

Sygn. akt: KIO 342/17

POSTANOWIENIE
z dnia 3 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agnieszka Trojanowska**

Członkowie: **Justyna Tomkowska**

Paweł Trojan

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników w Warszawie w dniu 1 marca 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2017r. przez **wykonawcę Politechnikę Świętokrzyską z siedzibą w Kielcach, Al. Tysiąclecia Państwa Polskiego 7** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Ostrowiec Świętokrzyski z siedzibą w Ostrowcu Świętokrzyskim, ul. Jana Głogowskiego 3/5**

przy udziale **wykonawcy NASK Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Wąwozowa 18 lok. 010** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 342/17 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzucić odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Politechnikę Świętokrzyską z siedzibą w Kielcach, Al. Tysiąclecia Państwa Polskiego 7** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Politechnikę Świętokrzyską z siedzibą w Kielcach, Al. Tysiąclecia Państwa Polskiego 7** 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. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje

skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług operatora Miejskiej Sieci Światłowodowej wraz ze świadczeniem usług telefonicznych oraz zapewnieniem dostępu do sieci internet i łącza sip-trunk przez okres 3 lat na terenie miasta Ostrowca Świętokrzyskiego zostało wszczęte zamieszczeniem ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 grudnia 2016r. za numerem 370714-2016.

W dniu 16 lutego 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy NASK Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Wąwozowa 18 lok. 10.

W dniu 21 lutego 2017r. wykonawca Politechnika Świętokrzyska z siedzibą w Kielcach, Al. Tysiąclecia Państwa Polskiego 7 – dalej odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 20 lutego 2017r. udzielonego przez Rektora Politechniki, zgodnie z aktem wyboru Rektora i rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 19 września 1974r. Kopia odwołanie została przekazana zamawiającemu w dniu 21 lutego 2017r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2) z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) – dalej PZP przez dokonanie wyboru oferty niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia - ze względu na fakt, że przeprowadzone testy poprawności działania usług oferowanych przez NASK S.A. nie uzyskały wyniku pozytywnego

ewentualnie,:

2. naruszenie art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy PZP w zw. z art. 139 ust 1 ustawy PZP w zw. z Motywem 42 Decyzji nr K(2011) 8121 z dnia 10.11.2011 r. Komisji Europejskiej notyfikującą pomoc publiczną dla projektu „Sieć Szerokopasmowa Polski Wschodniej” w zw. z art. 89 ust 1 pkt. 8 ustawy PZP poprzez dokonanie wyboru oferty NASK S.A., podlegającej odrzuceniu z uwagi na to, iż realizacja zadania w oparciu o ich ofertę jest niemożliwa.

Wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty NASK S.A.:

- jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, ewentualnie

-jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów.

3. nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego jako spełniającej wymogi SIWZ.

4. obciążenie kosztami postępowania Gminę Ostrowiec Świętokrzyski.
5. dopuszczenie dowodów określonych w treści niniejszego odwołania na okoliczność dokonania przez zamawiającego wyboru oferty podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) określił, iż „Wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty, będzie zobowiązany do przeprowadzenia testów zgodnie z wymogami określonymi w SOPZ, w terminie nie dłuższym niż 2 dni od powiadomienia przez Zamawiającego.”

W dniu 14 lutego 2017 r. Zamawiający zaprosił NASK S.A. do przeprowadzenia testów w dniu 15 lub 16 lutego.

Testy przeprowadzono 15 lutego 2017 r., zaś ich przebieg został utrwalony w załączniku nr 1 do Protokołu z przeprowadzonych testów przepustowości łącza.

Protokół został podpisany zarówno przez przedstawicieli Zamawiającego, jak i przedstawicieli NASK S.A. W załączniku nr 1 do protokołu, na stronach od, nr 9 do nr 15 udokumentowano test poziomu strat pakietów. Dla łącza podstawowego na ogólną liczbę wysłanych 5000 pakietów utracono 1 (jeden) pakiet, co zgodnie z zasadami obliczania wartości procentowych stanowi 0,02%, a nie - jak podano - 0,0002%. Podobnie rzecz ma się dla łącza zapasowego. Na ogólną liczbę wysłanych 5000 pakietów utracono 3 (trzy) pakiety, co stanowi 0,06%, a nie-jak podano-0,0006%.

Zamawiający w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, w punkcie 4.1. ppkt c), określił że: „Zamawiający uzna wynik testu za pozytywny jeśli wykazany w teście poziom strat pakietów (braku odpowiedzi) nie przekroczy 0,01% wysyłanych pakietów”.

W związku z tym, wyniki testu poziomu strat pakietów niesłusznie zostały uznane za pozytywne. Ponieważ SOPZ określa, że: „Pozytywny rezultat wszystkich wymienionych testów jest konieczny do uznania prawidłowości działania usług”, dlatego Protokół z przeprowadzonych testów zawiera nieuprawnioną konkluzję, iż „łącza dostępowe główne i zapasowe działają poprawnie i spełniają warunki określone w postępowaniu”.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej testy należy „uznać za etap merytorycznego badania oferty pod kątem zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia” (np. wyroki KIO 2361/11, KIO 2833/12). Tak też KIO w orzeczeniu sygn. akt KIO 2015/13.

W dniu 9 stycznia 2017 r., w piśmie skierowanym do zamawiającego NASK S.A. uzasadniając oferowaną przez siebie cenę realizacji zamówienia oświadczył, iż zrealizuje przedmiotowe zamówienie posługując się infrastrukturą Sieci Szerokopasmowej Polski Wschodniej (zwaną dalej SSPW).

Pismem z dnia 7 lutego 2017 r. odwołujący poinformował zamawiającego o niedopuszczalności takiego sposobu realizacji zamówienia z powodu naruszenia Motywu 42

Decyzji nr K(2011)8121 z dnia 10.11.2011 r. Komisji Europejskiej notyfikującą pomoc publiczną dla projektu „Sieć Szerokopasmową Polski Wschodniej” zgodnie, z którym „Aby zminimalizować potencjalne zakłócenie konkurencji Władze polskie nie będą zezwalać podmiotom trzecim na podłączanie do SSPW podstawowej infrastruktury szerokopasmowej tam, gdzie występuje dostateczna konkurencja na poziomie takiej sieci lub gdzie istnieją co najmniej dwie konkurujące infrastruktury podstawowej łączności szerokopasmowej (gwarantującej co najmniej 2Mb/s użytkownikom końcowym)...”

W związku z brakiem jakiegokolwiek informacji ze strony zamawiającego w tym zakresie, odwołujący zwrócił się z zapytaniem do właściciela SSPW województwa świętokrzyskiego, którym jest Urząd Marszałkowski Województwa Świętokrzyskiego (zwany dalej UMWŚ). W odpowiedzi odwołujący uzyskał kopię korespondencji pomiędzy UMWŚ a zamawiającym, z której wynika jednoznacznie, iż niemożliwym jest korzystanie z sieci SSPW w celu świadczenia usług na terenie miasta Ostrowiec Świętokrzyski.

W takim stanie rzeczy zamawiający nie może zawrzeć z NASK S.A. ważnej umowy na świadczenie zamawianych usług. Odwołujący podkreślił, iż decyzje Komisji Europejskiej stanowią źródła prawa wtórnego Unii Europejskiej i są wiążące dla jej adresatów, dlatego też nieprzestrzeganie postanowień w nich zawartych traktować należy jako naruszenie prawa.

Dodatkowo zaznaczył, że aby świadczyć usługi za pośrednictwem SSPW, należy mieć podpisaną umowę ramową z operatorem tejże sieci. Umowa ramowa w części 1, rozdziale 2, pkt. 8,9 i 10 wyraźnie określa ograniczenia lokalizacyjne świadczenia usług.

NASK S.A. jako doświadczony świadczeniodawca przedmiotowych usług powinien mieć wiedzę w tym zakresie, w szczególności na podstawie podpisanej umowy ramowej zawartej pomiędzy operatorem SSPW a NASK S.A., czy też NASK Instytutem Badawczym, na którego wiedzę i doświadczenie powołuje się w przedłożonej zamawiającemu ofercie. Wzór umowy ramowej (który jest nienegocjowalny) jest dokumentem ogólnodostępnym, możliwym do pobrania z witryny internetowej operatora SSPW.

Jako dowód odwołujący powołał wydruk umowy ramowej, pobranej z witryny <http://oswss.pl/wp-content/uploads/2016/12/Umowa-Ramowa.pdf>

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania ponieważ w przypadku dokonania przez zamawiającego prawidłowej oceny testów, a co za tym idzie - prawidłowej oceny ofert, oferta Politechniki pozostanie jedyną ofertą nie podlegającą odrzuceniu i spełniającą warunki określone w SIWZ, również ze względu na pozytywny wynik przeprowadzonych przez Politechnikę testów łączny.

W dniu 21 lutego 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 24 lutego 2017r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca NASK Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Wąwozowa 18 lok. 010 wskazując, że jako wykonawca wybrany posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jedynie utrzymanie w mocy czynności zamawiającego pozwoli mu na uzyskanie zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 23 lutego 2017r. udzielonego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do reprezentacji wykonawcy, zgodnie z załączonym do przystąpienia odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 24 lutego 2017r.

Przystępujący wniósł o:

1. odrzucenie odwołania Politechniki Świętokrzyskiej w całości na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych,

ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia wniosku z pkt. 1

2. oddalenie odwołania Politechniki Świętokrzyskiej w całości jako niezasadnego.

Co do wniosku o odrzucenie odwołania przystępujący wskazał, że odwołanie dotyczy w istocie zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza z powodu jej rzekomej niezgodności z zapisami SIWZ. Wskazał, że uwzględniając treść przepisu art. 180 ust. 2 ustawy oraz wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 189 ust. 2 ustawy, zdaniem przystępującego, uzasadnione jest twierdzenie, że ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie do rozstrzygnięcia w przedmiocie zaniechania odrzucenia oferty w postępowaniu poniżej progów.

Zaprezentowane stanowisko znajduje oparcie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która w postanowieniu z dnia 05 września 2016 r., sygn. KIO 1599/16 wskazała, że nie można uznać za uprawnione rozszerzenie pojęcia „wyboru najkorzystniejszej oferty”, wymienionego w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy na zaniechanie czynności wyboru oferty, jako że przepis ten obejmuje swoim zakresem regulacji jedynie sytuację niedokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Ewentualne odrzucenie oferty NASK S.A. z powodów podniesionych przez odwołującego pozostaje, zatem według przystępującego, poza zakresem zastosowania normy wyrażonej w przepisie art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy i nie może stanowić podstawy wniesienia odwołania. Przystępujący podniósł, że przepis art. 180 ust. 2 ustawy ma charakter wyjątku od zasady. W przeciwieństwie do postępowań powyżej progów, w przypadku postępowań podprogowych zasadą jest to, że odwołanie nie przysługuje. O intencjach ustawodawcy świadczy nieprzypadkowo użyte w art. 180 ust. 2 ustawy słowo „wyłącznie”. Przywołana regulacja - jako mająca charakter wyjątku od zasady -nie powinna być interpretowana rozszerzająco.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający jako kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej wskazał w SIWZ cztery elementy:

1. cena -waga 60%,
2. posiadanie urządzenia zastępczego (U1) - waga 10%,
3. posiadanie urządzenia zastępczego (U2) - waga 20%,
4. przeprowadzenie szkoleń - waga 10 %.

Zamawiający przeprowadził ocenę złożonych przez odwołującego i przystępującego ofert z uwzględnieniem wszystkich wyżej wymienionych kryteriów, W zakresie kryteriów 2-4 obie oferty zostały ocenione maksymalnie, zaś w zakresie kryterium cenowego oferta NASK SA była korzystniejsza dla zamawiającego. Zamawiający - dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty nie posłużył się innymi kryteriami niż wskazane w SIWZ.

W świetle powyższego przystępujący uznał należy, że odwołanie winno zostać odrzucone. Odnośnie do ewentualnego wniosku o oddalenie odwołania przystępujący wskazał, co następuje.

W zakresie podniesionego przez odwołującego zarzutu nr 1, tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez dokonanie wyboru oferty niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, to należy uwzględnić stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone m. in. w wyroku z dnia 05 października 2012 r. sygn.: KIO 2007/12 oraz w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r., sygn.; KIO 2635/12, iż: „zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obligatoryjnego poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi i skwantyfikowanym i fragmentami czy normami SIWZ".

Przystępujący przytoczył również stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażone w wyroku z dnia 31 maja 2016 r., sygn.: KIO 833/16.

Podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający dopuścił możliwość powtórzenia testów w celu wyeliminowania wpływu na wynik testów czynników niezależnych od operatora (pkt 4.1. lit. c. załącznika nr 5 do SIWZ - SOPZ). Tym samym, postępując zgodnie z dyrektywą literalnej wykładni postanowień SIWZ (na którą to konieczność wskazywała

Krajowa Izba Odwoławcza np. w wyroku dnia 12 maja 2016 r., sygn. KIO 669/16), według przystępującego uznać należy, że zamawiający dopuścił możliwość, iż z przyczyn niezależnych od operatora wynik testów może okazać się negatywny. Tym samym, w ocenie przystępującego jednoznaczne uznanie, że NASK S.A. nie jest zdolny do świadczenia usługi określonej SIWZ mogłoby zostać dokonane dopiero po przeprowadzeniu powtórnych testów. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, ustalenie, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji musi wynikać z faktu, że oferta nie zapewnia realizacji przedmiotu w całości (np. wyrok KIO z dnia 05 maja 2016 r., sygn.: KIO 585/16). Kwestionowany przez odwołującego wynik testów dotyczy wyłącznie części opisanej szczegółowo w punkcie 4.1 ppkt c) Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia.

Przystępujący zwrócił się w dniu 23 lutego 2017r z wnioskiem o ponowne przeprowadzenie testów w zakresie kwestionowanym przez odwołującego na podstawie zapisu w załączniku nr 5 do SIWZ (pkt.4.1). Żądanie to nie zostało zgłoszone na wcześniejszym etapie postępowania z uwagi na fakt, że wyniki testów poziomu strat pakietów zostały obliczone w sposób ewidentnie błędny, jednak omyłki tej nie zauważył zarówno zamawiający jak i przystępujący.

W świetle powyższego twierdzenia odwołującego o niezgodności oferty NASK z SIWZ są według przystępującego przynajmniej za przedwczesne.

Ponadto wskazał, że zamawiający w załączniku nr.5 do SIWZ (pkt.2) wskazuje dopuszczalną stratę pakietów na poziomie nie wyższym niż 0,1%, co oznacza że poziom strat jaki należy wykazać w testach wynoszący 0,01%, jest dziesięciokrotnie zawyżony w stosunku do faktycznych wymagań SLA, oraz że wyniki testów jakie uzyskał NASK S.A. odpowiadają wymogom gwarancji SLA w załączniku nr 5 do SIWZ (pkt.2).

Przystępujący zwrócił uwagę na to że testy zostały wykonane do serwerów komercyjnych i nie jest w stanie zagwarantować bezbłędnej odpowiedzi na zapytanie ICMP choćby ze względu na fakt chwilowych przeciążeń tych serwerów za które wykonawca nie odpowiada. Wykazane w testach wyniki ICMP na załączonych w protokole z testów screenach, pokazują że do serwerów polskich i zagranicznych łącze wykonawcy wykazuje 0,00% strat. Świadczy to o spełnieniu warunków i jest podstawą by sądzić, iż powodem straty pakietu mogła być chwilowa niedostępność komercyjnego serwera na skutek jego nadmiernego przeciążenia w danej chwili. Wyniki testu według przystępującego pokazują że wśród pięciu serwerów do których wysyłane były pakiety ICMP strata pakietów dla łącza zapasowego w przypadku trzech serwerów wynosiła 0,00%, dla łącza głównego w przypadku czterech serwerów wyniosła 0,00%. Wśród nich były serwery zagraniczne i polskie, Z dziesięciu tysięcy wysłanych pakietów dla obu łącz (głównego i zapasowego) stracił w sumie 4 pakiety, Są to według przystępującego pomijalne straty w kontekście działania usługi oraz wymagań SLA.

W zakresie podniesionego przez odwołującego zarzutu nr 2, tj. naruszenia art. 387 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z Motywem 42 Decyzji nr K(2011) 8121 z dnia 10.11.2011 r. Komisji Europejskiej notyfikującą pomoc publiczną dla projektu „Sieć Szerokopasmowa Polski Wschodniej” w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy przez dokonanie wyboru oferty podlegającej odrzuceniu, z uwagi na to, iż realizacja zadania w oparciu o ofertę NASK SA jest niemożliwa, przystępujący wskazał, że NASK posłuży się infrastrukturą Sieci Szerokopasmowych Polski Wschodniej - województwa świętokrzyskiego do świadczenia usługi na podstawie wydanych warunków przez Operatora Infrastruktury. Podstawą do wystąpienia o warunki techniczne w węźle Ostrowiec Świętokrzyski/090 pod adresem Ostrowiec Świętokrzyski, ul. Świętokrzyska 22 jest spełnienie Warunkowego dostępu do węzłów Sieci Szerokopasmowej Polski Wschodniej (SSPW). NASK świadczyć będzie usługę o przepustowości 1800Mbps po optycznym kablu sieciowym zgodnie z definicją sieci NGA podaną w notyfikacji.

Str. 9 notyfikacji „ 9 Zgodnie z motywem 53 wytycznych w sprawie sieci szerokopasmowych sieci NGA to przewodowe sieci dostępne, które składają się w całości lub częściowo z elementów optycznych i które mogą zapewnić świadczenie usług szerokopasmowych dostępu o wyższych parametrach (takich jak wyższa przepustowość) w porównaniu z usługami świadczonymi za pomocą istniejących sieci z przewodów miedzianych, tj. w niniejszym przypadku rozwiązania FTTx mogące zapewnić użytkownikom końcowym minimalną prędkość 40Mb/s lub sieci kablowe mogące zagwarantować prędkość do 50Mb/s i powyżej 50Mb/s przy zastosowaniu nowego standardu DOCSIS3.0”

Ostrowiec Świętokrzyski zakwalifikowany jest do obszaru kategorii 7

Dostęp warunkowy do SSPW określony jest w motywie 43 notyfikacji

Przystępujący przedstawił tabelę nr 2 Warunkowy dostęp do węzłów Sieci Szerokopasmowej Polski Wschodniej (SSPW) wraz z rodzajem dostępnych usług podstawowego dostępu szerokopasmowego (SSPW) wraz z rodzajem dostępnych usług podstawowego dostępu szerokopasmowego, gdzie w pkt. 7 podano: liczba miejscowości w kategorii ogółem/liczba z planowanym węzłem SSPW - 1153/64, istniejąca infrastruktura dystrybucyjna/włączając ciemne włókna) - jedna lub więcej, podstawowa detaliczna oferta szerokopasmowa - jedna lub więcej, infrastruktura NGA lub plany na najbliższą przyszłość - TAK, dostęp warunkowy do SSPW - Węzły zlokalizowane w takiej miejscowości mogą być używane tylko jako węzły techniczne¹⁶, z wyjątkiem sytuacji kiedy spełnione są następujące dwa warunki: a) najbliższy istniejący lub planowany (w najbliższych 3 latach) optyczny węzeł dystrybucyjny dostępny do wykorzystania w ramach sieci ostatniej mili NGA znajduje się nie bliżej niż ok. 4 km od planowanej lokalizacji węzła; b) na danym obszarze brak jest usług NGA (oraz brak realnych planów w najbliższych 3 latach). W takim wypadku do SSPW mogą być podłączone infrastruktury ostatniej mili NGA

Wskazał też na przypis 16:

15. LLU: Uwolnienie lokalnej pętli abonenckiej pozwala operatorom telekomunikacyjnym korzystać z połączeń innych operatorów z głównej centrali telefonicznej do lokalu klienta.

16. W kategorii 7 wyodrębniono białe obszary NGA z większej miejscowości, gdzie już istnieje (lub jest planowany) co najmniej jeden światłowodowy węzeł dystrybucyjny, z którego można korzystać w ramach sieci „ostatniej mili” NGA. W konsekwencji interwencja publiczna jest możliwa tylko w tych częściach danej miejscowości, gdzie usługi NGA nie są obecnie świadczone ani nie są planowane w bliskiej przyszłości (najbliższe trzy lata), a jednocześnie najbliższy istniejący lub planowany (w ciągu najbliższych trzech lat) światłowodowy węzeł dystrybucyjny, z którego można korzystać w ramach sieci „ostatniej mili” NGA, znajduje się nie bliżej niż ok. 4 km od planowanej lokalizacji węzła SSPW. Bez interwencji publicznej obszary te nie miałyby dostępu do usług NGA, pomimo że znajdują się w większej miejscowości, w której dostępny jest co najmniej jeden światłowodowy węzeł dystrybucyjny, który może służyć do podłączenia sieci „ostatniej mili” NGA.

Podniósł, że spełnia dostęp warunkowy do SSPW w obszarze kategorii 7 podłączając infrastrukturę ostatniej mili NGA oraz na podstawie faktu iż spełnione są dwa warunki.

Tab. 2 Węzły zlokalizowane w takiej miejscowości mogą być używane tylko jako węzły techniczne¹⁶, z wyjątkiem sytuacji kiedy spełnione są następujące dwa warunki:

a) najbliższy istniejący lub planowany (w najbliższych 3 latach) optyczny węzeł dystrybucyjny dostępny do wykorzystania w ramach sieci ostatniej mili NGA znajduje się nie bliżej niż ok 4km od planowanej lokalizacji węzła;

dowód spełnienia warunku a) to motyw 97 tej samej notyfikacji

(97) Władze polskie twierdzą, że obszary należące do kategorii 4, 5, 6 i 7 są „białymi obszarami NGA”, a zatem przedstawiły informacje na dowód spełnienia warunków ustanowionych w motywach 75 i 78 wytycznych w sprawie sieci szerokopasmowych (ponieważ niektóre z tych obszarów są tradycyjnymi „obszarami czarnymi” lub nieproblematycznymi obszarami „szarymi”). W szczególności władze polskie wykazały (zgodnie ze szczegółowym opisem w części III.2 niniejszej decyzji), że:

a) ogólne warunki rynkowe nie są adekwatne: usługi NGA nie są świadczone na żadnym obszarze należącym do tych kategorii (co wynika z konsultacji publicznych przeprowadzonych przez władze polskie), a popytu na nowe usługi nie mogą zaspokoić istniejące sieci;

b) ponieważ sieć NGA nie istnieje, nawet przy regulacji narzuconej przez krajowy organ regulacyjny dostęp do sieci nie może prowadzić do skutecznej konkurencji w obszarze NGA.

c) ze względu na sytuację geograficzną lub konkurencyjną przedmiotowych obszarów występują poważne bariery wejścia wykluczające potencjalne pojawienie się podmiotów inwestujących w nową sieć NGA;

d) środki i rozwiązania narzucone przez krajowy organ regulacyjny nie prowadzą do rozwiązania problemów przy braku planów inwestycyjnych;

e) istniejący operatorzy podstawowej infrastruktury szerokopasmowej nie zamierzają inwestować w modernizację infrastruktury szerokopasmowej w ciągu trzech najbliższych lat, aby zapewnić większą prędkość w odpowiedzi na popyt ze strony użytkowników.

b) na danym obszarze brak jest usług NGA (oraz brak realnych planów w najbliższych 3 latach). W takim wypadku do SSPW mogą być podłączone infrastruktury ostatniej mili NG.

dowód spełnienia warunku b) to motyw 97 tej samej notyfikacji, motyw 98 notyfikacji, motywy 99

(98) Zatem, chociaż w gminach należących do kategorii 4-7 istnieje infrastruktura szerokopasmowa, z dowodów dostarczonych przez władze polskie wynika, że żaden operator nie ma wiarygodnego planu handlowego, którego celem byłaby modernizacja infrastruktury zmierzająca do przekształcenia jej w sieć NGA w ciągu najbliższych trzech lat. Jeżeli chodzi o podstawowe usługi szerokopasmowe, z danych dostarczonych przez władze polskie wynika, że obszary te obsługuje co najmniej 2 konkurujących operatorów infrastruktury lub LLU, zatem nie ma dowodów na potwierdzenie, że usługi te nie są świadczone w konkurencyjnych warunkach.

(99) W związku z powyższym w miejscowościach należących do kategorii 4-7 SSPW może być wykorzystywana do uzyskania dostępu do sieci szkieletowej tylko przez tych operatorów będących stronami trzecimi, którzy inwestują w infrastrukturę NGA ostatniej mili (zgodnie z przypisem 9), lecz nie przez operatorów pragnących wykorzystać sieć szkieletową w ramach SSPW do celów podstawowej infrastruktury szerokopasmowej (np. ADSL, podstawowe rozwiązania kablowe, bezprzewodowe lub mobilne).

Przystępujący nadmieniał, że odwołujący przytoczył częściowy zapis notyfikacji, z pominięciem jego istoty. Pełne brzmienie motywu 42 Decyzji KE:

(42) Aby zminimalizować potencjalne zakłócenia konkurencji, władze polskie nie będą zezwalać podmiotom trzecim na podłączanie do SSPW podstawowej infrastruktury szerokopasmowej tam, gdzie występuje dostateczna konkurencja na poziomie takiej sieci lub gdzie istnieją co najmniej dwie konkurujące infrastruktury podstawowej łączności szerokopasmowej¹⁰. Władze polskie argumentują, że takie ograniczenia w użytkowaniu sieci SSPW ograniczą potencjalne zakłócanie konkurencji względem dostawców podstawowych usług szerokopasmowych, lecz równocześnie będą zachęcać do budowy sieci NGA poprzez podpisywanie umów na sieci szkieletowe z światłowodów kapilarnych w regionie.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt. 6 ustawy, gdyż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem poniżej progów unijnych, co wynika z informacji nadesłanej Izbie przez zamawiającego i jest potwierdzone faktem, że publikacja ogłoszenia o zamówieniu została zamieszczona w Biuletynie Zamówień Publicznych, a odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy. Odwołujący podniósł zarzuty zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, pomimo tego, że w jego ocenie oferta ta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy, gdyż wyniki przeprowadzonych testów nie mieściły się w progu założonym przez zamawiającego w siwz, jako dopuszczającym oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy, gdyż była sprzeczna z przepisami kodeksu cywilnego jako oferta na świadczenie niemożliwe.

Biorąc pod uwagę zarzuty podniesione w odwołaniu, to 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 o zaniechaniu czynności odrzucenia oferty innego wykonawcy czy zaniechaniu czynności wykluczenia wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą. Tym samym skład orzekający Izby podzielił jednolite stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w innych orzeczeniach wydanych w analogicznych sprawach, tj. w postanowieniu z 5 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1599/16, w postanowieniu z 15 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1674/16, w postanowieniu z 21 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1696/16, w postanowieniu z 29 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1750/16, postanowieniu z 4 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1810/16, postanowieniu z 4 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1816/16, postanowieniu z 13 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1862/16, postanowieniu z 18 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1910/16, postanowieniu z 25 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1930/16, postanowieniu z 2 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2015/16, postanowieniu z 8 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2026/16, postanowieniu z 7 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2059/16, postanowieniu z 16 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2084/16, postanowieniu z 17 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2128/16, postanowieniu z 29 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2162/16, postanowieniu z 7 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2203/16, postanowieniu z 1 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2211/16, postanowieniu z 30 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2232/16, postanowieniu z 14

grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2283/16, postanowieniu z 13 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2292/16, postanowieniu z 15 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2298/16, postanowieniu z 22 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2355/16, postanowieniu z 30 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2397/16, postanowieniu z 2 stycznia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2405/16, postanowieniu z 5 stycznia 2017 r. w sprawie 2462/16, postanowieniu z dnia 26 stycznia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 122/17 oraz wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z 3 stycznia 2017r. r. XII Ga 837/16 (niepublikowany), wyroku Sądu Okręgowego w Płocku z dnia 1 lutego 2017r. sygn. akt KIO IV Ca 1051/16 i Izba nie znajduje podstaw do zmiany tej ustalonej linii. Izba ma świadomość, iż Sądy Okręgowe wyraziły także stanowisko przeciwne tj. Sąd Okręgowy w Lublinie z dnia 21 grudnia 2016r. sygn. akt IX Ga 502/16, Sąd Okręgowy w Szczecinie z dnia 22 grudnia 2016r. sygn. akt II Ca 1461/16, a także Sąd Okręgowy w Krakowie z dnia 20 stycznia 2017r. sygn. akt XII Ga 1018/16, Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 13 lutego 2017r. sygn. akt XIX Ga 3/17, Sądu Okręgowego w Przemyślu z dnia 16 lutego 2017r. sygn. akt I Ca 399/16), jednak na chwilę obecną Izbie znane są uzasadnienia Sądu Okręgowego w Szczecinie i Lublinie.

W obu tych uzasadnieniach Sądy odwoływały się do szerokiego rozumienia pojęcia „wybór oferty najkorzystniejszej” jako ciągu czynności zamawiającego na etapie badania i oceny ofert, które obejmują czynności i zaniechania zamawiającego związane z badaniem podmiotowym wykonawcy i przedmiotowym oferty oraz z czynnościami i zaniechaniami związanymi z samą oceną ofert.

Izba na ten moment podziela w całości pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Płocku, że „(...) zamiarem ustawodawcy nowelizującego przepisy było dopuszczenie możliwości wnoszenia odwołań wobec ściśle ustanowionych czynności zamawiającego i sprzeczne z celem tego unormowania jest stosowanie wykładni rozszerzającej. Dodany ustawą nowelizującą z dnia 22 czerwca 2016 r. do art. 180 ust. 2 p.z.p punkt 6., który przewiduje możliwość wniesienia odwołania wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie należy interpretować w taki sposób, że podciągać pod niego wszystkie czynności zamawiającego dokonywane w ramach badania i oceny ofert prowadzące do wyboru oferty najkorzystniejszej. Taka interpretacja przepisu, zdaniem Sądu Okręgowego, zatraciłaby sens wyjątkowości wnoszenia odwołań w odniesieniu do tzw. postępowań podprogowych. A zatem art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. należy rozumieć w sposób wąski, odnosząc się przy tym do definicji legalnej pojęcia „najkorzystniejszej oferty” zawartej w art. 2 pkt 5 p.z.p. (...) Definicja nie zawiera zastrzeżenia, iż najkorzystniejsza oferta wybierana jest spośród ofert niepodlegających wykluczeniu bądź odrzuceniu. Jak wynika z ustawy p.z.p. odrzucenie oferty (art. 89 p.z.p.) oraz wykluczenie wykonawcy (art. 24 p.z.p.) są czynnościami odrębnymi od wyboru najkorzystniejszej oferty, poprzedzającymi de facto wybór. Wniosek

taki wysnuć można również, rozważając treść art. 92 ust. 1 p.z.p. obecnie obowiązującego i tego przed nowelizacją, która weszła w życie z dniem 28 lipca 2016 r. (...). Zmiana brzmienia powyższego przepisu, zdaniem Sądu Okręgowego, oznacza wyraźne rozdzielenie poszczególnych czynności zamawiającego prowadzących do wyłonienia oferty najkorzystniejszej. Upřednio zamawiający jednocześnie po wyborze oferty informował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, ofertach odrzuconych bądź wykonawcach wykluczonych, obecnie czynności tych może dokonywać sukcesywnie. Powyższe prowadzi do wniosku, że zamawiający najpierw odrzuca poszczególne oferty albo wyklucza wykonawców, a dopiero później spośród pozostałych ofert dokonuje wyboru najkorzystniejszej. Zakres pojęcia oferty najkorzystniejszej prawodawca wskazał w art. 91 ust. 1 p.z.p., wedle którego zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis ten, jak słusznie wskazała Izba, współgra z art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. W przekonaniu Sądu tak ukształtowane brzmienie przepisów art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p., art. 91 ust. 1 p.z.p. oraz art. 92 ust. 1 p.z.p., oznacza, że celem ustawodawcy było wyróżnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej od pozostałych czynności zamawiającego poprzedzających tenże wybór. Nie można przy tym pominąć faktu, iż odwołanie w pełnym zakresie przysługuje jedynie wtedy, gdy wartość zamówienia jest co najmniej równa progom unijnym. Art. 180 ust. 1 p.z.p. dopuszcza wówczas odwoływanie się od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego lub zaniechania czynności. Poniżej progów unijnych, a więc jak w niniejszej sprawie, odwołanie może być wniesione wyłącznie na czynności zamawiającego określone w art. 180 ust. 2. Ustawodawca ewidentnie rozróżnił czynności od zaniechania czynności. Jest to kolejny argument przemawiający za tym, iż w postępowaniach podprogowych zaniechanie odrzucenia oferty innego wykonawcy nie mieści się w ustawowych przesłankach odwoławczych.”

Jak również Izba w całości uznaje za własne stanowisko Sądu Okręgowego w Gdańsku, który wskazał, że ani organy administracji publicznej, ani sądy nie mają kompetencji do tworzenia prawa, a więc nie wolno im tworzyć tego prawa także w drodze interpretacji przepisów prawnych. Sąd zauważył, że zbyt szeroka wykładnia skarżącego, zgodnie z którą zaniechanie odrzucenia oferty należy do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, jako zwięźczenie wszystkich czynności w zakresie badania i oceny ofert w istocie zmierza do stworzenia nowych podstaw odwołania, ca jest zbyt daleko idącym zabiegiem interpretacyjnym. Sąd ocenił argumenty Izby jako przekonujące, racjonalne i oparte o treść norm prawnych, natomiast stanowisko skarżącego zasadało się na praktycznych aspektach wyklani i jej znaczenia dla krajowych zamówień publicznych, a także oczekiwań wykonawców. Sąd podzielił stanowisko Izby, że pod pojęciem „czynność wyboru oferty najkorzystniejszej” nie może się kryć także zaniechanie czynności wykluczenia z

postępowania i zaniechanie odrzucenia oferty, a jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w siwz. Za przekonującą argumentację uznał wzrost znaczenia kryteriów pozacenowych, wyjątkowy charakter regulacji art. 180 ust. 2 ustawy. Przyjęcie stanowiska skarżącego prowadziłoby do wprowadzenia zasady skarżenia niemalże wszystkich czynności zamawiającego, co powodowałoby, że nieracjonalne byłby pozostawienie przez ustawodawcę przesłanek art. 180 ust. 2 pkt. 4. Sąd wziął pod uwagę, że art. 180 ust. 2 ustawy stanowi wyłącznie o skarżeniu czynności, a nie o możliwości skarżenia zaniechań. Również w toku prac legislacyjnych Sąd nie dopatrył się, aby wolą ustawodawcy było umożliwienie skarżenia tych czynności, które dotyczą zaniechań odrzucenia ofert.

To stanowiska wyrażone przez Sąd Okręgowy w Płocku i Sąd Okręgowy w Gdańsku w ocenie Izby stanowi wnikliwą i pełną analizę obowiązujących przepisów ustawy i Izba podziela je w całości, a z uwagi na fakt, że na datę wydawania orzeczenia w ocenie Izby nie ukształtowała się większościowa czy przeważająca linia orzecznicza Sądów Okręgowych, Izba nie ma podstaw odstąpienia od dotychczasowego jednolitego stanowiska. Być może prezentowane zagadnienie prawne dojrzało do rozstrzygnięcia przez autorytet Sądu Najwyższego lub przyjęcia przez władzę ustawodawczą postulatu de lege ferenda.

Przedmiotowe odwołanie zostało wniesione w postępowaniu wszczętym ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 grudnia 2016r. za numerem 370714-2016. Okolicznością niesporną pomiędzy stronami jest to, że wartość szacunkowa zamówienia jest niższa niż kwoty wynikające z przepisów wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. (Odwołujący wniósł odwołanie przy zachowaniu terminu z art. 182 ust. 1 pkt. 2 ustawy, zaś zamawiający wprost w piśmie skierowanym na wezwanie Izby potwierdził ten fakt). Postępowanie zostało wszczęte po 29 lipca 2016 r., a zatem mają do niego zastosowanie przepisy ustawy w 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).

Izba stoi na stanowisku, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy.

Poniżej przedstawiono zebraną całościową argumentację dotyczącą tego, że w pojęciu „wybór oferty najkorzystniejszej” z art. 180 ust. 2 pkt. 6 ustawy nie mieści się zaniechanie wykluczenia wykonawcy wybranego lub innych wykonawców ani zaniechanie odrzucenia oferty wybranej lub ofert innych wykonawców.

„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.

Wartość 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, że 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.

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, że 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 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.

Możliwość 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 została 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 najprostszym i najbardziej klarownym sposobie 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, zmierzą 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 niepodejmowane 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 wykluczeni 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 słuszością 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 wykładnia 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.

Istotnym dla rozpoznania tej sprawy jest również stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w jednym z postanowień (sygn. akt KIO 1810/16) a mianowicie, że: "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.

Powyższe wskazuje, że przepis art. 180 ust. 2 Pzp ma charakter wyjątku od zasady generalnej. W przeciwieństwie do postępowań dotyczących zamówień, których wartość jest równa lub wyższa od tzw. progów unijnych, w przypadku postępowań podprogowych zasadą tą jest, że odwołanie nie przysługuje. O intencjach ustawodawcy świadczy nieprzypadkowo użyty w art. 180 ust. 2 Pzp wyraz wyłącznie. Ustawodawca w wyniku nowelizacji nie zniósł różnic przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej w postępowaniach podprogowych i postępowaniach powyżej progów. Zdecydowano jedynie o nieznacznym poszerzeniu katalogu przesłanek umożliwiających wniesienie odwołania w postępowaniach podprogowych. Skoro zatem katalog czynności, wobec których odwołanie przysługuje nadal ma charakter wyjątku od zasady, to nie może być on interpretowany rozszerzająco."

Dla składu orzekającego Izby przekonującym z przytoczonych argumentów jest argument dotyczący tego, że ustawodawca w art. 182 ustawy przewidział te same momenty

rozpoczęcia biegu terminu na wniesienie odwołania, jednak w postępowaniach powyżej progów unijnych przy przyjęciu, że pojęcie „wyboru oferty najkorzystniejszej” z art. 180 ust. 2 pkt. 6 ustawy dotyczy także zaniechań wykluczenia i zaniechań odrzuceń, odwołania będą przysługiwać od daty poinformowania o wykluczeniu wykonawcy w postępowaniach wielostopniowych, zaś w postępowaniach poniżej progów unijnych od daty informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Drugim argumentem, który uważam za najistotniejszy jest to, że przy szerokim rozumieniu pojęcia „wybór oferty najkorzystniejszej” trzeba przyjąć, że w pojęciu tym mieści się także zweryfikowanie wszystkich wykonawców i ich ofert, tak aby do oceny oferty najkorzystniejszej mieli dostęp tylko wykonawcy niewykluczeni i tacy, których oferty nie podlegają odrzuceniu, a wówczas zbędne są przesłanki z pkt. 3 i 4 art. 180 ust. 2 ustawy. Jednak mimo wszystko to jeszcze nie jest główny argument, ale nierówność traktowania wykonawców, gdyż wykonawca wybrany podlega szerszej ocenie, niż inny wykonawca sklasyfikowany na dalszej pozycji. Stanowi o tym art. 26 ust. 2 ustawy, z którego wynika, że co do wykonawcy wybranego zamawiający dysponuje tak jego własnymi oświadczeniami z art. 25a ust. 1 ustawy jak i dokumentami, do których złożenia wezwał na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy, zaś co do pozostałych wykonawców ich brak podstaw wykluczenia i zdolność do wykonania zamówienia od strony przedmiotowej zamawiający ocenia poprzestając na oświadczeniach z art. 25a ust. 1 ustawy, a wykonawcy wybranemu ustawodawca nie przewidział w art. 180 ust. 2 ustawy podstaw do kwestionowania konkurencji. Oznacza to w ocenie Izby, że na gruncie zamówień podprogowych przyjęcie założenia, że wolą ustawodawcy jest kontrola instancyjna wszystkich czynności składających się na wybór oferty najkorzystniejszej, jest przejawem rozumowania ab absurdam, gdyż poza postępowaniem kontrolnym, wykonawcy nie zostali wyposażeni w mechanizmy nadzoru nad prawidłowością przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia poniżej progów unijnych, ale mechanizm kontroli odwoławczej w postępowaniach podprogowych przejawia się w ochronie wyłącznie własnego interesu w uzyskaniu zamówienia i to w ograniczonym ustawowo zakresie. Oczywiście Izba nie kwestionuje faktu, że w powszechnym rozumieniu pojęcia „wybór oferty najkorzystniejszej” mieści się prawidłowość kwalifikowania i badania prawidłowości złożonej oferty, uważa jednak, że w postępowaniach podprogowych zamawiający ograniczył tę możliwość wyłącznie do badania prawidłowości badania oferty w kryteriach oceny ofert.

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2, art. 189 ust. 2 pkt 6, art. 189 ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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). W myśl powołanych przepisów, a także zgodnie z poglądem jednolicie prezentowanym w orzecznictwie tak Izby jak i Sądów Okręgowych, w przypadku odrzucenia odwołania odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp (por. przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 22 listopada 2012 r., sygn. akt XII Ga 517/11).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....