

Sygn. akt IX/Ga 35/17

Urząd Zamówień Publicznych

2017 -06- 23

W P Ł Y N E Ł O



00382923

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 maja 2017 roku

Sąd Okręgowy w Lublinie IX Wydział Gospodarczy
w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SO Beata Błotnik (spr.)

Sędziowie: SSO Elżbieta Jakubiec, SSO Sławomir Boratyński

Protokolant: Elżbieta Zentar

po rozpoznaniu w dniu 11 maja 2017 roku w Lublinie na rozprawie
sprawy z odwołania [REDACTED]

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego : [REDACTED]

[REDACTED]

przy udziale po stronie zamawiającego : [REDACTED]

[REDACTED] oraz [REDACTED]

[REDACTED]

o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi wniesionej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych
w Warszawie

od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2016 roku
sygn. akt KIO 2026/16

- I. zmienia zaskarżone postanowienie w ten sposób, że oddala odwołanie;
- II. odstępuje od obciążenia stron kosztami postępowania skargowego.

SSO Elżbieta Jakubiec



SSO Beata Błotnik

SSO Sławomir Boratyński

Na oryginale właściwe podpisy

Zgodność z oryginałem

stwierdza

Starszy Sekretarz Sądowy

[Signature]

Agnieszka Olszewska-Judin

Uzasadnienie

Zamawiający, Skarb Państwa [REDAKTOWANE], prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. [REDAKTOWANE].

[REDAKTOWANE], prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą [REDAKTOWANE] 24 października 2016r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie co do czynności i zaniechań zamawiającego, podjętych w tym postępowaniu, polegających na:

- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy [REDAKTOWANE] w zadaniu nr 1 i nr 2 oraz wyborze oferty tego wykonawcy w tych zadaniach jako najkorzystniejszej, pomimo, iż oferta nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ),
- zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy [REDAKTOWANE] w zadaniu nr 2.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty [REDAKTOWANE] - pomimo tego, iż treść złożonej oferty nie odpowiada treści SIWZ;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty [REDAKTOWANE] i oferty [REDAKTOWANE] - pomimo tego, iż treść złożonej oferty zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;
- 3) art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez opis przedmiotu w sposób niejednoznaczny i w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Odwołujący w oparciu o powyższe zarzuty wniósł o:

1. unieważnienie czynności badania i oceny ofert,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty złożonej przez [REDAKTOWANE] w zadaniu nr 1 i nr 2,
3. odrzucenia oferty złożonej przez [REDAKTOWANE] w zadaniu nr 2
4. dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, że 19 października 2016r. zamawiający przekazał wykonawcom zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. Z tego pisma wynika, że jako najkorzystniejsza w postępowaniu w zadaniu nr 1 i nr 2 wybrana została oferta spółki [REDAKTOWANE]. Zamawiający ocenił również i sklasyfikował oferty pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Odwołujący argumentował, że stosownie do przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 P.z.p. zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można

opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Czynność dokonania opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych przez zamawiającego w celu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Z tej przyczyny przepisy ustawy wyznaczają sposób dokonywania opisu przedmiotu zamówienia przez zamawiającego. "Podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane) i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny, z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Ustawa podaje także, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty". (Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Prawo zamówień publicznych, wyd. WoltersKluwers).

Co do oferty spółki [REDAKT] odwołujący wskazał, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający zgodnie z zapisami w zał. nr 5 i 6 żądał zaoferowania dostarczenia materiałów eksploatacyjnych polecanych przez producenta oferowanego sprzętu. Dostarczane materiały muszą być: wolne od wad fizycznych i prawnych; fabrycznie nowe, pełnowartościowe, nieregenerowane, nieprefabrykowane, wolne od wad technicznych, a także pochodzące z bieżącej produkcji i wytworzone seryjnie w cyklu produkcyjnym; oryginalnie zapakowane, oznakowane etykietą producenta i symbolem pozwalającym na identyfikację ich parametrów. Zamawiający wymagał w załącznikach 5A i 6A do wyliczenia kosztów eksploatacji, w których należało uwzględnić wszystkie materiały eksploatacyjne (dla jednego urządzenia). Odwołujący uważa, że oferta spółki [REDAKT] nie spełnia postawionych wymagań oraz zawiera błędy w wyliczeniu ceny lub kosztu. Wykonawca ten w swojej ofercie zaoferował:

1. w zad. 1 toner - zamiennik [REDAKT] o symbolu [REDAKT] (niezgodne z zapisami SIWZ i odpowiedziami udzielonymi przez zamawiającego w dniu 21 września 2016r.);
2. w zad. 2 toner - zamiennik [REDAKT] o symbolu [REDAKT] (niezgodne z zapisami SIWZ i odpowiedziami udzielonymi przez zamawiającego w dniu 21 września 2016r.);
3. w załącznikach 5A i 6A - tabela A, do wyliczenia kosztów eksploatacji, w których należało uwzględnić wszystkie materiały eksploatacyjne (dla jednego urządzenia), w przypadku tonera - toner o podwyższonej wydajności, a firma [REDAKT] wpisała tylko tonery, w dodatku w ilości ułamkowej (9,09), co nie jest realnym kosztem jaki miałby ponieść zamawiający, który by zagwarantować wydruk 100 000 stron, powinien zabezpieczyć 10 szt. tonerów, co powoduje wzrost kosztu jaki poniesie.

Wykonawca [REDAKT] pominął w kosztach eksploatacji następujące materiały eksploatacyjne: fuser - wydajności 90 000 str.; rolki poboru - 60 000 str.; rolka separująca - 60 000 str. Zaoferowany toner nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, nie zaspokaja oczekiwań i interesów Zamawiającego. Zdaniem odwołującego oferta [REDAKT] nie spełnia wymogu opisanego przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

W tabeli A zał. 5A i 6A Wykonawca [REDAKTOWANO] wpisuje części ułamkowe liczby sztuk materiałów eksploatacyjnych, które Zamawiający powinien zabezpieczyć w zakładanej średniej liczbie wydruków (100 000) w okresie gwarancji.

Po pierwsze, podana ilość sztuk jest nierealna do zrealizowania, gdyż żaden materiał nie występuje w części ułamkowej.

Po drugie, ilość sztuk 9,09 nie zabezpiecza wydrukowania żądanej ilości 100 000 wydruków. Toner o pojemności $11\,000 \times 9,09$ sztuk = 99 900 wydruków.

W załącznikach 5A - Tabela B T. wpisał śr. zużycie energii (kWh/tydzień) 1,0005 natomiast na stronie: <http://www.euenergystar.org/database/Show.php?type=printer&group=imaging&brands%5B%5D=Xerox> śr. zużycie energii (kWh/tydzień) wynosi 2,0 (...). W załącznikach 5A - Tabela B [REDAKTOWANO] wpisał śr. zużycie energii (kWh/tydzień) 1,25925 natomiast na stronie: <http://www.euenergystar.org/database/Show.php?type=mfd&group=imaging&brands%5B%5D=Xerox> śr. zużycie energii (kWh/tydzień) wynosi 2,4 (...)

W związku z powyższym zdaniem odwołującego oferta wykonawcy [REDAKTOWANO] podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 "Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji..." oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 "Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu".

W niniejszym postępowaniu zamawiający jednoznacznie sformułował treść oferty w zakresie stawianych wymagań, jasna jest również treść oferty w zakresie oferowanego tonera, potwierdzona treścią odpowiedzi na pytania wykonawców, opublikowanych 21 września 2016r.

Zdaniem odwołującego oferta [REDAKTOWANO] zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu na podstawie art. 89 ust. pkt 6 ustawy Pzp. Ten wykonawca przygotował ofertę w sposób nierzetelny, oferując powyższy toner w cenie netto [REDAKTOWANO] zł w przypadku, gdy wartość rynkowa tego produktu to [REDAKTOWANO] zł brutto [REDAKTOWANO]. Wykonawca oferuje zatem toner za 17% ceny rynkowej. Kryteria oceny, na podstawie których zamawiający przyznaje punkty, doprowadziły do tego, że ww. wykonawca prawdopodobnie przeniósł część kosztów związanych z zakupem tonerów w cenę urządzeń. Takie działanie miało na celu uzyskanie najlepszej pozycji punktowej i realizację zamówienia. Przygotowana w ten sposób oferta nie jest rzetelna i wprowadza zamawiającego w błąd. Zaoferowana przez wykonawcę cena tonera nie odzwierciedla rzeczywistego kosztu jaki miałby ponieść zamawiający, by zabezpieczyć materiały eksploatacyjne na 100 000 wydruków.

W oparciu o przytoczoną powyżej argumentację odwołujący opowiedział się za koniecznością uznania złożonej w postępowaniu oferty wykonawcy [REDAKTOWANO] za ofertę, której "treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3", co skutkuje koniecznością jej odrzucenia przez zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz ofertę, która zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu - art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z 8 listopada 2016r., wydanym po rozpoznaniu odwołania wniesionego 24 października 2016 r. przez [REDAKTOWANO], prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą [REDAKTOWANO] w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez [REDAKTOWANO]

[REDAKTOWANE], przy udziale: [REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE] oraz [REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE] zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, odrzuciła to odwołanie, obciążając kosztami postępowania odwołującego i zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł uiszczonej przez niego tytułem wpisu od odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie akt sprawy odwoławczej, w tym treść odwołania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przesłanej przez Zamawiającego, ustaliła, co następuje.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp, co jest pomiędzy stronami bezsporne. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych nr [REDAKTOWANE] w dniu [REDAKTOWANE]. Zarzuty odwołania dotyczyły zaniechania odrzucenia ofert [REDAKTOWANE] w częściach nr 1 i 2 zamówienia oraz [REDAKTOWANE] w części nr 2 zamówienia, i tylko z tego względu kwestionowano prawidłowość wyboru oferty [REDAKTOWANE] w częściach nr 1 i 2 zamówienia.

KIO stwierdziła, że żadnych konkretnych zarzutów względem postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w odwołaniu nie sformułowano, tj. nie podano, które postanowienia SIWZ i w jaki sposób miały być niezgodne z powołanymi przepisami. Wskazano natomiast tego typu zarzut w petitum odwołania oraz w uzasadnieniu odwołania poczyniono ogólne rozważania na temat wagi prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia dla prawidłowości całego postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy, zgodnie z którym 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. Wskazany przepis stanowi, 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) 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 Pzp, a rozpatrywane odwołanie nie dotyczy żadnego z typów czynności wymienionych w przepisie art. 180 ust. 2 Pzp.

KIO stwierdziła, że kluczowym zagadnieniem dla uzasadnienia takiego rozstrzygnięcia pozostaje wykładnia przepisu art. 180 ust. 2 Pzp w jego znowelizowanym brzmieniu nadanym ustawą z dnia 22 czerwca 2016r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016r. poz. 1020), w szczególności dodanego ww. nowelizacją punktu 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 wykluczenia wybranego wykonawcy lub odrzucenia jego oferty.

KIO wskazała, że 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 SIWZ. Nie dotyczy natomiast zaniechania odrzucenia oferty wybranej lub zaniechania wykluczenia składającego ją wykonawcy (por. postanowienia Izby: z 5 września 2016r., sygn. akt KIO 1599/16; z 15 września 2016r., sygn. akt KIO 1674/16; z 21 września 2016r., sygn. akt KIO 1696/16; z 29 września 2016r., sygn. akt KIO 1750/16).

W uzasadnieniu przyjętej wykładni KIO podniosła, że przepis art. 180 ust. 2 Pzp ustanawia 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 takim rozumieniem normy art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy i sformułowania czynność wyboru najkorzystniejszej oferty przemawia przede wszystkim wykładnia językowa tego przepisu. Zgodnie ze słownikowym znaczeniem, pojęcie wybór oznacza wybranie jednej z kilku możliwości - 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 według KIO literalne brzmienie przepisu dotyczy tylko możliwości kwestionowania wyboru *sensu stricto*, 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 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.

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

variantowych - 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.

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 przez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Można zatem stwierdzić, że właśnie z tego powodu w art. 180 ust. 2 Pzp dodano możliwość zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, która to czynność jest obciążona 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.

Możliwość 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 Pzp. Nie sposób 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 - w takim przypadku wybór najkorzystniejszej oferty byłby przede wszystkim 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. Odmienne 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, jakkolwiek brak czy pominiecie 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.

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 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.

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 zaniechanie wykluczenia wykonawcy, nie daje się obronić również z powodu konsekwencji praktycznych, co do których należy wykluczyć, aby były objęte zamiarem ustawodawcy. Przyjmując, że dopuszczalne jest kwestionowanie zaniechania 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, która wybrana nie została (przykładowo, została sklasyfikowana na drugim miejscu, za ofertą wybraną, a przed ofertą odwołującego - co zresztą ma miejsce w zadaniu nr 2 w przedmiotowym postępowaniu, i której 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 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 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 miałyby

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 rozszerzając 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 odrzucenia jego oferty, to również w przetargu dwustopniowym wybór najkorzystniejszej oferty może być zakwestionowany w czasie liczonym od jego dokonania z podniesieniem wszystkich okoliczności związanych z czynnościami uprzednio podjętymi w postępowaniu (za prawidłowy nie może przecież zostać uznany wybór oferty wykonawcy, który winien podlegać wykluczeniu). Trudno przyjąć, 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 zwrócenie 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 słusnością 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. Odmiernych 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 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).

Z uwagi na powyższe Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zarzuty podniesione w odwołaniu Piotra Sójki 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. Natomiast żadnych nadających się do rozpoznania zarzutów odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 5 ustawy, w treści odwołania nie sformułowano.

Ponadto odwołanie w tym zakresie i tak podległoby odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp - jako dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

O kosztach postępowania KIO orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).

Od przytoczonego powyżej postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej wniósł skargę Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (na podstawie art. 198b ust. 4 zd. 1 w zw. z art. 198a ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych - Dz. U. z 2015r., poz. 2164 ze zm. oraz art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp), zaskarżając je w całości i zarzucając naruszenie:

1. art. 180 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż pojęcie „wybór najkorzystniejszej oferty” oznacza wyłącznie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert, czego konsekwencją było uznanie, że w postępowaniach o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp od wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę, który winien być zostać wykluczony z udziału w postępowaniu lub którego oferta winna była zostać odrzucona odwołanie nie przysługuje, podczas gdy prawidłowa wykładnia ww. przepisów prowadzi do wniosku, iż zaskarżeniu odwołaniem w tych postępowaniach podlegają wszystkie zachowania zamawiającego w ramach badania i oceny ofert, prowadzące do wadliwego, niezgodnego z przepisami ustawy Pzp wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym również zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego zamawiający zobowiązany był wykluczyć, a także zaniechanie odrzucenia oferty, która winna była zostać przez niego odrzucona;

2. art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie w stanie faktycznym niniejszej sprawy i odrzucenie odwołania z powodu błędnego przyjęcia, iż odwołanie wniesione od czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę, który powinien być uprzednio wykluczony z udziału w postępowaniu, a złożona przez niego oferta winna była zostać przez zamawiającego odrzucona, dotyczy innych okoliczności niż określone w katalogu z art. 180 ust. 2 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 Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez merytoryczne rozpoznanie odwołania wykonawcy [REDAKTOWANO] prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą [REDAKTOWANO] a także o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 192 ust. 10 w zw. z art. 198f ust. 5 *in fine* Pzp i nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego (art. 102 k.p.c.).

W uzasadnieniu podstaw swojej legitymacji formalnej – procesowej do wniesienia skargi Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał art. 198b ust. 4 zd. 1 Pzp, zgodnie z którym w terminie 21 dni od dnia wydania orzeczenia skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej (art. 198a ust. 1 ustawy Pzp) może wnieść także Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Jednocześnie zgodnie z art. 154 pkt 13 Pzp Prezes Urzędu - jako

centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach zamówień publicznych (art. 152 ust. 1 ustawy Pzp) - dąży do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach, przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów oraz Trybunału Konstytucyjnego. Ustawa Pzp wyposaża Prezesa Urzędu w szczególne kompetencje w zakresie weryfikacji zgodności z prawem orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. W tym przedmiocie realizują się uprawnienia władcze Prezesa Urzędu jako organu administracji publicznej czuwającego nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień publicznych.

Stosownie do postanowienia art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego o prokuratorze. Tym samym Prezes Urzędu na skutek wniesienia skargi uzyskuje status strony postępowania sądowego, ale na wzór statusu prokuratora. Z powyższych względów do udziału Prezesa Urzędu w postępowaniu ze skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej znajdują odpowiednie zastosowanie przepisy art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. Dlatego też, wnosząc skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, Prezes Urzędu nie jest związany z żadną ze stron sporu. Prezes Urzędu może składać oświadczenia i zgłaszać wnioski, jakie uzna za celowe, oraz przytaczać fakty i dowody na ich potwierdzenie.

W świetle powyższego Prezes Urzędu, wnosząc skargę, nie działa w interesie żadnej ze stron sporu (zamawiającego, odwołującego czy uczestnika postępowania), ale w interesie publicznym związanym z prawidłowym funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych.

Odnosząc się do okoliczności faktycznych sprawy, Prezes Urzędu podał, że zaskarżonym postanowieniem Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła odwołanie wniesione przez wykonawcę [REDAKTOWANE] prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą [REDAKTOWANE] (zwanego dalej: „Odwołującym”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez [REDAKTOWANE] (zwaną dalej: „Zamawiającą”) w trybie przetargu nieograniczonego na [REDAKTOWANE]. Postępowanie to zostało wszczęte 19 września 2016r. i jest prowadzone w oparciu o przepisy ustawy Pzp zmienione ustawą z 22 czerwca 2016r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw [(Dz. U. z 2016r., poz. 1020), zwanej dalej „ustawą nowelizującą”]. W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający przewidywał prowadzenie postępowania zgodnie z uregulowaniem określonym w art. 24 aa Pzp, tj. w trybie tzw. „procedury odwróconej”.

Odwołanie zostało wniesione od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, polegających na: (1) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy [REDAKTOWANE] w zadaniu nr 1 i 2; (2) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy [REDAKTOWANE] w zadaniu nr 2; (3) wyborze oferty wykonawcy [REDAKTOWANE] jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 1 i 2, pomimo że treść złożonych przez tego wykonawcę nie odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

(1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE], pomimo że treść tej oferty nie odpowiadała treści SIWZ;

(2) art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy [REDAKCYJA] pomimo że treść tej oferty zawierała błędy w obliczeniu ceny lub kosztu; (3) art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Odwolujący wniósł o: (1) unieważnienie czynności badania i oceny ofert; (2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (3) odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę [REDAKCYJA]; (4) odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę [REDAKCYJA] w zadaniu nr 2; (4) dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Uzasadniając odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp Izba wskazała, że odwołanie dotyczy czynności nieobjętej katalogiem z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Wskazała, iż przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp jest przepisem ustanawiającym wyjątek od ogólnej zasady, według której w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne odwołanie nie przysługuje, dlatego pojęcie „wyboru najkorzystniejszej oferty” użyte w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp nie może być interpretowane rozszerzające i rozciągane na czynności, których ów przepis nie dotyczy. Wyjaśniła, iż z wykładni językowej art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp wynika, że wskazane pojęcie oznacza wyłącznie wybranie jednej najkorzystniejszej oferty spośród wielu i nie zgodziła się z interpretacją, iż na wybór najkorzystniejszej oferty składają się również czynności uprzednie, dotyczące kwalifikacji ofert czy wykonawców w celu prawidłowego ustalenia kręgu ofert, spośród których dokonywany jest wybór.

W ocenie Izby użyte w przepisie art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp pojęcie „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” umożliwia kwestionowanie wyłącznie uznania za najkorzystniejszą oferty, która nie jest w istocie najkorzystniejsza w świetle określonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert w rozumieniu art. 2 pkt 5 Pzp. Uznała, iż wybór oferty najkorzystniejszej należy rozumieć jako czynności zamawiającego polegające na zastosowaniu do oferty określonych w SIWZ kryteriów i ustalenie wyniku tej oceny w sposób skutkujący wyborem oferty. Dodała, że za wąską wykładnią art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp przemawia również zwiększenie znaczenia pozacenowych kryteriów oceny ofert w wyniku kolejnych nowelizacji przepisów ustawy Pzp.

Izba zwróciła uwagę, iż w kontekście redakcji przepisów art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty”, o której mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp nie może obejmować czynności wykluczenia z postępowania innych niż odwołujący wykonawców lub odrzucenia złożonych przez nich ofert. W jej ocenie rozszerzająca interpretacja art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp oraz użytego tam pojęcia wybór najkorzystniejszej oferty prowadzi do konstatacji o zbędności przepisu punktu 4 art. 180 ust. 2, gdyż w takim przypadku wybór najkorzystniejszej oferty byłby nieprawidłowy i możliwy do zakwestionowania wyłącznie na podstawie pkt 6, jeżeli niesłusznie odrzucona zostałaby oferta odwołującego.

Izba uznała również, iż gdyby zamiarem ustawodawcy nie było ograniczenie odwołań na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp wyłącznie do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty *sensu stricto*, zbędne byłoby określanie pozytywnego katalogu czynności podlegających zaskarżeniu w postępowaniach poniżej progów. Stwierdziła także, iż katalog przesłanek z art. 180 ust. 2 Pzp zawsze miał charakter pozytywny i obejmował zachowania zamawiającego o charakterze czynnym, a nie jego zaniechania. Jednocześnie Izba dokonała

analizy porównawczej treści art. 92 ust. 1 Pzp w brzmieniu sprzed i po nowelizacji ustawy Pzp dokonanej ustawą nowelizującą i zwróciła uwagę, że skoro obecnie zamawiający nie ma obowiązku jednoczesnego informowania wykonawców o czynnościach wyboru najkorzystniejszej oferty, ofertach odrzuconych i wykonawcach wykluczonych, to czynności te zostały przez ustawodawcę wyraźnie wyodrębnione. Przywołała również konsekwencje praktyczne wykładni dopuszczającej zaskarżanie zaniechanie odrzucenia oferty czy zaniechanie wykluczenia wykonawcy w ramach przesłanki z art. 180 ust. 2 pkt 6 Pz, podając przykład możliwości zaskarżania zaniechania odrzucenia oferty, która nie została przez zamawiającego wybrana i wynikające z tego zróżnicowanie ukształtowania systemu środków ochrony prawnej ze względu na usytuowania oferty wykonawcy na dalszej pozycji w postępowaniu. Uznała również, że szeroka wykładnia art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp w trybach z prekwalkifikacją doprowadziłaby do niedopuszczalności odwołania wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy w terminie liczonym zgodnie z art. 182 ust. 1 Pzp (tj. od przesłania informacji o wykonawcach zaproszonych do dalszego etapu postępowania). Według Izby dopuszczalność jego wniesienia dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej byłaby oderwana od określonych ustawą terminów na wniesienie odwołania, a także mogłoby doprowadzić do zniweczenia znacznej części postępowania i cofnięcia go po wyborze oferty na etap prekwalkifikacji.

W uzasadnieniu zarzutów skargi Prezes Urzędu uznał, iż stanowisko Izby wyrażone w zaskarżanym postanowieniu, w świetle którego przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp nie przyznaje ochrony prawnej wykonawcom kwestionującym prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy, który ją złożył oraz zaniechania odrzucenia oferty, jest całkowicie niezasadne.

Na mocy art. 1 pkt 159 ustawy nowelizującej poszerzony został katalog okoliczności umożliwiających wnoszenie przez wykonawców odwołań do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w tzw. postępowaniach podprogowych (tj. w postępowaniach, których wartość zamówienia jest niższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie delegacji ustawowej z art. 11 ust. 8 Pzp). Do dotychczasowego katalogu przesłanek, który obejmował: (1) wybór trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; (2) określenie warunków udziału w postępowaniu; (3) wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; (4) odrzucenie oferty odwołującego, zostały dodane dwie przesłanki: opis przedmiotu zamówienia oraz wybór najkorzystniejszej oferty (odpowiednio: art. 180 ust. 2 pkt 5 i 6 Pzp). Poszerzenie katalogu przesłanek wnoszenia odwołania w postępowaniach podprogowych stanowiło wyraz uwzględnienia postulatu przedsiębiorców w zakresie zwiększenia możliwości zaskarżania zachowań zamawiających w tych postępowaniach, w szczególności co do najważniejszej czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej. Postępowania podprogowe stanowią przeważającą część ogółu krajowych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i jednocześnie stanowią nieznaczny odsetek postępowań, w których są wnoszone odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Taki stan rzeczy wymagał interwencji ustawodawcy w kierunku dopuszczenia szerszej możliwości kwestionowania niezgodnych z ustawą Pzp zachowań zamawiających w najczęściej prowadzonych w skali krajowej postępowaniach, co znalazło odzwierciedlenie w treści art. 180 ust. 2 pkt 5 i 6 Pzp w brzmieniu obowiązującym od dnia 28 lipca 2016 r.

W zaskarżonym postanowieniu, mając na względzie pojęcie „wybór najkorzystniejszej oferty” użyte w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, Izba uznała, iż nowa przesłanka dopuszczalności odwołania służyć ma umożliwieniu kwestionowania wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która w istocie nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp. W jej ocenie pojęcie to determinuje, że w postępowaniach podprogowych wykonawcy mogą skarżyć odwołaniem tylko i wyłącznie wybór oferty dokonany przez zamawiającego niezgodnie z uprzednio przyjętymi przez niego kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Ta wykładnia 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 co do zasady poprzedzona jest etapem badania i oceny złożonych ofert.

W trybie przetargu nieograniczonego, zamawiający może skorzystać z dwóch rodzajów procedury badania i oceny ofert, prowadzących do wyboru oferty najkorzystniejszej: procedury zasadniczej albo procedury odwróconej, uregulowanej w art. 24 aa Pzp, której możliwość zastosowania wprowadziła do ustawy Pzp ustawa nowelizująca.

Zarówno w ramach procedury zasadniczej, jak i odwróconej, w związku z etapem badania i oceny ofert zamawiający najpierw bada oferty od strony formalnej, ustalając m.in. terminowość złożenia oferty, czy też prawidłowość zabezpieczenia oferty wadium, jeśli żądał jego wniesienia. Następnie, jeśli zamawiający stosuje procedurę zasadniczą, przechodzi do oceny podmiotowej warstwy oferty, w ramach której ustala czy wykonawcy nie podlegają wykluczeniu, a także czy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Wreszcie dokonuje oceny zaistnienia przesłanek odrzucenia ofert, a następnie ocenia oferty niepodlegające odrzuceniu przyznając im odpowiednią punktację w świetle ustanowionych przez siebie kryteriów oceny ofert.

Procedura odwrócona różni się od procedury zasadniczej kolejnością przeprowadzanych czynności w ramach etapu badania i oceny ofert, a także zakresem podmiotowym zastosowanych przez zamawiającego czynności. Stosując procedurę odwróconą zamawiający najpierw dokonuje oceny ofert, a następnie bada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. W ramach tej procedury, po dokonaniu formalnej weryfikacji poprawności złożonych ofert, zamawiający przechodzi do oceny ofert pod kątem wystąpienia przesłanek ich odrzucenia, a następnie ocenia oferty niepodlegające odrzuceniu przez pryzmat kryteriów oceny ofert i wyłania z nich ofertę ocenioną jako najkorzystniejszą i dopiero na tym etapie, lecz przed przekazaniem wykonawcom informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, dokonuje oceny podmiotowej (tj. oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i oceny braku podstaw do wykluczenia z postępowania) wykonawcy, którego oferta została oceniona najlepiej. Różnica między procedurą zasadniczą a procedurą odwróconą sprowadza się zatem do

tego, że w ramach tej drugiej zamawiający nie dokonuje oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia z postępowania wobec wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w danym postępowaniu. W przeciwieństwie do procedury zasadniczej, zamawiający dokonuje więc oceny podmiotowej pod kątem przesłanek wykluczenia z udziału w postępowaniu oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu wyłącznie wobec wykonawcy, którego ofertę ocenił najwyżej (por. art. 26 ust. 1 i 2 Pzp).

Niezależnie jednak od zastosowanej przez zamawiającego procedury, rezultatem jego wszystkich zabiegów na etapie badania i oceny ofert jest wybór najkorzystniejszej oferty. Wybór najkorzystniejszej oferty stanowi zatem zwięźczenie szeregu zachowań zamawiającego. Czynności dokonywane w tych ramach pozostają za sobą w ścisłym związku, a wynik kolejnych faz etapu badania i oceny ofert determinuje konieczność dokonania kolejnych, czy też przesądza o braku potrzeby ich dokonania. W sytuacji oceny, iż wykonawca podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, ofertę przez niego złożoną uznaje się za odrzuconą już po fazie analizy aspektów podmiotowych złożonej oferty (art. 24 ust. 4 Pzp). W procedurze zasadniczej dalszemu badaniu i ocenie ofert podlegają więc tylko oferty wykonawców niewykluczonych z udziału w postępowaniu. Przy zastosowaniu procedury odwrotnej, zamawiający dokonuje weryfikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta uplasowała się na najwyższej pozycji w rankingu ofert i dopiero po ustaleniu, iż nie podlega on wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, następuje wybór złożonej przez niego oferty. Jednocześnie, niezależnie od zastosowanej procedury, na zamawiającym spoczywa kategoriyczny obowiązek ustalenia, czy złożone oferty nie podlegają odrzuceniu, gdyż przepis art. 89 ust. 1 Pzp ma charakter normy *ius cogens*. Odrzucona oferta nie jest poddawana ocenie na podstawie ustalonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, gdyż nie przechodzi do kolejnej fazy - oceny ofert pod kątem ustalonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. Podobna sytuacja dotyczy zresztą badania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania w procedurze zasadniczej. Uznanie oferty za najkorzystniejszą w oparciu o kryteria oceny ofert opisane w SIWZ, do czego odwołuje się sama definicja pojęcia „oferty najkorzystniejszej” w art. 2 pkt 5 Pzp nie może, zgodnie z przepisami ustawy Pzp, odbyć się bez uwzględnienia pełnej czynności badania i oceny ofert, złożonych przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego (w procedurze zasadniczej), czy też przez tego, którego oferta została przez zamawiającego najwyżej oceniona (w procedurze odwrotnej).

Z powyższego wywodu wynika zatem, że 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 rozdzielenia 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 Pzp. Przedwne twierdzenie Izby w tym zakresie, niezawierające jakiegokolwiek uzasadnienia, nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W świetle art. 7 ust. 3 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, złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, a także którego oferta 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.

Dodatkowo Prezes Urzędu wskazał, iż postawiony przez odwołującego zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej z SIWZ ma szczególne znaczenie w kontekście zasady celowego i racjonalnego wydatkowania środków publicznych, wyrażonej w art. 44 pkt 3 ustawy z 27 sierpnia 2009r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r., póź. 885 ze zm.). Uniemożliwienie wykonawcom zaskarżania wyboru oferty, która w istocie nie była zgodna z treścią SIWZ i brak kontroli sprawowanej przez wyspecjalizowany w zakresie zamówień publicznych podmiot, jakim jest Krajowa Izba Odwoławcza, nad kluczowymi decyzjami zamawiającego w postępowaniach podprogowych w tym zakresie, może prowadzić do zawierania umów i uzyskiwania przez zamawiających świadczeń, które w rzeczywistości nie odpowiadają ich potrzebom wyrażonym w treści SIWZ. Z kolei pozbawienie wykonawców biorących udział w tych postępowaniach prawa do podważania wyboru oferty złożonej przez wykonawcę, który winien był zostać wykluczony może spowodować realizację zamówienia przez podmiot nierzetelny, niewiarygodny, co zupełnie przeczy celowi i istocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zaprezentowana przez Izbę wąska interpretacja przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 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 nie sposób podzielić stanowiska Izby, która z braku zmiany treści art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp w związku z ustawą nowelizującą wywodzi konieczność interpretacji art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp przez pryzmat definicji najkorzystniejszej oferty z art. 2 pkt 5 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. Czynności, o których mowa w art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp, są formalnie odrębnymi od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w przypadku, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp. Czym innym jest bowiem badanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy X podjęte w oparciu o obowiązujące przepisy ustawy Pzp, a więc z uwzględnieniem oceny braku podstaw do wykluczenia z postępowania takiego wykonawcy, czy braku przesłanek do odrzucenia jego oferty, a czym innym czynność odrzucenia oferty wykonawcy Y, czy wykluczenia go z postępowania. O dokonaniu tych czynności zamawiający ma obowiązek poinformować wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia odrębnie (art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp, art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp). Poinformowanie o dokonaniu tych czynności stanowi dopiero podstawę do ich zaskarżenia w trybie składanego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania. Słusznie zatem ustawodawca, wprowadzając do znowelizowanych przepisów ustawy Pzp nową czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, jako przesłankę do wnoszenia odwołań w postępowaniach podprogowych, pozostawił dotychczasowe zaskarżalne w tym trybie czynności: odrzucenie oferty odwołującego, wykluczenie odwołującego z postępowania. Ustawodawca zatem pozostawił wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego prawo do zaskarżania w postępowaniach podprogowych czynności, które wprost wpływają na ich sytuację w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, uniemożliwiając im uzyskanie zamówienia publicznego. Takimi czynnościami niewątpliwie są wykluczenie wykonawcy z postępowania, odrzucenie jego oferty, a w sytuacji gdy oferta wykonawcy pozostaje ważna (nie podlega odrzuceniu), a sam wykonawca nie podlega wykluczeniu, czynność wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy, który podlega wykluczeniu, albo którego oferta podlega odrzuceniu.

Ustawowy nakaz wyboru oferty „ważnej” (niepodlegającej odrzuceniu) wypływa z dwóch przepisów ustawy Pzp zlokalizowanych w jej rozdziale 4 zatytułowanym „Wybór najkorzystniejszej oferty”. Pierwszym z nich jest przepis art. 82 ust. 3, który stanowi, że treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z kolei drugi to przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 wprowadzający nałożony na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Ponieważ przepisy prawne należy interpretować, biorąc pod uwagę ich miejsce w systematyce aktu normatywnego (*argumentum a rubrica*), należy uznać, iż skoro w tym samym rozdziale ustawy Pzp, zatytułowanym zbieżnie z przesłanką wynikającą z art. 180 ust. 2 pkt 6, znalazły się ww. przepisy odnoszące się do badania oferty pod kątem odrzucenia, jak i przepisy odnoszące się do oceny ofert pod kątem kryteriów oceny określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 91 Pzp), to fazy te są ze sobą nierozzerwalnie powiązane i łącznie składają się na „wybór oferty najkorzystniejszej”. Z tego względu zawężenie pojęcia „wybór najkorzystniejszej oferty” tylko do oceny ofert pod kątem kryteriów ustalonych przez zamawiającego, nie znajduje oparcia również w systematyce ustawy Pzp. Z kolei kwestie podmiotowej kwalifikacji wykonawcy składającego ofertę i jego wykluczenia, o których wspomina Izba w uzasadnieniu orzeczenia, zostały zawarte w tym samym dziale II ustawy Pzp, co rozdział 4 zatytułowany „Wybór najkorzystniejszej oferty”. Wywody Izby dotyczące różnej rangi i wagi przepisów prawa w ramach ww. rozdziału w żaden sposób nie negują twierdzeń o kluczowej roli instytucji wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, jak i odrzucenia oferty w kontekście wyboru oferty najkorzystniejszej.

Błędne jest również zdaniem Prezesa Urzędu stanowisko Izby, iż przyjęcie możliwości zaskarżania zaniechania wykluczenia innego niż odwołujący wykonawcy i odrzucenia oferty złożonej przez innego wykonawcę w postępowaniach podprogowych prowadziłoby do niedozwolonej rozszerzającej wykładni wyjątku od zasady, że w tych postępowaniach odwołanie nie przysługuje. Wyjątkowy charakter uprawnienia do skorzystania ze środka ochrony prawnej w tych postępowaniach nie może automatycznie prowadzić do wybiórczej interpretacji przesłanek dopuszczalności składania odwołań. Tymczasem Izba, pomijając, że wybór najkorzystniejszej oferty obejmuje nie tylko etap oceny, ale i badania ofert, co wynika z wykładni systemowej ustawy Pzp, a także celu każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w istocie dokonała wybiórczej, a nie ścisłej interpretacji pojęcia użytego w art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp.

Izba orzekła również, że przesłanki z art. 180 ust. 2 Pzp dotyczą wyłącznie zachowań zamawiającego o charakterze czynnym, a nie jego zaniechań. Ten przepis dotyczy faktycznie czynności zamawiającego. Każde jednak odwołanie wnoszone wobec określonych czynności zamawiającego musi prowadzić do wykazania nieprawidłowości w działaniach zamawiającego, które stanowią o niezgodności z przepisami ustawy Pzp. W przypadku wniesienia odwołania co do każdej z czynności objętej treścią art. 180 ust. 2 Pzp odwołujący powinien wykazać konkretne zachowania zamawiającego, które są niezgodne z przepisami ustawy Pzp. Można zatem mówić w tym zakresie o określonym zachowaniu zamawiającego polegającym na niedochowaniu przepisów ustawy Pzp, w tym co do opisu przedmiotu zamówienia, jak i wyboru oferty najkorzystniejszej. W zakresie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający dopuszcza się naruszeń, gdy wybiera jako najkorzystniejszą ofertę, która powinna być odrzucona, a także gdy ocenia ofertę wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania.

Podobna sytuacja ma miejsce w przypadku opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający dopuszcza się określonego rodzaju zaniechania, w sytuacji gdy narusza art. 29 ust. 3a Pzp, nie wprowadzając w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, czy też art. 30 ust. 8 Pzp nie określając w opisie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane wymaganych cech materiału, produktu lub usługi, art. 30 ust. 9 Pzp nie określając w opisie przedmiotu zamówienia na dostawy lub usługi wymaganych cech produktu lub usługi. Nie ulega wątpliwości, że w ramach przesłanki opisu przedmiotu zamówienia z art. 180 ust. 2 pkt 5 Pzp w postępowaniach podprogowych wykonawcy będą mogli kwestionować opis przedmiotu zamówienia naruszający ww. wymagania ustawowe i korzystać w tym zakresie z przysługujących im środków ochrony prawnej. Podobnie zresztą jak w przypadku czynności wyboru oferty najkorzystniejszej podjętej w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp. Wbrew twierdzeniu Izby, każde pominięcie bezwzględnie obowiązujących norm ustawowych czy to w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, czy też warunków udziału w postępowaniu, jest zaniechaniem zamawiającego dopełnienia nałożonych na niego obowiązków ustawowych.

Również w przypadku przesłanki z art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp, z uwagi na kategoryczne brzmienie art. 89 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp, w ramach okoliczności „wyboru najkorzystniejszej oferty” odwołujący mogą podważać wybór najkorzystniejszej oferty wynikający z wadliwego dopuszczenia do oceny oferty, która powinna podlegać odrzuceniu, czy też z braku wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. W

przypadku przyjęcia zasadności wykładni przeciwniej, zgodnej z zapatrywaniem Izby, przepisy art. 89 ust. 1, art. 7 ust. 3, art. 29 ust. 3a, art. 30 ust. 8 i 9 Pzp nie miałyby żadnego znaczenia prawnego. Dlatego też wykładnia taka, jako niezgodna z zasadą wewnętrżnej spójności ustawy Pzp, nie może się ostać. Przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp musi być bowiem interpretowany łącznie z normami wynikającymi z art. 89 ust. 1 Pzp, a także z art. 7 ust. 3 Pzp, w taki sposób, aby żaden z tych przepisów nie został bez ważnego powodu pozbawiony doniosłość prawnej. Zaprezentowana przez Izbę w zaskarżanym postanowieniu wykładnia art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp, pozbawiająca znaczenia normy o charakterze bezwzględny wynikające z art. 89 ust. 1 Pzp oraz z art. 7 ust. 3 Pzp, regulującego jedną z zasad udzielania zamówień publicznych, jako nieprawidłowa, nie zasługuje na aprobatę.

Izba uzasadnia swe stanowisko w kwestii wykładni art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp, odwołując się również do treści art. 92 ust. 1 Pzp w brzmieniu po wejście w życie ustawy nowelizującej, wskazując, że trudno uznać, że pod pojęciem „*wybór najkorzystniejszej oferty*” mieści się zaniechanie czynności odrzucenia i zaniechanie czynności wykluczenia. Istotnie, przesłanka ta nie obejmuje możliwości zaskarżania zaniechania odrzucenia innych niż oferta najkorzystniejsza ofert lub wykluczenia innych wykonawców, niż ten, który został wybrany do wykonania zamówienia. Jednak w jej zakres wchodzi możliwość kwestionowania nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej, która to czynność została dokonana wskutek niezgodnych z przepisami ustawy Pzp działań lub zaniechań zamawiającego.

Ponadto, art. 92 ust. 1 Pzp w nowym brzmieniu ma przede wszystkim na celu wzmocnienie zasady transparentności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w trybach wieloetapowych, związanych z prekwalifikacją i z jego treści nie można wywieść zakazu równoczesnego informowania o kluczowych decyzjach zamawiającego w postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego. Przypisywanie nadmiernego znaczenia zmianie przepisu o charakterze informacyjnym i wywodzenie z tej zmiany ograniczenia dla uprawnienia do korzystania ze środków ochrony prawnej o fundamentalnym znaczeniu w systemie zamówień publicznych, jest zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nieproporcjonalne i nie może zasługiwać na uznanie. W nowym brzmieniu przepisu art. 92 ust. 1 Pzp ustawodawca zrezygnował wyłącznie z konieczności informowania w sposób jednoczesny o czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania, odrzuceniu ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego. Powyższe oznacza, że zamawiający może poinformować przykładowo o czynności odrzucenia oferty wcześniej, przed informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej, co oznacza jedynie, że termin na wniesienie odwołania na tę czynność (odrzućenia oferty), rozpoczynałby swój bieg wcześniej. Nie ma to żadnego znaczenia dla możliwości zaskarżenia w postępowaniach podprogowych również nieprawidłowo dokonanej przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. przykładowo oferty niezgodnej z treścią SIWZ czy też zawierającej błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Wskazywane przez Izbę wątpliwości praktyczne dotyczące zastosowania szerokiej interpretacji art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp, obejmującej również zaniechanie wykluczenia wykonawcy, do postępowań prowadzonych w trybach z prekwalifikacją, są nieuzasadnione. Dopuszczalność wnoszenia odwołań w tych trybach w oparciu o art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp jest możliwa po wyborze najkorzystniejszej oferty, która została wybrana przez zamawiającego niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, tj. w warunkach zaniechania

rzetelnej weryfikacji podmiotowej wykonawcy, który tę ofertę złożył. Z kolei dywagacje Izby dotyczące możliwości zastosowania art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp w odniesieniu do sytuacji zaniechania odrzucenia oferty sklasyfikowanej na drugiej pozycji, w oczywisty sposób nie podpadają pod tę przesłankę, skoro oferta taka nie została przez zamawiającego wybrana. Niezasadne jest bowiem odrywanie przez Izbę kwestii zaniechania odrzucenia oferty od jej wyboru jako najkorzystniejszej. Przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp znajdzie zastosowanie w okolicznościach wyboru przez zamawiającego oferty, która została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu lub która powinna być uprzednio przez zamawiającego odrzucona. Nie służy on natomiast kwestionowaniu przez odwołujących ofert niewybranych przez zamawiającego.

Za niezasadne uznał również Prezes Urzędu wątpliwości KIO w zakresie dopuszczenia kwestionowania zaniechania wykluczenia wykonawcy w ramach przesłanki z art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp w trybach z prekwalifikacją są zupełnie nieuzasadnione. Ustawodawca w żaden sposób nie ograniczył dostępu do środków ochrony prawnej w postępowaniach podprogowych w zależności od trybu w jakich postępowania te są przeprowadzone. Możliwość wnoszenia odwołań na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp w postępowaniach podprogowych jest jednolita i nie została powiązana ze złożonością i stopniem skomplikowania trybu postępowania wybranego przez zamawiającego. W trybach wieloetapowych w postępowaniach podprogowych wykonawcy mogą zatem zaskarżać wybór najkorzystniejszej oferty stawiając zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy, który tę ofertę złożył, powołując się na przesłankę z art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp.

Z kolei przywołane przez Izbę stanowisko Ministerstwa Rozwoju, w stosunku do wniesionej przez Ministerstwo Środowiska uwagi, prezentowane w toku prac legislacyjnych nad nowelizacją ustawy Pzp, odnosi się do zaniechań pozostających bez wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w żaden sposób nie zawęża zakresu zastosowania art. 180 ust. 2 pkt 5 i 6. W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego mamy bowiem do czynienia z różnymi czynnościami, jak również zaniechaniami zamawiającego dokonania czynności, do których obligują go przepisy ustawy Pzp. W postępowaniach podprogowych ustawodawca zdecydował się na ograniczenie możliwości wnoszenia odwołań, przyznając wykonawcom takie prawo jedynie wobec niektórych, najistotniejszych czynności zamawiającego. Poza zakresem zaskarżenia pozostają natomiast inne czynności, jak choćby czynność unieważnienia postępowania, a także szereg zaniechań zamawiającego, choćby przykładowo zaniechanie udostępnienia dokumentacji z postępowania

O udzielenie zamówienia publicznego, w tym co do nieuprawnionego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa określonych informacji zawartych w ofercie. Wskazywane zaniechania, zgodnie ze stanowiskiem Ministerstwa Rozwoju wyrażonym w toku procesu legislacyjnego, pozostają poza zakresem zaskarżania w postępowaniach podprogowych. Podnosząc wskazany argument Izba nie zwróciła uwagi na zasadnicze stwierdzenie Ministerstwa Rozwoju: *„Zmiana jest korzystna dla wykonawców”*. Zasadniczym celem zmiany katalogu przesłanek odwołania w postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych było zwiększenie ochrony prawnej wykonawców i w ten cel wpisuje się brzmienie art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, umożliwiające zaskarżanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, której wadliwość wynika z działań bądź zaniechań na etapie badania i oceny ofert. Czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zgodzie z

przepisami ustawy Pzp jest najistotniejszą czynnością w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dla wykonawców ubiegających się o dane zamówienie i jako taka powinna podlegać weryfikacji przez wykonawców w ramach środków ochrony prawnej.

Dostrzeżenia wymaga, że obowiązek uwzględnienia pozacenowych kryteriów oceny ofert przez zamawiających w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego został wprowadzony do przepisów ustawy Pzp w roku 2014, w wyniku ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014r., póź. 1232). Ostatnia ustawa nowelizująca z 2016r. jedynie doprecyzowała wówczas wprowadzone w życie regulacje, jednak obowiązek stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert i problemy z tego wynikające istnieją od 2014r. i nie powodują tak znacznego wzrostu odwołań.

Odnosząc się do argumentu Krajowej Izby Odwoławczej o jednolitym stanowisku Izby na tle wykładni art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp, skarżący wskazał, iż wszystkie pozostałe przywołane w orzeczeniu Izby postanowienia zostały zaskarżone przez Prezesa Urzędu w trybie art. 198b ust. 4 Pzp.

Zaprezentowana przez Izbę interpretacja przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp stoi w sprzeczności z zasadniczym celem ustawy Pzp, którym w świetle art. 7 ust. 3 ustawy Pzp jest wybór wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę niepodlegającą odrzuceniu i który nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Podkreślenia wymaga, iż przepisy ustawy Pzp muszą być interpretowane z uwzględnieniem wskazanego celu ustawy, a każdy przepis tej ustawy musi być tłumaczony tak, aby był jak najbardziej zdatnym środkiem osiągnięcia zamierzenia prawodawcy, którym było zapewnienie szerszego dostępu do systemu środków ochrony prawnej w postępowaniach podprogowych.

Konsekwencją naruszenia przez Izbę art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp poprzez błędną wykładnię jest naruszenie art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie w stanie faktycznym niniejszej sprawy i odrzucenie odwołania ze względu na uznanie, iż dotyczy ono innych niż wskazane w art. 180 ust. 2 Pzp czynności.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych daje podniósł, że w odwołaniu odwołujący zaskarżył wybór najkorzystniejszej oferty, mimo że złożona przez wykonawcę [REDAKTOWANA] była niezgodna z treścią SIWZ i zawierała błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Z treści odwołania wynika, że zarzuty zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ, a także z powodu błędu w obliczeniu ceny lub kosztu stanowiły uzasadnienie merytoryczne dla kwestionowania przez odwołującego wyboru oferty i miały na celu wykazanie wadliwości dokonanego przez zamawiającego wyboru. W kontekście art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp nie sposób odmówić odwołującemu prawa do zaskarżania wyboru oferty poprzez podważanie prawidłowości oceny i badania oferty, która niezgodnie z przepisami ustawy Pzp została uznana za najkorzystniejszą.

Ponadto warto wskazać, iż odrzucenie odwołania z powodu zaskarżenia wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej wynikającej z uprzedniego zaniechania zamawiającego odrzucenia tej oferty w postępowaniach podprogowych wywołuje znaczące konsekwencje praktyczne. Postępowania o wartości poniżej tzw. progów unijnych stanowią około 85% wszczynanych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, a więc stanowią zdecydowaną większość ogółu postępowań prowadzonych przez zamawiających w skali kraju. W tym kontekście, pozbawienie wykonawców, będących uczestnikami tych postępowań, prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej w zakresie wadliwego wyboru najkorzystniejszej czynności,

•

Stosownie do postanowienia art. 198b ust. 4 zd. 3 Pzp do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o prokuratorze. W myśl art. 106 k.p.c. udział prokuratora w sprawie nie uzasadnia zasądzenia zwrotu kosztów na rzecz Skarbu Państwa ani od Skarbu Państwa. Tym samym wniesienie skargi w niniejszej sprawie nie uzasadnia zasądzenia zwrotu kosztów postępowania sądowego od Prezesa Urzędu na rzecz przedwników skargi. Prezes Urzędu, wnosząc skargę w niniejszej sprawie korzysta ze szczególnej kompetencji wynikającej z przepisów prawa i nie działa ani na rzecz, ani w interesie żadnego z uczestników postępowania. Powyższe w ocenie Prezesa Urzędu uzasadnia stanowisko, że w sprawie wszczętej na skutek jego skargi wniesionej na podstawie art. 198b ust. 4 zd. 1 Pzp zachodzi szczególny przypadek, o którym mowa w art. 102 k.p.c., uzasadniający nieobciążanie strony przegrywającej kosztami sądowymi w postępowaniu skargowym. Przy czym z uwagi na fakt, iż rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą (art. 198f ust. 5 *in fine* Pzp) jest uzależnione od wyniku sprawy (uwzględnienia bądź oddalenia odwołania) uzasadnionym jest jednak rozstrzygnięcie przez Sąd o poniesionych przez strony kosztach postępowania odwoławczego.

1955

■ i o zasądzenie na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu zamawiający poinformował, że zawarł umowy zgodnie z obowiązującymi przepisami art. 183 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z poz. zm.) tj. nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Postanowienie kończące postępowanie odwoławcze zostało ogłoszone 8 listopada 2016r. I umowy nr 200/U/2016 na zadanie nr 1 i nr 201/U/2016 na zadanie nr 2 zostały zawarte w dniu 16.11.2016r. z wykonawcą ■ i w całości zostały zrealizowane.

Zamawiający podziela stanowisko KIO wyrażone w zaskarżonym postanowieniu z dnia 8 listopada 2016r. sygn. akt KIO 2026/16. Odrzucenie odwołania było prawidłowe i w pełni uzasadnione, jednakże zamawiający z ostrożności procesowej przedstawił następujące stanowisko co do zarzutów odwołania.

W dniu 24 października 2016 r, działając na podstawie art 180 ust. 2 pkt 6 Pzp, ■ prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ■, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem czynności i zaniechań zamawiającego podjętych w ww. postępowaniu, polegających na:

1. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy ■ (dalej jako ■) w zadaniu nr 1 i nr 2 oraz wyborze oferty tego wykonawcy w tych zadaniach jako najkorzystniejszej, pomimo, iż oferta nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ),

2. zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy ■ (dalej jako ■) w zadaniu nr 2

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art 89 ust 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ■ – pomimo tego, iż treść złożonej oferty nie odpowiada treści SIWZ;
2. art. 89 ust 1 pkt 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ■ i oferty ■ - pomimo tego, iż treść złożonej oferty zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;
3. art 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez opis przedmiotu w sposób niejednoznaczny i w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję

Odwołujący wniósł o

1. unieważnienie czynności badania i oceny ofert,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty złożonej przez ■ w zadaniu nr 1 i nr 2,
3. odrzucenia oferty złożonej przez ■ w zadaniu nr 2

Odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ■ na zadanie nr 1 i nr 2 pomimo, że oferta nie odpowiada treści SIWZ. Zarzut jest niezasadny. Zamawiający nie wskazał nazw własnych urządzeń, materiałów eksploatacyjnych, nie użył też zapisu, że mają to być materiały oryginalne produkowane przez producenta urządzenia. W załączniku nr 5 i 6 do SIWZ pod tabelą materiały eksploatacyjne jest natomiast zapis o treści: (...) Wykonawca dostarczy tonery o wysokiej wydajności polecane przez producenta oferowanego sprzętu (...).

Wykonawca nie zadał zamawiającemu zasadniczego zapytania co należy rozumieć pod pojęciem polecany. Zamawiający wywodzi znaczenie tego słowa na podstawie słownika języka polskiego: słowo polecany nie jest synonimem słowa oryginalny. Zgodnie ze słownikiem języka polskiego synonimem słowa polecany jest zalecany, preferowany, pożądany, korzystny. Ponadto odwołujący stawia zarzuty wobec oferty [REDAKOWANE] odnośnie tabeli -załącznika 5A i 6A, że wykonawca podaje części ułamkowe przy wyliczaniu kosztów eksploatacji. Wypełnienie tabeli 5A i 6A to tylko działania matematyczne wynikające z zasad dzielenia, mnożenia i dodawania. Odwołujący przy wyliczeniach w tych tabelach popełnił oczywiste omyłki rachunkowe i zostały one poprawione przez zamawiającego w ten sam sposób, jak dokonał wyliczeń wykonawca [REDAKOWANE]. Ponadto odwołujący wyraził zgodę na poprawienie - dowód pismo Łdz. ZP- 2253/16, a neguje ten sam sposób wyliczeń u [REDAKOWANE]. Niezasadny jest zarzut odwołującego dotyczący średniego zużycia energii jaki wykonawca wpisał w załączniku 5A - zamawiający nie żądał wydruków i nie może dokonywać oceny na podstawie innych dokumentów, jak tylko te, które zostały określone w SIWZ.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy [REDAKOWANE] która uplasowała się w rankingu ofert na 2 miejscu na zadanie nr 1 i na 3 pozycji na zadanie nr 2. Również ten zarzut jest niezasadny. Zamawiający przewidział w przedmiotowym postępowaniu zastosowanie procedury odwróconej, uregulowanej w art. 24aa Pzp, według treści którego zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu. Powyższy przepis stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego art. 56 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE, w świetle którego w procedurach otwartych instytucje zamawiające mogą podjąć decyzję o rozpatrzeniu ofert przed sprawdzeniem, że nie ma podstaw wykluczenia, i przed weryfikacją spełnienia kryteriów kwalifikacji.

Procedura ta polega zatem na tym, że zamawiający w toku czynności oceny ofert nie dokonuje podmiotowej oceny wszystkich wykonawców (ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia), nie badając nawet wszystkich wstępnych oświadczeń wykonawców. W pierwszej kolejności dokonuje on oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 Pzp) oraz kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ, po czym dopiero wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza (uplasowała się na najwyższej pozycji rankingowej), dokonuje oceny podmiotowej wykonawcy, tj. bada oświadczenie wstępne, a następnie żąda przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 Pzp.

Odwołujący postawił zarzuty dotyczące błędów w obliczeniu ceny. Wykonawca [REDAKOWANE] został wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących istotnych części składowych ceny całkowitej w ramach zadania nr 1 a mianowicie zaoferowana cena dla poz. Nr 2 w tabeli nr 1 tj. dla tonera [REDAKOWANE] wydała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziła wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego a także istotnych części składowych ceny całkowitej w ramach zadania nr 2 a mianowicie zaoferowana cena dla poz. Nr 2 w tabeli nr 1 tj. dla tonera [REDAKOWANE] wydała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu

zamówienia i budziła wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Wykonawca złożył wyjaśnienia i do wyjaśnień złożył dowody pismo [REDAKTOWANE] że firma [REDAKTOWANE] na potrzeby przygotowania oferty do przedmiotowego postępowania otrzymała ceny specjalne na całość oferowanego asortymentu produkowanego przez [REDAKTOWANE].

Ponadto należy podkreślić, że zarówno wykonawca [REDAKTOWANE] i [REDAKTOWANE] w przedmiotowym postępowaniu musieli wypełnić w formularzu ofertowym tabelę nr I- zarówno [REDAKTOWANE] i [REDAKTOWANE] w sposób prawidłowy dokonali wycień, tj. zgodnie z pkt 13 SIWZ.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 co do opisu przedmiotu zamówienia, zamawiający stwierdził, że zarzut jest spóźniony. Odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Ponadto przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Potwierdzeniem braku utrudniania uczciwej konkurencji jest złożenie przez wykonawców urządzeń i materiałów eksploatacyjnych 5-ciu różnych producentów.

Sąd Okręgowy zważył co następuje.

Skarga jest zasadna, przy czym jej uwzględnienie prowadziło do zmiany zaskarżonego postanowienia i oddaleniem skargi.

Przy niekwestionowanej w sprawie okoliczności, iż skarżącemu Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych przysługuje legitymacja do występowania w charakterze strony w sprawie niniejszej, a wniesiona przez niego - w terminie - skarga jest dopuszczalna, w pierwszej kolejności rozważaniu podlegała kwestia czy odwołującemu [REDAKTOWANE] przysługuje odwołanie.

Zgodnie z przepisem art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp, w brzmieniu ustalonym nowelizacją z 22 czerwca 2016r. (Dz. U. z 2016r., poz. 1020), Izba odrzuca odwołanie, jeżeli w postępowaniu o wartość zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 Pzp. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 1. Pzp, w brzmieniu obowiązującym od 7 lipca 2016r., odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Według treści ust. 2, 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.

Zakres regulacji tego przepisu nie był dotychczas przedmiotem wypowiedzi doktryny i jego interpretacji dokonywały sądy powszechne rozstrzygające skargi od orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, która w nich poszukiwała podstawy odrzucenia odwołania.

W zaskarżonym postanowieniu wskazano na zawężającą interpretację pojęcia „czynności” wyboru najkorzystniejszej oferty jako podstawy i przesłanki dopuszczalności złożenia odwołania. Podkreślano, że w istocie przedmiotem skargi jest zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna być odrzucona. Na to zaniechanie zaś skarga zdaniem KIO nie przysługuje.

Sąd Okręgowy przyznał rację skarżącemu w ramach pierwszej podstawy skargi, że w zaskarżonym postanowieniu doszło do naruszenia art. 180 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż pojęcie „wybór najkorzystniejszej oferty” oznacza wyłącznie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert, czego konsekwencją było uznanie, że w postępowaniach o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp od wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę, który winien być zostać wykluczony z udziału w postępowaniu lub którego oferta winna była zostać odrzucona odwołanie nie przysługuje.

Jak wynika z motywów ustawy i jak słusznie wskazywał w skardze Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, kwestionowany przepis dodano, aby w tzw. postępowaniach podprogowych istniały podstawy do odwołania się i kontroli od najbardziej istotnych decyzji w toku postępowania o zamówienie publiczne.

Podstawą odwołania [REDAKTURA] jest zarzut zaniechania odrzucenia oferty uznanej przez zamawiającego za najkorzystniejszą. Odwołujący skarży czynność zamawiającego polegającą na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy [REDAKTURA] w zadaniu nr 1 i nr 2 oraz wyborze oferty tego wykonawcy w tych zadaniach jako najkorzystniejszej, pomimo, iż oferta nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz czynność zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy [REDAKTURA] w zadaniu nr 2 - pomimo tego, iż treść złożonej oferty zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Jest oczywiste, że czynność zamówienia najkorzystniejszej oferty, która winna być odrzucona, narusza interes odwołującego. Pojęcie czynności (szerzej czynów) w prawie oznacza zarówno działanie, jak i zaniechanie działania, wbrew wywodom KIO. Czynność wyboru najkorzystniejszej oferty jest bowiem zwięźczeniem wielu kolejnych czynności i działań lub zaniechań i to ta końcowa czynność w łańcuchu decyzyjnym podlega odwołaniu. W świetle wykładni celowościowej nie ma przy tym znaczenia, jaki w ciągu tych czynności element procesu decyzyjnego wcześniej był wadliwy – jak to zawężająco w świetle wykładni językowej zdaje się sugerować uzasadnienie rozstrzygnięcia KIO. Przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp w żaden sposób nie wartościuje i nie uzależnia dopuszczalności odwołania od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty – od zaistnienia określonych przyczyn leżących u podstaw zarzucanej jako wadliwa i niezgodna z prawem decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Zarówno wykładnia językowa, jak i celowościowa analizowanego przepisu nie daje podstaw do wartościowania i oceny podstaw do wyboru oferty najkorzystniejszej. Może u podstaw takiej decyzji leżeć każde zdarzenie niezgodne z prawem, a odwołanie takie jest dopuszczalne.

Nie ma też znaczenia, że przepis art. 180 ust. 2 Pzp jest wyjątkiem od zasady i że w związku z tym jeszcze dodatkowo należy zawęzić pojęcie przesłanki zaskarżenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty – uzależniając dopuszczalność odwołania tylko od określonych przyczyn tego wadliwego wyboru, czego nie można uzasadnić w żaden sposób w świetle wykładni językowej analizowanego przepisu. Zawęzałoby to znacząco kognicję organu odwoławczego, pozbawiłoby ochrony prawnej i kontroli przez uczestników przetargu. Przeprowadzona interpretacja przez KIO spornego przepisu wymagałaby zgodnie z dyrektywami wykładni językowej, określenia wprost dodatkowych przesłanek przyczyn wyboru najkorzystniejszej oferty, których wystąpienie albo brak wystąpienia warunkuje dopuszczalność kontroli wyboru najkorzystniejszej oferty. Taki wniosek w świetle dyrektyw wykładni językowej byłby wadliwy. Odwołanie – co bezsporne – dotyczyło naruszającej interes odwołującego (vide treść odwołania) decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Natomiast sposób interpretacji zaprezentowanej przez KIO, zakłada dodanie w przepisie językowo pewnych przesłanek, zawężających zakres dopuszczalności odwołania, a które w analizowanym przepisie nie występują – to jest wprowadzenie pozatekstowego kryterium „niedokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ”. Jest to wprowadzenie nowych nieistniejących przesłanek ustawowych, prowadzących do znacznego zawężenia podstaw do odwołania w postępowaniach podprogowych, co skutkowało by odrzuceniem odwołania i brakiem możliwości kontroli decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Jak słusznie wskazano w skardze, celem ustawodawcy było rozszerzenie podstaw do składania odwołań w tzw. postępowaniach podprogowych. Wartościowanie przyczyn, u podstaw których leży sprzeczna z prawem decyzja o wyborze najkorzystniejszej oferty, leży w sprzeczności z celem ustawodawcy i nowelizacją. Nie można wybrać najkorzystniejszej oferty, który podlega wykluczeniu w świetle przepisów prawa i wyłączyć możliwość odwołania na podstawie takiej przyczyny. Wyniki wykładni proponowanej wykładni wykluczałaby dopuszczalność odwołań w wielu przypadkach wadliwego i niezgodnego z prawem wyboru oferty najkorzystniejszej.

Taki kierunek wykładni nie tylko pozbawiłby ochrony prawnej. Wykluczałby funkcje Pzp i normatywny charakter sankcji zaniechania wykluczenia. Pomimo istnienia podstaw do tego, brak wykluczenia oferenta mógłby prowadzić do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej i taka czynność nie podlegałaby możliwości zaskarżenia w ramach odwołania – a więc w istocie funkcjonowałaby w obrocie gospodarczym jako w pełni skuteczna. Zamysłem ustawodawcy wprowadzenie zmiany miało chronić interes wykonawcy i poszerzyć katalog przypadków, kiedy można złożyć odwołanie. Kierunek wykładni reprezentowany w zaskarżonym postanowieniu byłby więc także sprzeczny z wykładnią celowościową analizowanych przepisów.

W konkluzji należy uznać, że dokonując wykładni art. 180 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp, zgodnie z którą zaskarżeniu odwołaniem w postępowaniach przed KIO podlegają wszystkie zachowania zamawiającego w ramach badania i oceny ofert prowadzące do wadliwego, niezgodnego z przepisami prawa -ustawy Pzp wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym również zaniechanie wykluczenia

wykonawcy, którego zamawiający zobowiązany był wykluczyć, a także zaniechania odrzucenia oferty, która winna była zostać przez niego odrzucona.

Oznacza to dopuszczalność odwołania i potwierdza – co do zasady – naruszenie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp prowadzące do niewłaściwego jego zastosowania i bezpodstawnego odrzucenia odwołania, co implikuje konieczność zmiany zaskarżonego postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej i otwiera możliwość merytorycznego rozpoznania odwołania w wyniku złożenia skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Oceniając natomiast zasadność odwołania Piotra Sójki Sąd Okręgowy uznał, że nie jest ono skuteczne.

Zarzucając zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy [redacted] odwołujący wskazał, że oferta ta nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający nie wskazał jednak konkretnych nazw własnych urządzeń, materiałów eksploatacyjnych, jak też nie ustanowił wymagania aby miały to być materiały oryginalne, produkowane przez konkretnych producentów, pod określoną marką. Jak słusznie wskazał w odpowiedzi na skargę zamawiający, w załączniku nr 5 i 6 do SIWZ umieszczone zostało jedynie postanowienie, że wykonawca dostarczy tonery o wysokiej wydajności polecane przez producenta oferowanego sprzętu. Wykonawca nie wystąpił do zamawiającego o sprecyzowanie powyższego określenia „polecany”, które nie jest tożsame z „oryginalny”.

Wskazywane przez odwołującego części ułamkowe przy wyliczaniu kosztów eksploatacji (on też popełnił błędy w swoich wyliczeniach) zostały przez zamawiającego poprawione w ten sam sposób, jak wykonał to wykonawca – [redacted]. Jak słusznie zauważa zamawiający w odpowiedzi na skargę, odwołujący wyraził zgodę na taką poprawkę (por. pismo nr L.Dz. ZP-2253/16), negując jednocześnie takim sam sposobem wyliczeń u spółki [redacted].

W zakresie zarzutu odwołującego co do zaniechania odrzucenia oferty spółki jawnej [redacted] zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 24 aa Pzp przewidział w tym postępowaniu zastosowanie procedury odwróconej. Co do zarzutu dotyczącego błędów w obliczeniu ceny wykonawca – spółka [redacted] została wezwana przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących istotnych części składowych ceny całkowitej. W ramach zadania nr 1 (zaferowana cena dla poz. 2 w tabeli nr 1 oraz zadania nr 2 – w tabeli nr 1 dla tonera [redacted]) wydała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziła wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Wykonawca do złożonych wyjaśnień załączył pismo [redacted] informujące, że firma [redacted] na potrzeby przygotowania oferty do niniejszego postępowania otrzymała ceny specjalne na całość oferowanego asortymentu produkowanego przez [redacted].

W zakresie zarzutu opisu przedmiotu zamówienia – co do zasady zamawiający dopuszcza się określonego zaniechania w sytuacji, gdy narusza art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp, ale w niniejszej sprawie odwołujący nie wykazał, aby zamawiający dopuścił się takiego naruszenia. Przedmiot zamówienia jest bowiem dostatecznie określony oraz zrozumiały, a odwołujący się nie wskazał na czym konkretnie miało polegać zarzucane w odwołaniu naruszenie skutkujące dokonaniem wyboru nie najkorzystniejszej oferty, która zdaniem odwołującego powinna zostać odrzucona.

Powyższe okoliczności nie pozwalały Sądowi Okręgowemu na uznanie odwołania [redacted] za zasadne i skutkowało jego oddaleniem, stosownie do art. 386 § 1 k.p.c. w zw. z art. 198 lit. f ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania skargowego Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 102 k.p.c., zgodnie z wnioskiem skarżącego. Na podstawie tego przepisu Sąd odstąpił od obciążenia stron, w tym zamawiającego i odwołującego kosztami postępowania wywołanego skargą, biorąc pod uwagę, że została ona wniesiona samodzielnie przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w interesie publicznym. Z tych powodów orzeczono jak w punkcie II wyroku.

Elżbieta Jakubiec



Sławomir Boratyński

Na oryginale właściwe podpisy
Zgodność z oryginałem
stwierdza

Starszy Sekretarz Sądowy
Sekretarz
Agnieszka Olszewska-Judin