

Sygn. akt: KIO 860/17

POSTANOWIENIE
z dnia 8 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Barbara Bettman
Renata Tubisz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników w Warszawie w dniu 8 maja 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 kwietnia 2017r. przez **wykonawcę TRAKCJA PRKił Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Złota 59 XVIII p** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział GDDKiA w Katowicach, ul. Myśliwska 5**

przy udziale **wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu, ul. Okólna 10** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 860/17 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzucić odwołanie

2. kosztami postępowania obciążyć **wykonawcę TRAKCJA PRKił Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Złota 59 XVIII p** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Politechnikę Świętokrzyską z siedzibą w Kielcach, Al. Tysiąclecia Państwa Polskiego 7** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje

skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na przebudowę wiaduktu drogowego w ciągu drogi krajowej DK 46 nad linią kolejową CMK w km 238+116 w miejscowości Nakło zostało wszczęte zamieszczeniem ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 7 marca 2017r. za numerem 38135-2017.

W dniu 24 kwietnia 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu, ul. Okólna 10 – dalej przystępujący.

W dniu 28 kwietnia 2017r. wykonawca TRAKCJA PRKil Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Złota 59 XVIII p – dalej odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa i wiceprezesa zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołanie została przekazana zamawiającemu w dniu 28 kwietnia 2017r.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579 – dalej ustawy) czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

- a) zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego z uwagi, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ;
- b) wyborze w dniu 24.04.2017 r. oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Zaskarżonym czynnościom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie poniższych przepisów:

- a) art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 7 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, mimo iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ (Formularz 2.2. Kosztorys ofertowy - Część mostowa poz. Nr 4.1.3 Beton płyt przejściowych B37 (C30/37) w zw. z pkt. 15.2 Tom I - Instrukcja dla Wykonawców);
- b) art. 87 ust. 1 ustawy przez:
 - wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty (...) pomimo tego, że nie było podstaw do takiego wezwania, z uwagi na brak wyceny danej pozycji kosztorysowej;
 - prowadzenie przez zamawiającego negocjacji z przystępującym dotyczących treści złożonej oferty, w zakresie poz. Nr 4.1.3 Formularza 2.2. Kosztorys ofertowy - Część mostowa - Beton płyt przejściowych B37 (C30/37);

- zaakceptowanie przez zamawiającego wyjaśnień przystępującego, które to wyjaśnienia stanowią zmianę treści oferty.

c) art. 7 ustawy przez wybór jako najkorzystniejszej oferty przystępującego podlegającej odrzuceniu.

Wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie zamawiającemu:

a) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

b) odrzucenie oferty przystępującego;

c) przeprowadzenia ponownej oceny i badania ofert i nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;

Ponadto odwołujący wnosi o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została bowiem sklasyfikowana na drugim miejscu, a więc ustalenie, że oferta przystępującego podlega odrzuceniu spowoduje, że oferta odwołującego zostanie ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W dniu 28 kwietnia 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 2 maja 2017r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział przystępujący wskazując, że jako wykonawca wybrany posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jedynie utrzymanie w mocy czynności zamawiającego pozwoli mu na uzyskanie zamówienia. Wniósł o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 28 kwietnia 2017r. udzielonego przez prokurenta samoistnego ujawnionego w KRS i upoważnionego do reprezentacji wykonawcy, zgodnie z załączonym do przystąpienia odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 2 maja 2017r.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Postępowanie jest postępowaniem poniżej progów unijnych, gdyż zamawiający określił wartość szacunkową zamówienia na kwotę, co stanowi równowartość

Odwołujący zarzuca zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego.

Postępowanie zostało wszczęte po 29 lipca 2016 r., a zatem mają do niego zastosowanie przepisy ustawy w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020).

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt. 6 ustawy, gdyż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem poniżej progów unijnych, co wynika z informacji nadesłanej Izbie przez zamawiającego i jest potwierdzone faktem, że publikacja ogłoszenia o zamówieniu została zamieszczona w Biuletynie Zamówień Publicznych, a odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy. Odwołujący podniósł zarzuty zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, pomimo tego, że w jego ocenie oferta ta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy, gdyż przystępujący wypełnił kosztorys w sposób niezgodny z siwz, nie złożył w terminie określonym przez zamawiającego wyjaśnień, a mimo to zamawiający ocenił spóźnione wyjaśnienia i przyjął, że kosztorys jest prawidłowy, mimo tego, że wyjaśnieniami przystępujący uzupełnił treść kosztorysu, co w ocenie odwołującego jest niedopuszczalne po upływie terminu składania ofert i stanowi zakazaną zmianę treści oferty po upływie terminu składania ofert, a zamawiający dopuścił się negocjacji treści oferty z przystępującym.

Biorąc pod uwagę zarzuty podniesione w odwołaniu, to zdecydowanie nie mieszczą się w katalogu określonym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, gdzie mowa jest wyraźnie o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie zaś o zaniechaniu czynności odrzucenia oferty innego wykonawcy czy zaniechaniu czynności wykluczenia wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą. Tym samym skład orzekający Izby podzielił jednolite stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w innych orzeczeniach wydanych w analogicznych sprawach, tj. w postanowieniu z 5 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1599/16, w postanowieniu z 15 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1674/16, w postanowieniu z 21 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1696/16, w postanowieniu z 29 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1750/16, postanowieniu z 4 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1810/16, postanowieniu z 4 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1816/16, postanowieniu z 13 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1862/16, postanowieniu z 18 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1910/16, postanowieniu z 25 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1930/16, postanowieniu z 2 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2015/16, postanowieniu z 8 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2026/16, postanowieniu z 7 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2059/16, postanowieniu z 16 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2084/16, postanowieniu z 17 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2128/16, postanowieniu z 29 listopada 2016 r. w sprawie o sygn.

akt KIO 2162/16, postanowieniu z 7 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2203/16, postanowieniu z 1 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2211/16, postanowieniu z 30 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2232/16, postanowieniu z 14 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2283/16, postanowieniu z 13 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2292/16, postanowieniu z 15 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2298/16, postanowieniu z 22 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2355/16, postanowieniu z 30 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2397/16, postanowieniu z 2 stycznia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2405/16, postanowieniu z 5 stycznia 2017 r. w sprawie 2462/16, oraz postanowieniach za rok 2017 wydanych w sprawach o sygnaturach KIO 115/17, KIO 122/17, KIO 160/17, KIO 200/17, KIO 210/17, KIO 230/17, KIO 246/17, KIO 260/17, KIO 342/17, KIO 343/17, KIO 344/17, KIO 347/17, KIO 424/17, KIO 434/17, KIO 436/17, KIO 475/17, KIO 516/17, KIO 521/17, KIO 526/17, KIO 529/17, KIO 530/17, KIO 557/17, KIO 570/17, KIO 587/17, KIO 611/17, KIO 642/17, KIO 673/17, KIO 677/17, KIO 696/17, KIO 709/17, KIO 722/17, KIO 724/17, KIO 725/17, KIO 751/17 i KIO 800/17 wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z 3 stycznia 2017r. r. XII Ga 837/16 (niepublikowany), wyroku Sądu Okręgowego w Płocku z dnia 1 lutego 2017r. sygn. akt KIO IV Ca 1051/16 i Izba nie znajduje podstaw do zmiany tej ustalonej linii. Izbie wiadome jest, że jeszcze dwa Sądy Okręgowe podzieliły powyższy pogląd.

Izba ma świadomość, iż Sądy Okręgowe wyraziły także stanowisko przeciwne tj. wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 21 grudnia 2016 r. (sygn. akt: IX Ga 502/16), wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 22 grudnia 2016 r. (sygn. akt: II Ca 1461/16), wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 20 stycznia 2017 r. (sygn. akt: XII Ga 1018/16), wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 13 lutego 2017 r. (sygn. akt: XIX Ga 3/17), wyrok Sądu Okręgowego w Przemyślu z dnia 16 lutego 2017 r. (sygn. akt: I Ca 399/16), wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 9 marca 2017 r. (sygn. akt: II Ca 145/17), wyrok Sądu Okręgowego w Kaliszu z dnia 9 marca 2017 r. (sygn. akt: II Ca 116/17), wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 14 marca 2017 r. (sygn. akt: II Ca 1626/16), wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 21 marca 2017 r. (sygn. akt: VI Ga 60/17), postanowienie Sądu Okręgowego w Kielcach z dnia 17 marca 2017 r. (sygn. akt: VII Ga 61/17), wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 29 marca 2017 r. (sygn. akt: II Ca 115/17), wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z dnia 4 kwietnia 2017 r. (sygn. akt: VI Ga 56/17), wyrok Sądu Okręgowego w Koninie z dnia 4 kwietnia 2017 r. (sygn. akt: I Ca 51/17), postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 21 kwietnia 2017 r. (sygn. akt: XXIII Ga 1517/16)], 2 wyroki oddalające skargi Prezesa Urzędu [zaskarżony skargą kasacyjną wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 3 stycznia 2017 r. (sygn. akt: XII Ga 837/16), wyrok Sądu Okręgowego w Płocku z dnia 1 lutego 2017 r. (sygn. akt: IV Ca 1051/16)] oraz 2 postanowienia o umorzeniu postępowania sądowego [postanowienie Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 6 grudnia 2016

r. (sygn. akt: V Ga 325/16), postanowienie Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 27 stycznia 2017 r. (sygn. akt: II Ca 1142/16), jednak na chwilę obecną Izbie znane są uzasadnienia Sądu Okręgowego w Szczecinie, Lublinie, Białymstoku i Katowicach.

W tych uzasadnieniach Sądy odwoływały się do szerokiego rozumienia pojęcia „wybór oferty najkorzystniejszej” jako ciągu czynności zamawiającego na etapie badania i oceny ofert, które obejmują czynności i zaniechania zamawiającego związane z badaniem podmiotowym wykonawcy i przedmiotowym oferty oraz z czynnościami i zaniechaniami związanymi z samą oceną ofert.

W ocenie Izby przeciwko takiej szerokiej wykładni pojęcia „wybór oferty najkorzystniejszej” przemawia przede wszystkim to, że akceptacja tego rozumienia prowadziłaby do różnicowania sytuacji wykonawców w zależności od dobranego trybu postępowania. Sądy, których uzasadnienia są Izbie znane, skupiają się na treści art. 7 ustawy i nakazowi wyboru wykonawcy wyłonionego zgodnie z przepisami ustawy, jednak przepis ten także nakazuje równe traktowanie wykonawców, który to nakaz w ocenie Izby rozciąga się także na postępowanie odwoławcze. Gdyby przyjąć koncepcję szerokiego rozumienia pojęcia wybór oferty najkorzystniejszej, to wykonawcy niezaproszonemu do składania oferty, czy oferty ostatecznej, wyłącznie z powodu niezakwalifikowania się na tak zwaną „krótką listę” z powodu zbyt małej liczby punktów, czy też z powodu tego, że na „krótką listę” zakwalifikowali się wykonawcy, którzy powinni być odrzuceni lub wykluczeni, nie przysługiwałoby odwołanie, bo nie może w postępowaniach poniżej progów unijnych kontestować przyznanej mu ilości punktów, ani odrzuceń czy wykluczeń innych wykonawców. Natomiast wykonawca w trybie przetargu nieograniczonego mógłby kwestionować zaniechania wykluczenia i odrzucenia wykonawcy wybranego. W ocenie Izby skupienie się wyłącznie na trybie przetargu nieograniczonego i pominięcie istnienia innych trybów postępowania powoduje, że nie dostrzeżono, że ustawodawca krajowy w postępowaniach poniżej progów unijnych nie chroni zamawiającego przed wyborem wykonawcy w sposób niezgodny z ustawą, ale zabezpiecza jedynie niektóre, uznane przez siebie za najistotniejsze, interesy wykonawców. Zamawiający może bowiem w sposób nie podlegający kontroli odwoławczej zakwalifikować na „krótką listę” wykonawców „niegodnych” i spośród nich następnie dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, a przecież samo ustalenie „krótkiej listy” przekłada się następnie na prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej. Z tego względu Izba na ten moment podziela w całości pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Płocku, że „(...) zamiarem ustawodawcy nowelizującego przepisy było dopuszczenie możliwości wnoszenia odwołań wobec ściśle ustanowionych czynności zamawiającego i sprzeczne z celem tego unormowania jest stosowanie wykładni rozszerzającej. Dodany ustawą nowelizującą z dnia 22 czerwca 2016 r. do art. 180 ust. 2 p.z.p punkt 6., który przewiduje możliwość wniesienia odwołania wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie należy interpretować w taki sposób, że podciągać pod niego wszystkie

czynności zamawiającego dokonywane w ramach badania i oceny ofert prowadzące do wyboru oferty najkorzystniejszej. Taka interpretacja przepisu, zdaniem Sądu Okręgowego, straciłaby sens wyjątkowości wnoszenia odwołań w odniesieniu do tzw. postępowań podprogowych. A zatem art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. należy rozumieć w sposób wąski, odnosząc się przy tym do definicji legalnej pojęcia „najkorzystniejszej oferty” zawartej w art. 2 pkt 5 p.z.p. (...) Definicja nie zawiera zastrzeżenia, iż najkorzystniejsza oferta wybierana jest spośród ofert niepodlegających wykluczeniu bądź odrzuceniu. Jak wynika z ustawy p.z.p. odrzucenie oferty (art. 89 p.z.p.) oraz wykluczenie wykonawcy (art. 24 p.z.p.) są czynnościami odrębnymi od wyboru najkorzystniejszej oferty, poprzedzającymi de facto wybór. Wniosek taki wysnuć można również, rozważając treść art. 92 ust. 1 p.z.p. obecnie obowiązującego i tego przed nowelizacją, która weszła w życie z dniem 28 lipca 2016 r. (...). Zmiana brzmienia powyższego przepisu, zdaniem Sądu Okręgowego, oznacza wyraźne rozdzielenie poszczególnych czynności zamawiającego prowadzących do wyłonienia oferty najkorzystniejszej. Uprzednio zamawiający jednocześnie po wyborze oferty informował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, ofertach odrzuconych bądź wykonawcach wykluczonych, obecnie czynności tych może dokonywać sukcesywnie. Powyższe prowadzi do wniosku, że zamawiający najpierw odrzuca poszczególne oferty albo wyklucza wykonawców, a dopiero później spośród pozostałych ofert dokonuje wyboru najkorzystniejszej. Zakres pojęcia oferty najkorzystniejszej prawodawca wskazał w art. 91 ust. 1 p.z.p., wedle którego zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis ten, jak słusznie wskazała Izba, współgra z art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. W przekonaniu Sądu tak ukształtowane brzmienie przepisów art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p., art. 91 ust. 1 p.z.p. oraz art. 92 ust. 1 p.z.p., oznacza, że celem ustawodawcy było wyróżnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej od pozostałych czynności zamawiającego poprzedzających tenże wybór. Nie można przy tym pominąć faktu, iż odwołanie w pełnym zakresie przysługuje jedynie wtedy, gdy wartość zamówienia jest co najmniej równa progom unijnym. Art. 180 ust. 1 p.z.p. dopuszcza wówczas odwoływanie się od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego lub zaniechania czynności. Poniżej progów unijnych, a więc jak w niniejszej sprawie, odwołanie może być wniesione wyłącznie na czynności zamawiającego określone w art. 180 ust. 2. Ustawodawca ewidentnie rozróżnił czynności od zaniechania czynności. Jest to kolejny argument przemawiający za tym, iż w postępowaniach podprogowych zaniechanie odrzucenie oferty innego wykonawcy nie mieści się w ustawowych przesłankach odwoławczych.”

Jak również Izba w całości uznaje za własne stanowisko Sądu Okręgowego w Gdańsku, który wskazał, że ani organy administracji publicznej, ani sądy nie mają kompetencji do tworzenia prawa, a więc nie wolno im tworzyć tego prawa także w drodze interpretacji przepisów prawnych. Sąd zauważył, że zbyt szeroka wykładnia skarżącego, zgodnie z którą zaniechanie

odrzućenia oferty należy do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, jako zwieńczenie wszystkich czynności w zakresie badania i oceny ofert w istocie zmierza do stworzenia nowych podstaw odwołania, ca jest zbyt daleko idącym zabiegiem interpretacyjnym. Sąd ocenił argumenty Izby jako przekonujące, racjonalne i oparte o treść norm prawnych, natomiast stanowisko skarżącego zasadzało się na praktycznych aspektach wyklani i jej znaczenia dla krajowych zamówień publicznych, a także oczekiwań wykonawców. Sąd podzielił stanowisko Izby, że pod pojęciem „czynność wyboru oferty najkorzystniejszej” nie może się kryć także zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania i zaniechanie odrzućenia oferty, a jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w siwz. Za przekonującą argumentację uznał wzrost znaczenia kryteriów pozacenowych, wyjątkowy charakter regulacji art. 180 ust. 2 ustawy. Przyjęcie stanowiska skarżącego prowadziłoby do wprowadzenia zasady skarżenia niemalże wszystkich czynności zamawiającego, co powodowałoby, że nieracjonalne byłby pozostawienie przez ustawodawcę przesłanek art. 180 ust. 2 pkt. 4. Sąd wziął pod uwagę, że art. 180 ust. 2 ustawy stanowi wyłącznie o skarżeniu czynności, a nie o możliwości skarżenia zaniechań. Również w toku prac legislacyjnych Sąd nie dopatrył się, aby wolą ustawodawcy było umożliwienie skarżenia tych czynności, które dotyczą zaniechań odrzućenia ofert.

To stanowiska wyrażone przez Sąd Okręgowy w Płocku i Sąd Okręgowy w Gdańsku w ocenie Izby stanowi wnikliwą i pełną analizę obowiązujących przepisów ustawy i Izba podziela je w całości, a z uwagi na fakt, że na datę wydawania orzeczenia w ocenie Izby nie ukształtowała się większościowa czy przeważająca linia orzecznicza Sądów Okręgowych, Izba nie ma podstaw odstąpienia od dotychczasowego jednolitego stanowiska. Izba w szeregu orzeczeń wyrażała pogląd, że być może prezentowane zagadnienie prawne dojrzało do rozstrzygnięcia przez autorytet Sądu Najwyższego lub przyjęcia przez władzę ustawodawczą postulatu de lege ferenda. W tym zakresie należy stwierdzić, iż Izbie wiadome jest, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wniósł skargę kasacyjną od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 3 stycznia 2017 r. (sygn. akt: XII Ga 837/16) oddalającego skargę Prezesa Urzędu na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej o odrzućeniu odwołania wniesionego w oparciu o przesłankę wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu poniżej progów unijnych. Na datę jednak podejmowania rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie nie zapadło jeszcze rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego.

Izba stoi na stanowisku, że odwołanie podlega odrzućeniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy.

Poniżej przedstawiono zebraną całościową argumentację dotyczącą tego, że w pojęciu „wybór oferty najkorzystniejszej” z art. 180 ust. 2 pkt. 6 ustawy nie mieści się zaniechanie wykluczenia wykonawcy wybranego lub innych wykonawców ani zaniechanie odrzucenia oferty wybranej lub ofert innych wykonawców.

„Zgodnie z ww. przepisem, Izba z urzędu odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy.

Wskazany art. 180 ust. 2 Pzp stanowi, 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) 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.

Wartość zamówienia jest w tym przypadku mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, a rozpatrywane odwołanie nie dotyczy żadnego z typów czynności wymienionych w przepisie art. 180 ust. 2 Pzp.

Kluczowym zagadnieniem dla uzasadnienia takiego rozstrzygnięcia pozostaje wykładnia przepisu art. 180 ust. 2 Pzp w jego znowelizowanym brzmieniu nadanym ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), w szczególności dodanego ww. nowelizacją pkt 6, który stanowi, że odwołanie w tzw. postępowaniach podprogowych dotyczyć może wyboru najkorzystniejszej oferty. De facto sprowadza się to do zajęcia stanowiska w sporze dotyczącym następującej kwestii: czy w związku z możliwością kwestionowania wyboru najkorzystniejszej oferty możliwe jest również kwestionowanie zaniechania wykluczenia wybranego wykonawcy lub odrzucenia jego oferty.

Orzecznictwo Izby pozostaje w tym zakresie jednolite i zgodne - rzeczony wybór najkorzystniejszej oferty dotyczy li tylko kwestionowania samej czynności wyboru najkorzystniejszej spośród ofert pozostających w postępowaniu na podstawie zastanych kryteriów wyboru określonych w SIWZ. Nie dotyczy natomiast zaniechania odrzucenia oferty wybranej lub zaniechania wykluczenia składającego ją wykonawcy.

Przystępując do uzasadnienia przyjętej wykładni, na wstępie należy wskazać, iż przepis art. 180 ust. 2 Pzp jest przepisem ustanawiającym wyjątek od ogólnej zasady, według której poniżej tzw. progów unijnych środki ochrony prawnej w postaci odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej nie przysługują. Przesądza o tym zastosowana w regulacji zakresu zaskarżenia konstrukcja: "odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:". Natomiast zgodnie z ustaloną i powszechnie przyjmowaną zasadą wykładni, wyjątki nie powinny być interpretowane rozszerzająco. Tym samym również pojęcie wyboru najkorzystniejszej oferty nie powinno być wykładane rozszerzająco i rozciągane na czynności, których literalnie nie dotyczy.

Za prezentowanym rozumieniem normy art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy i sformułowania czynność wyboru najkorzystniejszej oferty przemawia przede wszystkim wykładnia językowa tego przepisu. Zgodnie z zastanym, podstawowym, słownikowym znaczeniem, pojęcie wybór oznacza wybranie jednej z kilku możliwości (tak internetowy Słownik Języka Polskiego PWN). W tym przypadku wybranie jednej, najkorzystniejszej oferty spośród wielu. Natomiast przypisywanie, że na wybór najkorzystniejszej oferty składają się również jakieś czynności uprzednie, dotyczące kwalifikacji ofert czy wykonawców w celu prawidłowego ustalenia kręgu ofert, spośród których dokonywany jest wybór, nie znajduje oparcia w samym językowym znaczeniu terminu i jako takie wymaga innych niż językowe zabiegów interpretacyjnych.

Tym samym literalne brzmienie przepisu dotyczy li tylko możliwości kwestionowania wyboru sensu stricto, a więc uznania za najkorzystniejszą ofertę, która nie jest najkorzystniejsza spośród ofert, pomiędzy którymi wybór jest dokonywany (najkorzystniejsza w świetle określonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert - w rozumieniu art. 2 pkt 5 Pzp).

Definicja wyboru najkorzystniejszej oferty wynika 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. Wybór oferty najkorzystniejszej należy więc rozumieć jako czynności zamawiającego polegające 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.

Pojęcia, czy w tym przypadku czynności, wyboru najkorzystniejszej oferty nie definiuje bynajmniej tytuł rozdziału 4 ustawy: "Wybór najkorzystniejszej oferty". W rozdziale tym pomieszczonych jest szereg norm odnoszących się do różnych czynności, które nie składają się na wybór najkorzystniejszej oferty i siłą rzeczy nie mogą go stanowić. Są to np. normy dotyczące przygotowania postępowania (dopuszczenie składania ofert wariantowych - art. 83), uprawnień wykonawcy (art. 84), przepisy techniczne dotyczące otwarcia czy przechowywania ofert, obowiązki informacyjne związane z udzieleniem zamówienia... etc. Ponadto szereg czynności, które Zamawiający musi bezwzględnie przeprowadzić, i które mają składać się na dynamiczny proces badania ofert oraz decydują o ważności umowy w sprawie zamówienia, regulowane jest poza ww. rozdziałem. Są to np. kwestie podmiotowej kwalifikacji wykonawcy składającego ofertę i jego wykluczenia z postępowania.

Na marginesie można dodać, iż za prezentowanym stanowiskiem przemawia dodatkowo fakt, że w wyniku kolejnych nowelizacji przepisów o wiele większego znaczenia nabierają 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 nabiera też więc zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy przez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Można zatem stwierdzić, że właśnie z tego powodu w art. 180 ust. 2 Pzp dodano możliwość zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, która to czynność jest obarczona znacznym ryzykiem naruszenia przepisów ustawy, zatem poddanie jej weryfikacji w drodze środków ochrony prawnej jest uzasadnione.

Do takiego wniosku prowadzi również analiza przepisu pkt 6 na tle pozostałych czynności, względem których przysługuje odwołanie, określonych w pozostałych punktach art. 180 ust. 2 ustawy oraz systemowa wykładnia tych przepisów z uwzględnieniem domniemania racjonalności ustawodawcy.

Wskazywana nowelizacja art. 180 ust. 2 Pzp rozszerzyła 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 wykluczenia odwołującego z postępowania oraz czynności odrzucenia oferty odwołującego. A contrario, na podstawie tych przepisów odwołanie nie przysługuje wobec zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy, jak i wobec zaniechania wykluczenia innego wykonawcy z postępowania.

Możliwość 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 Pzp. Nie sposób bowiem twierdzić, że racjonalny ustawodawca, działający zgodnie z zasadami prawidłowej legislacji, chcąc dopuścić możliwość wnoszenia odwołań, tak wobec odrzucenia własnej oferty, 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 "ukrył" w przesłance dotyczącej wyboru oferty najkorzystniejszej (pkt 6). Rozszerzająca interpretacja pkt 6 oraz użytego tam pojęcia wybór najkorzystniejszej oferty prowadzi do konstatacji o zbędności przepisu punktu 4 art. 180 ust. 2 - w takim przypadku wybór najkorzystniejszej oferty byłby przecież równie nieprawidłowy i możliwy do zakwestionowania li tylko na podstawie pkt 6, jeżeli niesłusznie odrzucona została oferta odwołującego (nie byłoby przy tym wcale potrzeby podnoszenia tej okoliczności wcześniej, na etapie dokonywania czynności, których sekwencyjność umożliwia na nowo ukształtowaną procedurę udzielania zamówienia). Racjonalny ustawodawca posługuje się metodami legislacji w najprostszy i najbardziej klarowny sposób zapewniającymi zamierzony efekt regulacyjny, nie dublując przy tym regulacji o takim samym znaczeniu normatywnym (pkt 4 zawiera się w 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 zaskarżenia wyboru oferty najkorzystniejszej podlega każda czynność i każde zaniechanie poprzedzające ten wybór i rzutujące na określenie kręgu ofert, spośród których wybór jest dokonywany, to co do zasady zaskarżeniu podlegałyby wszystkie czynności i zaniechania zamawiającego w postępowaniu, które miały miejsce między złożeniem ofert a wyborem oferty najkorzystniejszej i wpływały na ważność umowy w sprawie zamówienia. Wykładnia rozszerzająca sprowadza się w tym przypadku w swej logicznej konsekwencji do stanowiska, że wszystkie czynności zamawiającego związane z oceną wniosków lub ofert, oprócz unieważnienia postępowania, zmierzają bezpośrednio do wyboru oferty. W takiej sytuacji racjonalny ustawodawca nie określałby tego katalogu pozytywnie, ale negatywnie wskazał, od czego odwołanie nie przysługuje. W praktyce byłoby to tylko unieważnienie postępowania. Żadne inne czynności czy zaniechania zamawiającego, zwłaszcza nierzutujące na ważność umowy w sprawie zamówienia, nie wydają się tu szczególnie istotne i nie stanowią przedmiotu odwołań w postępowaniach nadprogowych - tym samym ich regulacja byłaby możliwa do pominięcia.

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. Tymczasem w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp była i jest mowa wyłącznie o tym, że odwołanie w postępowaniach poniżej progów służy wyłącznie wobec czynności, zaś ustawodawca 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 przesłance). 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, 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.

Dodać w tym zakresie można, iż czynności lub zaniechania zamawiającego podejmowane lub niepodejmowane względem ofert zasadniczo różnią się od czynności związanych z przygotowaniem postępowania, takich jak: określenie warunków udziału w postępowaniu czy sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, względem których również przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy. Sporządzenie dokumentu przetargowego jest czynnością niepodzielną i "ontycznie" jednorodną. Tym samym jakkolwiek brak czy pominięcie obowiązków wynikających z bezwzględnie obowiązujących przepisów w zakresie określenia warunków czy opisu przedmiotu zamówienia, będzie bezpośrednią wadą określenia warunków czy opisu przedmiotu zamówienia, a nie zaniechaniem jakiejś odrębnej i uprzedniej czynności, do której zamawiający był zobowiązany. Wskazywanie na okoliczność, iż art. 180 ust. 2 dotyczy jedynie czynności, a nie zaniechań zamawiającego, nie przekreśla więc znaczenia normatywnego pkt 2 i 5 ust. 2 art. 180 ustawy i możliwości zaskarżenia na podstawie tych przepisów treści dokumentów przetargowych.

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. Oto historyczna treść przepisu:

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 uzyskał następujące brzmienie:

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. Historycznie zamawiający dokonywał, przynajmniej w postępowaniach jednostopniowych, wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceń i wykluczeni wykonawców jednocześnie. Natomiast obecnie, tego typu czasowa odległość czynności wykluczenia i odrzuceń ofert oraz wyboru oferty, dodatkowo podkreśla ich odrębność.

Interpretacja funkcjonalna art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w sposób dopuszczający zaskarżanie - w ramach odwołań wobec wyboru oferty najkorzystniejszej - zaniechania odrzucenia oferty czy zaniechanie wykluczenia wykonawcy, nie daje się obronić również z powodu konsekwencji praktycznych, co do których należy wykluczyć, 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 podnieść kwestię możliwości 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 - co zresztą ma miejsce w zadaniu nr 2 w przedmiotowym postępowaniu, i której zaniechanie odrzucenia Odwołujący również kwestionuje). W świetle brzmienia art. 180 ust. 2 pkt 6 wykluczona jest możliwość zaskarżenia takiego zaniechania. Z drugiej strony trudno wskazać ratio legis takiego ukształtowania systemu środków ochrony prawnej i różnicowania możliwości korzystania z odwołania ze względu na kwalifikację wykonawcy na dalszej pozycji w postępowaniu, gdy wszystkie oferty oddzielające jego ofertę od uznania za najkorzystniejszą, obarczone są według niego wadami przesądzającymi o konieczności ich odrzucenia.

Ponadto, tak szeroka interpretacja art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp prowadzi do konsekwencji jeszcze trudniejszych do zaakceptowania w trybach, 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 po wyborze oferty na etap prekwalfikacji. Nie można więc zakładać, aby taki właśnie był zamiar racjonalnego ustawodawcy.

Podkreślić należy, iż prezentowana wykładania funkcjonalna niweczy argumenty dotyczące rzekomego celu jakim kierować miał się ustawodawca przy nowelizacji art. 180 ust. 2 Pzp - celu mającego polegać na znaczącym rozszerzeniu zakresu zaskarżenia w postępowaniach podprogowych, zwłaszcza na zaniechanie odrzucenia ofert konkurentów i ich wykluczenia. Trudno bowiem przyjąć, iż rozszerzenie takie miałoby dotyczyć jedynie postępowań jednostopniowych albo niweczyć dotychczasową interpretację przepisów dotyczących terminów na wnoszenie odwołań. Innymi słowy, że w podprogowych przetargach jednostopniowych wybór oferty wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania mógłby zostać zaskarżony, natomiast w procedurach dwustopniowych ze względu na upływ terminu zaskarżenia czynności prekwalfikacji, wybór najkorzystniejszej nie mógłby zostać zakwestionowany z tego powodu. Alternatywą dla powyższego rozróżnienia zakresu ochrony odwoławczej była zmiana sposobu liczenia terminów na wnoszenie odwołań stosowana również względem postępowań nadprogowych.

Właśnie najlepszą ilustracją powyższego stanowiska jest dotychczasowa praktyka wnoszenia i przyjmowania odwołań dotyczących trybów dwustopniowych o wartości powyżej progów unijnych. W zakresie tego typu postępowań zasadą jest pełna zaskarżalność czynności zamawiającego. Regulacja ustawowa w tym zakresie nie uległa zmianie. Nie zmieniły się właściwie również przepisy dotyczące obliczania terminów na wniesienia odwołania, które liczone są od czynności zamawiającego (art. 182 ust. 1 Pzp). W ich świetle w przypadku trybów dwustopniowych, przewidujących prekwalfikację wykonawcy, odwołanie dotyczące np. zaniechania wykluczenia wykonawcy i zaproszenia go do składania ofert wnoszone jest w terminie liczonym od tej czynności. Na następnym etapie postępowania, tj. przy wyborze najkorzystniejszej oferty, odwołujący nie może zakwestionować prawidłowości wyboru ze względu na wybór oferty wykonawcy, który winien być wykluczony z postępowania. Jest już na to za późno.

W świetle powyższego wykładania rozszerzająca art. 180 ust. 1 pkt 6 Pzp doprowadzi do sytuacji, w której postulowane rozszerzenie możliwości skarżenia ofert konkurentów swój pełny wymiar znajdzie jedynie w postępowaniach jednostopniowych, albo konieczne stanie się również odejście od dotychczasowej praktyki skarżenia podejmowanych czynności i związanych z nimi zaniechań, w czasie liczonym od poinformowania o nich, także w postępowaniach nadprogowych. Skoro wybór najkorzystniejszej oferty rozumiany jest w ten sposób, że obejmuje również zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy czy odrzucenia jego oferty, to również w przetargu dwustopniowym wybór najkorzystniejszej oferty może być zakwestionowany w czasie liczonym od jego dokonania z podniesieniem wszystkich okoliczności związanych z czynnościami uprzednio podjętymi w postępowaniu (za prawidłowy nie może przecież zostać uznany wybór oferty wykonawcy, który winien podlegać wykluczeniu). Trudno przyjąć, iż ustawodawca zamierzał zróżnicować możliwy zakres zaskarżenia w różnych trybach udzielania zamówień w postępowaniach podprogowych lub godził się na różnicowanie liczenia terminów do wnoszenia odwołań w postępowaniach podprogowych i nadprogowych, gdy przepisy dotyczące terminów są takie same. W ocenie Izby nie jest dopuszczalne w takim przypadku różne rozumienie wyboru najkorzystniejszej oferty w trybach dwustopniowych i jednostopniowych. Nie jest dopuszczalne również posługiwanie się argumentem, że terminowe ograniczenie możliwości zaskarżenia wyboru najkorzystniejszej oferty ze względu na zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego ofertę wybrano, w przetargu dwustopniowym o wartości poniżej progów, nie znajduje zastosowania, dlatego że wykonawca uprzednio nie mógł zaskarżyć czynności prekwalfikacyjnych. Prawo takich sytuacji nie rozróżnia.

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 tylko unieważnienie postępowania - gdyby taki właśnie był zamiar ustawodawcy, przepis art. 180 ust. 2 mógłby i powinien zostać sformułowany inaczej.

Istotnym argumentem przemawiającym za słusnością prezentowanego poglądu jest również 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 ustawy, 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. Dokonywana przez Izbę wykładnia nie może natomiast uwzględniać oczekiwań wykonawców, co do możliwości jak najszerzego wnoszenia odwołań w postępowaniach podprogowych, w sytuacji gdy oczekiwania te nie tylko nie znajdują potwierdzenia w brzmieniu przepisów rozumianych zgodnie z wszystkimi regułami wykładni prawa, ale wręcz stoją w opozycji do wyników tej wykładni i wyartykułowanych przez autora projektu celów.

Dokonana w ten sposób wykładnia nie kwestionuje bynajmniej ogólnych celów ustawy Prawo zamówień publicznych, nie przekreśla zasad legalizmu prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, nie przeczy również oczywistej konstatacji, że wybór najkorzystniejszej oferty jest zwieńczeniem długiego postępowania i sekwencji czynności, które go poprzedzają. Opiera się jedynie na historycznie ugruntowanym i zinstytucjonalizowanym przez samego ustawodawcę, stanowisku, że nie wszystkie czynności zamawiających, dokonywane w postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych, muszą podlegać kontroli w ramach istniejącego systemu środków ochrony prawnej. System zamówień publicznych działa w ten sposób dość sprawnie od bardzo dawna, a ponadto istnieją rozmaite mechanizmy kompensujące wyłączenia pewnego zakresu czynności z systemu środków ochrony prawnej (np. działania licznych instytucji kontrolnych).

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

Istotnym dla rozpoznania tej sprawy jest również stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w jednym z postanowień (sygn. akt KIO 1810/16) a mianowicie, że: "nie bez znaczenia dla osądu rzeczzonej 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, 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. Takie stanowisko znalazło wyraz w Komunikacie wyjaśniającym KE dotyczącym prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych z dnia 1 sierpnia 2006 r.

Realizując powyższe postulaty ustawodawca krajowy zmienił treść art. 184 ust. 1 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.

Powyższe wskazuje, że przepis art. 180 ust. 2 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 użyty w art. 180 ust. 2 Pzp wyraz 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."

Dla składu orzekającego Izby przekonującym z przytoczonych argumentów jest argument dotyczący tego, że ustawodawca w art. 182 ustawy przewidział te same momenty rozpoczęcia biegu terminu na wniesienie odwołania, jednak w postępowaniach powyżej progów unijnych przy przyjęciu, że pojęcie „wyboru oferty najkorzystniejszej” z art. 180 ust. 2 pkt. 6 ustawy dotyczy także zaniechań wykluczenia i zaniechań odrzuceń, odwołania będą przysługiwać od daty poinformowania o wykluczeniu wykonawcy w postępowaniach wielostopniowych, zaś w

postępowaniach poniżej progów unijnych od daty informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Drugim argumentem, który uważam za najistotniejszy jest to, że przy szerokim rozumieniu pojęcia „wybór oferty najkorzystniejszej” trzeba przyjąć, że w pojęciu tym mieści się także zweryfikowanie wszystkich wykonawców i ich ofert, tak aby do oceny oferty najkorzystniejszej mieli dostęp tylko wykonawcy niewykluczeni i tacy, których oferty nie podlegają odrzuceniu, a wówczas zbędne są przesłanki z pkt. 3 i 4 art. 180 ust. 2 ustawy. Jednak mimo wszystko to jeszcze nie jest główny argument, ale nierówność traktowania wykonawców, gdyż wykonawca wybrany podlega szerszej ocenie, niż inny wykonawca sklasyfikowany na dalszej pozycji. Stanowi o tym art. 26 ust. 2 ustawy, z którego wynika, że co do wykonawcy wybranego zamawiający dysponuje tak jego własnymi oświadczeniami z art. 25a ust. 1 ustawy jak i dokumentami, do których złożenia wezwał na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy, zaś co do pozostałych wykonawców ich brak podstaw wykluczenia i zdolność do wykonania zamówienia od strony przedmiotowej zamawiający ocenia poprzestając na oświadczeniach z art. 25a ust. 1 ustawy, a wykonawcy wybranemu ustawodawca nie przewidział w art. 180 ust. 2 ustawy podstaw do kwestionowania konkurencji. Oznacza to w ocenie Izby, że na gruncie zamówień podprogowych przyjęcie założenia, że wolą ustawodawcy jest kontrola instancyjna wszystkich czynności składających się na wybór oferty najkorzystniejszej, jest przejawem rozumowania ab absurdo, gdyż poza postępowaniem kontrolnym, wykonawcy nie zostali wyposażeni w mechanizmy nadzoru nad prawidłowością przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia poniżej progów unijnych, ale mechanizm kontroli odwoławczej w postępowaniach podprogowych przejawia się w ochronie wyłącznie własnego interesu w uzyskaniu zamówienia i to w ograniczonym ustawowo zakresie. Oczywiście Izba nie kwestionuje faktu, że w powszechnym rozumieniu pojęcia „wybór oferty najkorzystniejszej” mieści się prawidłowość kwalifikowania i badania prawidłowości złożonej oferty, uważa jednak, że w postępowaniach podprogowych zamawiający ograniczył tę możliwość wyłącznie do badania prawidłowości badania oferty w kryteriach oceny ofert.

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2, art. 189 ust. 2 pkt 6, art. 189 ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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). W myśl powołanych przepisów, a także zgodnie z poglądem jednolicie prezentowanym w orzecznictwie tak Izby jak i Sądów Okręgowych, w przypadku odrzucenia odwołania

odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp (por. przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 22 listopada 2012 r., sygn. akt XII Ga 517/11).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....