

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 4 stycznia 2017 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Członkowie: Anna Packo**

**Katarzyna Prowadzisz**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 4 stycznia 2016 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2016 roku przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „Sanikom” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubawce**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Kamienna Góra z siedzibą w Kamiennej Górze**

przy udziale wykonawcy **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna we Wrocławiu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

**postanawia:**

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „Sanikom” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubawce i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „Sanikom” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubawce 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 zmianami) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Jeleniej Górze**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## UZASADNIENIE

Zamawiający — Gmina Kamienna Góra zamieściła w BZP nr 340024 - 2016 z dnia 2016-11-09 r. ogłoszenie o przetargu nieograniczonym na Odbiór odpadów komunalnych z terenu Gminy Kamienna Góra w roku 2017.

Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych

Do prowadzonego przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego stosuje się przepis ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, opublikowanej w dniu 13 lipca 2016 r. w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej pod pozycją 1020, która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 roku (dalej: „ustawa”).

W dniu 23 grudnia 2016 roku wykonawca Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „Sanikom” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubawce (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami czynności zamawiającego w przetargu nieograniczonym pn. „Odbiór odpadów komunalnych z terenu Gminy Kamienna Góra w roku 2017”, polegających na wadliwym wyborze oferty najkorzystniejszej Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA SA, w sytuacji gdy wskazana spółka nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej względnie w tym zakresie podała nieprawdziwe informacje a cena jej oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia ALBA z powodu podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania co do dysponowania wymaganą zdolnością techniczną;
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy ze względu na zaniechanie wykluczenia ALBA z uwagi na niewykazanie zdolności technicznej w zakresie dysponowania wymaganym sprzętem; alternatywnie
3. art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy na wypadek, gdyby Izba uznała, iż w odniesieniu do braków oferty zachodzi obowiązek wezwania do wyjaśnień lub uzupełnień odpowiednich dokumentów potwierdzających spełnianie powyższych warunków;

5. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy ALBA, mimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

6. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3, art. 91 ust. 1 ustawy w odniesieniu do oferty wykonawcy ALBA przez błędną ocenę złożonych przez nią wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny i w konsekwencji uznanie, że nie jest ona rażąco niska i dalej jej, wybór;

7. art. 7 ust. 1 ustawy będącą konsekwencją ww. naruszeń, co skutkowało wadliwym wyborem wykonawcy wobec którego zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia oferty.

Stawiając powyższe zarzuty odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania czynności zaniechanych, powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania wg złożonego na rozprawie spisu kosztów i rachunków.

Odwołujący dnia 19 grudnia 2016 roku powziął informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Z informacji wynikało, że za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez ALBA z ceną 349.920,00 zł.

Odwołujący podniósł, że oferta odwołującego jest druga w rankingu, przez co ma on interes prawny w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Gdyby zamawiający nie naruszył wskazanych wyżej przepisów ustawy, jego oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący stwierdził, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem przetargu, gdyż złożył ofertę z najkorzystniejszą wg przyjętych w siwz kryteriów oceny ofert ceną. Gdyby decyzja będąca wynikiem naruszenia przez zamawiającego wskazanych we wstępie przepisów, ostała się poniósłby szkodę nie uzyskując spodziewanych z realizacji zadania korzyści nie wspominając o szkodzie będącej wynikiem poniesienia kosztów postępowania.

Odwołujący wskazał, że zakres zamówienia obejmuje wykonanie usługi na terenie Gminy Kamienna Góra, polegającej na:

- sukcesywnym odbiorze każdej ilości odpadów zmieszanych oraz selektywnie zebranych odpadów w tzw. „gniazdach” w roku 2017;
- ich transport i zagospodarowanie w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami;

- ograniczenie masy odpadów ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania;
- zorganizowanie zajęć edukacyjnych związanych z gospodarką odpadami w placówkach oświatowych na terenie gminy i dodatkowych akcji zbiórki odpadów wielkogabarytowych i zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego;
- wyposażenie w pojemniki na odpady zbierane selektywnie w tzw. „gniazdach” na czas trwania umowy;
- uzupełnienie pojemników w miejscach wskazanych przez Zamawiającego oraz wymianę pojemników przez Wykonawcę, uszkodzonych z przyczyn nie leżących po stronie Zamawiającego.

Odbiorem odpadów komunalnych objęto właścicieli nieruchomości zamieszkałych, niezamieszkałych oraz w części zamieszkałych i w części niezamieszkałych na terenie Gminy Kamienna Góra.

S.i.w.z. określała obszar gminy, ilość mieszkańców, ilość sołectw, ilość MG odpadów poszczególnych kodów oraz uszczegółowienie tych danych.

Odwołujący stwierdził, że niniejsze postępowanie przetargowe jest powtarzalne. Poprzednie postępowania zostały zorganizowane przez zamawiającego w 2013 i 2014 roku. Ich przedmiot był w zasadzie tożsamy z niniejszym zamówieniem. Różnice dot. ram czasowych tj. czasu świadczenia usług w obrębie jednej umowy, poziomu sortowania odpadów oraz zasad rozliczania wynagrodzenia.

W obu wyżej wymienionych postępowaniach za najkorzystniejszą została uznana oferta odwołującego; z nim też zostały podpisane umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający, w związku z przekroczeniem przez cenę oferowaną przez ALBA progu 30% w stosunku do wartości zamówienia, pismem z 8.12.2016 roku wezwał ALBA w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień i dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1. oszczędności metody wykonania zamówienia;
2. przyjętych rozwiązań technicznych, organizacyjnych;
3. wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych wykonawcy;
4. kosztów pracy, których wartość nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Wezwanie zawierało uszczegółowienie elementów, do których ALBA winna się odnieść.

W ocenie odwołującego, złożone przez ALBA wyjaśnienia nie odzwierciedlają rzeczywistości (przedmiotu zamówienia i obiektywnych warunków ekonomicznych) , nie są kompletne w odniesieniu do postawionych przez zamawiającego wymagań i nie polegają na prawdzie jak również stanowią dowód tego, że nie spełnia ona warunków udziału w postępowaniu co do progu wymagań technicznych względnie w tym zakresie podała nieprawdziwe informacje.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

**Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie  
art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy**

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy zamówienia publicznego na usługi, o wartości szacunkowej zamówienia niższej od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

Izba z urzędu na podstawie art. 189 ust. 3 ustawy na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron postępowania 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.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy w brzmieniu po nowelizacji z 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, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy. W powołanym art. 180 ust. 2 ustawy wskazano wyraźnie, że 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 składu orzekającego Izby

w przedmiotowej sprawie odwołanie dotyczy czynności, wobec których ustawodawca nadal wyłączył prawo zaskarżenia decyzji zamawiającego.

Odwołanie dotyczy zaniechania wykluczenia wykonawcy ALBA i odrzucenia jego oferty uznanej za najkorzystniejszą przez zamawiającego. Z powodu braku tego typu czynności w katalogu zawartym w art. 180 ust. 2 ustawy, stwierdzić należy, iż wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 189 ust. 2, ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie takiego rozstrzygnięcia.

Analiza znowelizowanego przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy i użycia 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 (również zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania), a jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ). Zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy, dopuszczone jest zakwestionowanie 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). Definicja *wyboru najkorzystniejszej oferty* wynika pośrednio z art. 91 ust. 1 ustawy, 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. Za powyższym stanowiskiem przemawia dodatkowo fakt, że w wyniku nowelizacji o wiele większego znaczenia 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 przez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Można zatem stwierdzić, że właśnie dlatego w art. 180 ust. 2 ustawy 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 na tle innych przepisów określających możliwość wnoszenia odwołań w postępowaniach poniżej progów unijnych oraz wykładnia tych przepisów z uwzględnieniem domniemania racjonalności ustawodawcy. Ustawodawca zdecydował się wprowadzić nową przesłankę,

zgodnie z którą w postępowaniach „podprogowych” odwołanie ma przysługiwać także wobec czynności opisu przedmiotu zamówienia i czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie jednak nie zostały wykreślone ani zmienione przesłanki z pkt 3 i 4, zgodnie z którymi odwołanie ma przysługiwać wobec czynności odrzucenia wyłącznie oferty Odwołującego i czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania. Powyższe przesądza, że pod pojęciem „czynność wyboru oferty najkorzystniejszej” nie może się kryć czynność odrzucenia oferty Odwołującego ani czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania, wówczas bowiem objęcie tych samych czynności dyspozycją pkt 3 i 4 tegoż artykułu ustawy byłyby zbędne. 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). Nie należy zatem domniemywać, że „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” obejmuje zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania innych wykonawców lub odrzucenia ich ofert. Nie jest to konieczne dla interpretacji przesłanki z pkt 6, która ma określony zakres zastosowania, służy mianowicie zakwestionowaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest najkorzystniejsza, gdyż nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała albo nie jest ofertą z najniższą ceną lub kosztem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub koszt, czyli nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu definicji z art. 2 pkt 5 ustawy. Zaznaczyć należy również, że 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 (wszystko, co robi w postępowaniu zamawiający, oprócz unieważnienia postępowania, zmierza 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).

Ponadto dostrzeżenia wymaga, że przepis art. 180 ust. 2 ustawy ma charakter wyjątku od zasady. W przeciwieństwie do postępowań powyżej progów, w przypadku



postępowań „podprogowych” zasadą jest to, że odwołanie nie przysługuje. O intencjach ustawodawcy świadczy nieprzypadkowo użyte w art. 180 ust. 2 ustawy słowo „wyłącznie”. Ustawodawca w wyniku nowelizacji nie zdecydował o zniesieniu różnic przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej w postępowaniach „nadprogowych” i postępowaniach poniżej 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 wyjątków nie można interpretować rozszerzająco.

Warto także podkreślić, że w postępowaniach powyżej progów, 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 była i jest mowa wyłącznie o tym, że odwołanie w postępowaniach „podprogowych” służy wyłącznie wobec czynności, zaś ustawodawca nie wspomina o „zaniechaniach” zamawiającego. Skoro sama zasada konstytuująca wyjątek nie uległa zmianie, nie ma podstaw, aby wywodzić, że wyłącznie w przypadku przesłanki z pkt 6 obejmuje ona teraz zarówno czynność, jak i zaniechania czynności (w dodatku innych niż czynność wprost wymieniona w przesłance). Przewidziany w przepisie art. 180 ust. 2 ustawy katalog przesłanek zawsze miał charakter pozytywny, odnosił się do czynnego zachowania Zamawiającego, nie wspominał o możliwych zaniechaniach. 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. W ocenie Izby nie można pominąć w trakcie rozważań art. 181 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym wykonawca może w terminie przewidzianym dla wniesienia odwołania poinformować zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego jak również o zaniechaniu czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy. Tym samym ustawodawca nie zamknął wykonawcy drogi do skutecznego kwestionowania zaniechań zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na które nie przysługuje odwołanie.

W dalszej kolejności zauważyć należy, że z dotychczasowego przepisu art. 92 ust. 1 ustawy wynikało, że zamawiający miał 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 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 w świetle 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. Trudno uznać, że pod pojęciem „wybór oferty najkorzystniejszej” mieści się „zaniechanie czynności odrzucenia”

i „zaniechanie czynności wykluczenia” w sytuacji, gdy zamawiający nie dokona jeszcze czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Interpretacja funkcjonalna art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy 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 (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 byłaby jeszcze bardziej trudna do zastosowania 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 ustaw (tj. od przesłania informacji o wykonawcach zaproszonych do dalszego etapu postępowania) z powołaniem się na 180 ust. 2 pkt 6 ustawy – nie nastąpił bowiem wybór wyboru 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 zakładać, aby taki właśnie był zamiar racjonalnego ustawodawcy. Tym samym, 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 ustawy zostałby sformułowany inaczej.

Dodatkowo należy mieć na względzie, że w toku uzgodnień międzyresortowych pracy nad nowelizacją, 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. Autor nowelizacji (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. *„Przede wszystkim, poza tym zakresem będą „zaniechania” zamawiającego, a to znaczna różnica”*. Poza tym uznano, że do rozważenia jest rezygnacja z pkt 7 - unieważnienia postępowania, w tym przypadku bowiem nikt nie uzyskuje zamówienia. Ostatecznie, zgodnie z takimi założeniami właśnie ukształtowała się treść art. 180 ustawy. 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 najszerszego 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.

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 rzeczonyj 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 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.

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.”

Biorąc pod uwagę powyższe oraz wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia, z powodu braku tego typu zachowań zamawiającego w katalogu przesłanek wszczęcia postępowania odwoławczego ujętych w art. 180 ust. 2 ustawy Izba uznała, że wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 180 ust. 2 ustawy, ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w przedstawionych okolicznościach faktycznych i prawnych. Tym samym w pełni zasadne jest odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy.

Podkreślenia wymaga również, że powyższe stanowisko Izby znajduje pełne odzwierciedlenie w wydanych już orzeczeniach, w tym między innymi w postanowieniu z dnia 5 września 2016 roku sygn. akt KIO 1599/16 jak również w postanowieniu z dnia 15 września 2016 roku sygn. akt KIO 1674/16 oraz: postanowieniu z dnia 21 września 2016 roku sygn. akt KIO 1696/16; postanowieniu z dnia 29 września 2016 roku sygn. akt KIO 1750/16; postanowieniu z dnia 21 września 2016 roku sygn. akt KIO 1696/16; w postanowieniu z dnia 13 października 2016 roku sygn. akt KIO 1862/16; w postanowieniu z dnia 2 listopada 2016 roku sygn. akt KIO 2015/16; postanowieniu z dnia 16 listopada 2016 roku sygn. akt KIO 2084/16; w postanowieniu z dnia 7 listopada 2016 roku sygn. akt KIO 2059/16; postanowieniu z dnia 17 listopada 2016 roku sygn. akt KIO 2128/16; postanowieniu z dnia 30 listopada 2016 roku sygn. akt KIO 2232/16; w postanowieniu z dnia 1 grudnia 2016 roku sygn. akt KIO 2211/16

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, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy 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:** .....

.....