

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 09 lutego 2017 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Emil Kawa</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Anna Chudzik</b>
	<b>Przemysław Dzierzędzki</b>

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 9 lutego 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2017 r. przez wykonawcę: **LIMBA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Wólczyńska 133 01-919 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Regionalne Centrum Zagospodarowania i Unieszkodliwiania Odpadów "Czysty Region" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Naftowa 7, 47-230 Kędzierzyn Koźle,**

przy udziale wykonawców

- A. J. G. „GRAJAN” Zakład Produkcyjno Usługowo- Handlowy (lider) Sierniki 1, 64-610 Rogoźno; GRAJAN sp. z o.o. (partner) Klotyldzin 5, 64-830 Margonin, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego
- B. Konsorcjum firm: Instal warszawa SA 04-919 Warszawa, ul. Siennicka 29; ENTSORGA Italia S.p.A. Strada per Castelnuovo S, 79 15057 Tortona (AL.) Włochy, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**orzeka:**

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **LIMBA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Wólczyńska 133, 01-919 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

### UZASADNIENIE

Regionalne Centrum Zagospodarowania i Unieszkodliwiania Odpadów "Czysty Region" Spółka z o.o. ul. Naftowa 7, 47-230 Kędzierzyn Koźle, dalej zwany „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Rozbudowa instalacji RIPOK w Regionalnym Centrum Zagospodarowania i Unieszkodliwiania Odpadów „Czysty Region” Sp. z o. o. w Kędzierzynie - Koźlu - etap I”.

W dniu 23 stycznia 2017 roku Zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta złożona przez konsorcjum firm: Zakład Produkcyjno Usługowo Handlowy „GRAJAN” J. G. oraz GRAJAN Sp, z o.o. dalej jako „Konsorcjum Grajan”

Od takiej czynności Zamawiającego wykonawca LIMBA Spółka z o.o. ul. Wólczyńska 133, 01-919 Warszawa, dalej zwany „Odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wskazując jako podstawę prawną przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu, dokonanie niezgodnych z ustawą Pzp zaniechanych czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp,:

- a) czynności wyboru oferty złożonej przez konsorcjum firm: Zakład Produkcyjno Usługowo Handlowy „GRAJAN” J. G. oraz GRAJAN Sp, z o.o. jako najkorzystniejszej;
- b) zaniechania wykluczenia oferty Konsorcjum Grajan;
- c) zaniechania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Grajan.

Podnosząc powyższe zarzuty wskazał iż Zamawiający swoim zaniechaniem dopuścił się naruszenia:

- a) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Grajan, pomimo że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- b) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Grajan, pomimo że treść nie odpowiada treści SIWZ; art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Grajan, pomimo nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

- c) art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Grajan, pomimo przedstawienia informacji w ofercie ww. Konsorcjum, które wprowadzały Zamawiającego w błąd;
- d) art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Grajan, pomimo że oferta Konsorcjum Grajan nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu.

Podnosząc powyższe wniosł o nakazanie Zamawiającemu przez Izbę:

- a) uwzględnienia odwołania w całości;
- b) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
- c) nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Grajan;
- d) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum Grajan z postępowania i odrzucenia oferty Konsorcjum Grajan;

W uzasadnieniu podniesionego zarzutu podał, że zdaniem Odwołującego w postępowaniu zaistniała sytuacja, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu co winno było skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania i odrzuceniem jego oferty, czego Zamawiający bezzasadnie zaniechał.

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

Postępowanie zostało wszczęte 30 listopada 2016 roku. (ogłoszenie nr 355770 w Biuletynie Zamówień Publicznych), w związku z tym do przedmiotowego postępowania stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Wartość zamówienia została oszacowana na kwotę 18 767 341,45zł (pismo Zamawiającego z dnia 1 lutego 2017 roku w aktach sprawy). Stanowi to równowartość 4 495 297,28 euro. Wartość zamówienia jest zatem niższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, zgodnie bowiem z § 1 pkt 2 lit. a 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 z późn. zm.), wartość takich zamówień roboty budowlane wynosi równowartość 5 225 000 euro co stanowi równowartość 21 813 853 złotych.

Izba na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników działając w oparciu o przepis art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, dotyczy bowiem innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2.

Stosownie zaś do przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp w brzmieniu po nowelizacji która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r., 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.

Mimo że katalog sytuacji, w których w postępowaniach podprogowych przysługuje prawo wniesienia odwołania uległ w wyniku wspomnianej nowelizacji rozszerzeniu (między innymi na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej), to zdaniem Izby przedmiotowe odwołanie dotyczy zachowań zamawiającego, wobec których ustawodawca również po nowelizacji nie przewidział możliwości zaskarżenia. Istotą tego odwołania jest zarzut zaniechania wykluczenia innego wykonawcy z postępowania, co nie mieści się w katalogu określonym art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący oprócz zarzucania zamawiającemu zaniechania odrzucenia oferty wybranego wykonawcy zarzucił także brak jego wykluczenia i odrzucenia oferty. Za omyłkę zdaniem Izby należy przyjąć zarzut zaniechania wykluczenia oferty Konsorcjum Grajan, gdyż odrzucić można tylko ofertę wykonawcy, a nie samego wykonawcę, który może podlegać tylko ewentualnie wykluczeniu z postępowania. Poza sporem jest kwestia iż wykonawca w postępowaniach podprogowych może kwestionować tylko czynność zamawiającego w zakresie własnego wykluczenia z postępowania i odrzucenia jego oferty. Natomiast zakresem zaskarżenia nie są objęte zaniechania wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty innego wykonawcy. Jednakże, jak wynika z dotychczasowego stanowiska judykatury wątpliwości budzi stosowanie przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp. Analiza tego znowelizowanego przepisu i użytego w nim przez ustawodawcę

sformułowania czynność wyboru najkorzystniejszej oferty prowadzi, zdaniem Izby, do wniosku, że pod pojęciem tym nie kryje się zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania, a jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ.

Za takim rozumieniem przepisu przemawia po pierwsze wykładnia językowa art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Literalne brzmienie tego przepisu oznacza dopuszczenie zakwestionowania wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest najkorzystniejsza w świetle określonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert (nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp). Definicja wyboru najkorzystniejszej oferty wynika pośrednio z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wybór oferty najkorzystniejszej należy 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.

Nowelizując art. 180 ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca zdecydował się rozszerzyć możliwość wnoszenia odwołań w postępowaniach o wartości zamówienia poniżej progów unijnych, dopuszczając wniesienie odwołania również wobec czynności opisu przedmiotu zamówienia oraz wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie jednak nie zostały wykreślone ani zmienione przesłanki z pkt 3 i 4, zgodnie z którymi odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz czynności wykluczenia odwołującego z postępowania. *A contrario*, odwołanie nie przysługuje wobec zaniechania czynności odrzucenia oferty innego wykonawcy, jak i wobec zaniechania czynności wykluczenia innego wykonawcy z postępowania. Możliwości zaskarżenia tych zaniechań nie można, zdaniem Izby, wywieść z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Przepis ten nie może być interpretowany w taki sposób, że objęte są nim wszystkie czynności i zaniechania poprzedzające wybór najkorzystniejszej oferty, wówczas bowiem zbędne byłoby utrzymanie przesłanek określonych w art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, które również poprzedzają ten wybór i również dotyczą kwalifikacji podmiotowej i przedmiotowej. 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). Przesłanka z pkt 6 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 Pzp.

Co więcej, gdyby zamiarem ustawodawcy nie było ograniczenie odwołań na podstawie punktu 6 wyłącznie do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty *sensu stricto*, zbędne byłoby określanie pozytywnego katalogu czynności podlegających zaskarżeniu w postępowaniach poniżej progów. Jeśli bowiem przyjąć, że zaskarżeniu w ramach 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).

Należy również zauważyć, że w postępowaniach o wartości równej lub wyższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, *odwołanie służy wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy*. Tymczasem w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp była i jest mowa wyłącznie o tym, że odwołanie w postępowaniach poniżej progów *służy wyłącznie wobec czynności*, zaś ustawodawca nie wspomina o zaniechaniach zamawiającego. Celem przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp jest zatem reglamentacja dostępu do środków ochrony prawnej a nie rozszerzenie takiego dostępu. Biorąc powyższe pod uwagę nieuprawnione jest założenie, że w odróżnieniu od punktów 1-5, przesłanka z pkt 6 obejmuje zarówno czynność, jak i zaniechania dokonania czynności. 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 ustawy Pzp, który wprost stanowi, że w postępowaniach poniżej progów unijnych wykonawca lub uczestnik konkursu może w

terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformować zamawiającego zarówno o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego, jak i o zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 Pzp.

Takie stanowisko Izby znajduje odzwierciedlenie w nielicznych orzeczeniach sądów okręgowych wydanych odnoszących się do problematyki możliwości zaskarżania czynności Zamawiającego wskazanych w art. 180 ust.2 Pzp. W Postanowieniu Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 2013-11-21, XII Ga 479/13 *sąd stwierdził, że w postępowaniach o wartości poniżej progu unijnego, odwołanie służy jedynie wobec enumeratywnie wymienionych w art. 180 ust. 2 czynności zamawiającego.*

W Postanowieniu Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 2010-12-29, sygn. X Ga 448/10 Sąd Okręgowy wskazał jednoznacznie, że *przyjęte w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp przypadki mają wyjątkowy charakter wobec obowiązującej zasady, że w sprawach o wartości przedmiotu zamówienia niższych niż progi unijne, określone w art. 11 ust. 8 p.z.p., odwołanie nie przysługuje. Tym samym, w ocenie Sądu, konieczna jest wykładnia ścieśniająca każdego z tych wyjątków. Wyraźne brzmienie art. 180 ust. 2 pkt 2 pzp odnosi się jedynie do czynności polegającej na dokonaniu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.*

Również Sąd Okręgowy w Katowicach w Postanowieniu z dnia 30 czerwca 2009 r. Sygn. akt XIX Ga 207/09 podał, że *Wykładnia rozszerzająca co do katalogu czynności, które podlegają zaskarżeniu odwołaniem (art. 180 ust.2 przypis Izby) nie jest uprawniona w świetle obowiązującej zasady legalizmu oznaczającej w tym przypadku możliwość wnoszenia środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, tylko w takim zakresie jak dopuszcza to ustawodawca.*

Interpretacja funkcjonalna art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w sposób dopuszczający zaskarżanie – w ramach odwołań wobec wyboru oferty najkorzystniejszej – zaniechania odrzucenia oferty czy zaniechanie wykluczenia wykonawcy nie daje się obronić również z powodu konsekwencji praktycznych, co do których należy wykluczyć, aby były objęte zamiarem ustawodawcy. Przyjmując, że dopuszczalne jest kwestionowanie zaniechania wykluczenia wykonawcy czy odrzucenia oferty z powołaniem się na art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp (wybór oferty najkorzystniejszej), należałoby zadać pytanie o możliwość jednoczesnego zakwestionowania takiego samego zaniechania w stosunku do oferty, która wybrana nie została (przykładowo – została sklasyfikowana na drugim miejscu, za ofertą wybraną, a przed ofertą odwołującego). Z jednej strony nie sposób znaleźć argumentów przemawiających za dopuszczeniem zaskarżenia takiego zaniechania, z drugiej – trudno byłoby uzasadnić takie różnicowanie możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej.

Ponadto, tak szeroka interpretacja art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp byłaby jeszcze bardziej trudna do zastosowania w trybach, w których następuje prekwalfikacja wykonawców,



a w których ocenę istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy od wyboru najkorzystniejszej oferty dzieli cały odrębny etap postępowania. W takich postępowaniach z jednej strony za niedopuszczalne należałoby uznać odwołanie wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy w terminie liczonym zgodnie z art. 182 ust. 1 ustawy Pzp (tj. od przesłania informacji o wykonawcach zaproszonych do dalszego etapu postępowania) z powołaniem się na 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp – nie nastąpił bowiem wybór oferty najkorzystniejszej. Z drugiej strony dopuszczenie do wnoszenia odwołania dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej w takim trybie byłoby po pierwsze oderwane od określonych ustawą terminów na wniesienie odwołania, a po drugie – mogłoby doprowadzić do zniweczenia znacznej części postępowania i cofnięcia go po wyborze oferty na etap prekwalfikacji. Nie można zakładać, aby taki właśnie był zamiar racjonalnego ustawodawcy. Skoro rzekomo wybór najkorzystniejszej oferty rozumiany ma być rozumiany 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. 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 miałoby dotyczyć jedynie postępowani jednostopniowych albo niweczyć dotychczasową interpretację przepisów dotyczących terminów na wnoszenie odwołań.

Odnosząc się do powyższych rozważań podać należy, iż przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym czynność wyboru oferty najkorzystniejszej należy rozumieć szeroko nie daje

się obronić w świetle zasady 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 Pzp zostałby sformułowany inaczej.

Na uzasadnienie trafności powyższych wywodów wskazać należy także na przebieg prac nad nowelizacją ustawy Pzp zwieńczonej jej uchwaleniem w dniu 22 czerwca 2016 roku, gdzie autor projektu – Ministerstwo Rozwoju, przedstawiło ocenę proponowanych zmian stanowiących swego rodzaju wykładnię autentyczną zamierzeń ustawodawcy w tym zakresie. Ministerstwo Rozwoju w toku prac legislacyjnych zaznaczyło, że projektowana zmiana jest korzystna dla wykonawców, natomiast 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.*

Tym samym niewątpliwym jest, 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 tego przepisu nie może kierować się oczekiwaniami wykonawców co do możliwości jak najszerszego wnoszenia odwołań w postępowaniach podprogowych, w sytuacji gdy oczekiwania te nie tylko nie znajdują nie tylko 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.

Niewątpliwym, zdaniem składu orzekającego zachodzi konieczność zmiany przepisu art. 182 ust. 2 ustawy Pzp i wprowadzenie mechanizmu umożliwiającego jednoznaczną identyfikację zakresu zaskarżenia. W zakresie odwołań w postępowaniach podprogowych, kiedy co do zasady odwołanie nie przysługuje, a jest możliwe tylko w zakresie wyjątku od zasady w sytuacjach wprost wskazanych w ustawie nie jest uprawnionym celem wyjścia naprzeciw oczekiwaniom rynku zamówień, dokonywanie rozszerzającej interpretacji przepisu art. 180 ust 2 pkt 6 Pzp. W tym miejscu po raz kolejny zasadne jest przywołanie tezy z postanowienia Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 2010-12-29, sygn. X Ga 448/10, gdzie sąd stwierdził, iż przyjęte w art. 180 ust. 2 ustawy przypadki zaskarżania czynności zamawiającego mają wyjątkowy charakter wobec obowiązującej zasady, i tym samym konieczna jest wykładnia ścieśniająca każdego z tych wyjątków. Powyższe orzeczenie Sądu zdaniem Izby, zachowuje nadal swą aktualność, ponieważ zasadnicza (początkowa) treść przepisu art. 180 ust 2 Pzp w wyniku kolejnej nowelizacji nie uległa zmianie.

Stanowisko Izby w tym zakresie opiera się także 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.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba w tym składzie orzekającym stwierdza, że zarzuty podniesione w przedmiotowym odwołaniu nie mieszczą się w katalogu określonym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, gdzie mowa jest wyraźnie o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie zaś o zaniechaniu czynności odrzucenia oferty innego wykonawcy czy zaniechaniu czynności wykluczenia wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą. Tym samym skład orzekający Izby podzielił jednolite stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w innych orzeczeniach wydanych w analogicznych sprawach, tj. w postanowieniu z 5 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1599/16, w postanowieniu z 15 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1674/16, w postanowieniu z 21 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1696/16, w postanowieniu z 29 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1750/16, postanowieniu z 4 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1810/16, postanowieniu z 4 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1816/16, postanowieniu z 13 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1862/16, postanowieniu z 18 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1910/16, postanowieniu z 25 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1930/16, postanowieniu z 2 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2015/16, postanowieniu z 8 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2026/16, postanowieniu z 7 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2059/16, postanowieniu z 16 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2084/16, postanowieniu z 17 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2128/16, postanowieniu z 29 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2162/16, postanowieniu z 7 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2203/16, postanowieniu z 1 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2211/16, postanowieniu z 30 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2232/16, postanowieniu z 14 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2283/16, postanowieniu z 13 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2292/16, postanowieniu z 15 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2298/16, postanowieniu z 22 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2355/16, postanowieniu z 30 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2397/16, postanowieniu z 2 stycznia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2405/16, postanowieniu z 5 stycznia 2017 r. w sprawie 2462/16, postanowieniu z dnia 26 stycznia 2017 r. sygn. KIO 122/17.

Argumentacja Izby zawarta w powyższych orzeczeniach była także podstawą do zaprezentowania stanowiska składu orzekającego Izby w przedmiotowym postępowaniu.

Wskazać należy także, iż powyższe stanowiska Izby znalazły dotychczas potwierdzenie w dwóch orzeczeniach sądów okręgowych rozpatrujących skargi Prezesa UZP na postanowienia Izby, a to w wyrokach Sądu Okręgowego w Gdańsku z 20 grudnia 2016 r.

XII Ga 837/16 i wyroku Sądu Okręgowego w Płocku z 01 lutego 2017 roku sygn. akt IV Ga 1051/16.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 189 ust. 3 zd. pierwsze ustawy Pzp.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....