

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 maja 2017 r.

Sąd Okręgowy w W. XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący:	SSO Paweł Kieta (spr.)
Sędziowie:	SO Bernard Litwiniec SO Tomasz Szczurowski
Protokolant:	sekr.sadowy Wioleta Żochowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2017 r. w Warszawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem:

zamawiającego: **Centrum (...)**

odwołującego (...) **spółki akcyjnej w W.**

na skutek skargi: **Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w W.**

od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 4 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 2411/16

I. zmienia zaskarżone postanowienie w całości w ten sposób, że w pkt 1 uwzględnia odwołanie i stwierdza naruszenie art. 7 ust.1 w zw. z art. 89 ust.1 pkt 2 i 4 oraz art. 180 ust.2 pkt 6) w zw. z art. 11 ust.8 ustawy z dnia 24 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych i w pkt 2 zasądza od Centrum (...) na rzecz (...) spółki akcyjnej w W. 7 500 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) tytułem kosztów postępowania odwoławczego,

II. nie obciąża Centrum (...) kosztami postępowania skargowego.

SSO Bernard Litwiniec	SSO Paweł Kieta	SSO Tomasz Szczurowski
-----------------------	-----------------	------------------------

Sygn. akt XXIII Ga 165/17

UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 4 stycznia 2017 r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt KIO 2411/16 w przedmiocie odwołania wniesionego przez (...) Spółkę Akcyjną w W. w pkt I odrzuciła odwołanie, w pkt 2 kosztami postępowania

obciążyla (...) Spółkę Akcyjną w W. i zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza oparła swoje rozstrzygnięcie na następujących ustaleniach faktycznych i rozważaniach:

W dniu 16 grudnia 2016 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną Odwołującemu - (...) S.A. z siedzibą w W. zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania - wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez (...) sp. z o.o. (dalej także: (...)) z siedzibą w W.. W dniu 21 grudnia 2016 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty (...).

Odwołujący zarzucił w związku z tym Zamawiającemu naruszenie:

1. art 89 ust. 1 pkt 2 - przez zaniechanie odrzucenia oferty (...), która nie odpowiada treści SIWZ w zakresie:
a) niezaoferowania licencji oprogramowania standardowego (narzędziowego, systemowego, bazodanowego, etc), pomimo że bez jego instalacji realizacja przedmiotu zamówienia nie będzie możliwa; b) zaoferowania rozwiązania, którego rozbudowa/modyfikacja w zakresie określonym dla Etapu I nie jest możliwa w zaoferowanym przez Wykonawcę terminie 30 dni; c) zaoferowania rozwiązania, którego podstawą ma być system dystrybuowany przez producenta na warunkach niespełniających określonych w § 11 wzoru umowy wymagań w części dotyczącej praw własności intelektualnej.
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 - przez zaniechanie odrzucenia oferty (...), pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia i wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Odrzucenia oferty (...) z uwagi na to, że nie odpowiada treści SIWZ, a nadto zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
3. Powtórzenia czynności oceny złożonych ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że postępowanie prowadzone przez Zamawiającego ma wartość poniżej tzw. progów unijnych. O skuteczności wniesienia przedmiotowego odwołania decyduje ocena dopuszczalności podniesienia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy, które to zaniechanie jest istotą sporu. Z powodu braku tego typu czynności w zamkniętym katalogu zawartym w art. 180 ust. 2 Pzp, wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 189 ust. 2 Pzp, nie przyznano ochrony prawnej w postaci odwołania wobec takiej decyzji prowadzącego postępowanie.

Analiza znowelizowanego art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp prowadzi zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej do wniosku, że zakres zastosowania tego przepisu nie obejmuje zaniechania czynności odrzucenia oferty, a jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Stąd art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp dopuszcza zakwestionowanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest najkorzystniejsza w świetle określonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert (nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu art. 2 pkt 5 Pzp).

Za prezentowanym rozumieniem normy art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp przemawia w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej przede wszystkim wykładnia językowa tego przepisu. Przypisywanie, iż na wybór najkorzystniejszej oferty składają się również jakieś czynności uprzednie, dotyczące kwalifikacji ofert, czy wykonawców, w celu prawidłowego ustalenia kręgu ofert, spośród których dokonywany jest wybór, nie znajduje oparcia w samym językowym znaczeniu terminu i jako takie wymaga innych niż językowe zabiegów interpretacyjnych. Tym samym literalne brzmienie przepisu dotyczy li tylko możliwości kwestionowania wyboru sensu stricte, a więc uznania za najkorzystniejszą ofertę, która nie jest najkorzystniejsza spośród ofert, pomiędzy którymi wybór jest dokonywany (najkorzystniejsza w świetle określonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert - w rozumieniu art. 2 pkt 5 Pzp).

Definicja wyboru najkorzystniejszej oferty wynika pośrednio z art. 91 ust. 1 Pzp, który stanowi, że Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Wybór oferty najkorzystniejszej należy więc rozumieć jako czynność Zamawiającego polegającą na ocenie ofert przy zastosowaniu określonych w SIWZ kryteriów i ustalenie, która ze złożonych ofert jest najkorzystniejsza według tych kryteriów. Zdaniem Izby tylko tak rozumiany wybór oferty najkorzystniejszej może być przedmiotem odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego wartość jest mniejsza niż tzw. progi unijne. Pojęcia, czy w tym przypadku czynności, wyboru najkorzystniejszej oferty nie definiuje bynajmniej tytuł rozdziału 4 ustawy: „Wybór najkorzystniejszej oferty”. W rozdziale tym pomieszczonych jest szereg norm odnoszących się do różnych czynności, które nie składają się na wybór najkorzystniejszej oferty i siłą rzeczy nie mogą go stanowić. Są to np. normy dotyczące przygotowania postępowania (dopuszczenie składania ofert wariantowych - art. 83 Pzp), uprawnień wykonawcy (art. 84 Pzp), przepisy techniczne dotyczące otwarcia czy przechowywania ofert, obowiązki informacyjne związane z udzieleniem zamówienia etc. Ponadto szereg czynności, które zamawiający musi bezwzględnie przeprowadzić, i które mają składać się na dynamiczny proces badania ofert oraz decydują o ważności umowy w sprawie zamówienia, regulowane jest poza ww. rozdziałem. Są to np. kwestie podmiotowej kwalifikacji wykonawcy składającego ofertę i jego wykluczenia z postępowania.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej za powyższym stanowiskiem przemawia również fakt, że w wyniku wspomnianej nowelizacji z 22 czerwca 2016 r. o wiele większego znaczenia nabrały pozacenowe kryteria oceny ofert (np. kwalifikacje i doświadczenie osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, aspekty społeczne, jakościowe, innowacyjne), których stosowanie jest w większości przypadków obowiązkowe. W rezultacie większego znaczenia nabrał zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Dodanie w art. 180 ust. 2 Pzp możliwości zaskarżenia wyboru oferty najkorzystniejszej uwzględnia powyższą zmianę, która spowodowała, że czynność ta jest obecnie obciążona większym niż dotychczas ryzykiem naruszenia przepisów ustawy Pzp, co czyni poddanie jej weryfikacji w drodze środków ochrony prawnej bardziej uzasadnione.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej pod pojęciem „czynność wyboru oferty najkorzystniejszej” nie może się kryć ani czynność odrzucenia oferty odwołującego, ani czynność wykluczenia odwołującego z postępowania, gdyż wówczas objęcie tych samych czynności dyspozycją pkt 3 i 4 tegoż artykułu ustawy Pzp byłyby zbędne. Nie sposób twierdzić bowiem, że racjonalny ustawodawca działający zgodnie z zasadami prawidłowej legislacji, chcąc dopuścić możliwość wnoszenia odwołań zarówno wobec odrzucenia własnej oferty, jak i zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy, pierwszą z tych możliwości przewidział w odrębnej podstawie prawnej, wprost tę czynność wskazując (pkt 4), a drugą z niewiadomych powodów ukrył w przesłance dotyczącej wyboru oferty najkorzystniejszej (pkt 6). Nie należy zatem domniemywać, że „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” obejmuje zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania innych wykonawców lub odrzucenia ich ofert. Gdyby zamiarem ustawodawcy nie było ograniczenie odwołań na podstawie punktu 6 wyłącznie do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty sensu stricto, zbędne byłoby określanie pozytywnego katalogu czynności podlegających zaskarżeniu w postępowaniach poniżej progów. Jeśli bowiem przyjąć, że zaskarżeniu w ramach zaskarżenia wyboru oferty najkorzystniejszej podlega każda czynność i każde zaniechanie poprzedzające ten wybór i rzutujące na określenie kręgu ofert, spośród których wybór jest dokonywany, to co do zasady zaskarżeniu podlegałyby wszystkie czynności i zaniechania zamawiającego w postępowaniu, które miały miejsce między złożeniem ofert a wyborem oferty najkorzystniejszej i wpływały na ważność umowy w sprawie zamówienia. Ponadto dostrzeżenia wymaga, że przepis art. 180 ust. 2 Pzp ma charakter wyjątku od zasady. W przeciwieństwie do postępowań powyżej progów, w przypadku postępowań tzw. podprogowych zasadą jest to, że odwołanie nie przysługuje. O intencjach ustawodawcy świadczy nieprzypadkowo użyte w art. 180 ust. 2 Pzp słowo „wyłącznie”. Skoro katalog czynności, wobec których odwołanie przysługuje, nadal ma charakter wyjątku od zasady, nie może on być interpretowany rozszerzająco.

W art. 180 ust. 2 Pzp była i jest mowa wyłącznie o tym, że odwołanie w postępowaniach tzw. podprogowych służy wyłącznie wobec czynności, zaś nie wspomina się o zaniechaniach zamawiającego. Przewidziany w art. 180 ust. 2 Pzp katalog przesłanek zawsze miał charakter pozytywny, odnosił się do czynnego zachowania zamawiającego, nie wspominał zaś o jego o możliwych zaniechaniach. Sytuacja ta nie uległa zmianie w wyniku ostatniej nowelizacji ustawy

Pzp. Nadal ustawodawca koncentruje się na zachowaniach zamawiającego o charakterze czynnym, które doprowadziły do danego wyniku postępowania, nie wspomina o zaniechaniach.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego charakteryzują się fazowością. W pierwszej kolejności weryfikacji podlega spełnienie przesłanek podmiotowych warunkujących udział wykonawcy w procedurze przetargowej, o których traktuje art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Jeżeli wykonawca nie wykaże spełnienia wyznaczonych warunków podmiotowych, z mocy prawa jego oferta uznaje się za odrzuconą w oparciu o art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. W następnej kolejności zamawiający weryfikuje treść oferty w odniesieniu do wymagań przedmiotu zamówienia. Jeżeli istotna treść oferty nie jest zgodna z treścią istotnych warunków zamówienia - oferta podlega obowiązkowemu odrzuceniu w myśl dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Oferty zweryfikowane pozytywnie (nie biorąc pod uwagę tzw. procedury odwróconej wprowadzonej omawianą nowelizacją) - poddawane są czynnościom wyboru najkorzystniejszej oferty w wyznaczonych kryteriach, do której odnosi się przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Każde z przywoływanych określeń: „wykluczenie wykonawcy z postępowania”, „odrzucenie oferty” oraz „wybór najkorzystniejszej oferty” ma swoją odrębną treść normatywną i ugruntowane w praktyce znaczenie - jednoznacznie rozumiane przez wykonawców oraz zamawiających. Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2016 r. poz. 1128) w załączniku 1., dotyczącym najczęściej stosowanego trybu przetargu nieograniczonego, w pozycjach 15, 17 oraz 18 wyraźnie rozróżnia czynności wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza poddała analizie treść art. 92 ust. 1 Pzp i wskazała, że ustawodawca odrębnie wypowiada się o wyborze oferty najkorzystniejszej (pkt 1), wykluczeniach (pkt 2), odrzuceniach (pkt 3), jednocześnie w świetle nowelizacji zamawiający nie ma już obowiązku jednoczesnego informowania o tych czynnościach. Zatem znacznie częściej Zamawiający będzie odrzucał oferty czy wykluczał wykonawców zanim wybierze ofertę najkorzystniejszą. Trudno uznać, że pod pojęciem „wybór oferty najkorzystniejszej” mieści się „zaniechanie czynności odrzucenia”, „zaniechanie czynności wykluczenia” w sytuacji, gdy zamawiający nie dokona jeszcze czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie jest dopuszczalne różne rozumienie wyboru najkorzystniejszej oferty w trybach dwustopniowych i jednostopniowych.

Reasumując Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że 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 testu racjonalnego ustawodawcy. Przy przyjęciu takiej wykładni poza zakresem zaskarżenia w postępowaniach podprogowych pozostawałoby de facto unieważnienie postępowania - gdyby taki właśnie był zamiar ustawodawcy, art. 180 ust. 2 Pzp zostałby sformułowany inaczej. Nie wszystkie czynności zamawiających, dokonywane w postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych, muszą podlegać kontroli w ramach istniejącego systemu środków ochrony prawnej. System zamówień publicznych działa w ten sposób dość sprawnie od bardzo dawna, a ponadto istnieją rozmaite mechanizmy kompensujące wyłączenia pewnego zakresu czynności z systemu środków ochrony prawnej (np. działania licznych instytucji kontrolnych).

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie 2 w zw. z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp odrzuciła odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), obciążając Odwołującego tymi kosztami, na które złożył się uiszczony przez niego wpis od odwołania.

Od powyższego orzeczenia, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wniósł skargę, zaskarżając postanowienie w całości.

Zaskarżonemu postanowieniu 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 zakres odwołania w postępowaniach o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp powoduje niemożność przyjęcia, iż zaskarżeniu odwołaniem podlega wybór najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu lub która winna była zostać przez zamawiającego odrzucona, podczas gdy prawidłowa wykładnia ww. przepisów prowadzi do wniosku, iż zaskarżeniu odwołaniem w tych postępowaniach podlega niezgodny z przepisami ustawy Pzp wybór najkorzystniejszej oferty, którego wadliwość polega na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy, który taką ofertę złożył lub na zaniechaniu odrzucenia oferty, która winna była zostać przez zamawiającego 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 skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez merytoryczne rozpoznanie odwołania wykonawcy (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W., rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 192 ust. 10 w zw. z art. 198f ust. 5 in fine ustawy Pzp oraz nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego (art. 102 k.p.c.).

Pełnomocnik zamawiającego na rozprawie w dniu 29 marca 2017 r. wniósł o oddalenie skargi.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga zasługiwała na uwzględnienie w całości co skutkowało zmianą zaskarżonego postanowienia.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do kwestii dopuszczalności wniesienia odwołania należało zważyć, że wartość zamówienia nie przekraczała kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. W przypadku takich zamówień, określanych mianem podprogowych, podstawy faktyczne odwołania zostały wyczerpująco uregulowane w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. 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: 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 odrzucając odwołanie (...) Spółkę Akcyjną w W. stanęła na stanowisku, że skoro odwołujący sformułował w odwołaniu zarzut wybrania oferty, którą zamawiający zobowiązany był odrzucić, to w istocie dążył w ten sposób do zakwestionowania zaniechania odrzucenia oferty, zaś zakres zastosowania przywołanego przepisu nie obejmuje zaniechania czynności odrzucenia oferty.

Sąd Okręgowy nie podzielił powyższego poglądu z następujących przyczyn.

Analizowany przepis należało poddać ocenie nie tylko w świetle wykładni językowej, ale również funkcjonalnej jak i celowościowej. Nie bez znaczenia jest zatem okoliczność, iż kwestionowany przepis dodano po to, aby w tzw. postępowaniach podprogowych istniały podstawy do odwołania się i kontroli od najbardziej istotnych decyzji w toku postępowania o zamówienie publiczne. Oczywistym jest, że czynność zamówienia najkorzystniejszej oferty która winna być odrzucona narusza interes odwołującego. Należy zauważyć, że pojęcie czynności oznacza zarówno działanie jak i zaniechanie działania. 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 był wcześniej wadliwy. 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. W ocenie Sądu Okręgowego zarówno wykładnia językowa jak i celowościowa analizowanego przepisu nie daje podstaw do wartościowania i oceny podstaw do wyboru oferty najkorzystniejszej. U podstaw takiej decyzji może leżeć każde zdarzenie niezgodne z prawem, a odwołanie takie uznać należy dopuszczalne.

Skarżący słusznie wskazuje, że 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 Pzp przeprowadzeniu przez zamawiającego faz poprzedzających ten wybór. Natomiast stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w zaskarżanym postanowieniu, sprowadza się do całkowitego rozdzielenia czynności badania ofert od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Należy zgodzić się ze skarżącym, że poprzez odmówienie wykonawcom prawa do wnoszenia odwołania na wybór oferty, która powinna być przez zamawiającego odrzucona, Krajowa Izba Odwoławcza pozbawia wykonawców możliwości weryfikacji przez wyspecjalizowany organ odwoławczy fazy badania i oceny ofert, która doprowadziła do niezgodnego z przepisami ustawy Pzp wyboru oferty, co nie znajduje akceptacji Sądu Okręgowego. 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 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. 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 zatem w sprzeczności z celem ustawodawcy. Nie można wybrać najkorzystniejszej oferty, która podlega wykluczeniu w świetle przepisów prawa i wykluczyć możliwość odwołania na podstawie takiej przyczyny. Wyniki takiej wykładni wykluczałyby dopuszczalność odwołań w szeregu przypadków wadliwego i niezgodnego z prawem wyboru oferty najkorzystniejszej. Natomiast zamysłem ustawodawcy wprowadzenie zmiany miało chronić interes wykonawcy i poszerzyć katalog przypadków, kiedy można złożyć odwołanie. Kierunek wykładni reprezentowany w zaskarżonym postanowieniu jest zatem sprzeczny także z wykładnią celowościową analizowanych przepisów.

Reasumując tę część rozważań, zdaniem Sądu Okręgowego nie sposób uznać, iż odwołanie dotyczy czynności nieobjętej katalogiem z art. 180 ust. 2 pkt 6) Pzp, i z tego względu jest niedopuszczalne. W ocenie Sądu Okręgowego dokonując wykładni art. 180 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, zaskarżeniu odwołaniem w postępowaniach przed Krajową Izbą Odwoławczą 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 zaniechanie 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.

Przechodząc zatem do kwestii merytorycznych, oceny zasadności wniesionego odwołania należy zauważyć, że odwołujący zarzucił zaniechanie odrzucenia oferty (...), która nie odpowiada treści SIWZ w zakresie: niezaoferowania licencji oprogramowania standardowego, pomimo że bez jego instalacji realizacja przedmiotu zamówienia nie będzie możliwa, zaoferowania rozwiązania, którego rozbudowa/modyfikacja w zakresie określonym dla Etapu I nie jest możliwa w zaoferowanym przez Wykonawcę terminie 30 dni, zaoferowania rozwiązania, którego podstawą ma być system dystrybuowany przez producenta na warunkach niespełniających określonych w § 11 wzoru umowy wymagań

w części dotyczącej praw własności intelektualnej, a także zaniechanie odrzucenia oferty (...), pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Sąd Okręgowy po zapoznaniu się z całokształtem materiału dowodowego związanego z odwołaniem, uwzględniając oświadczenia złożone w toku postępowania przed Sądem Okręgowym ocenił, iż wybór oferty za realizację zamówienia został dokonany z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Zarzuty odwołującego w zasadniczej mierze okazały się zasadne.

Sąd Okręgowy nie podzielił argumentacji odwołującego związanej z brakiem spełnienia przez oferenta (...) wymogów dotyczących praw własności intelektualnej. Odwołujący zarzucił brak możliwości wykonawcy dochowania wymagań dotyczących przekazania przez producenta praw własności intelektualnej do oferowanego rozwiązania, niezaoferowanie licencji programowania. Odnosząc się zatem do kwestii uzyskania licencji, w ocenie Sądu Okręgowego okoliczność ta została szczegółowo wyjaśniona przez (...). Wyjaśnienia udzielone na żądanie zamawiającego są logiczne i adekwatne. Z uwagi na to, że przedmiotowe kwestie są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, należało ograniczyć wywody do wskazania, iż z wyjaśnień tych wynika, że możliwym było otrzymanie licencji, tak jak wskazał to (...).

Odnosząc się do zarzutu braku możliwości zachowania wyznaczonego przez oferenta terminu należy zauważyć, że odwołujący wskazywał, że w sytuacji w której wdrożenie pierwszego etapu prac polega na dostarczeniu znacznej części funkcjonalności systemu, nie ma żadnych możliwości zrealizowania tych prac w założonym przez oferenta terminie w 30 dni, tak aby system spełnił wymagania zamawiającego. W treści wyjaśnień złożonych przez (...) wynika sposób wykonywania technicznego, tj. oferent wskazuje w jaki sposób wykona określone zadania, jednakże nie wskazuje, że posiadane możliwości techniczne, na które się powołuje, przekładają się na określone terminy. Złożone wyjaśnienia pozbawione są przełożenia czasowego. Zauważenia wymaga, że czas przedstawiony w ofercie (...) jest diametralnie różny od pozostałych ofert. W takiej sytuacji oferent powinien położyć nacisk na wyjaśnienie właśnie tej okoliczności tj. tak drastycznej różnicy czasowej, czego nie uczynił. W ocenie Sądu Okręgowego okoliczność ta nie została w sposób dostateczny i przekonujący wyjaśniona przez oferenta, a udzielone wyjaśnienia pozbawione są konkretów. W tej sytuacji zamawiający winien powziąć uzasadnione wątpliwości, co do możliwości dochowania tego terminu przez oferenta. W tym miejscu zauważenia wymaga, iż w toku niniejszego postępowania zamawiający w piśmie z dnia 7 marca 2017 r. odstąpił od umowy zwartej z (...) oraz wskazał, że:

- 1) do dnia złożenia przedmiotowego oświadczenia wykonawca nie zrealizował I Etapu umowy, tj. nie przekazał zamawiającemu produktu umożliwiającego przeprowadzenie zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego i ograniczonego;
- 2) przekazany produkt nie umożliwia przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego i ograniczonego zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień;
- 3) przekazany produkt nie zawiera funkcjonalności dotyczących komisji przetargowej;
- 4) przekazany produkt nie spełnia innych wymagań zamawiającego opisanych w umowie i zawiera wady, których szczegółowy wykaz został opisany w protokole odbioru stanowiącym załącznik nr 1 do niniejszego pisma,
- 5) w ocenie zamawiającego - mając na uwadze dotychczasowy przebieg realizacji zamówienia - nie ma możliwości prawidłowej i terminowej realizacji całego zamówienia w terminie umożliwiającym Zamawiającemu prowadzenie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego z wykorzystaniem platformy elektronicznej.

W protokole odbioru z dnia 7 marca 2017 r. wskazano, że zamawiający nie przyjął przedstawionego do odbioru przedmiotu umowy, a przekazany do odbioru produkt (wersja systemu S. (...) nr (...)) nie posiada funkcjonalności oraz nie spełnia wymagań wspólnych, posiada wady wyszczególnione w treści protokołu.

Treść wskazanych dokumentów (oświadczenia o odstąpieniu od umowy oraz protokołu odbioru) potwierdza zasadność stanowiska odwołującego, który wskazywał, iż wykonawca nie jest w stanie dotrzymać terminu wykonania I etapu prac. Nie ulega wątpliwości, iż wykonawca nie zrealizował I etapu umowy, spowodowało to odmowę dokonania odbioru prac oraz złożenie przez zamawiającego oświadczenia o dostąpieniu od umowy. Zauważenia wymaga, iż dostrzeżone przez zamawiającego braki w przekazanym do odbioru produkcie, pokrywają się zasadniczo z zarzutami odwołującego podniesionymi w odwołaniu.

Odwołujący podniósł również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp należy zatem wskazać, że za rażąco niską powinna być uznana cena niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień, odbiegająca od cen przyjętych, wskazująca na fakt realizacji poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, robót budowlanych. Ceną rażąco niską będzie zatem cena znacząco odbiegająca od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Wybrany wykonawca zaoferował zamawiającemu wykonanie umowy za cenę 253.320 zł brutto, co stanowiło ok. 30% szacunkowej wartości zamówienia. Odwołujący zarzucił, że jest to cena nierealistyczna, która nie pozwala na pokrycie kosztów wykonania zamówienia. Zamawiający zażądał od oferenta wyjaśnień w tym zakresie.

Argumenty oferenta (...) nie przekonały Sądu Okręgowego. Należy wskazać, że wykonawca powinien nie tylko udzielić stosownych wyjaśnień odnośnie wysokości zaoferowanej ceny, ale również poprzeć je dowodami. Takich dowodów (...) nie przedstawił. Nie ulega wątpliwości, iż wykonawca zaoferował bardzo krótki termin wykonania prac, co przekłada się na niższą cenę. Wskazany przez niego termin wykonania I etapu prac okazał się nierealny. Wykonawca błędnie oszacował swoje możliwości wytwórcze. Urealnienie tego terminu, wydłużenie prac, a zatem również zaangażowanie środków, zespołu projektowego, powoduje zwiększenie kosztów pracy i niewątpliwie zwiększenie całego kosztu wykonania zamówienia. Prowadzi to do wniosku, iż wskazana przez wykonawcę cena odbiega od realiów rynkowych. Oceny tej nie zmienia wyliczenie wykonawcy w zakresie kosztu licencji, objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

W ocenie Sądu Okręgowego, na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego zasadnym jest uznanie, że kwota zaproponowana przez (...) jest ceną rażąco niską.

Reasumując odwołanie wniesione przez (...) Spółkę Akcyjną w W. zasługiwało na uwzględnienie. W ocenie Sądu Okręgowego niniejszej sprawie miało miejsce naruszenie przepisów art. 7 ust.1 w zw. z art. 89 ust.1 pkt 2 i 4 oraz art. 180 ust.2 pkt 6) w zw. z art. 11 ust.8 Pzp. Sąd rozpoznając odwołanie powinien nakazać zamawiającemu unieważnienie czynności polegających na dokonaniu oceny złożonych ofert oraz dokonaniu wyboru jak najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny złożonych ofert a także wykluczenie wykonawcy i odrzucenie jego oferty jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz w konsekwencji wyboru ponownej oferty najkorzystniejszej. Jednakże w niniejszej sprawie umowa została zawarta. Jak już wskazano, w toku niniejszego postępowania zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy z dniem 7 marca 2016 r. Pełnomocnik zamawiającego na rozprawie w dniu 29 marca 2017 r. wskazał, że oferent w dalszym ciągu domaga się zapłaty. W niniejszej sprawie istotnym było, że do zawarcia umowy doszło, rozpoczęto jej wykonywanie, natomiast ocena skuteczności wskazanego oświadczenia nie stanowiła przedmiotu niniejszej sprawy. Należało zatem ocenić słuszność wywiedzionych przez odwołującego zarzutów, uwzględnić odwołanie i stwierdzić naruszenie ww. przepisów ustawy.

Z tych wszystkich względów Sąd Okręgowy, na podstawie art.198 f ust. 2 ustawy Pzp, zmienił zaskarżone postanowienie w całości w ten sposób, że w pkt 1 uwzględnił odwołanie i stwierdził naruszenie art. 7 ust.1 w zw. z art. 89 ust.1 pkt 2 i 4 oraz art. 180 ust.2 pkt 6) w zw. z art. 11 ust.8 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 198 f ust. 5 Pzp stosownie do jego wyniku. Na koszty te złożył się wpis od odwołania w wysokości 7 500 zł uiszczony przez odwołującego. Odwołanie zostało w całości uwzględnione, należało zatem zasądzić wskazaną kwotę od zamawiającego na rzecz odwołującego.

O kosztach postępowania skargowego Sąd Okręgowy orzekł zgodnie z wnioskiem zawartym w skardze Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i odstąpił od obciążenia strony przegrywającej kosztami postępowania skargowego, zgodnie

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

SSO Paweł Kieta SSO Bernard Litwiniec SSO Wiktor Piber