

POSTANOWIENIE
z dnia 8 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio
Izabela Kuciak
Emil Kuriata

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 8 listopada 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 października 2016 r. przez P. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „COPY.NET.PL P. S.”, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Skarb Państwa – Komenda Wojewódzka Policji w Radomiu,

przy udziale:

- Technet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- CEZAR C. M. i P. G. spółka jawna z siedzibą w Radomiu, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża P. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „COPY.NET.PL P. S.” i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez P. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „COPY.NET.PL P. S.” 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 Radomiu.

Uzasadnienie

Zamawiający, Skarb Państwa – Komenda Wojewódzka Policji w Radomiu, prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2024 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup i dostawa urządzeń drukujących dla potrzeb jednostek Policji garnizonu mazowieckiego”.

W dniu 24 października 2016 r., działając na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp, P. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „COPY.NET.PL P. S.”, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w ww. postępowaniu, polegających na:

1. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Technet Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu (dalej jako „Technet”) w zadaniu nr 1 i nr 2 oraz wyborze oferty tego wykonawcy w tych zadaniach jako najkorzystniejszej, pomimo, iż oferta nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ),
2. zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy CEZAR C. M. i P. G. Sp. j. z siedzibą w Radomiu (dalej jako „Cezar”) w zadaniu nr 2.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TECHNET - pomimo tego, iż treść złożonej oferty nie odpowiada treści SIWZ;
2. art. 89 ust 1 pkt 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TECHNET i oferty CEZAR - pomimo tego, iż treść złożonej oferty zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;
3. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez opis przedmiotu w sposób niejednoznaczny i w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Odwołujący wniósł o

1. unieważnienie czynności badania i oceny ofert,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty złożonej przez TECHNET w zadaniu nr 1 i nr 2,
3. odrzucenia oferty złożonej przez CEZAR w zadaniu nr 2

4. dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania wskazano:

„I. Dnia 19.10.2016r. Zamawiający przekazał wykonawcom zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. Z przedmiotowego pisma wynika, iż jako najkorzystniejsza w Postępowaniu w zadaniu nr 1 i nr 2 wybrana została oferta TECHNET. Zamawiający ocenił również i sklasyfikował oferty pozostałych Wykonawców biorących udział w Postępowaniu.

ZANIECHANIE ODRZUCENIA OFERTY ZE WZGLĘDU NA NARUSZENIE ART. 89 UST. 1 PKT. 2 i ART. 89 UST. 1 PKT 6 PZP

1. Stosownie do przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W orzecznictwie wskazuje się, iż „Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany -przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonaniu przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.” (wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2009r., sygn. akt KIO/UZP 1567/09 i wskazane tam orzecznictwo, wyroki z 26 marca 2008r., sygn. akt KIO/UZP 218/08; 1 lutego 2005r. sygn. akt UZP/ZO/0-102/05, z dnia 14 marca 2005r., sygn. akt UZP/ZO/0-423/05, z dnia 18 stycznia 2006r., sygn. akt UZP/ZO/0-4/06, z 28 lipca 2006r., sygn. akt UZP/ZO/0-1428/06, z dnia 5 września 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2424/06.).

W doktrynie (por. J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, C.H. Beck 2009) podkreśla się, że oferta nieodpowiadająca treści specyfikacji to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odmiennosc ta powinna przejawiać się przede wszystkim w zakresie, proponowanego przedmiotu zamówienia. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 2010-07-30 w sprawie o sygn. akt KIO 1484/10 wskazano: "Treść SIWZ to, przede wszystkim, zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i

zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego" (por. wyrok KIO z dnia 8 września 2008 r. sygn.. akt KIO/UZP 883/08)."

Zgodnie z art. 29 ust 1 i 2 ustawy Pzp Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Czynność dokonania opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych przez Zamawiającego w celu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Z tej przyczyny przepisy ustawy wyznaczają sposób dokonywania opisu przedmiotu zamówienia przez zamawiającego. „Podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane), i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny, z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Ustawa podaje także, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty". (Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Prawo zamówień publicznych, wyd. WoltersKluwers).

WYMAGANIA ZAWARTE W SIWZ W ODNIESIENIU DO OFERT POSZCZEGÓLNYCH WYKONAWCÓW

Oferta TECHNET

1. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający zgodnie z zapisami w zał. nr 5 i 6 żądał zaoferowania dostarczenia materiałów eksploatacyjnych polecanych przez producenta oferowanego sprzętu.

Dostarczane materiały muszą być:

- wolne od wad fizycznych i prawnych;
- fabrycznie nowe, pełnowartościowe, nieregenerowane, nieprefabrykowane, wolne od wad technicznych, a także pochodzące z bieżącej produkcji i wytworzone seryjnie w cyklu produkcyjnym;
- oryginalnie zapakowane, oznakowane etykietą producenta i symbolem pozwalającym na identyfikację ich parametrów.

2. Zamawiający wymagał w załącznikach 5A i 6A do wyliczenia kosztów eksploatacji, w których należało uwzględnić wszystkie materiały eksploatacyjne (dla jednego urządzenia) Odwołujący wnosi, że oferta Technet nie spełnia postawionych wymagań oraz zawiera błędy w wyliczeniu ceny lub kosztu. Wykonawca Technet w swojej ofercie zaoferował:

1. w zad. 1 toner - zamiennik Asarto o symbolu AS-LX106R02306 (niezgodne z zapisami siwz i odpowiedziami udzielonymi przez Zamawiającego w dniu 21.09.2016r)
2. w zad. 2 toner - zamiennik UNI-1 o symbolu X-106R02312 (niezgodne z zapisami siwz i odpowiedziami udzielonymi przez Zamawiającego w dniu 21.09.2016r)
3. W załącznikach 5A i 6A - Tabela A, do wyliczenia kosztów eksploatacji, w których należało uwzględnić wszystkie materiały eksploatacyjne (dla jednego urządzenia), w przypadku tonera - toner o podwyższonej wydajności firma Technet wpisała tylko tonery, w dodatku w ilości ułamkowej (9,09), co nie jest realnym kosztem jaki miałby ponieść Zamawiający. Zamawiający by zagwarantować wydruk 100 000 stron powinien zabezpieczyć 10 szt. tonerów, co powoduje wzrost kosztu jaki poniesie.

Wykonawca Technet pominął w kosztach eksploatacji następujące materiały eksploatacyjne:

- fuser - wydajności 90 000 str.
- rolki poboru - 60 000 str.
- rolka separująca - 60 000 str.

4. Zaoferowany toner nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, nie zaspokaja oczekiwań i interesów Zamawiającego.

5. Zdaniem Odwołującego oferta TECHNET nie spełnia wymogu opisanego przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

W tabeli A zał. 5A i 6A Wykonawca TECHNET wpisuje części ułamkowe liczby sztuk materiałów eksploatacyjnych, które Zamawiający powinien zabezpieczyć w zakładanej średniej liczbie wydruków (100 000) w okresie gwarancji.

Po pierwsze, podana ilość sztuk jest nierealna do zrealizowania, gdyż żaden materiał nie występuje w części ułamkowej.

Po drugie ilość sztuk 9,09 nie zabezpiecza wydrukowania żądanej ilości 100 000 wydruków. Toner o pojemności 11 000 x 9,09 sztuk = 99 900 wydruków.

W załącznikach 5A - Tabela B Technet wpisał śr. zużycie energii (kWh/tydzień) 1,0005 natomiast na stronie: <http://www.eu-energystar.org/database/Show.php?type=printer&group=imaging&brands%5B%5D=Xerox>

śr. zużycie energii (kWh/tydzień) wynosi 2,0

[...]

W załącznikach 5A - Tabela B Technet wpisał śr. zużycie energii (kWh/tydzień) 1,25925 natomiast na stronie: <http://www.eu-energystar.org/database/Show.php?type=mfd&group=imaging&brands%5B%5D=Xerox> śr. zużycie energii (kWh/tydzień) wynosi 2,4

[...]

W związku z powyższym oferta Wykonawcy Technet podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji...” oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu”.

6. W niniejszym postępowaniu Zamawiający jednoznacznie sformułował treść oferty w zakresie stawianych wymagań, jasna jest również treść oferty w zakresie oferowanego tonera, potwierdzona treścią odpowiedzi na pytania wykonawców, opublikowanych 21.09.2016r.

II. Oferta CEZAR'

Zdaniem Odwołującego oferta Cezar zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu na podstawie art. 89 ust. pkt. 6 ustawy Pzp.

Wykonawca CEZAR C. M. i P. G. Sp. J. przygotował ofertę w sposób nierzetelny, oferując powyższy toner w cenie netto: 127,00 zł w przypadku gdy wartość rynkowa tego produktu to: 950,69 zł brutto ([http://pl.lexmark-shop.eu/product info.php/info/p4008 502X-Kaseta-z-tonerem-zwrotna—10-000-stron-.html](http://pl.lexmark-shop.eu/product%20info.php/info/p4008%20502X-Kaseta-z-tonerem-zwrotna-10-000-stron-.html))

Wykonawca CEZAR oferuje zatem toner za 17% ceny rynkowej. Kryteria oceny, na podstawie, których Zamawiający przyznaje punkty doprowadziły do tego, że ww. Wykonawca prawdopodobnie przeniósł część kosztów związanych z zakupem tonerów w cenę urządzeń. Takie działanie miało na celu uzyskanie najlepszej pozycji punktowej i realizację zamówienia.

Niestety przygotowana w ten sposób oferta nie jest rzetelna i wprowadza Zamawiającego w błąd. Zaoferowana przez Wykonawcę CEZAR cena tonera nie odzwierciedla rzeczywistego kosztu jaki miałby ponieść Zamawiający, by zabezpieczyć materiały eksploatacyjne na 100 000 wydruków.

Mając na uwadze wyjaśnienia Wykonawcy CEZAR, zawierające informację o opłacalności na poziomie 10% procent, dodatkowo poddaję do zastanowienia się nad powodem rozbieżności w cenach materiałów eksploatacyjnych w ofercie a na wolnym rynku.

Podsumowując Odwołujący wskazuje, co następuje:

Wszystkie wyżej wymienione tezy skutkują koniecznością uznania złożonej w postępowaniu oferty Wykonawcy TECHNET, za ofertę której „treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3”, a zatem skutkują koniecznością odrzucenia przez Zamawiającego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz ofertę, która zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu - art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponownie wskazać należy, że zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 ustawy, „Zamawiający odrzuca ofertę (...)” wynika z powyższego, iż czynność odrzucenia oferty w przypadku, gdy istnieją ku temu jednoznaczne przesłanki, nie jest zależna od uznania Zamawiającego, lecz skutek w postaci konieczności podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty wynika wprost z przepisu ustawy Pzp. W tej kwestii wypowiedział się skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 3 sierpnia 2009r. sprawie o sygn. akt KIO/UZP 907/09, KIO/UZP 915/09: „Zamawiający na każdym etapie badania oferty - bez względu, czy jest to ocena składanych w postępowaniu oświadczeń i dokumentów (w zakresie przedmiotu zamówienia - ocena przedmiotowa), czy też jest to ocena oferowanego rozwiązania na etapie przeprowadzania testów - ma możliwość i wręcz obowiązek w przypadku powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących możliwość zastosowania przepisu art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp., do odrzucenia oferty wykonawcy, który takiemu przepisowi podlega”.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący podnosi, iż w przedmiotowej sytuacji z uwagi na faktyczną niezgodność oferty złożonej w Postępowaniu przez wskazanego w odwołaniu Wykonawcę, Zamawiający powinien działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucić ofertę, jako niezgodną z treścią SIWZ.”

Uwzględniając treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść odwołania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przesłanej przez Zamawiającego, Izba ustaliła, co następuje.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp, co jest pomiędzy stronami bezsporne.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 310308 w dniu 19.09.2016 r.

Zarzuty odwołania dotyczyły zaniechania odrzucenia ofert Technet Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu w częściach nr 1 i 2 zamówienia oraz CEZAR C. M. i P. G.

S.j. z siedzibą w Radomiu w części nr 2 zamówienia, i tylko z tego względu kwestionowano prawidłowość wyboru oferty Technet w częściach nr 1 i 2 zamówienia.

Żadnych konkretnych zarzutów względem postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w odwołaniu nie sformułowano, tj. nie podano, które postanowienia SIWZ i w jaki sposób miały być niezgodne z powołanymi przepisami. Wskazano natomiast tego typu zarzut w petitum odwołania oraz w uzasadnieniu odwołania poczyniono ogólne rozważania na temat wagi prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia dla prawidłowości całego postępowania.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy.

Zgodnie z ww. przepisem, Izba z urzędu odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy.

Wskazany art. 180 ust. 2 Pzp stanowi, 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) 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.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest w tym przypadku mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, a rozpatrywane odwołanie nie dotyczy żadnego z typów czynności wymienionych w przepisie art. 180 ust. 2 Pzp.

Kluczowym zagadnieniem dla uzasadnienia takiego rozstrzygnięcia pozostaje wykładnia przepisu art. 180 ust. 2 Pzp w jego znowelizowanym brzmieniu nadanym ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), w szczególności dodanego ww. nowelizacją pkt 6, który stanowi, iż odwołanie w tzw. postępowaniach podprogowych dotyczyć może wyboru

najkorzystniejszej oferty. *De facto* sprowadza się to do zajęcia stanowiska w sporze dotyczącym następującej kwestii: czy w związku z możliwością kwestionowania wyboru najkorzystniejszej oferty możliwe jest również kwestionowanie zaniechania wykluczenia wybranego wykonawcy lub odrzucenia jego oferty.

Orzecznictwo Izby pozostaje w tym zakresie jednolite i zgodne – rzeczony wybór najkorzystniejszej oferty dotyczy li tylko kwestionowania samej czynności wyboru najkorzystniejszej spośród ofert pozostających w postępowaniu na podstawie zastanych kryteriów wyboru określonych w SIWZ. Nie dotyczy natomiast zaniechania odrzucenia oferty wybranej lub zaniechania wykluczenia składającego ją wykonawcy. Dla przykładu można tu wskazać postanowienia Izby: z 5 września 2016 r. sygn. akt KIO 1599/16; z 15 września 2016 r. sygn. akt KIO 1674/16; z 21 września 2016 r. sygn. akt KIO 1696/16; z 29 września 2016 r. sygn. akt KIO 1750/16.

Skład orzekający Izby zgadza się w pełni ze stanowiskiem wyrażanym w powyższych orzeczeniach Izby.

Przystępując do uzasadnienia przyjętej wykładni, na wstępie należy wskazać, iż przepis art. 180 ust. 2 Pzp jest przepisem ustanawiającym wyjątek od ogólnej zasady, według której poniżej tzw. progów unijnych środki ochrony prawnej w postaci odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej nie przysługują. Przesądza o tym zastosowana w regulacji zakresu zaskarżenia konstrukcja: „odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:”. Natomiast zgodnie z ustaloną i powszechnie przyjmowaną zasadą wykładni, wyjątki nie powinny być interpretowane rozszerzająco. Tym samym również pojęcie *wyboru najkorzystniejszej oferty* nie powinno być wykładane rozszerzająco i rozciągane na czynności, których literalnie nie dotyczy.

Za prezentowanym rozumieniem normy art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy 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 stricte*, 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 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 więc 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.

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), uprawnień wykonawcy (art. 84), 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.

Na marginesie można dodać, iż za prezentowanym stanowiskiem przemawia dodatkowo fakt, że w wyniku kolejnych nowelizacji przepisów o wiele większego znaczenia nabierają 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 nabiera też więc zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy przez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Można zatem stwierdzić, że właśnie z tego powodu w art. 180 ust. 2 Pzp dodano możliwość zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, która to czynność jest obarczona znacznym ryzykiem naruszenia przepisów ustawy, zatem poddanie jej weryfikacji w drodze środków ochrony prawnej jest uzasadnione.

Do takiego wniosku prowadzi również analiza przepisu pkt 6 na tle pozostałych czynności, względem których przysługuje odwołanie, określonych w pozostałych punktach

art. 180 ust. 2 ustawy oraz systemowa wykładnia tych przepisów z uwzględnieniem domniemania racjonalności ustawodawcy.

Wskazywana nowelizacja art. 180 ust. 2 Pzp rozszerzyła 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 wykluczenia odwołującego z postępowania oraz czynności odrzucenia oferty odwołującego. *A contrario*, na podstawie tych przepisów 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 Pzp. 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 Pzp. 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). Rozszerzająca interpretacja pkt 6 oraz użytego tam pojęcia *wybór najkorzystniejszej oferty* prowadzi do konstatacji o zbędności przepisu punktu 4 art. 180 ust. 2 – 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 ukształtowana procedura 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, zmierają 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.

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*. Tymczasem w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp 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 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.

Dodać w tym zakresie można, iż czynności lub zaniechania zamawiającego podejmowane lub niepodjęmowane względem ofert zasadniczo różnią się od czynności związanych z przygotowaniem postępowania, takich jak: określenie warunków udziału w postępowaniu czy sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, względem których również

przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy. Sporządzenie dokumentu przetargowego jest czynnością niepodzielną i „ontycznie” jednorodną. Tym samym jakkolwiek brak czy pominięcie obowiązków wynikających z bezwzględnie obowiązujących przepisów w zakresie określenia warunków czy opisu przedmiotu zamówienia, będzie bezpośrednią wadą określenia warunków czy opisu przedmiotu zamówienia, a nie zaniechaniem jakiejś odrębnej i uprzedniej czynności, do której zamawiający był zobowiązany. Wskazywanie na okoliczność, iż art. 180 ust. 2 dotyczy jedynie czynności, a nie zaniechań zamawiającego, nie przekreśla więc znaczenia normatywnego pkt 2 i 5 ust. 2 art. 180 ustawy i możliwości zaskarżenia na podstawie tych przepisów treści dokumentów przetargowych.

W dalszej kolejności zauważyć należy, 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. Oto historyczna treść przepisu:

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 uzyskał 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.*

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. Historycznie zamawiający dokonywał, przynajmniej w postępowaniach jednostopniowych, wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceń i wykluczeń wykonawców jednocześnie. Natomiast obecnie, tego typu czasowa odległość czynności wykluczenia i odrzuceń ofert oraz wyboru oferty, dodatkowo podkreśla ich odrębność.

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 podnieść kwestię możliwości 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 – co zresztą ma miejsce w zadaniu nr 2 w przedmiotowym postępowaniu, i której zaniechanie odrzucenia Odwołujący również kwestionuje). W świetle brzmienia art. 180 ust. 2 pkt 6 wykluczona jest możliwość zaskarżenia takiego zaniechania. Z drugiej strony trudno wskazać *ratio legis* takiego ukształtowania systemu środków ochrony prawnej i różnicowania możliwości korzystania z odwołania ze względu na kwalifikację wykonawcy na dalszej pozycji w postępowaniu, gdy wszystkie oferty oddzielające jego ofertę

od uznania za najkorzystniejszą, obarczone są według niego wadami przesądzającymi o konieczności ich odrzucenia.

Ponadto, tak szeroka interpretacja art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp prowadzi do konsekwencji jeszcze trudniejszych do zaakceptowania 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 Pzp – nie nastąpił bowiem wybór 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 więc 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 – celu mającego polegać na znaczącym rozszerzeniu zakresu zaskarżenia w postępowaniach podprogowych, zwłaszcza na zaniechanie odrzucenia ofert konkurentów i ich wykluczenia. Trudno bowiem przyjąć, iż 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.

Właśnie 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 odwołania, 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. 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 czasie liczonym od poinformowania o nich, także w postępowaniach nadprogowych. Skoro wybór najkorzystniejszej oferty rozumiany jest w ten sposób, że obejmuje również zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy czy odrzucenia jego oferty, to również w przetargu dwustopniowym wybór najkorzystniejszej oferty może być zakwestionowany w czasie 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, iż ustawodawca zamierzał zróżnicować możliwy zakres zaskarżenia w różnych trybach udzielania zamówień w postępowaniach podprogowych lub godził się na różnicowanie liczenia terminów do wnoszenia odwołań w postępowaniach podprogowych i 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 prekwalfikacyjnych. Prawo takich sytuacji nie rozróżnia.

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* tylko unieważnienie postępowania – gdyby taki właśnie był zamiar ustawodawcy, przepis art. 180 ust. 2 mógłby i powinien zostać sformułowany inaczej.

Istotnym argumentem przemawiającym za słusnością prezentowanego poglądu jest również wyrażone w toku prac legislacyjnych nad nowelizacją stanowisko jej autora – Ministerstwa Rozwoju, stanowiące swego rodzaju wykładnię autentyczną. Podczas uzgodnień międzyresortowych Ministerstwo Środowiska zgłosiło uwagę, że rozszerzenie katalogu okoliczności, wobec których można zastosować środki ochrony prawnej w postępowaniach podprogowych, ograniczy efektywność postępowań. Wskazywano, że jeżeli zaproponowana zmiana jest konieczna, przy tak rozszerzonym katalogu okoliczności umożliwiających skorzystanie ze środków ochrony prawnej, niecelowe jest w ogóle utrzymanie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Ministerstwo Rozwoju zaznaczyło w toku prac legislacyjnych, że zmiana jest korzystna dla wykonawców, a enumeratywne wyliczenie nie otwiera zakresu środków ochrony prawnej tak szeroko, jak jego brak. Jak podano, *przede wszystkim, poza tym zakresem będą „zaniechania” zamawiającego, a to znaczna różnica.* Odmiennych zamiarów nie sposób natomiast wyczytać z innych materiałów z prac legislacyjnych, w tym z samego uzasadnienia projektu ustawy, a należałoby zakładać, że jeśli ustawodawca chciał tak dalece znieść dotychczas obowiązujące ograniczenia, to byłaby to zmiana na tyle istotna, że doczekałaby się odpowiedniego komentarza w uzasadnieniu nowelizacji. Należy więc stwierdzić, że intencja autora nowelizacji co do zakresu zaskarżenia w postępowaniach poniżej progów unijnych została wyrażona podczas uzgodnień międzyresortowych, ze wskazaniem na zamiar utrzymania wyłączeń dotyczących zaniechań zamawiającego i nie może być pomijana przy interpretacji przepisów. Dokonywana przez Izbę wykładnia nie może natomiast uwzględniać oczekiwań wykonawców, co do możliwości jak najszerszego wnoszenia odwołań w postępowaniach podprogowych, w sytuacji gdy oczekiwania te nie tylko nie znajdują potwierdzenia w brzmieniu przepisów rozumianych zgodnie z wszystkimi regułami wykładni prawa, ale wręcz stoją w opozycji do wyników tej wykładni i wyartykułowanych przez autora projektu celów.

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 zwieńczeniem długiego postępowania i sekwencji czynności, które go poprzedzają. Opiera się jedynie na historycznie ugruntowanym i zinstytucjonalizowanym 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).

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że zarzuty podniesione w niniejszym odwołaniu 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 odrzucenia wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą.

Natomiast żadnych nadających się do rozpoznania zarzutów odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 5 ustawy, w treści odwołania nie sformułowano.

Ponadto odwołanie w tym zakresie i tak podlegałoby odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp – jako dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Uwzględniając powyższe, orzeczono jak w sentencji.

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