



Sygn. akt IV CSK 448/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 maja 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Wojciech Katner (przewodniczący)
SSN Agnieszka Piotrowska (sprawozdawca)
SSN Katarzyna Tyczka-Rote

Protokolant Hanna Kamińska

w sprawie ze skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w W.
przeciwko Gminie Miasta G. - Dyrekcji Rozbudowy Miasta G.
przy udziale A. J.

z odwołania od orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej
z dnia 13 października 2016 r., sygn. akt KIO (...),
po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Cywilnej
w dniu 23 maja 2018 r.,

skargi kasacyjnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w W.
od wyroku Sądu Okręgowego w G.
z dnia 3 stycznia 2017 r., sygn. akt XII Ga (...),

**uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi
Okręgowemu w G. do ponownego rozpoznania i orzeczenia o
kosztach postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez zamawiającego - Gminę Miasta G. w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Przywrócenie wartości dawnemu zespołowi sierocińca z adaptacją do nowych funkcji kultury i turystyki – D.”, o wartości szacunkowej 850 050 zł netto, a więc nie przekraczającej kwot wskazanych w przepisach art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r., poz. 579 - dalej: „p.z.p.”), uczestniczka tego postępowania A. J. wniosła - na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. - odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Zarzuciła naruszenie art. 89 ust. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p., w wyniku czego doszło do niezgodnego z prawem zamówień publicznych wyboru przez zamawiającego – jako najkorzystniejszej - oferty „D.”, mimo że zamawiający powinien był odrzucić tę ofertę ze względu na rażące zaniżenie ceny i kosztów usługi. Formułując te zarzuty, odwołująca domagała się unieważnienia czynności wyboru wskazanej oferty.

Postanowieniem z dnia 13 października 2016 r., Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: „K.I.O.”) odrzuciła odwołanie jako niedopuszczalne argumentując, że dotyczy ono czynności innych niż taksatywnie wymienione w art.180 ust. 2 p.z.p. Przez zawarte art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. pojęcie „czynności wyboru najkorzystniejszej oferty” należy bowiem rozumieć wyłącznie niedokonanie przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej w świetle kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „s.i.w.z.”). Nie obejmuje ono natomiast zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy niż składający odwołanie.

W skardze na to orzeczenie, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes U.Z.P.”) zarzucił naruszenie art. 180 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 3 p.z.p. poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż pojęcie „wybór najkorzystniejszej oferty” oznacza wyłącznie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej wobec kryteriów oceny ofert, podczas gdy prawidłowa wykładnia tych norm prowadzi do wniosku, iż zaskarżeniu odwołaniem w postępowaniach

o udzielenie zamówień publicznych podlegają wszystkie czynności zamawiającego w ramach badania i oceny złożonych ofert, prowadzące do wadliwego, niezgodnego z przepisami p.z.p., wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego zamawiający zobowiązany był wykluczyć, a także zaniechanie odrzucenia oferty, która winna była zostać odrzucona. Skarżący zarzucił także naruszenie art. 189 ust. 2 pkt 6 p.z.p. poprzez niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie odwołania A. J. 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 art. 180 ust. 2 p.z.p. W oparciu o te zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia i merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Wyrokiem z dnia 3 stycznia 2017 r., Sąd Okręgowy w G. oddalił skargę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na postanowienie K.I.O. z dnia 13 października 2016 r., dzieląc ustalenia poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą oraz jej ocenę prawną w kwestii interpretacji art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p., prowadzącej do odrzucenia odwołania jako niedopuszczalnego. Sąd podniósł, że wykładnia tej normy prawnej przedstawiona w skardze Prezesa U.Z.P., zgodnie z którą zaniechanie odrzucenia oferty jest elementem wyboru najkorzystniejszej oferty, rozumianej jako zwieńczenie wszystkich czynności zamawiającego w zakresie badania i oceny złożonych ofert, jest zbyt szeroka i prowadzi w istocie do stworzenia nowych podstaw odwołania, co nie może być zaaprobowane.

W skardze kasacyjnej wniesionej od wyroku Sądu Okręgowego, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zarzucił naruszenie art. 180 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 3 p.z.p. poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż w pojęciu „wybór najkorzystniejszej oferty” nie mieści się uprzednie zaniechanie odrzucenia oferty wybranej następnie jako najkorzystniejsza, podczas gdy prawidłowa jest wykładnia tego pojęcia, zgodnie z którą zaskarżeniu na podstawie przytoczonej normy podlegają wszystkie czynności zamawiającego w ramach badania i oceny złożonych ofert prowadzące do wadliwego, niezgodnego z p.z.p., wybrania oferty uznanej za najkorzystniejszą. W skardze zarzucono ponadto naruszenie art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 198f ust. 2 zd. 1 p.z.p. przez oddalenie skargi Prezesa

Urzędu Zamówień Publicznych mimo jej zasadności. Formułując te zarzuty, Skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w G. do ponownego rozpoznania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Z orzeczeń sądów powszechnych przytoczonych przez skarżącego w uzasadnieniu skargi kasacyjnej istotnie wynika, że zawarte w art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. pojęcie „wybór najkorzystniejszej oferty” podlegało różnej wykładni, prowadzącej do wydawania rozbieżnych orzeczeń w podobnych stanach faktycznych. W części orzeczeń przyjmowano, że odwołanie, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. może dotyczyć wyłącznie niedokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert, określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 91 oraz art. 2 pkt 5 p.z.p.). W innych judykatach wyrażano pogląd, że przedmiotem odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty mogą być także zachowania zamawiającego w ramach badania i oceny ofert, prowadzące do wadliwego, niezgodnego z przepisami prawa zamówień publicznych, wyboru oferty uznanej za najkorzystniejszą.

Sygnalizowane wątpliwości interpretacyjne zostały wyjaśnione w uchwałach Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2017 r., III CZP 58/17 (OSNC 2018, nr 5, poz. 50) oraz z dnia 17 listopada 2017 r., III CZP 56/17 (nie publ.), w których wskazano, że zarzuty odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p.), mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną następnie przez zamawiającego jako najkorzystniejsza lub zaniechanie odrzucenia wybranej oferty, która powinna podlegać odrzuceniu z przyczyn wskazanych w tej ustawie. Z uwagi na to, że skład rozpoznający skargę kasacyjną w pełni podziela argumentację prawną zawartą w uzasadnieniu tych uchwał, celowe jest ograniczenie się do przypomnienia, że czynności zamawiającego wymienione w art. 180 ust. 2 p.z.p., będące samodzielnymi przedmiotami zaskarżenia, można podzielić na dwie kategorie. Do pierwszej grupy należą czynności zamawiającego dotyczące wyłącznie odwołującego się i eliminujące możliwość wzięcia przez niego udziału w postępowaniu zmierzającym do udzielenia zamówienia (pkt 3 i 4). Do drugiej grupy czynności należy zaliczyć: 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) oraz wybór najkorzystniejszej oferty (pkt 6). Czynności te, istotne z punktu widzenia interesów wszystkich uczestników postępowania, determinują wybór modelu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przyjętego przez zamawiającego, określają kolejne etapy tego postępowania oraz osiągnięcie jego celu.

Rozdział 4 działu II p.z.p. pod tytułem „Wybór najkorzystniejszej oferty” określa zasady składania ofert przez wykonawców, przesłanki ich odrzucenia, w tym także środki, przy wykorzystaniu których zamawiający powinien ocenić, czy zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty lub dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w świetle s.i.w.z. Z perspektywy zarówno zamawiającego, jak i uczestników postępowania, na ostateczny wynik tego etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 91 i art. 2 pkt 5 p.z.p., 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 oceną ofert, które nie zostały odrzucone, w świetle kryteriów wskazanych w s.i.w.z. W sytuacji wyboru – jako najkorzystniejszej - oferty, co do której istnieje wątpliwość, czy nie powinna być podlegać odrzuceniu na wcześniejszym etapie postępowania, brak jest podstaw do zawężenia kontroli przesłanek wyboru oferty tylko do okoliczności wymienionych w art. 91 p.z.p. i pominięcia okoliczności, które mogą wskazywać na konieczność odrzucenia oferty jako naruszającej przepisy ustawy. Za taką interpretacją art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. przemawia cel ustawy Prawo zamówień publicznych oraz funkcje poszczególnych unormowań, w tym art. 7 ust. 3 p.z.p., przewidującego, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zawężenie pojęcia „wybór najkorzystniejszej oferty” tylko do oceny złożonych ofert pod kątem kryteriów ustalonych przez zamawiającego w s.i.w.z., nie znajduje zatem – ze wskazanych przyczyn - oparcia w wykładni funkcjonalnej i systemowej p.z.p. Przedstawione rozważania prowadzą do konkluzji, że odwołujący się od wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p.) może kwestionować tę czynność zamawiającego zarówno dlatego, że wybrana oferta nie jest najkorzystniejsza w świetle art. 91 i art.

2 pkt 5 p.z.p., jak i dlatego, że oferta powinna być podlegać odrzuceniu lub składający ją podmiot - wykluczeniu z postępowania.

W tym stanie rzeczy orzeczono, jak w sentencji (art. 398¹⁵ § 21 k.p.c.).

aj