

Sygnatura akt II Ca 145/17

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 marca 2017 r.

Sąd Okręgowy w Krakowie II Wydział Cywilny Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący:	SSO Magdalena Meroń-Pomarańska
Sędziowie:	SO Liliana Kaltenbek SO Agnieszka Cholewa-Kuchta (sprawozdawca)

Protokolant: protokolant sądowy Małgorzata Łojewska

po rozpoznaniu w dniu 9 marca 2017 r. w Krakowie

na rozprawie

sprawy z odwołania (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Komendę Wojewódzką Policji w K.

przy uczestnictwie M. M. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą (...) i J. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...)

na skutek skargi wniesionej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w W.

od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 grudnia 2016 r., sygnatura akt KIO 2298/16

1. zmienia zaskarżone postanowienie w ten sposób, że oddala odwołanie (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.;

2. odstępuje od obciążania stron kosztami postępowania skargowego.

SSO Liliana Kaltenbek SSO Magdalena Meroń-Pomarańska SSO Agnieszka Cholewa - Kuchta

## UZASADNIENIE

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez zamawiającego – Wojewódzką Komendę Policji w K. w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa wraz z montażem mebli” wykonawca T. spółka z oo w W. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie. Wnosząc odwołanie wskazał na regulacje art. 180 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej ustawą o Pzp lub ustawą).

W swoim odwołaniu wykonawca zarzucił naruszenie;

- art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 91 ust. 1 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty (...) M. M. i (...)S. D., mimo iż oferty te nie spełniały SIWZ z poz. 2 tej specyfikacji

- art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 91 ust. 1 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty F. J. P., mimo iż oferta ta nie spełniała SIWZ z poz. 1 tej specyfikacji

Podnosząc powyższe zarzuty odwołujący wniósł o;

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności przywołanych w odwołaniu
- odrzucenie ofert powołanych wykonawców i dokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając swoje odwołanie, odwołujący wskazał, że wymienieni wykonawcy zaproponowali fotele i krzesła obrotowe nie spełniające wymogu wynikającego z formularza cenowego a to, aby posiadały mechanizm synchroniczny umożliwiający jednoczesne wychylenie oparcia i siedziska tj. kąt pochylenia oparcia 20<sup>o</sup> zsynchronizowany z siedziskiem 11<sup>o</sup>.

Krajowa Izba Odwoławcza (dalej jako KIO) postanowieniem z dnia 15 grudnia 2016 r. odrzuciła wniesione odwołanie (pkt 1 postanowienia) kosztami postępowania obciążyła odwołującego (pkt 2 postanowienia) oraz zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczoną kwotę 7 500 zł uiszczoną przez odwołującego (pkt 2.1 postanowienia).

Do postępowania po stronie zamawiającego przystąpili M. M. i J. P. .

W uzasadnieniu KIO wskazała na stosowanie do rozpoznania odwołania regulacji ustawy Pzp z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. (Dz.U z 2016 r. poz. 1020) która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r. przy przyjęciu, że wartość zamówienia jest niższa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że wniesione odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, bowiem dotyczy czynności innych niż określone w art. 180 ust. 2 tej ustawy. Izba stwierdziła, że istotą wniesionego odwołania jest zaniechanie odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą oraz innych wymienionych wobec jej niezgodności z SIWZ , natomiast pozostałe zarzuty mają charakter pochodny. W ocenie Izby zarzut dotyczący wyboru oferty najkorzystniejszej „nie został oparty na okolicznościach dotyczących przyznanej ofercie oceny w wyznaczonych kryteriach” ale wywiedziony – jako konsekwencja zaniechania odrzucenia skarżonej oferty. W ocenie Izby pod pojęciem określonym w znowelizowanym art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp tj. pojęciem „czynności wyboru najkorzystniejszej oferty” kryje się jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Pod to pojęcie nie podpada np. zaniechanie czynności odrzucenia oferty innego wykonawcy jak też zaniechanie wykluczenia innego wykonawcy z postępowania. Izba w uzasadnieniu powołała się na wykładnię językową wskazanej normy. Zakwestionowanie wyboru miałyby zatem polegać na tym, że wybrano jako najkorzystniejszą tę ofertę, która jednak nie jest najkorzystniejsza w świetle określonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, wskazała przy tym Izba na regulację art. 91 ust 1 ustawy Pzp. Izba wskazała na redakcję art. 180 ust 2 ustawy Pzp i pozostawienia pkt 3 i 4 w tej regulacji. W ocenie Izby nie można racjonalnie interpretować wskazanej normy w taki sposób, że poprzez pkt 6 dochodzi do powtórnej oceny wszystkich czynności i zaniechań poprzedzających wybór najkorzystniejszej oferty, racjonalny ustawodawca nie określałby katalogu czynności podlegających zaskarżeniu przez strony, a wskazałby jedynie kiedy odwołanie nie przysługuje. Samo użycie terminu „wybór najkorzystniejszej oferty” ma znaczenie normatywne. W ocenie Izby odwołanie przysługuje jedynie od czynności niezgodnej z przepisami. Izba powołała się również na regulację prawa wspólnotowego, odnosząc się do procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych oraz na ugruntowane stanowisko orzecznicze związane ze stosowaniem art. 180 ust 2 po zmianach Pzp w roku 2009 i wyeliminowaniem instytucji protestu i kontynuację tej linii orzecznictwa po zmianach w Pzp w roku 2016. Podkreśliła Izba wyjątkowość regulacji

art. 180 ust 2, a więc brak podstaw do rozszerzającej wykładni. Wykładnia rozszerzająca prowadziłaby do zatarcia różnic w postępowaniu podprogowym i z przekroczeniem progu. Izba zwróciła uwagę na konsekwencje zmiany art. 92 ust 1 ustawy Pzp i na praktyczne konsekwencje szerokiej wykładni art. 180 ust 2, jak i na to, że taka wykładnia nie może być pogodzona z testem racjonalnego ustawodawcy. Izba stwierdziła, że dokonywana wykładnia nie może natomiast uwzględniać oczekiwań wykonawców co do możliwości jak najszerszego wnoszenia odwołań w postępowaniach podprogowych, w sytuacji gdy oczekiwania te nie tylko nie znajdują potwierdzenia w brzmieniu przepisów rozumianych zgodnie z zasadami wykładni prawa, ale wręcz stoją w opozycji do wyników tej wykładni i wyartykułowanych przez autora projektu celów.

Na powyższe postanowienie skargę wniósł Prezes Urzędu Zamówień Publicznych.

W swojej skardze zarzucił orzeczeniu;

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

- 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 zart.180 ust. 2 ustawy Pzp. Wnosił o zmianę zaskarżonego orzeczenia i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez merytoryczne rozpoznanie odwołania (...) sp. z (...) w W.. Obszerne uzasadnienie skargi stanowi rozwinięcie podniesionych zarzutów z merytoryczną polemiką z argumentacją KIO.

Sąd Okręgowy zważył :

Skarga jest zasadna.

Zagadnieniem podlegającym rozpoznaniu w niniejszej sprawie jest ocena prawidłowości wykładni art. 180 ust. 2 pkt. 6 ustawy Pzp. Pogląd Izby sprowadza się do stwierdzenia, że pod pojęciem „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” należy rozumieć jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Pojęcie to nie kryje natomiast w sobie zaniechania czynności odrzucenia oferty innego wykonawcy jak też czynności wykluczenia innego wykonawcy z postępowania. Ze stanowiskiem Izby nie można się zgodzić, stąd należy przyznać rację argumentacji przedstawionej w skardze wniesionej przez Prezesa Urzędu.

W ocenie Sądu Okręgowego zawężająca wykładnia stosowania art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp przyjęta przez Izbę jest nieuprawniona. Izba argumentując swe stanowisko wskazała że pojęcie „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” zawarta w przepisie art. 380 ust. 2 pkt 6 ustawy powinno się odczytywać zgodnie z definicją legalną pojęcia „najkorzystniejsza oferta” zawartej w art. 2 pkt. 5 tej ustawy. Izba podkreśla przy tym, że prymat w interpretacji przepisów ustawy winna mieć wykładnia językowa i zgodnie z tą wykładnią należy odczytywać iż odwołanie służy tylko w zakresie spełnienia wymagań związanych z wyborem najkorzystniejszej oferty. Zasadą jest, że pierwszeństwo interpretacji tekstu prawniczego ma wykładnia językowa jednakże zasada ta nie ma zastosowania w sytuacji kiedy przy takiej interpretacji dochodzi do wypatrzenia sensu i celu całej regulacji. Należy zastanowić się jednak, czy przy zastosowaniu wykładni językowej rzeczywiście dochodzi się do wniosków takich jak KIO. Otóż ustawa zawiera jedynie definicję legalną pojęcia „najkorzystniejsza oferta” w art.2 pkt.5 natomiast do rozważenia mamy

zwrot "wybór najkorzystniejszej oferty", który pojęciowo jest oczywiście szerszy bo dochodzi czynność „wyboru”. Należy zatem zastanowić się co składa się wedle przepisów ustawy na znaczenie tego pojęcia. Podkreślić trzeba, że terminem „wybór najkorzystniejszej ofert” zatytułowany został cały rozdział 4 tej ustawy, czy zatem ustawodawca dopuszczając odwołanie wyłącznie od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty nie miał na myśli wszystkich czynności składających się na ten proces a wynikających wprost z tego rozdziału ?. W ocenie Sądu Okręgowego odwołując się właśnie do wykładni literalnej pojęcia „wybór najkorzystniejszej oferty” należy przypisać taki zakres jaki składa się na ten proces wyboru z wszystkimi przesłankami koniecznymi dla jego zaistnienia. Oczywiście nie oznacza to możliwości w ramach odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty np. jej odrzucenia, ale oznacza poddanie badaniu tych przesłanek, które o odrzuceniu decydowały i stosownie do wyniku tego badania wydanie orzeczenia odnoszącego się do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty . Taka interpretacja nie prowadzi do sprzeczności w zapisie ustawy, np. w art. 180 u.2 pkt.4, który przewiduje odrębne odwołanie dla czynności odrzucenia ofert odwołującego gdyż jest to środek zaskarżania przyznany tylko podmiotowi który w etapie wyboru ofert w znaczeniu ścisłym nie będzie brał już udziału, dlatego ustawodawca daje mu możliwość skarżenia takiej czynności odrębnie. Trzeba zaznaczyć, że aby doszło do końcowego etapu właściwie wskazania najkorzystniejszej oferty muszą zostać podjęte z pozytywnym skutkiem dla wykonawcy inne czynności przewidziane w ustawie. Zatem muszą zaistnieć przesłanki wynikające z rozdziału 4. ustawy a nade wszystko muszą zostać uwzględnione zasady wynikające z treści art. 7 ust.3 ustawy czyli, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Nie można bowiem przyjąć że wcześniejsze potencjalne naruszenie przepisów ustawy poprzedzające dokonanie wskazania oferty najkorzystniejszej jest obojętne w świetle art. 7 ust. 3. W szczególności nie można przyjąć aby wcześniejsze naruszenia przepisów wymykały się kontroli i przez fakt przejścia do następnego etapu związanego z wyłanianiem wykonawcy ulegały sanowaniu. Należy podkreślić, że ustawodawca dopuścił możliwość wniesienia odwołania od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i w żadnym przepisie nie uszczegółowił tego zakresu pojęciowego, znikąd nie wynika jakiegokolwiek regulacja zawężająca to pojęcie, w ocenie sądu gdyby zaś miał na względzie wyłącznie zakres wskazany przez KIO użyłby pojęcia np. „wskazanie” najkorzystniejszej ofert lub użyłby pojęć zawartych w art.91 ust.1 ustawy czyli „wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert” i wówczas uzasadnione byłoby odniesienie się wyłącznie do znaczenia wynikającego z art.2 pkt.5 ustawy.

Wykładnia językowa jak i systemowa analizowanego przepisu nie daje podstaw do zawężania tego pojęcia, podstawą odwołania może być więc każde zdarzenie niezgodne z prawem a w szczególności z zasadami wynikającymi z rozdziału 4.

Wartościowanie przyczyn, u podstaw których leży sprzeczna z prawem decyzja o wyborze najkorzystniejszej oferty, leży w sprzeczności z celem ustawodawcy i nowelizacją. Nie można wybrać najkorzystniejszej oferty , która podlega wykluczeniu w świetle przepisów prawa i wyłączyć możliwość odwołania na podstawie takiej przyczyny. Wyniki proponowanej wykładni wykluczałyby dopuszczalność odwołań w szeregu przypadków wadliwego i niezgodnego z prawem wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczałyby funkcje Pzp i normatywny charakter sankcji zaniechania wykluczenia. Pomimo istnienia podstaw – do tego - brak wykluczenia oferenta mógłby prowadzić do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej i taka czynność nie podlegała by możliwości zaskarżenia w ramach odwołania – a więc w istocie funkcjonowałyby w obrocie gospodarczym jako w pełni skuteczna.

Samowolne ograniczenie znaczenia tego pojęcia, jakie wprowadza Izba takim orzecznictwem nie jest dopuszczalne. Podkreślona zarówno przez KIO jak i przez skarżącego Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, jest intencja ustawodawcy przy zmianie ustawy, a to rozszerzenie możliwości wnoszenia odwołań od tzw. podprogowych zamówień krajowych. Tymczasem interpretacja Izby prowadzi do ich znacznego ograniczenia.

Izba dopuszczając możliwość wniesienia odwołania od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, zarazem pozbawia odwołującego możliwości przedstawienia argumentacji adekwatnej do przedmiotu odwołania. W sprawie niniejszej odwołująca miała możliwość podniesienia argumentacji o niezastosowaniu się przez pozostałych wykonawców do warunków wymaganych przez zamawiającego dopiero po zapoznaniu się z treścią złożonych ofert przed otwarciem ofert takiej możliwości nie miała. A zatem ta sytuacja dowodzi, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, jako zakończenie postępowania o udzielenia zamówienia, powinno być poddane kontroli co do prawidłowości

w zakresie szerokim, z uwzględnieniem oceny prawidłowości działań, które doprowadziły do takiego wyboru. To, że w konsekwencji takiej regulacji może w istocie dojść do swoistego zatarcia różnic w środkach ochrony prawnej przewidzianych dla postępowań podprogowych i pozostałych, nie może w żadnej mierze przemawiać za trafnością argumentacji Izby. Taki efekt powyższej regulacji przemawia właśnie za tym, że intencją ustawodawcy było rozszerzenie zakresu kontroli postępowań podprogowych.

W konkluzji należy uznać, że dokonując wykładni art. 180 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, iż zaskarżeniu odwołaniem w postępowaniach przed KIO 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.

Należy nadto zaznaczyć, że podobne stanowisko zostały już zawarte w szeregu orzeczeniach Sądów Okręgowych, które na rozprawie ze szczegółami przytoczył pełnomocnik skarżącego.

Stosownie do zasady wynikającej z treści art. 198 lit. f pkt 2 ustawy, uwzględnienie skargi powoduje konieczność wydania wyroku co do istoty sprawy (stosując odpowiednio przepisy art. 192 – 195 ustawy).

Biorąc pod uwagę treść zarzutów zgłoszonych w odwołaniu, ich uzasadnienie, odwołanie opiera się na zarzutach złożenia ofert nie odpowiadających wymaganiom zamawiającego z to z poz. 1 i 2 formularza cenowego stanowiącego załącznik do SIWZ. W związku z podniesionymi zarzutami M. M. przystępując do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożyła wyjaśnienia wraz z załącznikami (k.189-191), a to zdjęciem obrazującym mechanizmy w jakie wyposażone jest proponowane krzesło obrotowe (...) (...) wymagane przez zamawiającego a także opis techniczny mechanizmu oznaczonego symbolem (...), który w specyfikacji przy proponowanej pozycji został wyszczególniony. Z powyższego, a także z kwerendy branżowej przeprowadzonej bezpośrednio przez sąd, w sposób niebudzący wątpliwości wynika, że mechanizm ten zapewnia kąt pochylenia oparcia 20<sup>(o)</sup> zsynchronizowany z siedziskiem 11<sup>(o)</sup> a zatem wymagania jakie stawiane były przez zamawiającego w SIWZ. Powyższe było wystarczające dla uznania, że odwołanie zarzucające brak dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty jest niezasadne albowiem wygrywająca przetarg wykazała, że jej oferta nie podlegała odrzuceniu.

Z tych powodów odwołanie jako nieuzasadnione podlegało oddaleniu. Dlatego też stosownie do zasady wynikającej z treści art.198 lit. f ust. 2 ustawy orzeczono jak w pkt I wyroku.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono zgodnie z zasadą wynikającą z treści art. 102 kpc zgodnie z wnioskiem skarżącego (pkt II wyroku).