

Sygn. akt XXIII Ga 626/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 lipca 2017r.

Sąd Okręgowy w Warszawie, Sąd Gospodarczy, XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący:	SSO Alicja Dziekańska
Sędziowie:	SSO Paweł Kieta SSO Monika Skalska
Protokolant:	St. Sekr. Sądowy Karolina Podjaska

po rozpoznaniu 6 lipca 2017r. w Warszawie na rozprawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem

zamawiającego (...) W.(...) (...) w W.

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

na skutek skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie z 17 marca 2017r., sygn. akt KIO 424/17

1. zmienia zaskarżone postanowienie w ten sposób, że oddala odwołanie,
2. nie obciąża stron kosztami postępowania wywołanego skargą.

SSO Paweł Kieta SSO Alicja Dziekańska SSO Monika Skalska

Sygn. akt XXIII Ga 626/17

UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 17 marca 2017 r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt KIO 424/17 w przedmiocie odwołania wniesionego przez (...) spółkę akcyjną w W. w pkt I odrzuciła odwołanie, w pkt 2 kosztami postępowania obciążyła wykonawcę (...) spółkę akcyjną w W. i zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

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

Zamawiający - (...) W., (...) (...) z siedzibą w W. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Wykonanie robót budowlanych związanych z realizacją zadania inwestycyjnego pn.

budowa (...) (...) na odcinku od ul. (...) do ul. (...) odcinek „a” ul. (...) - ul. (...) (etap I - odcinek od ul. (...) do ul. (...)). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W tymże postępowaniu w dniu 6 marca 2017 zostało wniesione przez Odwołującego - wykonawcę (...) spółkę akcyjną w W. odwołanie, w którym zarzucał zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polegające na braku odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. oraz (...) y (...) S.A. w B., H., pomimo jej niezgodności ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia.

2. naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy polegające na wezwaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. oraz (...) (...) S.A. z siedzibą w B., H., do wyjaśnienia treści oferty pomimo braku podstaw do takiego wezwania i tym samym prowadzenia przez Zamawiającego z Konsorcjum negocjacji dotyczących złożonej oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza oceniła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy. Wskazała, że zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy w brzmieniu po nowelizacji z 22 czerwca 2016 roku Izba odrzuca odwołanie jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy. Analiza znowelizowanego przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy i użycia w nim przez ustawodawcę sformułowania „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” prowadzi zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej do wniosku, że pod pojęciem tym nie kryje się zaniechanie czynności odrzucenia oferty (również zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania), a jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ). Zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy dopuszczone jest 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 ustawy). Definicja wyboru najkorzystniejszej oferty wynika pośrednio z art. 91 ust. 1 ustawy, który stanowi, że Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Wybór oferty najkorzystniejszej należy więc rozumieć jako czynności Zamawiającego polegające na zastosowaniu do oferty określonych w SIWZ kryteriów i ustalenie wyniku tej oceny w sposób skutkujący wyborem oferty. W ocenie Izby tylko tak rozumiany wybór oferty najkorzystniejszej może być przedmiotem odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego wartość jest mniejsza niż tzw. progi unijne. Za powyższym stanowiskiem przemawia dodatkowo fakt, że w wyniku nowelizacji o wiele większego znaczenia nabrały pozacenowe kryteria oceny ofert (np. kwalifikacje doświadczenie osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, aspekty społeczne, jakościowe, innowacyjne), których stosowanie jest w większości przypadków obowiązkowe. Znacznie większego znaczenia nabrał więc zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy przez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Można zatem stwierdzić, że właśnie dlatego w art. 180 ust. 2 ustawy dodano możliwość zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, która to czynność jest obecnie obciążona większym niż dotychczas ryzykiem naruszenia przepisów ustawy, zatem poddanie jej weryfikacji w drodze środków ochrony prawnej jest bardziej uzasadnione.

Do takiego wniosku w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej prowadzi również analiza przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy na tle innych przepisów określających możliwość wnoszenia odwołań w postępowaniach poniżej progów unijnych oraz wykładnia tych przepisów z uwzględnieniem domniemania racjonalności ustawodawcy. 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. Powyższe przesądza, że pod pojęciem „czynność wyboru oferty najkorzystniejszej” nie może się kryć czynność odrzucenia oferty Odwołującego ani czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania, wówczas bowiem objęcie tych samych czynności dyspozycją pkt 3 i 4 tegoż artykułu ustawy byłyby zbędne. Nie sposób bowiem twierdzić, że racjonalny ustawodawca, działający zgodnie z zasadami prawidłowej legislacji, chcąc dopuścić możliwość wnoszenia odwołań tak 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 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 ustawy. 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 wyboru oferty najkorzystniejszej podlega każda czynność i każde zaniechanie poprzedzające ten wybór, to co do zasady zaskarżeniu podlegałyby wszystkie czynności i zaniechania zamawiającego w postępowaniu, które miały miejsce między złożeniem ofert a wyborem oferty najkorzystniejszej (wszystko, co robi w postępowaniu zamawiający, oprócz unieważnienia postępowania, zmierza do wyboru oferty najkorzystniejszej). W takiej sytuacji racjonalny ustawodawca nie określałby tego katalogu od strony pozytywnej, a jedynie wskazałby od strony negatywnej, kiedy odwołanie nie przysługuje (czynność lub zaniechanie unieważnienia postępowania - tylko to bowiem pozostałoby poza katalogiem określającym dopuszczalny zakres zaskarżenia).

Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że przepis art. 180 ust. 2 ustawy 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 nieprzypadkowo użyte w art. 180 ust. 2 ustawy słowo „wyłącznie”. Ustawodawca w wyniku nowelizacji nie zdecydował o zniesieniu różnic przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej w postępowaniach „nadprogowych” i postępowaniach poniżej progów. Zdecydowano jedynie o nieznacznym 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 rozszerzająco.

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. Tymczasem w art. 180 ust. 2 ustawy była i jest mowa wyłącznie o tym, że odwołanie w postępowaniach „podprogowych” służy wyłącznie wobec czynności, zaś ustawodawca nie wspomina 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).

Krajowa Izba Odwoławcza wskazała ponadto, że ustawodawca w art. 92 ust. 1 ustawy odrębnie wypowiada się o wyborze oferty najkorzystniejszej (pkt 1), wykluczeniach (pkt 2), odrzuceniach (pkt 3), zaś 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 ustawy w sposób dopuszczający zaskarżanie - w ramach odwołań wobec wyboru oferty najkorzystniejszej - zaniechania odrzucenia oferty czy zaniechanie 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 ustawy (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 ustawy byłaby jeszcze bardziej trudna do zastosowania w trybach, w których następuje prekwalfikacja wykonawców, a w których 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 ustaw (tj. od przesłania informacji o wykonawcach zaproszonych do dalszego etapu postępowania) z powołaniem się na art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy - 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. Tym samym, 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.

Reasumując Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 180 ust. 2, ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w przedstawionych okolicznościach faktycznych i prawnych. Tym samym w pełni zasadne jest odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy czyli stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) 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, tj. stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

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 w pojęciu „wybór najkorzystniejszej oferty” nie mieści się zaniechanie odrzucenia oferty wybranej przez zamawiającego jako najkorzystniejsza, czego konsekwencją było uznanie, że w postępowaniach o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp od wyboru oferty najkorzystniejszej, która winna była zostać przez zamawiającego odrzucona, odwołanie nie przysługuje, podczas gdy prawidłowa wykładnia ww. przepisów prowadzi do wniosku, iż zaskarżeniu odwołaniem w tych postępowaniach podlega nieprawidłowy wybór najkorzystniejszej oferty, którego wadliwość polega na zaniechaniu odrzucenia przez zamawiającego oferty, która powinna była zostać przez niego odrzucona;

2. art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie w stanie faktycznym niniejszej sprawy i odrzucenie odwołania z powodu błędnego przyjęcia, iż odwołanie wniesione od czynności wyboru oferty, 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 (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W.. Jednocześnie wniósł o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 4 w zw. z art. 198f ust. 5 in fine ustawy Pzp oraz nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego (art. 102 k.p.c.).

Na rozprawie w dniu 6 lipca 2017 r. pełnomocnik Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wniósł o stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy na podstawie art. 198 f ust. 2 z d. 2 i 3 w zw. z art. 192 ust. 3 pkt 3 Pzp. Pełnomocnik przeciwnika skargi (zamawiającego) wskazał, iż w przypadku merytorycznego rozstrzygnięcia wnosi o zmianę zaskarżanego orzeczenia i oddalenie odwołania oraz orzeczenie o kosztach.

Zamawiający w dniu 30 marca 2017 r. zawarł z Konsorcjum firm: (...) Sp. z o.o. w W., (...) (...) S.A. w B. umowę na realizację przedmiotowego zamówienia. Umowa ta jest realizowana.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

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

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 Budownictwo (...) spółki akcyjnej 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 oraz 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 wyboru najkorzystniejszej oferty która winna być odrzucona narusza interes odwołującego. Należy zauważyć, że pojęcie czynności oznacza zarówno działanie jak i zaniechanie. Czynność wyboru najkorzystniejszej oferty jest ukoronowaniem szeregu czynności - 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 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 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 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 pominięcie przez konsorcjum firm: (...) Sp. z o.o. w W. oraz (...) (...) S.A. w B. w ofercie pozycji nr 15 tj. uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. Zdaniem odwołującego oferta jest niezgodna za specyfikacją istotnych warunków zamówienia i tym samym zgodnie z przepisem 89 ust. 1 pkt 2 Pzp powinna podlegać odrzuceniu. Odwołujący wskazał, że oferta wykonawcy który wygrał przetarg została sporządzona w inny sposób niż żądał zamawiający, zaś brak pozycji w dokumentach wymaganych przez SIWZ, których wskazanie było konieczne powoduje niezgodność oferty z SIWZ, które nie może być uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, bowiem wykonawca nie może modyfikować treści SIWZ. W ocenie odwołującego uzupełnienie przedmiotowo istotnych elementów oferty oznaczało w istocie zmianę treści oferty w wyniku przeprowadzenia niedozwolonych negocjacji z wykonawcą, nie było bowiem podstaw do składania zapytań do wykonawcy.

Sąd Okręgowy po zapoznaniu się z całokształtem materiału dowodowego związanego zgromadzonego w sprawie ocenił, iż wybór oferty za realizację zamówienia nie został dokonany z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Zarzuty skarżącego okazały się bezzasadne.

W niniejszej sprawie bezspornym było, iż oferta złożona przez konsorcjum (...) sp. z o.o. w W., (...) (...) S.A. w B. nie zawierała w formularzu cenowym punktu 15, dotyczącego wyceny kosztów pozyskania decyzji w przedmiocie

pozwolenia na użytkowanie. Kwestią kluczową dla rozstrzygnięcia było dokonanie oceny znaczenia tej okoliczności dla prawidłowości wyboru oferty przez zamawiającego.

Jak wyjaśnił zamawiający w piśmie procesowym złożonym na rozprawie w dniu 6 lipca 2017 r. w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót nr DM.00.00.00 - Wymagania ogólne, w pkt 1.5. Ogólne wymagania dotyczące Robót, zamawiający określił obowiązek wykonawcy uzyskania w imieniu zamawiającego zezwolenie na użytkowanie. W załączniku nr 7 do SIWZ - Formularz cenowy, poz. nr 1 odnosi się do wymagań ogólnych. W przedmiarach robót, zamawiający wprowadził w poz. nr 2 - koszt dostosowania się do wymagań Warunków Kontraktu i Wymagań ogólnych zawartych w Specyfikacji Technicznych. Wobec tego, jak wskazał zamawiający, zobowiązanie wykonawcy do uzyskania zezwolenia na użytkowanie nie wynikało z faktu umieszczenia przedmiotowej pozycji w formularzu cenowym, lecz z zakresu czynności określonych w opisie przedmiotu zamówienia oraz w dokumentacji technicznej. Zatem ujęcie kosztów pozyskania zezwolenia na użytkowanie w pozycji nr 1, zamiast w pozycji 15 formularza cenowego, nie stanowiło sprzeczności oferty z SIWZ, bowiem wymagania ogólne (poz. nr 1) odnosiły się do uzyskania przez wykonawcę zezwolenia na użytkowanie.

Stanowisko to Sąd Okręgowy w pełni podziela.

Zauważenia wymaga, że zamawiający w SIWZ w opisie sposobu obliczenia ceny wskazał, że „Wykonawca nie powinien samodzielnie wprowadzać zmian do formularzy służących obliczeniu ceny ani też pomijać lub wprowadzać dodatkowe pozycje.” Podkreślenia zatem wymaga, że sformułowanie „nie powinien” nie jest jednoznaczne ze sformułowaniem „nie może”, a zatem wskazuje na nieco lżejszą kwalifikację, niż bezwzględny zakaz.

Na uwzględnienie nie zasługiwał zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp.

Zauważyć należy, że zamawiający w dniu 25.01.2017 r., w oparciu o art. 87 ust. 1 Pzp, wystąpił do Konsorcjum (...) Sp. z o.o. W., (...) (...) S.A. B. o złożenie wyjaśnień dotyczących sposobu wyceny pozycji nr 15 formularza cenowego odnoszącej się do uzyskania decyzji pozwolenia na użytkowanie. Konsorcjum wyjaśniło, że koszt uzyskania decyzji zezwolenia na użytkowanie został uwzględniony w pozycji nr 1 formularza cenowego - wymagania ogólne i wynosi 5.000 zł. Istotnym jest, że sam zamawiający przy wnioskowaniu o przeprowadzenie przetargu posłużył się formularzem cenowym, który obejmował tylko 14 punktów, tj. nie obejmował pkt 15 – kosztów uzyskania zezwolenia na użytkowanie. Zatem sam zamawiający stał pierwotnie na stanowisku, że koszty uzyskania zezwolenia na użytkowanie są kosztami, które można ująć w pkt 1 formularza cenowego. Dlatego, w ocenie Sądu Okręgowego, wystąpienie przez zamawiającego o wyjaśnienia do konsorcjum miało swoje uzasadnienie w pierwotnym stanowisku zamawiającego.

W konsekwencji należało ocenić, że postępowanie zamawiającego w tej części w jakiej zwracał się o wyjaśnienia do wykonawcy nie naruszało art. 87 ust. 1 Pzp. Należy również zauważyć, że samo wyjaśnienie wykonawcy nie stanowiło zmiany treści oferty. Nie stanowiło bowiem uzupełnienia przedmiotowo istotnych elementów oferty, a jedynie precyzowało umiejscowienie w treści dokumentu kosztów związanych z pozyskaniem decyzji zezwolenia na użytkowanie. Niezgodność z ofertą istniałaby w przypadku, gdyby oferta nie odpowiadała przedmiotowi zamówienia, co nie miało miejsca. Wbrew twierdzeniom odwołującego brak podstaw, aby uznać działania zamawiającego, który zwrócił się o wyjaśnienia oraz wykonawcy udzielającego wyjaśnień za negocjacje, czy też inne czynności, które zmierzałyby do istotnej zmiany oferty wykonawcy, który wygrał przetarg. Były to działania, które mają swoją podstawę prawną w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych.

Reasumując odwołanie wniesione przez (...) spółkę akcyjną w W. nie zasługiwało na uwzględnienie. W ocenie Sądu Okręgowego niniejszej sprawie nie doszło do naruszenia przepisów art. 89 ust.1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 Pzp. 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 oddalił odwołanie.

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 Alicja Dziekańska SSO Monika Skalska