

POSTANOWIENIE
z dnia 4 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski
Daniel Konicz
Sylwester Kuchnio

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego **4 stycznia 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **21 grudnia 2016 r.**

przez wykonawcę: **CUBE.ITG S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup i wdrożenie systemu informatycznego wspomagającego planowanie i udzielanie zamówień publicznych w Centrum Usług Wspólnych* (nr postępowania 4/2016/WSiR/PN/WW)

prowadzonym przez zamawiającego: **Centrum Usług Wspólnych, Warszawa**

przy udziale wykonawcy: **rdGIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. Odrzuca odwołanie.**
- Kosztami postępowania obciąża **CUBE.ITG S.A. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego **odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie

7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Usług Wspólnych w Warszawie – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup i wdrożenie systemu informatycznego wspomagającego planowanie i udzielanie zamówień publicznych w Centrum Usług Wspólnych* (nr postępowania 4/2016/WSiR/PN/WW). Ogłoszenie o tym zamówieniu 27 października 2016 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 327931-2016. Wartość tego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

16 grudnia 2016 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną Odwołującemu – CUBE.ITG S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Cube.itg”} zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez rdGIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również „rdGIS”}

21 grudnia 2016 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od zaniechania odrzucenia oferty rdGIS.

Odwołujący zarzucił w związku z tym Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art 89 ust. 1 pkt 2 – przez zaniechanie odrzucenia oferty rdGIS, która nie odpowiada treści SIWZ w zakresie: a) niezaoferowania licencji oprogramowania standardowego (narzędziowego, systemowego, bazodanowego, etc.), pomimo że bez jego instalacji realizacja przedmiotu zamówienia nie będzie możliwa; b) zaoferowania rozwiązania, którego rozbudowa / modyfikacja w zakresie określonym dla Etapu I nie jest możliwa w zaoferowanym przez Wykonawcę terminie 30 dni; c) zaoferowania rozwiązania, którego podstawą ma być system dystrybuowany przez producenta na warunkach niespełniających określonych w § 11 wzoru umowy wymagań w części dotyczącej praw własności intelektualnej.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 4 – przez zaniechanie odrzucenia oferty rdGIS, pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia i wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Odrzucenia oferty rdGIS z uwagi na to, że nie odpowiada treści SIWZ, a nadto zawiera

rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

3. Powtórzenia czynności oceny złożonych ofert.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania podał dodatkowe okoliczności faktyczne i prawne w odniesieniu do powyższej listy zarzutów.

23 grudnia 2016 r. do Prezesa Izby wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez rdGIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Na podstawie treści odwołania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, Izba ustaliła i zważyła , co następuje:

Poza wszelkim sporem jest okoliczność, że postępowanie prowadzone przez Zamawiającego ma wartość poniżej tzw. progów unijnych.

Odwołanie dotyczy zaniechania odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą, pomimo że według Odwołującego powinna ona zostać odrzucona zarówno na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, jak i art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp, z powodów sprecyzowanych w odwołaniu.

Zaznaczyć należy, że o skuteczności wniesienia przedmiotowego odwołania decyduje ocena dopuszczalności podniesienia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy, które to zaniechanie jest istotą sporu. Z powodu braku tego typu czynności w zamkniętym katalogu zawartym w art. 180 ust. 2 pzp, wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 189 ust. 2 pzp, nie przyznano ochrony prawnej w postaci odwołania wobec takiej decyzji prowadzącego postępowanie

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 pzp Izba odrzuca odwołanie jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 pzp. Z kolei w powołanym art. 180 ust. 2 pzp – w brzmieniu nadanym 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. – wskazano, że 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.

Analiza znowelizowanego art. 180 ust. 2 pkt 6 pzp prowadzi zdaniem Izby do wniosku, że zakres zastosowania tego przepisu nie obejmuje zaniechanie czynności odrzucenia oferty, a jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Stąd art. 180 ust. 2 pkt 6 pzp dopuszcza zakwestionowanie 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 pzp).

Za prezentowanym rozumieniem normy art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy pzp i sformułowania „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” przemawia przede wszystkim wykładnia językowa tego przepisu. Zgodnie z zastanym, podstawowym, słownikowym znaczeniem, pojęcie wybór oznacza wybranie jednej z kilku możliwości (tak internetowy Słownik Języka Polskiego PWN). W tym przypadku wybranie jednej, najkorzystniejszej oferty spośród wielu. Natomiast przypisywanie, iż na wybór najkorzystniejszej oferty składają się również jakieś czynności uprzednie, dotyczące kwalifikacji ofert czy wykonawców w celu prawidłowego ustalenia kręgu ofert, spośród których dokonywany jest wybór, nie znajduje oparcia w samym językowym znaczeniu terminu i jako takie wymaga innych niż językowe zabiegów interpretacyjnych. Tym samym literalne brzmienie przepisu dotyczy li tylko możliwości kwestionowania wyboru sensu stricto, a więc uznania za najkorzystniejszą ofertę, która nie jest najkorzystniejsza spośród ofert, pomiędzy którymi wybór jest dokonywany (najkorzystniejsza w świetle określonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert – w rozumieniu art. 2 pkt 5 pzp).

Definicja *wyboru najkorzystniejszej oferty* wynika pośrednio z art. 91 ust. 1 pzp, który stanowi, że Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. *Wybór oferty najkorzystniejszej* należy więc rozumieć jako czynność Zamawiającego polegającą na ocenie ofert przy zastosowaniu określonych w SIWZ kryteriów i ustalenie, która ze złożonych ofert jest najkorzystniejsza według tych kryteriów. Zdaniem Izby tylko tak rozumiany wybór oferty najkorzystniejszej może być przedmiotem odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego wartość jest mniejsza niż tzw. progi unijne. Pojęcia, czy w tym przypadku czynności, wyboru najkorzystniejszej oferty nie definiuje bynajmniej tytuł rozdziału 4 ustawy: „Wybór najkorzystniejszej oferty”. W rozdziale tym pomieszczonych jest szereg norm odnoszących się do różnych czynności, które nie składają się na wybór najkorzystniejszej oferty i siłą rzeczy nie mogą go stanowić. Są to np. normy dotyczące przygotowania postępowania (dopuszczenie składania ofert wariantowych – art. 83 pzp), uprawnień wykonawcy (art. 84

pzp), przepisy techniczne dotyczące otwarcia czy przechowywania ofert, obowiązki informacyjne związane z udzieleniem zamówienia... *etc.* Ponadto szereg czynności, które zamawiający musi bezwzględnie przeprowadzić, i które mają składać się na dynamiczny proces badania ofert oraz decydują o ważności umowy w sprawie zamówienia, regulowane jest poza ww. rozdziałem. Są to np. kwestie podmiotowej kwalifikacji wykonawcy składającego ofertę i jego wykluczenia z postępowania.

Za powyższym stanowiskiem przemawia również fakt, że w wyniku wspomnianej nowelizacji z 22 czerwca 2016 r. o wiele większego znaczenia nabrały pozacenowe kryteria oceny ofert (np. kwalifikacje i doświadczenie osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, aspekty społeczne, jakościowe, innowacyjne), których stosowanie jest w większości przypadków obowiązkowe. W rezultacie większego znaczenia nabrał zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Dodanie w art. 180 ust. 2 pzp możliwości zaskarżenia wyboru oferty najkorzystniejszej uwzględnia powyższą zmianę, która spowodowała, że czynność ta jest obecnie obarczona większym niż dotychczas ryzykiem naruszenia przepisów ustawy pzp, co czyni poddanie jej weryfikacji w drodze środków ochrony prawnej bardziej uzasadnione.

Do takiego wniosku prowadzi również analiza art. 180 ust. 2 pkt 6 pzp na tle innych przepisów określających możliwość wnoszenia odwołań w postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych oraz wykładnia tych przepisów z uwzględnieniem domniemania racjonalności ustawodawcy. Ustawodawca zdecydował się wprowadzić nową przesłankę, zgodnie z którą w postępowaniach tzw. 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 przysługuje wobec czynności odrzucenia wyłącznie oferty odwołującego i czynności wykluczenia wyłącznie odwołującego z postępowania. Stąd pod pojęciem „czynność wyboru oferty najkorzystniejszej” nie może się kryć ani czynność odrzucenia oferty odwołującego, ani czynność wykluczenia odwołującego z postępowania, gdyż wówczas objęcie tych samych czynności dyspozycją pkt 3 i 4 tegoż artykułu ustawy pzp byłoby zbędne. Nie sposób twierdzić bowiem, że racjonalny ustawodawca działający zgodnie z zasadami prawidłowej legislacji, chcąc dopuścić możliwość wnoszenia odwołań zarówno 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). 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 właściwej 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.

Natomiast rozszerzająca interpretacja pkt 6 oraz użytego tam pojęcia wybór najkorzystniejszej oferty prowadzi do konstatacji o zbędności przepisu punktu 4 art. 180 ust. 2 pzp – w takim przypadku wybór najkorzystniejszej oferty byłby przecież równie nieprawidłowy i możliwy do zakwestionowania li tylko na podstawie pkt 6, jeżeli niesłusznie odrzucona zostałaby oferta odwołującego (nie byłoby przy tym wcale potrzeby podnoszenia tej okoliczności wcześniej, na etapie dokonywania czynności, których sekwencyjność umożliwia na nowo ukształtowaną procedurę udzielania zamówienia). Racjonalny ustawodawca posługuje się metodami legislacji w najprostszy i najbardziej klarowny sposób zapewniającymi zamierzony efekt regulacyjny, nie dublując przy tym regulacji o takim samym znaczeniu normatywnym (pkt 4 zawiera się w 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 zaskarżenia *wyboru oferty najkorzystniejszej* podlega każda czynność i każde zaniechanie poprzedzające ten wybór i rzutujące na określenie kręgu ofert, spośród których wybór jest dokonywany, to co do zasady zaskarżeniu podlegałyby wszystkie czynności i zaniechania zamawiającego w postępowaniu, które miały miejsce między złożeniem ofert a wyborem oferty najkorzystniejszej i wpływały na ważność umowy w sprawie zamówienia. Wykładnia rozszerzająca sprowadza się w tym przypadku w swej logicznej konsekwencji do stanowiska, że wszystkie czynności zamawiającego związane z oceną wniosków lub ofert, oprócz unieważnienia postępowania, zmierzają bezpośrednio do wyboru oferty. W takiej sytuacji racjonalny ustawodawca nie określałby tego katalogu pozytywnie, ale negatywnie wskazał, od czego odwołanie nie przysługuje. W praktyce byłoby to tylko unieważnienie postępowania. Żadne inne czynności czy zaniechania zamawiającego, zwłaszcza nierzutujące na ważność umowy w sprawie zamówienia, nie wydają się tu szczególnie istotne i nie stanowią przedmiotu odwołań w postępowaniach nadprogowych – tym samym ich regulacja byłaby możliwa do pominięcia.

Ponadto dostrzeżenia wymaga, że przepis art. 180 ust. 2 pzp ma charakter wyjątku od zasady. W przeciwieństwie do postępowań powyżej progów, w przypadku postępowań tzw. 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 zróżnicowania środków ochrony prawnej w postępowaniach o wartości zamówienia powyżej i poniżej progów unijnych. Zdecydowano jedynie o nieznacznym poszerzeniu katalogu przesłanek umożliwiających wniesienie odwołania w postępowaniach tzw. podprogowych. Skoro zatem katalog czynności, wobec których odwołanie przysługuje, nadal ma charakter wyjątku od zasady, nie może on być interpretowany rozszerzająco.

Warto także podkreślić, że w postępowaniach powyżej progów unijnych 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 pzp była i jest mowa wyłącznie o tym, że odwołanie w postępowaniach tzw. podprogowych służy wyłącznie wobec czynności, zaś nie wspomina się o zaniechaniach zamawiającego. Skoro sama zasada konstytuująca wyjątek nie uległa zmianie, nie ma podstaw, aby wywodzić, 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 art. 180 ust. 2 pzp katalog przesłanek zawsze miał charakter pozytywny, odnosił się do czynnego zachowania zamawiającego, nie wspominał zaś o jego o możliwych zaniechaniach. Sytuacja ta nie uległa zmianie w wyniku ostatniej nowelizacji ustawy pzp. Nadal ustawodawca koncentruje się na zachowaniach zamawiającego o charakterze czynnym, które doprowadziły do danego wyniku postępowania, nie wspomina o zaniechaniach.

W ocenie Izby nie można pomijać istnienia 181 ust. 1 pzp, zgodnie z którym wykonawca może w terminie przewidzianym dla wniesienia odwołania poinformować zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez zamawiającego jak również o zaniechaniu czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 pzp. Tym samym ustawodawca nie zamknął wykonawcy drogi do skutecznego kwestionowania zaniechań zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na które nie przysługuje odwołanie.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego charakteryzują się fazowością. W pierwszej kolejności weryfikacji podlega spełnienie przesłanek podmiotowych warunkujących udział wykonawcy w procedurze przetargowej, o których traktuje art. 22 ust. 1

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

W dalszej kolejności zauważyć należy, że z art. 92 ust. 1 pzp w dotychczasowym brzmieniu wynikało, że zamawiający miał jednocześnie informować o wyborze oferty najkorzystniejszej, oraz o ofertach odrzuconych i wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania. Przepis ten brzmiał następująco: *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.*

Natomiast aktualnie art. 92 ust. 1 ustawy brzmi następująco: *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), jednocześnie 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.

Interpretacja funkcjonalna art. 180 ust. 2 pkt 6 pzp w sposób dopuszczający zaskarżanie – w ramach odwołań wobec wyboru oferty najkorzystniejszej – zaniechania odrzucenia oferty czy zaniechania 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 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 pzp byłaby jeszcze trudniejsza do zastosowania w trybach, w których następuje prekwalfikacja wykonawców, gdzie 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

pzp (tj. od przesłania informacji o wykonawcach zaproszonych do dalszego etapu postępowania) z powołaniem się na 180 ust. 2 pkt 6 pzp – nie nastąpił bowiem wybór oferty najkorzystniejszej. Z drugiej strony dopuszczenie do wnoszenia odwołań dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej w takim trybie byłoby, po pierwsze – oderwane od określonych ustawą terminów na wniesienie odwołań, 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.

Podkreślić należy, iż prezentowana wykładania funkcjonalna niweczy argumenty dotyczące rzekomego celu, jakim kierować miał się ustawodawca przy nowelizacji art. 180 ust. 2 pzp, mającego polegać na znaczącym rozszerzeniu zakresu zaskarżenia w postępowaniach tzw. podprogowych, zwłaszcza na zaniechanie odrzucenia ofert konkurentów i ich wykluczenia. Trudno bowiem przyjąć, że rozszerzenie takie miałoby dotyczyć jedynie postępowań jednostopniowych albo niweczyć dotychczasową interpretację przepisów dotyczących terminów na wnoszenie odwołań. Innymi słowy, że w podprogowych przetargach jednostopniowych wybór oferty wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania mógłby zostać zaskarżony, natomiast w procedurach dwustopniowych ze względu na upływ terminu zaskarżenia czynności prekwalfikacji, wybór najkorzystniejszej nie mógłby zostać zakwestionowany z tego powodu. Alternatywą dla powyższego rozróżnienia zakresu ochrony odwoławczej była zmiana sposobu liczenia terminów na wnoszenie odwołań stosowana również względem postępowań nadprogowych.

Najlepszą ilustracją powyższego stanowiska jest dotychczasowa praktyka wnoszenia i przyjmowania odwołań dotyczących trybów dwustopniowych o wartości powyżej progów unijnych. W zakresie tego typu postępowań zasadą jest pełna zaskarżalność czynności zamawiającego. Regulacja ustawowa w tym zakresie nie uległa zmianie. Nie zmieniły się właściwie również przepisy dotyczące obliczania terminów na wniesienia odwołań, które liczone są od czynności zamawiającego (art. 182 ust. 1 Pzp). W ich świetle w przypadku trybów dwustopniowych, przewidujących prekwalfikację wykonawcy, odwołanie dotyczące np. zaniechania wykluczenia wykonawcy i zaproszenia go do składania ofert wnoszone jest w terminie liczonym od tej czynności. Na następnym etapie postępowania, tj. przy wyborze najkorzystniejszej oferty, odwołujący nie może zakwestionować prawidłowości wyboru ze względu na wybór oferty wykonawcy, który winien być wykluczony z postępowania, gdyż jest już na to za późno.

W świetle powyższego wykładania rozszerzająca art. 180 ust. 1 pkt 6 pzp doprowadzi do sytuacji, w której postulowane rozszerzenie możliwości skarżenia ofert konkurentów swój pełny wymiar znajdzie jedynie w postępowaniach jednostopniowych, albo konieczne stanie się również odejście od dotychczasowej praktyki skarżenia podejmowanych czynności

i związanych z nimi zaniechań w terminie liczonym od poinformowania o nich, także w postępowaniach tzw. nadprogowych. Skoro wybór najkorzystniejszej oferty rozumiany jest w ten sposób, że obejmuje również zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy czy odrzucenia jego oferty, również w przetargu dwustopniowym wybór najkorzystniejszej oferty może być zakwestionowany w terminie liczonym od jego dokonania, z podniesieniem wszystkich okoliczności związanych z czynnościami uprzednio podjętymi w postępowaniu (za prawidłowy nie może przecież zostać uznany wybór oferty wykonawcy, który winien podlegać wykluczeniu). Trudno przyjąć, że ustawodawca zamierzał zróżnicować możliwy zakres zaskarżenia w różnych trybach udzielania zamówień w postępowaniach tzw. podprogowych lub godził się na różnicowanie liczenia terminów do wnoszenia odwołań w odniesieniu do postępowań tzw. podprogowych i postępowań tzw. nadprogowych, gdy przepisy dotyczące terminów są takie same. W ocenie Izby nie jest dopuszczalne w takim przypadku różne rozumienie wyboru najkorzystniejszej oferty w trybach dwustopniowych i jednostopniowych. Nie jest dopuszczalne również posługiwanie się argumentem, że terminowe ograniczenie możliwości zaskarżenia wyboru najkorzystniejszej oferty ze względu na zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego ofertę wybrano, w przetargu dwustopniowym o wartości poniżej progów nie znajduje zastosowania, dlatego że wykonawca uprzednio nie mógł zaskarżyć czynności prekwalitywacyjnych. Prawo takich sytuacji nie rozróżnia.

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

Dodatkowo należy mieć na względzie, że w toku uzgodnień międzyresortowych pracy nad nowelizacją, 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 pzp. Autor nowelizacji (Ministerstwo Rozwoju) zaznaczyło w toku prac legislacyjnych, że projektowana zmiana jest korzystna dla wykonawców, a enumeratywne wyliczenie nie otwiera zakresu środków ochrony prawnej tak szeroko, jak jego brak (*Przede wszystkim, poza tym zakresem będą „zaniechania” zamawiającego, a to znaczna różnica.* Poza tym

uznano, że do rozważenia jest rezygnacja z pkt 7 (dotyczył on unieważnienia postępowania), w tym przypadku nikt nie uzyskuje bowiem zamówienia. Ostatecznie zgodnie z takimi właśnie założeniami ukształtowała się treść art. 180 ust. 2 pzp.

Odmiennej zamiarów nie sposób również wyczytać z innych materiałów z prac legislacyjnych, w tym z samego uzasadnienia projektu nowelizacji ustawy pzp, a należałoby zakładać, że jeśli ustawodawca chciał tak dalece znieść dotychczas obowiązujące ograniczenia, 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 przepisu. Dokonywana przez Izbę wykładnia nie może natomiast uwzględniać oczekiwań wykonawców co do możliwości jak najszerszego wnoszenia odwołań w postępowaniach tzw. podprogowych, skoro nie tylko nie znajdują one potwierdzenia w brzmieniu przepisu, ale wręcz stoją w opozycji do wyników tej wykładni i wyartykułowanych przez autora projektu celów.

Istotnym dla rozpoznania tej sprawy jest również stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w jednym z postanowień (sygn. akt KIO 1810/16): *Nie bez znaczenia dla osądu rzeczonoj sprawy pozostają przepisy unijne. Dyrektywy odwoławcze 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniające dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/WG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych mają zastosowanie wyłącznie do naruszeń przepisów dyrektyw regulujących procedury udzielania zamówień publicznych, lub przepisów krajowych implementujących postanowienia tych dyrektyw, tj. w aktualnym stanie prawnym – dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych oraz 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchwalone 26 lutego 2014 r. i odnoszące się do zamówień o wartości powyżej progów wyznaczonych powołanym wyżej rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2015 r. poz. 2263). Nie są objęte zakresem dyrektyw odwoławczych, zamówienia które ze względu na swoją wartość nie podlegają postanowieniom dotyczącym procedur udzielania zamówień publicznych.*

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

Sprawiedliwości, zwracała uwagę na konieczność zapewnienia środków ochrony prawnej dla najistotniejszych decyzji mogących naruszać interes wykonawców, takich jak wykluczenie ich z postępowania czy też odrzucenie oferty. Takie stanowisko znalazło wyraz w Komunikacie wyjaśniającym KE dotyczącym prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych z dnia 1 sierpnia 2006 r.

Realizując powyższe postulaty ustawodawca krajowy zmienił treść art. 184 ust. 1 Pzp w brzmieniu z dnia 13 kwietnia 2007 r. – o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 82, poz. 560) – mówiącego, że od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania UOPWE ogłoszeń o zamówieniach – i w kolejnej nowelizacji z dnia 4 września 2008 r. – o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) wprowadził przepis art. 184 ust. 1a w brzmieniu: W postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę; 2) opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia oferty.

Przy czym dla powyższej nowelizacji przedstawiono następujące uzasadnienie projektu. „Niezbędne jest zatem wprowadzenie systemu gwarantującego ochronę podstawowych interesów wykonawców, który nie będzie ograniczał się jedynie do postępowań, których wartość przekracza progi wynikające z przepisów dyrektyw. Mając to na względzie, proponuje się ujednoczenie zasad wnoszenia środków ochrony prawnej dla zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne. W postępowaniach tych wykonawca powinien mieć zagwarantowane prawo do wnoszenia efektywnych środków ochrony prawnej dotyczących jego najistotniejszych interesów, a mianowicie: 1) nieprawidłowego wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, wolnej ręki, zapytania o cenę; 2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia oferty. Proponowane zmiany dotyczące systemu środków ochrony prawnej wpłyną pozytywnie na przebieg procedury udzielania zamówień publicznych. Przede wszystkim w przypadku zamówień na roboty budowlane zostanie wprowadzona ochrona prawna dla zamawiających do progu 5 150 000 euro polegająca na wyeliminowaniu prawa do wniesienia środków ochrony prawnej na czynności nie godzące bezpośrednio w interes wykonawcy, który z nich korzysta (np. dotyczące nieprawidłowości w ofercie innego wykonawcy). Wykonawcy będą mieli zagwarantowane efektywne środki

ochrony we wszystkich postępowaniach poniżej progów na decyzje zamawiających, godzące w ich podstawowe interesy (obecnie wykonawcy nie mają prawa do wniesienia odwołania poniżej progów właściwych dla dostaw i usług), przy czym skarżone będą mogły być wyłącznie te czynności zamawiającego, które bezpośrednio dotyczą wykonawcy wnoszącego dany środek ochrony prawnej”.

Następna nowelizacja z dnia 2 grudnia 2009 r. – o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) w omawianym zakresie - pozostawała w związku z wyeliminowaniem instytucji protestu i wprowadziła przepis art. 180 ust. 2, że jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; 2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia oferty odwołującego – miała więc znaczenie jedynie doprecyzowujące i obowiązywała do wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r., tj. w aktualnym brzmieniu.

Dokonana w ten sposób wykładania nie kwestionuje bynajmniej ogólnych celów ustawy Prawo zamówień publicznych, nie przekreśla zasad legalizmu prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, nie przeczy również oczywistej konstatacji, że wybór najkorzystniejszej oferty jest zwińczeniem długiego postępowania i sekwencji czynności, które go poprzedzają. Opiera się jedynie na historycznie ugruntowanym i instytucjonalizowanym przez samego ustawodawcę stanowisku, że nie wszystkie czynności zamawiających, dokonywane w postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych, muszą podlegać kontroli w ramach istniejącego systemu środków ochrony prawnej. System zamówień publicznych działa w ten sposób dość sprawnie od bardzo dawna, a ponadto istnieją rozmaite mechanizmy kompensujące wyłączenia pewnego zakresu czynności z systemu środków ochrony prawnej (np. działania licznych instytucji kontrolnych).

Podkreślenia wymaga również, że powyższe stanowisko Izby znajduje pełne odzwierciedlenie w uprzednio wydanych postanowieniach: 5 września 2016 r. (sygn. akt KIO 1599/16), 15 września 2016 r. (sygn. akt KIO 1674/16), 21 września 2016 r. (sygn. akt KIO 1696/16), 29 września 2016 r. (sygn. akt KIO 1750/16), 4 października 2016 r. (sygn. akt KIO 1810/16), 18 października 2016 r. (sygn. akt KIO 1910/16), 7 listopada 2016 r. (sygn. akt KIO 2059/16), 8 listopada 2016 r. (sygn. akt KIO 2026/16), 16 listopada 2016 r. (sygn. akt KIO 2084/16), 17 listopada 2016 r. (sygn. akt KIO 2128/16), 30 listopada 2016 r. (sygn. akt KIO 2232/16).

Wobec stwierdzenia zajścia przesłanki odrzucenia odwołania, Izba nie mogła merytorycznie rozpoznać odwołania, które podlega obowiązkowemu odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy pzp. Z tego względu, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie 2 w zw. z art. 189 ust. 3 ustawy pzp – odrzuciła odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron i Przystępującego do tego postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych 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), obciążając Odwołującego tymi kosztami, na które złożył się uiszczony przez niego wpis od odwołania.

Przewodniczący:

.....

.....