



## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 czerwca 2017 r.

Sąd Okręgowy w Legnicy VI Wydział Gospodarczy  
w składzie:

Przewodniczący: SSO Elżbieta Zielińska (sprawozdawca)

Sędziowie: SO Jarosław Halikowski  
SO Joanna Otto

Protokolant: Katarzyna Wanot

po rozpoznaniu w dniu 25 maja 2017 r. w Legnicy

na rozprawie

sprawy z odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie  
zamówienia: [REDACTED] oraz

[REDACTED]  
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego [REDACTED]

[REDACTED]  
przy uczestnictwie [REDACTED]

[REDACTED]  
na skutek skargi wniesionej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w  
Warszawie

na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 15 lutego 2017 r., sygn. akt  
KJO 260/17

- I. oddała skargę,
- II. nie obciąża uczestników postępowania kosztami postępowania skargowego.



Na oryginalne własnoręczne podpisy  
zajrzeczność z oryginałem świadczy

*[Signature]*  
Kierownik Sekretariatu

UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 15 lutego 2017 r. (sygn. akt KIO 260/17) Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odrzuciła odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia : [REDAKTOWANE]  
[REDAKTOWANE] w postępowaniu prowadzonym przez [REDAKTOWANE] przy udziale wykonawcy Pawła Zdziarskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą : [REDAKTOWANE]  
[REDAKTOWANE] zaś kosztami postępowania obciążyła wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia , zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 złotych uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wskazała , że zamawiający - [REDAKTOWANE] - prowadziła w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na -  
[REDAKTOWANE]

W uzasadnieniu KIO wskazała, że w dniu 7 lutego 2017 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE] wnieśli odwołanie wobec zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE] zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 1 pkt 2, 4, art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Odwołujący wnieśli o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE], wykluczenie ww. wykonawcy z postępowania, dokonanie czynności wyboru oferty najwyższej ocenionej z uwzględnieniem wykluczenia z postępowania ww. wykonawcy oraz obciążenie

Zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa prawnego, ewentualnie unieważnienie postępowania.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy [REDAKTOWANE] (zwanego dalej również: „Przystępującym”).

W uzasadnieniu postanowienia Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła nadto, że postępowanie zostało wszczęte 16 listopada 2016 r. (ogłoszenie nr 344099 w Biuletynie Zamówień Publicznych), w związku z tym do przedmiotowego postępowania stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. póź. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r. Wartość zamówienia została oszacowana na kwotę 650.406,50 zł (pismo Zamawiającego w aktach sprawy). Wartość zamówienia jest zatem mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, zgodnie bowiem z § 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2015 r. póź. 2263 z późn. zm.), wartość takich zamówień na dostawy lub usługi dla zamawiających będących m.in. jednostkami samorządu terytorialnego, wynosi równowartość 209.000 euro.

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

Przywołała treść art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2.* Stosownie zaś do przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp w brzmieniu po nowelizacji, jeżeli wartość zamówienia jest

mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

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

Mimo że katalog sytuacji, w których w postępowaniach podprogowych przysługuje prawo wniesienia odwołania uległ w wyniku wspomnianej nowelizacji rozszerzeniu (między innymi o czynność wyboru oferty najkorzystniejszej), to zdaniem składu orzekającego Izby przedmiotowe odwołanie dotyczy zachowań zamawiającego, wobec których ustawodawca również po nowelizacji nie przewidział możliwości zaskarżenia. Istotą tego odwołania jest zarzut **zaniechania wykluczenia** innego wykonawcy z postępowania, co nie mieści się w katalogu określonym art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Analiza znowelizowanego przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp i użytego w nim przez ustawodawcę sformułowania czynność wyboru najkorzystniejszej oferty prowadzi, zdaniem Izby, do wniosku, że pod pojęciem tym nie kryje się zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania, a jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Za takim rozumieniem przepisu w ocenie Izby przemawia po pierwsze wykładnia językowa art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Literalne brzmienie tego przepisu oznacza dopuszczenie zakwestionowania wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest najkorzystniejsza w świetle określonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert (nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp). Definicja wyboru najkorzystniejszej oferty wynika pośrednio z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wybór oferty najkorzystniejszej należy więc rozumieć jako czynności zamawiającego polegające na zastosowaniu do oferty określonych w SIWZ kryteriów i ustalenie wyniku tej oceny w sposób skutkujący wyborem oferty. W ocenie Izby tylko tak rozumiany wybór oferty najkorzystniejszej może być przedmiotem odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

którego wartość jest mniejsza niż tzw. progi unijne. Za powyższym stanowiskiem przemawia zdaniem Izby wykładnia celowościowa. W wyniku nowelizacji z czerwca 2016 r. o wiele większego znaczenia nabrały pozacenowe kryteria oceny ofert (np. kwalifikacje i doświadczenie osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, aspekty społeczne, jakościowe, innowacyjne), których stosowanie jest w większości przypadków obowiązkowe. Znacznie większego znaczenia nabrał więc zarzut naruszenia art. 9.1 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Dopiero bowiem w wyniku nowelizacji z czerwca 2016 r. ustawodawca wprowadził zakaz stosowania ceny jako kryterium oceny ofert o wadze przekraczającej 60%. Można zatem stwierdzić, że właśnie dlatego w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp dodano możliwość zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, która to czynność jest obecnie obciążona większym niż dotychczas ryzykiem naruszenia przepisów ustawy, zatem poddanie jej weryfikacji w drodze środków ochrony prawnej jest bardziej uzasadnione. Krajowa Izba Odwoławcza uważa, że do takiego wniosku prowadzi również analiza przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp na tle innych przepisów określających możliwość wnoszenia odwołań w postępowaniach poniżej progów unijnych oraz wykładnia tych przepisów z uwzględnieniem domniemania racjonalności ustawodawcy (wykładnia systemowa). Nowelizując art. 180 ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca zdecydował się rozszerzyć możliwość wnoszenia odwołań w postępowaniach o wartości zamówienia poniżej progów unijnych, dopuszczając wniesienie odwołania również wobec czynności -opisu przedmiotu zamówienia oraz wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie jednak nie zostały wykreślone ani zmienione przesłanki z pkt 3 i 4, zgodnie z którymi odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz czynności wykluczenia odwołującego z postępowania *a contrario*, odwołanie nie przysługuje wobec zaniechania czynności odrzucenia oferty innemu wykonawcy, jak i wobec zaniechania czynności wykluczenia innego wykonawcy z postępowania. Możliwości zaskarżenia tych zaniechań nie można, zdaniem Izby, wywieść z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Przepis ten nie może być interpretowany w taki sposób, że objęte są nim wszystkie czynności i zaniechania poprzedzające wybór najkorzystniejszej oferty, wówczas bowiem zbędne byłoby utrzymanie przesłanek określonych w art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, które również poprzedzają ten wybór i również dotyczą kwalifikacji podmiotowej i przedmiotowej. Nie sposób bowiem twierdzić, że racjonalny ustawodawca, działający zgodnie z zasadami prawidłowej legislacji, chcąc dopuścić możliwość wnoszenia odwołań tak wobec odrzucenia własnej oferty, jak i

zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy, pierwszą z tych możliwości przewidział w odrębnej podstawie prawnej, wprost tę czynność wskazując (pkt 4), a drugą z niewiadomych powodów „ukrył” w przesłance dotyczącej wyboru oferty najkorzystniejszej (pkt 6). Przesłanka z pkt 6 ma określony zakres zastosowania, służy mianowicie zakwestionowaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest najkorzystniejsza, gdyż nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała albo nie jest ofertą z najniższą ceną lub kosztem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub koszt, czyli nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu definicji z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby, gdyby zamiarem ustawodawcy nie było ograniczenie odwołań na podstawie punktu 6 wyłącznie do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty *sensu stricto*, zbędne byłoby określanie pozytywnego katalogu czynności podlegających zaskarżeniu w postępowaniach poniżej progów. Jeśli bowiem przyjąć, że zaskarżeniu w ramach wyboru oferty najkorzystniejszej podlega każda czynność i każde zaniechanie poprzedzające ten wybór, to co do zasady zaskarżeniu podlegałyby wszystkie czynności i zaniechania zamawiającego w postępowaniu, które miały miejsce między złożeniem ofert a wyborem oferty najkorzystniejszej (wszystko, co robi w postępowaniu zamawiający, oprócz unieważnienia postępowania, zmierza do wyboru oferty najkorzystniejszej). W takiej sytuacji racjonalny ustawodawca nie określałby tego katalogu od strony pozytywnej, a jedynie wskazałby od strony negatywnej, kiedy odwołanie nie przysługuje (czynność lub zaniechanie unieważnienia postępowania - tylko to bowiem pozostałoby poza katalogiem określającym dopuszczalny zakres zaskarżenia). Izba wskazała, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego charakteryzuje 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, to podejmowana jest czynność wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania, a 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 (kwalifikacja przedmiotowa oferty). Jeżeli istotna treść oferty nie jest zgodna z treścią istotnych warunków zamówienia - zamawiający podejmuje czynność odrzucenia takiej oferty w myśl dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Oferty zweryfikowane pozytywnie (nie biorąc pod uwagę

tw. 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. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że każde z przywoływanych określeń: „czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania”, „czynność odrzucenia oferty” oraz „czynność wyboru 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. póź. 1128) w Załączniku 1 dotyczącym najczęściej stosowanego trybu przetargu nieograniczonego, w pozycjach 15, 17 oraz 18 wyraźnie rozróżnia czynności wykluczenia wykonawcy, czynności odrzucenia oferty oraz czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.

Nie bez znaczenia dla osądu przedmiotowej sprawy, w ocenie Izby, 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. póź. 2263 z późn. zm.). 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 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, póź. 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, póź. 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 PZP odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego:

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

Przy czym dla powyższej nowelizacji przedstawiono następujące uzasadnienie projektu: *Niezbędne jest zatem wprowadzenie systemu gwarantującego ochronę podstawowych interesów wykonawców, który nie będzie ograniczał się jedynie do postępowań, których wartość przekracza progi wynikające z przepisów dyrektyw. Mając to na względzie, proponuje się ujednoczenie zasad wnoszenia środków ochrony prawnej dla zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne. W postępowaniach tych wykonawca powinien mieć zagwarantowane prawo do wnoszenia efektywnych środków ochrony prawnej dotyczących jego najistotniejszych interesów, a mianowicie:*

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



3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia;

4) odrzucenia oferty.

*Proponowane zmiany dotyczące systemu środków ochrony prawnej wpłyną pozytywnie na przebieg procedury udzielania zamówień publicznych. Przede wszystkim w przypadku zamówień na roboty budowlane zostanie wprowadzona ochrona prawna dla zamawiających do progu 5 150 000 euro polegająca na wyeliminowaniu prawa do wniesienia środków ochrony prawnej na czynności nie godzące bezpośrednio w interes wykonawcy, który z nich korzysta (no. 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, póź. 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, zdaniem Izby 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, jej zdaniem, 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 rozszerzające.

Nadto Krajowa Izba Odwoławcza zauważyła, że w postępowaniach o wartości równej lub wyższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, *odwołanie służy wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy*. Tymczasem w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp była i jest mowa wyłącznie o tym, że odwołanie w postępowaniach poniżej progów *służy wyłącznie wobec czynności*, zaś ustawodawca nie wspomina o zaniechaniach zamawiającego. Celem przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp jest zatem reglamentacja dostępu do środków ochrony prawnej a nie rozszerzenie takiego dostępu. Biorąc powyższe pod uwagę nieuprawnione jest założenie, że w odróżnieniu od punktów 1-5, przesłanka z pkt 6 obejmuje zarówno czynność, jak i zaniechania (w dodatku innych niż czynność wprost wymieniona w przesłance). Przewidziany w przepisie art. 180 ust. 2 Pzp katalog przesłanek zawsze odnosił się do czynnego zachowania zamawiającego, nie zaś do zaniechań, i sytuacja ta nie uległa zmianie w wyniku ostatniej nowelizacji ustawy. Nadal ustawodawca koncentruje się na zachowaniach zamawiającego o charakterze czynnym, które doprowadziły do danego wyniku postępowania, nie wspomina o zaniechaniach. 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 Pzp.

W dalszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza zauważyła, 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. Przepis ten brzmiał:

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

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

Obecnie przepis art. 92 ust. 1 ustawy 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.

Z powyższego, zdaniem Izby, wynika, że 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. Nie sposób uznać, że pod pojęciem wybór oferty najkorzystniejszej mieści się zaniechanie czynności odrzucenia oferty czy zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy w sytuacji, gdy zamawiający nie dokonał jeszcze czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej 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 wykluczenia wykonawcy czy odrzucenia oferty z powołaniem się na art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp (wybór oferty najkorzystniejszej), należałoby zadać pytanie czy istnieje możliwość jednoczesnego zakwestionowania takiego samego zaniechania w stosunku do oferty, która wybrana nie została (przykładowo - została sklasyfikowana na drugim miejscu, za ofertą wybraną, a przed ofertą odwołującego). Z jednej strony nie sposób znaleźć argumentów przemawiających za dopuszczeniem zaskarżenia takiego zaniechania, z drugiej - trudno byłoby uzasadnić takie różnicowanie możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej. Ponadto, tak szeroka interpretacja art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp byłaby jeszcze bardziej trudna do zastosowania w trybach, w których następuje prekwalfikacja wykonawców, a w których ocenę istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy od wyboru najkorzystniejszej oferty dzieli cały odrębny etap postępowania. W takich postępowaniach z jednej strony za niedopuszczalne należałoby uznać odwołanie wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy w terminie liczonym zgodnie z art. 182 ust. 1 ustawy Pzp (tj. od przesłania informacji o wykonawcach zaproszonych do dalszego etapu postępowania) z powołaniem się na art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp - nie nastąpił bowiem wybór oferty

najkorzystniejszej. Z drugiej strony dopuszczenie do wnoszenia odwołania dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej w takim trybie byłoby po pierwsze oderwane od określonych ustawą terminów na wniesienie odwołania, a po drugie - mogłoby doprowadzić do zniweczenia znacznej części postępowania i cofnięcia go po wyborze oferty na etap prekwalfikacji. Nie można zakładać, aby taki właśnie był zamiar racjonalnego ustawodawcy. Skoro rzekomo wybór najkorzystniejszej oferty rozumiany ma być rozumiany w ten sposób, że obejmuje również zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy czy odrzucenia jego oferty, to również w przetargu dwustopniowym wybór najkorzystniejszej oferty może być zakwestionowany w czasie licznym od jego dokonania z podniesieniem wszystkich okoliczności związanych z czynnościami uprzednio podjętymi w postępowaniu (za prawidłowy nie może przecież zostać uznany wybór oferty wykonawcy, który winien podlegać wykluczeniu). Trudno przyjąć, że ustawodawca zamierzał zróżnicować możliwy zakres zaskarżenia w różnych trybach udzielania zamówień w postępowaniach podprogowych lub godził się na różnicowanie liczenia terminów do wnoszenia odwołań w postępowaniach podprogowych i nadprogowych, gdy przepisy dotyczące terminów są takie same. W ocenie Izby nie jest dopuszczalne w takim przypadku różne rozumienie wyboru najkorzystniejszej oferty w trybach dwustopniowych i jednostopniowych. Nie jest dopuszczalne, zdaniem Izby, również posługiwanie się argumentem, że terminowe ograniczenie możliwości zaskarżenia wyboru najkorzystniejszej oferty ze względu na zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego ofertę wybrano, w przetargu dwustopniowym o wartości poniżej progów, nie znajduje zastosowania, dlatego że wykonawca uprzednio nie mógł zaskarżyć czynności prekwalfikacyjnych. Prawo takich sytuacji nie rozróżnia. Prezentowana wykładania funkcjonalna niweczy argumenty dotyczące rzekomego celu, jakim kierować miał się ustawodawca przy nowelizacji art. 180 ust. 2 Pzp - celu mającego polegać na znaczącym rozszerzeniu zakresu zaskarżenia w postępowaniach podprogowych, zwłaszcza na zaniechanie odrzucenia ofert konkurentów i ich wykluczenia. Trudno bowiem przyjąć, że rozszerzenie takie miałoby dotyczyć jedynie postępowani jednostopniowych albo niweczyć dotychczasową interpretację przepisów dotyczących terminów na wnoszenie odwołań.

W ocenie krajowej Izby Odwoławczej, przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym czynność wyboru oferty najkorzystniejszej należy rozumieć szeroko - jako zwięźczenie wszystkich czynności z zakresu badania i oceny ofert, które doprowadziły do wyboru oferty najkorzystniejszej, nie daje się obronić w świetle

testu racjonalnego ustawodawcy. Przy przyjęciu takiej wykładni poza zakresem zaskarżenia w postępowaniach podprogowych pozostawałoby *de facto* unieważnienie postępowania - gdyby taki właśnie był zamiar ustawodawcy, przepis art. 180 ust. 2 Pzp zostałby sformułowany inaczej.

Zdaniem Izby ,Istotnym argumentem przemawiającym za słusnością 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. 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 wykładnia , zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, 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 zwińczeniem 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, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarzuty podniesione w niniejszym odwołaniu 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 innego wykonawcy czy zaniechaniu czynności wykluczenia wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą. Tym samym skład orzekający Izby podzielił jednolite stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w innych orzeczeniach wydanych w analogicznych, przytoczonych sprawach. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, póź. 238 z późn. zm.). Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 189 ust. 3 zd. pierwsze ustawy Pzp.

Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2017 r. zaskarżył Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając naruszenie:

1. art. 180 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż zakres odwołania w postępowaniach o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp powoduje niemożność przyjęcia, iż zaskarżeniu odwołaniem podlega wybór najkorzystniejszej oferty, która została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, podczas gdy prawidłowa wykładnia ww. przepisów prowadzi do wniosku, iż zaskarżeniu odwołaniem w tych postępowaniach podlega niezgodny z przepisami ustawy Pzp wybór najkorzystniejszej oferty, którego wadliwość polega

na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy, który winien był zostać przez zamawiającego wykluczony;

2. art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie w stanie faktycznym niniejszej sprawy i odrzucenie odwołania z powodu błędnego przyjęcia, iż odwołanie wniesione od czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę, który powinien być zostać przez zamawiającego uprzednio wykluczony, dotyczy innych okoliczności niż określone w katalogu z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe na podstawie art. 198c w zw. z art. 198f ust. 2 zd. 2 oraz art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez merytoryczne rozpoznanie odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego; [REDAKTION]

Jednocześnie wniósł o:

- 1) rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 192 ust. 10 w zw. z art. 198f ust. 5 *in fine* ustawy Pzp;
- 2) nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego (art. 102 k.p.c.).

Na rozprawie przed Sądem Okręgowym w Legnicy pełnomocnik procesowy Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, wobec informacji, że zamawiający zawarł umowę z przystępującym, zmodyfikował wniosek skargi w ten sposób, że w przypadku jej uwzględnienia i merytorycznego jej rozpoznania wnosi o stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy PZP.

Zdaniem skarżącego wykładnia KIO nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp, a zwłaszcza w instytucji badania i oceny ofert, której efektem jest wybór oferty najkorzystniejszej. Na gruncie przepisów ustawy Pzp nie sposób przyjąć, aby pojęcie „wybór najkorzystniejszej oferty” było interpretowane w sposób tak zawężający, jak tego dokonała Izba w zaskarżanym postanowieniu. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem procesem dynamicznym, charakteryzującym się sekwencyjnością



zachowań zamawiającego w kolejnych etapach, w zależności od trybu w jakim jest prowadzone. Na proces udzielania zamówienia publicznego składa się szereg kolejno następujących po sobie czynności podejmowanych przez jego uczestników, przy czym czynność wyboru najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego zasadniczo poprzedzona jest etapem badania i oceny złożonych ofert. W trybie przetargu nieograniczonego, w związku z etapem badania i oceny ofert zamawiający najpierw bada oferty od strony formalnej. W ramach tej wstępnej fazy zamawiający ustala m.in. terminowość złożenia oferty, prawidłowość zabezpieczenia oferty wadium, jeśli żądał jego wniesienia. Następnie zamawiający przechodzi do oceny podmiotowej warstwy oferty, w ramach której ustala czy wykonawca nie podlega wykluczeniu, a także czy spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wreszcie dokonuje oceny zaistnienia przesłanek odrzucenia oferty, a następnie ocenia oferty niepodlegające odrzuceniu, przyznając im odpowiednią punktację w świetle ustanowionych przez siebie kryteriów oceny ofert. Z powyższego wywodu zdaniem skarżącego wynika, że wynika, iż faza badania oferty, w ramach której zamawiający dokonuje ustalenia, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu, a także, czy złożona przez niego oferta nie powinna być odrzucona, jest immanentnie związana z fazą wyboru najkorzystniejszej oferty. Na gruncie prawa zamówień publicznych nie można bowiem wybrać oferty i zawrzeć umowy z wykonawcą, który nie spełnia wymogów podmiotowych i przedmiotowych przewidzianych dla danego zamówienia. Zarówno faza badania oferty, jak i faza wyboru najkorzystniejszej oferty przynależą do etapu badania i oceny ofert, gdyż prawidłowy wybór oferty może mieć miejsce wyłącznie po zgodnym z przepisami ustawy Pzp przeprowadzeniu przez zamawiającego faz poprzedzających ten wybór. Tymczasem, stanowisko Izby zaprezentowane w zaskarżanym postanowieniu, sprowadzające się do całkowitego rozdzielania czynności badania ofert od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, zupełnie abstrahuje od zasady legalizmu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyływającej z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

W świetle art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Innymi słowy, udzielenie zamówienia publicznego może nastąpić jedynie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w zgodzie z przepisami ustawy Pzp. Z kolei zgodny z przepisami ustawy Pzp wybór oferty może nastąpić wyłącznie spośród ofert złożonych przez wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu i którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Niewątpliwie zatem naruszeniem tej zasady jest wybór przez zamawiającego

oferty w sytuacji, gdy oferta ta nie została należycie zbadana i oceniona przez zamawiającego. Efekt tego badania i oceny ofert odzwierciedlony jest dopiero w samej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Informując o wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający jednocześnie potwierdza, że oferta ta nie podlega odrzuceniu, a wykonawca ją składający nie podlega wykluczeniu z postępowania. Poprzez odmówienie wykonawcom prawa do wnoszenia odwołania na wybór oferty, która powinna być przez zamawiającego odrzucona, Izba pozbawia wykonawców możliwości weryfikacji przez wyspecjalizowany organ odwoławczy fazy badania i oceny ofert, która doprowadziła do niezgodnego z przepisami ustawy Pzp wyboru oferty. W ocenie skarżącego, zaprezentowana przez Izbę interpretacja przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, w świetle której przez „wybór najkorzystniejszej oferty” należy rozumieć wyłącznie ocenę ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert, stoi w sprzeczności z zasadniczym celem ustawy Pzp, jakim niezmiennie, również po wejściu w życie ustawy nowelizującej, pozostaje wyłonienie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę odpowiadającą wymaganiom zamawiającego opisanym w SIWZ i który nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a także który daje rękojmię należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. W szczególności skarżący nie podzielił stanowiska Izby, która z braku zmiany treści art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp w związku z ustawą nowelizującą wywodzi konieczność interpretacji art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp przez pryzmat definicji najkorzystniejszej oferty z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Argumentacja ta nie uwzględnia bowiem okoliczności, że przez wybór najkorzystniejszej oferty należy rozumieć wszelkie zachowania zamawiającego w ramach etapu badania i oceny ofert, które doprowadziły zamawiającego do podjęcia decyzji w tym zakresie.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego [REDAKTOWANO] [REDAKTOWANO] wniósł o oddalenie skargi ewentualnie o zmianę zaskarżonego postanowienia poprzez odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust 2 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz.U.2015.2164). W uzasadnieniu swego stanowiska wskazał, że odwołanie winno podlegać odrzuceniu a podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy PZP zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jednocześnie przystępujący zarzucił, że spełnienie przez przystępującego warunków udziału w postępowaniu, co zostało zakwestionowane obecnym odwołaniem [REDAKTOWANO], było już

wcześniej przedmiotem odwołania wniesionego przez przystępującego w dniu 27 grudnia 2016 r. ,które to odwołanie zamawiający uwzględnił w całości (a względem których to kwestii [REDAKTOWANO] wniosło później odwołanie nie zgadzając się z czynnościami zamawiającego wykonanymi stosowanie do uwzględnionych zarzutów odwołania Przystępującego) , a które to odwołanie dotyczyło spełnienia przez Przystępującego warunku dotyczącego doświadczenia oraz sytuacji finansowej , co skutkowało wydaniem przez Izbę postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego. W związku z uwzględnieniem odwołania Zamawiający miał obowiązek ustawowy wykonać ,powtórzyć lub unieważnić czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu ( art. 186 ust.2 PZP). W konsekwencji Przystępujący podniósł ,że wniesione przez [REDAKTOWANO] odwołanie dotyczyło czynności, które zamawiający wykonał zgodnie z żądaniami zawartymi we wcześniejszym odwołaniu Przystępującego. W tym stanie rzeczy odwołanie [REDAKTOWANO] winno podlegać odrzuceniu na podstawie art. 189 ust 2 pkt 5 ustawy PZP. Niezależnie od powyższego

Zamawiający [REDAKTOWANO] w odpowiedzi na skargę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wniosła o oddalenie skargi ewentualnie Jej odrzucenie lub umorzenie postępowania . Gmina podniosła, że Kio zastosował prawidłowo przepis art.189 ust 2 pkt 6 PZP odrzucając odwołanie uczestnika [REDAKTOWANO] Sprawa dotyczyła zamówienia ,które nie przekroczyło progów ustawowych wymagających publikacji a nadto odwołanie uczestnika nie dotyczyło czynności zamawiającego o których mowa w art.180 ust 2 PZP w tym wyboru najkorzystniejszej oferty lecz cofnięcia przez gminę w dniu 2.02.2017 r. uprzedniego unieważnienia postępowania na którą to czynność nie przysługuje ustawa nie przewiduje odwołania. W ocenie zamawiającego pojęcie, z art.180 ust2 pkt6 PZP „wyboru najkorzystniejszej oferty “ oznacza ,że wykonawcy mogą skarżyć odwołaniem wyłącznie wybór oferty dokonany przez zamawiającego niezgodnie z uprzednio przyjętymi przez niego kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ zgodnie z art. 91 ust 1PZP. Wybrana zaś ostatecznie oferta uczestnika [REDAKTOWANO] całości spełniała jako najkorzystniejsza te kryteria przedmiotowe i podmiotowe a tym samym nie został naruszony przepis art. 7 ust.3 PZP. Niezależnie od powyższego zamawiający wskazał, że postanowieniem z dnia 11.01.2017 r. KIO umorzyło postępowanie wywołane odwołaniem pierwotnie wniesionym przez oferenta . W dalszej kolejności Zamawiający wskazał, że postanowieniem z dnia 11.01.2017 r. KIO umorzyło postępowanie wywołane odwołaniem pierwotnie wniesionym przez oferenta [REDAKTOWANO] albowiem [REDAKTOWANO] uznała odwołanie wraz z jego zarzutami. Od powyższego postanowienia nikt nie złożył

środków zaskarżenia , sąd nie może być ono w chwili obecnej podstaw do zaskarżenia przez Prezesa Zamówień Publicznych.

Uczestnicy postępowania [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE] podtrzymywali stanowisko wyrażone przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie w skardze.

#### Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Choć zarzutom skargi Prezesa Zamówień Publicznych na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2017 r.( KIO 260/17) nie sposób odmówić co do zasady racji to jednak stanowczego stwierdzenia wymaga , że Prezes UZP skoncentrował się w skardze na rozbieżnościach co do wykładni art.180 ust. 2 pkt 6 PZP , pominiął jednak fakt, że w konkretnej sprawie odwołanie [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE] w pierwszej kolejności winno podlegać odrzuceniu na mocy art.189 ust 2 pkt5 ustawy PZP aniżeli na podstawie przyjętej przez Krajową Izbę Odwoławczą w postanowieniu z dnia 15 lutego 2017 r. w postaci art.180 ust.2 pkt.6 PZP. Zgodnie bowiem z przepisem art. 189 ust.2 pkt.5 ustawy PZP Izba odrzuca odwołanie , jeżeli stwierdzi, że **dotyczy ono czynności którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub Sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu , którą wykonał zgodnie z żądaniem .**

Jak słusznie zauważył przystępujący [REDAKTOWANE] oraz zamawiający [REDAKTOWANE] -spełnienie przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu w zakresie spełnienia przez przystępującego warunku dotyczącego doświadczenia oraz sytuacji finansowej było już wcześniej przedmiotem odwołania wniesionego przez przystępującego w dniu 27.12.2016 r. z racji tego , że na ówczesnym etapie postępowania Zamawiający uznał, że Przystępujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu przetargowym . Ostatecznie Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości, skutkiem czego postanowieniem z dnia 11.01.2017r. KIO umorzyło na posiedzeniu niejawnym postępowanie wywołane odwołaniem wniesionym przez oferenta [REDAKTOWANE] Sprawa ta została zarejestrowana pod sygnaturą akt KIO 2456/16. Od powyższego postanowienia nie złożono środków zaskarżenia. Istotnym jest , że odwołanie Przystępującego ze sprawy KIO 2456/16 dotyczyło spełnienia przez niego warunku dotyczącego doświadczenia oraz sytuacji finansowej, względem których to kwestii [REDAKTOWANE] wniosło następnie odwołanie nie zgadzając się z czynnościami zamawiającego wykonanymi stosownie do uwzględnionych zarzutów odwołania przystępującego [REDAKTOWANE] podczas gdy w związku z uwzględnieniem odwołania zamawiający miał ustawowy obowiązek wykonać czynności w

postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu -co uczynił. Skoro spełnienie przez przystępującego [REDAKTOWANO] warunków udziału w postępowaniu przetargowym było już wcześniej przedmiotem odwołania wniesionego przez Przystępującego w dniu 27 grudnia 2016 r. to zakwestionowanie tego przedmiotu przez [REDAKTOWANO] obecnym odwołaniem jest niedopuszczalne i winno podlegać odrzuceniu w trybie art.189 ust.2 pkt.5 ustawy PZP mimo ,że Krajowa Izba Odwoławcza podstawą odrzucenia odwołania [REDAKTOWANO] uczyniła przepis art. 18o ust2 pkt 6 ustawy PZP. Odwołanie [REDAKTOWANO] dotyczyło bowiem czynności , które Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniami zawartymi we wcześniejszym odwołaniu Przystępującego [REDAKTOWANO]. Z powyższych przyczyn odwołanie [REDAKTOWANO] nie mogło stać się przedmiotem merytorycznej analizy i oceny Sądu Okręgowego w Legnicy z uwagi na to ,iż winno podlegać odrzuceniu. W konsekwencji skarga Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych winna podlegać oddaleniu .

Niezależnie od powyższego, stwierdzenia wymaga ,że postępowanie zostało wszczęte 16 listopada 2016 r. (ogłoszenie nr [REDAKTOWANO] w Biuletynie Zamówień Publicznych), w związku z tym do przedmiotowego postępowania zastosowanie winny mieć przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. póź. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016.

Zdaniem Sądu Okręgowego stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zawarte w skardze na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15.02.2017 r. zasługuje na uwzględnienie. Sąd Okręgowy nie podziela oceny Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiocie wykładni art.180ust2 pkt.6 p.z.p. w zw. z art.7 ust.3 ustawy PZP, prowadzącej w konsekwencji do odrzucenia odwołania. Izba przyjęła bowiem ,że pod pojęciem „ czynność wyboru najkorzystniejszej oferty “ należy rozumieć jedynie niedokonanie wyboru zgodnego z kryteriami określonymi w SIWZ. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej niedopuszczalna była możliwość kwestionowania w ramach tej podstawy wcześniejszych czynności bądź zaniechań zamawiającego dotyczących badania oferty pod kątem jej zgodności z przepisami ustawy i SIWZ.

Należy podzielić w pełnej rozciągłości przedstawioną w uzasadnieniu skargi wykładnię przepisu art. 180 ust.2 pkt.6 p.z.p. oraz argumenty przytoczone na jej poparcie. Ma rację skarżący Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wyrażający stanowisko , że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest procesem odznaczającym się sekwencyjnością zachowań zamawiającego w kolejnych etapach tego postępowania i zależy od trybu w jakim dane

postępowanie jest prowadzone. Proces udzielania zamówienia publicznego składa się z szeregu kolejno następujących po sobie czynności podejmowanych przez jego uczestników. Wybór najkorzystniejszej oferty dokonywany przez zamawiającego jest co do zasady poprzedzony etapem badania i oceny złożonych ofert. W ramach przetargu nieograniczonego badaniu w pierwszej kolejności podlega formalna strona oferty, kiedy to ustala się czy wykonawca nie podlega wykluczeniu, a także czy spełnia warunki udziału w postępowaniu. Badanie obejmuje też przesłanki badania oferty. Dopiero po jego dokonaniu, oferty podlegają merytorycznej ocenie poprzez przyznanie określonej ilości punktów pod kątem kryteriów ustanowionych przez zamawiającego. O złożoności procesu wyboru oferty świadczy wskazuje umieszczenie jej regulacji dotyczących poszczególnych etapów w jednym rozdziale ustawy P.Z.P. zatytułowanym „Wybór najkorzystniejszej oferty”. Oznacza to, że przyznanie punktacji z zastosowaniem kryteriów oceny z SIWZ prowadzące do ustalenia najkorzystniejszej oferty jest jego elementem. Nawet jeśli można nadać mu decydujące znaczenie to prowadziłyby to do nieuzasadnionego pominięcia i wykluczenia kontroli pozostałych etapów. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż nie powinno dojść do wyboru oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu, bądź którego oferta winna zostać odrzucona. Sąd Okręgowy podziela stanowisko wyrażone w skardze, że stanowisko Izby zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego postanowienia skupia się na rozdzielaniu czynności badania ofert, czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie uwzględniając przy tym zasady legalizmu prowadzenia postępowania o udzielenia zamówienia publicznego (art.7 ust 3 PZP). Przepis art.7 ust.3 PZP sankcjonuje zobowiązanie zamawiającego do udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu, zgodnie z przepisami ustawy i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający prawidłowe stosowanie przepisów ustawy a to jest, zdaniem Sądu Okręgowego, zasadniczy argument decydujący o dopuszczalności odwołań złożonych w toku postępowań przetargowych (w tym również przedmiotowego odwołania [REDAKTED] gdyby nie przeszkoda o której przeprowadzono rozprawę merytoryczną powyżej).

Na zamawiającym ciąży obowiązek ścisłego przestrzegania przepisów ustawy PZP albowiem większość z nich ma charakter *ius cogens*, których brak przestrzegania ma wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej. Tylko wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu i którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu mogą brać udział w procesie wyboru oferty najkorzystniejszej. Z uwagi na powyższe brak podstaw do podzielenia stanowiska Izby, że pojęcie „czynności wyboru najkorzystniejszej oferty” z art.180ust.2 poz. 6 PZP winno być odczytywane zgodnie z definicją legalną pojęcia „najkorzystniejsza oferta” z art.2 pkt 5 PZP.

Zdaniem Sądu Okręgowego w sprawie miała miejsce analiza i wykładnia zwrotu „wybór najkorzystniejszej oferty” podczas gdy art.2 pkt.5 PZP obejmuje jedynie definicję pojęcia „najkorzystniejsza oferta”. Znaczeniowo ten ostatni zwrot jest węższy nie obejmuje bowiem czynności wyboru. Gdyby ustawodawca miał na względzie wyłącznie zakres wskazany przez KIO użyłby zwrotów zawartych w art.91 ust.1 ustawy czyli „wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów ocen”. W takim przypadku uzasadnione byłoby odniesienie się wyłącznie do znaczenia z art.2 pkt.5 ustawy, gdy tymczasem terminem „wybór najkorzystniejszej oferty” zatytułowany jest cały rozdział ustawy PZP, zatem ustawodawca dopuszczając odwołanie poddał ocenie szerszy proces wyboru ze wszystkimi przesłankami koniecznymi do jego zaistnienia. Zdaniem Sądu Okręgowego celem zmian w art.180 ust.2 ustawy PZP była ochrona interesów wykonawców w postępowaniach z zakresu zamówień publicznych bez wartościowania przyczyn u których leżała sprzeczna z prawem decyzja o wyborze najkorzystniejszej oferty. Z uwagi na to, że postępowania podprogowe stanowią zasadniczą większość postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i jednocześnie zawierają nieznaczny odsetek postępowań w których są wnoszone odwołania dom Prezesa KIO okoliczności te wymagały interwencji ustawodawcy w kierunku dopuszczenia szerszej możliwości kwestionowania niezgodnych z PZP zachowań zamawiających w najczęściej prowadzonych w skali krajowej postępowaniach, co znalazło wyraz w treści art. 180 ust.2 pkt.5 i 6 ustawy PZP w brzmieniu obowiązującym do 28.07.2016 r

Powyższe rozważania uzasadniałyby, zdaniem Sądu przyjęcie, że w niniejszej sprawie odwołanie co do zasady byłoby dopuszczalne gdyby nie przeszkoda z art. 189 ust.2 pkt.5 ustawy PZP. Taki wniosek Sądu jest uprawniony w świetle wyników wykładni celowościowej (funkcjonalnej), które nakazywały przy interpretacji przepisów uwzględniać również cel ustawy, jak i wyników wykładni językowej. W sprawie doszłoby do naruszenia art. 189 ust. 2 pkt 6 p.z.p. w zw. z art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. poprzez niewłaściwe zastosowanie tych przepisów i w konsekwencji nie znajdującego ustawowego umocowania odrzucenia odwołania. Determinowałoby to koniecznością uwzględnienia skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i otwierałoby możliwość merytorycznego rozpoznania odwołania wniesionego przez [REDAKTOWANE] gdyby, jak to już zaznaczono wcześniej, nie przeszkoda z którą Sąd Okręgowy rozprawił się w części wstępnej swego uzasadnienia. Skutkiem powyższego nie mogło mieć miejsca wydanie wyroku będącego wynikiem zbadania sprawy co do istoty sprawy w trybie art. 198f ust. 2 p.z.p. i po myśli art. 192-195 ustawy.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy, na podstawie wyżej powołanych przepisów oddalił skargę Prezesa Urzędu zamówień Publicznych.. O kosztach postępowania Sąd Okręgowy orzekł zgodnie z wnioskiem zawartym w skardze Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, odstępując od obciążenia uczestników postępowania kosztami postępowania skargowego, zgodnie z dyspozycją art. 102 k.p.c. i art. 98 ust. 2 p.z.p. Stosownie do treści art. 189b ust. 4 zd. 3 p.z.p., do czynności podejmowanych przez ten organ stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o prokuratorze, m.in. art. 7 oraz art. 55-60 k.p.c. Prokurator w postępowaniu cywilnym korzysta z ustawowego zwolnienia w przedmiocie kosztów sądowych zgodnie z art. 96 ust. 1 pkt 6 u.k.s.s.c. Oznaczało to, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie ma obowiązku uiszczania w niniejszym postępowaniu opłat, a wydatki tymczasowo ponosi za niego Skarb Państwa. Obowiązek zwrotu kosztów sądowych nie powstaje również po jego stronie w sytuacji rozstrzygnięcia o takich kosztach w orzeczeniu kończącym postępowanie w danej instancji (art. 113 ust. 1 u.k.s.s.c.). Natomiast w odniesieniu do pozostałych kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, należy przyjąć, że znajduje zastosowanie art. 106 k.p.c. stanowiący, że udział prokuratora w sprawie nie uzasadnia zasądzenia zwrotu kosztów na rzecz Skarbu Państwa ani od Skarbu Państwa. Wniesienie skargi przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wynikało z dążenia do wyjaśnienia wątpliwości interpretacyjnych ustawy p.z.p. Skarżący nie działał w interesie lub na rzecz uczestników postępowania. W sprawie zachodził więc szczególny przypadek, o którym mowa w art. 102 k.p.c.



Na oryginalne właściwe podpisy  
zgodność z oryginałem świadczy

*Lup. Kald*  
Kierownik Sekretariatu