

POSTANOWIENIE
z dnia 15 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 15 maja 2017 r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A. R., R. C., Z. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą CEROMA s.c., 58-305 Wałbrzych, ul. Św. Józefa 2; A. R., R. C., Z. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MAYRO s.c., 53-404 Wrocław, ul. Stalowowska 20/7**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Kobierzyce, Al. Pałacowa 1; 55-040 Kobierzyce**,

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A. R., R. C., Z. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą CEROMA s.c., 58-305 Wałbrzych, ul. Św. Józefa 2; A. R., R. C., Z. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MAYRO s.c., 53-404 Wrocław, ul. Stalowowska 20/7

i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A. R., R. C., Z. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą CEROMA s.c., 58-305 Wałbrzych, ul. Św. Józefa 2; A. R., R. C., Z. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MAYRO s.c., 53-404 Wrocław, ul. Stalowowska 20/7**, 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 **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Kobierzyce, Al. Pałacowa 1; 55-040 Kobierzyce, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są *„Usługi porządkowe związane z utrzymaniem ciągów komunikacyjnych i terenów użyteczności publicznej na terenie Gminy Kobierzyce w latach 2017-2018”*.

Zamawiający dnia 21 kwietnia 2017 roku, poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 26 kwietnia 2017 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: A. R., R. C., Z. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą CEROMA s.c., 58-305 Wałbrzych, ul. Św. Józefa 2; A. R., R. C., Z. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MAYRO s.c., 53-404 Wrocław, ul. Stalowowska 20/7 (dalej „odwołujący”), wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze w przedmiotowym postępowaniu oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 7 Pzp poprzez przyznanie wykonawcy Zakład Usług Porządkowych i Pielęgnacyjnych S. F., ul. Kasztanowa 15, 55-040 Kuklęc (dalej: ZUPIP) najwyższej, ilości punktów w kryterium Cena w sytuacji, gdy wskazany wykonawca ustalił ceny jednostkowe będące przedmiotem oceny w tym kryterium w sposób niezgodny z wymogami s.i.w.z., tj. w sposób nieuwzględniający wszystkich kosztów realizacji zamówienia, co jednocześnie winno stanowić podstawę do odrzucenia oferty wskazanego wykonawcy, która to czynność również została przez zamawiającego zaniechana;
- 2) naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 7 Pzp poprzez przyznanie wykonawcy MUSTER-BUD sp. z o.o., ul. Legnicka 46 lok. 2; (dalej: MUSTER-BUD) 24,50 pkt w kryterium Cena w sytuacji, gdy wskazany wykonawca ustalił ceny jednostkowe będące przedmiotem oceny w tym kryterium w sposób niezgodny z wymogami s.i.w.z., tj. w sposób nieuwzględniający wszystkich kosztów realizacji zamówienia, co jednocześnie winno stanowić podstawę do odrzucenia oferty wskazanego wykonawcy, która to czynność również została przez zamawiającego zaniechana;

- 3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r. po z. 153 ze zm.) oraz w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty ZUPiP w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona, bowiem jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży usług poniżej kosztów ich wytworzenia w celu eliminacji innych wykonawców z rynku, a nadto zaniżenie przez tego wykonawcy cen za mycie znaków drogowych i tablic informacyjnych oraz za mechaniczne koszenie trawników było co najmniej sprzeczne z dobrym i obyczajami, bowiem miało służyć uzyskaniu większej ilości punktów w kryterium Cena i tym samym uniemożliwić uzyskanie w sposób zgodny z zasadami uczciwej konkurencji niniejszego zamówienia innym wykonawcom,,
- 4) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r. poz. 153 ze zm.) oraz w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MUSTER-BUD. i przyznanie mu 24,50 pkt w kryterium Cena w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona, bowiem jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży usług poniżej kosztów ich wytworzenia w celu eliminacji innych wykonawców z rynku, a nadto zaniżenie przez tego wykonawcę cen za mycie znaków drogowych i tablic informacyjnych było co najmniej sprzeczne z dobrymi obyczajami, bowiem miało służyć uzyskaniu większej ilości punktów w kryterium Cena i tym samym uniemożliwić uzyskanie w sposób zgodny z zasadami uczciwej konkurencji niniejszego zamówienia innym wykonawcom,
- 5) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, ewentualnie art. 90 ust. 1 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców MUSTER-BUD oraz ZUPiP, w sytuacji gdy obie te oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, względnie poprzez zaniechanie wezwania wskazanych wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w sytuacji, gdy istotne części składowe ceny wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 6) naruszenie art 7 Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

W oparciu o przedstawione zarzuty odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty ZUPiP, jako najkorzystniejszej oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu oraz ponowienia badania i oceny ofert, w tym odrzucenia

ofert wykonawców MUSTER-BUD oraz ZUPIP, względnie wezwanie ich do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest usługa (ogłoszenie o zamówieniu w aktach sprawy).

Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

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

Wskazany art. 180 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, 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.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest w tym przypadku mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby, rozpatrywane odwołanie nie dotyczy również żadnego z typów czynności wymienionych w przepisie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Istotą przedmiotowego odwołania jest zarzut zaniechania czynności odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą i zaniechania odrzucenia pozostałych ofert z powodu ich niezgodności z treścią s.i.w.z., względnie o wezwanie tych wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, co nie mieści się w katalogu określonym art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Kluczowym zagadnieniem dla uzasadnienia takiego rozstrzygnięcia pozostaje wykładnia przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp w jego znowelizowanym brzmieniu nadanym ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), w szczególności dodanego ww. nowelizacją pkt 6, który stanowi, iż odwołanie w tzw. postępowaniach podprogowych dotyczyć może wyboru

najkorzystniejszej oferty. *De facto* sprowadza się to do zajęcia stanowiska w sporze dotyczącym następującej kwestii: czy w związku z możliwością kwestionowania wyboru najkorzystniejszej oferty możliwe jest również kwestionowanie zaniechania odrzucenia jego oferty.

Orzecznictwo Izby pozostaje w tym zakresie jednolite i zgodne – rzeczony wybór najkorzystniejszej oferty dotyczy li tylko kwestionowania samej czynności wyboru najkorzystniejszej spośród ofert pozostających w postępowaniu na podstawie zastanych kryteriów wyboru określonych w s.i.w.z. Nie dotyczy natomiast zaniechania odrzucenia oferty wybranej lub zaniechania wykluczenia składającego ją wykonawcy. Dla przykładu można tu wskazać postanowienia Izby: z 5 września 2016 r. sygn. akt KIO 1599/16; z 15 września 2016 r. sygn. akt KIO 1674/16; z 21 września 2016 r. sygn. akt KIO 1696/16; z 29 września 2016 r. sygn. akt KIO 1750/16, z 7 listopada 2016 r., sygn. akt: KIO 2059/16, z 8 listopada 2016 r., sygn. akt: KIO 2026/16, z dnia 7 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2203/16 i inne, oraz orzeczenia Sądów Okręgowych: wyrok Sądu Okręgowego w Płocku IV Wydział Cywilny – Odwoławczy z dnia 1 lutego 2017 roku, sygn. akt IV Ca 1051/16 oraz Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 3 stycznia 2017 roku, sygn. akt XII Ga 837/16.

Skład orzekający Izby zgadza się w pełni ze stanowiskiem wyrażanym w powyższych orzeczeniach Izby i wyrokach Sądów Okręgowych.

Przystępując do uzasadnienia przyjętej wykładni, na wstępie należy wskazać, iż przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp jest przepisem ustanawiającym wyjątek od ogólnej zasady, według której poniżej tzw. progów unijnych środki ochrony prawnej w postaci odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej nie przysługują. Przesądza o tym zastosowana w regulacji zakresu zaskarżenia konstrukcja: „odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:”. Natomiast zgodnie z ustaloną i powszechnie przyjmowaną zasadą wykładni, wyjątki nie powinny być interpretowane rozszerzająco. Tym samym również pojęcie *wyboru najkorzystniejszej oferty* nie powinno być wykładane rozszerzająco i rozciągane na czynności, których literalnie nie dotyczy.

Za prezentowanym rozumieniem normy art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp i sformułowania *czynność wyboru najkorzystniejszej oferty* przemawia przede wszystkim wykładnia językowa tego przepisu. Zgodnie z zastanym, podstawowym, słownikowym znaczeniem, pojęcie *wybór* oznacza *wybranie jednej z kilku możliwości* (tak internetowy Słownik Języka Polskiego PWN). W tym przypadku wybranie jednej, najkorzystniejszej oferty spośród wielu. Natomiast przypisywanie, iż na wybór najkorzystniejszej oferty składają się również jakieś czynności uprzednie, dotyczące kwalifikacji ofert czy wykonawców w celu prawidłowego ustalenia kręgu ofert, spośród których dokonywany jest wybór, nie znajduje oparcia w samym językowym znaczeniu terminu i jako takie wymaga innych niż językowe zabiegów interpretacyjnych.

Tym samym literalne brzmienie przepisu dotyczy li tylko możliwości kwestionowania wyboru *sensu stricte*, a więc uznania za najkorzystniejszą ofertę, która nie jest najkorzystniejsza spośród ofert, pomiędzy którymi wybór jest dokonywany (najkorzystniejsza w świetle określonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert – w rozumieniu art. 2 pkt 5 Pzp).

Definicja *wyboru najkorzystniejszej oferty* wynika z art. 91 ust. 1 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 s.i.w.z. kryteriów i ustalenie wyniku tej oceny w sposób skutkujący wyborem oferty. W ocenie Izby, tylko tak rozumiany wybór oferty najkorzystniejszej może być przedmiotem odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego wartość jest mniejsza niż tzw. progi unijne.

Pojęcia, czy w tym przypadku czynności, wyboru najkorzystniejszej oferty nie definiuje bynajmniej tytuł rozdziału 4 ustawy: „Wybór najkorzystniejszej oferty”. W rozdziale tym pomieszczonych jest szereg norm odnoszących się do różnych czynności, które nie składają się na wybór najkorzystniejszej oferty i siłą rzeczy nie mogą go stanowić. Są to, np. normy dotyczące przygotowania postępowania (dopuszczenie składania ofert wariantowych – art. 83), uprawnień wykonawcy (art. 84), przepisy techniczne, dotyczące otwarcia czy przechowywania ofert, obowiązki informacyjne związane z udzieleniem zamówienia *etc.* Ponadto szereg czynności, które zamawiający musi bezwzględnie przeprowadzić, i które mają składać się na dynamiczny proces badania ofert oraz decydują o ważności umowy w sprawie zamówienia, regulowane jest poza ww. rozdziałem. Są to, np. kwestie podmiotowej kwalifikacji wykonawcy składającego ofertę i jego wykluczenia z postępowania.

Na marginesie można dodać, iż za prezentowanym stanowiskiem przemawia dodatkowo fakt, że w wyniku kolejnych nowelizacji przepisów o wiele większego znaczenia nabierają pozacenowe kryteria oceny ofert (np. kwalifikacje i doświadczenie osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, aspekty społeczne, jakościowe, innowacyjne), których stosowanie jest w większości przypadków obowiązkowe. Znacznie większego znaczenia nabiera też więc zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w s.i.w.z. Można zatem stwierdzić, że właśnie z tego powodu w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp dodano możliwość zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, która to czynność jest obarczona znacznym ryzykiem naruszenia przepisów ustawy, zatem poddanie jej weryfikacji w drodze środków ochrony prawnej jest uzasadnione.

Do takiego wniosku prowadzi również analiza przepisu pkt 6 na tle pozostałych czynności, względem których przysługuje odwołanie, określonych w pozostałych punktach

art. 180 ust. 2 ustawy oraz systemowa wykładnia tych przepisów z uwzględnieniem domniemania racjonalności ustawodawcy.

Wskazywana nowelizacja art. 180 ust. 2 Pzp rozszerzyła możliwość wnoszenia odwołań w postępowaniach o wartości zamówienia poniżej progów unijnych, dopuszczając wniesienie odwołania również wobec czynności opisu przedmiotu zamówienia oraz wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie jednak nie zostały wykreślone ani zmienione przesłanki z pkt 3 i 4, zgodnie z którymi odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz czynności odrzucenia oferty odwołującego. *A contrario*, na podstawie tych przepisów odwołanie nie przysługuje wobec zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy, jak i wobec zaniechania wykluczenia innego wykonawcy z postępowania.

Możliwości zaskarżenia tych zaniechań nie można, zdaniem Izby, wywieść z art. 180 ust. 2 pkt 6 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. Nie sposób bowiem twierdzić, że racjonalny ustawodawca, działający zgodnie z zasadami prawidłowej legislacji, chcąc dopuścić możliwość wnoszenia odwołań, tak wobec odrzucenia własnej oferty, jak i zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy, pierwszą z tych możliwości przewidział w odrębnej podstawie prawnej, wprost tę czynność wskazując (pkt 4), a drugą z niewiadomych powodów „ukrył” w przesłance dotyczącej wyboru oferty najkorzystniejszej (pkt 6). Rozszerzająca interpretacja pkt 6 oraz użytego tam pojęcia *wybór najkorzystniejszej oferty* prowadzi do konstatacji o zbędności przepisu punktu 4 art. 180 ust. 2 ustawy Pzp – w takim przypadku wybór najkorzystniejszej oferty byłby przecież równie nieprawidłowy i możliwy do zakwestionowania li tylko na podstawie pkt 6, jeżeli niesłusznie odrzucona zostałaby oferta odwołującego (nie byłoby przy tym wcale potrzeby podnoszenia tej okoliczności wcześniej, na etapie dokonywania czynności, których sekwencyjność umożliwia na nowo ukształtowana procedura udzielania zamówienia). Racjonalny ustawodawca posługuje się metodami legislacji w najprostszy i najbardziej klarowny sposób zapewniającymi zamierzony efekt regulacyjny, nie dublując przy tym regulacji o takim samym znaczeniu normatywnym (pkt 4 zawiera się w pkt 6).

Co więcej, gdyby zamiarem ustawodawcy nie było ograniczenie odwołań na podstawie 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 zaskarżenia *wyboru oferty najkorzystniejszej* podlega każda czynność i każde zaniechanie poprzedzające ten wybór i rzutujące na określenie kręgu ofert, spośród których wybór jest dokonywany, to co do zasady zaskarżeniu podlegałyby wszystkie czynności i zaniechania

zamawiającego w postępowaniu, które miały miejsce między złożeniem ofert a wyborem oferty najkorzystniejszej i wpływały na ważność umowy w sprawie zamówienia. Wykładnia rozszerzająca sprowadza się w tym przypadku w swej logicznej konsekwencji do stanowiska, że wszystkie czynności zamawiającego związane z oceną wniosków lub ofert, oprócz unieważnienia postępowania, zmierzają bezpośrednio do wyboru oferty. W takiej sytuacji racjonalny ustawodawca nie określałby tego katalogu pozytywnie, ale negatywnie wskazał, od czego odwołanie nie przysługuje. W praktyce byłoby to tylko unieważnienie postępowania. Żadne inne czynności czy zaniechania zamawiającego, zwłaszcza nierzutujące na ważność umowy w sprawie zamówienia, nie wydają się tu szczególnie istotne i nie stanowią przedmiotu odwołań w postępowaniach nadprogowych – tym samym ich regulacja byłaby możliwa do pominięcia.

Należy również zauważyć, że w postępowaniach o wartości równej lub wyższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 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. Biorąc powyższe pod uwagę nieuprawnione jest założenie, że w odróżnieniu od punktów 1-5, przesłanka z pkt 6 obejmuje zarówno czynność, jak i zaniechania czynności (w dodatku innych niż czynność wprost wymieniona w przesłance). Przewidziany w przepisie art. 180 ust. 2 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. Odmiennie 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.

Dodać w tym zakresie można, iż czynności lub zaniechania zamawiającego podejmowane lub niepodejmowane względem ofert zasadniczo różnią się od czynności związanych z przygotowaniem postępowania, takich jak: określenie warunków udziału w postępowaniu czy sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, względem których również przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy. Sporządzenie dokumentu przetargowego jest czynnością niepodzielną i „ontycznie” jednorodną. Tym samym

jakikolwiek brak czy pominięcie obowiązków wynikających z bezwzględnie obowiązujących przepisów w zakresie określenia warunków czy opisu przedmiotu zamówienia, będzie bezpośrednią wadą określenia warunków czy opisu przedmiotu zamówienia, a nie zaniechaniem jakiejś odrębnej i uprzedniej czynności, do której zamawiający był zobowiązany. Wskazywanie na okoliczność, iż art. 180 ust. 2 dotyczy jedynie czynności, a nie zaniechań zamawiającego, nie przekreśla więc znaczenia normatywnego pkt 2 i 5 ust. 2 art. 180 ustawy i możliwości zaskarżania na podstawie tych przepisów treści dokumentów przetargowych.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego charakteryzują się fazowością. W pierwszej kolejności weryfikacji podlega spełnienie przesłanek podmiotowych warunkujących udział wykonawcy w procedurze przetargowej, o których traktuje art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Jeżeli wykonawca nie wykaże spełnienia wyznaczonych warunków podmiotowych, z mocy prawa jego ofertę uznaje się za odrzuconą w oparciu o art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. W następnej kolejności zamawiający weryfikuje treść oferty w odniesieniu do wymagań przedmiotu zamówienia. Jeżeli istotna treść oferty nie jest zgodna z treścią istotnych warunków zamówienia - oferta podlega obligatoryjnemu odrzuceniu w myśl dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Oferty zweryfikowane pozytywnie (nie biorąc pod uwagę tzw. procedury odwróconej wprowadzonej omawianą nowelizacją) - poddawane są czynnościom wyboru najkorzystniejszej oferty w wyznaczonych kryteriach, do której odnosi się przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Każde z przywoływanych określeń: „wykluczenie wykonawcy z postępowania”, „odrzucenie oferty” oraz „wybór najkorzystniejszej oferty” ma swoją odrębną treść normatywną i ugruntowane w praktyce znaczenie - jednoznacznie rozumiane przez wykonawców oraz zamawiających. Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2016 r. poz. 1128) w Załączniku 1 dotyczącym najczęściej stosowanego trybu przetargu nieograniczonego, w pozycjach 15, 17 oraz 18 wyraźnie rozróżnia czynności wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

Nie bez znaczenia dla osądu rzeczony 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, cyt. *„Niezbędne jest zatem wprowadzenie systemu gwarantującego ochronę podstawowych interesów wykonawców, który nie będzie ograniczał się jedynie do postępowań, których wartość przekracza progi wynikające z przepisów dyrektyw. Mając to na względzie, proponuje się ujednoczenie zasad wnoszenia środków ochrony prawnej dla zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne. W postępowaniach tych wykonawca powinien mieć*

zagwarantowane prawo do wnoszenia efektywnych środków ochrony prawnej dotyczących jego najistotniejszych interesów, a mianowicie:

- 1) nieprawidłowego wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, wolnej ręki, zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty.

Proponowane zmiany dotyczące systemu środków ochrony prawnej wpłyną pozytywnie na przebieg procedury udzielania zamówień publicznych. Przede wszystkim w przypadku zamówień na roboty budowlane zostanie wprowadzona ochrona prawna dla zamawiających do progu 5 150 000 euro polegająca na wyeliminowaniu prawa do wniesienia środków ochrony prawnej na czynności nie godzące bezpośrednio w interes wykonawcy, który z nich korzysta (np. dotyczące nieprawidłowości w ofercie innego wykonawcy). Wykonawcy będą mieli zagwarantowane efektywne środki ochrony we wszystkich postępowaniach poniżej progów na decyzje zamawiających, godzące w ich podstawowe interesy (obecnie wykonawcy nie mają prawa do wniesienia odwołania poniżej progów właściwych dla dostaw i usług), przy czym skarżone będą mogły być wyłącznie te czynności zamawiającego, które bezpośrednio dotyczą wykonawcy wnoszącego dany środek ochrony prawnej."

Następna nowelizacja z dnia 2 grudnia 2009 r. - o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) w omawianym zakresie - pozostawała w związku z wyeliminowaniem instytucji protestu i wprowadziła przepis art. 180 ust. 2 Pzp, że jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego

- miała więc znaczenie jedynie doprecyzowujące i obowiązywała do wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r., tj. w aktualnym brzmieniu.

Powyższe wskazuje, że przepis art. 180 ust. 2 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 jest to, że odwołanie nie przysługuje. O intencjach ustawodawcy świadczy nieprzypadkowo użyte w art. 180 ust. 2 Pzp słowo „*wyłącznie*”. Ustawodawca w wyniku nowelizacji nie zdecydował o zniesieniu różnic przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej w postępowaniach podprogowych i postępowaniach powyżej progów.

Zdecydowano jedynie o nieznacznym poszerzeniu katalogu przesłanek umożliwiających wniesienie odwołania w postępowaniach podprogowych. Skoro zatem katalog czynności, wobec których odwołanie przysługuje nadal ma charakter wyjątku od zasady, to nie może być on interpretowany rozszerzająco.

W dalszej kolejności zauważyć należy, że zgodnie z przepisem art. 92 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji, zamawiający miał obowiązek jednocześnie informować o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o ofertach odrzuconych i wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania. Oto historyczna treść przepisu:

Art. 92. 1. Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę) albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, uzasadnienie jej wyboru oraz nazwy (firmy) albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację;*
- 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne;*
- 3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne – jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę;*
- 4) terminie, określonym zgodnie z art. 94 ust. 1 lub 2, po którego upływie umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta.*

Obecnie przepis art. 92 ust. 1 ustawy Pzp uzyskał następujące brzmienie:

Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert łączną punktację,*
- 2) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni,*
- 3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności,*
- 4) wykonawcach, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, ale nie zostali zaproszeni do kolejnego etapu negocjacji albo dialogu,*
- 5) dopuszczeniu do dynamicznego systemu zakupów,*

6) *nieustanowieniu dynamicznego systemu zakupów,*

7) *unieważnieniu postępowania – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.*

Jak wynika z powyższego, ustawodawca odrębnie wypowiada się o wyborze oferty najkorzystniejszej (pkt 1), wykluczeniach (pkt 2), odrzuceniach (pkt 3), zaś po nowelizacji zamawiający nie ma już obowiązku jednoczesnego informowania o tych czynnościach. Zatem znacznie częściej zamawiający będzie odrzucał oferty czy wykluczał wykonawców zanim wybierze ofertę najkorzystniejszą. Historycznie zamawiający dokonywał, przynajmniej w postępowaniach jednostopniowych, wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceń i wykluczeń wykonawców jednocześnie. Natomiast obecnie, tego typu czasowa odległość czynności wykluczenia i odrzuceń ofert oraz wyboru oferty, dodatkowo podkreśla ich odrębność.

Interpretacja funkcjonalna art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w sposób dopuszczający zaskarżanie – w ramach odwołań wobec wyboru oferty najkorzystniejszej – zaniechania odrzucenia oferty czy zaniechania wykluczenia wykonawcy, nie daje się obronić również z powodu konsekwencji praktycznych, co do których należy wykluczyć, aby były objęte zamiarem ustawodawcy. Przyjmując, że dopuszczalne jest kwestionowanie zaniechania odrzucenia oferty z powołaniem się na art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp (wybór oferty najkorzystniejszej), należałoby podnieść kwestię możliwości jednoczesnego zakwestionowania takiego samego zaniechania w stosunku do oferty lub ofert, które wybrane nie zostały (przykładowo, zostały sklasyfikowane, odpowiednio na drugim i trzecim miejscu, za ofertą wybraną, a przed ofertą odwołującego – co zresztą ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu, i których zaniechanie odrzucenia odwołujący również kwestionuje). W świetle brzmienia art. 180 ust. 2 pkt 6 wykluczona jest możliwość zaskarżenia takiego zaniechania. Z drugiej strony trudno wskazać *ratio legis* takiego ukształtowania systemu środków ochrony prawnej i różnicowania możliwości korzystania z odwołania ze względu na kwalifikację wykonawcy na dalszej pozycji w postępowaniu, gdy wszystkie oferty oddzielające jego ofertę od uznania za najkorzystniejszą, obarczone są według niego wadami przesądzającymi o konieczności ich odrzucenia.

Ponadto, tak szeroka interpretacja art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp prowadzi do konsekwencji jeszcze trudniejszych do zaakceptowania w trybach, w których następuje prekwalfikacja wykonawców, a w których ocenę istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy od wyboru najkorzystniejszej oferty dzieli cały odrębny etap postępowania. W takich postępowaniach z jednej strony za niedopuszczalne należałoby uznać odwołanie wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy w terminie liczonym zgodnie z art. 182 ust. 1 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 więc zakładać, aby taki właśnie był zamiar racjonalnego ustawodawcy.

Podkreślić należy, iż 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, iż rozszerzenie takie miałoby dotyczyć jedynie postępowań jednostopniowych albo niweczyć dotychczasową interpretację przepisów dotyczących terminów na wnoszenie odwołań. Innymi słowy, że w podprogowych przetargach jednostopniowych wybór oferty wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania mógłby zostać zaskarżony, natomiast w procedurach dwustopniowych ze względu na upływ terminu zaskarżenia czynności prekwalfikacji, wybór najkorzystniejszej nie mógłby zostać zakwestionowany z tego powodu. Alternatywą dla powyższego rozróżnienia zakresu ochrony odwoławczej była zmiana sposobu liczenia terminów na wnoszenie odwołań stosowana również względem postępowań nadprogowych.

Właśnie najlepszą ilustracją powyższego stanowiska jest dotychczasowa praktyka wnoszenia i przyjmowania odwołań dotyczących trybów dwustopniowych o wartości powyżej progów unijnych. W zakresie tego typu postępowań zasadą jest pełna zaskarżalność czynności zamawiającego. Regulacja ustawowa w tym zakresie nie uległa zmianie. Nie zmieniły się właściwie również przepisy dotyczące obliczania terminów na wniesienia odwołania, które liczone są od czynności zamawiającego (art. 182 ust. 1 Pzp). W ich świetle w przypadku trybów dwustopniowych, przewidujących prekwalfikację wykonawcy, odwołanie dotyczące np. zaniechania wykluczenia wykonawcy i zaproszenia go do składania ofert wnoszone jest w terminie liczonym od tej czynności. Na następnym etapie postępowania, tj. przy wyborze najkorzystniejszej oferty, odwołujący nie może zakwestionować prawidłowości wyboru ze względu na wybór oferty wykonawcy, który winien być wykluczony z postępowania. Jest już na to za późno.

W świetle powyższego wykładania rozszerzająca art. 180 ust. 1 pkt 6 Pzp doprowadzi do sytuacji, w której postulowane rozszerzenie możliwości skarżenia ofert konkurentów swój pełny wymiar znajdzie jedynie w postępowaniach jednostopniowych, albo konieczne stanie się również odejście od dotychczasowej praktyki skarżenia podejmowanych czynności i związanych z nimi zaniechań, w czasie liczonym od poinformowania o nich, także w postępowaniach nadprogowych. Skoro wybór najkorzystniejszej oferty rozumiany jest w ten sposób, że obejmuje również zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy czy

odrzućenia 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, iż ustawodawca zamierzał zróżnicować możliwy zakres zaskarżenia w różnych trybach udzielania zamówień w postępowaniach podprogowych lub godził się na różnicowanie liczenia terminów do wnoszenia odwołań w postępowaniach podprogowych i nadprogowych, gdy przepisy dotyczące terminów są takie same.

W ocenie Izby, nie jest dopuszczalne w takim przypadku różne rozumienie wyboru najkorzystniejszej oferty w trybach dwustopniowych i jednostopniowych. Nie jest dopuszczalne również posługiwanie się argumentem, że terminowe ograniczenie możliwości zaskarżenia wyboru najkorzystniejszej oferty ze względu na zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego ofertę wybrano, w przetargu dwustopniowym o wartości poniżej progów, nie znajduje zastosowania, dlatego że wykonawca uprzednio nie mógł zaskarżyć czynności prekwalfikacyjnych. Prawo takich sytuacji nie rozróżnia.

Konkludując, przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym *czynność wyboru oferty najkorzystniejszej* należy rozumieć szeroko – jako zwięźczenie wszystkich czynności z zakresu badania i oceny ofert, które doprowadziły do wyboru oferty najkorzystniejszej, nie daje się obronić w świetle testu racjonalnego ustawodawcy. Przy przyjęciu takiej wykładni poza zakresem zaskarżenia w postępowaniach podprogowych pozostawałoby *de facto* tylko unieważnienie postępowania – gdyby taki właśnie był zamiar ustawodawcy, przepis art. 180 ust. 2 mógłby i powinien zostać sformułowany inaczej.

Istotnym argumentem przemawiającym za słusznością prezentowanego poglądu jest również wyrażone w toku prac legislacyjnych nad nowelizacją stanowisko jej autora – Ministerstwa Rozwoju, stanowiące swego rodzaju wykładnię autentyczną. Podczas uzgodnień międzyresortowych Ministerstwo Środowiska zgłosiło uwagę, że rozszerzenie katalogu okoliczności, wobec których można zastosować środki ochrony prawnej w postępowaniach podprogowych, ograniczy efektywność postępowań. Wskazywano, że jeżeli zaproponowana zmiana jest konieczna, przy tak rozszerzonym katalogu okoliczności umożliwiających skorzystanie ze środków ochrony prawnej, niecelowe jest w ogóle utrzymanie art. 180 ust. 2 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. Należy więc stwierdzić, że intencja autora nowelizacji co do zakresu zaskarżenia w postępowaniach poniżej progów unijnych została wyrażona podczas uzgodnień międzyresortowych, ze wskazaniem na zamiar utrzymania wyłączeń dotyczących zaniechań zamawiającego i nie może być pomijana przy interpretacji przepisów.

Dokonywana przez Izbę wykładnia nie może natomiast uwzględniać oczekiwań wykonawców co do możliwości jak najszerszego wnoszenia odwołań w postępowaniach podprogowych, w sytuacji gdy oczekiwania te nie tylko nie znajdują potwierdzenia w brzmieniu przepisów rozumianych zgodnie z wszystkimi regułami wykładni prawa, ale wręcz stoją w opozycji do wyników tej wykładni i wyartykułowanych przez autora projektu celów.

Dokonana w ten sposób wykładania nie kwestionuje bynajmniej ogólnych celów ustawy Prawo zamówień publicznych, nie przekreśla zasad legalizmu prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, nie przeczy również oczywistej konstatacji, że wybór najkorzystniejszej oferty jest zwieńczeniem długiego postępowania i sekwencji czynności, które go poprzedzają. Opiera się jedynie na historycznie ugruntowanym i zinstytucjonalizowanym przez samego ustawodawcę, stanowisku, że nie wszystkie czynności zamawiających, dokonywane w postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych, muszą podlegać kontroli w ramach istniejącego systemu środków ochrony prawnej. System zamówień publicznych działa w ten sposób dość sprawnie od bardzo dawna, a ponadto istnieją rozmaite mechanizmy kompensujące wyłączenia pewnego zakresu czynności z systemu środków ochrony prawnej (np. działania licznych instytucji kontrolnych).

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, 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 zaniechaniu odrzucenia wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą.

Jak słusznie bowiem wskazał, w swoim uzasadnieniu Sąd Okręgowy w Płocku w wyroku z dnia 1 lutego 2017 roku, sygn. akt IV Ca 1051/16, cyt. „Sąd Okręgowy doszedł do wniosku, iż chcąc właściwie zinterpretować aktualnie obowiązujący przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p., należy odnieść się do przepisów już nieobowiązujących, które pierwotnie dawały możliwość wniesienia odwołań w postępowaniach podprogowych. Ustawą zmieniającą z dnia 4 września 2008 r. (Dz. U. nr 171, poz. 1058) dodano do ustawy Prawo zamówień publicznych art. 184 ust. 1a, w myśl którego w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;

- 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty.

Celem powyższej nowelizacji, która znosiła obowiązujące dotychczas generalne wyłączenie odwołania w tzw. postępowaniach podprogowych, było jednocześnie ograniczenie odwołań do najistotniejszych decyzji mogących naruszać interesy wykonawców. Pogląd taki zaprezentował w uzasadnieniu uchwały z dnia 12 stycznia 2010 r. Sąd Najwyższy (III CZP 119/09), a Sąd Okręgowy w całości go podziela. W związku z tym, że przyjęte w art. 184 ust. 1a p.z.p. przypadki miały 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, konieczna jest wykładnia ściślejająca każdego z tych wyjątków.

Sąd Okręgowy podziela również stanowisko Sądu Najwyższego sformułowane w uchwale z dnia 10 grudnia 2009 r. (III CZP 110/09), zgodnie z którym w ramach dyrektyw preferencji metod wykładni na czoło wysuwa się powszechnie akceptowana w orzecznictwie i w piśmiennictwie zasada pierwszeństwa wykładni językowej i subsydiarności wykładni systemowej i funkcjonalnej. Zasada pierwszeństwa wykładni językowej, choć nie ustala absolutnego porządku preferencji, to jednak dopuszcza odstępstwa od wyniku jej zastosowania tylko wówczas, gdy wynik ten prowadzi albo do absurdu, albo do rażąco niesprawiedliwych lub irracjonalnych konsekwencji. Nie zawsze więc zachodzi konieczność posłużenia się kolejno wszystkimi rodzajami wykładni; nie ma w szczególności potrzeby sięgania po dyrektywy celowościowe wówczas, gdy już po zastosowaniu dyrektyw językowych albo językowych i systemowych uda się uzyskać właściwy wynik wykładni. Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 1 marca 2007 r. (III CZP 94/06) wskazał, że odstępstwo od jasnego i oczywistego sensu przepisu wyznaczonego jego jednoznacznym brzmieniem mogą uzasadniać tylko szczególnie istotne i doniosłe racje prawne, społeczne, ekonomiczne lub moralne. Jeśli zaś takie nie zachodzą, należy oprzeć się na wykładni językowej. Wykładnia językowa wymaga uwzględniania dyrektyw języka potocznego, a zatem przypisywania zawartym w normie prawnej wyrażeniom podstawowego i powszechnie przyjętego znaczenia.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, stwierdzić należy, 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.

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. Mianowicie w porządku prawnym obowiązującym do 28 lipca 2016 r. zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty jednocześnie zawiadamiał wykonawców, którzy złożyli oferty o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę) albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, uzasadnienie jej wyboru oraz nazwy (firmy) albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację;

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne;

3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne - jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę;

4) terminie, określonym zgodnie z art. 94 ust. 1 lub 2, po którego upływie umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta.

Ustawą nowelizującą z dnia 22 czerwca 2016 r. artykułowi 92 ust. 1 p.z.p. nadano nowe brzmienie, zgodnie z którym zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy,

którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni,

3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności,

4) wykonawcach, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, ale nie zostali zaproszeni do kolejnego etapu negocjacji albo dialogu,

5) dopuszczeniu do dynamicznego systemu zakupów,

6) nieustanowieniu dynamicznego systemu zakupów,

7) unieważnieniu postępowania

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zmiana brzmienia powyższego przepisu, zdaniem Sądu Okręgowego, oznacza wyraźne rozdzielenie poszczególnych czynności zamawiającego prowadzących do wyłonienia oferty najkorzystniejszej. 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.

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

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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.). W myśl powołanych przepisów, a także zgodnie z poglądem jednolicie prezentowanym w orzecznictwie, tak Izby, jak i Sądów Okręgowych, w przypadku odrzucenia odwołania odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp (por. przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 22 listopada 2012 r., sygn. akt: XII Ga 517/11).

Przewodniczący: