

Sygn. akt VI Ca 441/17

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 31 sierpnia 2017 roku

Sąd Okręgowy w Zielonej Górze VI Wydział Cywilny Odwoławczy w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Sławomir Kaczanowski

Sędziowie: SSO Joanna Klimek – Zielińska

SSO Marek Wiczak

Protokolant: sekr. sąd. Paulina Preuss

po rozpoznaniu w dniu 31 sierpnia 2017 roku w Zielonej Górze

na rozprawie

sprawy ze skargi **Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych**

na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lutego 2017 r. wydane w sprawie sygn. akt KIO 230/17

na skutek odwołania wykonawcy Konsorcjum (...) spółki z o. o. w (...) spółki z o. o. w K.

przy udziale wykonawcy Konsorcjum Przedsiębiorstwo (...) i Przedsiębiorstwo (...) – (...) spółka z o. o. w Ś.

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego (...) Zarząd Melioracji (...) w Z.

1. zmienia postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lutego 2017 r. w sprawie KIO 230/17 w pkt 1 w ten sposób, że oddala odwołanie;

2. w pozostałej części oddala skargę.

SSO J. Z. SSO S. K. SSO M. W.

Sygnatura akt VI Ca 441/17

UZASADNIENIE

(...) Zarząd Melioracji i (...) w Z. jako zamawiający na podstawie ustawy o zamówieniach publicznych udzielił zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót na rzece N. budowa obwałowania okolicy miejscowości P..

Do przetargu stanęły cztery firmy. Głównym kryterium wyłonienia wykonawcy była cena.

Zamawiający jako zwycięzcę wskazał Przedsiębiorstwo (...) P. K. ze współpracującym z nim (...) sp. z o.o. w Ś..

Od tego rozstrzygnięcia w terminie odwołanie wniósł trzeci w/g rankingu zwycięzców przetargu (...) sp. z o.o. w (...) sp. z o.o. - (...) w K..

W odwołaniu kwestionowali wybór zwycięzcy zarzucając, że oferty wyprzedzających ich konkurentów winny być odrzucone i to ich oferta winna być wybrana, a to z tego powodu, że zaferowana przez zwycięzcę przetargu oraz drugiego w kolejności, cena 50 zł za metr² przegrody betonowo- cementowej jest rażąco zaniżona, bo taka jest cena samego materiału. Nie obejmuje ona kosztów sprzętu, robocizny i innych.

Na dowód przedłożył kosztorys materiałowy sporządzony przez (...) i (...), gdzie cenę tony mieszanki wyceniono na 485 zł i 510 zł, a przy zużyciu 280 i 290 kg surowca na 1 metr² przegrody jej cenę surowców i materiałów wyliczono na 50 zł/m² i 49,19 zł/m².

W/g skarżącego jest to cena rażąco niska wobec cen rynkowych. Jest to cena poniżej kosztów wytworzenia przez co jest nierzetelną kalkulacją.

Rozpoznając tak sformułowane odwołanie i po zapoznaniu się z odpowiedzią na odwołanie zamawiającego i wygrywającego przetarg (bez ich szczegółowego analizowania) postanowieniem z dnia 13.02.2017 roku Krajowa Izba Odwoławcza w W. odrzuciła to odwołanie i obciążyła kosztami odwołujących się.

W uzasadnieniu podała, że w tej kategorii spraw odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności (art. 180 ust. 2 prawa zamówień publicznych) wyraźnie wskazanych w tym przepisie. Może to być w tym przypadku odrzucenie oferty odwołującego, albo wybór najkorzystniejszej oferty.

Jako, że oferty odwołującego się nikt nie odrzucił, to podstawą zaskarżenia nie może być nie odrzucenie innej oferty, a tak jest sformułowane odwołanie i taka jest istota jego żądań.

W przypadku art. 180 ust. 2 pkt 6 (wybór oferty) to taki zarzut wprost nie został sformułowany w odwołaniu, ani oceny oferty zwycięskiej, tylko fakt dopuszczenia tej oferty do oceny.

Pod pojęciem wyboru najkorzystniejszej oferty nie kryje się zaniechanie czynności odrzucenia oferty. Pod tym pojęciem kryje się niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert w/g SIWZ.

W ustawowym terminie skargę od tego orzeczenia wywiódł Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w W. zaskarżając je w całości zarzucił mu naruszenie:

1) art. 180 ust. 2 pkt 6 w związku z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp przez błędną wykładnię, a prawidłowe stosowanie tych przepisów prowadzi do wniosku, że zaskarżeniu podlega niezgodny z przepisami ustawy Pzp wybór najkorzystniejszej oferty, którego wadliwość polega na zaniechaniu odrzucenia oferty wygrywającej;

2) art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp przez niewłaściwe zastosowanie w stanie faktycznym niniejszej sprawy i odrzucenie odwołania z powodu błędnego przyjęcia, że odwołanie od czynności wyboru oferty, która winna być uprzednio odrzucona, były poza katalogiem czynności zaskarżalnych odwołaniem

i na tej podstawie wniósł o zmianę postanowienia w całości i orzeczenie co do istoty sprawy przez merytoryczne rozpoznanie odwołania wykonawców wnoszących odwołanie, a także orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego i nieobciążanie kosztami żadnej ze stron.

W uzasadnieniu podał, że Izba błędnie zastosowała przepisy proceduralne i zamiast merytorycznie rozpoznać odwołanie, bezzasadnie je odrzuciła. Jest to efektem błędnego zinterpretowania przepisów.

Podkreślił, żeby wybrać można prawidłowo jedynie ofertę, która spełnia wymogi podmiotowe i przedmiotowe przewidziane dla danego zamówienia. Tak badanie jak i wybór oferty może dotyczyć tych ofert, które są zgodne z przepisami prawa.

Stanowisko I. oddzielającej badanie ofert od ich wyboru abstrahuje od zasady legalizmu przetargu.

Art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zezwala na udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z tymi przepisami. Zgodny z prawem wybór ofert może dotyczyć jedynie wyboru spośród takich ofert, które nie podlegały wykluczeniu. W efekcie brak należytego badania ofert pod takim kątem jest nieuprawnione.

Stanowisko I. pozbawia wykonawców prawa do weryfikacji przez wyspecjalizowany organ odwoławczy prawidłowości badania i oceny ofert, czyli merytorycznego naruszenia prawa.

Odwołujący się kwestionował wybór oferty kwestionując wadliwość merytoryczną wyboru oferty, czyli miał prawo zaskarżyć wybór oferty. Zamówienia tego typu stanowią 85 % ogółu zamówień publicznych kraju.

Stąd odwołanie jest konieczne aby rozpoznać odwołanie co do istoty.

Pogląd I. narusza dyrektywę 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11.12.2007 roku zmieniającą dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności krajowych procedur odwoławczych.

Takie odrzucenie jakie stosuje Izba podważa sens procedury odwoławczej. Dyrektywy te są uniwersalne także dla tzw. postępowań podprogowych.

Zamawiający wniósł o oddalenie skargi jako bezzasadnej i zasądzenie od skarżącego i odwołującego na jego rzecz kosztów postępowania lub o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów od odwołującego na rzecz zamawiającego.

W uzasadnieniu podał, że w jego ocenie, odwołanie przysługuje jedynie od czynności zamawiającego, a nie od jego zaniechań. Czym innym jest wybór oferty, a czym innym brak odrzucenia oferty. Nie można stosować wykładni rozszerzającej co do podstaw wnoszenia odwołań.

Podobne stanowisko zajęło kilka sądów w kraju.

Podstawa odwołania czyli „czynność wyboru oferty najkorzystniejszej” wyklucza wszelkie zaniechania.

Oferta niższa o około 30% od wartości zamówienia nie jest automatycznie rażąco niską ceną.

Wszyscy wykonawcy, poza skarżącym, podali cenę od 50 do 68,20 zł. Natomiast podstawa odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny rażąco niskiej, a nie niskiej.

Wygrywający przetarg natomiast wnieśli o oddalenie skargi jako bezzasadnej. Podzielili pogląd I., a co do meritum to wskazali, że wyliczenie odwołującego się jest oparte o błędne założenia, a co więcej niezgodne z SIWZ. Wyliczenie tego wykonawcy ceny materiałów betonowo-cementowych za m² na 35,69 zł jest prawidłowe. Stąd 50 zł nie jest ceną rażąco zaniżoną, albo niezgodną z cenami rynkowymi.

Sąd Okręgowy, jako organ odwoławczy zważył, co następuje:

Sąd odwoławczy nie prowadził postępowania dowodowego, bo nie było w tym zakresie żadnych wniosków dowodowych. Więcej, stan faktyczny sprawy był niesporny.

Istota sporu między ubiegającymi się o zamówienie publiczne sprowadzała się do tego, że w/g odwołującego się sam materiał za 1 m² przegrody betonowo-cementowej kosztuje 50 zł przez co cena 50 zł za ten element podana przez zwycięzcę przetargu jest dumpingowa, czyli niezgodna z prawem. To był jedyny element merytoryczny sporu. Reszta dotyczyła obowiązującej procedury i możliwych, lub nie, zakresów zaskarżeń.

W tak określonych ramach rozpoznania skargi należy stwierdzić, że proceduralnie skarga zasługuje na uwzględnienie. Natomiast merytorycznie nie. Tak jak nie zasługuje na to wniesione odwołanie.

W ocenie tutejszego Sądu, czyli składu rozpoznającego skargę na orzeczenie I., w przypadkach wnoszenia skargi przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do sądu powszechnego powinien on, co do zasady, jasno zadeklarować też swoje stanowisko merytoryczne, czyli, czy żąda uwzględnienia, bądź też oddalenia, wniesionego odwołania.

W skardze Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych poza żądaniem merytorycznego zbadania skargi nie ma żadnych wprost odniesień co do sposobu jakiego rozpoznania domaga się od sądu. Brak takiego wskazania jednak, w ocenie sądu odwoławczego, nie może skutkować odrzuceniem skargi, jako jej brakiem formalnym. Z całokształtu skargi wynika, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych choćby pośrednio, ale popiera odwołanie, bowiem samo zaskarżenie tylko po to by zamiast odrzucenia odwołania je oddalić może być proceduralnie wątpliwe.

Regulujące to przepisy są w tej sferze niejasne (właściwie ich brak).

Przyjmując jednak, że pozycja ustrojowa wnoszącego skargę to „strażnik praworządności” nie sposób odmówić mu do tego prawa. Ma on interes prawny w uzyskaniu zgodnego z prawem tak samego działania proceduralnego jak i orzekania co do istoty Izby Odwoławczej jaką jest Krajowa Izba Odwoławcza w W. jako specyficzny organ odwoławczy.

W ocenie tutejszego Sądu w składzie rozpoznającym sprawę, interpretacja przepisów dokonana przez Izbę jest błędna i to w sposób oczywisty. Izba w tej sprawie miała obowiązek merytorycznego zbadania odwołania, a uchylenie się od tego obowiązku było proceduralnie wadliwe.

Jako jednak, że sąd powszechny jest organem merytorycznym orzekającym z mocy prawa co do istoty to tak też uczynił.

Ustawodawca w art. 180 ustępy 1-5 ustawy prawo zamówień publicznych (Dz.U.1579 2017 r.) określił zasady odwołań.

W ustępie 1 ustanowił, że 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. Jest to norma ogólna (kierunkowa) określająca co może być przedmiotem odwołania.

W ocenie tutejszego Sądu jest to norma, która dotyczy każdego zamówienia publicznego, a nie tylko tzw. przetargu nadprogowego.

Przedmiotowe zamówienie, co jest niesporne, było objęte dyspozycją art. 180 ust. 2 tejsze ustawy i stanowi on: jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności... po czym wskazuje 6 takich przypadków.

Jednakże ust. 3 tego przepisu ponownie wprost stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność, lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy...

Poza wszelkim sporem interpretacyjnym powinno więc być to, że odwołać się można od wskazanych działań w ustępie 2 art. 180 w/w ustawy.

Każde ze wskazanych działań dotyczy czego innego, bo inaczej nie byłoby sensu tak je różnicować i oddzielnie wskazywać (indywidualizować).

Każdy wskazany stan należy też interpretować ściśle.

Nie ulega jednak żadnej wątpliwości, że te sześć przypadków dotyczy różnych faz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Są one też ustalone chronologicznie co do kolejności takiego działania przez zamawiającego. Ostatnią czynnością jest „wybór najkorzystniejszej oferty”. To zawsze dotyczy wyniku przetargu, który można kwestionować w pewnych sytuacjach. Poza sporem też powinno być to, że art. 180 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp dotyczy przypadku odrzucenia oferty, czyli niedopuszczania do przetargu (do etapu wyłonienia zwycięzcy). W tym sensie ma rację Izba, że odrzucenie oferty odwołującego to nie jest to samo co brak odrzucenia oferty innego oferenta. Samego

braku odrzucenia oferty konkurenta nie można zaskarżyć odwołaniem, ale w istocie wniesione odwołanie w ogóle nie dotyczyło tej kwestii. We wniesionych środkach odwoławczych, które często składają nie prawnicy, tylko Prezesi firm, nie ma wymogu stosowania tylko i wyłącznie poprawnej juredycznie nomenklatury nazewnicznej i prawidłowych wskazań merytorycznych (vide art. 180 ust. 3). Błędne nazwanie, czy też błędne wskazanie podstawy odwołania, nie może skutkować odrzuceniem odwołania. Odrzucić można jedynie odwołanie z powodu niedopuszczalności wniesienia odwołania, a nie jego mało precyzyjnego ustawowo wskazania.

Przypadek z punktu art. 180 ust. 2 pkt 4 dotyczy tylko wykluczenia z przetargu. I niczego więcej.

Natomiast odwołujący się z całą pewnością w tej sprawie nie powoływał się na ten przypadek tylko i wyłącznie na art. 180 ust. 2 pkt. 6. Od początku twierdził, że skarży wybór najkorzystniejszej oferty jaką miałyby być rzekomo oferta wygrywającego przetarg.

Twierdził, że wybrana oferta jest niezgodna z prawem i tą ustawą przez co winna być odrzucona (tak jak następna w ocenie) przez co to jego ofertę prawidłowo należało wybrać jako najkorzystniejszą. A to mieści się w pełni w normie art. 180 ust. 2 pkt. 6.

I w tym zakresie Sąd Okręgowy w pełni podziela pogląd prawny i merytoryczny Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, że obowiązkiem I. było rozpoznać odwołanie merytorycznie.

Odrzucając to odwołanie Izba naruszyła prawo proceduralne, ale też i materialne.

Jest bowiem oczywiste, że wybór najkorzystniejszej oferty może skarżyć tylko ten kto przegrywa przetarg, a nie ten co go wygrywa. Celem tej normy jest zapewnienie kontroli merytorycznej prawidłowości wyboru oferty temu kto został uznany przez zamawiającego „za przegrywającego”, a który jednocześnie twierdzi, że dokonany wybór jest niezgodny z ustawą i prawem, bo takim jedynym zgodnym z prawem jest jego oferta. Odrębna interpretacja istoty tego odwołania, jaką stosować próbowała Izba, oznacza de facto wyłączenie takiej kontroli i brak możliwości wnoszenia odwołań podczas gdy cel ustawodawcy jest odwrotny. Wzmożenie kontroli wyboru zwycięzców przetargów w ramach transparentności wydawania publicznych pieniędzy. Takie jest prawo unijne i taki cel zmiany będącej implementacją norm unijnych.

W tym zakresie Sąd rozpoznający skargę w pełni podziela wywód prawny Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zawarty w skardze i przyjmuje jako własny i nie wymaga to powtórzenia.

Jednocześnie podaje, że nie podziela tej mniejszościowej w orzecznictwie sądowym grupy poglądów odmiennych.

Wybór najkorzystniejszej oferty zawsze podlega kontroli co do tego czy wybrana oferta jest zgodna z prawem zamówień publicznych i czy wyłoniony zwycięzca przetargu faktycznie nim jest, a jego oferta była zgodna z prawem.

W tej sprawie właśnie to zarzucał odwołujący, że ten co wygrał, złożył ofertę niezgodną z prawem (dumpingową) przez co w ogóle nie powinien być dopuszczony do końcowej fazy przetargu, czyli wyboru ofert, a wybór tej oferty jest wadliwy faktycznie i prawnie.

Do zarzutu, że oferta wygrywających przetarg jest sprzeczna z prawem przez to, że cena 1 m² przegrody betonowo-cementowej jest zaniżona do poziomu części kosztów materiałów należało ustosunkować się merytorycznie.

Uczynił to wygrywający przetarg, a co umknęło uwadze zarówno Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jak i odwołującego się, tak przed Izbą Odwoławczą jak i przed Sądem.

Do twierdzeń tych nikt inny się nie ustosunkował merytorycznie.

Dlatego czyni to teraz Sąd.

W SIWZ jednoznacznie zamawiający podał, że do wykonania 1 m² przegrody betonowo-cementowej o grubości 35 cm potrzeba 200 kg mieszanki, a nie 280 kg, czy też 290 kg, jak to błędnie przyjął odwołujący się. To odwołujący się bezzasadnie i wbrew prawu o 30% „zawyżył” ilość surowca (masy mieszanki) niezbędnej do powstania przegrody. Już tylko z tego powodu jego wyliczenie jest błędne.

Trafnie wytknął to odwołującemu się wygrywający przetarg.

Więcej, on przyjmując cenę tony mieszanki na 510 zł, a odwołujący się odpowiednio 510 lub 485 zł udowodnił, że wyliczenie odwołującego się jest błędne. Zawiera ono o ponad 30% zawyżoną ilość surowca do wykonania 1 m² przegrody. Wygrywający wskazał, że koszt surowca przy cenie 510 zł za tonę mieszanki to 35 zł za m², a przy cenie 485 zł jeszcze niższy. Nie jest to tym samym ceną dumpingową. Pozostaje jeszcze 15 zł jako koszt maszyn i robocizny.

Na marginesie należy dodatkowo zauważyć, że cenę 50 zł za m² przegrody zaproponowało 2 wykonawców, a nie ma dowodu na to, że byli w zмовie. Trzeci zaproponował 68 zł. Tylko odwołujący się wyliczył ją na 138 zł. To jego wyliczenie tym samym jest nie tylko błędne merytorycznie, ale też rażąco odbiega od cen rynkowych i jest zawyżone o 100 % wobec oferty, której nic nie zarzuca w tym parametrze.

Jak by więc nie liczyć wadliwość wyliczeń odwołującego się powinna być oczywista dla każdego. Bo każdy kto ilość surowca liczy niezgodnie z zamówieniem musi uzyskać wadliwy wynik końcowy tych kosztów i błędnie podawał ten koszt.

Za prawidłowością wyliczeń kosztów surowca i wykonania przegrody w cenie wskazanej w ofercie wygrywającego przetarg przemawiają też inne okoliczności. Wygrywający przetarg ma najkrótszy dojazd na plac budowy. Ma niższe koszty zakupu paliw. Własne maszyny i ludzi. Wykonał i wykonuje także dla zamawiającego inne prace, nie tylko w terminie, ale często szybciej i w podanych cenach. Jeden jedyny spór jaki miał miejsce w tutejszym Sądzie między zamawiającym, a wygrywającym przetarg, Sąd rozstrzygnął na korzyść wykonawcy uznając winę zamawiającego. W tamtej sprawie to wykonawca wykazał troskę o jakość i wykonanie wału i wbrew zaleceniom (błędny w ocenie Sądu) zamawiającego. Wykonane wcześniej wały przez tego wykonawcę nie wykazują wad, pomimo upływu kilku lat od ich wykonania.

Reasumując Sąd rozpoznając sprawę merytorycznie nie dopatrył się nic takiego co mogłoby podważyć wybór zwycięzcy przetargu jako wyboru zgodnego z prawem i faktycznie najkorzystniejszej oferty technicznie i merytorycznie.

Sąd jednoznacznie stwierdza, że to oferta odwołującego się była niezgodna z SIWZ i niezgodna z zamówieniem. Bezzasadnie zawyżała ilość mieszanki do wytworzenia przegród betonowo-cementowych o 30%, a w efekcie koszt jej wytworzenia i to o ponad 100% wobec pozostałych trzech konkurentów.

Tym samym ocena zamawiającego była prawidłowa i zgodna z prawem zamówień publicznych.

Podstawę orzeczenia stanowi art. 385 k.p.c. (co do meritum skargi) i art. 386 § 1 k.p.c. co do istoty orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego prawidłowo orzekła Izba Odwoławcza obciążając nimi odwołującego się.

Ponadto w tej części nie było zaskarżenia uczestników postępowania odwoławczego.

Była natomiast skarga Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wobec orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, która spowodowała powstanie nowych innych kosztów.

W postępowaniu sądowym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych działa na prawach prokuratora, czyli stosuje się do niego art. 106 k.p.c.. Nie zasądza się kosztów, ani od niego, ani na jego rzecz.

Natomiast w odniesieniu do odwołującego się nie ma podstaw do obciążania go tymi kosztami.

W tym zakresie słuszny był wniosek Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych by zastosować art. 102 k.p.c. co do kosztów sądowych jako wypadek szczególnie uzasadniony, bo to nie on spowodował ich powstanie.

Natomiast kosztami postępowań odwoławczych przed Izbą został już trafnie obciążony odwołujący się i to orzeczenie nie uległo zmianie.

SSO J. Z. SSO S. K. SSO M. W.

(J)