

Sygn. akt KIO 1006/17

POSTANOWIENIE
z dnia 30 maja 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 30 maja 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2017 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **J. S.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo - Handlowe "Drobias II", ul. Niepodległości 2/31, 32-332 Bukowno** oraz **MAN-TRANS Spółka z o.o., ul. Jodłowa 8, 43-100 Tychy** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Utrzymanie osadników wód dołowych „Czułów” - czyszczenie komory osadnika” dla SRK S.A. Oddział w Katowicach KWK „Boże Dary” (znak KWK BD/03/17)

przy udziale wykonawcy **G. O.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **ABG G. O., ul. Węglowa 16, 41-106 Siemianowice Śląskie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **J. S.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe "Drobias II", ul. Niepodległości 2/31, 32-332 Bukowno** oraz **MAN-TRANS Spółka z o.o., ul. Jodłowa 8, 43-100 Tychy** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Utrzymanie osadników wód dołowych „Czułów” - czyszczenie komory osadnika” dla SRK S.A. Oddział w Katowicach KWK „Boże Dary” (znak KWK BD/03/17).

Izba ustaliła, iż prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte w dniu 15 marca 2017 r. przez zamieszczenie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych na stronie internetowej www.bzp.uzp.gov.pl pod numerem 43560 - 2017 (BZP z dnia 15.03.2017 r.) – wydruk ogłoszenia w aktach sprawy. Jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego stosuje się zatem przepisy nowelizacji ustawy Praw zamówień publicznych dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020), opublikowanej w dniu 13 lipca 2016 r. w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej pod pozycją 1020, która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 roku.

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia J. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe "Drobias II", ul. Niepodległości 2/31, 32-332 Bukowno oraz MAN-TRANS Spółka z o.o., ul. Jodłowa 8, 43-100 Tychy - wniósł odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej w dniu 22.05.2017 roku (DzK-KIO-8587/17).

Informację o czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej Odwołujący otrzymał w piśmie Zamawiającego z dnia 16 maja 2017 roku. Kopia odwołania została dostarczona Zamawiającemu w ustawowym terminie, tj. w dniu 22.05.2017 r. Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W odwołaniu Odwołujący, w związku z wyborem przez Zamawiającego w dniu 16.05.2017 r. jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę G. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ABG G. O., zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 i ust. 1b pkt 3 przez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu ABG G. O. (ul. Węglowa 16, 41-106 Siemianowice Śląskie, zwanego dalej Wykonawcą) ze względu na brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej lub technicznej zwanego dalej Wykonawcą, w postaci wymaganego doświadczenia w zakresie realizacji co najmniej jednej roboty budowlanej w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w tym co najmniej jedną robotą budowlaną w ramach jednej lub kilku umów polegającą na czyszczeniu komory powierzchniowego osadnika wód dołowych wraz z rowami oraz sporządzanie dokumentacji projektowej związanej z ww. robotami o wartości których łączna suma wynosi minimum 2 000 000,00 zł brutto oraz braku przedłożenia dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju w sprawie dokumentów jakich może żądać zamawiający od Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy który podlegał wykluczeniu,

2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców tj. przez zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy, podlegającej odrzuceniu zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 tj w sytuacji gdy wykonawca ten powinien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 i ust. 1b pkt 3 oraz w zw. z art. 22d ust. 1 ustawy pzp, a w konsekwencji potraktowanie oferty w sposób preferencyjny w stosunku do ofert złożonych przez innych wykonawców (w tym odwołującego).

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynność badania i oceny ofert oraz czynność wyboru wykonawcy,
2. dokonanie powtórnego badania ofert,
3. wykluczenie z postępowania wykonawcę ABG G. O. z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczeni do wykonania zamówienia,
4. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający oświadczył, iż kopię odwołania przekazał pozostałym wykonawcom w dniu 22.05.2017 r. roku.

Izba ustaliła, iż do momentu wydania niniejszego postanowienia, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25.05.2017 r. (DzK-KIO-8789/17) wpłynęło przystąpienie wykonawcy G. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ABG G. O., ul. Węglowa 16, 41-106 Siemianowice Śląskie po stronie Zamawiającego. Przystąpienie zostało podpisane przez p. G. O. przy użyciu podpisu elektronicznego, został wskazany interes w rozstrzygnięciu na korzyść strony do której je zgłoszono oraz Przystępujący wskazał, że przekazał kopie przystąpienia Stronom postępowania odwoławczego. Tym samym Izba uznała je za skuteczne.

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

Jak ustalono na podstawie akt sprawy, postępowanie dotyczy zamówienia publicznego na dostawy, a wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołanie w niniejszej sprawie dotyczyły czynności wyboru oferty najkorzystniejszej będącej wynikiem zaniechania wykluczenia wykonawcy ABG G. O. oraz w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy.

Izba z urzędu na podstawie art. 189 ust. 3 ustawy Pzp na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że w tak ustalonym stanie faktycznym przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza odnosząc się do wskazanego w treści odwołania orzecznictwa Sądów Okręgowych wskazuje, że znane są Izbie zawarte tam argumenty jednakże w tym miejscu wskazać należy, że orzecznictwo to nie jest jednolite. Wskazać również należy, że w tym zakresie w obrocie prawnym funkcjonuje jednolite orzecznictwo Izby, które zostało zaaprobowane przez Sąd Okręgowy w Gdańsku oraz Płocku.

W obecnej sytuacji odstępstwo, od postulowanej przez wszystkie środowiska związane z zamówieniami publicznymi, jednolitej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie stanowiłoby zachwianie wypracowanej równowagi związanej ze stosowaniem, wskazanego jako podstawa prawna rozstrzygnięcia, przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Przepis ten bowiem doczekał się nie tylko jednolitego ujęcia w orzecznictwie Izby ale również rozbudowanej i spójnej wykładni obejmującej argumentację

zarówno natury systemowej, funkcjonalnej, jak również celowościowej. Izbie znane są oczekiwania rynku związane ze stosowaniem przepisów regulujących środki ochrony prawnej jednakże w obecnej chwili, przy uwzględnieniu w szczególności zmian wprowadzonych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020), w tym w szczególności odstępstwem od stosowania skumulowanego obowiązku informacyjnego (zmiana art. 92 ust. 1 ustawy Pzp przez rezygnację ze sformułowania „jednocześnie”), wprowadzeniem możliwości stosowania tzw. „procedury odwróconej” (dodanie art. 24aa ustawy Pzp) i przede wszystkim wprowadzenia w wyniku implementacji dyrektyw 2014/24/UE i 2014/25/UE mechanizmu weryfikacji podmiotowej wykonawców w oparciu o oświadczenia własne (w tym ujęte w formularzu JEDZ) zaprezentowana poniżej argumentacja stanowi, w ocenie Izby, jedyne możliwe rozumienie pojęcia „wybór oferty najkorzystniejszej”.

Tym samym Izba w niniejszym składzie podziela argumentację Izby dotyczącą interpretacji przesłanki zaskarżenia ujętej w treści przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp wyrażoną w jednolitym w tym zakresie orzecznictwie Izby, tj. postanowieniach Krajowej Izby Odwoławczej 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. w sprawie o 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 o sygn. akt KIO 2462/16, postanowieniu z dnia 26 stycznia 2017 r. w sprawie o

sygn. akt KIO 122/17, jak również postanowieniu z dnia 3 marca 2017 r. w sprawie o sygn. akt 342/17.

Biorąc zatem pod uwagę zarzuty podniesione w odwołaniu, to zdecydowanie nie mieszczą się w katalogu określonym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, gdzie mowa jest wyraźnie o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie zaś o zaniechaniu czynności odrzucenia oferty innego wykonawcy czy zaniechaniu czynności wykluczenia wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą.

Takie też stanowisko zostało wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z 3 stycznia 2017r. r. XII Ga 837/16, wyroku Sądu Okręgowego w Płocku z dnia 1 lutego 2017r. sygn. akt IV Ca 1051/16 i Izba nie znajduje podstaw do zmiany tej ustalonej linii. Izba ma świadomość, iż Sądy Okręgowe wyraziły także stanowisko przeciwne (m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 21 grudnia 2016r. sygn. akt IX Ga 502/16, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 22 grudnia 2016r. sygn. akt II Ca 1461/16, a także wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 20 stycznia 2017r. sygn. akt XII Ga 1018/16 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 13 lutego 2017r. sygn. akt XIX Ga 3/17, Sądu Okręgowego w Przemyślu z dnia 16 lutego 2017r. sygn. akt I Ca 399/16).

W obu tych uzasadnieniach (sprawy sygn. akt XII Ga 837/16 i IV Ca 1051/16) Sądy odwoływały się do szerokiego rozumienia pojęcia „wybór oferty najkorzystniejszej” jako ciągu czynności zamawiającego na etapie badania i oceny ofert, które obejmują czynności i zaniechania zamawiającego związane z badaniem podmiotowym wykonawcy i przedmiotowym oferty oraz z czynnościami i zaniechaniami związanymi z samą oceną ofert. Izba na ten moment podziela w całości pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Płocku, że „(...) zamiarem ustawodawcy nowelizującego przepisy było dopuszczenie możliwości wnoszenia odwołań wobec ściśle ustanowionych czynności zamawiającego i sprzeczne z celem tego unormowania jest stosowanie wykładni rozszerzającej. Dodany ustawą nowelizującą z dnia 22 czerwca 2016 r. do art. 180 ust. 2 p.z.p punkt 6., który przewiduje możliwość wniesienia odwołania wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie należy interpretować w taki sposób, że podciągać pod niego wszystkie czynności zamawiającego dokonywane w ramach badania i oceny ofert prowadzące do wyboru oferty najkorzystniejszej. Taka interpretacja przepisu, zdaniem Sądu Okręgowego, 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 w całości uznaje za własne także 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 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 wykląni 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.

To stanowiska wyrażone przez Sąd Okręgowy w Płocku i Sąd Okręgowy w Gdańsku w ocenie Izby stanowi wnikliwą i pełną analizę obowiązujących przepisów ustawy i Izba podziela je w całości, a z uwagi na fakt, że na datę wydawania orzeczenia w ocenie Izby nie ukształtowała się większościowa czy przeważająca linia orzecznicza Sądów Okręgowych, Izba nie ma podstaw odstąpienia od dotychczasowego jednolitego stanowiska. Być może prezentowane zagadnienie prawne dojrzało do rozstrzygnięcia przez autorytet Sądu Najwyższego lub przyjęcia przez władzę ustawodawczą postulatu *de lege ferenda*.

Przechodząc z części uzasadnienia zawierającej analizę orzecznictwa do analizy prawnej zagadnienia Izba wskazuje, że zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu po nowelizacji z 22 czerwca 2016 roku Izba odrzuca odwołanie jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. W powołanym art. 180 ust. 2 ustawy wskazano wyraźnie, iż w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty

Choć katalog sytuacji, w których w postępowaniach podprogowych w wyniku wspomnianej nowelizacji przysługuje wniesienie odwoływania uległ rozszerzeniu, między innymi o czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, to zdaniem składu orzekającego Izby w przedmiotowej sprawie odwołanie dotyczy czynności, wobec których ustawodawca nadal wyłączył prawo zaskarżenia decyzji Zamawiającego. Odwołanie dotyczy zaniechania odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą z powodu jej niezgodności z zapisami SIWZ. Z powodu braku tego typu czynności w katalogu pomieszczonym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp stwierdzić należy, iż wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 189 ust. 2 ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie takiego rozstrzygnięcia.

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

Za takim rozumieniem przepisu przemawia wykładnia językowa art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Ustawodawca zdecydował się wprowadzić nową przesłankę, zgodnie z którą w postępowaniach podprogowych odwołanie ma przysługiwać także wobec czynności opisu przedmiotu zamówienia i czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie jednak nie zostały wykreślone ani zmienione przesłanki z pkt 3 i 4, zgodnie z którymi odwołanie ma przysługiwać wobec czynności odrzucenia wyłącznie oferty Odwołującego i czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania. Powyższe przesądza, że pod pojęciem „czynność wyboru oferty najkorzystniejszej” nie może się kryć czynność odrzucenia oferty Odwołującego ani czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania, wówczas bowiem objęcie tych samych czynności dyspozycją pkt 3 i 4 tegoż artykułu ustawy byłyby zbędne. Nie należy zatem domniemywać, że „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” obejmuje zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania innych wykonawców lub odrzucenia ich ofert. Nie jest to konieczne dla interpretacji przesłanki z pkt 6, która ma określony zakres zastosowania, służy mianowicie zakwestionowaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest najkorzystniejsza, gdyż nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała albo nie jest ofertą z najniższą ceną lub kosztem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub koszt, czyli nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu definicji z art. 2 pkt 5 Pzp.

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

postępowania 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 poniżej progów. Zdecydowano jedynie o nieznacznym poszerzeniu katalogu przesłanek umożliwiających wniesienie odwołania w postępowaniach podprogowych. Skoro zatem katalog czynności, wobec których odwołanie przysługuje nadal ma charakter wyjątku od zasady, to wyjątków nie można interpretować rozszerzająco. Tzw. szerokie rozumienie pojęcia „wybór oferty najkorzystniejszej” *de facto* zrównuje zakres zaskarżenia pomiędzy postępowaniami poniżej i powyżej progów UE.

Warto także podkreślić, iż w postępowaniach powyżej progów, odwołanie służy wobec *niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy*. Tymczasem w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp była i jest mowa wyłącznie o tym, że odwołanie w postępowaniach podprogowych służy wyłącznie wobec czynności, zaś ustawodawca nie wspomina o „zaniechaniach”. Skoro sama zasada konstytuująca wyjątek nie uległa zmianie, nie ma podstaw, aby domniemywać, że wyłącznie w przypadku przesłanki z pkt 6 obejmuje ona teraz zarówno czynność, jak i zaniechania czynności (w dodatku innych niż czynność wprost wymieniona w przesłance). Przewidziany w przepisie art. 180 ust. 2 katalog przesłanek zawsze miał charakter pozytywny, odnosił się do czynnego zachowania Zamawiającego, nie wspominał o możliwych zaniechaniach. Sytuacja ta nie uległa zmianie w wyniku ostatniej nowelizacji ustawy. Nadal ustawodawca koncentruje się na zachowaniach zamawiającego o charakterze czynnym, które doprowadziły do danego wyniku postępowania, nie wspomina o zaniechaniach.

Tym samym konfrontując treść art. 180 ust. 1 oraz art. 180 ust. 2 ustawy Pzp wskazać należy, że o ile w ramach postępowania powyżej progów UE zaskarżeniu w drodze środków ochrony prawnej mogą podlegać zaniechania, jak i czynności podmiotu zamawiającego to w postępowaniu poniżej progów UE zaskarżeniu podlegają jedynie czynności w znaczeniu pozytywnym (bez zaniechań).

W dalszej kolejności zauważyć należy, że z dotychczasowego przepisu art. 92 ust. 1 ustawy Pzp wynikało, że zamawiający miał jednocześnie informować o wyborze oferty najkorzystniejszej, oraz o ofertach odrzuconych i wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania. Przepis ten brzmiał:

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

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę) albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, uzasadnienie jej wyboru oraz nazwy (firmy) albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację;

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne;

3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne - jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę;

4) terminie, określonym zgodnie z art. 94 ust. 1 lub 2, po którego upływie umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta.

Obecnie przepis art. 92 ust. 1 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 w świetle nowelizacji zamawiający nie ma już obowiązku jednoczesnego informowania o tych

czynnościach. Zatem znacznie częściej zamawiający będzie odrzucał oferty czy wykluczał wykonawców zanim wybierze ofertę najkorzystniejszą. Analizując zmianę powyższego przepisu, zwrócić należy uwagę na usunięcie w art. 92 ust. 1 ustawy Pzp słowa „jednocześnie”. Przepis ten w dotychczasowym brzmieniu stanowił implementację tzw. dyrektywy odwoławczej i zawierał w sobie skumulowany obowiązek informacyjny mający zapewnić efektywność środków ochrony prawnej (możliwość zaskarżenia wszystkich czynności związanych z badaniem, oceną i wyborem oferty na skutek ujętego tam skumulowanego obowiązku informacyjnego). Trudno zatem uznawać, że pod pojęciem „wybór oferty najkorzystniejszej” mieści się „zaniechanie czynności odrzucenia” i „zaniechanie czynności wykluczenia” w sytuacji, gdy zamawiający nie dokona jeszcze czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Trudno również przyjąć, że istnieje możliwość zaskarżenia zaniechania czynności wykluczenia jeżeli np. w tzw. procedurze odwróconej (art. 24aa ustawy Pzp) podmiot zamawiający w ogóle nie badał pod tym kątem ofert wykonawców, których oferty nie zostały uznane za najkorzystniejsze.

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. Zauważyć jednak należy, że w wyniku nowelizacji o wiele większe znaczenia nabiorą pozacenowe kryteria oceny ofert (np. kwalifikacje i doświadczenie osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, aspekty społeczne, jakościowe, innowacyjne), których stosowanie będzie w znacznej większości przypadków obowiązkowe. Znacznie większego znaczenia nabierze zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 ustawy Pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Można zatem twierdzić, że właśnie dlatego w art. 180 ust. 2 Pzp dodano możliwość zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, której znaczenie wzrośnie.

Nadto wskazać należy, iż szerokie rozumienie przesłanki ujętej w treści art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, doprowadzić może do zaprzepaszczenia zalet postępowań dwuetapowych (w szczególności przetargu ograniczonego) oraz postępowań, gdzie celem wyboru oferty najkorzystniejszej została przewidziana aukcja elektroniczna. Wynika to z faktu, iż możliwość kwestionowania również zaniechań w ramach tych postępowań doprowadzi do sytuacji, że będzie dochodziło do weryfikacji już zakończonych etapów postępowania (np. badania wniosków) i swego rodzaju „otwieranie” na nowo terminów umożliwiających w drodze środków ochrony prawnej kwestionowanie już prawomocnych czynności.

Jak wskazał Izba w postanowieniu wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1816/16, które to stanowisko Izba w niniejszym składzie podziela w całości, 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. Na powyższą kwestię zwrócił również uwagę Sąd Okręgowy w Płocku w cytowanym obszernie na wstępie uzasadnieniu wyroku. 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.

Poza tym w toku prac legislacyjnych uznano, że do rozważenia jest rezygnacja z pkt 7 - unieważnienia postępowania, w tym przypadku bowiem nikt nie uzyskuje zamówienia. Ostatecznie, zgodnie z takimi założeniami właśnie ukształtowała się treść art. 180 ustawy Pzp.

Zatem, zarzuty dotyczące tego typu jak opisane w rozpoznawanym odwołaniu zdecydowanie nie mieszczą się w katalogu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, gdzie mowa jest wyraźnie o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie zaś zaniechaniu odrzucenia

wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą. Dlatego też odwołanie podlegało odrzuceniu.

Biorąc pod uwagę powyższe wywody Izby oraz wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia, z powodu braku tego typu czynności w katalogu pomieszczonym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp stwierdzić należy, iż wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 180 ust. 2, ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie takiej czynności. Tym samym zasadne stało się odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie i art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych – czyli stosownie do wyniku postępowania oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 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) w związku z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), obciążając Odwołującego tymi kosztami, na które złożył się uiszczony przez niego wpis od odwołania.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....