

Sygn. akt KIO 516/17

POSTANOWIENIE
z dnia 30 marca 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Członkowie: Agnieszka Trojanowska

Dagmara Gałczewska - Romek

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 17 marca 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 października 2016 roku przez wykonawcę **StreamAir GmbH 17309 Pasewalk, Friedenstr. 9, Niemcy** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza-Radeckiego, ul. Borowska 213, 50-556 Wrocław** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Świadczenie usługi polegającej na czyszczeniu kanałów i central wentylacyjnych, konserwacji i wymianie filtrów w instalacjach na terenie Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego we Wrocławiu” (znak USK/DZP/PN-223/2016)

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **StreamAir GmbH 17309 Pasewalk, Friedenstr. 9, Niemcy** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity 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 we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – **Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza-Radeckiego, ul. Borowska 213, 50-556 Wrocław** prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usługi polegającej na czyszczeniu kanałów i central wentylacyjnych, konserwacji i wymianie filtrów w instalacjach na terenie Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego we Wrocławiu” (znak USK/DZP/PN-223/2016).

Izba ustaliła, iż prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte w dniu 03.02.2017 r. przez zamieszczenie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych na stronie internetowej www.bzp.uzp.gov.pl pod numerem 19569 - 2017 (BZP z dnia 3 lutego 2017 r.) – wydruk ogłoszenia w aktach sprawy. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego stosuje się przepisy nowelizacji ustawy Praw zamówień publicznych dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020), 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.

Odwołujący wykonawca StreamAir GmbH 17309 Pasewalk, Friedenstr. 9, Niemcy wniósł odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej w dniu 17 marca 2017 roku. Informację o czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej Odwołujący otrzymał w piśmie Zamawiającego z dnia 13 marca 2017 roku. Kopia odwołania została dostarczona Zamawiającemu w ustawowym terminie, tj. w dniu 17 marca 2017 r. Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W odwołaniu Odwołujący, w związku z wyborem przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Climazui Sp. z o. o. z siedzibą w Gdańsku, zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2); 4) i 5) w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12) i art. 22 ust. 1 i ust. 1b pkt 3) oraz w zw. z art. 22d ust. 1 Ustawy pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Climazui Sp. z o. o. z siedzibą w Gdańsku oraz odrzucenia tej oferty, ze względu na:

a) brak wykazania, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, świadczył lub świadczy, co najmniej 3 usługi na 50.000,00 zł każda tożsama z postępowaniem, lub najmniej 1 raz na terenie Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego we Wrocławiu i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia oferenta i odrzucenie oferty złożonej przez Climazui Sp. z o. o. z siedzibą w Gdańsku co zaszkodziło wyborem przedmiotowej oferty jako najkorzystniejszej.

b) przyjęcie za spełnienie warunków udziału w przetargu oraz prawidłowość oferty i wypełnienie warunków stawianych dla oferenta, w sytuacji gdy przedstawione do oferty dokumenty w żaden sposób nie wykazywały w swojej treści spełnienia warunku opisanego w punkcie 5.1.1 SIWZ ani nie zawierały informacji wymaganych punktem 6.7.1.A SIWZ i nie dotyczyły usług tożsamych z przedmiotem zamówienia.

2. Naruszenie art. 87 ust. 1 Ustawy pzp poprzez zaniechanie w toku badania i oceny ofert żądania od wybranego wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w sytuacji gdy odwołujący wskazał wątpliwości do jej treści pismem z dnia 22 lutego 2017 r., co w efekcie zaszkodziło wyborem najkorzystniejszej oferty wykonawcy, którego oferta winna zostać odrzucona, a oferent wykluczony z postępowania.

3. Naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców tj. przez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, podlegającej odrzuceniu zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2) i 5) w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 w sytuacji, gdy wykonawca ten powinien być wykluczony z postępowania a jego oferta winna zostać odrzucona, a w konsekwencji potraktowanie oferty w sposób preferencyjny w stosunku do ofert złożonych przez innych wykonawców (tj. odwołującego).

4. Przyjęcie przez Zamawiającego bezkrytycznie za wystarczające złożone na skutek wezwania w trybie art. 90 pzp wyjaśnienia wybranego wykonawcy z dnia 27 lutego 2017 r. bez ich jakiegokolwiek analizy, w sytuacji gdy przedmiotowe pismo nie zawiera wyliczenia ceny ani kosztu ani nie przedstawia żadnych dowodów w tym przedmiocie zatem oferta winna zostać odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 pzp. Jedynie przykładowo należy wskazać, że w dokonanej kalkulacji cenowej oferty jako jeden z elementów składowych została wskazana cena za badanie czystości nie funkcjonująca na rynku laboratoryjnym.

5. Naruszenie art. 94 w zw. z art. 14 pzp poprzez niedopuszczalne i przedwczesne podanie terminu zawarcia umowy.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny złożonych ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenie wykonawcy Climazui Sp. z o. o. z siedzibą w Gdańsku z udziału w postępowaniu i odrzucenie oferty tego wykonawcy jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania oraz wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

2. zasądzenie na rzecz Skarżącego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego wg norm przepisanych.

Ponadto wniósł o zobowiązanie:

1. Zamawiającego do niezwłocznego złożenia kompletu dokumentacji przetargowej, w szczególności złożonych ofert oraz korespondencji z Wykonawcami.

2. Szpitala Dziecięcego Polanki im. Macieja Płażyńskiego sp. z o. o., 80-308 Gdańsk, ul. Polanki 119 do udzielenia pisemnej informacji, czy i kiedy, w jakim zakresie i okresie oraz na jakiej podstawie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Climazui z siedzibą w Gdańsku świadczyła na Jego rzecz usługi wraz z kopią umowy na przedmiotowe usługi.

3. Szpitala Uniwersyteckiego Nr 1 im. dr. Antoniego Jurasza ul. Marii Skłodowskiej-Curie 9, 85-094 Bydgoszcz oraz Zakładu Instalacji Odpylania i Wentylacji Stalwent sp. z o.o. w Bydgoszczy, ul. Centralna 67, 86-005 Białe Błota do udzielenia pisemnej informacji, czy i kiedy, w jakim zakresie i okresie oraz na jakiej podstawie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Climazui z siedzibą w Gdańsku świadczyła na Ich rzecz usługi wraz z kopiami umów na przedmiotowe usługi.

4. Krystwik Wentylacja - Izolacja Z. K., Kowalewo nr 3, 89-200 poczta Szubin do udzielenia pisemnej informacji, czy i kiedy, w jakim zakresie i okresie oraz na jakiej podstawie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Climazui z siedzibą w Gdańsku świadczyła na Jego rzecz usługi wraz z kopią umowy na przedmiotowe usługi.

Odwołujący wskazał również, że w przypadku niedopuszczalności przeprowadzenia wyżej opisanego dowodu wnosi o wezwanie w charakterze świadków osoby podpisane pod dokumentami oraz reprezentantów uprawnionych do działania w imieniu tych podmiotów złożonymi w postępowaniu w postaci referencji udzielonych przez podmiotu. Zastrzegł także możliwość powołania dalszych dowodów w sprawie, w tym dowodów z pozyskanych dokumentów i informacji oraz ewentualnie innych dowodów osobowych.

Zamawiający oświadczył, iż kopię odwołania przekazał pozostałym wykonawcom w dniu 21 marca 2017 r. roku. Izba ustaliła, iż do momentu wydania niniejszego

postanowienia, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło przystąpienie po żadnej ze stron postępowania odwoławczego.

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

Jak ustalono na podstawie akt sprawy, postępowanie dotyczy zamówienia publicznego na dostawy, a wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołanie w niniejszej sprawie dotyczyły czynności wyboru oferty najkorzystniejszej będącej wynikiem zaniechania wykluczenia wykonawcy Climazui Sp. z o. o. z siedzibą w Gdańsku oraz zaniechania odrzucenia złożonej przez niego oferty.

Izba z urzędu na podstawie art. 189 ust. 3 ustawy Pzp na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że w tak ustalonym stanie faktycznym przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Izba w niniejszym składzie podziela argumentację Izby dotyczącą interpretacji przesłanki zaskarżenia ujętej w treści przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp wyrażoną w jednolitym w tym zakresie orzecznictwie Izby, tj. postanowieniach Krajowej Izby Odwoławczej w postanowieniu z 5 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1599/16, w postanowieniu z 15 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1674/16, w postanowieniu z 21 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1696/16, w postanowieniu z 29 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1750/16, postanowieniu z 4 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1810/16, postanowieniu z 4 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1816/16, postanowieniu z 13 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1862/16, postanowieniu z 18 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1910/16, postanowieniu z 25 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1930/16, postanowieniu z 2 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2015/16, postanowieniu z 8 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2026/16, postanowieniu z 7 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2059/16, postanowieniu z 16 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2084/16, postanowieniu z 17 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2128/16, postanowieniu z 29

listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2162/16, postanowieniu z 7 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2203/16, postanowieniu z 1 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2211/16, postanowieniu z 30 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2232/16, postanowieniu z 14 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2283/16, postanowieniu z 13 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2292/16, postanowieniu z 15 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2298/16, postanowieniu z 22 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2355/16, postanowieniu z 30 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2397/16, postanowieniu z 2 stycznia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2405/16, postanowieniu z 5 stycznia 2017 r. w sprawie 2462/16, postanowieniu z dnia 26 stycznia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 122/17, jak również postanowieniu z dnia 3 marca 2017 r. w sprawie o sygn. akt 342/17.

Biorąc zatem pod uwagę zarzuty podniesione w odwołaniu, to zdecydowanie nie mieszczą się w katalogu określonym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, gdzie mowa jest wyraźnie o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie zaś o zaniechaniu czynności odrzucenia oferty innemu wykonawcy czy zaniechaniu czynności wykluczenia wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą.

Takie też stanowisko zostało wyrażone w **wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z 3 stycznia 2017r. r. XII Ga 837/16 (niepublikowany)**, wyroku Sądu Okręgowego w Płocku z dnia 1 lutego 2017r. sygn. akt IV Ca 1051/16 i Izba nie znajduje podstaw do zmiany tej ustalonej linii. Izba ma świadomość, iż Sądy Okręgowe wyraziły także stanowisko przeciwne tj. Sąd Okręgowy w Lublinie z dnia 21 grudnia 2016r. sygn. akt IX Ga 502/16, Sąd Okręgowy w Szczecinie z dnia 22 grudnia 2016r. sygn. akt II Ca 1461/16, a także Sąd Okręgowy w Krakowie z dnia 20 stycznia 2017r. sygn. akt XII Ga 1018/16, Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 13 lutego 2017r. sygn. akt XIX Ga 3/17, Sądu Okręgowego w Przemyślu z dnia 16 lutego 2017r. sygn. akt I Ca 399/16), jednak na chwilę obecną Izbie znane są uzasadnienia Sądu Okręgowego w Szczecinie i Lublinie.

W obu tych uzasadnieniach (sprawy sygn. akt XII Ga 837/16 i IV Ca 1051/16) Sądy odwoływały się do szerokiego rozumienia pojęcia „wybór oferty najkorzystniejszej” jako ciągu czynności zamawiającego na etapie badania i oceny ofert, które obejmują czynności i zaniechania zamawiającego związane z badaniem podmiotowym wykonawcy i przedmiotowym oferty oraz z czynnościami i zaniechaniami związanymi z samą oceną ofert. Izba na ten moment podziela w całości pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Płocku, że „(...) zamiarem ustawodawcy nowelizującego przepisy było dopuszczenie możliwości wnoszenia odwołań wobec ściśle ustanowionych czynności zamawiającego i sprzeczne z celem tego unormowania jest stosowanie wykładni rozszerzającej. Dodany ustawą

nowelizującą z dnia 22 czerwca 2016 r. do art. 180 ust. 2 p.z.p punkt 6., który przewiduje możliwość wniesienia odwołania wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie należy interpretować w taki sposób, że podciągać pod niego wszystkie czynności zamawiającego dokonywane w ramach badania i oceny ofert prowadzące do wyboru oferty najkorzystniejszej. Taka interpretacja przepisu, zdaniem Sądu Okręgowego, zatraciłaby sens wyjątkowości wnoszenia odwołań w odniesieniu do tzw. postępowań podprogowych. A zatem art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. należy rozumieć w sposób wąski, odnosząc się przy tym do definicji legalnej pojęcia „najkorzystniejszej oferty” zawartej w art. 2 pkt 5 p.z.p. (...) Definicja nie zawiera zastrzeżenia, iż najkorzystniejsza oferta wybierana jest spośród ofert niepodlegających wykluczeniu bądź odrzuceniu. Jak wynika z ustawy p.z.p. odrzucenie oferty (art. 89 p.z.p.) oraz wykluczenie wykonawcy (art. 24 p.z.p.) są czynnościami odrębnymi od wyboru najkorzystniejszej oferty, poprzedzającymi de facto wybór. Wniosek taki wysnuć można również, rozważając treść art. 92 ust. 1 p.z.p. obecnie obowiązującego i tego przed nowelizacją, która weszła w życie z dniem 28 lipca 2016 r. (...). Zmiana brzmienia powyższego przepisu, zdaniem Sądu Okręgowego, oznacza wyraźne rozdzielenie poszczególnych czynności zamawiającego prowadzących do wyłonienia oferty najkorzystniejszej. Upřednio zamawiający jednocześnie po wyborze oferty informował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, ofertach odrzuconych bądź wykonawcach wykluczonych, obecnie czynności tych może dokonywać sukcesywnie. Powyższe prowadzi do wniosku, że zamawiający najpierw odrzuca poszczególne oferty albo wyklucza wykonawców, a dopiero później spośród pozostałych ofert dokonuje wyboru najkorzystniejszej. Zakres pojęcia oferty najkorzystniejszej prawodawca wskazał w art. 91 ust. 1 p.z.p., wedle którego zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis ten, jak słusznie wskazała Izba, współgra z art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. W przekonaniu Sądu tak ukształtowane brzmienie przepisów art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p., art. 91 ust. 1 p.z.p. oraz art. 92 ust. 1 p.z.p., oznacza, że celem ustawodawcy było wyróżnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej od pozostałych czynności zamawiającego poprzedzających tenże wybór. Nie można przy tym pominąć faktu, iż odwołanie w pełnym zakresie przysługuje jedynie wtedy, gdy wartość zamówienia jest co najmniej równa progom unijnym. Art. 180 ust. 1 p.z.p. dopuszcza wówczas odwoływanie się od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego lub zaniechania czynności. Poniżej progów unijnych, a więc jak w niniejszej sprawie, odwołanie może być wniesione wyłącznie na czynności zamawiającego określone w art. 180 ust. 2. Ustawodawca ewidentnie rozróżnił czynności od zaniechania czynności. Jest to kolejny argument przemawiający za tym, iż w postępowaniach podprogowych zaniechanie odrzucenie oferty innego wykonawcy nie mieści się w ustawowych przesłankach odwoławczych.”

Izba w całości uznaje za własne także stanowisko Sądu Okręgowego w Gdańsku, który wskazał, że ani organy administracji publicznej, ani sądy nie mają kompetencji do tworzenia prawa, a więc nie wolno im tworzyć tego prawa także w drodze interpretacji przepisów prawnych. Sąd zauważył, że zbyt szeroka wykładnia skarżącego, zgodnie z którą zaniechanie odrzucenia oferty należy do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, jako zwięźczenie wszystkich czynności w zakresie badania i oceny ofert w istocie zmierza do stworzenia nowych podstaw odwołania, co jest zbyt daleko idącym zabiegiem interpretacyjnym. Sąd ocenił argumenty Izby jako przekonujące, racjonalne i oparte o treść norm prawnych, natomiast stanowisko skarżącego zasadzało się na praktycznych aspektach wyklani i jej znaczenia dla krajowych zamówień publicznych, a także oczekiwań wykonawców. Sąd podzielił stanowisko Izby, że pod pojęciem „czynność wyboru oferty najkorzystniejszej” nie może się kryć także zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania i zaniechanie odrzucenia oferty, a jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w siwz. Za przekonującą argumentację uznał wzrost znaczenia kryteriów pozacenowych, wyjątkowy charakter regulacji art. 180 ust. 2 ustawy. Przyjęcie stanowiska skarżącego prowadziłoby do wprowadzenia zasady skarżenia niemalże wszystkich czynności zamawiającego, co powodowałoby, że nieracjonalne byłby pozostawienie przez ustawodawcę przesłanek art. 180 ust. 2 pkt. 4. Sąd wziął pod uwagę, że art. 180 ust. 2 ustawy stanowi wyłącznie o skarżeniu czynności, a nie o możliwości skarżenia zaniechań. Również w toku prac legislacyjnych Sąd nie dopatrył się, aby wolą ustawodawcy było umożliwienie skarżenia tych czynności, które dotyczą zaniechań odrzucenia ofert.

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

Przechodząc z części uzasadnienia zawierającej analizę orzecznictwa do analizy prawnej zagadnienia Izba wskazuje, że zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp 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 Pzp, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. W powołanym art. 180 ust. 2 ustawy wskazano wyraźnie, iż 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. Odwołanie dotyczy zaniechania odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą z powodu jej niezgodności z zapisami SIWZ. Z powodu braku tego typu czynności w katalogu pomieszczonym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp stwierdzić należy, iż wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 189 ust. 2 ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie takiego rozstrzygnięcia.

Analiza znowelizowanego przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp 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 wykluczenia z postępowania i zaniechanie czynności odrzucenia oferty, a jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ.

Za takim rozumieniem przepisu przemawia wykładnia językowa art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. 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 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 Pzp.

Ponadto dostrzeżenia wymaga, że przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp 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 Pzp słowo „wyłącznie”. Ustawodawca w wyniku nowelizacji nie zdecydował o zniesieniu różnic przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej w postępowaniach podprogowych 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.

Warto także podkreślić, iż 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 Pzp była i jest mowa wyłącznie o tym, że odwołanie w postępowaniach podprogowych służy wyłącznie wobec czynności, zaś ustawodawca nie wspomina o „zaniechaniach”. Skoro sama zasada konstytuująca wyjątek nie uległa zmianie, nie ma podstaw, aby domniemywać, 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 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.

Tym samym konfrontując treść art. 180 ust. 1 oraz art. 180 ust. 2 ustawy Pzp wskazać należy, że o ile w ramach postępowań powyżej progów UE zaskarżeniu w drodze środków ochrony prawnej mogą podlegać zarówno zaniechania, jak i czynności podmiotu zamawiającego to w postępowaniu poniżej progów UE zaskarżeniu podlegają jedynie czynności w znaczeniu pozytywnym (bez zaniechań).

W dalszej kolejności zauważyć należy, że z dotychczasowego przepisu art. 92 ust. 1 ustawy Pzp 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 Pzp 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.

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 unieważnienie postępowania. Zauważyć jednak należy, że w wyniku nowelizacji o wiele większe znaczenia nabiorą pozacenowe kryteria oceny ofert (np. kwalifikacje i doświadczenie osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, aspekty społeczne, jakościowe, innowacyjne), których stosowanie będzie w znacznej większości przypadków obowiązkowe. Znacznie większego znaczenia nabierze zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 ustawy Pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Można zatem twierdzić, że właśnie dlatego w art. 180 ust. 2 Pzp dodano możliwość zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, której znaczenie wzrośnie.

Nadto wskazać należy, iż szerokie rozumienie przesłanki ujętej w treści art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, doprowadzić może do zaprzepaszczenia zalet postępowań dwuetapowych (w szczególności przetargu ograniczonego) oraz postępowań, gdzie celem wyboru oferty najkorzystniejszej została przewidziana aukcja elektroniczna. Wynika to z faktu, iż możliwość kwestionowania również zaniechań w ramach tych postępowań doprowadzi do sytuacji, że będzie dochodziło do weryfikacji już zakończonych etapów postępowania (np. badania wniosków) i swego rodzaju „otwieranie” na nowo terminów umożliwiających w drodze środków ochrony prawnej kwestionowanie już prawomocnych czynności.

Jak wskazał Izba w postanowieniu wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1816/16, które to stanowisko Izba w niniejszym składzie podziela w całości, istotnym argumentem przemawiającym za słusznością prezentowanego poglądu jest wyrażone w toku prac legislacyjnych nad nowelizacją stanowisko jej autora – Ministerstwa Rozwoju, stanowiące swego rodzaju wykładnię autentyczną. Podczas uzgodnień międzyresortowych Ministerstwo Środowiska zgłosiło uwagę, że rozszerzenie katalogu okoliczności, wobec których można zastosować środki ochrony prawnej w postępowaniach podprogowych, ograniczy efektywność postępowań. Wskazywano, że jeżeli zaproponowana zmiana jest konieczna, przy tak rozszerzonym katalogu okoliczności umożliwiających skorzystanie ze środków ochrony prawnej, niecelowe jest w ogóle utrzymanie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Ministerstwo Rozwoju zaznaczyło w toku prac legislacyjnych, że zmiana jest korzystna dla wykonawców, a enumeratywne wyliczenie nie otwiera zakresu środków ochrony prawnej tak szeroko, jak jego brak. Jak podano, *przede wszystkim, poza tym zakresem będą „zaniechania” zamawiającego, a to znaczna różnica*. Odmiennych zamiarów nie sposób natomiast wyczytać z innych materiałów z prac legislacyjnych, w tym z samego uzasadnienia projektu ustawy, a należałoby zakładać, że jeśli ustawodawca chciał tak dalece znieść dotychczas obowiązujące ograniczenia, to byłaby to zmiana na tyle istotna, że doczekałaby się odpowiedniego komentarza w uzasadnieniu nowelizacji. Na powyższą kwestię zwrócił również uwagę Sąd Okręgowy w Płocku w cytowanym obszernie na wstępie uzasadnieniu wyroku. 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.

Poza tym w toku prac legislacyjnych 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 Pzp.

Zatem, zarzuty dotyczące tego typu jak opisane w rozpoznawanym odwołaniu zdecydowanie nie mieszczą się w katalogu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, gdzie mowa jest

wyraźnie o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie zaś zaniechaniu odrzucenia wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą. Dlatego też odwołanie podlegało odrzuceniu.

Biorąc pod uwagę powyższe wywody Izby oraz wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia, z powodu braku tego typu czynności w katalogu pomieszczonym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp stwierdzić należy, iż wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 180 ust. 2, ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie takiej czynności. Tym samym zasadne stało się odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

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 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych – czyli stosownie do wyniku postępowania oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 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) w związku z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), obciążając Odwołującego tymi kosztami, na które złożył się uiszczony przez niego wpis od odwołania.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....