

## UCHWAŁA

Dnia 17 listopada 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Katarzyna Tyczka-Rote (przewodniczący)

SSN Marta Romańska (sprawozdawca)

SSN Anna Kozłowska

Protokolant Bożena Kowalska

w sprawie z odwołania Przedsiębiorstwa Inżynierskich Robót Kolejowych "T." sp. z o.o. z siedzibą w K.  
przy uczestnictwie zamawiającego Gminy Miasta E.  
i przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego Z. S.A. z siedzibą w K.  
przy udziale Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie  
w sprawie zamówienia publicznego,  
po rozstrzygnięciu w Izbie Cywilnej na posiedzeniu jawnym  
w dniu 17 listopada 2017 r.,  
zagadnienia prawnego przedstawionego  
przez Sąd Okręgowy w G.  
postanowieniem z dnia 11 maja 2017 r.,

"1. Czy w pojęciu "wybór najkorzystniejszej oferty" z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. z 2015 r., poz. 2164, z późn. zm.) mieści się prawo wniesienia odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, którego wadliwość polega na zaniechaniu odrzucenia oferty podlegającej odrzuceniu?"

2. W przypadku pozytywnej odpowiedzi na pytanie 1, czy art. 198 f ust. 2 zd. 4 ustawy wyłącza możliwość uchylecia zaskarżonego postanowienia przez sąd okręgowy rozpoznający skargę na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej o odrzuceniu odwołania w razie stwierdzenia, iż nie zachodziły przesłanki do odrzucenia?"

podjął uchwałę:

**1. Zarzuty odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst: Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu.**

**2. Artykuł 198f ust. 2 zdanie czwarte ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst: Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) wyłącza możliwość uchylecia przez sąd okręgowy na podstawie art. 386 § 4 k.p.c. postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej o odrzuceniu odwołania.**

## UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 5 stycznia 2017 r. Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie (dalej: „KIO”) odrzuciła - na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.; dalej: „p.z.p.”) - odwołanie Przedsiębiorstwa Inżynieryjnych Robót Kolejowych T. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K., wniesione w postępowaniu o udzielenie przez Gminę Miasto E. zamówienia publicznego, prowadzonym przy udziale Z.S.A. w K., który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Za przedmiot zaskarżenia odwołaniem KIO uznała czynność zamawiającego polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Z. S.A. w K. i zaniechaniu jej odrzucenia. Zdaniem KIO, zakres użytego w art. 180 ust. 2 p.z.p. pojęcia „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” nie obejmuje jednak zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy niż składający odwołanie. Odwołanie od takiej czynności zamawiającego jest zatem niedopuszczalne.

Skargę na postanowienie KIO z dnia 5 stycznia 2017 r. wniósł Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes UZP”) i zarzucił, że zostało ono wydane z naruszeniem: - art. 180 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 3 p.z.p. przez błędną wykładnię i przyjęcie, że ustawodawca w postępowaniach o wartości zamówienia niższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p. (tzw. zamówienia podprogowe) wyłączył możliwość zaskarżenia odwołaniem wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu lub która powinna zostać przez zamawiającego odrzucona; - art. 189 ust. 2 pkt 6 p.z.p. przez zastosowanie tego przepisu w ustalonych okolicznościach.

Prezes UZP wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia i orzeczenie co do istoty sprawy po rozpoznaniu odwołania.

Odwołujący wniósł o zmianę postanowienia KIO z dnia 25 stycznia 2017 r. i uwzględnienie odwołania po jego merytorycznym rozpoznaniu.

Zamawiający wniósł o oddalenie skargi Prezesa UZP, a ewentualnie o zmianę postanowienia KIO z dnia 25 stycznia 2017 r. i oddalenie odwołania.

Przystępujący do postępowania po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie skargi, a ewentualnie o oddalenie odwołania.

Przy rozpoznawaniu przez Sąd Okręgowy w G. skargi Prezesa UZP od postanowienia KIO z dnia 25 stycznia 2017 r. powstały przytoczone w sentencji poważne wątpliwości, które Sąd ten postanowieniem z dnia 11 maja 2017 r. przedstawił do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu. Ich źródłem jest art. 180 ust. 2 p.z.p., który przewiduje, że w postępowaniu dotyczącym zamówień podprogowych odwołanie przysługuje wyłącznie od wymienionych przez ustawodawcę czynności zamawiającego, w tym od wyboru najkorzystniejszej oferty.

Znaczenie użytego w art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. pojęcia „wybór najkorzystniejszej oferty” budzi wątpliwości. W literaturze i orzecznictwie prezentowane jest stanowisko, że w postępowaniach podprogowych wykonawcy mogą skarżyć odwołaniem wyłącznie wybór oferty dokonany przez zamawiającego niezgodnie z uprzednio przyjętymi przez niego kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „s.i.w.z.”), o którym mowa w art. 91 p.z.p. Opozycyjne stanowisko zakłada, że wybór najkorzystniejszej oferty nie może być utożsamiany z ostatnią czynnością w sekwencji następujących po sobie działań zamawiającego. Uznanie oferty za najkorzystniejszą w oparciu o kryteria oceny ofert ustalone w s.i.w.z., do czego odwołuje się definicja pojęcia „oferty najkorzystniejszej” z art. 2 pkt 5 p.z.p., nie może się odbyć bez uwzględnienia czynności badania i oceny ofert złożonych przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego (w procedurze zasadniczej), czy też przez tego, którego oferta została przez zamawiającego najwyżej oceniona (w procedurze odwróconej). Ustawowy nakaz wyboru oferty „ważnej” (niepodlegającej odrzuceniu) wypływa z art. 82 ust. 3 p.z.p. oraz z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. W związku ze złożeniem odwołania na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty powinny zatem podlegać badaniu także zarzuty odwołującego kwestionujące wybór oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia lub oferty odrzuconej.

Rozstrzygnięcie powyższego zagadnienia ze wskazaniem na stanowisko o dopuszczalności zakwestionowania wyboru najkorzystniejszej oferty z uwagi na zarzuty wskazujące na konieczność jej odrzucenia powoduje, że aktualizuje się

problem zakresu, w jakim odwołanie powinno być rozpoznane w postępowaniu przed sądem, skoro nie było ono przedmiotem merytorycznego badania w postępowaniu przed KIO. Zdaniem Sądu Okręgowego, przyjęty w orzecznictwie sądowym pogląd, że sprawa na skutek skargi od orzeczenia KIO powinna zostać rozpoznana merytorycznie przez sąd działający jako sąd II instancji nawet wtedy, gdy KIO nie rozpoznała merytorycznie odwołania, rodzi wątpliwości natury konstytucyjnej. Prowadzi bowiem do wyłączenia w tych sprawach zasady instancyjności postępowań sądowych i administracyjnych. Wykładnia językowa art. 198f ust. 2 p.z.p. prowadzi do wniosku, że sąd na skutek skargi na orzeczenie KIO rozpoznaje sprawę co do istoty i wydaje wyrok, także wtedy, gdy postępowanie przed KIO zakończyło się postanowieniem o umorzeniu postępowania lub odrzuceniu odwołania, gdyż uchylene takiego postanowienia KIO nie jest dopuszczalne. Zdaniem Sądu Okręgowego, wykładnia systemowa powołanego przepisu może jednak uzasadniać stanowisko, że ma on zastosowanie wyłącznie wtedy, gdy KIO rozstrzygnęła sprawę merytorycznie i w konsekwencji wydała wyrok. Tylko wtedy sąd wyrokiem oddala niezasadną skargę.

Sąd Okręgowy stwierdził, że wątpliwości budzi i to, czy w przypadku oddalenia skargi na postanowienie KIO o odrzuceniu odwołania bądź umorzeniu postępowania rozstrzygnięcie sądu nie powinno zapaść w formie postanowienia. W uchwale z dnia 8 grudnia 2005 r., III CZP 109/05 (OSNC 2006, nr 11, poz. 182) Sąd Najwyższy wyjaśnił bowiem, że rozstrzygnięcie sądu rozpoznającego skargę na orzeczenie KIO w przedmiocie kosztów postępowania zapada w formie postanowienia. W uzasadnieniu tego orzeczenia Sąd Najwyższy wskazał, że skoro wyrok łączy w sobie elementy wyroku i postanowienia niekończącego postępowania w sprawie, a skarga kumuluje elementy apelacji i zażalenia, to przyjąć należy, że orzeczenie sądowe wydane w następstwie skargi zapada w formie wyroku wyłącznie wtedy, gdy rozstrzygana jest nim istota sprawy, w pozostałych zaś przypadkach rozstrzygnięcie zapada w formie postanowienia na posiedzeniu niejawnym (art. 316, 354 i 397 § 1 k.p.c.). Rozwijając ten pogląd Sąd Okręgowy stwierdził, że oddalenie skargi na postanowienie KIO o odrzuceniu odwołania powinno nastąpić postanowieniem sądu, a nie wyrokiem, a w tej sytuacji art. 198f ust. 2 zdanie pierwsze p.z.p. nie znajdowałby zastosowania. Jedynie

zatem w przypadku wydania przez KIO wyroku zastosowanie znajdowałby art. 198f ust. 2 zdanie czwarte p.z.p., wyłączający zastosowanie art. 386 § 4 k.p.c. w postępowaniu przed sądem w związku z rozpoznaniem skargi na orzeczenie KIO. Przepis ten nie miałby zastosowania w przypadku zaskarżenia do sądu postanowienia KIO o umorzeniu postępowania albo odrzuceniu odwołania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

1. W prawie zamówień publicznych ustawodawca szczegółowo unormował sposób, w jaki podmioty wymienione w art. 3 tej ustawy (zamawiający) powinny poszukiwać kontrahentów, z którymi zawrą umowy angażujące środki publiczne (wykonawców). Do czynności zarówno zamawiającego, jak i wykonawcy podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się - jako *lex generalis* - przepisy kodeksu cywilnego, chyba że prawo zamówień publicznych stanowi inaczej (art. 14 ust. 1 p.z.p.). Oznacza to, że ustawodawca przypisuje zarówno czynnościom zamawiającego, jak i czynnościom wykonawców mającym doprowadzić do udzielenia i - odpowiednio - uzyskania zamówienia publicznego cechy - w zależności od ich szczegółowego charakteru i celu - oświadczeń wiedzy lub woli wywołujących skutki cywilnoprawne. Zakłada zarazem, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powinno być przez zamawiającego przygotowane i przeprowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasad proporcjonalności i przejrzystości (art. 7 ust. 1 p.z.p.). Szczegółowe określenie terminów, sekwencji i sposobu podejmowania przez zamawiającego czynności zmierzających do wybrania najkorzystniejszej oferty i ostatecznie - zawarcia umowy ma służyć urzeczywistnieniu przytoczonych zasad.

Zachowanie przez zamawiającego standardów wymaganych od niego przy podejmowaniu czynności zmierzających do wybrania najkorzystniejszej oferty i zawarcia umowy podlega kontroli w postępowaniu wszczynanym na podstawie odwołania do KIO. Stosownie do art. 180 ust. 1 p.z.p. przedmiotem odwołania mogą być wyłącznie niezgodne z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Inną metodę wyznaczenia przedmiotu zaskarżenia ustawodawca zastosował w odniesieniu

do czynności podejmowanych w postępowaniach o udzielenie zamówień podprogowych. W postępowaniach o udzielenie tych zamówień przedmiotem odwołania mogą być bowiem tylko czynności zamawiającego wymienione w art. 180 ust. 2 p.z.p.

Redakcja poszczególnych punktów w art. 180 ust. 2 p.z.p. sugeruje, że zaskarżenie w postępowaniu o udzielenie zamówień podprogowych ma dotyczyć tylko czynności zamawiającego, nie zaś jego zaniechań. Trzeba jednak zauważyć, że w wielu sytuacjach zidentyfikowanie zaskarżonego działania jako czynności lub zaniechania czynności wywołującej odwrotny skutek będzie tylko kwestią techniki opisu przedmiotu zaskarżenia, sposobu jego ujęcia od strony językowej. O ostatecznym kształcie konwencjonalnej czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym podprogowego, decydują składające się na tę całość, a możliwe do wyspecyfikowania, pojedyncze działania i zaniechania innych działań. Kontrola tego rodzaju złożonych czynności musi objąć wszystkie elementy, jakie złożyły się na jej ostateczną postać, niezależnie od tego, czy w ramach opisu ujęte zostałyby z perspektywy działań, czy zaniechań.

Wyliczenie przez ustawodawcę w art. 180 ust. 2 p.z.p. czynności zamawiającego podlegających zakwestionowaniu odwołaniem nie musi oznaczać istotnego ograniczenia dostępności odwołania jako środka prawnego w sprawach o udzielenie zamówień podprogowych, niewątpliwie natomiast porządkuje przebieg tych postępowań i przez to usprawnia je, gdyż osoby zamierzające zakwestionować działania zamawiającego korzystają z uprawnień do wniesienia odwołania w odniesieniu do czynności finalizujących pewne etapy postępowania. Ocena czynności zamykających takie etapy postępowania przed zamawiającym jako legalnych bądź nielegalnych wymaga jednak uwzględniania działań i zaniechań zamawiającego, które zadecydowały o ostatecznym kształcie czynności będącej w świetle art. 180 ust. 2 p.z.p. samodzielnym przedmiotem zaskarżenia w odwołaniu. Dla dopuszczalności odwołania wystarczające jest, że czynność zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako niezgodną z prawem zakwalifikuje sam odwołujący i zidentyfikuje ją jako mieszczącą się w katalogu z art. 180 ust. 2 p.z.p. Osobną kwestią jest natomiast to,

jakie zarzuty odwołujący będzie mógł skutecznie podnieść dla wykazania nielegalności zaskarżonej przez niego czynności, gdyż ustawodawca wymaga, by odwołujący przytoczył zarzuty przeciwko zaskarżonej czynności oraz okoliczności uzasadniające żądanie, z którym wystąpił. Z tym wymaganiem stawianym odwołaniu pozostaje w związku zakres, w jakim odwołanie podlega rozpoznaniu w postępowaniu wywołanym jego wniesieniem. Do wymagającego zobiektywizowanej oceny legalności czynności zamawiającego rozpoznania zarzutów odwołującego dochodzi w postępowaniu przed KIO. Organ ten, o ile uzna odwołanie za dopuszczalne, czyni przedmiotem rozpoznania zarzuty zgłoszone przez odwołującego się od czynności zamawiającego, nie zaś cały tok działań zamawiającego i wykonawców poprzedzających etap postępowania, na którym złożono odwołanie.

Czynności zamawiającego wymienione w art. 180 ust. 2 p.z.p., a będące samodzielnymi przedmiotami zaskarżenia w odwołaniu, można podzielić na dwie kategorie. Do pierwszej grupy należą takie, które dotyczą tylko i bezpośrednio osoby odwołującego się. Ich skutkiem jest zamknięcie mu drogi do udziału w postępowaniu zmierzającym do udzielenia zamówienia, a są to: wykluczenie odwołującego z postępowania (pkt 3), odrzucenie oferty odwołującego (pkt 4). Druga grupa czynności zamawiającego wymienionych w art. 180 ust. 2 p.z.p. obejmuje: wybór trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę (pkt 1), określenie warunków udziału w postępowaniu (pkt 2), opis przedmiotu zamówienia (pkt 5), a po znowelizowaniu prawa zamówień publicznych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1020), z mocą od 28 lipca 2016 r. - także wybór najkorzystniejszej oferty (pkt 6). Są to czynności o takim samym znaczeniu dla wszystkich osób zabiegających o wybranie ich oferty przez zamawiającego, determinujące model postępowania o udzielenie zamówienia, jaki zastosuje zamawiający i kolejne etapy tego postępowania oraz ostatecznie osiągnięcie jego celu.

Wyborowi najkorzystniejszej oferty ustawodawca poświęcił rozdział 4 (o takim właśnie tytule) działu drugiego - „postępowanie o udzielenie zamówienia” prawa zamówień publicznych. W rozdziale tym unormował zasady składania ofert



przez wykonawców, przesłanki ich odrzucenia, w tym także środków, przy wykorzystaniu których zamawiający powinien rozeznaczyć, czy zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty, jak i dokonania wyboru oferty, którą zamawiający uznaje za najkorzystniejszą w świetle s.i.w.z. Z perspektywy zarówno zamawiającego, jak i wykonawców na ostateczny wynik tego etapu postępowania o udzielenie zamówienia, jakim jest dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty składają się zarówno czynności podejmowane w związku z potrzebą udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy oferta któregoś z wykonawców nie powinna podlegać odrzuceniu, jak i czynności podejmowane w związku z potrzebą oceny ofert, które nie zostały odrzucone w kontekście s.i.z.w. Gdy dochodzi do wyboru najkorzystniejszej oferty, a jest nią oferta, co do której powstają wątpliwości, czy nie powinna być odrzucona, nie sposób jest ograniczyć kontroli przesłanek dokonania jej wyboru tylko do okoliczności wymienionych w art. 91 p.z.p., z pominięciem tych, które zamawiający musiał rozważyć uprzednio, gdyż powinny zdecydować o odrzuceniu konkretnej oferty. Z tego względu zawężenie pojęcia „wybór najkorzystniejszej oferty” tylko do oceny ofert pod kątem kryteriów ustalonych przez zamawiającego w s.i.w.z., nie znajduje oparcia również w wykładni systemowej ustawy.

Wskazując w art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. na wybór najkorzystniejszej oferty, jako możliwy przedmiot odwołania od czynności zamawiającego ustawodawca nie dokonał wartościowania przesłanek, z punktu widzenia których zamawiający powinien był dokonać takiego wyboru oferty i nie wyodrębnił mających prowadzić do jej odrzucenia i mających prowadzić do jej oceny w świetle s.i.w.z. Ustawodawca nie uzależnił dopuszczalności odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty od tego, że odwołujący zgłosi wobec niej zarzuty dotyczące wyłącznie kryteriów oceny oferty w świetle s.i.w.z. Oznacza to, że zaskarżenie wyboru najkorzystniejszej oferty może nastąpić zarówno ze względu na to, że wybrana oferta w ogóle nie podlegała ocenie w świetle przesłanek określonych w art. 91 p.z.p., gdyż wymagała odrzucenia lub też wykonawca, który ją złożył - wykluczenia, jak i ze względu na to, że wybrana oferta została nieprawidłowo oceniona w świetle przesłanek określonych w art. 91 p.z.p.

2. Status KIO, jako organu rozpoznającego odwołania od czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (art. 172

p.z.p.) nie jest jednoznaczny. Z pewnością organ ten nie jest sądem w ujęciu konstytucyjnym, gdyż przepisy rozdziału VIII Konstytucji pozwalają uznać za sądy, do których odnosić należy jej postanowienia o wyznaczonych im zadaniach, sposobach ich realizacji oraz relacjach z innymi organami państwa, wyłącznie organy mające status sądów powszechnych, administracyjnych, wojskowych, Sąd Najwyższy i Naczelny Sąd Administracyjny. KIO nie ma konstytucyjnych podstaw działania. Jest jednak organem powołanym do rozstrzygania sporów mających cechy spraw w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji, a zawarte w p.z.p. przepisy ustrojowe odnoszące się do tego organu (art. 172 - 176) gwarantują fachową obsadę składów orzekających w sprawach, do rozpoznawania których KIO została powołana oraz niezawisłość członków składu orzekającego i ich związanie przy orzekaniu tylko ustawą (art. 174 ust. 7 p.z.p.). Organ ten ma zatem niewątpliwie status *quasi* sądowy i taki jego status został potwierdzony przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 13 grudnia 2013 r., C 465/11 Forposta i ABC Direct Contact przeciwko Poczcie Polskiej SA).

Za ustalony w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego trzeba uznać pogląd, że spór tworzący sprawę w rozumieniu art. 45 Konstytucji nie musi podlegać rozpoznaniu wyłącznie przez sądy w ujęciu konstytucyjnym. Ustawodawca może bowiem zdecydować o „podzieleniu” drogi ochrony prawnej w ten sposób, że w zaistniałym sporze najpierw konieczne będzie uzyskanie rozstrzygnięcia w postępowaniu przed organem niemającym statusu sądu, by dopiero następnie, po wydaniu przez taki organ orzeczenia, otworzyła się droga do wydania rozstrzygnięcia przez sąd. W wyroku z 12 maja 2011 r., P 38/08 (OTK A 2011, nr 4, poz. 33) Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że z perspektywy Konstytucji istotne jest, aby ostateczne i wiążące rozstrzygnięcie sprawy należało do sądu sprawującego wymiar sprawiedliwości.

W związku z wniesieniem odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego KIO w pierwszej kolejności obejmuje badaniem kwestię dopuszczalności prowadzenia postępowania odwoławczego. Jej ocena wyprzedza rozpoznanie odwołania co *do meritum*, na które składa się weryfikacja zarzutów odwołującego w stosunku do czynności zamawiającego w świetle przesłanek oznaczonych w art. 192 ust. 2 p.z.p. W postępowaniu przed KIO mogą zapadać

wyroki i postanowienia (art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze p.z.p.). W wyroku KIO wypowiada się o istocie rozpoznawanej sprawy, a zatem o zasadności odwołania, postanowieniem rozstrzyga natomiast wszystkie inne kwestie, jakie wynikną w toku postępowania, ale też kończy to postępowanie, jeśli stwierdzi, że brak jest warunków procesowych pozwalających na rozstrzygnięcie o istocie sprawy.

Do wszczęcia postępowania przed sądem powszechnym w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego może dojść na skutek wniesienia skargi od orzeczenia KIO uregulowanej w art. 198a - 198g p.z.p. Przysługuje ona zarówno od wyroków KIO, jak i postanowień kończących postępowanie odwoławcze, którymi są postanowienia o odrzuceniu odwołania (art. 189 ust. 2 p.z.p.) i o umorzeniu postępowania odwoławczego (art. 183 ust. 5 p.z.p.), ale także od rozstrzygnięcia o kosztach postępowania odwoławczego (tak Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 8 grudnia 2005 r., III CZP 109/05). Skarga została zatem przez ustawodawcę skonstruowana jako uniwersalny środek odwoławczy od orzeczeń KIO, łączący cechy apelacji i zażalenia. Trzeba zauważyć, że ustawodawca w art. 198a - 198g p.z.p. odrębnie uregulował szereg kwestii determinujących konstrukcję tego środka zaskarżenia, niezależnie od odesłania w art. 198a ust. 2 p.z.p. do odpowiedniego stosowania w materii w nich nieuregulowanej w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi przepisów kodeksu postępowania cywilnego o apelacji.

Ustawodawca samodzielnie i na potrzeby określenia konstrukcji skargi na orzeczenie KIO uregulował m.in. termin do jej wniesienia, przesłanki jego przywrócenia, zasady wnoszenia skargi, wymagania formalne skargi, właściwość sądu do jej rozpoznania, podstawy do oceny dopuszczalności skargi i orzeczenia o jej odrzuceniu, ale też zasady rozpoznania sprawy w postępowaniu wywołanym jej wniesieniem i orzekania w tym postępowaniu. Zasady te nie zostały przez ustawodawcę zróżnicowane ze względu na bezpośredni przedmiot zaskarżenia, a mianowicie to, czy jest nim wyrok, w którym KIO rozstrzygnęło o zasadności odwołania, czy też postanowienie kończące postępowanie w sprawie wszczętej na skutek odwołania (por. też uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2012 r., III CZP 107/12, OSNC 2013, nr 9, poz. 106).

Z art. 198f ust. 1 zdanie pierwsze i drugie p.z.p. wynika, że w wyniku rozpoznania skargi sąd orzeka wyrokiem zarówno wtedy, gdy uzna ją za

bezzasadną, jak i wtedy, gdy skarga okaże się zasadna. Przepisy te z punktu widzenia formy orzeczenia, jakim ma zakończyć się postępowanie sądowe nie różnicują sytuacji, gdy zasadna okaże się skarga na postanowienie KIO kończące postępowanie w sprawie i tych, gdy zasadna okaże się skarga na wyrok KIO. Sąd oddala skargę wyrokiem, niezależnie od tego, czy bezzasadna okazała się skarga na wyrok czy postanowienie kończące postępowanie w sprawie (art. 198f ust. 1 zdanie pierwsze p.z.p.). Przyjęcie takiej konwencji terminologicznej wiąże się z pewnymi odstępstwami od modelu, w ramach którego pojęcie „wyrok” zarezerwowane jest dla rozstrzygnięć zawierających w sobie wypowiedź o istocie sprawy rozstrzygniętej przez sąd, czyli stwierdzających tę normę prawną indywidualno-konkretną, którą należy uznać za obowiązującą między stronami sporu. Nie jest to jednak jedyne tego rodzaju odstępstwo, jakie można odnotować w systemie prawnym. Przykładowo, ustaloną praktyką jest nazywanie wyrokami orzeczeń wydawanych na podstawie art. 386 § 4 k.p.c., które powodują jedynie skutki procesowe w postaci wzruszenia nieprawomocnego wyroku sądu pierwszej instancji i zobowiązania tego sądu do ponownego przeprowadzenia postępowania w sprawie, natomiast brak w nich charakterystycznej dla wyroku wypowiedzi o prawach i obowiązkach stron postępowania.

O tym, w jaki sposób powinien orzec sąd, gdy uzna skargę za zasadną ustawodawca wypowiedział się w art. 198f ust. 1 zdanie drugie p.z.p. Stwierdził w nim, że w razie uwzględnienia skargi sąd zmienia zaskarżone orzeczenie i orzeka wyrokiem co do istoty sprawy, a w pozostałych przypadkach wydaje postanowienie. Nie sposób zakładać, że odwołanie się przez ustawodawcę w powołanym przepisie do określenia „orzeczenie” KIO było przypadkowe, skoro ustawodawca posługuje się tym pojęciem na gruncie przepisów działu VI p.z.p. i w tych przepisach je definiuje, zaliczając do tej kategorii zarówno wyroki, jak i postanowienia KIO. Z powiązania zmiany zaskarżonego orzeczenia w razie uznania skargi za zasadną i koniecznością wydania w takim przypadku wyroku co do istoty sprawy oraz z wyłączenia w art. 198f ust. 1 zdanie czwarte p.z.p. możliwości stosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia art. 386 § 4 k.p.c. należy wyprowadzić wniosek, za którym opowiada się w większości praktyka i doktryna, że w postępowaniu wywołanym skargą na orzeczenie KIO nie może

zapaść orzeczenie kasatoryjne, którym sąd przekaże sprawę KIO do ponownego rozpoznania ze względu na nierozpoznanie jej istoty lub potrzebę przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości. Oznacza to, że sąd, który uzna za zasadną skargę na postanowienie o umorzeniu postępowania wywołanego odwołaniem do KIO, jak i na postanowienie o odrzuceniu przez KIO odwołania na czynności zamawiającego, powinien rozpoznać to odwołanie i orzec wyrokiem co do istoty sprawy. Sprzyjać temu powinno wyznaczenie granic rozpoznania sprawy w postępowaniu sądowym toczącym się na skutek skargi nieco inaczej niż postępowaniu apelacyjnym. W każdej sprawie wszczętej na skutek złożenia skargi na orzeczenie KIO sąd musi zbadać najpierw przesłanki dopuszczalności prowadzenia postępowania przed KIO, na co wskazuje kompetencja przyznana sądowi w art. 198f ust. 3 p.z.p., a dopiero w następnej kolejności sąd powinien zająć się oceną zasadności skargi, w granicach odnoszących się do bezpośredniego przedmiotu zaskarżenia nią, a zatem albo tylko istoty sprawy (zaskarżenie wyroku), albo przesłanek dopuszczalności odwołania i prowadzenia postępowania odwoławczego oraz następnie - istoty sprawy (zaskarżenie postanowienia kończącego postępowanie w sprawie), zawsze jednak w granicach wyznaczonych zarzutami zgłoszonymi w odwołaniu (art. 198f ust. 4 p.z.p.). Z art. 198f ust. 2 zdanie drugie p.z.p. wynika ponadto, że w postępowaniu sądowym stosuje się odpowiednio art. 192 - 195 k.p.c., a zatem przepisy o skutkach zawiśnięcia sporu oraz przekształceniach przedmiotowych i podmiotowych powództwa, które - na mocy art. 391 § 1 zdanie drugie k.p.c. - nie mają zastosowania w postępowaniu apelacyjnym (por. też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 grudnia 2016 r., I CSK 19/16, nieopubl.).

Na powyższą ocenę nie ma wpływu okoliczność, że w uchwale z dnia 8 grudnia 2005 r., III CZP 109/05 Sąd Najwyższy wyraził pogląd, iż w postępowaniu wywołanym skargą na orzeczenie KIO w przedmiocie kosztów postępowania odwoławczego sąd orzeka postanowieniem. Trzeba bowiem zauważyć, że kwestia kosztów postępowania może stać się względnie samodzielny problem wymagający rozstrzygnięcia (por. wyroki Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 marca 2007 r., SK 3/05, OTK-A 2007, nr 3, poz. 32 i z dnia 9 lutego 2010 r., SK 10/09, OTK - A 2009, nr 3, poz. 29), a strona skarżąca wyłącznie orzeczenie

o kosztach postępowania nie oczekuje rozpoznania jej odwołania, a zatem wypowiedzenia się o istocie sprawy przez organ umocowany do rozstrzygnięcia sporu na gruncie przepisów ustawy o zamówieniach publicznych albo dlatego, że zostało już rozpoznane w satysfakcjonujący ją sposób, albo dlatego, że go nie podtrzymuje.

3. Postępowanie przed sądem wywołane skargą na orzeczenie KIO jest - co do zasady, z uwagi na ograniczenia legitymacji do zaskarżenia wydanego w nim orzeczenia (art. 198 ust. 1 p.z.p.) - jednoinstancyjne. W powiązaniu z przytoczonymi wyżej zasadami rozpoznawania skarg na orzeczenia KIO oznacza to, że jeśli KIO wyda orzeczenie o umorzeniu postępowania lub odrzuceniu skargi, a sąd w postępowaniu ze skargi na to orzeczenie obejmie rozpoznaniem najpierw przesłanki decydujące o dopuszczalności prowadzenia postępowania odwoławczego, a następnie - po zweryfikowaniu postanowienia KIO i stwierdzeniu, że zostały w nim błędnie ocenione - istotę sprawy, żadna ze stron postępowania nie będzie uprawniona do dalszego zaskarżenia wyroku sądowego wydanego w następstwie rozpoznania odwołania i skargi. To rozwiązanie spowodowało wątpliwości Sądu Okręgowego co do jego zgodności ze standardami konstytucyjnymi.

Z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wynika, że norma wyrażona w art. 78 Konstytucji nie wymaga, żeby pierwsze rozstrzygnięcie w sporze zapadało w postępowaniu sądowym ani też, żeby rozstrzygnięcie organu pozasądowego musiało być poddane kontroli dwóch instancji sądowych. Wymaganie dwuinstancyjności postępowania wyrażone w art. 176 ust. 1 Konstytucji odnosi się jedynie do „postępowania sądowego”, i to do postępowania, które „od początku do końca” toczy się przed sądem (por. wyroki Trybunału Konstytucyjnego z dnia 8 grudnia 1998 r., K 41/97), OTK 1998, nr 7, poz. 117, z dnia 11 czerwca 2002 r., SK 5/02, OTK - A 2002, nr 4, poz. 41, z dnia 13 czerwca 2006 r., SK 54/04, OTK - A 2006, nr 6, poz. 64). Spraw, które najpierw rozpatrywane były przez organy pozasądowe, a następnie zostały poddane końcowej kontroli ze strony sądu, dotyczy wyłącznie art. 78 Konstytucji, a ten przepis dopuszcza wprowadzenie wyjątku od zasady zaskarżalności orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji.

Rozważania na temat tego, czy zakres kompetencji przyznanych sądowi w postępowaniu wywołanym skargą na postanowienie KIO kończące postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego i wyłączenie dostępności środka zaskarżenia od wyroku sądu nie narusza standardów konstytucyjnych, trzeba rozpocząć od wskazania, że przepisy prawa zamówień publicznych regulują przedumowne stosunki prawne nawiązywane w związku z dążeniem do zawarcia umowy przez podmiot obowiązany do kontraktowania z zachowaniem reżimu tej ustawy w sposób daleko bardziej szczegółowy niż przepisy kodeksu cywilnego obowiązujące w powszechnym obrocie. W obrębie przepisów prawa zamówień publicznych przeważają normy o charakterze *ius cogens*, obligujące zamawiającego i wykonawców ubiegających się o zawarcie z nimi umowy do podporządkowania się schematom działań, które pozwolą na urzeczywistnienie zasad ustalonych w art. 7 ust.1 p.z.p. Szczegółowe określenie sposobu, w jaki zamawiający powinien wyłonić osobę, z którą będzie kontraktował wiąże się z system roszczeń wymuszających na zamawiającym oczekiwane przez ustawodawcę zachowania, możliwych do zrealizowania tylko na podstawie p.z.p. (art. 192 ust. 3 p.z.p.). Zwieranie umów w reżimie p.z.p. zapewnia zatem podmiotom zobowiązanym do stosowania postanowień tej ustawy dalej idące uprawnienia niż możliwe do zrealizowania według przepisów o zobowiązaniach umownych o powszechnym zakresie zastosowania.

Charakter sporów, jakie powstają na gruncie prawa zamówień publicznych wymaga jednak, żeby były one rozpoznawane niezwłocznie, gdyż wszelkie opóźnienia w ich likwidowaniu stwarzają zagrożenie nie tylko dla sytuacji zamawiającego, który często musi doprowadzić do zawarcia umowy w określonym czasie, w jakim do jego dyspozycji pozostają środki możliwe do przeznaczenia na zaspokojenie zobowiązań wobec wykonawców, w warunkach, gdy umowa, do zawarcia której dąży ma zaspakajać także określone interesy publiczne. Szybkość postępowania, w którym zlikwidowane zostaną spory przedumowne ma też ogromne znaczenie dla sytuacji wykonawców, którzy są w stanie zorganizować swoją działalność na określonym rynku tylko wtedy, gdy wiedzą, z kim i w jakim czasie nawiążą stosunki umowne. Opóźnienia w rozpoznaniu sporów na gruncie prawa zamówień publicznych prowadzonych już po wybraniu najkorzystniejszej

oferty i po zawarciu umowy mogą uczynić nieefektywną ochronę prawną, o udzielenie której zabiega odwołujący się czy skarżący orzeczenie KIO, gdyż pewne rodzaje orzeczeń w tym postępowaniu mogą zapaść wyłącznie do czasu wykonania umowy. Z tych powodów ustawodawca w przepisach o środkach ochrony prawnej dostępnych na gruncie prawa zamówień publicznych przewidział szereg mechanizmów wymuszających zrealizowanie standardu sprawności postępowania, w którym odwołującemu się ma być udzielona ochrona prawna. Temu celowi służy także wyłączenie możliwości wydawania przez sąd orzeczeń kasacyjnych z przyczyn, o których mowa w art. 386 § 4 k.p.c. w każdym postępowaniu wywołanym skargą na orzeczenie KIO, niezależnie od tego, czy było ono poprzedzone rozpoznaniem odwołania co do meritum, czy tylko oceną jego dopuszczalności. Wartość, którą ustawodawca chroni w ramach przyjętego modelu rozpoznawania przez sąd skarg na orzeczenia KIO usprawiedliwia założenie, że w postępowaniu sądowym zapadnie orzeczenie o istocie sprawy wszczętej na skutek odwołania od czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdyby okazało się, że KIO jako organ właściwy do rozpoznania odwołania wadliwie uznała, iż zostało ono złożone z naruszeniem przepisów określających przesłanki jego dopuszczalności.

Trzeba podkreślić, że rozważany problem ujawnia się w nielicznych postępowaniach sądowych, gdyż w praktyce do zaskarżania orzeczeń KIO i uruchamiania postępowania przed sądem powszechnym w sprawach o udzielenie zamówienia publicznego dochodzi rzadko, a przypadki, gdy postępowanie sądowe uruchamiane jest ze względu na zaskarżenie postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego lub odrzuceniu odwołania są sporadyczne.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

aj

kc