

UCHWAŁA

Dnia 17 listopada 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Katarzyna Tyczka-Rote (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Marta Romańska

SSN Anna Kozłowska

Protokolant Bożena Kowalska

w sprawie z odwołania K. S.
przy uczestnictwie zamawiającego Komendy (...) w G.
i przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego M. K.
przy udziale Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w W.
o zamówienie publiczne,
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., sygn. akt XII Ga (...),

"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 wykluczenia wykonawcy, który złożył taką ofertę, lub zaniechaniu odrzucenia oferty przez zamawiającego, która powinna podlegać odrzuceniu?

2. W razie pozytywnej odpowiedzi na pytanie 1 - czy art. 198 f ust. 2 tej ustawy wyłącza możliwość uchylecia zaskarżonego postanowienia przez sąd okręgowy rozpoznający skargę na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej o odrzuceniu odwołania w razie stwierdzenia, że 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 uchylenia przez sąd okręgowy na podstawie art. 386 § 4 k.p.c. postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej o odrzuceniu odwołania.

UZASADNIENIE

Komenda (...) w G. (zamawiająca) prowadziła w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonywanie szeregu stałych usług na administrowanym przez nią terenie. W ogłoszeniu o zamówieniu zaznaczyła, że - ze względu na wartość szacunkową zamówienia - postępowanie jest prowadzone na podstawie art. 24aa ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.; dalej: „p.z.p.”), tj. w tzw. procedurze odwróconej.

W zadaniach II, III i IV zamawiająca wybrała ofertę M. K.

Od tej decyzji odwołanie wniósł inny oferent uczestniczący w przetargu – K. S., który zarzucił zamawiającej, że wybrana przez nią oferta powinna zostać odrzucona, ponieważ naruszała art. 89 ust 1 pkt 3, 4 i 8 p.z.p. z uwagi na rażąco niską stawkę roboczogodziny (10 zł) i zysk 0%, co stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji i naruszało przepisy o minimalnym wynagrodzeniu osób pozostających w stosunku pracy. Zarzucił też, że niewybranie jego oferty nastąpiło z naruszeniem art. 91 ust. 1 p.z.p., a także art. 7 p.z.p. We wnioskach domagał się unieważnienia decyzji o wyborze oferty M. K. w zadaniach II, III i IV, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia zakwestionowanej oferty i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, którą - jego zdaniem - była oferta zgłoszona przez niego.

Postanowieniem z dnia 13 lutego 2017 r. Krajowa Izba Odwoławcza w W. (KIO) - na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 p.z.p. - odrzuciła wniesione odwołanie jako niedopuszczalne. Uznała, że przedmiotem zaskarżenia było zaniechanie przez

zamawiającą odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą z powodu jej niezgodności z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz zaniechanie wykluczenia wykonawcy. Żadna z tych czynności nie została jednak wymieniona w zamkniętym katalogu zawartym w art. 180 ust. 2 p.z.p., wskazującym czynności podlegające zaskarżeniu w tzw. procedurze odwróconej.

Skargę na postanowienie KIO wniósł Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (Prezes UZP), zarzucając naruszenie art. 180 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 3 p.z.p. przez błędną wykładnię, zgodnie z którą w postępowaniach o wartości zamówienia niższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p. (tzw. zamówienia podprogowe) niedopuszczalne jest zaskarżenie odwołaniem wyboru - jako najkorzystniejszej - oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu lub takiej, która powinna zostać przez zamawiającego odrzucona. Zarzucił również naruszenie art. 189 ust. 2 pkt 6 p.z.p. przez jego zastosowanie jako podstawy odrzucenia odwołania K. S. We wnioskach domagał się zmiany zaskarżonego postanowienia i uwzględnienia odwołania po jego merytorycznym rozpoznaniu.

Sąd Okręgowy w G. rozpatrując skargę Prezesa UZP powziął poważne wątpliwości, ujęte w zagadnieniu prawnym, które przedstawił do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu. Wskazany problem dotyczy wykładni art. 180 ust. 2 p.z.p., zgodnie z którym w postępowaniu dotyczącym zamówień podprogowych odwołanie przysługuje wyłącznie od wymienionych w tym przepisie czynności zamawiającego, w tym od wyboru najkorzystniejszej oferty (pkt 6).

Sąd pytający zwrócił uwagę, że pojęcie „wybór najkorzystniejszej oferty” jest rozbieżnie rozumiane w literaturze i orzecznictwie. Jeden z prezentowanych poglądów przyjmuje, że w postępowaniach podprogowych dopuszczalne jest jedynie zaskarżenie wyboru oferty dokonanego przez zamawiającego niezgodnie z przyjętymi przez niego kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ (art. 91 p.z.p.). Przeciwnie stanowisko wskazuje, że kontrola prawidłowości uznania oferty za najkorzystniejszą w oparciu o kryteria oceny ustalone w SIWZ, również w procedurze odwróconej, nie może pomijać takich okoliczności jak to, czy wybrana oferta słusznie nie została odrzucona, bądź czy oferent nie podlegał

wykluczeniu. Zaskarżenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty powinno więc umożliwiać odwołującemu zakwestionowanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia lub oferty, którą należało odrzucić, nie zaś ograniczać jego uprawnienia jedynie do podważania zgodności oferty z kryteriami oceny wskazanymi przez zamawiającego.

Przyjęcie poglądu dopuszczającego szerszą kontrolę prawidłowości wyboru oferty przez zamawiającego w realiach niniejszej sprawy pociąga za sobą konieczność rozważenia zakresu uprawnień sądu rozpoznającego skargę w sprawie, w której KIO nie badała merytorycznie zarzutów podniesionych przez odwołującego, ponieważ uznała jego odwołanie za niedopuszczalne. Wykładnia językowa art. 198f ust. 2 p.z.p. - zdaniem Sądu Okręgowego - prowadzi do wniosku, że sąd na skutek skargi na orzeczenie KIO w każdym wypadku 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 nie jest dopuszczalne. Sąd Okręgowy powziął jednak wątpliwości, czy w wypadku wydania postanowienia formalnego merytoryczne rozpoznanie skargi od orzeczenia KIO przez sąd działający jako sąd drugiej instancji jest zgodne z Konstytucyjną zasadą instancyjności postępowań sądowych i administracyjnych (art. 78 Konstytucji). Wykładnia systemowa art. 198f ust. 2 p.z.p. może więc uzasadniać stanowisko, że przepis ten stosuje się jedynie wówczas, gdy KIO rozstrzygnęła sprawę merytorycznie i wydała wyrok.

Wątpliwości Sądu Okręgowego wzbudziła także forma, w jakiej powinno zapaść orzeczenie o oddaleniu skargi na postanowienie KIO o odrzuceniu odwołania bądź umorzeniu postępowania. Zwrócił uwagę na stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwale z dnia 8 grudnia 2005 r., III CZP 109/05 (2006, nr 11, poz. 182), zgodnie z którym rozstrzygnięcie sądu rozpoznającego skargę na orzeczenie KIO w przedmiocie kosztów postępowania zapada w formie postanowienia. W uzasadnieniu Sąd Najwyższy stwierdził, że skoro orzeczenie KIO łączy w sobie elementy wyroku i postanowienia niekończącego postępowania w sprawie, a skarga kumuluje elementy apelacji i zażalenia, to przyjąć należy, iż

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. Opierając się na tym rozumowaniu Sąd Okręgowy uznał, że oddalenie skargi na postanowienie KIO o odrzuceniu odwołania powinno nastąpić postanowieniem sądu, a nie wyrokiem; w konsekwencji nie miałby zastosowania art. 198f ust. 2 zdanie pierwsze p.z.p., a tym samym dopuszczalne stawałoby się zastosowanie przez sąd art. 386 § 4 k.p.c.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

1. Do czynności zamawiającego 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 czynnościom zamawiającego i czynnościom wykonawców w tym postępowaniu cechy - w zależności od ich szczegółowego charakteru i celu - oświadczeń wiedzy lub woli wywołujących skutki cywilnoprawne. Założeniem podstawowym p.z.p. jest przygotowanie i przeprowadzone postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasad proporcjonalności i przejrzystości (art. 7 ust. 1 u.z.p.), które gwarantować ma szczegółowe określenie terminów, sekwencji i sposobu podejmowania przez zamawiającego czynności zmierzających do wybrania najkorzystniejszej oferty i ostatecznie - zawarcia umowy.

Zachowanie przez zamawiającego wymaganych standardów podlega kontroli w postępowaniu wszczynanym odwołaniem kierowanym do KIO. Zgodnie z art. 180 ust. 1 p.z.p. co do zasady 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.

Inaczej ukształtowane zostały jednak reguły zaskarżenia czynności podejmowanych w postępowaniach o udzielenie zamówień podprogowych, w których przedmiotem odwołania mogą być tylko czynności

zamawiającego wymienione w art. 180 ust. 2 p.z.p. Redakcja poszczególnych punktów tego przepisu sugeruje, że zaskarżenie w postępowaniu o udzielenie zamówień podprogowych dotyczy jedynie czynności zamawiającego, nie obejmuje natomiast jego zaniechań. Jednak w wielu wypadkach rozróżnienie pomiędzy czynnością a zaniechaniem czynności wywołującej odwrotny skutek zależy jedynie od sposobu językowego ujęcia przedmiotu zaskarżenia. O ostatecznym kształcie konwencjonalnej czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym podprogowego, decydują składające się na tę czynność pojedyncze działania i zaniechania innych działań. Kontrola tego rodzaju złożonych zachowań musi objąć wszystkie elementy, które nadały czynności ostateczną postać, niezależnie od tego, czy zostały opisane jako działania, czy jako zaniechania.

Wyliczenie zawarte w art. 180 ust. 2 p.z.p. porządkuje i usprawnia przebieg postępowania podprogowego w ten sposób, że przyznaje zainteresowanym uprawnienia do wniesienia odwołania od czynności finalizujących pewne etapy postępowania. Ocena legalności tych czynności wymaga jednak uwzględniania działań i zaniechań zamawiającego, które zadecydowały o ostatecznym kształcie każdego etapu. Odwołujący musi wskazać w odwołaniu - jako zaskarżoną i niezgodną z prawem czynność mieszczącą się w katalogu z art. 180 ust. 2 p.z.p. Ponadto ma obowiązek przytoczyć zarzuty przeciwko zaskarżonej czynności oraz okoliczności uzasadniające zgłoszone żądanie. Zarzuty wyznaczają zakres, w jakim odwołanie podlega rozpoznaniu w postępowaniu przed KIO. Organ ten, kiedy uzna odwołanie za dopuszczalne, rozpoznaje zarzuty zgłoszone przez odwołującego, nie zaś cały tok działań zamawiającego i wykonawców poprzedzający etap postępowania, na którym złożono odwołanie.

Zaskarżalne czynności zamawiającego wymienione w katalogu z art. 180 ust. 2 p.z.p., można podzielić na dwie kategorie. Do pierwszej należą takie, które dotyczą bezpośrednio osoby odwołującego się; ich skutkiem jest zamknięcie mu drogi do udziału w postępowaniu zmierzającym do udzielenia zamówienia (pkt 3 - wykluczenie odwołującego z postępowania i pkt 4 - odrzucenie oferty odwołującego). Do drugiej zaliczają się czynności zamawiającego wyznaczające model zastosowanego postępowania o udzielenie zamówienia, kolejne etapy

tego postępowania oraz osiągnięcie jego celu (pkt 1 - wybór trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę, pkt 2 - określenie warunków udziału w postępowaniu, pkt 5 - opis przedmiotu zamówienia oraz - od dnia 28 lipca 2016 r. - także pkt 6 - wybór najkorzystniejszej oferty, wprowadzony ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. poz. 1020).

W rozdziale 4 działu drugiego p.z.p. - „Wybór najkorzystniejszej oferty” unormowane zostały zasady składania ofert przez wykonawców, przesłanki ich odrzucenia, w tym środki mające umożliwić zamawiającemu ocenę, czy przesłanki te zachodzą, oraz przesłanki dokonania wyboru oferty, którą zamawiający uznaje za najkorzystniejszą w świetle SIWZ. Na ostateczny wynik tego etapu postępowania o udzielenie zamówienia składają się więc kolejno czynności mające na celu ustalenie w odniesieniu do każdej ze złożonych ofert, czy nie powinna podlegać odrzuceniu, a następnie ocena ofert, które nie zostały odrzucone przez pryzmat wymagań określonych w SIWZ. W wypadku, kiedy jako najkorzystniejsza zostanie wybrana oferta, co do której powstają wątpliwości, czy nie wystąpiły podstawy do jej odrzucenia, nie do przyjęcia byłoby ograniczenie kontroli przesłanek jej wyboru tylko do okoliczności wymienionych w art. 91 p.z.p., z pominięciem tych, które zamawiający musiał rozważyć uprzednio, uznając, że oferta ta nie podlega odrzuceniu. Zawężenie pojęcia „wybór najkorzystniejszej oferty” tylko do oceny ofert pod kątem kryteriów ustalonych przez zamawiającego w SIWZ, nie znajduje więc oparcia w wykładni systemowej ustawy.

W art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. ustawodawca nie sprecyzował przesłanek uprawniających do zakwestionowania prawidłowości wyboru oferty, nie ograniczył dopuszczalnych zarzutów jedynie do związanych z kryteriami oceny oferty w świetle SIWZ. Prowadzi to do wniosku, że wybór najkorzystniejszej oferty może zostać zakwestionowany zarówno ze względu na to, że wybrana oferta w ogóle nie powinna zostać poddana ocenie w świetle przesłanek określonych w art. 91 p.z.p., gdyż podlegała odrzuceniu lub też wykonawcę, który ją złożył należało wykluczyć, jak i ze względu na to, że formalnie prawidłowa oferta została nieprawidłowo oceniona w zakresie przewidzianym w art. 91 p.z.p. jako najkorzystniejsza.

2. Status KIO, jako organu rozpoznającego odwołania od czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (art. 172 p.z.p.) nie jest jednoznaczny. Organ ten nie jest sądem w ujęciu konstytucyjnym i nie ma konstytucyjnych podstaw działania. Jest jednak organem powołanym do rozstrzygania sporów o charakterze spraw w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji, a zawarte w p.z.p. przepisy ustrojowe (art. 172-176) gwarantują fachową obsadę składów KIO rozpoznających powierzone jej sprawy oraz niezawisłość członków tych składów i ich związanie przy orzekaniu tylko ustawą (art. 174 ust. 7 p.z.p.). KIO ma więc niewątpliwie status *quasi* sądowy, 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).

Trybunał Konstytucyjny konsekwentnie przyjmuje, że sprawa w rozumieniu art. 45 Konstytucji nie musi podlegać rozpoznaniu wyłącznie przez sądy w ujęciu konstytucyjnym, i że ustawodawca może rozdzielić drogi ochrony prawnej w taki sposób, iż spór najpierw podlegać będzie rozstrzygnięciu w postępowaniu przed organem niemającym statusu sądu i dopiero po wydaniu orzeczenia przez ten organ otworzy się droga do przeprowadzenia kontroli sądowej prawidłowości jego rozstrzygnięcia. W ocenie Trybunału z perspektywy Konstytucji istotne jest, aby ostateczne i wiążące rozstrzygnięcie sprawy należało do sądu sprawującego wymiar sprawiedliwości (por. wyrok z dnia 12 maja 2011 r., P 38/08 - OTK A 2011, nr 4, poz. 33).

Wniesione do KIO odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w pierwszej kolejności podlega badaniu pod kątem dopuszczalności prowadzenia postępowania odwoławczego; dopiero pozytywny wynik tego badania umożliwia merytoryczne rozpoznanie odwołania, obejmujące weryfikację zarzutów podniesionych przez odwołującego w stosunku do zaskarżonej czynności zamawiającego w zakresie 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 od orzeczenia KIO skargi uregulowanej w art. 198a-198g p.z.p. Skarga przysługuje tak od wyroków KIO, jak i od jej 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.), a także od rozstrzygnięcia o kosztach postępowania odwoławczego (por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 8 grudnia 2005 r., III CZP 109/05). Skarga stanowi więc uniwersalny środek odwoławczy od orzeczeń KIO, łączący cechy apelacji i zażalenia, którego konstrukcja w znacznej części została ukształtowana w art. 198a-198g p.z.p. odmiennie od apelacji przewidzianej w kodeksie postępowania cywilnego. Artykuł 198a ust. 2 p.z.p. odsyła do odpowiedniego stosowania w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi przepisów kodeksu postępowania cywilnego o apelacji jedynie w zakresie nieunormowanym w prawie zamówień publicznych.

W przepisach p.z.p. określony został termin do wniesienia skargi od orzeczenia KIO, przesłanki jego przywrócenia, zasady wnoszenia skargi, jej wymagania formalne, właściwość sądu do jej rozpoznania, podstawy oceny dopuszczalności skargi i orzeczenia o jej odrzuceniu, a także zasady rozpoznania sprawy w postępowaniu wywołanym jej wniesieniem i orzekania w tym postępowaniu. Przepisy nie różnicują sposobu procedowania w zależności od tego, czy przedmiotem zaskarżenia jest wyrok KIO, zawierający merytoryczne rozstrzygnięcie o zasadności odwołania, czy też postanowienie kończące postępowanie w sprawie wszczętej na skutek odwołania (por. 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 sąd rozpoznający skargę orzeka wyrokiem, nie rozróżnia więc pod względem formy orzeczeń wydawanych przez sąd w wypadku, w którym uzna za zasadną skargę na postanowienie KIO kończące postępowanie w sprawie od tych, którymi orzeka o zasadności skargi na wyrok KIO. Również wyrokiem sąd oddala w obu tych

wypadkach skargę, którą uzna za bezzasadną (art. 198f ust. 1 zdanie pierwsze p.z.p.). Pojęcie „wyrok” zarezerwowane jest zazwyczaj dla orzeczeń rozstrzygających o istocie sprawy, stwierdzających indywidualno-konkretną normę prawną, którą sąd uznał za obowiązującą między stronami sporu, jednak nie jest to zasada nieznająca odstępstw. Wyrokami nazywane są także orzeczenia wydawane przez sądy w postępowaniu apelacyjnym na podstawie art. 386 § 4 k.p.c., uchylające wyrok sądu pierwszej instancji, które powodują jedynie skutki procesowe – w ich wyniku następuje wzruszenia nieprawomocnego wyroku sądu pierwszej instancji i zobowiązania tego sądu do ponownego przeprowadzenia postępowania w sprawie, natomiast nie zawierają charakterystycznej dla wyroku wypowiedzi o prawach i obowiązkach stron postępowania.

Sposób orzeczenia o skardze wniesionej od orzeczenia KIO, którą sąd uzna za zasadną, precyzuje art. 198f ust. 1 zdanie drugie p.z.p. Zgodnie z tym przepisem w razie uwzględnienia skargi sąd zmienia zaskarżone orzeczenie i orzeka wyrokiem co do istoty sprawy, a w pozostałych przypadkach wydaje postanowienie. Termin „orzeczenie”, użyte w przepisach działu VI p.z.p. obejmuje zarówno wyroki, jak i postanowienia KIO. Artykuł 198f ust. 1 zdanie drugie p.z.p. przewiduje w razie uznania skargi za zasadną obowiązek zmiany zaskarżonego orzeczenia i konieczność wydania w takim przypadku wyroku co do istoty sprawy, a w zdaniu czwartym wyłącza możliwość stosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia art. 386 § 4 k.p.c., co prowadzi do wniosku, akceptowanego w większości orzeczeń i przeważającego w doktrynie, że w postępowaniu sądowym nie może zapaść orzeczenie kasacyjne, którym sąd przekaże sprawę KIO do ponownego rozpoznania ze względu na nierozpoznanie jej istoty lub potrzebę przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości. Jeżeli więc sąd uzna za uzasadnioną skargę na postanowienie KIO o umorzeniu postępowania, bądź o odrzuceniu odwołania na czynności zamawiającego, ma obowiązek rozpoznać to odwołanie i orzec wyrokiem co do istoty sprawy. Granice rozpoznania sprawy w postępowaniu sądowym toczącym się na skutek skargi od orzeczenia KIO obejmują najpierw zbadanie przez sąd przesłanki dopuszczalności prowadzenia postępowania przed KIO, co wynika z kompetencji przewidzianej w art. 198f ust. 3 p.z.p., a dopiero potem dokonanie oceny zasadności skargi w zakresie bezpośredniego przedmiotu

zaskarżenia. Postępowanie przed sądem w zależności od rodzaju zaskarżonego orzeczenia dotyczy więc albo tylko istoty sprawy (w wypadku zaskarżenia wyroku), albo przesłanek dopuszczalności odwołania i prowadzenia postępowania odwoławczego, a następnie istoty sprawy (w razie zaskarżenia postanowienia kończącego postępowanie w sprawie), zawsze jednak ograniczone jest zarzutami zgłoszonymi w odwołaniu (art. 198f ust. 4 p.z.p.). W postępowaniu sądowym stosuje się też odpowiednio art. 192-195 k.p.c., co także poszerza zakres możliwości zbadania zaskarżonego orzeczenia KIO (por. też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 grudnia 2016 r., I CSK 19/16, nie publ.).

Z przedstawioną oceną nie koliduje stanowisko zajęte przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 8 grudnia 2005 r., III CZP 109/05, zgodnie z którym w postępowaniu wywołanym skargą na orzeczenie KIO w przedmiocie kosztów postępowania odwoławczego sąd orzeka postanowieniem. Kwestia kosztów postępowania może wystąpić samodzielnie, kiedy strona czyni przedmiotem zaskarżenia wyłącznie orzeczenie o tych kosztach, wydane przez KIO, nie podważając sposobu rozstrzygnięcia wniesionego odwołania. Samodzielność orzeczenia o kosztach dopuszczał także Trybunał Konstytucyjny (por. wyrok 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).

3. Postępowanie przed sądem wywołane skargą na orzeczenie KIO - co do zasady, z uwagi na ograniczenia legitymacji do zaskarżenia wydanego w nim orzeczenia (art. 198 ust. 1 p.z.p.) - jest jednoinstancyjne. Jeżeli więc KIO wyda orzeczenie o umorzeniu postępowania lub odrzuceniu skargi, a sąd w postępowaniu ze skargi na to orzeczenie, po stwierdzeniu, że zostały w nim błędnie ocenione przesłanki decydujące o dopuszczalności prowadzenia postępowania odwoławczego, rozpozna istotę sprawy, żadna ze stron postępowania nie będzie uprawniona do dalszego zaskarżenia wyroku sądowego wydanego w następstwie rozpoznania odwołania i skargi. Wynikająca stąd jednoinstancyjność merytorycznego rozpatrzenia sporu stała się źródłem wątpliwości Sądu Okręgowego co do zachowania standardów konstytucyjnych z art. 78 Konstytucji.

Z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wynika jednak, że art. 78 Konstytucji nie mieści w sobie wymagania, 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 przewidziane w art. 176 ust. 1 Konstytucji odnosi się jedynie do postępowania sądowego, które w całości 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). Jeżeli sprawa podlega najpierw rozpatrzeniu przez organ pozasądowy, a następnie przewidziana została dla niej możliwość końcowej kontroli przeprowadzanej przez sąd, to ocena konstytucyjności takiego rozwiązania przebiega w oparciu o wzorzec konstytucyjny z art. 78 Konstytucji, który dopuszcza wprowadzenie wyjątku od zasady zaskarżalności orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji.

Ocena, 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, wymaga zwrócenia uwagi, że przepisy prawa zamówień publicznych regulują przedumowne stosunki prawne, nawiązywane na etapie dążenia do zawarcia umowy przez podmiot obowiązany do zachowania reżimu tej ustawy, zawierającej unormowania znacznie bardziej szczegółowe i restrykcyjne, niż przepisy obowiązujące w powszechnym obrocie. W prawie zamówień publicznych dominują normy o charakterze *ius cogens*, narzucające zamawiającemu i wykonawcom ubiegającym się o zawarcie z nim umowy schematy działań, które zapewnią urzeczywistnienie zasad przewidzianych w art. 7 ust. 1 p.z.p. Uzupełnieniem i gwarancją przestrzegania założonych w ustawie reguł postępowania jest system przewidzianych w niej roszczeń wymuszających na zamawiającym oczekiwane przez ustawodawcę zachowania (art. 192 ust. 3 p.z.p.). Tryb zawierania umów określony w p.z.p. zapewnia więc podmiotom, objętym obowiązkiem stosowania tej ustawy, dalej idące uprawnienia niż te, którymi dysponują podmioty uczestniczące

w obrocie powszechnym, wolnym od rygorów prawa zamówień publicznych.

Charakter sporów, jakie powstają na gruncie prawa zamówień publicznych wymaga jednak, żeby były one rozpoznawane niezwłocznie, gdyż wszelkie opóźnienia w ich likwidowaniu stwarzają zagrożenie dla sytuacji zamawiającego, który często musi doprowadzić do zawarcia umowy, nakierowanej na zaspokojenie określonych interesów publicznych, w limitowanym czasie, wyznaczonym okresem dysponowania środkami na jej sfinansowanie. Szybkość załatwienia sporów przedumownych ma też istotne znaczenie dla sytuacji wykonawców, którzy nie mogą planować swojej działalności nie wiedząc z kim i w jakim czasie nawiążą stosunki umowne. Opóźnienia w rozpoznaniu sporów prowadzonych już po wybraniu najkorzystniejszej oferty i po zawarciu umowy mogą podważyć efektywność ochrony prawnej, jaką powinien zapewnić system odwoławczy, gdyż pewne rodzaje orzeczeń w tym postępowaniu mogą zapaść wyłącznie do czasu wykonania umowy. Z tych względów środki ochrony przewidziane w prawie zamówień publicznych zawierają mechanizmy wymuszające sprawność prowadzonego postępowania. Jednym z nich jest wyłączenie możliwości wydawania przez sąd rozpatrujący skargę od orzeczenia KIO rozstrzygnięć kasacyjnych z przyczyn wskazanych w art. 386 § 4 k.p.c., w każdym wypadku, także kiedy KIO nie rozpoznawała odwołań merytorycznie i po raz pierwszy istota sprawy rozpatrywana jest w jednoinstancyjnym postępowaniu przed sądem. Wartość, którą ustawodawca chroni w ramach przyjętego modelu rozpoznawania przez sąd skarg na orzeczenia KIO usprawiedliwia takie rozwiązanie.

Problem przedstawiony przez Sąd Okręgowy ujawnia się w nielicznych postępowaniach sądowych, gdyż w praktyce do uruchamiania postępowania przed sądem powszechnym w sprawach o udzielenie zamówienia publicznego dochodzi rzadko, a przypadki, gdy przedmiotem zaskarżenia są postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego lub odrzuceniu odwołania są sporadyczne.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

jw

r.g.