

POSTANOWIENIE
z dnia 30 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Grabarczyk**
Członkowie: **Przemysław Dzierzędzki**
Dagmara Gałczewska-Romek

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 30 marca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2017 r. przez OPGK Rzeszów S.A. w Rzeszowie w postępowaniu prowadzonym przez Krajową Szkołę Sądownictwa i Prokuratury w Krakowie

przy udziale wykonawcy Infomex Sp. z o.o. w Żywcu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża OPGK Rzeszów S.A. w Rzeszowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną 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.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Krajowa Szkoła Sądownictwa i Prokuratury w Krakowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dalej jako „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest hosting dedykowany dla 2 serwerów dedykowanych (strona WWW, platforma szkoleniowa OSU KSSIP) oraz hosting poczty elektronicznej na potrzeby Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Infomex Sp. z o.o. w Żywcu wykonawca OPGK Rzeszów S.A. w Rzeszowie wniósł odwołanie w dniu 20 marca 2017 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 8 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odtajnienia przez zamawiającego dokumentów Infomex Sp. z o.o. w postaci wykazu usług, poświadczenia usług wymienionych w wykazie (referencji, oświadczeń Wykonawcy), wykazu osób oraz wyjaśnień i dowodów w zakresie kalkulacji ceny ofertowej, pomimo że Wykonawca w terminie składania ofert nie zastrzegł informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa;
- 2) art. 8 ust. 1 i 3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, ze zm.) przez bezzasadną odmowę ujawnienia oferty Infomex Sp. z o.o. w odniesieniu do wykazu osób, wykazu usług, poświadczenia usług wymienionych w wykazie (referencji, oświadczeń wykonawcy) oraz wyjaśnień i dowodów wykonawcy w zakresie kalkulacji ceny ofertowej, mimo że wykonawca nie wykazał, aby informacje te stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa, a ponadto mimo braku zastrzeżenia przez wykonawcę tajemnicy we właściwym czasie;
- 3) art. 7 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty Infomex Sp. z o.o. w warunkach niezapewniających zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w sytuacji gdy oferta jednego z wykonawców nie została ujawniona w odniesieniu do wykazania warunków udziału w postępowaniu oraz poprzez pozbawione podstaw prawnych wezwanie wykonawcy - po terminie składania ofert - do wskazania dokumentów, których dotyczy tajemnica przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że stanowią one tę tajemnicę;
- 4) art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Infomex Sp. z o.o., pomimo niewykazania przez tego wykonawcę spełniania warunków

udziału w postępowaniu, tj. że posiada on doświadczenie niezbędne do realizacji zamówienia (w zakresie wymaganym w Rozdziale 6 pkt 2 ppkt 3 lit. a SIWZ) oraz dysponuje osobami spełniającymi niezbędne wymagania (w zakresie wymagalnym w Rozdziale 6 pkt 2 ppkt 3 lit. b SIWZ);

5) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Infomex Sp. z o.o., pomimo, że złożona przez tego wykonawcę oferta nie odpowiada treści Rozdziału 6 pkt 2 ppkt 3 lit. a i b SIWZ;

6) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Infomex Sp. z o.o., pomimo, że złożona przez tego wykonawcę oferta zawiera rażąco niską cenę;

7) art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, która jest najkorzystniejszą ofertą niepodlegającą odrzuceniu w postępowaniu, i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Infomex Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności oceny ofert oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty Infomex Sp. z o.o.;

2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

3) odtajnienia informacji zawartych w ofercie Infomex Sp. z o.o., w tym dotyczących wykazu osób, wykazu usług, dowodów potwierdzających czy usługi zostały wykonane należycie (referencji, oświadczeń wykonawcy) oraz wyjaśnień i dowodów dotyczących wyliczenia przez Infomex Sp. z o.o. ceny;

4) wykluczenia Infomex Sp. z o.o.;

5) odrzucenie oferty Infomex Sp. z o.o. jako pochodzącej od wykonawcy wykluczonego;

6) wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego;

7) zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Postępowanie zostało wszczęte 7 lutego 2017 r. (ogłoszenie nr 21311-2017 w Biuletynie Zamówień Publicznych), w związku z tym do postępowania stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Wartość zamówienia została oszacowana na kwotę 121 866,67 zł (pismo zamawiającego w aktach sprawy). Stanowi to równowartość 29 190, 32 euro. Wartość zamówienia jest zatem mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, co przyznał odwołujący w odwołaniu.

Izba z urzędu, na podstawie art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp, dotyczy bowiem czynności innych niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2. Stosownie zaś do przepisu art. 180 ust. 2 Pzp w brzmieniu po nowelizacji, 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.

Odwołujący stwierdził, że na podstawie „ugruntowanego stanowiska orzecznictwa i UZP”, że zaskarżeniu odwołaniem w postępowaniach przed Krajową izbą Odwoławczą podlegają wszystkie zachowania zamawiającego w ramach badania i oceny ofert prowadzące do wadliwego, niezgodnego z przepisami prawa zamówień publicznych wyboru najkorzystniejszej oferty. Jego zdaniem w świetle wykładni językowej, jak i celowościowej, art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp u podstaw decyzji zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty może leżeć każde zdarzenie niezgodne z prawem, a odwołanie w tym zakresie jest dopuszczalne i nie podlega odrzuceniu.

Izba nie podzieliła tego stanowiska. W pierwszej kolejności dostrzec należy, że powołane na potwierdzenie tej tezy wyroki Sądu Okręgowego w Lublinie z 21.12.2016 r., sygn. akt IX Ga 502/16, Sądu Okręgowego w Szczecinie z 22.12.2016 r., sygn. akt II Ca 1461/16, Sądu Okręgowego w Krakowie z 20.01.2017 r., sygn. akt XII Ga 1018/16 dotyczą zagadnienia, czy pod pojęciem „wybór najkorzystniejszej oferty” należy rozumieć również zaniechania odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą oraz zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który taką ofertę złożył. Należy sprzeciwić się twierdzeniu, że w pojęciu tym miałyby się mieścić również zaniechanie udostępnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Uznanie tezy odwołującego prowadziłyby do sytuacji, w której ograniczenie przedmiotowe dopuszczalności odwołania w postępowaniach o mniejszej wartości ustanowione w art. 180 ust. 2 Pzp pozbawione byłoby treści normatywnej. Tym czasem przepis ten ma charakter

wyjątku od generalnej reguły niedopuszczalności odwołania w takich postępowaniach i jako taki nie może być wykładany w sposób rozszerzający wbrew swojej jasnej treści.

Izba uznała, że zarzuty dotyczące odmowy ujawnienia informacji zastrzeżonych przez Infomex Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa tego wykonawcy nie mieszczą się w zamkniętym katalogu czynności zamawiającego, od których przysługuje odwołanie, wskazanych w art. 180 ust. 2 Pzp.

W pozostałym zakresie należało rozstrzygnąć, czy powołany przepis zawiera podstawę do orzekania przez Izbę co do zaniechania zamawiającego odrzucenia najkorzystniejszej oferty oraz wykluczenia wykonawcy, który taką ofertę złożył. Zdaniem składu orzekającego w tym zakresie odwołanie nie dotyczy wyboru najkorzystniejszej oferty, lecz zachowań zamawiającego, wobec których ustawodawca pomimo rozszerzenia w nowelizacji ustawy możliwości wnoszenia odwołań nie przewidział możliwości zaskarżenia.

Analiza znowelizowanego przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp i użytego w nim przez ustawodawcę sformułowania *czynność wyboru najkorzystniejszej oferty* prowadzi, zdaniem Izby, do wniosku, że pod pojęciem tym nie kryje się nie tylko zaniechanie czynności udostępnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie uznanej za najkorzystniejszą, ale również zaniechanie odrzucenia tej oferty i wykluczenia z postępowania wykonawcy, który ją złożył. Stwierdzić należy, że jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ, błędne zastosowanie tych kryteriów oraz błędy proceduralne popełnione przez komisję zamawiającego osoby dokonujące tych czynności w imieniu zamawiającego bądź samego zamawiającego, składają się na zakres przedmiotowy pojęcia „wybór najkorzystniejszej oferty” w rozumieniu szerokim. Natomiast wąskie rozumienie tego pojęcia obejmuje wyłącznie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ, czyli niezastosowanie przez zamawiającego przyjętych kryteriów oceny ofert.

Prezentowany pogląd wspiera przede wszystkim wykładnia językowa art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp. Literalne brzmienie tego przepisu oznacza dopuszczenie zakwestionowania wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest taka w świetle określonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert (nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu art. 2 pkt 5 Pzp). Definicja wyboru najkorzystniejszej oferty wynika pośrednio z art. 91 ust. 1 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.

Za powyższym stanowiskiem przemawia także wykładnia celowościowa art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp. W wyniku nowelizacji z czerwca 2016 r. 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. Konsekwencją tego jest zyskanie na znaczeniu zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Dopiero bowiem w wyniku nowelizacji z czerwca 2016 r. ustawodawca wprowadził zakaz stosowania ceny jako kryterium oceny ofert o wadze przekraczającej 60%. Można zatem stwierdzić, że właśnie dlatego do enumeratywnego katalogu zaskarżalnych czynności zamawiającego w art. 180 ust. 2 Pzp dodano możliwość zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Na gruncie znowelizowanych przepisów czynność ta jest obecnie obarczona większym niż dotychczas ryzykiem naruszenia przepisów ustawy, zatem poddanie jej weryfikacji w drodze środków ochrony prawnej jest bardziej uzasadnione.

Wnioskowanie to wspiera również analiza art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp na tle innych przepisów określających możliwość wnoszenia odwołań w postępowaniach poniżej progów unijnych oraz wykładnia tych przepisów z uwzględnieniem postulatu racjonalności ustawodawcy. Nowelizując art. 180 ust. 2 Pzp ustawodawca zdecydował się rozszerzyć możliwość wnoszenia odwołań w postępowaniach o wartości zamówienia poniżej progów unijnych, dopuszczając wniesienie odwołania również wobec czynności opisu przedmiotu zamówienia oraz wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie jednak nie zostały wykreślone ani zmienione przesłanki z pkt 3 i 4, zgodnie z którymi odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz czynności wykluczenia odwołującego z postępowania. Wnioskowanie *a contrario* prowadzi zatem do przekonania, że odwołanie nie przysługuje wobec zaniechania czynności odrzucenia oferty innego wykonawcy, jak i wobec zaniechania czynności wykluczenia innego wykonawcy z postępowania. Możliwości zaskarżenia tych zaniechań nie można, zdaniem Izby, wywieść z art. 180 ust. 2 pkt 6 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, które również poprzedzają ten wybór i również dotyczą kwalifikacji podmiotowej i przedmiotowej. 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). Przesłanka z pkt 6 ma określony zakres zastosowania, służy mianowicie zakwestionowaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która w rzeczywistości nie jest najkorzystniejsza rozumieniu definicji zawartej w art. 2 pkt 5 Pzp, 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.

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).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego charakteryzuje się fazowością, gdyż zmierzając do dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający dokonuje poszczególnych czynności w postępowaniu z zachowaniem ich określonego porządku. W pierwszej kolejności weryfikacji podlega spełnienie przesłanek podmiotowych warunkujących udział wykonawcy w procedurze przetargowej, o których traktuje art. 22 ust. 1 Pzp. Jeżeli wykonawca nie wykaże spełnienia wyznaczonych warunków podmiotowych, to podejmowana jest czynność wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania, a z mocy prawa jego ofertę uznaje się za odrzuconą w oparciu o art. 24 ust. 4 Pzp. W następnej kolejności zamawiający weryfikuje treść oferty w odniesieniu do wymagań przedmiotu zamówienia i pozostałych wymagań przedmiotowo istotnych (kwalifikacja przedmiotowa oferty). Uchybienie tym wymaganiom skutkuje odrzuceniem oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 Pzp. Przykładowo, jeżeli istotna treść oferty nie jest zgodna z treścią istotnych warunków

zamówienia – zamawiający podejmuje czynność odrzucenia takiej oferty w myśl dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Oferty zweryfikowane pozytywnie (nie biorąc pod uwagę tzw. procedury odwróconej wprowadzonej omawianą nowelizacją) – poddawane są czynnościom wyboru najkorzystniejszej oferty w wyznaczonych kryteriach, do której odnosi się przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp.

Z powyższego jasno wynika, że każde z przywoływanych określeń: „czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania”, „czynność odrzucenia oferty” oraz „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” ma swoją odrębną treść normatywną i ugruntowane w praktyce znaczenie – jednoznacznie rozumiane przez wykonawców oraz zamawiających. Potwierdza to również art. 20 ust. 1 Pzp stanowiący o ocenie spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz badaniu i ocenie ofert jako odrębnych czynnościach w postępowaniu, które mogą zostać powierzone komisji przetargowej. Również rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2016 r. poz. 1128) w Załączniku 1 dotyczącym najczęściej stosowanego trybu przetargu nieograniczonego, w pozycjach 15, 17 oraz 18 wyraźnie rozróżnia czynności wykluczenia wykonawcy, czynności odrzucenia oferty oraz czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.

Do innego mniemania nie skłania również odniesienie się do przepisów unijnych. 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 z późn. zm.). 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 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 – związana była z likwidacją instytucji protestu i wprowadziła przepis art. 180 ust. 2 Pzp stanowiący, 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 potwierdza, 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 jest to, że odwołanie nie przysługuje. O intencjach ustawodawcy świadczy nieprzypadkowo użyte w art. 180 ust. 2 Pzp słowo *wyłącznie*. Ustawodawca w wyniku nowelizacji nie zdecydował o zniesieniu różnic przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej w postępowaniach podprogowych i postępowaniach powyżej progów. Zdecydowano jedynie o nieznacznym poszerzeniu katalogu przesłanek umożliwiających wniesienie odwołania w postępowaniach podprogowych. Skoro zatem katalog czynności, wobec których odwołanie przysługuje nadal ma charakter wyjątku od zasady, to nie może być on interpretowany rozszerzająco.

Należy również zauważyć, że w postępowaniach o wartości równej lub wyższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 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 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. Celem przepisu art. 180 ust. 2 Pzp jest zatem reglamentacja dostępu do środków ochrony prawnej a nie rozszerzenie takiego dostępu. Biorąc powyższe pod uwagę nieuprawnione jest założenie, że w

odróżnieniu od punktów 1-5, przesłanka z pkt 6 obejmuje zarówno czynność, jak i zaniechania (w dodatku innych niż czynność wprost wymieniona w przesłance). Przewidziany w przepisie art. 180 ust. 2 Pzp 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. Odmiennie natomiast odnosi się do tej kwestii przepis art. 181 ust. 1 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 Pzp.

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

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

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę) albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, uzasadnienie jej wyboru oraz nazwy (firmy) albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację;*
- 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne;*
- 3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne – jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę;*
- 4) terminie, określonym zgodnie z art. 94 ust. 1 lub 2, po którego upływie umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta.*

Obecnie przepis art. 92 ust. 1 Pzp brzmi:

Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy*

złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert łączną punktację,

- 2) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni,*
- 3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności,*
- 4) wykonawcach, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, ale nie zostali zaproszeni do kolejnego etapu negocjacji albo dialogu,*
- 5) dopuszczeniu do dynamicznego systemu zakupów,*
- 6) nieustanowieniu dynamicznego systemu zakupów,*
- 7) unieważnieniu postępowania – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.*

Podsumowując zaprezentowaną argumentację odnoszącą się do wykładni systemowej i historycznej pojęcia „wybór najkorzystniejszej oferty” należy podkreślić, że opisując obowiązek informacyjny zamawiającego, w ślad za tokiem czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz komplementarnym i wyraźnym rozgraniczeniem tych czynności na gruncie procedury odwoławczej, ustawodawca odrębnie wypowiada się o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (pkt 1), wykluczeniach (pkt 2), odrzuceniach (pkt 3), zaś po nowelizacji zamawiający nie ma już obowiązku jednoczesnego informowania o tych czynnościach. Zatem znacznie częściej zamawiający będzie odrzucał oferty czy wykluczał wykonawców zanim wybierze ofertę najkorzystniejszą. Nie sposób uznać, że pod pojęciem wybór oferty najkorzystniejszej mieści się zaniechanie czynności odrzucenia oferty czy zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy w sytuacji, gdy zamawiający nie dokonał jeszcze czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Interpretacja funkcjonalna art. 180 ust. 2 pkt 6 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. Taka rozszerzająca interpretacja art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp 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 Pzp (tj. od przesłania informacji o wykonawcach zaproszonych do dalszego etapu postępowania) z powołaniem się na 180 ust. 2 pkt 6 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 (które nie mogą zostać wydłużone decyzją zamawiającego, mają charakter prekluzyjny i nieprzywracalny), 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. Skoro wybór najkorzystniejszej oferty rozumiany miałby być rozumiany w ten sposób, że obejmuje również zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy, czy odrzucenia jego oferty, to również w przetargu ograniczonym wybór najkorzystniejszej oferty może być zakwestionowany w czasie liczonym od jego dokonania z podniesieniem wszystkich okoliczności związanych z czynnościami uprzednio podjętymi w postępowaniu. Trudno przyjąć, że 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 ograniczonym o wartości poniżej progów, nie znajduje zastosowania, dlatego że wykonawca uprzednio nie mógł zaskarżyć czynności prekwalfikacyjnych. Prawo takich sytuacji nie rozróżnia. Prezentowana wykładnia funkcjonalna niweczy argumenty dotyczące 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, że rozszerzenie takie miałoby dotyczyć jedynie postępowañ jednostopniowych albo niweczyć dotychczasową interpretację przepisów dotyczących terminów na wnoszenie odwołań.

Konkludując, przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym czynność wyboru oferty najkorzystniejszej należy rozumieć jako zwięźczenie wszystkich czynności z zakresu badania i oceny ofert, które doprowadziły do wyboru oferty najkorzystniejszej, nie daje się obronić w świetle zasad wykładni (językowej, celowościowej, systemowej oraz historycznej) jak również testu racjonalnego ustawodawcy. Przy przyjęciu wykładni rozszerzającej, czego domaga się odwołujący, poza zakresem zaskarżenia w postępowaniach podprogowych pozostawałoby *de facto* unieważnienie postępowania – gdyby taki właśnie był zamiar ustawodawcy, przepis art. 180 ust. 2 Pzp zostałby sformułowany inaczej.

Istotnym argumentem przemawiającym za słusnością prezentowanego poglądu jest wyrażone w toku prac legislacyjnych nad nowelizacją stanowisko jej autora – Ministerstwa Rozwoju, stanowiące swego rodzaju wykładnię autentyczną. Podczas uzgodnień międzyresortowych Ministerstwo Środowiska zgłosiło uwagę, że rozszerzenie katalogu okoliczności, wobec których można zastosować środki ochrony prawnej w postępowaniach podprogowych, ograniczy efektywność postępowań. Wskazywano, że jeżeli zaproponowana zmiana jest konieczna, przy tak rozszerzonym katalogu okoliczności umożliwiających skorzystanie ze środków ochrony prawnej, niecelowe jest w ogóle utrzymanie art. 180 ust. 2 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 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. Historycznie ugruntowane i zinstytucjonalizowanym przez samego ustawodawcę jest bowiem stanowisko, 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).

Przeniesienie tych ocen prawnych na grunt zarzutów badanego odwołania należy stwierdzić, że zarzuty te nie mieszczą się w katalogu określonym w art. 180 ust. 2 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, ani tym bardziej o zaniechaniu

udostępnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Dostrzec przy tym trzeba, że jeśli omówiona wykładnia art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp sprzeciwia się dopuszczalności rozpoznania zarzutów dotyczących odmowy udostępnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę, który złożył najkorzystniejszą ofertę, gdyż nie wchodzi ona w zakres pojęcia „wybór najkorzystniejszej oferty”, to również nie ma podstaw do tego, aby inaczej traktować zaniechanie wykluczenia wykonawcy wybranego lub zaniechanie odrzucenia złożonej przez niego oferty.

Skład orzekający w badanej sprawie podzielił jednolite i ugruntowane stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w innych orzeczeniach wydanych w analogicznych sprawach, w tym w postanowieniach: z 5 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1599/16, z 15 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1674/16, z 21 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1696/16, z 29 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1750/16, z 4 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1810/16, z 4 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1816/16, z 13 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1862/16, z 18 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1910/16, z 25 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1930/16, z 2 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2015/16, z 8 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2026/16, z 7 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2059/16, 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, z 7 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2203/16, z 1 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2211/16, z 30 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2232/16, z 14 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2283/16, z 13 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2292/16, z 15 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2298/16, z 22 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2355/16, z 30 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2397/16, z 2 stycznia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2405/16, z 5 stycznia 2017 r. w sprawie 2462/16, z 26 stycznia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 122/17, z 10 lutego 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 216/17, z 2 marca 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 344/17, z 3 marca 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 342/17, z 16 marca 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 436/17 oraz z 23 marca 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 475/17. Izba podziela również i przyjmuje za własne stanowisko wyrażone w orzecznictwie sądowym, tj. w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z 20 grudnia 2016 r. sygn. akt XII Ga 837/16, wyroku Sądu Okręgowego w Płocku z dnia 1 lutego 2017 r. sygn. akt IV Ca 1051/16 (dostępne na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych www.uzp.gov.pl data dostępu 27 marca 2017 r.) Jak wskazał Sąd Okręgowy w Płocku, (...) *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, zatraciłaby 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. Izba uznaje również 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 odrzucenia 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, co jest zbyt daleko idącym zabiegiem interpretacyjnym. Sąd ocenił argumenty Izby jako przekonujące, racjonalne i oparte o treść norm prawnych i nie podzielił argumentów zawartych w skardze, jako odnoszących się do praktycznych aspektów wykładni i jej znaczenia dla krajowych zamówień publicznych, a także oczekiwań wykonawców. Sąd ocenił, że pod pojęciem „czynność wyboru oferty najkorzystniejszej” nie może się kryć także zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania i zaniechanie odrzucenia 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. Uznał, że twierdzenie przeciwne 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 dopatrywał się, aby wolą ustawodawcy było umożliwienie skarżenia tych czynności, które dotyczą zaniechań odrzucenia ofert.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 zd. drugie Pzp. Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 189 ust. 3 zd. pierwsze Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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 ze zm.).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....