

**Sygn. akt: KIO 347/17**

**POSTANOWIENIE  
z dnia 1 marca 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Klaudia Szczytowska-Maziarz**

**Ryszard Tetzlaff**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 1 marca 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 22 lutego 2017 roku przez wykonawcę „REMONT-EX” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Larysza 11, 44-200 Rybnik w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Gospodarki Mieszkaniowej, ul. Ligonia 5c, 44-238 Czerwionka-Leszczyzny, woj. śląskie

**orzeka:**

1. odrzuca odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę „REMONT-EX” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Larysza 11, 44-200 Rybnik i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez „REMONT-EX” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Larysza 11, 44-200 Rybnik 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 Gliwicach.

**Przewodniczący:.....**

.....

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Zakład Gospodarki Mieszkaniowej, ul. Ligonia 5c, 44-238 Czerwionka-Leszczyny, woj. śląskie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Adaptację zdegradowanego budynku na mieszkania socjalne i chronione oraz utworzenie Centrum Usług Społecznych w Czerwionce-Leszczynach”, nr referencyjny sprawy: 01/ZP/2017.

Szacunkowa wartość zamówienia w przedmiotowym przetargu jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych, wydanych na podstawie art. 11 ust 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 377025-2016 z dnia 30 grudnia 2016 r.

W dniu 17 lutego 2017 r. Odwołujący: „REMONT-EX” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Larysza 11, 44-200 Rybnik powziął informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 22 lutego 2017r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od następujących czynności Zamawiającego:

1. zaniechanie wykluczenia, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust 1 pkt 16, art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp, konsorcjum składającego się z wykonawcy działającego pod firmą ZPUH MULTIDOMEX J.C. - A. T. Sp.j. oraz ze współników spółki cywilnej - IZOBUD s.c. A. L., B. L. (konsorcjum dalej jest określane, jako „wykonawca ZPUH MULTIDOMEX J.C. - A.T. Sp. j., pomimo ziszczenia się przesłanek do dokonania wyżej wymienionej czynności - tj. w/w wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej i zawodowej; w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził w błąd zamawiającego co do spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej i zawodowej, wprowadzając w błąd zamawiającego, próbował w ten sposób bezprawnie wpłynąć na czynności zamawiającego, a jednocześnie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje

podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówieniu (dotyczące spełniania przez w/w wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej);

2. zaniechanie odrzucenia, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, oferty wykonawcy działającego pod firmą wykonawcy ZPUH MULTIDOMEX J.C. - A.TY. Sp.j., mimo iż gwarancja wadialna została wystawiona tylko na rzecz jednego członka konsorcjum („IZOBUD s.c. A. L., B. L. nie zostali ujęci w treści gwarancji wadialnej);

3. zaniechanie uznania za odrzuconą, na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, oferty wykonawcy ZPUH MULTIDOMEX J.C. - A.T. Sp. j., pomimo ziszczenia się przesłanek do dokonania wyżej wymienionej czynności tj., oferta wspomnianego wyżej wykonawcy powinna zostać uznana za odrzuconą, ponieważ w/w wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania;

4. dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy ZPUH MULTIDOMEX J.C. - A.T. Sp. j., pomimo iż oferta ta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, a wykonawca ten podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp oraz na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp;

5. zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

6. z ostrożności procesowej - zaniechanie wezwania wykonawcy ZPUH MULTIDOMEX J.C. - A.T. Sp. . do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, lub w trybie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, w zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do zdolności technicznej i zawodowej.

Wskazany wyżej czynnościom Zamawiającego, Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 1 pkt 16, art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp, poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie, przejawiające się w zaniechaniu wykluczenia wykonawcy ZPUH MULTIDOMEX J.C. - A.T. Sp. j., mimo iż w/w wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej i zawodowej, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził w błąd zamawiającego co do spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej i zawodowej, a wprowadzając w błąd zamawiającego, próbował w ten sposób bezprawnie wpłynąć na czynności zamawiającego, a jednocześnie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie

zamówieniu (dotyczące spełniania przez w/w warunków udziału w postępowania w zakresie zdolności technicznej i zawodowej);

2. art. 24 ust 4 ustawy Pzp, poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie, przejawiające się w zaniechaniu uznania za odrzuconą oferty wykonawcy ZPUH MULTIDOMEX J.C. - A.T. Sp. j., pomimo ziszczenia się przesłanek do dokonania wyżej wymienionej czynności tj. oferta wspomnianego wyżej wykonawcy powinna zostać uznana za odrzuconą, ponieważ w/w wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania;

3. naruszenie art 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie, przejawiające się w zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy ZPUH MULTIDOMEX J.C. - A.T. Sp. j., mimo iż gwarancja wadialna została wniesiona nieprawidłowo -tj. została wystawiona tylko na jednego członka konsorcjum;

4. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie, przejawiające się w zaniechaniu wezwania wykonawcy ZPUH MULTIDOMEX J.C. - A.T. Sp. j., do uzupełnienia oferty, w sytuacji, gdy istniały podstawy do wystosowania wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej i zawodowej w/w wykonawcy;

4. art. 91 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp, art. 24 ust 1 pkt 16 ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp i art. 24 ust 4 ustawy Pzp, art 89 ust 1 pkt 7b ustawy Pzp, poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na wyborze oferty wykonawcy ZPUH MULTIDOMEX J.C. - A.T. Sp. j., mimo iż wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania, a jego oferta powinna zostać odrzucona oraz zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego;

5. art. 7 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców.

Mając na względzie opisane zarzuty Odwołujący wnosił o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy ZPUH MULTIDOMEX J.C. - A.T. Sp. j.,

2. nakazanie Zamawiającemu wykluczenie wykonawcy ZPUH MULTIDOMEX J.C. - A.T. Sp. j.,

3. nakazanie Zamawiającemu, by uznał ofertę wykonawcy ZPUH MULTIDOMEX J.C. -A.T. Sp. j., uznał za odrzuconą oraz, aby dokonał jej odrzucenia,

4. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności składających się na proces wyboru oferty najkorzystniejszej,

5. przeprowadzenie zawnioskowanych dowodów,

6. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

### **Izba ustaliła i zważyła co następuje:**

Izba z urzędu, na podstawie art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, 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 Pzp, dotyczy bowiem czynności innych niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp w brzmieniu po nowelizacji, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

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

Izba reprezentuje stanowisko, że powyższy przepis w postępowaniach podprogowych został przez ustawodawcę zawężony jedynie do sytuacji wyraźnie w nich wskazanych i nie może być interpretowany rozszerzająco.

W ocenie Izby nie może być rozpoznany zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy z przetargu z racji nie ujęcia tej sytuacji w katalogu powyższego przepisu art. 180 ust.2 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby znowelizowany przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp i wskazane w nim przez ustawodawcę wyraźne sformułowanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty świadczy o tym, że nie obejmuje ono zaniechania czynności odrzucenia oferty, jak również zaniechania czynności wykluczenia z postępowania, a jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ.

Za powyższym znaczeniem przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp decydują argumenty z zakresu wykładni literalnej.

Dosłowne brzmienie tego przepisu oznacza dopuszczenie zakwestionowania wyboru, jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest najkorzystniejsza w świetle określonych przez

zamawiającego kryteriów oceny ofert (nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp).

Natomiast definicja wyboru najkorzystniejszej oferty wynika pośrednio z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wybór oferty najkorzystniejszej należy rozumieć, jako czynności zamawiającego, polegające na zastosowaniu do oferty określonych w SIWZ kryteriów i ustalenie wyniku tej oceny w sposób skutkujący wyborem oferty.

W ocenie Izby tylko tak rozumiany wybór oferty najkorzystniejszej może być przedmiotem odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego wartość jest mniejsza niż tzw. progi unijne.

Powyższy pogląd Izby dodatkowo wzmacnia okoliczność, 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.

Wymaga również zauważenia, że nowelizując art. 180 ust. 2 ustawy Pzp., normodawca 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.

Wnosząc z przeciwności, odwołanie na zasadzie art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp nie przysługuje wobec zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy, jak i wobec zaniechania wykluczenia innego wykonawcy z postępowania, bowiem przepis ten nie może być interpretowany w taki sposób, że objęte są nim wszystkie czynności i zaniechania poprzedzające wybór najkorzystniejszej oferty, wówczas bowiem zbędne byłoby utrzymanie przesłanek określonych w art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp.

Należy również wskazać, że gdyby zamiarem ustawodawcy nie było ograniczenie odwołań na podstawie punktu 6 wyłącznie do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, zbędne byłoby określanie pozytywnego katalogu czynności podlegających zaskarżeniu w postępowaniach poniżej progów.

Izba również zwróciła uwagę, że przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter wyjątkowy w stosunku do zasady, że do postępowań innych niż podprogowe odwołanie przysługuje, co potwierdza również użycie w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp przez ustawodawcę sformułowania „wyłącznie”, a to decyduje, że niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca.

Należy również zauważyć, że w postępowaniach o wartości równej lub wyższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie służy wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Podczas, gdy w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp była i jest mowa jedynie o tym, że odwołanie w postępowaniach poniżej progów służy wyłącznie wobec czynności, zaś ustawodawca nie przewidział zaniechania zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, nieuprawnione jest twierdzenie, 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.

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

Dodatkowo Izba dostrzegła, że zgodnie z przepisem art. 92 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji, zamawiający miał obowiązek jednocześnie informować



o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o ofertach odrzuconych i wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania. Treść tego przepisu była następująca:

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

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

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

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

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

Obecnie przepis art. 92 ust. 1 ustawy Pzp ma następujące brzmienie:

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.

Z powyższego brzmienia tych przepisów należy wnioskować, że ustawodawca odrębnie wypowiedział się o wyborze oferty najkorzystniejszej (pkt 1), wykluczeniach (pkt 2),

odrzuconiu (pkt 3), zaś po nowelizacji zamawiający nie ma już obowiązku jednoczesnego informowania o tych czynnościach, a 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 Pzp 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 Pzp 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 art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy 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 prekwalifikacji. Nie można zakładać, aby taki właśnie był zamiar racjonalnego ustawodawcy.

Reasumując, przyjęcie stanowiska zgodnie, z którym czynność wyboru oferty najkorzystniejszej należy rozumieć szeroko – jako następstwo wszystkich czynności z zakresu badania i oceny ofert, które doprowadziły do wyboru oferty najkorzystniejszej, nie daje się obronić w świetle tekstu racjonalnego ustawodawcy.

Przy przyjęciu takiej wykładni poza zakresem zaskarżenia w postępowaniach podprogowych pozostawałoby unieważnienie postępowania. Gdyby taki właśnie był zamiar ustawodawcy, przepis art. 180 ust. 2 zostałby sformułowany inaczej.

Dodatkowo 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.

Odmienne 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.

Natomiast dokonywana przez Izbę interpretacja nie może 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 Pzp, gdzie mowa jest wyraźnie o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie zaś zaniechaniu wykluczenia i zaniechaniu odrzucenia wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą.

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, postanowienie z 13 lutego 2017 r., sygn. akt: KIO 246/17 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., sygn. akt: IV Ca 1051/16 (niepublikowany).

Jednocześnie Izba nie przyjęła zapatrywania składów orzekających w powołanych przez Odwołującego: wyroku z 21 grudnia 2016 r. (sygn. akt: IX Ga 502/16) Sądu Okręgowego w Lublinie w i wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z 22 grudnia 2016 r. (sygn. akt: II Ca 1461/16).

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 Pzp

**Przewodniczący:**.....

.....

.....