

Sygn. akt KIO 246/17

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 13 lutego 2017 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Członkowie: Ryszard Tetzlaff**

**Daniel Konicz**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 13 lutego 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lutego 2017 roku przez wykonawcę **K. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EKO-TECH K. S. z siedzibą w Gniewie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Komendę Portu Wojennego Gdynia z siedzibą w Gdyni**

przy udziale wykonawcy **M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą VEGATECH M. K. z siedzibą w Gdyni**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

**1. Odrzuca odwołanie**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę K. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EKO-TECH K. S. z siedzibą w Gniewie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (siedem tysięcy pięćset 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 (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

### Uzasadnienie

Zamawiający – **Komenda Portu Wojennego Gdynia z siedzibą w Gdyni** prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*wykonywanie usług konserwacyjno - serwisowych oraz usuwania awarii i dokonywanie napraw systemów ciepłych zainstalowanych na terenie administrowanym przez Komendę Portu Wojennego Gdynia*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 04 stycznia 2017r pod numerem 2711-2017. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu dokonanie nieprawidłowych czynności oraz naruszenie następujących przepisów:

1. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp art 89 ust 1 pkt 4 Pzp oraz art 89 ust 1 pkt 8 Pzp, przy czym każda z tych przesłanek samodzielnie obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy VEGATECH M. K. . Wykonawca w treści oferty wykazał stawkę roboczogodziny - 10 zł, oraz zysk - 0%, co w sposób jednoznaczny wskazuje na zaoferowanie rażąco niskiej ceny za realizację zamówienia, a złożenie oferty o tej treści stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i jest niezgodne z przepisami prawa o minimalnym wynagrodzeniu osób pozostających w stosunku pracy;
2. zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy VEGATECH M. K. pomimo wystąpienia przesłanek wskazanych w art. 89 ust 1 pkt 3 Pzp, art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp oraz art. 89 ust 1 pkt 8 Pzp;
3. art. 91 ust 1 Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego w Zadaniach II, III i IV;
4. art. 7 Pzp będące konsekwencją naruszeń w powyższym zakresie.

Odwołujący wnosił o:

- I. Uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:
  1. unieważnienie decyzji o wyborze oferty w zadaniach II, III oraz IV Wykonawcy VEGATECH M. K. z siedzibą w Gdyni,
  2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

3. odrzucenie w zadaniach II, III oraz IV Wykonawcy VEGATECH M. K. z siedzibą w Gdyni, na podstawie art. 89 ust 1 pkt 3 Pzp, art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp oraz art. 89 ust 1 pkt 8 Pzp,

4. dokonania wyboru w zadaniach II, III oraz IV oferty najkorzystniejszej tj. oferty Odwołującego, gdyż jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu w każdym ze wskazanych j zadań.

II. Zasądzenie zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania i ewentualnych dalszych kosztów.

Odwołujący wskazał, iż ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i poniesie szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wymienionych w przepisów, gdyż oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu i niepodlegających odrzuceniu. Oferta, której wyboru dokonał Zamawiający w zadaniach II - IV winna zostać odrzucona, a oferta Odwołującego po zastosowaniu kryteriów określonych SIWZ winna otrzymać najwyższą ilość punktów i zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza, a w wyniku zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty VEGATECH M. K. Odwołujący poniesie szkodę w postaci braku realizacji zamówienia objętego postępowaniem.

Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została Odwołującemu przekazana w dniu 1 lutego 2017 r., zatem wniesienie odwołania w dniu 6 lutego 2017r. zostało dokonane z zachowaniem przepisane terminu. Kopia odwołania została prawidłowo doręczona Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości dla wartości postępowania na rachunek UZP.

Zamawiający oświadczył, iż kopię odwołania przekazał pozostałym wykonawcom w dniu 7 lutego 2017 roku. Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego złożył wykonawca **M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą VEGATECH M. K. z siedzibą w Gdyni**. Przystąpienie uznano za skuteczne.

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

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

Odwołanie w niniejszej sprawie dotyczyło czynności wyboru oferty najkorzystniejszej będącej wynikiem zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy VEGATECH M. K. z siedzibą w Gdyni jako niezgodnej z innymi przepisami, stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji i zawierającej rażąco niską cenę, co zdaniem Odwołującego nastąpiło w sposób nieprawidłowy. Izba jednocześnie stwierdziła, że zarzut obejmujący art. 91 ust. 1 ustawy Pzp jest zarzutem ściśle powiązaniem z zarzutem obejmującym zaniechanie odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą – co jednoznacznie wynika z treści uzasadnienia odwołania, w ramach którego Odwołujący wskazał i ponowił żądanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy.

Do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego stosuje się 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.

Izba ustaliła ponadto, ze względu na termin wniesienia odwołania w niniejszej sprawie, że do postępowania odwoławczego mają zastosowanie przepisy zmienionego rozporządzenia w sprawie kosztów na mocy Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego 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) w związku z brzmieniem § 2 ww. rozporządzenia.

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.

Izba w niniejszym składzie podziela argumentację Izby dotyczącą interpretacji przesłanki zaskarżenia ujętej w treści przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp wyrażoną jednolicie w analogicznych sprawach w następujących orzeczeniach: postanowienie z 5 września 2016 r., sygn. akt KIO 1599/16, postanowienie z 15 września 2016 r., sygn. akt KIO 1674/16, postanowienie z 21 września 2016 r., sygn. akt KIO 1696/16, postanowienie z 29 września 2016 r., sygn. akt KIO 1750/16, postanowienie z 4 października 2016 r., sygn. akt KIO 1810/16, postanowienie z 4 października 2016 r., sygn. akt KIO 1816/16, postanowienie

z 13 października 2016 r., sygn. akt KIO 1862/16, postanowienie z 18 października 2016 r., sygn. akt KIO 1910/16, postanowienie z 25 października 2016 r., sygn. akt KIO 1930/16, postanowienie z 2 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2015/16, postanowienie z 8 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2026/16, postanowienie z 7 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2059/16, postanowienie z 16 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2084/16, postanowienie z 17 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2128/16, postanowienie z 29 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2162/16, postanowienie z 7 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2203/16, postanowienie z 1 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2211/16, postanowienie z 30 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2232/16, postanowienie z 14 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2283/16, postanowienie z 13 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2292/16, postanowienie z 15 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2298/16, postanowienie z 22 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2355/16, postanowienie z 30 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2397/16, postanowienie z 2 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 2405/16, postanowienie z 5 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 2462/16, postanowienie z 26 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 122/17, postanowienie z 10 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 216/17 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 20 grudnia 2016 r. sygn. akt XII Ga 837/16 (dotychczas niepublikowany) i wyrok Sądu Okręgowego w Płocku z dnia 1 lutego 2017 r. (niepublikowany).

Izba ma świadomość kształtującej się obecnie rozbieżności orzecniczej sądów okręgowych w zakresie zakresu zaskarżenia w postępowaniach o wartości poniżej progów UE, jednakże w tym zakresie kompetencje do wniesienia skargi kasacyjnej do Sądu Najwyższego przysługują wyłącznie Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 198g ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp – jako strażnikowi gwarantującemu jednolitość stosowania przepisów ustawy Pzp w związku z treścią 154 pkt 13 ustawy Pzp.

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 oraz zaniechania wykluczenia wykonawców. 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.

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 postępowań powyżej progów UE zaskarżeniu w drodze środków ochrony prawnej mogą podlegać zarówno 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. Trudno uznać, że pod pojęciem „wybór oferty najkorzystniejszej” mieści się „zaniechanie czynności odrzucenia” i „zaniechanie czynności wykluczenia” w sytuacji, gdy zamawiający nie dokona jeszcze czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Konkludując, przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym „czynność wyboru oferty najkorzystniejszej” należy rozumieć szeroko – jako zaniechanie 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), nastąpi natomiast i swego rodzaju „przywrócenie” na nowo terminów umożliwiających w drodze wnoszenia środków ochrony prawnej kwestionowanie już prawomocnych czynności.

Dostrzeżenia także wymaga, że przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter wyjątku od zasady. W przeciwieństwie do postępowań powyżej progów, w przypadku postępowań podprogowych zasadą jest to, że odwołanie nie przysługuje. O intencjach ustawodawcy świadczy nieprzypadkowo użyte w art. 180 ust. 2 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.

Jak dostrzegła 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. 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 lub zaniechaniu wykluczenia danego wykonawcy z postępowania. 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. 1

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 na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp czyli stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zmianami), tj. stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....