

POSTANOWIENIE

z dnia 4 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Anna Chudzik

Katarzyna Brzeska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **4 października 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **27 września 2016 roku** przez wykonawcę: **Geomar S.A., Al. Piastów 30, 71-064 Szczecin**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Powiat Gryfiński, ul. Sprzymierzonych 4, 74-100 Gryfino**, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego konsorcjum: **TerraGIS Sp. z o.o. Sp. k., ul. Mickiewicza 109/4, 71-280 Szczecin** i **P. S. firma „Solgeo Przemysław Solak”**,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Geomar S.A., Al. Piastów 30, 71-064 Szczecin**,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Geomar S.A., Al. Piastów 30, 71-064 Szczecin**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Założenie baz BDOT500 oraz uzupełnienie bazy EGiB o obiekty budowlane trwale związane z budynkami” (BZP nr 303415 z 29.08.2016 r.), o wartości zamówienia nieprzekraczającej równowartości kwoty określonej w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust 8 ustawy Pzp, w dniu 27 września 2016 r. zostało wniesione pisemne odwołanie, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym dniu przez wykonawcę: Geomar S.A. z siedzibą w Szczecinie.

Wniesienie odwołania nastąpiło wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu w zakresie oceny ofert składanych w części I, II i III postępowania, o której to czynności wykonawcy zostali powiadomieni w dniu 22 września 2016 r. W częściach I, II i III wybrana została oferta TerraGIS Sp. z o.o., zaś w części IV oferta odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), dalej „ustawy Pzp”, tj.:

1. art. 92 ust 1 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej w częściach I, II i III postępowania - oferty podlegającej odrzuceniu,
2. art. 89 ust 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust 2 i ust 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny,
3. art. 7 ust 1 Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców w szczególności zaś przez wybór jako najkorzystniejszej w zakresie części I, II i III oferty, która zgodnie z przepisami podlega odrzuceniu i traktowaniu jej na równi z ofertami wykonawców, które nie podlegały odrzuceniu.

Wobec powyższego, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części I, II i III,
- 2) powtórzenia czynności oceny ofert względem konsorcjum: TerraGIS Sp. z o.o. Sp. k. i P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „SOLGEO P. S.”, dalszej części łącznie zwanymi konsorcjum TerraGIS Sp. z o.o., i w jej wyniku odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust 2 i 3 ustawy Pzp,
- 3) dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w częściach I, II i III postępowania.

W uzasadnieniu zarzutów i żądań odwołujący podał, że zamawiający w dniu 29 sierpnia 2016 roku zamieścił ogłoszenie o wszczęciu postępowania.

Przedmiotem zamówienia jest założenie bazy BDOT500 oraz uzupełniające bazy EGiB o obiekty budowlane trwale związane z budynkami dla następujących obiektów ewidencyjnych w podziale na następujące części zamówienia:

- a) I część zamówienia: Miasto i Gmina Chojna
- b) II część zamówienia: Miasto i Gmina Moryń
- c) III część zamówienia: Miasto i Gmina Mieszkowice
- d) IV część zamówienia: Miasto Trzczańskie Zdrój.

Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych. Przewidział w SIWZ, że Części I-III zamówienia należy wykonać w podziale na trzy etapy:

- a) Etap I - analiza i pozyskanie danych z operatów technicznych, skanowanie i kalibracja arkuszy mapy zasadniczej;
- b) Etap II - założenie i załadowanie bazy BDOT500 oraz aktualizacja bazy EGiB dla terenu miasta;
- c) Etap II - założenie i załadowanie bazy BDOT500 oraz aktualizacja bazy EGiB dla terenu gminy. Część IV zamówienia miała być realizowana w jednym etapie.

Zamawiający wskazał w SIWZ, że oferty cenowe na każdą część składane będą odrębnie i wybór oferty najkorzystniejszej zostanie dokonany w ramach danej części. Ocena spełniania warunków udziału natomiast dokonywana był na podstawie jednego kompletu dokumentów właściwego dla każdej z części. Termin składania ofert upływał w dniu 9 września 2016 roku.

W dniu 22 września 2016 roku zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu dla każdej z części. W częściach I, III III wybrana została oferta TerraGIS Sp. z o.o., zaś w części IV oferta odwołującego. Wykonawca Terra Gis Sp. z o.o. złożył ofertę również w IV części, która uplasowała się na czwartej pozycji, natomiast odwołujący również w częściach I, II i III - przy czym w I i II części jego oferta zajęła trzecie miejsce, w III natomiast miejsce drugie. Odwołujący stwierdził, że nie zgadza się z dokonaniem wyborem jako najkorzystniejszej oferty TerraGIS w szczególności w części III zamówienia, wskazując jednocześnie, że z uwagi na przyjęty sposób ofertowania wynikający z SIWZ, oferta TerraGIS Sp. z o.o. powinna zostać przez zamawiającego odrzucona z postępowania - jako całości.

Odwołujący podnosił, że w toku badania ofert, w dniu 14 września 2016 r. zamawiający wzywał TerraGIS Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W wezwaniu dokonany na podstawie art. 90 ust 1a ustawy Pzp zamawiający określił, że oczekuje od TerraGIS Sp. z o.o. wyjaśnień w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę oferty w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy,
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów,
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym,
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska,
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Odwołujący zauważył, że zamawiający nie wskazał w treści wezwania, by ewentualnie dotyczyło ono jednej lub wybranych części zamówienia, w których TerraGIS złożył ofertę. Przyjął zatem, że wyjaśnienie dotyczyć miało każdego elementu ceny rozumianego zarówno jako każdej części jak i w ramach części każdego jej elementu.

Odwołujący wyjaśniał, że w dniu 19 września 2016 r. TerraGIS Sp. z o.o. złożył pismo w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Odwołujący uznał, że pismo to nie może w świetle przepisów i orzecznictwa KIO być przyjęte jako wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Zwrócił uwagę, że pismo to nie odnosi się do wszystkich elementów ceny, a jedynie do ceny złożonej w I, II i III części zamówienia, pomija natomiast zupełnie część IV, w której wykonawca ten również złożył ofertę, a badania jej ceny zamawiający w żaden sposób - chociażby dorozumiany - nie wyłączył z zakresu żądanych wyjaśnień.

Odwołujący argumentował, że dla badania rażąco niskiej ceny nie ma bowiem znaczenia, czy badana oferta jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu o udzielenie zamówienia czy w jego części, ale ma znaczenie sam fakt określonej różnicy procentowej ceny oferty i innych złożonych ofert lub od wartości zamówienia.

Odwołujący uznał, że wyjaśnienia złożone przez TerraGIS Sp. z o.o. są lakoniczne, ogólnikowe i nierzetelne, nie zawierają żadnych przekonujących wyjaśnień, ani też żadnych dowodów potwierdzających, że wykonanie zamówienia, czy też każdej z jego części jest możliwe za zaoferowaną cenę.

Zauważył, że zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień - (temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 90 i następnych Pzp), wykonawca winien podać wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny a dowodzące możliwości zaoferowania ceny obniżonej w

stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia - informacje jakie przedstawił wykonawca - powinny umożliwić zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2015 r., sygn. akt KIO 499/15, gdzie wskazano: *„Izba natomiast może ocenić i stwierdzić w takim przypadku jedynie czy wyjaśnienia w tym przedmiocie były wystarczające, a ich ocena dokonana przez zamawiającego prawidłowa. Przynajmniej na takim założeniu opiera się dominujące w orzecznictwie sądów okręgowych i KIO, słuszne stanowisko w sprawie konieczności odrzucenia oferty, w przypadku gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej. Z tego względu pomijano uzupełnienia wyjaśnień dokonywane w postępowaniu odwoławczym. Jak bowiem wskazał Sąd Okręgowy w Poznaniu w uzasadnieniu wyroku z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. X Ga 127/08: "Wobec wykształconej w orzecznictwie zasady odrzucania ofert wykonawców, którzy złożyli niepełne albo niedostateczne wyjaśnienia w trybie art. 30 ust. 1 pzp, powtórne umożliwianie jednemu z wykonawców dokonywania tej czynności z pewnością naruszyłoby zasadę uczciwej konkurencji."*

Przytoczył tezy z kolejnego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2014 r. (sygn. akt KIO 893/14), iż: *„kwestia, czy w danej ofercie mamy do czynienia z ceną rażąco niską, czy też nie, powinna być rozstrzygnięta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które stosownie do art. 15 ust 1 ustawy pzp prowadzone jest przez zamawiającego. Jednocześnie warunkiem koniecznym jest dokonanie przez zamawiającego prawidłowej oceny wyjaśnień wykonawcy w toku prowadzonej procedury, o której mowa w art. 90 ustawy pzp."*

Przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), wydanym w wyniku skargi na ww. wyrok Izby, gdzie pokreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy Pzp, a także wskazano na konieczność uznania, iż cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska nie jest.

Odwołujący podnosił oczywisty argument, że ustawodawca przesądził w ustawie Pzp, wprost wskazując w art. 90 ust 2, że to wykonawca powinien udowodnić zamawiającemu, iż jego cena nie jest rażąco niska, i udowodnić to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

Według odwołującego - aktualna i wymagająca podkreślenia jest wyrażona w powoływanych wyżej orzecznictwie teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 i następnych Pzp, a tym samym ryzyku jakie ponosi

wykonawca wezwany, w przypadku uznania, iż są to wyjaśnienia niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny. Sformułował generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Za takie natomiast nie uznał wyjaśnień TerraGiS Sp. z o.o. powołujących się chociażby na doświadczenie własne, nie wskazujących w jaki sposób wpływa ono na obniżenie sposobu czy metody realizacji zamówienia. W przypadku natomiast kosztów pracowniczych zauważył, że TerraGiS Sp. z o.o. szacuje je na podstawie średnich zarobków w swojej firmie, nie wykazując jednakże, że są to koszty konkretnie tych pracowników, których delegował do realizacji zamówienia (osoby, na których doświadczenie się powołał w ofercie). TerraGiS Sp. z o.o. nie przedstawił żadnych dowodów uwiarygodniających jego twierdzenia, żadnych kalkulacji czy informacji wskazujących na możliwość obniżenia ceny. Zauważył, że argument o bliskości siedziby wykonawcy - siedzibie zamawiającego, a w związku z tym brakiem kosztów delegacji jest nietrafiony, chociażby dlatego, że część wykonawców biorących udział w postępowaniu również może wykazać się analogiczną odległością od siedziby zamawiającego, co nie stanowi jednak o braku ponoszenia, czy też znacznym zminimalizowaniu ewentualnych kosztów.

Reasumując, pismo złożone przez TerraGiS Sp. z o.o. w dniu 19 września 2016 r. nie uznał za zgodne z przepisami Pzp - wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, gdyż nie obejmują one całości złożonej oferty, nie mają żadnej konkretnej treści i nie odnoszą się do zagadnień wskazanych przez zamawiającego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, ale przede wszystkim nie są w żaden sposób udowodnione.

Odwołujący podnosi, że informację o wyborze ofert w każdej z części zamówienia otrzymał w dniu 22 września 2016 roku, a z uwagi na wartość zamówienia termin do wniesienia odwołania upływa w dniu 27 września 2016 r. i został przez odwołującego dochowany.

Odwołujący powołał się na interes we wniesieniu odwołania. Odrzucenie oferty TerraGiS Sp. z o.o. Sp. k. spowoduje, że oferta złożona przez odwołującego w zakresie części III zostanie uznana za najkorzystniejszą.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 28 września 2016 r. zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożył wykonawca - konsorcjum TerraGiS Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Szczecinie i firma „Solgeo” P. S. .

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Postępowanie zostało wszczęte w dniu 29 sierpnia 2016 r. (ogłoszenie nr 303415 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.

Według informacji przedstawionej przez zamawiającego wartość zamówienia została oszacowana na kwotę 284 702,00 zł, 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), wartość zamówień na dostawy lub usługi dla zamawiających będących jednostkami samorządu terytorialnego wynosi równowartość 135 000 euro - dla dostaw lub usług. Okoliczność, że wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, została przyznana przez odwołującego w treści odwołania.

Izba z urzędu, na podstawie art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i zgłaszającego przystąpienie, 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 tej ustawy.

Zgodnie z 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 odwoływania 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 odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą z powodu, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu

zamówienia w zakresie części I, II i III i IV zamówienia, a skarżony wykonawca - konsorcjum TerraGiS Sp. z o.o. Sp. k. w swoich wyjaśnieniach z dnia 19 września 2016 r. nie wykazał, że cena jego oferty nie ma charakteru rażąco niskiej, wobec czego według twierdzeń odwołującego - przedmiotowa oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, co nie mieści się w katalogu przesłanek dopuszczalności odwołania określonym art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Natomiast pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu mają charakter wtórny - zarzut dotyczący wyboru oferty najkorzystniejszej nie został oparty na okolicznościach dotyczących przyznanej tej ofercie oceny w wyznaczonych kryteriach, ale wywiedziony jako konsekwencja zaniechania odrzucenia skarżonej oferty.

W związku z powyższym o legitymacji do wniesienia przedmiotowego odwołania decyduje ocena dopuszczalności podniesienia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy, to bowiem zaniechanie jest sednem sporu, i to w nim odwołujący upatruje naruszenia przez zamawiającego przepisów, które wskazał w odwołaniu.

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

Za takim rozumieniem przepisu przemawia po pierwsze wykładnia językowa art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Literalne brzmienie tego przepisu oznacza dopuszczenie zakwestionowania wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest najkorzystniejsza w świetle określonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert (nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp). Definicja *wyboru najkorzystniejszej oferty* wynika pośrednio z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przez *wybór oferty najkorzystniejszej* należy więc rozumieć czynność zamawiającego polegającą na zastosowaniu do oferty określonych w SIWZ kryteriów i ustalenie wyniku tej oceny w sposób skutkujący wyborem oferty. W ocenie Izby tylko tak rozumiany wybór oferty najkorzystniejszej może być przedmiotem odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego wartość jest mniejsza niż tzw. progi unijne.

Za powyższym stanowiskiem przemawia dodatkowo fakt, że w wyniku nowelizacji o wiele większej wagi nabrały pozacenowe kryteria oceny ofert (np. kwalifikacje i doświadczenie osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, aspekty społeczne, jakościowe, innowacyjne), których stosowanie jest w większości przypadków obowiązkowe.

Znacznie większego znaczenia nabral więc zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Można zatem stwierdzić, że właśnie dlatego w art. 180 ust. 2 Pzp dodano możliwość zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, która to czynność jest obecnie obciążona większym niż dotychczas ryzykiem naruszenia przepisów ustawy, zatem poddanie jej weryfikacji w drodze środków ochrony prawnej jest bardziej uzasadnione.

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

Co więcej, gdyby zamiarem ustawodawcy nie było ograniczenie odwołań na podstawie punktu 6 wyłącznie do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty *sensu stricto*, zbędne byłoby określanie pozytywnego katalogu czynności podlegających zaskarżeniu w postępowaniach poniżej progów. Jeśli bowiem przyjąć, że zaskarżeniu w ramach *wyboru oferty najkorzystniejszej* podlega każda czynność i każde zaniechanie poprzedzające ten wybór, to co do zasady zaskarżeniu podlegałyby wszystkie czynności i zaniechania zamawiającego w postępowaniu, które miały miejsce między złożeniem ofert a wyborem oferty najkorzystniejszej, gdyż wszystkie czynności podjęte w postępowaniu przez

zamawiającego, (oprócz unieważnienia postępowania), zmierzają do wyboru oferty najkorzystniejszej). W takiej sytuacji racjonalny ustawodawca nie określałby tego katalogu od strony pozytywnej, a jedynie wskazałby od strony negatywnej, kiedy odwołanie nie przysługuje (czynność lub zaniechanie unieważnienia postępowania - tylko to bowiem pozostałoby poza katalogiem określającym dopuszczalny zakres zaskarżenia).

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

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

Bezpodstawne byłoby więc założenie, że czynność „wyboru najkorzystniejszej oferty” kumuluje w sobie zarówno weryfikację podstaw do wykluczenia, jak i weryfikację podstaw do odrzucenia oferty i wywodzenie z tego szerokiej legitymacji wykonawcy do skarżenia czynności i zaniechań zamawiającego wobec ofert konkurentów w procedurach dotyczących zamówień o wartościach progowych.

Nie bez znaczenia dla osądu rzeczonoj sprawy pozostają przepisy unijne. Dyrektywy odwoławcze 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniające dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/WG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych mają zastosowanie

wyłącznie do naruszeń przepisów dyrektyw regulujących procedury udzielania zamówień publicznych, lub przepisów krajowych implementujących postanowienia tych dyrektyw, tj. w aktualnym stanie prawnym - dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych oraz 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchwalone 26 lutego 2014 r. i odnoszące się do zamówień o wartości powyżej progów wyznaczonych powołanym wyżej rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2015 r. poz. 2263). Nie są objęte zakresem dyrektyw odwoławczych, zamówienia które ze względu na swoją wartość nie podlegają postanowieniom dotyczącym procedur udzielania zamówień publicznych.

W kwestii dopuszczalności i zakresu stosowania środków odwoławczych w postępowaniach podprogowych liczą się regulacje ustawodawcy krajowego. Jednocześnie jednak Komisja Europejska, uwzględniając orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, 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.

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

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

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

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

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

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

Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o:

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

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

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

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

Istotnym argumentem przemawiającym za 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 ostatniej ustawy nowelizującej, a należałoby zakładać, że jeśli ustawodawca chciał tak dalece znieść dotychczas obowiązujące ograniczenia, to byłaby to zmiana na tyle istotna, że doczekałaby się odpowiedniego komentarza w uzasadnieniu nowelizacji. Należy więc stwierdzić, że intencja autora nowelizacji co do zakresu zaskarżenia w postępowaniach poniżej progów unijnych została wyrażona podczas uzgodnień międzyresortowych, ze wskazaniem na zamiar utrzymania wyłączeń dotyczących zaniechań zamawiającego, i nie może być pomijana przy interpretacji przepisów.

Dokonywana przez Izbę wykładnia nie może natomiast uwzględniać oczekiwań wykonawców co do możliwości jak najszerszego wnoszenia odwołań w postępowaniach podprogowych, w sytuacji gdy oczekiwania te nie tylko nie znajdują potwierdzenia w

brzmieniu przepisów rozumianych w zgodzie z zasadami wykładni prawa, ale wręcz stoją w opozycji do wyników tej wykładni i wyartykułowanych przez autora projektu celów.

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

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

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

Tym samym skład orzekający Izby podzielił jednolite stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w innych orzeczeniach wydanych w 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 oraz w postanowieniu z 21 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1696/16, w postanowieniu sygn. akt KIO 1750/16.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

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) Izba obciążyła kosztami postępowania odwołującego i zaliczyła uiszczoną kwotę wpisu na poczet kosztów postępowania odwoławczego.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

