

Sygn. akt: KIO 2283/16

POSTANOWIENIE
z dnia 14 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Katarzyna Prowadzisz

Robert Skrzyszewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 14 grudnia 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego 2 grudnia 2016 roku przez **Gardenia Sport Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Panorama Obiekty Sportowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Piasecznie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Giżycko w Giżycku**

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża **Gardenia Sport Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Gardenia Sport Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miejska Giżycko w Giżycku – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie budowy obiektów lekkoatletycznych na stadionie miejskim w Giżycku.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 2 grudnia 2016 roku wykonawca Gardenia Sport Sp. z o.o. w Warszawie wniósł odwołanie wobec

a) wyboru oferty podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 87 ust. 1 P.z.p. (niedopuszczalna zmiana treści oferty po jej otwarciu);

b) złożonej przez wykonawcę, Panorama Obiekty Sportowe sp. z o. o., podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. za niespełnienie warunku doświadczenia zawodowego oraz na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 13 i 14 ustawy P.z.p. za niewłaściwe dowody o braku podstaw wykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania;

c) nierównego traktowania wykonawców w rozumieniu art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., w wyniku czego zamawiający naruszył interes odwołującego się poprzez bezpodstawne pozbawienie go korzyści z realizacji przedmiotowego zamówienia, mimo iż ten złożył ofertę najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

W związku z powyższym odwołujący zażądał:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- odrzucenia tej oferty w związku z niedopuszczalną zmianą jej treści po terminie złożenia ofert;
- wykluczenia wykonawcy Panorama Obiekty Sportowe sp. z o. o. - dalej Panorama - z postępowania o udzielenie zamówienia za brak wystarczającego doświadczenia zawodowego i niedostateczne udowodnienie braku podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 13 i 14 ustawy P.z.p.;
- powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.

Odwołujący podniósł, że spełnił wszystkie warunki udziału w postępowaniu i złożył najkorzystniejszą ofertę spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. W wyniku naruszenia

wymienionych wyżej przepisów ustawy P.z.p. interes odwołującego się doznał uszczerbku, skutkiem czego odwołujący się poniósł szkodę polegającą na nieudzieleniu mu przedmiotowego zamówienia.

W zakresie zarzutu bezpodstawnego wyboru oferty Panoramy - niezgodność złożonej oferty z ustawą P.z.p. w związku z niedopuszczalną zmianą jej treści, odwołujący stwierdził, że wybrana oferta zawiera w pkt. 11 oświadczenie następującej treści:

„Następujące prace zamierzamy zlecić podwykonawcom:

Prestige-Investment sp. z o. o. 81-605 Gdynia, ul. Słoneczna 73 Roboty ziemne, podbudowy, sanitarne, elektryczne”.

W dniu 23 listopada 2016 r. zamawiający wezwał Panoramę do zastąpienia podmiotu udostępniającego doświadczenie zawodowe, firmy Polytan, innym podmiotem lub zobowiązał Panoramę do osobistego wykonania zamówienia.

W odpowiedzi na wezwanie Panorama złożyła w dniu 2016-11-28 oświadczenie, w którym zobowiązała się do osobistego wykonania zamówienia.

Odwołujący wskazał, że oświadczenie to dotyczy całego zamówienia a nie jego części, której dotyczyło udostępnione przez Polytan doświadczenie zawodowe w rozumieniu art. 22a ust. 6 pkt 2 ustawy P.z.p.

W ocenie odwołującego, oświadczenie to zmieniło treść złożonej oferty sposób niedopuszczalny w rozumieniu przepisu art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p., ponieważ podwykonawcą wskazanym w ofercie była spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Prestige-Investment sp. z o. o.

Panorama na wezwanie zamawiającego zobowiązała się więc w drodze złożenia oświadczenia woli do osobistego wykonania zamówienia (całego - przyp. odwołującego), anulując tym samym po terminie złożenia oferty oświadczenie o zamiarze zaangażowania podwykonawcy Prestige- Investment sp. z o. o. do wykonania wskazanego w ofercie zakresu robót.

Na marginesie odwołujący podkreślił fakt, że podmiot udostępniający doświadczenie zawodowe nie wyraził w swoim zobowiązaniu woli bezpośredniego podwykonawstwa bieżni w rozumieniu art. 22a ust. 4 ustawy P.z.p. W tej sytuacji zamawiający, otrzymawszy oświadczenie woli modyfikujące treść złożonej oferty w zakresie podwykonawstwa, był zobowiązany odrzucić wybraną ofertę Panoramy na podstawie art. 89 ust. 1 w związku z art. 87 ust. 1 Pzp.

W zakresie zarzutu bezpodstawnego zaniechania wykluczenia wykonawcy, którego ofertę wybrano, za brak doświadczenia zawodowego i brak dostatecznych dowodów z KRK w zakresie braku podstaw do wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy P.z.p. odwołujący wskazał na treść warunku doświadczenia zawartym w rozdz. VII „Warunki udziału w postępowaniu” pkt. 2.3.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) „doświadczenie zawodowe”, zgodnie z którym wykonawcy mieli wykazać co najmniej jedno zadanie odpowiadające swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia. Przez zadanie odpowiadające rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, należało rozumieć "robotę budowlaną polegającą na wykonaniu jednego obiektu sportowego lekkoatletycznego wyposażonego w bieżnię okrężną o obwodzie min. 300 m, która uzyskała certyfikat IAAF lub świadectwo PZLA, na której zainstalowano oferowany rodzaj nawierzchni".

W rozdz. IV s.i.w.z. „Zakres zamówienia” wskazano, że wykonawcy, składając oferty, zobowiązali się do wykonania:

„W branży budowlanej:

bieżni (nawierzchnia kauczukowa na odcinku 300 m czterotorowa, na odcinku 130 m sześciotorowa,

skoczni do skoku w dal i trójskoku (nawierzchnia rozbiegu jak dla bieżni),

skoczni do skoku wzwyż i skoku o tyczce (nawierzchnia i podbudowa jak dla bieżni),

rzutni do pchnięcia kulą (koło z betonu z metalową obręczą z taśmy stalowej, próg z drewna lub systemowy epoksydowy laminowany, nawierzchnia z mączki ceglanej),

rzutni do rzutu oszczepem (rozbieg do rzutu oszczepem szerokości 4,00 m długości 30 m, nawierzchnia i podbudowa jak dla bieżni).

W branży elektrycznej:

linii kablowych zasilających rozdzielnice i oświetlenie stadionu, oświetlenia boisk, bieżni i terenów przyległych do stadionu, kanalizacji teletechnicznej, nagłośnienia stadionu:

Strefa 1 - Nagłośnienie trybun stadionu,

Strefa 2 - Nagłośnienie boiska i bieżni stadionu wraz z montażem wymaganego wyposażenia. W branży sanitarnej:

odprowadzenie wód opadowych - odwodnienie bieżni i odprowadzenie nadmiaru wód opadowych z boiska (odwodnienie powierzchniowe-system odwodnień."

Analiza warunku doświadczenia zawodowego w kontekście zamawianego zakresu robót wskazuje na to, że wykonawcy zostali zobowiązani do wykazania jako wykonanego co najmniej jednego obiektu polegającego na budowie:

obiektu sportowego lekkoatletycznego; w skład którego wchodziła:

bieżnia okrężna o obwodzie min. 300 m; która uzyskała:

certyfiakat IAAF lub Świadectwo PZLA.

Inaczej mówiąc, wykonawcy zostali zobowiązani do wykazania wykonanego sportowego obiektu lekkoatletycznego wyposażonego w bieżnię, a nie tylko do wykazania wykonania samej górnej warstwy bieżni. Wykonawcy powinni zatem wskazać takie obiekty sportowe, na których przy okazji realizacji samej nawierzchni bieżni wykonali dodatkowe obiekty budowlane i/lub roboty budowlane.

W ocenie odwołującego, niewystarczające dla spełnienia warunku jest wskazanie obiektu, na którym wykonano wyłącznie wyrównanie istniejącej podbudowy i ułożenie samej lekkoatletycznej nawierzchni sportowej z materiału o nazwie Polytan PUR 15 mm.

W zakresie zarzutu braku wykazania spełnienia warunku doświadczenia zawodowego przez Panoramę, odwołujący wskazał, że do oferty Panorama dołączyła zobowiązanie Polytan GmbH, Gewerbering 3, 86666 Burgheim, Germany - dalej Polytan - z którego wprost wynika, że doświadczenie zawodowe Polytana zostanie udostępnione wyłącznie w formie nadzoru i doradztwa nad wykonywaniem robót objętych postępowaniem przetargowym na podstawie umowy o współpracy.

W ocenie odwołującego, zobowiązanie to jest sprzeczne a art. 22a ust. 4 ustawy P.z.p. Doświadczenie zawodowe w robotach budowlanych może być udostępnione wyłącznie w formie bezpośredniego podwykonawstwa robót budowlanych odpowiadających udostępnionym zasobom.

Po wykluczeniu przez zamawiającego firmy POLYTAN GmbH za brak dostatecznych dowodów potwierdzających niewystępowanie okoliczności wykluczających, Panorama złożyła w uzupełnieniu dokumenty, które potwierdzają wykonanie na rzecz Polytan wyłącznie montażu nawierzchni bieżni okrężnej. Wskazuje na to treść listu referencyjnego, w którym napisano:

„Niniejszym potwierdzamy, że Panorama Obiekty Sportowe sp.z o. o. z Piaseczna, Polska wykonała montaż pełnowymiarowej bieżni odpowiednio wyposażonej i certyfikowanej przez IAAF do poziomu 2 (IAAF Class 2)".

W opisie napisano, że zakres realizacji obejmował jedynie:

„1. Wyrównanie podbudowy;

2. Okrężna bieżnia z nawierzchnią Polytan PUR 15 mm, 6/6 torów, nawierzchnia sportowa całkowitej powierzchni 5 900 m²”.

Przemawia za tym również kwota 93.472,80 euro stanowiąca równowartość 411.280,32 złotych za ułożenie 5 900 m² nawierzchni co daje cenę jednostkową 15,84 euro (69,71 zł) za 1 m².

Ułożenie całego systemu bieżni, obejmującego wykonanie takich elementów jak: wykopy (korytowanie), stabilizacja gruntu pod podbudową, podbudowa, warstwa amortyzacyjna, sama nawierzchnia bieżni, instalacja odwodnieniowa, bezpieczne pobocza itp., jest wielokrotnie droższe.

Odwołujący podkreślił, że z załączonych dokumentów nie wynika, aby Panorama była współwykonawcą wskazanego w uzupełnionym wykazie stadionu, tym samym nie może powoływać się na doświadczenie zawodowe w realizacji tego obiektu sportowego.

Wykonanie samej górnej warstwy nawierzchni sportowej na istniejącym stadionie nie potwierdza więc spełniania warunku doświadczenia zawodowego - wykonania obiektu sportowego lekkoatletycznego obejmującego certyfikowaną lekkoatletyczną bieżnię okrężną.

Odwołujący stwierdził, że w tej sytuacji zamawiający był obowiązany wykluczyć Panoramę z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. za niespełnienie warunku doświadczenia zawodowego, a jego ofertę odrzucić na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p, tym bardziej, że zamawiający i wybrany wykonawca, Panorama, wyczerpali już procedurę uzupełnienia dokumentów zawierających błędy. Powtórne wezwanie do złożenia dokumentów w celu potwierdzenia warunku doświadczenia zawodowego stało się więc niemożliwe.

W zakresie braku dostatecznych dowodów o niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy P.z.p. odwołujący podniósł, że Panorama dołączyła na wezwanie zamawiającego zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego, w którym wskazano nieobowiązujące już przepisy art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8 i pkt 10-12 ustawy P.z.p. W aktualnym stanie prawnym katalog przestępstw wykluczających z postępowania jest znacznie szerszy. W tej sytuacji zaświadczenie z KRK jest niewystarczającym dowodem na brak podstaw wykluczenia w tym zakresie.

W zakresie zarzutu nierównego traktowania wykonawców odwołujący podniósł, że wskazane wyżej czynności i zaniechania zamawiającego spowodowały naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Postępowanie zostało wszczęte w dniu 23 września 2016 r. (ogłoszenie nr 312923 – 2016 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 w piśmie z dnia 7 grudnia 2016 roku, wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p.

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

Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy P.z.p. 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 jej niezgodności z treścią ustawy P.z.p. oraz złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, co nie mieści się w katalogu określonym art. 180 ust. 2 ustawy P.z.p. Natomiast pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu mają charakter wtórny – zarzut dotyczący wyboru oferty najkorzystniejszej nie został oparty na okolicznościach dotyczących przyznanej tej ofercie oceny, ale wywiedziony jako

konsekwencja zaniechania wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty. W związku z powyższym o dopuszczalności wniesienia przedmiotowego odwołania decyduje ocena dopuszczalności podniesienia zarzutu zaniechania wykluczenia innego wykonawcy i odrzucenia jego oferty, te bowiem zaniechania są istotą sporu i to w nich odwołujący upatruje naruszenia przez zamawiającego przepisów, które wskazał w odwołaniu.

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

Za takim rozumieniem przepisu przemawia po pierwsze wykładnia językowa art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy P.z.p. 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 P.z.p.). Definicja *wyboru najkorzystniejszej oferty* wynika pośrednio z art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p, który stanowi, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. *Wybór oferty najkorzystniejszej* należy więc rozumieć jako czynności zamawiającego, polegające na zastosowaniu do oferty określonych w s.i.w.z. 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 większego znaczenia nabrały pozacenowe kryteria oceny ofert (np. kwalifikacje i doświadczenie osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, aspekty społeczne, jakościowe, innowacyjne), których stosowanie jest w większości przypadków obowiązkowe. Znacznie większego znaczenia nabrał więc zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. przez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w s.i.w.z. Można zatem stwierdzić, że właśnie dlatego w art. 180 ust. 2 ustawy P.z.p. dodano możliwość zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, która to czynność jest obecnie obarczona większym niż dotychczas ryzykiem naruszenia przepisów ustawy, zatem poddanie jej weryfikacji w drodze środków ochrony prawnej jest bardziej uzasadnione.

Do takiego wniosku prowadzi również analiza przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy P.z.p. 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 P.z.p., 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 P.z.p. 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 P.z.p. Nie sposób bowiem twierdzić, że racjonalny ustawodawca, działający zgodnie z zasadami prawidłowej legislacji, chcąc dopuścić możliwość wnoszenia odwołań tak wobec odrzucenia własnej oferty, jak i zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy, pierwszą z tych możliwości przewidział w odrębnej podstawie prawnej, wprost tę czynność wskazując (pkt 4), a drugą z niewiadomych powodów „ukrył” w przesłance dotyczącej wyboru oferty najkorzystniejszej (pkt 6).

Co więcej, gdyby zamiarem ustawodawcy nie było ograniczenie odwołań na podstawie punktu 6 wyłącznie do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty *sensu stricto*, zbędne byłoby określanie pozytywnego katalogu czynności podlegających zaskarżeniu w postępowaniach poniżej progów. Jeśli bowiem przyjąć, że zaskarżeniu w ramach *wyboru oferty najkorzystniejszej* podlega każda czynność i każde zaniechanie poprzedzające ten wybór, to – co do zasady – zaskarżeniu podlegałyby wszystkie czynności i zaniechania zamawiającego w postępowaniu, które miały miejsce między złożeniem ofert a wyborem oferty najkorzystniejszej (wszystko, co robi w postępowaniu zamawiający, oprócz unieważnienia postępowania, zmierza do wyboru oferty najkorzystniejszej). W takiej sytuacji racjonalny ustawodawca nie określałby tego katalogu od strony pozytywnej, a jedynie wskazałby od strony negatywnej, kiedy odwołanie nie przysługuje (czynność lub zaniechanie unieważnienia postępowania – tylko to bowiem pozostałoby poza katalogiem określającym dopuszczalny zakres zaskarżenia).

Wyraźnego podkreślenia wymaga również, że przepis art. 180 ust. 2 ustawy P.z.p. ma charakter wyjątku od zasady. W przeciwieństwie do postępowań dotyczących zamówień, których wartość jest równa lub wyższa od tzw. progów unijnych, w przypadku postępowań podprogowych zasadą jest to, że odwołanie nie przysługuje. O intencjach ustawodawcy świadczy nieprzypadkowo użyte w art. 180 ust. 2 ustawy P.z.p. słowo *wyłącznie*. Ustawodawca w wyniku nowelizacji nie zdecydował o zniesieniu różnic przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej w postępowaniach podprogowych i postępowaniach powyżej progów. Zdecydowano jedynie o nieznacznym poszerzeniu katalogu przesłanek umożliwiających wniesienie odwołania w postępowaniach podprogowych. Skoro zatem katalog czynności, wobec których odwołanie przysługuje, nadal ma charakter wyjątku od zasady, to nie może być on interpretowany rozszerzająco.

Należy również zauważyć, że w postępowaniach o wartości równej lub wyższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p., 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 P.z.p. była i jest mowa wyłącznie o tym, że odwołanie w postępowaniach poniżej progów służy wyłącznie wobec czynności, zaś ustawodawca 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 przesłance). 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, które doprowadziły do danego wyniku postępowania, nie wspomina o zaniechaniach. Odmienne natomiast odnosi się do tej kwestii przepis art. 181 ust. 1 ustawy P.z.p., 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 ustawy P.z.p.

W dalszej kolejności zauważyć należy, że zgodnie z przepisem art. 92 ust. 1 ustawy P.z.p. 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 P.z.p. brzmi:

Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o:

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

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

najkorzystniejszej mieści się zaniechanie czynności odrzucenia oferty czy zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy w sytuacji, gdy zamawiający nie dokonał jeszcze czynności wyboru oferty *najkorzystniejszej*.

Interpretacja funkcjonalna art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy P.z.p. w sposób dopuszczający zaskarżanie – w ramach odwołań wobec wyboru oferty *najkorzystniejszej* – zaniechania odrzucenia oferty czy zaniechanie wykluczenia wykonawcy, nie daje się obronić również z powodu konsekwencji praktycznych, co do których należy wykluczyć, aby były objęte zamiarem ustawodawcy. Przyjmując, że dopuszczalne jest kwestionowanie zaniechania 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 P.z.p. byłaby jeszcze bardziej trudna do zastosowania w trybach, w których następuje prekwalfikacja wykonawców, a w których ocenę istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy od wyboru *najkorzystniejszej* oferty dzieli cały odrębny etap postępowania. W takich postępowaniach z jednej strony za niedopuszczalne należałoby uznać odwołanie wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy w terminie liczonym zgodnie z art. 182 ust. 1 ustawy Pzp (tj. od przesłania informacji o wykonawcach zaproszonych do dalszego etapu postępowania) z powołaniem się na 180 ust. 2 pkt 6 ustawy P.z.p. – nie nastąpił bowiem wybór wyboru 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 po wyborze oferty na etap prekwalfikacji. Nie można zakładać, aby taki właśnie był zamiar racjonalnego ustawodawcy.

Konkludując, przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym *czynność wyboru oferty najkorzystniejszej* należy rozumieć szeroko – jako zwieńczenie wszystkich czynności z zakresu badania i oceny ofert, które doprowadziły do wyboru oferty *najkorzystniejszej*, nie daje się obronić w świetle testu racjonalnego ustawodawcy. Przy przyjęciu takiej wykładni poza zakresem zaskarżenia w postępowaniach podprogowych pozostawałoby *de facto* unieważnienie postępowania. Gdyby taki właśnie był zamiar ustawodawcy, przepis art. 180 ust. 2 zostałby sformułowany inaczej.

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

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 P.z.p., gdzie mowa jest wyraźnie o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie zaś zaniechaniu odrzucenia wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą. Tym samym skład orzekający Izby podzielił jednolite stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w innych orzeczeniach wydanych w analogicznych sprawach, tj. w postanowieniu z 5 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1599/16, w postanowieniu z 15 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1674/16, w postanowieniu z 21 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1696/16, postanowieniu z dnia 29 września 2016 roku, sygn. akt KIO 1750/16 oraz w postanowieniu z dnia 8 listopada 2016 roku, sygn. akt KIO 2026/16.

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

Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 189 ust. 3 zd. pierwsze ustawy P.z.p.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....