

Sygn. akt KIO 2445/16

**POSTANOWIENIE
z dnia 5 stycznia 2017 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Ewa Kisiel
Marek Koleśnikow**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 4 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2016 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Inżynieryjnych Robót Kolejowych „TOR-KRAK” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę - Miasto Elbląg

przy udziale wykonawcy ZUE S.A. w Krakowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Inżynieryjnych Robót Kolejowych „TOR-KRAK” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjnych Robót Kolejowych „TOR-KRAK” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Elblągu.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Medyczny w Poznaniu w Poznaniu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest wykonanie budowy skrzydła budynku naukowo-dydaktycznego Kolegium Zembala przy ul. Dąbrowskiego 159 w Poznaniu. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 8 września 2016 r. pod numerem 306293. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie wniósł odwołanie 14 listopada 2016 r. Wykonawca zachował termin ustawowy. Pięćdniowy termin przewidziany na wniesienie odwołania w art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp został zachowany. Zgodnie bowiem z art. 185 ust. 8 Pzp jeżeli termin do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy. Przepis ten znajduje zastosowanie do liczenia biegu terminu na wniesienie odwołania. Odwołujący zachował również obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący stwierdził, że wnosi odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez SKANSKA S.A. w Warszawie oraz zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, polegającej na nie odrzuceniu oferty złożonej przez SKANSKA S.A. Zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 3 Pzp polegające na zaniechaniu czynności odrzucenia niezgodnej z ustawą oferty złożonej przez SKANSKA S.A.;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp oraz art. 7 ust. 3 Pzp polegające na zaniechaniu czynności odrzucenia niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oferty złożonej przez SKANSKA S.A.
- art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 3 Pzp przez dokonanie wyboru oferty, która nie mogła być uznana za ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu, albowiem podlega ona odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez SKANSKA S.A. jako oferty najkorzystniejszej, dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert oraz ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, a w jej następstwie odrzucenie oferty złożonej przez SKANSKA S.A. oraz dokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Żądał ponadto zasądzenia od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie przedstawiony na rozprawie przed Izbą oraz przeprowadzenia dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu zarzutów odwołujący polemizował z wyjaśnieniami SKANSKA S.A., że centrale wentylacyjne oferowane przez tego wykonawcę stanowią rozwiązanie równoważne opisanemu oraz że wskazanie w ofercie innego typu paneli (Fundermax), niż wymagał zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (laminat Formica Compact) było następstwem omyłki. Zarzucił, że wbrew stanowisku SKANSKA S.A., które zamawiający uznał, omyłka ta nie stanowi innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, lecz jest celowym działaniem SKANSKA S.A. Wykonawca ten dopuścił się niedozwolonej zmiany treści oferty, której prawidłowa ocena powinna wieść do przekonania, że nie jest ona w tym zakresie zgodna z wymogami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zdaniem odwołującego uchybienia popełnione przez SKANSKA S.A. skutkować powinny odrzuceniem oferty, czego zamawiający bezprawnie zaniechał.

Wykonawca SKANSKA S.A. w Warszawie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba rozpoznała odwołanie na podstawie stanu prawnego obowiązującego po wejściu w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). Stosownie bowiem do art. 16 ust. 1 tej ustawy nowelizującej do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe. Wejście w życie ustawy nowelizującej nastąpiło 28 lipca 2016 r., natomiast postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte 8 września 2016 r.

Na podstawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia oraz pisma zamawiającego z 17 listopada 2016 r. Izba ustaliła, że wartość zamówienia wynosi 10.601.447 zł (2.539.329 euro) i jest niższa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, która dla robót budowlanych wynosi 5.225.000 euro.

Badanie przesłanek odrzucenia jest obligatoryjną czynnością Izby.

Art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp nakazuje Izbie odrzucenie odwołania, jeśli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 Pzp. Art. 180 ust. 2 Pzp stanowi z kolei, że jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

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

Skoro wartość zamówienia powoduje, że odwołanie może być wniesione jedynie wobec czynności reglamentowanych przez art. 180 ust. 2 Pzp Izba musiała zbadać, czy odwołanie dotyczy czynności wymienionych w tym przepisie.

Analiza zarzutów odwołania doprowadziła Izbę do odpowiedzi negatywnej a tym samym do ustalenia, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp. Uwzględniając wykładnię art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp oraz dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej również skład orzekający w tej sprawie uznał, że odwołanie nie dotyczy żadnej z czynności, wymienionych w art. 180 ust. 2 Pzp.

Pomimo tego, że odwołujący jako kwestionowaną czynność zamawiającego wskazuje czynność wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez SKANSKA S.A. oraz zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, to wskazywane w uzasadnieniu odwołania okoliczności faktyczne i prawne nie dotyczą czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołujący nie wskazuje na wadliwą ocenę tej oferty w przyjętych przez zamawiającego kryteriach oceny ofert ani nie podnosi zarzutów do sposobu procedowania zamawiającego przy dokonywaniu tej oceny (praca komisji przetargowej). Zasadniczym zarzutem rozpatrywanego odwołania jest zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp tj. zarzut zaniechania odrzucenia oferty SKANSKA S.A. pomimo jej niezgodności z ustawą oraz treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez zmianę treści oferty w zakresie oferowanych paneli oraz braku równoważności oferowanej centrali wentylacyjnej.

Prima facie wskazane zasadnicze zarzuty odwołania niewątpliwie nie odwołują się do żadnej z czynności, wymienionych w art. 180 ust. 2 pkt 1-5 Pzp, należało zatem ocenić, czy można

dokonać subsumcji okoliczności faktycznych i prawnych sporu pod normę pkt 6, czyli „wyboru oferty najkorzystniejszej”.

Ponieważ pojęcie „wyboru oferty najkorzystniejszej” nie posiada definicji legalnej Izba zobligowana była dokonać jego wykładni.

Izba zważyła, że w przepisach dotyczących odwołań ustawodawca wyraźnie rozróżnia kategorię „czynności” od kategorii „zaniechań czynności”. Zgodnie bowiem z art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności lub zaniechania czynności. Art. 180 ust. 2 Pzp ma charakter wyjątku od zasady, że odwołanie w postępowaniach o niższej wartości nie przysługuje (arg. a contrario), podlega więc wykładni ścisłej, gdyż wyjątki nie powinny być wykładane rozszerzająco.

Izba wyraża więc pogląd, że art. 180 ust. 2 Pzp zezwala na wniesienie odwołania w postępowaniu, gdzie wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp wyłącznie od wymienionych w nim „czynności”, nie zaś od „zaniechań czynności”. Skoro bowiem art. 180 ust. 1 Pzp wymienia czynności i zaniechania czynności, jako dwie niezależne od siebie podstawy wniesienia odwołań, to w pojęciu „zaniechania” nie mieszczą się „czynności zamawiającego”. W obowiązującym stanie prawnym z zestawienia art. 180 ust. 1 i 180 ust. 2 Pzp należy wnioskować zatem, że odwołanie poniżej progów unijnych nie przysługuje wobec zaniechań zamawiającego, a jedynie wobec czynności, enumeratywnie wymienionych w art. 180 ust. 2 Pzp.

Ustawodawca zakres znaczenia pojęcia „wybór oferty najkorzystniejszej”, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp ukształtował w ten sposób, że nie mieści się w nim wykluczenie wykonawcy i odrzucenie oferty wykonawcy, ponieważ w osobnych punktach art. 180 ust. 2 Pzp wymieniono przesłankę odwoławczą „wykluczenia odwołującego z postępowania” i „odrzucenia oferty odwołującego” (art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp).

Zakładając racjonalność i konsekwencję ustawodawcy, brak jest podstaw do twierdzenia, że „wybór najkorzystniejszej oferty” obejmuje „zaniechanie czynności odrzucenia oferty”. Pojęcie „wybór oferty najkorzystniejszej” należy, zdaniem składu orzekającego, utożsamiać z dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej sensu stricte czyli zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie zaś sensu largo czyli w potocznym rozumieniu tego sformułowania obejmującego również ocenę spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz poprawność jego oferty pod kątem przesłanek odrzucenia.

Pojęcie „wybór oferty najkorzystniejszej” jest używane w ścisłym rozumieniu w art. 91 ust. 1 Pzp. Przepis ten w ocenie Izby wskazany jako podstawa prawna odwołania wniesionego w postępowaniu poniżej tzw. progów unijnych jest skorelowany z przesłanką wskazaną w art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp. Oznacza to, że odwołujący mógłby żądać zmiany oceny oferty

przystępującego lub wskazywać na wady w pracy komisji przetargowej. Nie może jednak kwestionować zaniechania odrzucenia oferty przystępującego.

Na prezentowane rozumienie pojęcia „wybór oferty najkorzystniejszej” wskazuje również analiza art. 92 ust. 1 Pzp. Przepis ten w brzmieniu sprzed nowelizacji ustawy, która weszła w życie 28 lipca b.r. nakazywał zamawiającemu jednocześnie poinformowanie wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, o ofertach odrzuconych i wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania. Stanowił bowiem, że 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

Obowiązujący art. 92 ust. 1 Pzp nakazuje, aby zamawiający poinformował niezwłocznie wszystkich wykonawców o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert
łączną punktację,

2) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni,

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

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

5) dopuszczeniu do dynamicznego systemu zakupów,

6) nieustanowieniu dynamicznego systemu zakupów,

7) unieważnieniu postępowania

– podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Z treści przytoczonego przepisu wynika, że ustawodawca wyraźnie rozróżnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej od czynności wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia jego oferty. Odrębnie wypowiada się o wyborze oferty najkorzystniejszej (pkt 1), wykluczeniach (pkt 2), odrzuceniach (pkt 3). Nie można nie zauważyć, że po wejściu w życie nowelizacji Prawa zamówień publicznych w dniu 28 lipca 2016 r., zamawiający nie ma już obowiązku jednoczesnego informowania o tych czynnościach, a obowiązek informacyjny będzie rozciągnięty w czasie i realizowany sukcesywnie, w miarę dokonywania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Powyższe wskazuje, że w pojęciu „wybór oferty najkorzystniejszej” mieści się pojęcie „zaniechanie czynności odrzucenia oferty”, ponieważ do odrzucenia oferty będzie dochodziło przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej i o czynności tej zamawiający może odrębnie powiadomić wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia. Nie można więc przyjąć, że skoro ustawodawca daje wykonawcy możliwość kwestionowania wyboru oferty najkorzystniejszej, to art. 180 ust. 2 Pzp, to pozwala tym samym na kwestionowanie wszystkich wcześniejszych działań, które prowadzą do wyboru oferty.

Pogląd, że pod pojęciem wybór najkorzystniejszej oferty nie można rozumieć również zaniechania wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty znajduje również oparcie w brzmieniu art. 20 ust. 3 Pzp, który to przepis wskazuje, że komisja przetargowa przedstawia kierownikowi zamawiającego propozycje wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty oraz wyboru najkorzystniejszej oferty. Wszystkie wymienione czynności wymienione zostały odrębnie.

Powołane argumenty pochodzą ze sfery wykładni systemowej. Ewentualne wątpliwości natury celowościowej powinno rozwiewać stanowisko Ministerstwa Rozwoju, powołane m.in. w uzasadnieniu postanowienia wydanego w sprawie KIO 1599/16. Izba zauważyła, że „w toku uzgodnień międzyresortowych pracy nad nowelizacją, 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. Autor nowelizacji (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. „Przede wszystkim, poza tym zakresem będą „zaniechania” zamawiającego, a to znaczna różnica”. Ministerstwo Rozwoju było organem odpowiedzialnym za proces

legislacyjny, zatem przedstawiony pogląd powinien być uznany za rodzaj wykładni autentycznej.

Przedstawiony pogląd dotyczący wykładni pojęcia „wyboru oferty najkorzystniejszej” prezentowany jest jednolicie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. „Przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym „czynność wyboru oferty najkorzystniejszej” należy rozumieć szeroko – jako zwieńczenie wszystkich czynności z zakresu badania i oceny ofert, które doprowadziły do wyboru oferty najkorzystniejszej, nie daje się obronić w świetle testu racjonalnego ustawodawcy. Przy przyjęciu takiej wykładni poza zakresem zaskarżenia w postępowaniach podprogowych pozostawałoby de facto unieważnienie postępowania. Zauważyć jednak należy, że w wyniku nowelizacji o wiele większe znaczenia nabiorą pozacenowe kryteria oceny ofert (np. kwalifikacje i doświadczenie osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, aspekty społeczne, jakościowe, innowacyjne), których stosowanie będzie w znacznej większości przypadków obowiązkowe. Znacznie większego znaczenia nabierze zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 Pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Można zatem twierdzić, że właśnie dlatego w art. 180 ust. 2 Pzp dodano możliwość zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, której znaczenie wzrośnie.” (sygn. akt KIO 1599/16 <ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/> data dostępu 28 listopada 2016 r.) Analogiczny pogląd został wyrażony również w orzeczeniach KIO 1674/16, KIO 1696/16, KIO 1750/16 (<ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/> data dostępu 28 listopada 2016 r.) oraz KIO 1808/16, KIO 1812/16, KIO 1816/16, KIO 1862/16, KIO 1910/16, KIO 1930/16, KIO 2015/16, KIO 2026/16, KIO 2059/16, KIO 2084/16 (niepubl.).

Zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty SKANSKA S.A. nie mieści się w zamkniętym katalogu podstaw odwoławczych wymienionych w art. 180 ust. 2 Pzp, czego konsekwencją jest odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. Orzeczenie zapadło w formie postanowienia na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie Pzp. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....