 5 ustawy, który jedynie definiuje pojęcie najkorzystniejszej oferty, a nie procedurę czynności jej wyboru.

Z powyższych przyczyn Sąd Okręgowy uznał, że jakkolwiek przesłanka z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych wprost nie obejmuje możliwości zaskarżania zaniechania odrzucenia innych ofert niż oferta

najkorzystniejsza, czy też wykluczenia innych wykonawców niż ten, który został wybrany do wykonania zamówienia, to jednak w zakres jej badania wchodzi możliwość kwestionowania nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Sąd Okręgowy w tym miejscu wskazuje, że w toku prac legislacyjnych nad nowelizacją ustawy z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 roku poz. 1020) zwracano uwagę na to, że zasadniczym celem zmiany katalogu przesłanek odwołania w postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych było zwiększenie ochrony prawnej wykonawców. Określona w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zgodzie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych jako najistotniejsza czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o najszerszym zakresie powinna podlegać weryfikacji przez wykonawców w ramach środków ochrony prawnej. Dostrzeżenia wymaga, że obowiązek uwzględnienia poza cenowymi, kryteriów oceny ofert przez zamawiających w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, został wprowadzony do przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w roku 2014, w wyniku ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 roku, poz. 1232). Ustawa nowelizująca z 2016 roku jedynie doprecyzowała wówczas wprowadzone w życie regulacje. 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 Prawo zamówień publicznych zachowań zamawiających w najczęściej prowadzonych w skali krajowej postępowaniach, co znalazło odzwierciedlenie w treści art. 180 ust. 2 pkt 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym od dnia 28 lipca 2016 roku Odrzucenie odwołania podważa zasadniczy sens procedury odwoławczej, jakim jest zapewnienie wykonawcom narzędzia ochrony przed decyzjami zamawiającego. Zastosowany tryb oceny ofert znajduje podstawę w art. 24 aa ustawy Prawo zamówień publicznych, (tzw. procedura odwrócona).

Ostatecznie więc, Sąd Okręgowy mając na uwadze dyrektywy wykładni nakazujące przy interpretacji przepisów uwzględnienie również celu ustawy, jak i konsekwentnego posługiwania się w całym akcie prawnym pojęciem „wyboru najkorzystniejszej oferty”, nie zaś tylko samą definicją najkorzystniejszej oferty w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych doszedł do przekonania, że zaprezentowana przez Krajowa Izba Odwoławcza interpretacja przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych stoi w sprzeczności z zasadniczym celem ustawy Prawo zamówień publicznych, którym w świetle art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest wybór wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę, która nie podlega odrzuceniu, on zaś nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Stąd też, dokonując tej niewłaściwej interpretacji Krajowa Izba Odwoławcza naruszyła przepis art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie odwołania w oparciu o wadliwe przyjęcie braku istnienia przesłanek z art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W konsekwencji, rolą Sądu Okręgowego było wydanie orzeczenia merytorycznego w oparciu o treść art. 198f ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W myśl tego przepisu „w przypadku uwzględnienia skargi sąd zmienia zaskarżone orzeczenie i orzeka wyrokiem co do istoty sprawy, a w pozostałych sprawach wydaje postanowienie. Przepisy art. 192-195 stosuje się odpowiednio. Przepisu art. 386 § 4 ustawy z dnia 17 listopada 1964 roku - Kodeks postępowania cywilnego nie stosuje się”. Przywołać w tym miejscu należy treść wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 4 czerwca 2012 roku (sygn.. X Ga 216/12/ L.), że brak merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów samego odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą nie stanowi przeszkody do merytorycznego rozpoznania odwołania przez Sąd, gdyż stosownie do treści art. 198 f ust. 2 zd. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w postępowaniu skargowym nie stosuje się przepisu art. 386 § 4 k.p.c. Tym samym, nie jest dopuszczalne uchylene postanowienia i przekazanie odwołania Krajowej Izbie Odwoławczej. W każdym przypadku sąd okręgowy rozpoznający skargę na orzeczenie Krajowa Izba Odwoławcza staje się sądem meriti zobowiązanym do merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania, chyba że zachodzi podstawa określona w art. 189 f ust. 4 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Jeśli Krajowa Izba Odwoławcza odwołanie odrzuciła, to po rozpoznaniu skargi podważającej takie rozstrzygnięcie, sąd (w przypadku negatywnej oceny skargi) nie uchyla postanowienia Krajowa Izba Odwoławcza, aby ponownie odwołanie odrzucić, a wyłącznie merytorycznie skargę oddać. W sytuacji, gdy skarga ma wyłącznie wymiar formalny, to zarzuty formalne

stają się meritum. Sąd może więc uchylić orzeczenie Krajowa Izba Odwoławcza i merytorycznie rozpoznać odwołanie albo skargę oddalić.

Sąd Okręgowy rozważał nadto, czy w sprawie nie doszło do nieważności postępowania przed Krajowa Izba Odwoławcza a to z uwagi na fakt, iż Izba nie przeprowadziła rozprawy a tylko na posiedzeniu niejawnym dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, wynik których doprowadził do konstatacji o potrzebie odrzucenia odwołania. Ostatecznie Sąd Okręgowy uznał, że nie doszło do nieważności postępowania w rozumieniu i ze skutkiem o jakim mowa w art. 379 pkt 5 k.p.c. Odnótować należy, że nieważność postępowania wskutek pozbawienia strony możliwości obrony jej praw w rozumieniu wyżej wymienionego przepisu ma miejsce wówczas, gdy w następstwie naruszenia przez sąd przepisów postępowania strona, wbrew swej woli, została faktycznie pozbawiona możliwości działania, w szczególności zaprezentowania przed sądem swoich racji, przedstawienia swoich twierdzeń faktycznych, zgłoszenia dowodów na ich poparcie, odniesienia się do argumentów i dowodów prezentowanych przez stronę przeciwną, odniesienia się do przeprowadzonych już przez sąd dowodów. Naruszeniem prawa do obrony są takie uchybienia procesowe popełnione przez sąd, które w praktyce uniemożliwiają stronie podjęcie stosownej obrony. Stwierdzenie nieważności postępowania wymaga zatem w pierwszej kolejności rozważenia, czy w konkretnej sprawie nastąpiło naruszenie przepisów procesowych, a następnie - czy uchybienie to miało wpływ na możliwość działania strony oraz, czy pomimo zaistnienia tych dwóch przesłanek, strona mogła bronić swoich praw. Tylko przy kumulatywnym spełnieniu tych wszystkich elementów można mówić o prowadzącym do nieważności postępowania pozbawieniu strony możliwości obrony swoich praw. Sama tylko okoliczność, iż przed Krajowa Izba Odwoławcza doszło do rozpoznania sprawy na posiedzeniu niejawnym zamiast na rozprawie nie daje podstaw do wniosku, iż strona nie mogła brać i faktycznie nie brała udziału w sprawie. Sąd Okręgowy miał bowiem na względzie, że w sprawach toczących się w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych strony nie są pozbawione możliwości przedstawienia swojego stanowiska w formie pisemnej i taka też sytuacja miała miejsce w analizowanym przypadku. Badanie akt sprawy wykazało, że informacja o wyborze oferty została doręczona uczestnikom przetargu, skutkiem czego wszyscy oni mogli przedstawić swoje stanowiska. Ostatecznie odwołanie złożyło Przedsiębiorstwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S., w którego treści zawarło konkretne zarzuty poparte szczegółową argumentacją skierowaną przeciwko skarżonemu postanowieniu z dnia 30 listopada 2016 roku W efekcie sytuacja, w której strona nie mogła popierać dochodzonych żądań, nie zaistniała na gruncie tej sprawy.

Uznając zatem zasadność argumentacji zawartej w skardze Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i przyjęcie, że odwołanie Przedsiębiorstwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. zostało oparte na przesłance określonej w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych Sąd Okręgowy orzekł, co do istoty sprawy poprzez oddalenie odwołania.

W argumentacji wydanego rozstrzygnięcia podnieść należy, że zgodnie z art. 316 k.p.c., który ma w postępowaniu apelacyjnym odpowiednie zastosowanie (art. 391 § 1 k.p.c.) sąd wydaje wyrok, biorąc za podstawę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy. W rozumieniu tego przepisu stanem rzeczy są zarówno okoliczności faktyczne sprawy, jak również przepisy prawne. W kontekście powyższego nie uszło Sądowi Okręgowemu, że obecnym etapie postępowania doszło do zmiany stanu faktycznego, gdyż okazało się, że w wyniku postępowania o zamówienie publiczne została zawarta umowa z wykonawcą (...) Spółką Akcyjną w W. w okolicznościach dopuszczonych w ustawie. Fakt ten powoduje, że zasadniczo zdezaktualizowały się wnioski zawarte w odwołaniu, albowiem Sąd Okręgowy uwzględniając odwołanie mógłby jedynie wydać rozstrzygnięcie przewidziane w art. 192 ust. 3 pkt. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych, czyli stwierdzić, że doszło do naruszenia przepisów ustawy. Tyle tylko, że ani skarżący ani żaden z uczestników postępowania toczącego się przed Sądem Okręgowym nie złożyli żadnych wniosków dowodowych pozwalających zweryfikować zasadność zarzutów zawartych w odwołaniu. Wprawdzie Krajowa Izba Odwoławcza może dopuścić dowody z urzędu, lecz dotyczy to jedynie postępowania przed Izba. W postępowaniu przed sądem stosuje się przepisy o postępowaniu apelacyjnym odpowiednio, co oznacza, że sąd opiera się zasadniczo na materiale dowodowym zgromadzonym przed Krajową Izba Odwoławczą, przy czym dopuszczalne jest uzupełnienie postępowania dowodowego w toku postępowania skargowego w sytuacji, gdy Krajowa Izba Odwoławcza wadliwie pominęła dowody zawnioskowane przez uczestników postępowania ewentualnie

potrzeba przeprowadzenia tych dowodów nastąpiła zgodnie z odpowiednio stosowanym przepisem art. 381 k.p.c. dopiero na etapie postępowania skargowego. Zaznaczyć trzeba, że zgodnie z odpowiednio stosowanym art. 232 k.p.c. przeprowadzenie dowodów powinno nastąpić na wniosek strony, a wyjątkowo z urzędu. W analizowanej sprawie zarówno skarżący jak i pozostali uczestnicy postępowania skupili się na kwestii prawidłowości dokonanej przez Krajową Izbę Odwoławczą oceny dopuszczalności wniesionego odwołania, natomiast w zasadzie nie przedstawili twierdzeń ani dowodów pozwalających na merytoryczne zbadanie tego odwołania. W tym przypadku, stosownie do rozkładu ciężaru, to wykonawcę wnoszącego odwołanie należało obciążyć niekorzystnymi skutkami zaniechania złożenia odpowiednich wniosków dowodowych. Sąd Okręgowy nie miał bowiem zasadniczo podstaw do przyjęcia, że zarzuty zawarte w odwołaniu zostały wykazane. W szczególności brak było podstaw do stwierdzenia, że oferta złożona przez (...) Spółkę Akcyjną w W. nie była zgodna była ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, skoro na etapie Krajowa Izba Odwoławcza nie przeprowadziła dowodów z powyższych dokumentów zaś ani skarżący ani inni uczestnicy postępowania nie podnieśli w tym zakresie zarzutów naruszenia prawa procesowego ani nie ponowili powyższych wniosków dowodowych w postępowaniu skargowym. Powyższe zaniechanie skutkowało musiałoby oddaleniem odwołania. Niezależnie od tego i niejako na marginesie, Sąd Okręgowy wskazuje, że nawet gdyby przyjął za prawdziwe twierdzenia zawarte w odwołaniu co do okoliczności faktycznych tam podnoszonych a związanych z treścią SIWZ i ofertą, to nie było to wystarczające do przyjęcia, że rzeczywiście doszło do naruszenia przepisów postępowania przez zamawiającego, które miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W szczególności nie sposób uznać, że niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia była na tyle istotna, że powinna skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych. W argumentacji odwołania skarżący podniósł, że oferta wybranego oferenta wskazuje, że zaoferował on 300 sztuk leżaków dziecięcych, tymczasem po zmianie nr 4 do SIWZ ilość ta powinna łącznie wynosić 150 sztuk, a ponadto nie zaoferował on dostawy elementów wyposażenia meblowego wskazanych w pozycjach 21, 22, 25 i 29 zmodyfikowanego zestawienia mebli dziecięcych oraz dostawy zabudów w kształcie domku. Tym niemniej w kontekście całej specyfikacji były to pozycje nieznaczące. W skali oferty nie można więc wykluczyć, że zamawiający w trybie dopuszczalnym przez ustawę Prawo zamówień publicznych [vide art. 87 tejże ustawy] mógłby żądać wyjaśnień od oferenta i doprowadzić do skorygowaniu oferty, skoro finalnie kwota zaoferowana przez wykonawcę była kwotą znacznie niższą aniżeli przewidział to zamawiający.

Tak argumentując, Sąd Okręgowy na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. w związku z art. 198a ust.2 ustawy – Prawo zamówień publicznych orzekł jak w punkcie I. sentencji.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. w związku z art. 198a ust.2 ustawy – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyników postępowania. Sąd Okręgowy uznał, że brak podstaw do uwzględnienia wniosku zamawiającego o zasądzenie kosztów postępowania skargowego od skarżącego, skoro skarżący nie wskazywał kierunku rozstrzygnięcia, a tylko wnosił o merytoryczne rozpoznanie sprawy, co de facto nastąpiło. Tym samym nie można go uznać za przegrywającego postępowania. Wniosek wykonawcy nie mógł zostać uwzględniony, albowiem wykonawca ostatecznie postępowanie przegrał, gdyż jego odwołanie zostało oddalone. Z tych względów orzeczono jak w punktach II i III sentencji.

Na podstawie art. 113 ust. 4 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych Sąd Okręgowy odstąpił od obciążania wykonawcy nieuiszczonymi kosztami sądowymi w postępowaniu skargowym z uwagi na to, że skargę wniósł Prezes Urzędu Zamówień Publicznych działając w interesie publicznym i w związku z tym pomimo tego, że wynik postępowania był dla niego ostatecznie niekorzystny, to jednak nie można obciążać wykonawcę kosztami postępowania skargowego, które zostało wywołane wadliwym orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej.

Z powyższych przyczyn orzeczono jak w punkcie IV sentencji.

SSO Małgorzata Czerwińska SSO Tomasz Sobieraj SSO Marzenna Ernest