

Sygn. akt XXIII Ga 365/17

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 kwietnia 2017 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący: SSO Bernard Litwiniec

Sędziowie: SO Wiktor Piber (spr.)

SO Paweł Kieta

Protokolant: Prot. Sąd. Arkadiusz Bogusz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 kwietnia 2017 r. w Warszawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego  
z udziałem:

zamawiającego: (...) W.

odwołującego: (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. przystępującego do postępowania po stronie zamawiającego: (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej w W. na skutek skargi: **Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych**

od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie z dnia 31 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 115/17

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 6) i art. 91 ust.1 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 (...) W. na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. 10.000 zł (dziesięć tysięcy złotych) tytułem kosztów postępowania odwoławczego,

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

SSO Paweł Kieta SSO Bernard Litwiniec SSO Wiktor Piber

**Sygn. akt XXIII Ga 365/17**

## UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 31 stycznia 2017 r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt KIO 115/17 w przedmiocie odwołania wniesionego przez Park- (...) sp. z o.o. w S. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego (...) W.- (...) o udzielenie zamówienia publicznego pn. Wykonanie robót budowlanych i ogrodnich w celu wdrożenia dwóch zwycięskich projektów z II edycji Budżetu Partycypacyjnego (...) oraz „(...) - wymiana betonowej nawierzchni między jezdniami pl. (...) na zieleniec”, w pkt I odrzuciła odwołanie, w pkt 2 kosztami postępowania obciążyła (...) sp. z o.o. i zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

Zamawiający (...) W. - (...) - prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) dalej także : Pzp, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Wykonanie robót budowlanych i ogrodnich w celu wdrożenia dwóch zwycięskich

projektów z II edycji Budżetu Partycypacyjnego (...) oraz „(...) - wymiana betonowej nawierzchni między jezdniami pl. (...) na zieleniec”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 21 listopada 2016 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr (...) -2016. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. W dniu 16 stycznia 2017 r. odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty (...) Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w W..

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

a) art. 7 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez nieodrzuconie oferty złożonej przez wykonawcę (...) Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w W. jako oferty, która zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu niewłaściwej (zaniżonej) stawki podatku VAT;

b) art. 82 ust. 3 ustawy Pzp poprzez uznanie, że treść oferty (...) Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w W., wybranej jako oferta najkorzystniejsza, odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie przedmiotowego postępowania;

c) art. 91 ust. 1 Pzp poprzez: 1) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy (...) Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w W., która powinna zostać odrzucona i nie powinna podlegać ocenie, 2) zaniechanie wyboru oferty Odwołującej jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie ofert oraz wyborze oferty wykonawcy (...) Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w W. jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, b) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy (...) Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w W. z powodu złożenia oferty, która zawiera błąd w obliczeniu ceny, skutkujący koniecznością odrzucenia oferty tego wykonawcy, c) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania ofert w sposób zgodny z przepisami prawa zamówień publicznych oraz wyboru oferty Odwołującej się (...) Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. 2. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wnioskowanych, 3. Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującej zwrotu kosztów postępowania według norm przepisanych;

W dniu 19 stycznia 2017 r. do Prezesa Izby wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez (...) sp. z o.o. spółka komandytowa przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że postępowanie prowadzone przez Zamawiającego ma wartość poniżej tzw. progów unijnych. Odwołanie dotyczy zaniechania odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą, pomimo, że według Odwołującego powinna ona zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, z powodów sprecyzowanych w odwołaniu.

Zaznaczyć należy, że 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.

Krajowa Izba Odwoławcza stanęła na stanowisku że, zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp Izba odrzuca odwołanie jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 Pzp. Z kolei w powołanym art. 180 ust. 2 Pzp - w brzmieniu nadanym ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r. - wskazano, że w postępowaniu o wartości mniejszej 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.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej 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). 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.

Do takiego wniosku prowadzi również analiza art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp na tle innych przepisów określających możliwość wnoszenia odwołań w postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych oraz wykładnia tych przepisów z uwzględnieniem domniemania racjonalności ustawodawcy. Ustawodawca zdecydował się wprowadzić nową przesłankę, zgodnie z którą w postępowaniach tzw. 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 przysługuje wobec czynności odrzucenia wyłącznie oferty odwołującego i czynności wykluczenia wyłącznie odwołującego z postępowania. Stąd 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. Nie jest to konieczne dla właściwej interpretacji przesłanki z pkt 6, która ma określony zakres zastosowania, służy mianowicie zakwestionowaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest najkorzystniejsza, gdyż nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała

albo nie jest ofertą z najniższą ceną lub kosztem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub koszt, czyli nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu definicji z art. 2 pkt 5 Pzp.

Natomiast rozszerzająca interpretacja pkt 6 oraz użytego tam pojęcia wybór najkorzystniejszej oferty prowadzi do konstatacji o zbędności przepisu punktu 4 art. 180 ust. 2 Pzp - w takim przypadku wybór najkorzystniejszej oferty byłby przecież równie nieprawidłowy i możliwy do zakwestionowania li tylko na podstawie pkt 6, jeżeli niesłusznie odrzucona zostałaby oferta odwołującego (nie byłoby przy tym wcale potrzeby podnoszenia tej okoliczności wcześniej, na etapie dokonywania czynności, których sekwencyjność umożliwiła na nowo ukształtowaną procedurę udzielania zamówienia). Racjonalny ustawodawca posługuje się metodami legislacji w najprostszy i najbardziej klarowny sposób zapewniającymi zamierzony efekt regulacyjny, nie dublując przy tym regulacji o takim samym znaczeniu normatywnym (pkt 4 zawiera się w pkt 6).

Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że 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. Wykładnia rozszerzająca sprowadza się w tym przypadku w swej logicznej konsekwencji do stanowiska, że wszystkie czynności zamawiającego związane z oceną wniosków lub ofert, oprócz unieważnienia postępowania, zmierzają bezpośrednio do wyboru oferty. W takiej sytuacji racjonalny ustawodawca nie określałby tego katalogu pozytywnie, ale negatywnie wskazał, od czego odwołanie nie przysługuje. W praktyce byłoby to tylko unieważnienie postępowania. Żadne inne czynności czy zaniechania zamawiającego, zwłaszcza nierzutujące na ważność umowy w sprawie zamówienia, nie wydają się tu szczególnie istotne i nie stanowią przedmiotu odwołań w postępowaniach nadprogowych - tym samym ich regulacja byłaby możliwa do pominięcia.

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”. Ustawodawca w wyniku nowelizacji nie zdecydował o zniesieniu zróżnicowania środków ochrony prawnej w postępowaniach o wartości zamówienia powyżej i poniżej progów unijnych. Zdecydowano jedynie o nieznacznym poszerzeniu katalogu przesłanek umożliwiających wniesienie odwołania w postępowaniach tzw. podprogowych. Skoro zatem katalog czynności, wobec których odwołanie przysługuje, nadal ma charakter wyjątku od zasady, nie może on być interpretowany rozszerzające.

W postępowaniach powyżej progów unijnych 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. Tymczasem 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. Skoro sama zasada konstytuująca wyjątek nie uległa zmianie, nie ma podstaw, aby wywodzić, że wyłącznie w przypadku przesłanki z pkt 6 obejmuje ona teraz zarówno czynność, jak i zaniechania czynności (w dodatku innych niż czynność wprost wymieniona w przesłance). 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.

W ocenie Izby nie można pomijać istnienia art. 181 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym wykonawca może w terminie przewidzianym dla wniesienia odwołania poinformować zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez zamawiającego jak również o zaniechaniu czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na

podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 Pzp. Tym samym ustawodawca nie zamknął wykonawcy drogi do skutecznego kwestionowania zaniechań zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na które nie przysługuje odwołanie.

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 ofertę 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 obligatoryjnemu 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”, „odrzućcie 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 wskazała, że z art. 92 ust. 1 Pzp w dotychczasowym brzmieniu wynikało, że zamawiający miał jednocześnie informować o wyborze oferty najkorzystniejszej, oraz o ofertach odrzuconych i wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania. Ustawodawca odrębnie wypowiada się o wyborze oferty najkorzystniejszej, wykluczeniach, odrzuceniach, 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” i „zaniechanie czynności wykluczenia” w sytuacji, gdy zamawiający nie dokona jeszcze czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej interpretacja funkcjonalna art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp w sposób dopuszczający zaskarżanie - w ramach odwołań wobec wyboru oferty najkorzystniejszej - zaniechania odrzucenia oferty czy zaniechania wykluczenia wykonawcy nie daje się obronić również z powodu konsekwencji praktycznych, co do których należy wykluczyć, aby były objęte zamiarem ustawodawcy. Przyjmując, że dopuszczalne jest kwestionowanie zaniechania odrzucenia oferty z powołaniem się na art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp (wybór oferty najkorzystniejszej), należałoby zadać pytanie o możliwość jednoczesnego zakwestionowania takiego samego zaniechania w stosunku do oferty, która wybrana nie została (przykładowo - została sklasyfikowana na drugim miejscu, za ofertą wybraną, a przed ofertą odwołującego). Z jednej strony nie sposób znaleźć argumentów przemawiających za dopuszczeniem zaskarżenia takiego zaniechania, z drugiej - trudno byłoby uzasadnić takie różnicowanie możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej. Ponadto tak szeroka interpretacja art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp byłaby jeszcze trudniejsza do zastosowania w trybach, w których następuje prekwalfikacja wykonawców, gdzie ocenę istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy od wyboru najkorzystniejszej oferty dzieli cały odrębny etap postępowania. W takich postępowaniach, z jednej strony za niedopuszczalne należałoby uznać odwołanie wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy w terminie liczonym zgodnie z art. 182 ust. 1 Pzp (tj. od przesłania informacji o wykonawcach zaproszonych do dalszego etapu postępowania) z powołaniem się na 180 ust. 2 pkt 6 Pzp - nie nastąpił bowiem wybór oferty najkorzystniejszej. Z drugiej strony dopuszczenie do wnoszenia odwołania dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej w takim trybie byłoby, po pierwsze - oderwane od określonych ustawą terminów na wniesienie odwołania, a po drugie - mogłoby doprowadzić do zniweczenia znacznej części postępowania i cofnięcia go po wyborze oferty na etap prekwalfikacji. Nie można zakładać, aby taki właśnie był zamiar racjonalnego ustawodawcy.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej wykładania funkcjonalna niweczy argumenty dotyczące rzekomego celu, jakim kierować miał się ustawodawca przy nowelizacji art. 180 ust. 2 Pzp, mającego polegać na znaczącym

rozszerzeniu zakresu zaskarżenia w postępowaniach tzw. podprogowych, zwłaszcza na zaniechanie odrzucenia ofert konkurentów i ich wykluczenia. Trudno bowiem przyjąć, że rozszerzenie takie miałyby dotyczyć jedynie postępowań jednostopniowych albo niweczyć dotychczasową interpretację przepisów dotyczących terminów na wnoszenie odwołań. Innymi słowy, że w podprogowych przetargach jednostopniowych wybór oferty wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania mógłby zostać zaskarżony, natomiast w procedurach dwustopniowych ze względu na upływ terminu zaskarżenia czynności prekwalfikacji, wybór najkorzystniejszej nie mógłby zostać zakwestionowany z tego powodu. Alternatywą dla powyższego rozróżnienia zakresu ochrony odwoławczej była zmiana sposobu liczenia terminów na wnoszenie odwołań stosowana również względem postępowań nadprogowych.

Reasumując Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym czynność wyboru oferty najkorzystniejszej należy rozumieć szeroko - jako zwieńczenie wszystkich czynności z zakresu badania i oceny ofert, które doprowadziły do wyboru oferty najkorzystniejszej, nie daje się obronić w świetle testu racjonalnego ustawodawcy. Przy przyjęciu takiej wykładni poza zakresem zaskarżenia w postępowaniach podprogowych pozostawałoby de facto unieważnienie postępowania - gdyby taki właśnie był zamiar ustawodawcy, art. 180 ust. 2 Pzp zostałby sformułowany inaczej.

Nowelizacja z dnia 2 grudnia 2009 r. - o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) w omawianym zakresie pozostawała w związku z wyeliminowaniem instytucji protestu i wprowadziła przepis art. 180 ust. 2, że 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) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia oferty odwołującego miała więc znaczenie jedynie doprecyzowujące i obowiązywała do wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r., tj. w aktualnym brzmieniu. Dokonana wykładania nie kwestionuje ogólnych celów ustawy Prawo zamówień publicznych, nie przekreśla zasad legalizmu prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, nie przeczy również oczywistej konstatacji, że wybór najkorzystniejszej oferty jest zwieńczeniem długiego postępowania i sekwencji czynności, które go poprzedzają. Opiera się jedynie na historycznie ugruntowanym i zinstytucjonalizowanym przez samego ustawodawcę stanowisku, że nie wszystkie czynności zamawiających, dokonywane w postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych, muszą podlegać kontroli w ramach istniejącego systemu środków ochrony prawnej.

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.

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

Zaskarżonemu postanowieniu zarzucił:

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, 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 m.in. 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, która winna była zostać przez zamawiającego uprzednio 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 (...) Sp. z o.o., 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.).

W odpowiedzi na skargę zamawiający (...) W. - (...) wniósł o:

1. oddalenie skargi;
  2. ewentualnie, w przypadku uwzględnienia przez Sąd Okręgowy skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i merytorycznego rozpoznania przez Sąd odwołania wniesionego do KIO przez Odwołującego, o zmianę orzeczenia KIO poprzez oddalenie odwołania wniesionego przez (...) Sp. z o.o.
- w obydwu ww. przypadkach w oparciu o stanowisko Zamawiającego i argumentację zaprezentowaną przez Zamawiającego w odpowiedzi z dnia 27 stycznia 2017 r. (pismo znak: (...)) - doręczone w dniu 30 stycznia 2017 r.) na odwołanie, wniesione przez (...) Sp. z o.o. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;
3. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego (stosownie do faktury załączonej do odpowiedzi Zamawiającego z dnia 27 stycznia 2017 r. na odwołanie) oraz skargowego według norm przepisanych.

### **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 (...) sp. z o.o. 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 w świetle wykładni językowej, 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 rozdzielania 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 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 lub odrzuceniu w świetle przepisów prawa i wyłączyć 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 zaniechania odrzucenia oferty, która winna była zostać przez niego odrzucona. Oznacza to dopuszczalność odwołania i naruszenie art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp prowadzące do niewłaściwego jego zastosowania i bezpodstawnego odrzucenia skargi, co implikuje konieczność zmiany zaskarżonego postanowienia i otwiera możliwość merytorycznego rozpoznania odwołania w wyniku złożenia skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Przechodząc zatem do kwestii merytorycznych, oceny zasadności wniesionego odwołania należy zauważyć, że odwołujący zarzucił nieodrżucenie oferty złożonej przez wykonawcę (...) Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w W., pomimo tego, że zawierała błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu niewłaściwej (zaniżonej) stawki podatku VAT, poprzez zastosowanie do całości świadczenia stawki VAT w wysokości 8%, zamiast dwóch stawek podatku VAT w wysokości 23% na roboty budowlane oraz 8% na usługi zagospodarowania terenów zielonych.

Spór koncentrował się na pojęciu usługi kompleksowej. Zauważyć należy, że brak jest definicji legalnej tego pojęcia. Brak w szczególności takiej definicji na gruncie prawa podatkowego. O kompleksowości świadczeń można mówić, gdy: co najmniej dwa elementy albo co najmniej dwie czynności dokonane przez podatnika są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie tylko jedno nierozzerwalne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, albo gdy co najmniej jeden element stanowi świadczenie główne, podczas gdy przeciwnie, jedno lub więcej świadczeń jest postrzegane jako jedno lub więcej świadczeń pomocniczych dzielących los prawny świadczenia



głównego. Niewątpliwie ocena w jakich okolicznościach świadczenia powiązane należy taktować jako świadczenia jednolite winna być dokonywana z uwzględnieniem okoliczności konkretnego przypadku.

Na gruncie niniejszej sprawy istotne znacznie miał dokument w postaci interpretacji indywidualnej Dyrektora (...) sporządzonej z dnia 7 kwietnia 2017 r. sporządzony na wniosek (...) Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w W. dotyczący podatku od towarów i usług w zakresie uznania usług za świadczenie kompleksowe oraz zastosowania stawki podatku 8% dla całości prac związanych z usługą zagospodarowania terenu zielenią. Organ ten stanął na stanowisku, iż: „ mimo że prace opisane przez Wnioskodawcę wykonywane są w ramach jednego zlecenia, należy zakwalifikować je jako grupę niezależnych usług, opodatkowaną właściwymi dla nich stawkami. W omawianym przypadku nie ma znaczenia w jaki sposób strony umówiły się na rozliczenia transakcji, tj. umowa łącząca strony nie może decydować o wysokości stawki podatku. Istotnym kryterium przy identyfikacji usługi kompleksowej jest kryterium funkcjonalnego związku świadczeń. W analizowanej sprawie Wnioskodawca sam wskazuje, że ma zamiar wykonać zamówienie miasta, które określone jest jako wykonanie robót budowlanych i ogrodniczych, czyli już w samej swojej istocie i zamierzeniu Zamawiający oczekuje wykonania nie tylko usług ogrodniczych ale i budowlanych. Wnioskodawca będzie świadczył usługi zagospodarowania terenów zieleni, ale też usługi stricte budowlane, tj. zabezpieczenie instalacji gazowych, kanalizacyjnych, zamontowanie ekranów przeciwkorzeniowych, rur osłonowych, odtworzenie kostki brukowej czy montaż małej architektury. Usługi te, co wynika z ich charakteru i specyfiki, nie są współzależne, nie mają wobec siebie funkcji usługi głównej i usług pomocniczych a także mogą być świadczone odrębnie, bez utraty ich właściwości oraz korzyści dla nabywcy. Zarówno z formalnego jak i praktycznego punktu widzenia nie ma żadnych przeszkód, aby usługi te były świadczone przez różne podmioty(...) fakt, że Wnioskodawca podjął się samodzielnie wykonania wszystkich prac w ramach zamówienia, również prac innych niż usługi związane z zagospodarowaniem terenów zielonych, nie może wyłącznie decydować o klasyfikacji usługi dla potrzeb VAT. Wskazane przez Wnioskodawcę czynności, tj.: rozbiórka nawierzchni, prace ziemne, prace w zakresie podbudowy, miejsc parkingowych, chodników, nawierzchni, krawężników i obrzeży, prace w zakresie zabezpieczenia istniejącego uzbrojenia podziemnego czy przemieszczenia istniejącej małej architektury oraz montaż nowych obiektów małej architektury, choć stanowią część całego zamówienia i inwestycji, to ich charakter i efekt końcowy decydują o tym, że nie wpisują się w zakres prac dotyczących usług związanych z zagospodarowaniem i utrzymaniem terenów zielonych(...) zatem czynności wykonywane przez Wnioskodawcę na rzecz Zamawiającego nie stanowią usług kompleksowych, dla których usługa główną będzie usługa zagospodarowania terenów zielonych (...) preferencyjną stawką podatku, o której mowa w art. 41 ust. 2 ustawy w zw. z poz. 176 załącznika nr 3 do tej ustawy o podatku od towarów i usług, objęte będą wyłącznie usługi związane z zagospodarowaniem terenów zielonych (...)stawką tą nie będą objęte roboty budowlane (...), które jako niewymienione w poz. 176 załącznika nr 3 do ustawy, podlegać będą opodatkowaniu stawką podatku w wysokości 23%.”

Sąd Okręgowy w pełni podziela zaprezentowane stanowisko. Wykonanie robót budowlanych i ogrodniczych na zlecenie (...) W. - (...) w W., polegające na zagospodarowaniu terenu pasa drogowego zielenią zgodnie z projektem, nie może być traktowane jako jedna usługa kompleksowa, dla której zastosowanie znajdzie stawka w wysokości 8%. W konsekwencji należało przyznać rację odwołującemu, że oferta złożona przez (...) Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w W. zawierała błąd w obliczeniu ceny.

Zauważyć należy, że oferty zawierające skalkulowane przez wykonawców ceny netto stają się porównywalne, o ile ostateczną wartość (cenę brutto) uzyskano przy zastosowaniu jednolitej, wynikającej z obowiązujących przepisów, stawki podatku VAT. Tylko oferty równoważne w zakresie obiektywnie sprawdzalnych elementów, a takim elementem jest stawka podatku VAT wynikająca z obowiązujących przepisów, stwarzają możliwość porównania i tym samym równego traktowania oferentów. Jeżeli jednak zamawiający opisując w SWIZ sposób obliczania ceny nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT, wówczas oferta zawierająca stawkę podatku VAT niezgodną o zobowiązującymi przepisami, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. O porównywalności ofert można bowiem mówić dopiero wówczas gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł. Oferta zawierająca niezgodną z obowiązującymi przepisami stawkę podatku VAT, wpływającego na wysokość ceny brutto, niewątpliwie zaburza proces porównywania cen i

musi być kwalifikowana jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny. Dla oceny, że doszło do wystąpienia błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp nie ma znaczenia, czy przyjęcie nieprawidłowej stawki podatku VAT, było zachowaniem zamierzonym przez wykonawcę, czy też nie miało takiego charakteru. Nawet bowiem w sytuacji, w której obliczenie w ofercie ceny, dokonane z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT, nie było elementem świadomej manipulacji ze strony wykonawcy zmierzającego takim, nagannym sposobem, do uzyskania zamówienia publicznego, a tylko rezultatem błędnej interpretacji przepisów określających stawki tego podatku, to i tak nie uchyla to wystąpienia błędu w obliczeniu ceny. Wskazanie w ofercie przez wykonawcę niższej, niż wynikająca z obowiązujących przepisów, stawki podatku VAT i w efekcie uzyskanie niższej ceny brutto, może doprowadzić do wyboru oferty takiego wykonawcy, jako oferty najkorzystniejszej. Nie budzi wątpliwości, że w takiej sytuacji doszłoby do naruszenia wynikającego z art. 7 obowiązku przestrzegania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (vide: uchwała Sądu Najwyższego Izba Cywilna z dnia 20 października 2011 r., III CZP 53/11)

W niniejszej sprawie miało miejsce naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6) i art. 91 ust. 1 oraz art. 180 ust.2 pkt 6) w zw. z art. 11 ust.8 ustawy 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 z uwagi na to, że w niniejszej sprawie bezspornym było, iż umowa została zawarta i jest wykonywana, należało orzec jak w punkcie I tj. 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 6) i art. 91 ust. 1 oraz art. 180 ust. 2 pkt 6) w zw. z art. 11 ust. 8 ustawy 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 10.000 zł uiszczony przez odwołującego. Odwołanie zostało w całości uwzględnione, należało zatem zasądzić wskazaną kwotę od zamawiającego na rzecz odwołującego.

Na podstawie art. 102 k.p.c., zgodnie z wnioskiem skarżącego Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Sąd Okręgowy nie obciążył strony przegrywającej zamawiającego- (...) W., kosztami zastępstwa procesowego wywołanymi wniesioną skargą. Biorąc pod uwagę, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie działa w postępowaniu skargowym na rzecz, ani w interesie żadnego z uczestników postępowania, Sąd Okręgowy uznał, że zachodzi szczególny przypadek, o którym mowa w art. 102 k.p.c. uzasadniający nieobciążanie strony przegrywającej wskazanymi kosztami.

SSO Paweł Kieta SSO Bernard Litwiniec SSO Wiktor Piber