

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 25 października 2016 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska-Maziarz

**Członkowie:** Robert Skrzyszewski

Marek Szafraniec

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 25 października 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2016 roku przez wykonawcę **Proexe Sp. z o.o., Al. Solidarności 115/lok. 2, 00-140 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Żywności i Żywienia im. prof. dra Aleksandra Szczygła, ul. Powsińska 61/63, 02-903 Warszawa**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: **P. B. zamieszkałego przy ul. Madalińskiego 70/78e m 87 oraz R. K. zamieszkałego przy ul. Kołobrzeskiej 52D lok. 2, 05-510 Konstancin Jeziorna – współników spółki cywilnej prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Rytm.org Interactive s.c., ul. Kołobrzeska 52D lok. 2, 05-510 Konstancin Jeziorna**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

- 1. odrzuca odwołanie,**
- kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Proexe Sp. z o.o., Al. Solidarności 115/lok. 2, 00-140 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Zwiększenie funkcjonalności strony www w związku z realizacją Projektu (SPPW) KIK/34 „Zapobieganie nadwadze i otyłości oraz chorobom przewlekłym poprzez edukację społeczeństwa w zakresie żywienia i aktywności fizycznej” w ramach Szwajcarsko-Polskiego Programu Współpracy” – IŻŻ-SPPW-13/2016, ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 16 sierpnia 2016 roku pod numerem 301269-2016, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Instytut Żywności i Żywienia im. prof. dra Aleksandra Szczygła, ul. Powsińska 61/63, 02-903 Warszawa (dalej „zamawiający”) wykonawca Proexe Sp. z o.o., Al. Solidarności 115/lok. 2, 00-140 Warszawa (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 91 ust. 1, art. 92 w zw. z art. 7 ust. 3, poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, która podlega odrzucenia, a wykonawca, który ją złożył (Rytm.org Interactive s.c.) podlega wykluczeniu,
2. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Rytm.org Interactive s.c.,
3. art. 24 ust. 1 pkt 12, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Rytm.org Interactive s.c.,
4. art. 87 ust. 1, poprzez wezwanie do wyjaśnień wykonawcy Rytm.org Interactive s.c., który nie złożył wyjaśnień, ale uzupełnił ofertę, a zamawiający dokonał nieuprawnionej zmiany w ofercie polegającej na zmianie podmiotu, który ofertę złożył,
5. art. 96 ust. 3 w zw. z § 4 pkt 5 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez zaniechanie odtajnienia uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez wykonawcę Rytm.org Interactive s.c.,
6. art. 8 ust. 1, poprzez zaniechanie odtajnienia Wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie złożonych przez wykonawcę Rytm.org Interactive s.c.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. odtajnienia uzasadnienia z dnia 2 września 2016 roku oraz Wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie,
3. odrzucenia oferty wykonawcy Rytm.org Interactive s.c.,
4. wykluczenia wykonawcy Rytm.org Interactive s.c.,

5. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
6. wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem wymogów formalnych.

Wpłynęło bowiem do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej w dniu 12 października 2016 roku w sytuacji, gdy informację o czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej odwołujący otrzymał od zamawiającego w dniu 7 października 2016 roku. Kopia odwołania została dostarczona zamawiającemu.

Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości (7 500 zł) na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych.

Zamawiający, pismem z dnia 13 października 2016 roku przekazał pozostałym wykonawcom wezwanie do udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia odwołania przez Proexe Sp. z o.o z Warszawy.

W dniu 17 października 2016 roku (poniedziałek) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożone przez P. B., zamieszkałego przy ul. Madalińskiego 70/78e m 87 oraz R. K., zamieszkałego przy ul. K. 52D lok. 2, 05-510 K. J. – wspólników spółki cywilnej prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Rytm.org Interactive s.c., ul. K. 52D lok. 2, 05-510 K. J. (w ich imieniu, na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14 października 2016 roku, działała radca prawny N. O.).

Zgłoszenie to Izba uznała za skuteczne, ponieważ zostało złożone w terminie, przez P. B. oraz R. K., tj. osoby – wspólników wskazanej w formularzu ofertowym spółki cywilnej, którzy podpisali (złożyli) uznaną przez zamawiającego za najkorzystniejszą ofertę (podając także w formularzu ofertowym numer NIP i REGON spółki – spółka cywilna posiada podmiotowość prawnopodatkową – jest płatnikiem VAT oraz może być płatnikiem składek na ubezpieczenie społeczne oraz zdrowotne). Kopia zgłoszenia została drogą elektroniczną przekazana zamawiającemu i odwołującemu

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 301269-2016 w dniu 16 sierpnia 2016 roku (wydruk ogłoszenia w aktach sprawy). Potwierdził to odwołujący w odwołaniu, wskazując ww. numer i datę publikacji w Biuletynie Zamówień Publicznych (str. 3).

Postępowanie dotyczy zamówienia na usługi, a wartość zamówienia – co nie było sporne – nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego stosuje się przepisy ustawy Praw zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, opublikowanej w dniu 13 lipca 2016 roku w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej pod pozycją 1020, która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 roku.

Odwołanie dotyczy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień, zaniechania odrzucenia oferty wybranej, zaniechania wykluczenia wykonawcy, którego ofertę zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą, a także zaniechania odtajnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i Wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

Izba z urzędu, na podstawie art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron i uczestników postępowania odwoławczego dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że w tak ustalonym stanie faktycznym przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu po nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 roku Izba odrzuca odwołanie jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

W art. 180 ust. 2 ustawy Pzp wskazano wyraźnie, iż w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;

6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Choć katalog sytuacji, w których w postępowaniach podprogowych w wyniku wspomnianej nowelizacji przysługuje wniesienie odwoływania uległ rozszerzeniu, między innymi o czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, to zdaniem Izby w przedmiotowej sprawie odwołanie dotyczy czynności, wobec której ustawodawca nadal wyłączył prawo zaskarżenia decyzji zamawiającego, a nadto wobec zaniechań zamawiającego.

Odwołanie dotyczy zaniechań zamawiającego:

- zaniechania odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą,
- zaniechania wykluczenia wykonawcy, który ofertę uznaną za najkorzystniejszą złożył,
- zaniechania odstąpienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i Wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

Z powodu braku takich czynności w katalogu wyspecyfikowanym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp (abstrahując w tym momencie od tego, że w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp mowa o wyłączeniu o odwołaniu przysługującym wyłącznie wobec czynności, nie zaś wobec zaniechań) stwierdzić należy, wobec uregulowania art. 189 ust. 2, że ustawa Pzp nie przyznaje środka ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie takich rozstrzygnięć.

Wyznaczony do rozpoznania przedmiotowego odwołania skład orzekający Izby podziela stanowisko wyrażone już przez Izbę w postanowieniu z dnia 18 października 2016 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1750/16, zgodnie z którym:

*„Analiza znowelizowanego przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp i użytego w nim przez ustawodawcę sformułowania „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” prowadzi, zdaniem Izby, do wniosku, że pod pojęciem tym nie kryje się zaniechanie czynności odrzucenia oferty innego wykonawcy (jak również zaniechanie czynności wykluczenia innego wykonawcy z postępowania), a jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ.*

*Za takim rozumieniem przepisu przemawia po pierwsze wykładnia językowa art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Literalne brzmienie tego przepisu oznacza dopuszczenie zakwestionowania wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest najkorzystniejsza w świetle określonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert (nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp). Definicja wyboru najkorzystniejszej oferty wynika pośrednio z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przez wybór oferty najkorzystniejszej należy więc rozumieć*

czynność zamawiającego polegającą na zastosowaniu do oferty określonych w SIWZ kryteriów i ustalenie wyniku tej oceny w sposób skutkujący wyborem oferty. W ocenie Izby tylko tak rozumiany wybór oferty najkorzystniejszej może być przedmiotem odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego wartość jest mniejsza niż tzw. progi unijne.

Za powyższym stanowiskiem przemawia dodatkowo fakt, że w wyniku nowelizacji o wiele większej wagi nabrały pozacenowe kryteria oceny ofert (np. kwalifikacje i doświadczenie osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, aspekty społeczne, jakościowe, innowacyjne), których stosowanie jest w większości przypadków obowiązkowe. Znacznie większego znaczenia nabrał więc zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Można zatem stwierdzić, że właśnie dlatego w art. 180 ust. 2 Pzp dodano możliwość zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, która to czynność jest obecnie obarczona większym niż dotychczas ryzykiem naruszenia przepisów ustawy, zatem poddanie jej weryfikacji w drodze środków ochrony prawnej jest bardziej uzasadnione.

Do takiego wniosku prowadzi również analiza przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp na tle innych przepisów określających możliwość wnoszenia odwołań w postępowaniach poniżej progów unijnych oraz wykładnia tych przepisów z uwzględnieniem domniemania racjonalności ustawodawcy. Nowelizując art. 180 ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca zdecydował się rozszerzyć możliwość wnoszenia odwołań w postępowaniach o wartości zamówienia poniżej progów unijnych, dopuszczając wniesienie odwołania również wobec czynności opisu przedmiotu zamówienia oraz wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie jednak nie zostały wykreślone ani zmienione przesłanki z pkt 3 i 4, zgodnie z którymi odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz czynności wykluczenia odwołującego z postępowania. A contrario, odwołanie nie przysługuje wobec zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy, jak i wobec zaniechania wykluczenia innego wykonawcy z postępowania. Możliwości zaskarżenia tych zaniechań nie można, zdaniem Izby, wywieść z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Przepis ten nie może być interpretowany w taki sposób, że objęte są nim wszystkie czynności i zaniechania poprzedzające wybór najkorzystniejszej oferty, wówczas bowiem zbędne byłoby utrzymanie przesłanek określonych w art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp. Nie sposób bowiem twierdzić, że racjonalny ustawodawca, działający zgodnie z zasadami prawidłowej legislacji, chcąc dopuścić możliwość wnoszenia odwołań tak wobec odrzucenia własnej oferty odwołującego, jak i zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy, pierwszą z tych możliwości przewidział w odrębnej podstawie prawnej, wprost tę czynność wskazując (pkt 4), a drugą z niewiadomych powodów „zawarł” w przesłance dotyczącej wyboru oferty najkorzystniejszej (pkt 6).

Co więcej, gdyby zamiarem ustawodawcy nie było ograniczenie odwołań na podstawie punktu 6 wyłącznie do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty sensu stricto, zbędne byłoby określanie pozytywnego katalogu czynności podlegających zaskarżeniu w postępowaniach poniżej progów. Jeśli bowiem przyjąć, że zaskarżeniu w ramach wyboru oferty najkorzystniejszej podlega każda czynność i każde zaniechanie poprzedzające ten wybór, to co do zasady zaskarżeniu podlegałyby wszystkie czynności i zaniechania zamawiającego w postępowaniu, które miały miejsce między złożeniem ofert a wyborem oferty najkorzystniejszej, gdyż wszystkie czynności podjęte w postępowaniu przez zamawiającego, (oprócz unieważnienia postępowania), zmierzają do wyboru oferty najkorzystniejszej). W takiej sytuacji racjonalny ustawodawca nie określałby tego katalogu od strony pozytywnej, a jedynie wskazałby od strony negatywnej, kiedy odwołanie nie przysługuje (czynność lub zaniechanie unieważnienia postępowania - tylko to bowiem pozostałoby poza katalogiem określającym dopuszczalny zakres zaskarżenia).

W zasadzie z wyżej przedstawianych względów regulacja art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, byłaby zbędna.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego charakteryzują się fazowością. W pierwszej kolejności weryfikacji podlega spełnienie przesłanek podmiotowych warunkujących udział wykonawcy w procedurze przetargowej, o których traktuje art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Jeżeli wykonawca nie wykaże spełnienia wyznaczonych warunków podmiotowych, z mocy prawa jego ofertę uznaje się za odrzuconą w oparciu o art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. W następnej kolejności zamawiający weryfikuje treść oferty w odniesieniu do wymagań przedmiotu zamówienia. Jeżeli istotna treść oferty nie jest zgodna z treścią istotnych warunków zamówienia - oferta podlega obligatoryjnemu odrzuceniu w myśl dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Oferty zweryfikowane pozytywnie (nie biorąc pod uwagę tzw. procedury odwróconej wprowadzonej omawianą nowelizacją) - poddawane są czynnościom wyboru najkorzystniejszej oferty w wyznaczonych kryteriach, do której odnosi się przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Każde z przywoływanych określeń: „wykluczenie wykonawcy z postępowania”, „odrzucenie oferty” oraz „wybór najkorzystniejszej oferty” ma swoją odrębną treść normatywną i ugruntowane w praktyce znaczenie - jednoznacznie rozumiane przez wykonawców oraz zamawiających. Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2016 r. poz. 1128) w Załączniku 1 dotyczącym najczęściej stosowanego trybu przetargu nieograniczonego, w pozycjach 15,17 oraz 18 wyraźnie rozróżnia czynności wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

Bezpodstawne byłoby więc założenie, że czynność „wyboru najkorzystniejszej oferty” kumuluje w sobie zarówno weryfikację podstaw do wykluczenia, jak i weryfikację podstaw do



odrzućenia oferty i wywodzenie z tego szerokiej legitymacji wykonawcy do skarżenia czynności i zaniechań zamawiającego wobec ofert konkurentów w procedurach dotyczących zamówień o wartościach podprogowych. W przeciwieństwie do ogólnej formy regulacji z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, 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, art. 180 ust. 2 zawiera ściśle określone przesłanki dopuszczalności odwołania - podane w sposób enumeratywny (*numerus clausus*), które nie poddają się wykładni rozszerzającej.

Nie bez znaczenia dla osądu rzeczonoj sprawy pozostają przepisy unijne. Dyrektywy odwoławcze 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniające dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/WG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych mają zastosowanie wyłącznie do naruszeń przepisów dyrektyw regulujących procedury udzielania zamówień publicznych, lub przepisów krajowych implementujących postanowienia tych dyrektyw, tj. w aktualnym stanie prawnym - dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych oraz 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchwalone 26 lutego 2014 r. i odnoszące się do zamówień o wartości powyżej progów wyznaczonych powołanym wyżej rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2015 r. poz. 2263). Nie są objęte zakresem dyrektyw odwoławczych, zamówienia które ze względu na swoją wartość nie podlegają postanowieniom dotyczącym procedur udzielania zamówień publicznych.

W kwestii dopuszczalności i zakresu stosowania środków odwoławczych w postępowaniach podprogowych liczą się regulacje ustawodawcy krajowego. Jednocześnie jednak Komisja Europejska, uwzględniając orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w Komunikacie wyjaśniającym, 2006/C 179/2 PL Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej 1.8.2006 dotyczącym prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych zwracała uwagę na konieczność zapewnienia środków ochrony prawnej dla najistotniejszych decyzji mogących naruszać interes wykonawców, takich jak wykluczenie ich z postępowania czy też odrzucenie oferty.

Realizując powyższe postulaty ustawodawca krajowy zmienił treść art. 184 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu z dnia 13 kwietnia 2007 r. - o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 82, poz. 560) - mówiącego, że od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub

przekracza kwoty określone w przepisach, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania UOPWE ogłoszeń o zamówieniach - i w kolejnej nowelizacji z dnia 4 września 2008 r. - o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) wprowadził przepis art. 184 ust. 1a w brzmieniu: W postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty.

Przy czym dla powyższej nowelizacji przedstawiono następujące uzasadnienie projektu.

„Niezbędne jest zatem wprowadzenie systemu gwarantującego ochronę podstawowych interesów wykonawców, który nie będzie ograniczał się jedynie do postępowań, których wartość przekracza progi wynikające z przepisów dyrektyw. Mając to na względzie, proponuje się ujednoczenie zasad wnoszenia środków ochrony prawnej dla zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne. W postępowaniach tych wykonawca powinien mieć zagwarantowane prawo do wnoszenia efektywnych środków ochrony prawnej dotyczących jego najistotniejszych interesów, a mianowicie:

- 1) nieprawidłowego wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, wolnej ręki, zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty.

Proponowane zmiany dotyczące systemu środków ochrony prawnej wpłyną pozytywnie na przebieg procedury udzielania zamówień publicznych. Przede wszystkim w przypadku zamówień na roboty budowlane zostanie wprowadzona ochrona prawna dla zamawiających do progu 5 150 000 euro polegająca na wyeliminowaniu prawa do wniesienia środków ochrony prawnej na czynności nie godzące bezpośrednio w interes wykonawcy, który z nich korzysta (np. dotyczące nieprawidłowości w ofercie innego wykonawcy). Wykonawcy będą mieli zagwarantowane efektywne środki ochrony we wszystkich postępowaniach poniżej progów na decyzje zamawiających, godzące w ich podstawowe interesy (obecnie wykonawcy nie mają prawa do wniesienia odwołania poniżej progów właściwych dla dostaw i usług), przy czym skarżone będą mogły być wyłącznie te czynności

zamawiającego, które bezpośrednio dotyczą wykonawcy wnoszącego dany środek ochrony prawnej.”

Następna nowelizacja z dnia 2 grudnia 2009 r. - o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) w omawianym zakresie - pozostawała w związku z wyeliminowaniem instytucji protestu i wprowadziła przepis art. 180 ust. 2, że jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego

- miała więc znaczenie jedynie doprecyzowujące i obowiązywała do wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r., tj. w aktualnym brzmieniu.

Na gruncie przywołanych wyżej regulacji ukształtowało się jednolite stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, np. w postanowieniach sygn. akt: KIO/UZP 1318/08, KIO/UZP 1359/08, KIO/UZP 1474/08, KIO/UZP 1469/08, KIO/UZP 1487/08, KIO/UZP 1513/08, KIO/UZP 1515/08, KIO/UZP 1520/08, KIO/UZP 1522/08, KIO/UZP 1535/08, że Izba zobowiązana jest odrzucić odwołanie jeżeli dotyczy ono innych czynności (a więc nie zaniechań dokonania czynności) niż wymienione w art. 184 ust. 1a ustawy Pzp (obecnie w art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp). Ustawodawca na gruncie ustawy Pzp w ramach środków ochrony prawnej nie stosuje się do cywilistycznego ujęcia czynności prawnych, a więc pod pojęciem czynności nie obejmuje zaniechań zamawiającego, czyniąc z nich odrębną kategorię zachowań zamawiającego mających znaczenie prawne. Linia ta w orzecznictwie Izby pozostaje kontynuowana.

Powyższe wskazuje, że przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter wyjątku od zasady generalnej. W przeciwieństwie do postępowań dotyczących zamówień, których wartość jest równa lub wyższa od tzw. progów unijnych, w przypadku postępowań podprogowych zasadą tą jest, że odwołanie nie przysługuje. O intencjach ustawodawcy świadczy nieprzypadkowo użyte w art. 180 ust. 2 Pzp słowo wyłącznie. Ustawodawca w wyniku nowelizacji nie zniósł różnic przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej w postępowaniach podprogowych i postępowaniach powyżej progów. Zdecydowano jedynie o nieznacznym poszerzeniu katalogu przesłanek umożliwiających wniesienie odwołania w postępowaniach podprogowych. Skoro zatem katalog czynności, wobec których odwołanie przysługuje nadal ma charakter wyjątku od zasady, to nie może być on interpretowany rozszerzająco.

Należy również zauważyć, że w postępowaniach o wartości równej lub wyższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie służy wobec „niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy” i nie wskazuje enumeratywnie tych czynności. Inaczej rzecz się przedstawia w odniesieniu do stosowania art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, gdzie była i jest mowa tylko o tym, że odwołanie w postępowaniach poniżej progów służy wyłącznie wobec wymienionych czynności, zaś ustawodawca nawet nie wspomina o zaniechaniach zamawiającego. Biorąc powyższe pod uwagę nieuprawnione jest założenie, że w odróżnieniu od punktów 1-5, przesłanka z pkt 6 obejmuje zarówno czynność, jak i zaniechania czynności (w dodatku innych niż czynność wprost wymieniona w przepisie). Przewidziany w przepisie art. 180 ust. 2 katalog przesłanek zawsze odnosił się do czynnego zachowania zamawiającego, nie zaś do zaniechań, i sytuacja ta nie uległa zmianie w wyniku ostatniej nowelizacji ustawy. Nadal ustawodawca koncentruje się na zachowaniach zamawiającego o charakterze czynnym, wobec odwołującego wykonawcy, które doprowadziły do danego wyniku postępowania, nie wspomina o zaniechaniach.

Odmienne natomiast odnosi się do tej kwestii przepis art. 181 ust. 1 ustawy Pzp, który wprost stanowi, że w postępowaniach poniżej progów unijnych wykonawca lub uczestnik konkursu może w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformować zamawiającego zarówno o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego, jak i o zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 tej ustawy.

W dalszej kolejności zauważyć należy, że zgodnie z przepisem art. 92 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji zamawiający miał obowiązek jednocześnie informować o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o ofertach odrzuconych i wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania. Przepis ten brzmiał:

Art. 92. 1. Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę) albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, uzasadnienie jej wyboru oraz nazwy (firmy) albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację;

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne;

3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne - jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę;

4) terminie, określonym zgodnie z art. 94 ust. 1 lub 2, po którego upływie umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta.

Obecnie przepis art. 92 ust. 1 ustawy Pzp brzmi:

Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert łączną punktację,

2) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni,

3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności,

4) wykonawcach, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, ale nie zostali zaproszeni do kolejnego etapu negocjacji albo dialogu,

5) dopuszczeniu do dynamicznego systemu zakupów,

6) nieustanowieniu dynamicznego systemu zakupów,

7) unieważnieniu postępowania - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Jak wynika z powyższego, ustawodawca odrębnie wypowiada się o wyborze oferty najkorzystniejszej (pkt 1), wykluczeniach (pkt 2), odrzuceniach (pkt 3), zaś po nowelizacji zamawiający nie ma już obowiązku jednoczesnego informowania o tych czynnościach. Zatem znacznie częściej zamawiający będzie odrzucał oferty, czy wykluczał wykonawców zanim wybierze ofertę najkorzystniejszą. Nie sposób uznać, że pod pojęciem wybór oferty najkorzystniejszej mieści się zaniechanie czynności odrzucenia oferty czy zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy w sytuacji, gdy zamawiający nie dokonał jeszcze czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Interpretacja art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w sposób dopuszczający zaskarżanie - w ramach odwołań wobec wyboru oferty najkorzystniejszej - zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy, czy zaniechanie wykluczenia innego wykonawcy nie daje się obronić również z powodu konsekwencji praktycznych, co do których należy wyłączyć, aby były objęte zamiarem ustawodawcy. Przyjmując, że dopuszczalne jest kwestionowanie zaniechania odrzucenia oferty z powołaniem się na art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp (wybór oferty najkorzystniejszej), należałoby zadać pytanie o możliwość jednoczesnego

zakwestionowania takiego samego zaniechania w stosunku do oferty, która wybrana nie została (przykładowo - została sklasyfikowana na drugim miejscu, za ofertą wybraną, a przed ofertą odwołującego). Z jednej strony nie sposób znaleźć argumentów przemawiających za dopuszczeniem zaskarżenia takiego zaniechania, z drugiej - trudno byłoby uzasadnić takie różnicowanie możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej. Ponadto, tak szeroka interpretacja art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp byłaby jeszcze bardziej trudna do zastosowania w postępowaniach, w których następuje prekwalfikacja wykonawców, a w których ocenę istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy od wyboru najkorzystniejszej oferty dzieli cały odrębny etap postępowania. W takich postępowaniach z jednej strony za niedopuszczalne należałoby uznać odwołanie wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy w terminie liczonym zgodnie z art. 182 ust. 1 ustawy Pzp (tj. od przesłania informacji o wykonawcach zaproszonych do dalszego etapu postępowania) z powołaniem się na 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp - nie nastąpił bowiem wybór oferty najkorzystniejszej. Z drugiej strony dopuszczenie do wnoszenia odwołania dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej w takim trybie byłoby po pierwsze oderwane od określonych ustawą terminów na wniesienie odwołania, a po drugie - mogłoby doprowadzić do zniweczenia znacznej części postępowania i cofnięcia go dopiero po wyborze oferty na etap prekwalfikacji. Nie można zakładać, aby taki właśnie był zamiar racjonalnego ustawodawcy, który postuluje efektywność i szybkość procedur odwoławczych, ułatwiających planowane wykorzystanie środków przeznaczanych na realizację zamówień publicznych, w zakładanych terminach.

Konkludując, przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym czynność wyboru oferty najkorzystniejszej należy rozumieć szeroko - jako zwięźczenie wszystkich czynności z zakresu badania i oceny ofert, które doprowadziły do wyboru oferty najkorzystniejszej, nie daje się obronić w świetle testu racjonalnego ustawodawcy. Przy przyjęciu takiej wykładni poza zakresem zaskarżenia w postępowaniach podprogowych pozostawałoby de facto unieważnienie postępowania - gdyby taki właśnie był zamiar ustawodawcy, przepis art. 180 ust. 2 zostałby sformułowany inaczej. Ponadto, zbędne byłoby utrzymanie regulacji art. 181 ustawy Pzp o możliwości poinformowania zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany, na które odwołanie nie przysługuje, gdyż przy nieuprawnionej - szerokiej interpretacji art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, sfera zaskarżenia odwołaniem działań i zaniechań zamawiającego byłaby pełna (z wyłączeniem jedynie unieważnienia postępowania).

Istotnym argumentem przemawiającym za słusnością prezentowanego poglądu jest wyrażone w toku prac legislacyjnych nad nowelizacją stanowisko jej autora - Ministerstwa Rozwoju, stanowiące swego rodzaju wykładnię autentyczną. Podczas uzgodnień międzyresortowych Ministerstwo Środowiska zgłosiło uwagę, że rozszerzenie katalogu okoliczności, wobec których można zastosować środki ochrony prawnej w postępowaniach

podprogowych, ograniczy efektywność postępowań. Wskazywano, że jeżeli zaproponowana zmiana jest konieczna, przy tak rozszerzonym katalogu okoliczności umożliwiających skorzystanie ze środków ochrony prawnej, niecelowe jest w ogóle utrzymanie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Ministerstwo Rozwoju zaznaczyło w toku prac legislacyjnych, że zmiana jest korzystna dla wykonawców, a enumeratywne wyliczenie nie otwiera zakresu środków ochrony prawnej tak szeroko, jak jego brak. Jak podano, przede wszystkim, poza tym zakresem będą „zaniechania” zamawiającego, a to znaczna różnica. Odmiennych zamiarów nie sposób natomiast wyczytać z innych materiałów z prac legislacyjnych, w tym z samego uzasadnienia projektu ostatniej ustawy nowelizującej, a należałoby zakładać, że jeśli ustawodawca chciał tak dalece znieść dotychczas obowiązujące ograniczenia, to byłaby to zmiana na tyle istotna, że doczekałaby się odpowiedniego komentarza w uzasadnieniu nowelizacji. Należy więc stwierdzić, że intencja autora nowelizacji co do zakresu zaskarżenia w postępowaniach poniżej progów unijnych została wyrażona podczas uzgodnień międzyresortowych, ze wskazaniem na zamiar utrzymania wyłączeń dotyczących zaniechań zamawiającego, i nie może być pomijana przy interpretacji przepisów. Skarżenie ofert konkurentów opiera się na zarzutach zaniechania ich wykluczenia z postępowania, lub też zaniechania odrzucenia ich ofert.

Dokonywana przez Izbę wykładnia nie może natomiast uwzględniać oczekiwań wykonawców co do możliwości jak najszerszego wnoszenia odwołań w postępowaniach podprogowych, w sytuacji gdy oczekiwania te nie tylko nie znajdują potwierdzenia w brzmieniu przepisów rozumianych w zgodzie z zasadami wykładni prawa, ale wręcz stoją w opozycji do wyników tej wykładni i wyartykułowanych przez autora projektu celów.

W ocenie Izby komentowany przepis - proceduralny, jest na tyle jasny, że powinien być stosowany wprost. Nie podlega wykładni funkcjonalnej w oparciu o niesprecyzowane cele, gdyż prowadziłoby to do niepewności prawa, powstawania niejasności, co do obowiązujących norm, ich stosowania i oznaczałoby, że Izba wykroczyła poza przyznane jej art. 180 ust. 2 ustawy Pzp kompetencje orzekania na podstawie prawa, i w jego granicach. Przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp w ocenie Izby, sprowadza się nadal do ochrony podstawowych interesów własnych odwołującego wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza nie pełni roli prawotwórczej. W wydawanych orzeczeniach nie może ingerować w treść przepisów w sposób wpływający diametralnie na ich inne rozumienie i stosowanie, niż wynika to z ich brzmienia.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że zarzuty podniesione w niniejszym odwołaniu zdecydowanie nie mieszczą się w katalogu określonym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, gdzie w pkt 6 mowa jest wyraźnie o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie zaś zaniechaniu odrzucenia oferty innego wykonawcy, którą uznano za najkorzystniejszą”.

Tym samym skład orzekający Izby podzielił jednolite stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w innych orzeczeniach wydanych w analogicznym stanie prawnym, tj. w postanowieniu z dnia 5 września 2016 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1599/16, w postanowieniu z dnia 15 września 2016 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1674/16, w postanowieniu z dnia 21 września 2016 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1696/16, w postanowieniu z dnia 29 września 2016 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1750/16, w postanowieniu z dnia 4 października 2016 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1810/16, w postanowieniu z dnia 4 października 2016 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1816/16 oraz w postanowieniu z dnia 18 października 2016 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1910/16.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że ustawa Pzp nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie wskazanych w odwołaniu zaniechań oraz czynności. Zasadne zatem stało się odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie i art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.



O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp czyli stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) 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 (Dz.U. Nr 41 poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....