

Sygn. akt IX Ca 807/17

## POSTANOWIENIE

Dnia 25 sierpnia 2017 r.

Sąd Okręgowy w Olsztynie IX Wydział Cywilny Odwoławczy

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSO Agnieszka Żegarska (spr.)
Sędziowie:	SO Bożena Charukiewicz SO Mirosław Wieczorkiewicz
Protokolant:	sekr. sąd. Agnieszka Najdrowska

po rozpoznaniu w dniu 24 sierpnia 2017 r. w Olsztynie

na rozprawie

sprawy ze skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1127/17 ,

z udziałem zamawiającego: Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w L. oraz odwołującego : (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Ł.

### ***postanawia:***

1. uchylić zaskarżony wyrok w całości i odrzucić odwołanie wniesione przez (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Ł. , w postępowaniu prowadzonym przez Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w L. ,

2. obciążyć odwołującego kosztami postępowania w kwocie 7500 zł tytułem opłaty od odwołania ,

3. nie obciążać stron postępowania kosztami postępowania skargowego .

Bożena Charukiewicz Agnieszka Żegarska Mirosław Wieczorkiewicz

**Sygn. akt IX Ca 807/17**

### **UZASADNIENIA**

(...) Sp. z o.o. z siedzibą w Ł. wniosła odwołanie od czynności zamawiającego - Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w L. - polegającej na zaniechaniu wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienia postępowania.

Wyrokiem z dnia 27 czerwca 2017 r., Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu Miejskiemu Ośrodkowi Pomocy Społecznej w L. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 p.z.p. a następnie dokonania czynności oceny ofert złożonych w prowadzonym postępowaniu i obciążyła zamawiającego kosztami postępowania w kwocie 7.500 zł.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że w dniu 16 maja 2017 r. na stronie internetowej zamawiającego - Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w L. - zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu, którego przedmiotem było „Dożywianie dzieci w szkołach i przedszkolach w L. w okresie 1 września 2017 - 30 czerwca 2019 r.” oraz Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia. W dniu 28 maja 2017 r. (niedziela) zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej informację o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (pisma 26 maja 2017 r.). Z treści pisma wynika, że zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. z powodu wystąpienia niemożliwej do usunięcia wady, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że w sprawie nie wystąpiły okoliczności obligujące zamawiającego do unieważnienia prowadzonego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. W szczególności okolicznością taką nie jest brak zamieszczenia we wzorze formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, rubryki dotyczącej kryterium „Doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”. Zamawiający czytelnie określił kryteria oceny ofert - koszt usługi i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia - oraz przypisał im określone wagi (odpowiednio 60% i 40%). Ponadto w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wskazano, że wykonawcy mieli możliwość sporządzenia formularza ofertowego według własnego wzoru. Wobec tego zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, załącznik nr. 1 zawierał jedynie minimalną wymaganą ilość informacji, które wykonawcy musieli zawrzeć w ofercie. Brak w załączniku nr. 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia pozycji, w której wykonawcy mogli dokonać określenia stażu pracy pracowników przewidzianych do realizacji usługi, nie umożliwił wykonawcom dokonanie takiego określenia. W tych okolicznościach, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła wniesione odwołanie.

Skargę na powyższy wyrok złożył Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zaskarżając rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej w całości.

Skarżący zarzucił zaskarżonemu orzeczeniu naruszenie art. 189 ust. 2 pkt 1 p.z.p. w zw. z art. 138o i art. 138g ust.1 pkt 1 ustawy p.z.p. poprzez ich błędną wykładnię, polegającą na uznaniu, że w postępowaniach na usługi społeczne, w których wartość zamówienia jest niższa niż 750.000 euro, tj. w postępowaniach prowadzonych na podstawie art. 138o ustawy p.z.p., przysługuje możliwość wniesienia odwołania, w szczególności odwołania wobec czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania, co skutkowało rozpoznaniem przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania wniesionego przez wykonawcę (...) sp. z o.o. z siedzibą w Ł., podczas, gdy odwołanie to winno zostać przez Izbę odrzucone, a to z tego względu, że przepis art. 138o ustawy p.z.p., na podstawie którego zamawiający prowadził przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie przewiduje możliwości wniesienia odwołania, a w postępowaniach prowadzonych w oparciu o art. 138o ustawy p.z.p., przepisów rozdziału VI dotyczącego środków odwoławczych nie stosuje się.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, skarżący wniósł o:

1. uchylenie zaskarżonego wyroku i odrzucenie odwołania wniesionego przez (...) sp. z o.o. z siedzibą w Ł.,
2. obciążenie kosztami postępowania odwołującego (...) sp. z o.o. w Ł. i zaliczenie w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwoty 7.500 zł uiszczoną przez (...) sp. z o.o. w Ł. tytułem wpisu od odwołania,
3. nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego zgodnie z art. 102 k.p.c.

W odpowiedzi (...) sp. z o.o. wniosła o oddalenie skargi w całości.

### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Skarga doprowadziła do uchylenia zaskarżonego wyroku i odrzucenia odwołania wniesionego przez (...) Sp. z o.o. w Ł. od czynności zamawiającego - Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w L. - jednakże z innych przyczyn niż wskazane przez skarżącego.

Na etapie procedowania przed Sądem Okręgowym, spór stron dotyczył możliwości wniesienia przez wykonawcę odwołania od czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu prowadzonym na podstawie art. 138o ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej ustawy P.z.p.), polegającej na unieważnieniu prowadzonego postępowania i zaniechaniu wyboru oferty najkorzystniejszej.

Powyższe zagadnienie prawne, nie zostało poddane dogłębnej analizie zarówno w orzecznictwie sądów powszechnych, jak i też nie zostało kompleksowo omówione w doktrynie prawa.

W zasadzie wszystkie dostępne opracowania naukowe dotyczące znowelizowanej ustawy Prawo zamówień publicznych, ograniczają się do przytoczenia stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych, który w odpowiedzi na pytanie „Czy wykonawca, składając ofertę w postępowaniu prowadzonym w oparciu o art. 138o ustawy P.z.p., może złożyć odwołanie?” wskazał, że „w przypadku postępowań prowadzonych w oparciu o art. 138o ustawy P.z.p. zamawiającego nie wiążą przepisy ustawy P.z.p., z wyjątkiem reguł wskazanych w ust. 2 - 4 tego artykułu, a co za tym idzie zasadnym wydaje się stwierdzenie, że wykonawca nie ma możliwości skorzystania ze środków odwoławczych przewidzianych w dziale VI ustawy P.z.p.” (I. Skubiszak - Kalinowska, E. Wiktorowska, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, Warszawa 2017, s. 1061, P. Granecki, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, system informacji prawnej Legalis).

Przedstawione wyżej stanowisko Urzędu Zamówień publicznych nie mogło w ocenie Sądu Okręgowego stanowić podstawy osądu w niniejszej sprawie .

Rozstrzygnięcia przedstawionego problemu, nie dostarcza również treść uzasadnienia rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy P.z.p. i niektórych innych ustaw. W części dotyczącej omówienia zamówień publicznych na usługi społeczne i inne szczególne usługi, analizowana kwestia nie została podjęta przez pomysłodawców projektu.

Istotna luka w opracowaniu rozpoznawanego zagadnienia prawnego, skutkowałą koniecznością przeprowadzenia przez Sąd Okręgowy, szczegółowej analizy regulacji zawartych w ustawie P.z.p. - przy jednoczesnej ocenie obszernej argumentacji przedstawionej przez strony niniejszego postępowania.

Ostatecznie Sąd Odwoławczy doszedł do przekonania, że wykonawcy w przedmiotowej sprawie nie przysługiwało prawo do wniesienia odwołania od czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania .

Jednakże przedstawione rozstrzygnięcie zapadło przy jednoczesnym stwierdzeniu przez Sąd Okręgowy, że sama treść przepisu art. 138o ustawy P.z.p., nie stanowi przeszkody dla wniesienia odwołania przez wykonawcę.

Zamawiający - MOPS w L. - prowadził postępowanie, którego przedmiot stanowiło „Dożywianie dzieci w szkołach i przedszkolach w L. w okresie 1 września 2017 - 30 czerwca 2019 r.”

Z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia wynika, że zamówienie dotyczyło usługi przygotowywania, dostarczania i wydawania gorących posiłków uczniom szkół podstawowych, uczniom gimnazjów i dzieciom w przedszkolu.

Postępowanie prowadzone było w trybie przepisu art. 139o ustawy P.z.p., co zamawiający wskazał zarówno w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) jak i protokole postępowania.

Wartość szacunkowa zamówienia wynosiła 464.666,66 zł, tj. kwotę stanowiącą równowartość 111.300,07 euro.

Zamawiający unieważnił prowadzone postępowanie i udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy P.z.p. wskazując, że w postępowaniu wystąpiła niemożliwa do usunięcia wada, która uniemożliwiła zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

(...) spółka z o.o. z siedzibą w Ł. wniosła odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej wobec powyższej czynności zamawiającego - która uznając, że odwołującemu przysługuje środek ochrony prawnej - uwzględniła wniesione odwołanie w całości.

Powyższe rozstrzygnięcie zaskarżył Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazując, że w postępowaniach na usługi społeczne - prowadzonych na podstawie przepisu art. 138o ustawy P.z.p. - ustawodawca nie przewidział możliwości wniesienia odwołania.

Skarżący argumentując swoje stanowisko wskazał, że przytoczony przepis stanowi samodzielną regulację dotyczącą udzielania zamówień na usługi społeczne o wartości poniżej progów wymienionych w przepisie art. 138g ustawy P.z.p. Ponadto skarżący zwrócił uwagę, że w przepisie art. 138o ustawy P.z.p. ustawodawca nie przewidział możliwości wniesienia odwołania oraz nie odesłał do stosowania przepisów działu VI ustawy Prawo zamówień publicznych (regulującego zagadnienie środków ochrony prawnej), tak jak uczynił to w przepisie art. 136l ustawy P.z.p. (dotyczącego zamówień na usługi społeczne powyżej progów o których mowa w art. 138g ust. 1 ustawy P.z.p.). Skarżący wskazał także, że przepisy 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, nie regulują kwestii wysokości wpisu od odwołania wnoszonego od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne poniżej progów wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p.

W ocenie Sądu Okręgowego nie ulega wątpliwości, że stosownie do art. 138o ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli wartość zamówienia na usługi społeczne jest mniejsza niż kwoty określone w art. 138g ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający może udzielić zamówienia stosując regulacje zawarte w ust. 2 - 4 omawianego przepisu.

Z kolei kwoty wymienione w art. 138g ust. 1 ustawy P.z.p., to 750.000 euro - w przypadku zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz 1.000.000 euro - w przypadku zamówień sektorowych.

Analiza treści przepisu art. 138o ustawy P.z.p. wskazuje, że jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż wymienione wyżej progi pieniężne, zamawiający może udzielić zamówienia zgodnie z określoną przez siebie procedurą, rzecz jasna - jak już wskazano - przy spełnieniu wymogów określonych w ust. 2 - 4 omawianego przepisu .

Zamawiający mając zatem na uwadze specyfikę danego postępowania, sam określa szczegółowe procedury prawne w oparciu o ogólne zasady prowadzenia postępowania wskazane w art. 138o ustawy P.z.p. Reguły prowadzenia postępowania na podprogowe usługi społeczne, zostały jedynie ograniczone do trzech podstawowych zasad, tj. przejrzystości, obiektywności i niedyskryminacji (art. 138o ust. 2 ustawy P.z.p.).

Należy zauważyć, że w niniejszej sprawie zamawiający wyraźnie podał jako podstawę prawną postępowania art. 138o ustawy P.z.p.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość przekracza kwoty wymienione w art. 138h ustawy P.z.p. (750.000 i 1.000.000 euro), zostało uregulowane w sposób zgoła odmienny.

Zgodnie z art. 138 l ustawy P.z.p, jeżeli przedmiotem postępowania jest nabycie usług społecznych powyżej ww. progów, zamawiającego wiążą przepisy dotyczące komunikacji zamawiającego z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (dział I rozdział 2a), przepisy dotyczące dokumentowania postępowań (dział II rozdział 5), przepisy dotyczące kontroli udzielania zamówień przez prezesa UZP (dział V rozdział 3) oraz przepisy dotyczące środków ochrony prawnej (dział VI).

W kontekście przywołanych wyżej regulacji można zatem wywieść wniosek , że w przypadku zamówień na usługi społeczne, mamy do czynienia z dwiema grupami zamówień, tj. o wartości równej lub wyższej niż 750.000 bądź 1.000.000 euro, a także zamówień, których wartość jest szacowana poniżej wartości wymienionych progów.

Jednakże w ocenie Sądu Okręgowego, przedstawiony dualizm nie ingeruje w żaden sposób w zakres uprawnień wykonawców związanych z wnoszeniem odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej.

Przepis art. 138o ustawy P.z.p., nie zawiera co prawda wprost odesłania do stosowania regulacji dotyczących środków ochrony prawnej (tak jak czyni to art. 138l ustawy P.z.p. do zamówień ponad progowych).

Jednakże jak zostało już wyjaśnione, treść tego przepisu stanowi jedynie, iż do zamówień społecznych o mniejszej wartości, zastosowanie mają przepisy ust. 2 - 4, kształtując przy tym pewne obowiązki zamawiającego w postępowaniu, nie zaś procedury ogólne - w tym dotyczące przysługujących środków ochrony prawnej, które zostały uregulowane w przepisach art. 179 - 198 ustawy P.z.p.

Zgodnie z treścią przepisu art. 180 ust. 1 ustawy P.z.p, odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Przyjęcie zapatrywania skarżącego doprowadziłoby do sytuacji, w której podmioty którym przysługują środki ochrony prawnej (art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.), nie mogłyby skarżyć nawet czynności zamawiającego podjętych w trybie art. 138o, które pozostawałyby w sprzeczności z zasadą przejrzystości, zasadą obiektywności i zasadą działania w sposób niedyskryminujący (art. 138o ust. 2 ustawy P.z.p.).

Należy mieć również na uwadze, że przepis art. 138o ustawy P.z.p. w ust. 3, określa niezbędne elementy każdego ogłoszenia o zamówieniu, tj. określenie terminu składania ofert uwzględniającego czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty, opis przedmiotu zamówienia, określenie wielkości lub zakresu zamówienia oraz zdefiniowanie kryteriów oceny ofert. Akceptacja stanowiska skarżącego, doprowadziłaby także do braku kontroli prawidłowości działań zamawiającego w tym zakresie.

Zdaniem Sądu Okręgowego, nie sposób wyobrazić sobie sytuacji, w której sposób wydatkowania środków publicznych (w niniejszej sprawie 464.666,66 zł), zostałyby całkowicie wyłączone spod jakiegokolwiek kontroli.

Przyjęcie powyższego stanowiska, stoi w całkowitej sprzeczności z przepisem art. 180 ust. 1 ustawy P.z.p., który - co do zasady - dopuszcza zaskarżalność niezgodnych z przepisami ustawy czynności (bądź zaniechań) zamawiającego. Wyjątki w tym zakresie, przewiduje jedynie ust. 2 tego przepisu, który - mając zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy - zostanie szczegółowo omówiony w dalszej części rozważań.

Należy mieć także na uwadze, że żaden z przepisów działu VI ustawy P.z.p. (ani sam przepis art. 138o), nie wyłącza stosowania przepisów o ochronie prawnej w odniesieniu do jakiegokolwiek postępowania uregulowanego w ustawie. Jak zostało wyżej zasygnalizowane, wyjątki w tym przedmiocie przewiduje natomiast art. 180 ust. 2 ustawy P.z.p. - jednakże przepis ten ogranicza prawo do korzystania z środków ochrony prawnej tylko ze względu na wartość zamówienia - a nie charakter postępowania.

Niewątpliwie treść art. 138o ustawy P.z.p. wskazuje, że intencją ustawodawcy było uproszczenie i przyspieszenie procedur udzielania zamówień publicznych na usługi społeczne.

Takie postępowanie ustawodawcy nie jest odosobnione, a przykłady takich rozwiązań można znaleźć w postępowaniu cywilnym (postępowanie nakazowe art. 484<sup>1</sup> - 497 k.p.c., postępowanie upominawcze 497<sup>1</sup> k.p.c. - art. 505 k.p.c., postępowanie uproszczone art. 505<sup>1</sup> k.p.c. - art. 505<sup>14</sup> k.p.c.), w postępowaniu administracyjnym (postępowanie uproszczone art. 163b - 163g k.p.a.) oraz w postępowaniu karnym (postępowanie nakazowe art. 500 - 507 k.p.k., postępowanie przyspieszone 517a - 517j k.p.k.).

Jednakże w każdym z wymienionych postępowań - mimo uproszczenia i przyspieszenia procedowania - ustawodawca przewidział możliwość wniesienia odwołania do sądu wyższej instancji albo organu wyższego stopnia.

Powyższe regulacje stanowią urzeczywistnienie konstytucyjnej zasady dwuinstancyjności postępowania (art. 78 i art. 176 Konstytucji RP) oraz przejawem realizacji przez ustawodawcę praw człowieka i podstawowych wolności (art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z dnia 4 listopada 1950 r.).

Zaakceptowanie stanowiska skarżącego, polegające na całkowitej możliwości wyłączenia wniesienia odwołania w postępowaniu prowadzonym na podstawie art. 138o ustawy P.z.p. - zdaniem Sądu Okręgowego - stałoby w całkowitej sprzeczności z powołanymi wyżej przepisami Konstytucji RP i prawa międzynarodowego.

Należy również zauważyć, że - wbrew stanowisku skarżącego - przepisy 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, regulują kwestię wysokości wpisu dla spraw rozpoznawanych w niniejszej sprawie.

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt. 1 powołanego rozporządzenia, wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy lub usługi, którego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. ustawy P.z.p. wynosi 7.500 zł (taka też opłata została pobrana w niniejszej sprawie).

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że przepisy rozporządzenia regulujące wysokość opłat za postępowanie odwoławcze - jako akt niższego rzędu - nie mogą przesądzać o prawie wykonawcy do wniesienia odwołania w danej sprawie.

Z przedstawionych rozważań wynika, że prowadzenie postępowania w oparciu o przepis art. 138o ustawy P.z.p., nie wyklucza wniesienia odwołania od czynności (bądź zaniechania) zamawiającego sprzecznej z przepisami Prawa zamówień publicznych. Omawiana regulacja wskazuje, że do zamówień społecznych o mniejszej wartości, zastosowanie mają przepisy ust. 2 - 4, kształtując przy tym pewne obowiązki zamawiającego w postępowaniu, nie zaś procedury ogólne - w tym dotyczące przysługujących środków ochrony prawnej.

Szczegółowy tryb wnoszenia odwołań od czynności zamawiającego niezgodnych z przepisami prawa, określają przepisy działu IV ustawy P.z.p. (art. 179 - 198).

Kwestię dopuszczalności skorzystania z odwołania, wyczerpująco reguluje natomiast przepis art. 180 ust. 2 ustawy P.z.p. W świetle postanowień tego przepisu, należy oceniać prawo wykonawcy do wniesienia odwołania od czynności zamawiającego w postępowaniu prowadzonym na podstawie art. 138o ustawy P.z.p.

Zgodnie z przywołanym art. 180 ust. 2 ustawy P.z.p., jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p., odwołanie przysługuje wyłącznie wobec następujących czynności: wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę, określenia warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, odrzucenia oferty odwołującego, opisu przedmiotu zamówienia, wyboru najkorzystniejszej oferty.

Przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p., jest Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Zgodnie z § 1 pkt. 5 powyższego rozporządzenia, ogłoszenia dotyczące zamówień publicznych przekazuje się Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, jeżeli wartość zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi jest równa lub przekracza wyrażoną w złotówkach równowartość kwoty 750.000 euro - w przypadku zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Z powyższego wynika, że bezspornie wartość zamówienia w niniejszej sprawie jest niższa niż 750.000 euro (111.300,07 euro).

Zatem dla stwierdzenia uprawnienia do wniesienia przez wykonawcę odwołania w niniejszej sprawie należy ocenić, czy zaskarżona czynność zamawiającego mieści się w katalogu określonym w przepisie art. 180 ust. 2 ustawy P.z.p.

Z akt sprawy wynika, że odwołanie wykonawcy dotyczyło czynności zamawiającego, polegającej na zaniechaniu wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnieniu postępowania (k. 3).

Nie ulega wątpliwości, że odwołanie od czynności unieważnienia postępowania - jako niewymienionej w katalogu art. 180 ust. 2 ustawy P.z.p. - nie przysługuje, a zatem bez wątpienia podlega odrzuceniu na podstawie wymienionego przepisu.

Jednakże wykonawca, zaskarżył również czynność zamawiającego polegającą na zaniechaniu wyboru oferty najkorzystniejszej.

Z przepisu art. 180 ust. 2 pkt. 6 ustawy P.z.p. wynika, że zaskarżeniu podlega wybór oferty najkorzystniejszej.

Należy zatem rozważyć, czy zaniechanie dokonania tej czynności przez zamawiającego, może podlegać zaskarżeniu przez wykonawcę.

Na tak postawione pytanie - w ocenie Sądu Okręgowego - należy udzielić odpowiedzi negatywnej.

Takie też stanowisko przeważa w doktrynie prawa, której przedstawiciele wskazują kilka powodów przemawiających za odrzuceniem odwołań od zaniechania wyboru oferty najkorzystniejszej (I. Skubiszak - Kalinowska, E. Wiktorowska, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, Warszawa 2017, s. 1278 - 1279).

W ocenie Sądu Okręgowego, najistotniejsze znaczenie posiadają dwa spośród wymienianych argumentów.

Po pierwsze, użycie przez ustawodawcę w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy P.z.p. zwrotu „czynność wyboru oferty najkorzystniejszej” oznacza, że nie obejmuje on zaniechania czynności wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty, lecz jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ – dotyczy więc to czynności w znaczeniu pozytywnym.

Po drugie, literalne brzmienie art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy P.z.p., dopuszcza zakwestionowanie oferty, która nie jest najkorzystniejsza w świetle kryteriów oceny ofert. Definicja wyboru wynika natomiast bezpośrednio z art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p., według którego - wybór oferty najkorzystniejszej należy rozumieć jako czynność polegającą na zastosowaniu do oferty kryteriów i ustaleniu wyniku tej oceny w sposób skutkujący wyborem.

W końcu należy zauważyć, że wykładania rozszerzająca co do katalogu czynności, które podlegają zaskarżeniu odwołaniem nie jest uprawniona w świetle obowiązującej zasady legalizmu oznaczającej w tym przypadku możliwość wnoszenia środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, tylko w takim zakresie jak dopuszcza to ustawodawca (Postanowienie Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 czerwca 2009 r., XIX Ga 207/09, Lex nr 1713412).

Z powyższego wynika, że stosownie do treści art. 180 ust. 2 pkt. 6 ustawy P.z.p., odwołanie wniesione przez wykonawcę - jako niedopuszczalne - podlegało odrzuceniu.

Tylko na marginesie należy zaznaczyć, że Krajowa Izba Odwoławcza w sposób prawidłowy stwierdziła brak podstaw do umorzenia przez zamawiającego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy P.z.p.

W ocenie Sądu Okręgowego okoliczności uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w niniejszej sprawie, nie stanowił brak zamieszczenia we wzorze formularza ofertowego, rubryki dotyczącej kryterium „Doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”.

Zamawiający zupełnie pominął, treść pkt. 3 rozdziału XIII SWIZN zatytułowanego „Opis sposobu przygotowania oferty” w którym wprost wskazano, że wykonawcy mieli możliwość sporządzenia formularza ofertowego według własnego wzoru.

Z powyższego w sposób jednoznaczny wynika, że wykonawcy którzy chcieli uzyskać punkty w kryterium „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”, mogli sporządzić oświadczenie stanowiące załącznik do formularza ofertowego, co zresztą uczynił zarówno odwołujący jak i wykonawca B. M. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą (...).

Zamawiający miał zatem możliwość wyboru najkorzystniejszej oferty, a tym rozstrzygnięcia przetargu na - jak się wydaje - pilne zamówienie publiczne (wyżywienie dzieci w szkołach od 1 września bieżącego roku).

W ocenie Sądu Okręgowego, stanowisko odwołującego się wykonawcy oraz Krajowej Izby Wykonawczej - co do kwestii merytorycznej rozpoznawanej sprawy jest więc prawidłowe.

Jednakże przed przystąpieniem do merytorycznego rozpoznania każdego odwołania, organ rozpatrujący sprawę musi stwierdzić, czy od danej czynności zamawiającego przysługuje środek odwoławczy.

Z rozważań poczynionych przez Sąd Okręgowy powyżej, wynika, że w niniejszej sprawie takie odwołanie wykonawcy nie przysługiwało, a więc rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej - choć merytorycznie słuszne - jest formalnie nieprawidłowe.

Zatem ostatecznie stanowisko skarżącego dotyczące powinności odrzucenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wniesionego odwołania okazało się zasadne.

Jednakże skarżący, nie podniósł zarzutu naruszenia art. 180 ust. 2 ustawy P.z.p., a swoje stanowisko oparł na zarzucie naruszenia art. 189 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 138o i art. 138g ust.1 pkt 1 ustawy P.z.p - twierdząc, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy P.z.p.

Należy jednak zauważyć, że w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego (art. 198a ust. 2 ustawy P.z.p).

Zgodnie natomiast z przepisem art. 378 k.p.c., sąd drugiej instancji rozpoznaje sprawę w granicach apelacji, w granicach zaskarżenia bierze jednak z urzędu pod uwagę nieważność postępowania.

Z kolei na stosownie do przepisu art. 386 § 3 k.p.c., jeżeli pozew ulega odrzuceniu albo zachodzi podstawa do umorzenia postępowania, sąd drugiej instancji uchyla wyrok oraz odrzuca pozew lub umarza postępowanie. Analogiczna regulację przewiduje zresztą przepis art. 198f ust. 3 ustawy P.z.p.

Oznacza to, że Sąd Odwoławczy jest zobowiązany do wydania postanowienia, którym zaskarżony wyrok uchyli i odwołanie odrzuci lub postępowanie umorzy jeżeli uzna, że podstawy do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania zachodziły przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W niniejszej sprawie, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 czerwca 2017 r. został zaskarżony w całości. Skoro zatem w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą zachodziły podstawy do odrzucenia odwołania, to Sąd Okręgowy był zobowiązany do uchylenia zaskarżonego wyroku w całości i odrzucenia odwołania wniesionego przez (...) Sp. z. o.o. z siedzibą w łodzi, w postępowaniu prowadzonym przez Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w L..

Dodatkowo wyjaśnić należy, że przeszkody do takiego rozstrzygnięcia nie stanowił przepis art. 198f ustawy P.z.p.

Zgodnie z powyższą regulacją, sąd nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania.



Jednakże w niniejszej sprawie taka sytuacja nie zachodzi, ponieważ odwołanie od czynności zamawiającego wniósł wykonawca ( (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Ł.), a skargę do Sądu Okręgowego podlegającą rozpoznaniu wniósł Prezes Urzędu Zamówień Publicznych.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Odwoławczy orzekł na podstawie art. 198a ust. 2 w zw. z art. 198f ust. 2 i 3 ustawy P.z.p.

Uchylenie rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej, skutkowało zmianą rozstrzygnięcia o kosztach postępowania odwoławczego. W tym zakresie, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 10 ustawy P.z.p.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 102 k.p.c.

Stosownie do postanowienia art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy P.z.p. do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego o prokuratorze. Po myśli natomiast art. 106 k.p.c. udział prokuratora w sprawie nie uzasadnia zasądzenia zwrotu kosztów na rzecz Skarbu Państwa ani od Skarbu Państwa.

Bożena Charukiewicz Agnieszka Żegarska Mirosław Wieczorkiewicz