

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 27 kwietnia 2017 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Członkowie: Ewa Sikorska**

**Robert Skrzyszewski**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na posiedzeniu jawnym, z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 27 kwietnia 2017 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 kwietnia 2017 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wykonawcę WC Serwis ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze (pełnomocnik) oraz WC Serwis spółka z o ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Zabrze

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Tatrzanski Park Narodowy, siedziba Zakopane

przy udziale wykonawcy TOI TOI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 725/17 po stronie Zamawiającego

**postanawia:**

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wykonawcę WC Serwis ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze (pełnomocnik) oraz WC Serwis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Zabrze i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wykonawcę WC Serwis ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze (pełnomocnik) oraz WC Serwis spółka z o graniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Zabrze tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Nowym Sączu.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Tatrzański Park Narodowy, siedziba Zakopane – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie *Wynajem i obsługa przenośnych kabin sanitarnych WC w 2017/2018*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 15 marca 2017 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 44320-2017 (wydruk ogłoszenia w aktach sprawy).

Do prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego stosuje się przepis ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, opublikowanej w dniu 13 lipca 2016 r. w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej pod pozycją 1020, która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 roku (dalej: „ustawa”).

Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, co wynika w sposób jednoznaczny z pisma Zamawiającego z dnia 20 kwietnia 2017 roku skierowanego w tym dniu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej: wartość zamówienia wynosi 400 743, 00 zł netto co stanowi równowartość 95 988,65 euro; nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

12 kwietnia 2017 roku Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie wykonawcą WC Serwis ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze (pełnomocnik) oraz WC Serwis spółka z o graniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Zabrze działając na podstawie art. 180 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 ustawy wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie czynności niezgodnej z ustawą w postaci wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy TOI TOI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, która winna zostać odrzucona na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, zmianę wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu, ewentualnie unieważnienie postępowania i przeprowadzenie nowego jak również zwrot kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji przez pełnomocnika.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że wybór oferty wykonawcy TOI TOI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie stanowi działanie sprzeczne z ustawą albowiem wskazana oferta winna podlegać odrzuceniu (na co zresztą Odwołujący zwróciła uwagę Zamawiającemu przy piśmie z dnia 21 marca 2017 r.). Zamawiający jednak nie tylko wskazanej oferty nie odrzucił, ale dodatkowo uznał ją jako najkorzystniejszą ze złożonych, a przez to naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy w zw. oraz art. 180 ust. 2 pkt 6.

W podsumowaniu rozważań zawartych w uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że oferta spółki TOI TOI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie winna była zostać odrzucona przez Zamawiającego przynajmniej z dwóch powodów tj.: zwycięski wykonawca przedstawił propozycję świadczenia usług niemożliwych do realizacji, na co wskazał w swych wyjaśnieniach z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sposób jawny i bezpośredni przyznając, że w tak krótkim czasie będzie w stanie dotrzeć wyłącznie do 7 toalet będących przedmiotem niniejszego postępowania, tym samym jest w stanie usługę wyłącznie w odniesieniu do 28% całego przedmiotu zamówienia (1 z 25 lokalizacji) czym przyznaje, że niemożliwym jest podjęcie działań w sytuacji awaryjnej w czasie tak krótkim, jak zaoferowany, a zatem zawarcie ewentualnej umowy doprowadziłoby *de facto* do podpisania porozumienia o świadczenie niemożliwe, co - z uwagi na brzmienie art. 387 § 1 k.c. - jest wykluczone, a oferta winna zostać odrzucona na mocy art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy; oraz po drugie oferta TOI TOI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie nie odpowiada warunkom wskazanym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz jej załącznikach, opiera się bowiem na czasie reakcji niezbędnym do podjęcia działań wyłącznie w odniesieniu do toalet położonych najbliższej bazy Wykonawcy, podczas gdy oczywistym przedmiotem świadczonej usługi winna być możliwość dojazdu do jakiejkolwiek z lokalizacji będących przedmiotem zamówienia w przypadku wystąpienia sytuacji awaryjnej, zatem oferta podlegała odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W dniu 20 kwietnia 2017 roku Zamawiający przesłał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia drogą elektroniczną zawiadomienie o wpłynięciu odwołania. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę TOI TOI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Wynajem i obsługa przenośnych kabin sanitarnych WC w 2017/2018.*, dotyczy zamówienia publicznego na usługi, o wartości szacunkowej zamówienia niższej od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy w brzmieniu po nowelizacji z 22 czerwca 2016 roku Izba odrzuca odwołanie jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy. W powołanym art. 180 ust. 2 ustawy wskazano wyraźnie, że w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

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

Choć katalog sytuacji, w których w postępowaniach „podprogowych” w wyniku wspomnianej nowelizacji przysługuje wniesienie odwoływania uległ rozszerzeniu, między innymi o czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, to zdaniem składu orzekającego Izby w przedmiotowej sprawie odwołanie dotyczy czynności, wobec których ustawodawca nadal wyłączył prawo zaskarżenia decyzji Zamawiającego.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Wynajem i obsługa przenośnych kabin sanitarnych WC w 2017/2018* Odwołujący kwestionuje, zarzuca Zamawiającemu, zgodnie z treścią odwołania dokonanie czynności niezgodnej z ustawą

polegającą na wyborze oferty najkorzystniejszej, którą w ocenie Odwołującego powinna zostać odrzucona z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy. Tym samym czynność jaka kwestionowana jest przez Odwołującego to zasadniczo zaniechanie odrzucenia oferty konkurencyjnej, która została w postępowaniu wybrana przez Zamawiającego. Z powodu braku tego typu czynności – zaniechania czynności odrzucenia z postępowania oferty konkurencyjnego wykonawcy - w katalogu zawartym w art. 180 ust. 2 ustawy stwierdza się, że wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 189 ust. 2 ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie takiego rozstrzygnięcia. W rozpoznawanej sprawie Odwołujący wykładni swojej argumentacji faktycznej nadał znaczenie przez wskazanie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy oraz wskazanie na konieczność odrzucenia oferty konkurencyjnego wykonawcy. Argumentacja Odwołującego nie odnosi się do naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust.1 ustawy, czyli zastosowania w stosunku do wybranej oferty kryteriów oceny ofert innych, nieznanymi SIWZ czy też zastosowanie tych kryteriów w sposób odmienny od określonego w SWIZ, czy też w ogóle ich niezastosowanie albo zastosowanie kryteriów nieokreślonych w SWIZ. Odwołujący w rozpoznawanej sprawie wskazuje na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy.

Analiza znowelizowanego przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy i użycia w nim przez ustawodawcę sformułowania „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” prowadzi zdaniem Izby do wniosku, że pod pojęciem tym nie kryje się zaniechanie czynności odrzucenia oferty (również zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania), a jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SWIZ), co potwierdził w swoim wyroku również Sąd Okręgowy w Gdańsku z dnia 3 stycznia 2017 roku, sygn. akt XII Ga 837/16, uznając prawidłowość działania Izby i wskazując, że przez pojęcie „wybór oferty najkorzystniejszej” oznacza wyłączenie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert.

Zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy dopuszczone jest zakwestionowanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest najkorzystniejsza w świetle określonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert (nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy). Definicja *wyboru najkorzystniejszej oferty* wynika pośrednio z art. 91 ust. 1 ustawy, 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, co potwierdzają liczne orzeczenia. Jednocześnie potwierdzają te wyroki wydawane w sprawach, w których kwestionowana jest ocena ofert w kryteriach, że przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy nie jest przepisem „martwym”. Za powyższym stanowiskiem przemawia dodatkowo fakt, że w wyniku nowelizacji o wiele większego znaczenia nabrały pozacenowe kryteria oceny ofert (np. kwalifikacje i doświadczenie osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, aspekty społeczne, jakościowe, innowacyjne), których stosowanie jest w większości przypadków obowiązkowe. Znacznie większego znaczenia nabrał 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 dlatego w art. 180 ust. 2 ustawy dodano możliwość zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, która to czynność jest obecnie obciążona większym niż dotychczas ryzykiem naruszenia przepisów ustawy, zatem poddanie jej weryfikacji w drodze środków ochrony prawnej jest bardziej uzasadnione.

Do takiego wniosku prowadzi również analiza przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy na tle innych przepisów określających możliwość wnoszenia odwołań w postępowaniach poniżej progów unijnych oraz wykładnia tych przepisów z uwzględnieniem domniemania racjonalności ustawodawcy. Ustawodawca zdecydował się wprowadzić nową przesłankę, zgodnie z którą w postępowaniach „podprogowych” odwołanie ma przysługiwać także wobec czynności opisu przedmiotu zamówienia i czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie jednak nie zostały wykreślone ani zmienione przesłanki z pkt 3 i 4, zgodnie z którymi odwołanie ma przysługiwać wobec czynności odrzucenia wyłącznie oferty Odwołującego i czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania. Powyższe przesądza, że pod pojęciem „czynność wyboru oferty najkorzystniejszej” nie może się kryć czynność odrzucenia oferty Odwołującego ani czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania, wówczas bowiem objęcie tych samych czynności dyspozycją pkt 3 i 4 tegoż artykułu ustawy byłyby zbędne. 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). Nie należy zatem domniemywać, że „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” obejmuje zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania innych wykonawców lub odrzucenia ich ofert. Nie jest to konieczne dla interpretacji przesłanki z pkt 6, która ma określony zakres zastosowania, służy mianowicie

zakwestionowaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest najkorzystniejsza, gdyż nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała albo nie jest ofertą z najniższą ceną lub kosztem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub koszt, czyli nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu definicji z art. 2 pkt 5 ustawy. Zaznaczyć należy również, że 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 *wyboru oferty najkorzystniejszej* podlega każda czynność i każde zaniechanie poprzedzające ten wybór, to co do zasady zaskarżeniu podlegałyby wszystkie czynności i zaniechania zamawiającego w postępowaniu, które miały miejsce między złożeniem ofert a wyborem oferty najkorzystniejszej (wszystko, co robi w postępowaniu zamawiający, oprócz unieważnienia postępowania, zmierza do wyboru oferty najkorzystniejszej). W takiej sytuacji racjonalny ustawodawca nie określałby tego katalogu od strony pozytywnej, a jedynie wskazałby od strony negatywnej, kiedy odwołanie nie przysługuje (czynność lub zaniechanie unieważnienia postępowania – tylko to bowiem pozostałoby poza katalogiem określającym dopuszczalny zakres zaskarżenia).

Ponadto dostrzeżenia wymaga, 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”. Ustawodawca w wyniku nowelizacji nie zdecydował o zniesieniu różnic przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej w postępowaniach „nadprogowych” i postępowaniach poniżej 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 wyjątków nie można interpretować rozszerzająco. W tym miejscu Izba wskazuje na wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 3 stycznia 2017 roku sygn. akt XII Ga 837/16, wydany w tożsamej sprawie, w którym Sąd wskazał, że zarówno organy administracji Państwowej jak i sądy nie mają kompetencji do tworzenia prawa, a więc nie wolno im tworzyć tego prawa także w drodze interpretacji przepisów prawnych. Natomiast Sąd Okręgowy w Płocku w wyroku z dnia 1 lutego 2017 roku sygn. akt IV Ca 1051/16 dzieląc w całości stanowisko wyrażone w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 12 stycznia 2010 r. Sąd Najwyższy (III CZP 119/09), uznał, że konieczna jest wykładania ścieśniająca każdego z wyjątków stanowiących podstawę wniesienia odwołania.



Warto także podkreślić, że w postępowaniach powyżej progów, 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 była i jest mowa wyłącznie o tym, że odwołanie w postępowaniach „podprogowych” służy wyłącznie wobec czynności, zaś ustawodawca nie wspomina o „zaniechaniach” Zamawiającego. Skoro sama zasada konstytuująca wyjątek nie uległa zmianie, nie ma podstaw, aby wywodzić, że wyłącznie w przypadku przesłanki z pkt 6 obejmuje ona teraz zarówno czynność, jak i zaniechania czynności (w dodatku innych niż czynność wprost wymieniona w przesłance). Przewidziany w przepisie art. 180 ust. 2 ustawy katalog przesłanek zawsze miał charakter pozytywny, odnosił się do czynnego zachowania Zamawiającego, nie wspominał o możliwych zaniechaniach. 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. W ocenie Izby nie można pominąć w trakcie rozważań art. 181 ust. 1 ustawy zgodnie z którym, wykonawca może w terminie przewidzianym dla wniesienia odwołania poinformować Zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego jak również o zaniechaniu czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy. Tym samym ustawodawca nie zamknął wykonawcy drogi do skutecznego kwestionowania zaniechań Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na które nie przysługuje odwołanie.

W dalszej kolejności zauważyć należy, że z dotychczasowego przepisu art. 92 ust. 1 ustawy wynikało, że Zamawiający miał jednocześnie informować o wyborze oferty najkorzystniejszej, oraz o ofertach odrzuconych i wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania. Przepis ten brzmiał:

*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 brzmi:

*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 w świetle nowelizacji Zamawiający nie ma już obowiązku jednoczesnego informowania o tych czynnościach. Zatem znacznie częściej Zamawiający będzie odrzucał oferty czy wykluczał wykonawców zanim wybierze ofertę najkorzystniejszą. Trudno uznać, że pod pojęciem „wybór oferty najkorzystniejszej” mieści się „zaniechanie czynności odrzucenia” i „zaniechanie czynności wykluczenia” w sytuacji, gdy Zamawiający nie dokona jeszcze czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Interpretacja funkcjonalna art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy 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 (wybór oferty najkorzystniejszej), należałoby zadać pytanie o możliwość jednoczesnego zakwestionowania takiego samego zaniechania w stosunku do oferty, która wybrana nie została (przykładowo – została sklasyfikowana na drugim miejscu, za ofertą wybraną, a przed ofertą odwołującego). Z jednej strony nie sposób znaleźć argumentów przemawiających za dopuszczeniem zaskarżenia takiego zaniechania, z drugiej – trudno byłoby uzasadnić takie różnicowanie możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej. Ponadto, tak szeroka interpretacja art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy byłaby jeszcze bardziej trudna do zastosowania w trybach, w których następuje prekwalfikacja wykonawców, a w których ocenę istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy od wyboru najkorzystniejszej oferty dzieli cały odrębny etap postępowania. W takich postępowaniach z jednej strony za niedopuszczalne należałoby uznać odwołanie wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy w terminie liczonym zgodnie z art. 182 ust. 1 ustaw (tj. od przesłania informacji o wykonawcach zaproszonych do dalszego etapu postępowania) z powołaniem się na 180 ust. 2 pkt 6 ustawy – 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 zakładać, aby taki właśnie był zamiar racjonalnego ustawodawcy. Tym samym, przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym *czynność wyboru oferty najkorzystniejszej* należy rozumieć szeroko – jako zwięźczenie wszystkich czynności z zakresu badania i oceny ofert, które doprowadziły do wyboru oferty najkorzystniejszej, nie daje się obronić w świetle testu racjonalnego ustawodawcy. Przy przyjęciu takiej wykładni poza zakresem zaskarżenia w postępowaniach podprogowych pozostawałoby *de facto* unieważnienie postępowania – gdyby taki właśnie był zamiar ustawodawcy, przepis art. 180 ust. 2 ustawy zostałby sformułowany inaczej.

Dodatkowo należy mieć na względzie, że w toku uzgodnień międzyresortowych pracy nad nowelizacją, Ministerstwo Środowiska zgłosiło uwagę, że rozszerzenie katalogu okoliczności, wobec których można zastosować środki ochrony prawnej w postępowaniach podprogowych, ograniczy efektywność postępowań. Wskazywano, że jeżeli zaproponowana zmiana jest konieczna, przy tak rozszerzonym katalogu okoliczności umożliwiających skorzystanie ze środków ochrony prawnej, niecelowe jest w ogóle utrzymanie art. 180 ust. 2 ustawy. Autor nowelizacji (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. „Przede wszystkim, poza tym zakresem będą „zaniechania” zamawiającego, a to znaczna różnica”. Poza tym uznano, że do rozważenia jest rezygnacja z pkt 7 - unieważnienia postępowania, w tym przypadku bowiem nikt nie uzyskuje zamówienia. Ostatecznie, zgodnie z takimi założeniami właśnie ukształtowała się treść art. 180 ustawy.

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. Sąd Okręgowy w Płocku w wyroku z dnia 1 lutego 2017 roku sygn. akt IV Ca 1051/16 wskazał: „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, iż – 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 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. 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, 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.”

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 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 ustawy 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 ustawy 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 użyte w art. 180 ust. 2 Pzp słowo *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.”

Biorąc pod uwagę powyższe oraz wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia, z powodu braku tego typu zachowań Zamawiającego w katalogu przesłanek wszczęcia postępowania odwoławczego ujętych w art. 180 ust. 2 ustawy Izba uznała, że wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 180 ust. 2 ustawy, ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w przedstawionych okolicznościach faktycznych i prawnych. Tym samym w pełni zasadne jest odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy.

Podkreślenia wymaga również, że powyższe stanowisko Izby znajduje pełne odzwierciedlenie w wydanych już orzeczeniach, w tym miedzy innymi w postanowieniu z dnia 5 września 2016 roku sygn. akt KIO 1599/16 jak również w postanowieniu z dnia 15 września 2016 roku sygn. akt KIO 1674/16 oraz: postanowieniu z dnia 21 września 2016 roku sygn. akt KIO 1696/16; postanowieniu z dnia 29 września 2016 roku sygn. akt KIO 1750/16; postanowieniu z dnia 21 września 2016 roku sygn. akt KIO 1696/16; w postanowieniu z dnia 13 października 2016 roku sygn. akt KIO 1862/16; w postanowieniu z dnia 2 listopada 2016 roku sygn. akt KIO 2015/16; postanowieniu z dnia 16 listopada 2016 roku sygn. akt KIO 2084/16; w postanowieniu z dnia 7 listopada 2016 roku sygn. akt KIO 2059/16; postanowieniu z dnia 17 listopada 2016 roku sygn. akt KIO 2128/16; postanowieniu z dnia 30 listopada 2016 roku sygn. akt KIO 2232/16; w postanowieniu z dnia 1 grudnia 2016 roku sygn. akt KIO 2211/16, w postanowieniu z dnia 27 marca 2017 roku sygn. akt KIO 529/17, a także wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 3 stycznia 2017 roku sygn. akt XII Ga 837/16 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Płocku z dnia 1 lutego 2017 roku sygn. akt IV Ca 1051/16.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie i art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 ustawy, orzeczono jak w sentencji.



O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy czyli stosownie do wyniku postępowania 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 ze zmianami), tj. stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....