

Sygn. akt: KIO 344/17

POSTANOWIENIE
z dnia 2 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Brzeska**

Członkowie: **Barbara Bettman**

Renata Tubisz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 2 marca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2017 r. przez **wykonawcę AG- COMPLEX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa, Dzielnica Białołęka z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **A. S. prowadzącego działalność pod firmą: OSKARBUD A. S. z siedzibą w Żąbkach** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę AG- COMPLEX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** 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 **Warszawa Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa, Dzielnica Białołęka z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Konserwację, naprawy, utrzymanie urządzeń zabawowych i wyposażenie placów zabaw, terenów rekreacyjnych i siłowni plenerowych zlokalizowanych na terenie Dzielnicy Białołęka m. st. Warszawy w 2017 roku.*

W dniu 21 lutego 2017 r. wykonawca AG - COMPLEX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy A. S. prowadzącego działalność pod firmą: OSKARBUD A. S. z siedzibą w Ząbkach, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: powtórzenie czynności badania oferty złożonej przez wykonawcę A. S. prowadzącego działalność pod firmą: OSKARBUD A. S. z siedzibą w Ząbkach, odrzucenie oferty tego wykonawcy, dokonanie czynności oceny ważnych ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy A. S. prowadzącego działalność pod firmą: OSKARBUD A. S. z siedzibą w Ząbkach (zwanego dalej również: „Przystępującym”).

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Postępowanie zostało wszczęte 25 stycznia 2017 r. (ogłoszenie nr 13764 w Biuletynie Zamówień Publicznych), w związku z tym do przedmiotowego 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 71.125,05 euro (pismo Zamawiającego w aktach sprawy). Wartość zamówienia jest zatem mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, zgodnie bowiem z § 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia 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.), wartość takich zamówień na dostawy lub usługi dla zamawiających będących m.in. jednostkami samorządu terytorialnego, wynosi równowartość 209.000 euro.

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

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy 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 ustawy 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.

Mimo że katalog sytuacji, w których w postępowaniach podprogowych przysługuje prawo wniesienia odwołania uległ w wyniku wspomnianej nowelizacji rozszerzeniu (między innymi o czynność wyboru oferty najkorzystniejszej), to zdaniem składu orzekającego Izby przedmiotowe odwołanie dotyczy zachowań zamawiającego, wobec których ustawodawca również po nowelizacji nie przewidział możliwości zaskarżenia. Istotą tego odwołania jest zarzut zaniechania wykluczenia innego wykonawcy z postępowania, co nie mieści się w katalogu określonym art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

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

Za takim rozumieniem przepisu przemawia po pierwsze wykładnia językowa art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Literalne brzmienie tego przepisu oznacza dopuszczenie

zakwestionowania wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest najkorzystniejsza w świetle określonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert (nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp). Definicja wyboru najkorzystniejszej oferty wynika pośrednio z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. 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 wykładnia celowościowa. 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. Znacznie większego znaczenia nabrał więc zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. 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 w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp dodano możliwość zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, która to czynność jest obecnie obarczona większym niż dotychczas ryzykiem naruszenia przepisów ustawy, zatem poddanie jej weryfikacji w drodze środków ochrony prawnej jest bardziej uzasadnione.

Do takiego wniosku prowadzi również analiza przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp na tle innych przepisów określających możliwość wnoszenia odwołań w postępowaniach poniżej progów unijnych oraz wykładnia tych przepisów z uwzględnieniem domniemania racjonalności ustawodawcy (wykładnia systemowa). Nowelizując art. 180 ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca zdecydował się rozszerzyć możliwość wnoszenia odwołań w postępowaniach o wartości zamówienia poniżej progów unijnych, dopuszczając wniesienie odwołania również wobec czynności opisu przedmiotu zamówienia oraz wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie jednak nie zostały wykreślone ani zmienione przesłanki z pkt 3 i 4, zgodnie z którymi odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz czynności wykluczenia odwołującego z postępowania. *A contrario*, odwołanie nie przysługuje wobec zaniechania 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 ustawy Pzp. Przepis ten nie może być interpretowany w taki sposób, że objęte są nim wszystkie czynności i zaniechania poprzedzające wybór najkorzystniejszej oferty, wówczas bowiem zbędne byłoby utrzymanie przesłanek określonych w art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, 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 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 Pzp.

Co więcej, gdyby zamiarem ustawodawcy nie było ograniczenie odwołań na podstawie punktu 6 wyłącznie do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty *sensu stricto*, zbędne byłoby określanie pozytywnego katalogu czynności podlegających zaskarżeniu w postępowaniach poniżej progów. Jeśli bowiem przyjąć, że zaskarżeniu w ramach wyboru oferty najkorzystniejszej podlega każda czynność i każde zaniechanie poprzedzające ten wybór, to co do zasady zaskarżeniu podlegałyby wszystkie czynności i zaniechania zamawiającego w postępowaniu, które miały miejsce między złożeniem ofert a wyborem oferty najkorzystniejszej (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 charakteryzują się fazowością. W pierwszej kolejności weryfikacji podlega spełnienie przesłanek podmiotowych warunkujących udział wykonawcy w procedurze przetargowej, o których traktuje art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Jeżeli wykonawca nie wykaże spełnienia wyznaczonych warunków podmiotowych, 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 ustawy Pzp. W następnej kolejności zamawiający weryfikuje treść oferty w odniesieniu do wymagań przedmiotu zamówienia (kwalifikacja przedmiotowa oferty). 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 ustawy Pzp. Oferty zweryfikowane pozytywnie (nie biorąc pod uwagę tzw. procedury odwróconej wprowadzonej omawianą nowelizacją) – poddawane są czynnościom wyboru najkorzystniejszej oferty w wyznaczonych kryteriach, do której odnosi się przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Każde z przywoływanych określeń: „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. 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.

Nie bez znaczenia dla osądu przedmiotowej 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 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) *odrzućenia 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 Pzp, 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 zasada 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 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. Celem przepisu art. 180 ust. 2 ustawy 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. 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 Pzp.

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

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

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

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

Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert łączną punktację,*
- 2) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni,*
- 3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności,*
- 4) wykonawcach, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, ale nie zostali zaproszeni do kolejnego etapu negocjacji albo dialogu,*
- 5) dopuszczeniu do dynamicznego systemu zakupów,*
- 6) nieustanowieniu dynamicznego systemu zakupów,*
- 7) unieważnieniu postępowania – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.*

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

Interpretacja 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 wykluczenia wykonawcy czy odrzucenia oferty z powołaniem się na art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp (wybór oferty najkorzystniejszej), należałoby zadać pytanie o możliwość jednoczesnego zakwestionowania takiego samego zaniechania w stosunku do oferty, która wybrana nie została (przykładowo – została sklasyfikowana na drugim miejscu, za ofertą wybraną, a przed ofertą odwołującego). Z jednej strony nie sposób znaleźć argumentów

przemawiających za dopuszczeniem zaskarżenia takiego zaniechania, z drugiej – trudno byłoby uzasadnić takie różnicowanie możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej. Ponadto, tak szeroka interpretacja art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp byłaby jeszcze bardziej trudna do zastosowania w 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 odwołań 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. Skoro rzekomo wybór najkorzystniejszej oferty rozumiany ma być rozumiany 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, 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 dwustopniowym o wartości poniżej progów, nie znajduje zastosowania, dlatego że wykonawca uprzednio nie mógł zaskarżyć czynności prekwalfikacyjnych. Prawo takich sytuacji nie rozróżnia. 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, że

rozszerzenie takie miałyby dotyczyć jedynie postępowań jednostopniowych albo niweczyć dotychczasową interpretację przepisów dotyczących terminów na wnoszenie odwołań.

Konkludując, przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym czynność wyboru oferty najkorzystniejszej należy rozumieć szeroko – jako zwieńczenie 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 Pzp zostałby sformułowany inaczej.

Istotnym argumentem przemawiającym za słusznością prezentowanego poglądu jest wyrażone w toku prac legislacyjnych nad nowelizacją stanowisko jej autora – Ministerstwa Rozwoju, stanowiące swego rodzaju wykładnię autentyczną. Podczas uzgodnień międzyresortowych Ministerstwo Środowiska zgłosiło uwagę, że rozszerzenie katalogu okoliczności, wobec których można zastosować środki ochrony prawnej w postępowaniach podprogowych, ograniczy efektywność postępowań. Wskazywano, że jeżeli zaproponowana zmiana jest konieczna, przy tak rozszerzonym katalogu okoliczności umożliwiających skorzystanie ze środków ochrony prawnej, niecelowe jest w ogóle utrzymanie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Ministerstwo Rozwoju zaznaczyło w toku prac legislacyjnych, że zmiana jest korzystna dla wykonawców, a enumeratywne wyliczenie nie otwiera zakresu środków ochrony prawnej tak szeroko, jak jego brak. Jak podano, przede wszystkim, poza tym zakresem będą „zaniechania” zamawiającego, a to znaczna różnica. Odmiennych zamiarów nie sposób natomiast wyczytać z innych materiałów z prac legislacyjnych, w tym z samego uzasadnienia projektu 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.

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 zwięźleniem 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 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,

orzeczenia Sądu Okręgowego w Gdańsku z 20 grudnia 2016 r. XII Ga 837/16, wyrok Sądu Okręgowego w Płocku z 1 lutego 2017 r. IV Ca 1051/16 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 3 stycznia 2017 r. XII Ga 837/16.

W tym miejscu warto przywołać 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, 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 rozdzielanie 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 Sągu 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 zwięźczenie 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, natomiast stanowisko skarżącego zasadało 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 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. 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 odrzucenia ofert.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy 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 z późn. zm.).

Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 189 ust. 3 zd. pierwsze ustawy Pzp.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....