

POSTANOWIENIE
z dnia 8 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Marek Koleśnikow**

Członkowie: **Daniel Konicz**
Izabela Kuciak

Protokolant: **Sylwia Muniak**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 8 marca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2017 r. przez wykonawcę **E. Sp. z o.o. z siedzibą w W., ul. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Ośrodek Pomocy Rodzinie w K., ul. (...)**

przy udziale:

wykonawcy **O. Sp. z o.o. z siedzibą w M., ul. (...)**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **E. Sp. z o.o. z siedzibą w W., ul. (...)** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **E. Sp. z o.o. z siedzibą w W., ul. (...)** 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 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579 i 1920) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Miejski Ośrodek Pomocy Rodzinie w K., ul. (...) wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa czujników tlenu węgla do wskazanych lokali mieszkalnych w budynkach na terenie miasta K. « o wartości zamówienia poniżej 209 000 EURO, czyli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w BZP 17.01.2017 r. pod nrem 9425 – 2017.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579 i 1920) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił 16.02.2017 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy O. sp. z o.o. z siedzibą w M. [dalej wykonawca O.].

Wykonawca E. Sp. z o.o. z siedzibą w W., zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł 21.02.2017 r. do Prezesa KIO odwołanie od niezgodnych z przepisami Pzp czynności zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy O., wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę O.

Z czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty nie zgadza się odwołujący wywodząc zarzut niespełnienia przez wybraną ofertę warunku określonego w pkt 7.2.6 i 7.2.7 SIWZ.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy O., mimo że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ wobec nie potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp;
- 2) art. 91 ust. 1 Pzp przez wybranie oferty złożonej przez wykonawcę O. jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta nie była ofertą najkorzystniejszą wśród ofert niepodlegających odrzuceniu;

- 3) art. 7 ust. 1 Pzp przez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy O. ;
- 4) nakazanie zamawiającemu ponownego dokonania oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz badania i oceny ofert, a także wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 5) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów poniesionych przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa (ogłoszenie o zamówieniu, specyfikacja istotnych warunków zamówienia – dalej w skrócie SIWZ).

Wartość szacunkowa zamówienia o wartości zamówienia jest niższa niż równowartość 209 000 EURO, czyli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Art. 8 ust. 11 Pzp brzmi: »Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, kwoty wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, mając na względzie obowiązujące w tym zakresie przepisy prawa Unii Europejskiej«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 17 stycznia 2017 r. pod nrem 9425 – 2017 (ogłoszenie o zamówieniu).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp, który to przepis brzmi: »Izba 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«.

Wskazany art. 180 ust. 2 Pzp brzmi: »Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej

ręki lub zapytania o cenę; 2) określenia warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia oferty odwołującego; 5) opisu przedmiotu zamówienia; 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.«.

Izba stwierdziła, że szacunkowa wartość rozpoznawanego zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Wynika to z oświadczenia złożonego na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania oraz z protokołu postępowania, gdzie w rubryce 2 ust. 4 str. 2 zamawiający wpisał kwotę cyt.: »717 195,13 zł netto, co stanowi równowartość 171 787,38 euro«.

Wartość zamówienia jest zatem mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, zgodnie bowiem z § 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia 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) oraz § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2254).

Izba stwierdziła, że podstawą rozpoznawanego odwołania jest zarzut zaniechania odrzucenia oferty finalnie uznanej za najkorzystniejszą ze względu na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, a to nie mieści się w zamkniętym katalogu przytoczonego art. 180 ust. 2 Pzp. Pozostałe dwa zarzuty odwołania nie mają samodzielnego znaczenia. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp dotyczył niewłaściwego wyboru oferty najkorzystniejszej i nie odnosił się do okoliczności dotyczących oceny ofert, ale dotyczył skutków zaniechania czynności odrzucenia oferty. Wreszcie ostatni, trzeci zarzut dotyczył naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp przez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a więc również nie dotyczył zagadnień znajdujących się w zamkniętym katalogu art. 180 ust. 2 Pzp.

Istotną dla uzasadnienia takiego rozstrzygnięcia pozostaje interpretacja przepisu art. 180 ust. 2 Pzp w jego obecnym brzmieniu, a zwłaszcza w art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp, który brzmi »Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności [...] wyboru najkorzystniejszej oferty«, czyli że w tzw. postępowaniach podprogowych odwołanie może dotyczyć wyboru najkorzystniejszej oferty. Interpretacja musi objąć odpowiedź na pytanie: czy kwestionowanie wyboru najkorzystniejszej oferty dotyczy także zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy.

Orzecznictwo Izby pozostaje w tym zakresie jednolite i zgodne – wybór najkorzystniejszej oferty dotyczy tylko kwestionowania samej czynności wyboru najkorzystniejszej spośród ofert pozostających w postępowaniu na podstawie kryteriów wyboru ustanowionych przez zamawiającego w SIWZ. Możliwość kwestionowania wyboru najkorzystniejszej oferty nie obejmuje zaniechania odrzucenia oferty wybranej lub zaniechania wykluczenia składającego ją wykonawcy. Takie stanowisko zajęła Izba m.in. w postanowieniach: 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; z 7 listopada 2016 r., sygn. akt: KIO 2059/16; z 7 listopada 2016 r., sygn. akt: KIO 2059/16; z 8 listopada 2016 r., sygn. akt: KIO 2026/16; z 16 listopada 2016 r., sygn. akt: KIO 2084/16; z 17 listopada 2016 r., sygn. akt: KIO 2128/16; z 29 listopada 2016 r., sygn. akt: KIO 2162/16; z 30 listopada 2016 r., sygn. akt: KIO 2232/16; z 1 grudnia 2016 r., sygn. akt: KIO 2211/16; z 7 grudnia 2016 r., sygn. akt: KIO 2203/16; z 13 grudnia 2016 r., sygn. akt: KIO 2292/16; z 14 grudnia 2016 r., sygn. akt: KIO 2283/16; z 15 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2298/16; z 22 grudnia 2016 r., sygn. akt: KIO 2355/16, z 30 grudnia 2016 r., sygn. akt: KIO 2397/16; z 2 stycznia 2017 r., sygn. akt: KIO 2405/16; z 5 stycznia 2017 r., sygn. akt: 2462/16, z 5 stycznia 2017 r., sygn. akt: KIO 2467/17; z dnia 9 stycznia 2017 r., sygn. akt: KIO 2478/16; z 30 stycznia 2017 r., sygn. akt: KIO 160/17; z 31 stycznia, sygn. akt: KIO 115/17; z 15 lutego 2017 r., sygn. akt: KIO 260/17; z 2 marca 2017 r., sygn. akt 326/17. Stanowisko Izby zostało zaaprobowane w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z 3 stycznia 2017 r., sygn. akt: XII Ga 837/16 oraz w wyroku Sądu Okręgowego w Płocku z 1 lutego 2017 r., sygn. akt: IV Ca 1051/16.

Skład orzekający Izby podziela w pełni stanowisko wyrażone w wymienionych orzeczeniach Izby.

Uzasadniając przytoczoną interpretację, skład orzekający Izby stwierdza, że przepis art. 180 ust. 2 Pzp jest przepisem ustanawiającym wyjątek od reguły, według której w postępowaniach zamówieniowych o wartości tzw. podprogowych środki ochrony prawnej w postaci odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej nie przysługują. Wskazuje na to stwierdzenie znajdujące się we wprowadzaniu do wyliczenia art. 180 ust. 2 Pzp, cyt. »odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności«.

Ponadto zgodnie z tradycyjną zasadą wykładni ograniczającą rozszerzające stosowanie wyjątków, 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.

Takie interpretowanie art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp i wyrażenia »czynność wyboru najkorzystniejszej oferty« jest warunkowane zwłaszcza wykładnią językową. Zgodnie ze

znaczeniem słownikowym, wyraz »wybór« znaczy »wybranie spośród pewnej liczby osób, rzeczy« (Słownik języka polskiego PWN, Warszawa 2012 r.). W zakresie rozpoznawania należy uznać ten wyraz, jako wybranie – spośród innych ofert – jednej oferty, która została uznana jako najkorzystniejsza.

Stwierdzenie, że proces wyboru obejmuje jednocześnie inne działania (zwłaszcza dotyczące sprawdzenia spełnienia warunków postawionych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia) nie jest zasadne na podstawie znaczenia językowego wyrazu »wybór«. Na taki pogląd Izby ma również wpływ treść § 8 ust. 1 załącznika rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. „Zasady techniki prawodawczej” (Dz. U. z 2016 r. poz. 283), który to przepis brzmi »W ustawie należy posługiwać się poprawnymi wyrażeniami językowymi (określeniami) w ich podstawowym i powszechnie przyjętym znaczeniu«. Zdaniem Izby nie ma uzasadnienia, aby wprowadzać rozumienia wyrażeń zawartych w ustawie w innym znaczeniu niż zgodnym z przytoczonym § 8 ust. 1 Zasady techniki prawodawczej (obowiązującym od 1 sierpnia 2002 r., a więc obejmującym proces uchwalania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych).

Taka sama problematyka jak w rozpoznawanym postępowaniu zamówieniowym była zwłaszcza przedmiotem postanowienia KIO z 2 marca 2017 r. o sygn. akt KIO 326/17, w związku z czym Izba przytacza część tego postanowienia w pełni dzieląc poglądy tam zawarte i przyjmując je jako swoje:

»[...] literalne brzmienie przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp 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 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 Pzp: „Wybór najkorzystniejszej oferty”. W rozdziale tym pomieszczonych jest szereg norm odnoszących się do różnych czynności, które nie składają się na wybór najkorzystniejszej oferty i siłą rzeczy nie mogą go stanowić. Są to, np. normy

dotyczące przygotowania postępowania (dopuszczenie składania ofert wariantowych – art. 83 Pzp), uprawnień wykonawcy (art. 84 Pzp), przepisy techniczne, dotyczące otwarcia czy przechowywania ofert, obowiązki informacyjne związane z udzieleniem zamówienia *etc.* Ponadto szereg czynności, które Zamawiający musi bezwzględnie przeprowadzić, i które mają składać się na dynamiczny proces badania ofert oraz decydują o ważności umowy w sprawie zamówienia, regulowane jest poza ww. rozdziałem. Są to, np. kwestie podmiotowej kwalifikacji wykonawcy składającego ofertę i jego wykluczenia z postępowania.

Na marginesie można dodać, że 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 Pzp 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 art. 18 ust. 2 pkt 6 Pzp na tle pozostałych czynności, względem których przysługuje odwołanie, określonych w pozostałych punktach art. 180 ust. 2 Pzp 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 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 Pzp – 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 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 pkt 6 wyłącznie do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty *sensu stricto*, zbędne byłoby określanie pozytywnego katalogu czynności podlegających zaskarżeniu w postępowaniach poniżej progów. Jeśli bowiem przyjąć, że zaskarżeniu w ramach zaskarżenia *wyboru oferty najkorzystniejszej* podlega każda czynność i każde zaniechanie poprzedzające ten wybór i rzutujące na określenie kręgu ofert, spośród których wybór jest dokonywany, to co do zasady zaskarżeniu podlegałyby wszystkie czynności i zaniechania zamawiającego w postępowaniu, które miały miejsce między złożeniem ofert a wyborem oferty najkorzystniejszej i wpływały na ważność umowy w sprawie zamówienia. Wykładnia rozszerzająca sprowadza się w tym przypadku w swej logicznej konsekwencji do stanowiska, że wszystkie czynności zamawiającego związane z oceną wniosków lub ofert, oprócz unieważnienia postępowania, zmierzają bezpośrednio do wyboru oferty. W takiej sytuacji racjonalny ustawodawca nie określałby tego katalogu pozytywnie, ale negatywnie wskazał, od czego odwołanie nie przysługuje. W praktyce byłoby to tylko unieważnienie postępowania. Żadne inne czynności czy zaniechania zamawiającego, zwłaszcza nierzutujące na ważność umowy w sprawie zamówienia, nie wydają się tu szczególnie istotne i nie stanowią przedmiotu odwołań w postępowaniach nadprogowych – tym samym ich regulacja byłaby możliwa do pominięcia.

Należy również zauważyć, że w postępowaniach o wartości równej lub wyższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 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 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 Pzp 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 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 Pzp.

Dodać w tym zakresie można, że czynności lub zaniechania zamawiającego podejmowane lub niepodjęte 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 Pzp. Sporządzenie dokumentu przetargowego jest czynnością niepodzielną i 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, że art. 180 ust. 2 Pzp dotyczy jedynie czynności, a nie zaniechań zamawiającego, nie przekreśla więc znaczenia normatywnego pkt 2 i 5 ust. 2 art. 180 Pzp i możliwości zaskarżenia na podstawie tych przepisów treści dokumentów przetargowych.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego charakteryzują się fazowością. W pierwszej kolejności weryfikacji podlega spełnienie przesłanek podmiotowych warunkujących udział wykonawcy w procedurze przetargowej, o których traktuje art. 22 ust. 1 Pzp. Jeżeli wykonawca nie wykaże spełnienia wyznaczonych warunków podmiotowych, z mocy prawa jego ofertę uznaje się za odrzuconą w oparciu o art. 24 ust. 4 Pzp. W następnej kolejności zamawiający weryfikuje treść oferty w odniesieniu do wymagań przedmiotu zamówienia. Jeżeli istotna treść oferty nie jest zgodna z treścią istotnych warunków zamówienia – oferta podlega obligatoryjnemu odrzuceniu w myśl dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Oferty zweryfikowane pozytywnie (nie biorąc pod uwagę tzw. procedury odwróconej wprowadzonej omawianą nowelizacją) – poddawane są czynnościom wyboru najkorzystniejszej oferty w wyznaczonych kryteriach, do której odnosi się przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp. Każde z

przywoływanych określeń: „wykluczenie wykonawcy z postępowania” „, „odrzucenie oferty” oraz „wybór najkorzystniejszej oferty” ma swoją odrębną treść normatywną i ugruntowane w praktyce znaczenie – jednoznacznie rozumiane przez wykonawców oraz zamawiających. Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2016 r. poz. 1128) w Załączniku 1 dotyczącym najczęściej stosowanego trybu przetargu nieograniczonego, w pozycjach 15, 17 oraz 18 wyraźnie rozróżnia czynności wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

Nie bez znaczenia dla osądu rzeczonyj 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 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 ustawy:

„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 Pzp, 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 jest to, że odwołanie nie przysługuje. O intencjach ustawodawcy świadczy nieprzypadkowo użyte w art. 180 ust. 2 Pzp słowo „*wyłącznie*”. Ustawodawca w wyniku nowelizacji nie zdecydował o zniesieniu 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.

W dalszej kolejności zauważyć należy, że zgodnie z przepisem art. 92 ust. 1 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 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 Pzp w sposób dopuszczający zaskarżanie – w ramach odwołań wobec wyboru oferty najkorzystniejszej – zaniechania odrzucenia oferty czy zaniechania wykluczenia wykonawcy, nie daje się obronić również z powodu konsekwencji praktycznych, co do których należy wykluczyć, aby były objęte zamiarem ustawodawcy. Przyjmując, że dopuszczalne jest kwestionowanie zaniechania odrzucenia oferty z powołaniem się na art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp (wybór oferty najkorzystniejszej), należałoby 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 Pzp 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 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 Pzp (tj. od przesłania informacji o wykonawcach zaproszonych do dalszego etapu postępowania) z powołaniem się na 180 ust. 2 pkt 6 Pzp – nie nastąpił bowiem wybór oferty najkorzystniejszej. Z drugiej strony dopuszczenie do wnoszenia 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, że 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, że rozszerzenie takie miałyby 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, że 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 zwięźczenie wszystkich czynności z zakresu badania i oceny ofert, które doprowadziły do wyboru oferty najkorzystniejszej, nie daje się obronić w świetle testu racjonalnego ustawodawcy. Przy przyjęciu takiej wykładni poza zakresem zaskarżenia w postępowaniach podprogowych pozostawałoby *de facto* tylko

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

Istotnym argumentem przemawiającym za słusznością 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 Pzp. Ministerstwo Rozwoju zaznaczyło w toku prac legislacyjnych, że zmiana jest korzystna dla wykonawców, a enumeratywne wyliczenie nie otwiera zakresu środków ochrony prawnej tak szeroko, jak jego brak. Jak podano, *przede wszystkim, poza tym zakresem będą „zaniechania” zamawiającego, a to znaczna różnica*. Odmienne zamiarów nie sposób natomiast wyczytać z innych materiałów z prac legislacyjnych, w tym z samego uzasadnienia projektu ustawy, a należałoby zakładać, że jeśli ustawodawca chciał tak dalece znieść dotychczas obowiązujące ograniczenia, to byłaby to zmiana na tyle istotna, że doczekałaby się odpowiedniego komentarza w uzasadnieniu nowelizacji. Należy więc stwierdzić, że intencja autora nowelizacji co do zakresu zaskarżenia w postępowaniach poniżej progów unijnych została wyrażona podczas uzgodnień międzyresortowych, ze wskazaniem na zamiar utrzymania wyłączeń dotyczących zaniechań zamawiającego i nie może być pomijana przy interpretacji przepisów. 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).

W tym miejscu warte odnotowania są stanowiska Sądów Okręgowych, które podzieliły stanowisko Izby w przedmiocie interpretacji przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp. I tak Sąd Okręgowy w Płocku w wyroku z 1 lutego 2017 r., sygn. akt: IV Ca 1051/16 wskazał, że: „Sąd Okręgowy doszedł do wniosku, że chcąc właściwie zinterpretować aktualnie obowiązujący przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp, należy odnieść się do przepisów już nieobowiązujących, które pierwotnie dawały możliwość wniesienia odwołań w postępowaniach podprogowych. Ustawą zmieniającą z dnia 4 września 2008 r. (Dz. U. nr 171, poz. 1058) dodano do ustawy Prawo zamówień publicznych art. 184 ust. 1a, w myśl którego 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 spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty.

Celem powyższej nowelizacji, która znosiła obowiązujące dotychczas generalne wyłączenie odwołania w tzw. postępowaniach podprogowych, było jednocześnie ograniczenie odwołań do najistotniejszych decyzji mogących naruszać interesy wykonawców. Pogląd taki zaprezentował w uzasadnieniu uchwały z dnia 12 stycznia 2010 r. Sąd Najwyższy (III CZP 119/09), a Sąd Okręgowy w całości go podziela. W związku z tym, że przyjęte w art. 184 ust. 1a Pzp przypadki miały wyjątkowy charakter wobec obowiązującej zasady, że w sprawach o wartości przedmiotu zamówienia niższych niż progi unijne określone w art. 11 ust. 8 Pzp odwołanie nie przysługuje, konieczna jest wykładnia ścieśniająca każdego z tych wyjątków.

Sąd Okręgowy podziela również stanowisko Sądu Najwyższego sformułowane w uchwale z dnia 10 grudnia 2009 r. (III CZP 110/09), zgodnie z którym w ramach dyrektyw preferencji metod wykładni na czoło wysuwa się powszechnie akceptowana w orzecznictwie i w piśmiennictwie zasada pierwszeństwa wykładni językowej i subsydiarności wykładni systemowej i funkcjonalnej. Zasada pierwszeństwa wykładni językowej, choć nie ustala absolutnego porządku preferencji, to jednak dopuszcza odstępstwa od wyniku jej zastosowania tylko wówczas, gdy wynik ten prowadzi albo do absurdu, albo do rażąco niesprawiedliwych lub irracjonalnych konsekwencji. Nie zawsze więc zachodzi konieczność posłużenia się kolejno wszystkimi rodzajami wykładni; nie ma w szczególności potrzeby sięgania po dyrektywy celowościowe wówczas, gdy już po zastosowaniu dyrektyw

językowych albo językowych i systemowych uda się uzyskać właściwy wynik wykładni. Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 1 marca 2007 r. (III CZP 94/06) wskazał, że odstępstwo od jasnego i oczywistego sensu przepisu wyznaczonego jego jednoznacznym brzmieniem mogą uzasadniać tylko szczególnie istotne i doniosłe racje prawne, społeczne, ekonomiczne lub moralne. Jeśli zaś takie nie zachodzą, należy oprzeć się na wykładni językowej. Wykładnia językowa wymaga uwzględniania dyrektyw języka potocznego, a zatem przypisywania zawartym w normie prawnej wyrażeniom podstawowego i powszechnie przyjętego znaczenia.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, stwierdzić należy, że – w ocenie Sądu Okręgowego – 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 pkt 6 ustawą nowelizującą z dnia 22 czerwca 2016 r. do art. 180 ust. 2 Pzp, 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 Pzp należy rozumieć w sposób wąski, odnosząc się przy tym do definicji legalnej pojęcia „najkorzystniejszej oferty” zawartej w art. 2 pkt 5 Pzp. Zgodnie z ową definicją przez „najkorzystniejszą ofertę” należy rozumieć ofertę:

- a) która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego w szczególności w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała albo*
- b) z najniższą ceną lub kosztem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub koszt.*

Definicja nie zawiera zastrzeżenia, że najkorzystniejsza oferta wybierana jest spośród ofert niepodlegających wykluczeniu bądź odrzuceniu. Jak wynika z Pzp odrzucenie oferty (art. 89 Pzp) oraz wykluczenie wykonawcy (art. 24 Pzp) są czynnościami odrębnymi od wyboru najkorzystniejszej oferty, poprzedzającymi de facto wybór.

Wniosek taki wysnuć można również, rozważając treść art. 92 ust. 1 Pzp obecnie obowiązującego i tego przed nowelizacją, która weszła w życie z dniem 28 lipca 2016 r. Mianowicie w porządku prawnym obowiązującym do 28 lipca 2016 r. zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty jednocześnie zawiadamiał 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.

Ustawą nowelizującą z dnia 22 czerwca 2016 r. artykułowi 92 ust. 1 Pzp nadano nowe brzmienie, zgodnie z którym 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 i 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.

Zmiana brzmienia powyższego przepisu, zdaniem Sądu Okręgowego, oznacza wyraźne rozdzielenie poszczególnych czynności zamawiającego prowadzących do wyłonienia oferty najkorzystniejszej. Uprzednio 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 Pzp, 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 Pzp. W przekonaniu Sądu tak ukształtowane brzmienie przepisów art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp, art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 92 ust. 1 Pzp, oznacza, że celem ustawodawcy było wyróżnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej od pozostałych czynności zamawiającego poprzedzających tenże wybór.

Nie można przy tym pominąć faktu, że odwołanie w pełnym zakresie przysługuje jedynie wtedy, gdy wartość zamówienia jest co najmniej równa progom unijnym. Art. 180 ust. 1 Pzp 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, że w postępowaniach podprogowych zaniechanie odrzucenie oferty innego wykonawcy nie mieści się w ustawowych przesłankach odwoławczych.

Biorąc zatem pod uwagę preferowaną w orzecznictwie wykładnię językową ścieśniającą, nie sposób uznać, że zarzut Odwołującego dotyczący zaniechania odrzucenia oferty (...) mieści się w zakresie przyczyny odwoławczej w postępowaniach podprogowych wskazanej w art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z dnia 12 stycznia 2010 r., III CZP 119/09, zastosowanie wykładni, która odchodziłaby od językowego sensu przepisu, uwzględniającego nadto treść całego aktu prawnego, mogłyby usprawiedliwiać jedynie szczególne istotne i doniosłe racje. Sąd Okręgowy ostatecznie stanął na stanowisku, że nadanie określeniu użytemu w art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp szerszego znaczenia może prowadzić do sprzecznego z brzmieniem ustawy rozszerzenia katalogu czynności podlegających zaskarżeniu odwołaniem w tzw. postępowaniach podprogowych i nie ma żadnego uzasadnienia w szczególnie ważnych okolicznościach. Co więcej, odmiennej wykładni nie dałoby się pogodzić z dyrektywą zacieśniającego tłumaczenia regulacji wyjątkowych (*exceptiones non sunt extentendae*), do których niewątpliwie zaliczyć należy art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp”.

Natomiast Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z 3 stycznia 2017 r., sygn. akt: XII Ga 837/16, zwrócił uwagę na następujące okoliczności: „Zdaniem Sądu Okręgowego objęte skargą postanowienie Izby jest prawidłowe i odpowiada prawu oraz specyfice przedmiotowej regulacji, natomiast wykładnia art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp prezentowana przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, wprawdzie o dużym znaczeniu praktycznym dla wykonawców, jednak jest zbyt szeroka i nie znajduje uzasadnienia w treści samych przepisów.

Zważyć należy, że zarówno organy administracji publicznej, jak i sądy nie mają kompetencji do tworzenia prawa, a więc nie wolno im tworzyć tego prawa także w drodze interpretacji przepisów prawnych. Tymczasem w niniejszej sprawie zbyt szeroka wykładnia skarżącego organu, zgodnie z którą zaniechanie odrzucenia oferty należy do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty jako zwięźczenie wszystkich czynności z zakresie badania i oceny ofert, w istocie zmierza właśnie do stworzenia nowych podstaw odwołania, co jest zbyt daleko idącym zabiegiem interpretacyjnym. W opinii Sądu Okręgowego to właśnie argumenty powołane przez Izbę są bardziej przekonujące i racjonalne, oparte na treści norm prawnych oraz ich wykładni, natomiast stanowisko skarżącego zasadzało się bardziej na praktycznych aspektach wykładni i jej znaczenia dla krajowych zamówień publicznych, a także oczekiwań wykonawców. Jednakże racje w niej przedstawione okazały się zbyt mało przekonujące w stosunku do tych podanych przez Izbę.

Trafnie bowiem Izba podała, że pod pojęciem „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” nie może kryć się także zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania i zaniechanie czynności odrzucenia oferty, a jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SWIZ. Przemawia za tym wiele okoliczności wskazanych przez Izbę. W szczególności to, że w wyniku nowelizacji większego znaczenia nabrały pozacenowe kryteria oceny ofert. Tym samym dodanie w art. 180 ust. 2 ustawy możliwości zaskarżenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty stanowi właśnie wyjście ustawodawcy naprzeciw wykonawcom, którzy kwestionują ustalenie oferty najkorzystniejszej zgodnie z nowymi kryteriami oceny ofert.

Trafny jest również argument Izby, że przepis art. 180 ust. 2 w przeciwieństwie do art. 180 ust. 1 Pzp stanowi wyjątek od zasady. Wyjątków natomiast nie powinno interpretować się rozszerzająco. Nadto w wyniku nowelizacji ustawy zdecydowano się jedynie nieco poszerzyć przesłanki umożliwiające wniesienie odwołania w postępowaniach „podprogowych”, a nie wprowadzić niemalże zasadę skarżenia czynności zamawiającego, do czego w istocie zmierza stanowisko skarżącego, bowiem pod czynności wyboru najkorzystniejszej oferty można byłoby „podciągnąć” niemalże ich większość, gdyż wybór najkorzystniejszej oferty jest zwięźczeniem procesu badania i oceny ofert. Gdyby tak było to z pewnością wspomniany art. 180 ust. 2 Pzp miałby inne brzmienie. Poza tym trudno uznać, aby pod pojęciem „wyboru najkorzystniejszej oferty” ustawodawca niejako ukrył także czynność zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy, skoro odrzucenie oferty odwołującego zostało wprost określone w pkt 4, natomiast zaniechanie odrzucenia oferty już nie. Słusznie zauważyła także Izba, że w treści art. 180 ust. 2 Pzp jest jedynie mowa o możliwości zaskarżenia czynności. Nie wspomina się o skarżeniu zaniechań czynności, tak jak w przypadku zamówień powyżej progu, o których mowa w art. 180 ust. 1 Pzp. Tym

samym nie ma podstaw do wywodzenia, że przesłanka z art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp obejmuje również zaniechanie czynności, w dodatku innej niż czynność wprost wymieniona w tej przesłance. Zgodzić należy się z Izbą, że ustawodawca wymienia w tym przepisie jedynie zachowania zamawiającego o charakterze czynnym, które doprowadziły do danego wyniku postępowania, nie wspomina zaś o zaniechaniach. Również z prac legislacyjnych nie sposób dopatrzeć się, aby wolą ustawodawcy było umożliwienie skarżenia tych czynności, które dotyczą zaniechań odrzucenia ofert. Izba powołała również dodatkowe argumenty, jednakże w ocenie Sądu Okręgowego już te wyżej wskazane dobitnie wskazują na konieczność ścisłej interpretacji sformułowania „wyboru najkorzystniejszej oferty”. W zakresie tej przesłanki, w ocenie Sądu Okręgowego, zaskarżeniu odwołaniem nie podlega wybór najkorzystniejszej oferty, u podstaw której legło błędne uznanie przez zamawiającego, że wykonawca, który ją złożył nie podlega wykluczeniu lub że oferta nie powinna być zostać odrzucona. Odmienny pogląd skarżącego, prowadziłby do nieuzasadnionego zwiększenia podstaw odwołań, przy jednoczesnym braku wystarczającego oparcia w przepisach ustawy. Tym samym taka zbyt szeroka interpretacja nie mogła zostać uwzględniona.

W opinii Sądu Okręgowego argumenty powołane przez skarżącego w konfrontacji z argumentami Izby nie były wystarczające do podzielenia jego stanowiska. Okoliczność, że postępowania podprogowe stanowią przeważającą część ogółu krajowych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego nie może w żaden sposób uzasadniać poglądu, że wolą ustawodawcy w takim przypadku było dopuszczenie szerszej możliwości kwestionowania zachowań zamawiającego. Nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia również fakt, że proces udzielania zamówień publicznych składa się z szeregu kolejno następujących po sobie czynności, a czynność wyboru najkorzystniejszej oferty jest poprzedzona etapem badania i oceny złożonych ofert. Czynności zamawiającego z jednej strony stanowią kolejne następujące po sobie działania w celu wyboru najkorzystniejszej oferty, jednakże z drugiej strony stanowią także odrębne i samodzielne etapy postępowania. W zasadzie wszystkie czynności zamawiającego służą wyborowi najkorzystniejszej oferty, co w świetle stanowiska skarżącego stanowiłoby drogę do składania odwołań od niemalże każdej czynności”.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że zarzuty podniesione w odwołaniu nie mieszczą się w katalogu określonym w art. 180 ust. 2 Pzp, gdzie mowa jest wyraźnie o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie zaś zaniechaniu odrzucenia wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą«.

Wobec tego 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 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). 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 Pzp (np. wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 22 listopada 2012 r., sygn. akt: XII Ga 517/11).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....