

**Sygn. akt KIO 751/17**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 26 kwietnia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**  
**Członkowie: Przemysław Dzierzędzki**  
**Dagmara Gałczewska-Romek**

po rozpoznaniu w dniu 26 kwietnia 2017 r. w Warszawie na posiedzeniu niejawnym prowadzonym bez udziału stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 kwietnia 2017 r. przez wykonawcę – J. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo „ERPOL” J. J. w Bydgoszczy w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – gminę Białe Błota w Białych Błotach

przy udziale wykonawcy P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DROMAKS P. M. w Bydgoszczy

**postanawia:**

1. odrzuca odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę – J. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo „ERPOL” J. J. w Bydgoszczy i:

2.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę – J. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo „ERPOL” J. J. w Bydgoszczy tytułem wpisu od odwołania;

2.2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy – J. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo „ERPOL” J. J. w Bydgoszczy kwoty 2.500 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące złotych zero groszy) stanowiącej nadpłatę ponad wymagany wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Bydgoszczy.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Wykonawca – J. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo „ERPOL” J. J. w Bydgoszczy wniósł odwołanie w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” prowadzonym przez zamawiającego – gminę Białe Błota na *bieżące utrzymanie dróg gruntowych na terenie Gminy Białe Błota* ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych 23 marca 2017 r. pod nr 50088. Zachowany został termin ustawy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 i art. 7 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DROMAKS P. M. w Bydgoszczy, oraz zaniechanie odrzucenia tej oferty pomimo rażąco niskiego charakteru ceny oferty oraz jej elementów składowych oraz wadliwej – jedynie formalnej – oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę. Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DROMAKS P. M. w Bydgoszczy oraz zasądzenia na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Zgodnie z protokołem postępowania i informacją zawartą w piśmie z 19 kwietnia 2017 r. wartość zamówienia ustalona została przez zamawiającego na kwotę 826.959,35 zł, co stanowi 198.078,84 euro i nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Zgodnie z treścią powołanego ogłoszenia o zamówieniu przedmiotem postępowania jest usługa. Zauważył to również odwołujący (k.6 odwołania), jednak uiszczony wpis odpowiada swoją wartością postępowaniu, którego przedmiotem są roboty budowlane.

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

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp, gdyż dotyczy czynności innej niż wymienione w art. 180 ust. 2 Pzp. Przepis ten stanowi w pkt 6, że jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Pozostałe czynności, wobec których przysługuje odwołanie, w postępowaniu poniżej

wartości wyznaczającej próg do ogłoszenia zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych dotyczą: wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę (pkt 1), określenia warunków udziału w postępowaniu (pkt 2), wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia (pkt 3), odrzucenia oferty odwołującego (pkt 4), opisu przedmiotu zamówienia (pkt 5).

Izba uznała, iż wniesione odwołanie nie obejmuje czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, lecz prowadzące do wadliwego wyniku postępowania zaniechanie związane z badaniem oferty wybranej. Odwołujący nie odnosi się bowiem wprost do czynności oceny tej oferty w ustalonych przez zamawiającego kryteriach oceny ofert, a jedynie wykazuje, że oferta ta powinna podlegać odrzuceniu. Faktycznie zatem odwołaniem objęto zaniechanie czynności badania oferty pod kątem rzetelności wskazanej w niej ceny. Zarzuty podniesione odwołaniu nie dotyczyły w konsekwencji czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a jedynie zaniechania odrzucenia oferty, wobec której ustawodawca formułując zamknięty katalog czynności zawarty w art. 180 ust. 2 Pzp nie przewidział dopuszczalności wniesienia odwołania

Izba w składzie rozpoznającym badane odwołanie podziela jednolite stanowisko Izby, zgodnie z którym pojęcie „wybór najkorzystniejszej oferty” nie obejmuje swoim zakresem wszystkich cząstkowych czynności wymienionych w ustawie, które ten wybór poprzedzają, w tym oceny spełniania przez wykonawcę wybranego warunków udziału w postępowaniu oraz oceny złożonej przez niego oferty pod kątem zgodności z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Również badanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w wybranej ofercie nie wchodzi w zakres czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, która obejmuje jedynie wskazania oferty, która prezentuje najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów pozacenowych, czyli dotyczyć może wyłącznie zgodnego z siwz zastosowania kryteriów oceny ofert oraz zachowania warunków tego wyboru (przykładowo udziału w pracach komisji przetargowej osób, które podlegają wyłączeniu), co koresponduje z przepisem art. 91 ust. 1 Pzp, którego naruszenia odwołujący nie zarzucił zamawiającemu. Teza ta wyrażana jest w orzeczeniach m.in. z 5 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1599/16, z 15 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1674/16, z 21 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1696/16, z 29 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1750/16, z 4 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1810/16, z 4 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1816/16, z 13 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1862/16, z 18 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1910/16, z 25 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1930/16, z 2 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2015/16, z 8 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2026/16, z 7 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2059/16, 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, z 7 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2203/16, z 1 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2211/16, z 30 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2232/16, z 14 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2283/16, z 13 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2292/16, z 15 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2298/16, z 22 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2355/16, z 30 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2397/16, z 2 stycznia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2405/16, z 5 stycznia 2017 r. w sprawie 2462/16, z 26 stycznia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 122/17, z 10 lutego 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 216/17, z 2 marca 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 344/17, z 3 marca 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 342/17, z 16 marca 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 436/17 oraz z 23 marca 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 475/17, z 11 kwietnia 2017 r. w sprawie o sygn. akt. KIO 642/17 (w większości dostępne na [www.uzp.gov.pl/kio/orzecznictwo/wyroki](http://www.uzp.gov.pl/kio/orzecznictwo/wyroki) data dostępu 26 kwietnia 2017 r.). W wywodach tych judykatów Izba argumentowała, że przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp jest przepisem ustanawiającym wyjątek od ogólnej zasady, według której poniżej tzw. progów unijnych odwołanie nie przysługuje. Wyjątkowym charakter przepisu został podkreślony przez użycie przez ustawodawcę słowa „*wyłącznie*”. Zgodnie z ustaloną i powszechnie przyjmowaną zasadą wykładni językowej, wyjątki nie powinny być interpretowane rozszerzająco. Tymczasem literalne brzmienie art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp dotyczy tylko możliwości kwestionowania wyboru *sensu stricte*, a więc uznania za najkorzystniejszą ofertę, która nie jest najkorzystniejsza spośród ofert w świetle określonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert – w rozumieniu art. 2 pkt 5 Pzp.

Podkreślenia wymaga, że uznanie, iż wszystkie czynności zamawiającego związane z oceną wniosków lub ofert, oprócz unieważnienia postępowania, zmierzają bezpośrednio do wyboru oferty stawałoby pod znakiem zapytania racjonalność ustawodawcy, który w takiej sytuacji nie określałby tego katalogu pozytywnie, ale negatywnie wskazał unieważnienie postępowania, od której to czynności odwołanie nie przysługuje. Nie można też pominąć, że postępowanie o udzielenie zamówienia podzielone jest na fazy: oceny spełniania przez wykonawcę przesłanek podmiotowych warunkujących udział wykonawcy w procedurze, oceny treści oferty w zakresie przesłanek z art. 89 ust.1 Pzp i kolejnej oceny oferty w wyznaczonych kryteriach. Art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp odnosi się wyłącznie do ostatniej z nich, co potwierdza znowelizowany w art. 92 ust. 1 Pzp, w którym ustawodawca opisując obowiązek informacyjny zamawiającego, ustawodawca odrębnie wypowiada się o tych czynnościach, co oznacza, że możliwym jest dokonywanie - niezależnych w czasie - czynności odrzucenia oferty czy wykluczenia wykonawcy przed wyborem oferty najkorzystniejszej.

Stanowisko Sądów Okręgowych jest rozbieżne co do rozumienia pojęcia wybór najkorzystniejszej oferty, a ważkość zagadnienia potwierdza wniesienie kasacji do Sądu Najwyższego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych 13 kwietnia 2017 r. (informacja na [www.uzp.gov.pl/aktualnosci](http://www.uzp.gov.pl/aktualnosci) data dostępu: 26 kwietnia 2017 r.). Pogląd prezentowany przez Krajową Izbę Odwoławczą został poparty przez Sądy Okręgowe w Gdańsku i Płocku (w sprawach o sygn. akt odpowiednio: z 20 grudnia 2016 r. sygn. akt XII Ga 837/16, wyroku Sądu Okręgowego w Płocku z dnia 1 lutego 2017 r. sygn. akt IV Ca 1051/16 (dostępne na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl) data dostępu 26 kwietnia 2017 r.) Jak wskazał Sąd Okręgowy w Płocku, (...) 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 rozdzielanie poszczególnych czynności zamawiającego prowadzących do wyłonienia oferty najkorzystniejszej. Uprzednio zamawiający jednocześnie po wyborze oferty informował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, ofertach odrzuconych bądź wykonawcach wykluczonych, obecnie czynności tych może dokonywać sukcesywnie. Powyższe prowadzi do wniosku, że zamawiający najpierw odrzuca poszczególne oferty albo wyklucza wykonawców, a dopiero później spośród pozostałych ofert dokonuje wyboru najkorzystniejszej. Zakres pojęcia oferty najkorzystniejszej prawodawca wskazał w art. 91 ust. 1 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". Sąd Okręgowy w Gdańsku 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 i nie podzielił argumentów zawartych w skardze, jako odnoszących się do praktycznych aspektów wykładni i jej znaczenia dla krajowych zamówień publicznych, a także oczekiwań wykonawców. Ocenił ponadto, 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 Sąd wzrost znaczenia kryteriów pozacenowych, wyjątkowy charakter regulacji art. 180 ust. 2 ustawy. Wywiódł, że twierdzenie przeciwne 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.*

Podkreślić zatem należy prymat wykładni językowej i subsydiarności wykładni systemowej i funkcjonalnej oraz, 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, co potwierdza stanowisko Sądu Najwyższego sformułowane w uchwale z dnia 10.12.2009 r. w sprawie o sygn. akt III

CZP 110/09, oraz w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 1.03.2007 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 94/06 ([www.sn.gov.pl](http://www.sn.gov.pl) data dostępu: 26 kwietnia 2017 r.)

Przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym pojęcie „wybór najkorzystniejszej oferty” obejmuje wszystkie czynności poprzedzające ten wybór prowadziłyby do konsekwencji, że w razie uwzględnienia odwołania w odniesieniu do któregośkolwiek z zaniechań lub czynności zamawiającego, wystarczająca treść sentencji pkt 1 orzeczenia Izby brzmiałaby „uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty”. Z takiej sentencji wykonawca nie uzyskałby wiedzy, które z podniesionych zarzutów zostały potwierdzone, a które nie znalazły potwierdzenia i stosownych informacji musiałby poszukiwać w lekturze uzasadnienia orzeczenia. Praktyce takiej jednoznacznie sprzeciwił się Sąd Najwyższy w uchwale z 17 lutego 2016 r. wydanej w sprawie o sygn. akt III CZP 111/15 ([www.sn.gov.pl](http://www.sn.gov.pl) data dostępu: 26 kwietnia 2017 r.), w której wskazał, że Izba powinna do wszystkich zarzutów i żądań odnieść się w sentencji wyroku.

Niezasadne jest zatem celowościowe argumentowanie przeciwne wywodzone z art. 7 ust. 3 Pzp. To ustawodawca bowiem wskazuje, w jaki sposób następuje wybranie wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy. Jeśli nie dopuszcza on wnoszenia odwołania wobec zaniechania wykluczenia lub odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, to udzielenie zamówienia wykonawcy bez możliwości weryfikacji w postępowaniu odwoławczym tych kwestii, jest udzieleniem zamówienia zgodnie z przepisami ustawy. Zwrócić bowiem należy uwagę, że w poprzednio obowiązującym stanie prawnym kwestionowanie oferty wybranej w postępowaniach o niższej wartości było wyłączone *a limine*, zamówienia były udzielane, a okoliczności dotyczące ewentualnego wykluczenia wykonawcy wybranego lub odrzucenia jego oferty mogły być badane w ramach kontroli postępowania o udzielenie zamówienia. Analogicznie powinien być postrzegany podział zakresu kognicji Krajowej Izby Odwoławczej oraz organów kontroli również po ostatniej nowelizacji ustawy, tzn. że ustawodawca ustalił możliwość weryfikacji części naruszeń popełnionych przez zamawiającego wyłącznie w toku kontroli.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji na podstawie 189 ust. 2 pkt 6 Pzp. Orzeczenie zapadło w formie postanowienia na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 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 zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu wniesioną przez odwołującego w wysokości 7.500 zł. Izba nakazała zwrócić odwołującemu

kwotę 2.500 zł. nadpłaconą ponad należny wpis w postępowaniu, którego przedmiotem są usługi, o wartości nie przekraczającej kwoty, od której uzależniony jest obowiązek publikacji ogłoszenia o zamówieniu w publikatorze unijnym.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....