

Sygn. akt KIO 570/17

POSTANOWIENIE

z dnia 29 marca 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś

Izabela Niedziałek-Bujak

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 29 marca 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 marca 2017 roku przez wykonawcę **Duolux Medical sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Zespolony im. Jędrzeja Śniadeckiego z siedzibą w Białymstoku**

postanawia:

- 1. Odrzuca odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Duolux Medical sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Duolux Medical sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Zespolony im. Jędrzeja Śniadeckiego ul. M. Skłodowskiej - Curie 26 15-950 Białystok prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę pn: „Dostawa drobnego sprzętu medycznego jednorazowego użytku, DA-ZP-252-5/17”. Zamówienie dotyczy dostaw, a jego wartość jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący: Duolux Medical Sp. z o.o. w Poznaniu wniósł odwołanie od wadliwego wyniku w/w postępowania i zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy Polmil Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, zarzucając mu naruszenie art. 7, art. 89 ust. 1 pkt. 1), pkt. 6), art. 91 względem czynności Zamawiającego nakazanych przepisami ustawy.

Podnoszone w odwołaniu wadliwe czynności Zamawiającego dotyczą:

- 1/ badania ofert - przez przyjęcie, że oferta wykonawcy Polmil Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy nie podlega odrzuceniu z postępowania,
- 2/ oceny ofert - przez przyjęcie, że oferta wykonawcy Polmil Sp, z o.o. podlega punktacji (ocenie) ofert,
- 3/ wskazania wadliwego wyniku postępowania na ofertę nieważną, a tym samym nie najkorzystniejszą w tym postępowaniu - ofertę Polmil Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy.

Odwołujący stwierdził, iż badanie i ocena ofert została dokonana z obrazą zapisów ustawy pzp. Według Odwołującego, podnoszona oferta podlega regulacji art. 89 ust. 1 pkt. 1) pkt. 6) w związku z ustawą o VAT, gdyż wykonawca Polmil Sp. z o.o. zaoferował w pakiecie nr 4 myjkę jednorazowego użytku do mycia ciała, która nie jest wyrobem medycznym, na stawce 8% VAT. Produkty, które nie są wyrobami medycznymi- w tym tego rodzaju myjki- są na stawce sprzedaży 23% VAT. Ponieważ, Zamawiający w procedurze nie określił wymaganej stawki VAT, to nie może jej skorygować poprawką z art. 87 ust. 2 ustawy, zgodnie z Uchwałą SN. Odwołujący pismem informacyjnym z dnia 9 marca br. wskazał Zamawiającemu omawianą wadę oferty Polmil Sp. z o.o. Zamawiający pismem z dnia 9 marca br. uwzględnił pismo informacyjne Odwołującej i unieważnił pierwotny wadliwy wynik

postępowania. Pismem z dnia 21 marca br. Zamawiający ponownie wskazał ofertę jako najkorzystniejszą w Pakiecie nr 4 - Polmil Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy.

W ocenie odwołującego powyższa oferta podlega odrzuceniu z postępowania z art. 89 ust. 1 pkt. 1) i pkt. 6) ustawy pzp. Nie jest ważna i tym samym nie powinna brać udziału w punktacji (rankingu ofert), zmierzającym do wyłonienia najkorzystniejszej oferty,

W wyniku rozpatrzenia odwołania na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Jak ustalono na podstawie akt sprawy, postępowanie dotyczy zamówienia publicznego na dostawy, a wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołanie w niniejszej sprawie dotyczy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, która w ocenie odwołującego jest niezgodna z ustawą i zawiera błąd w obliczeniu ceny skutkiem czego powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 6 ustawy pzp.

Izba z urzędu na podstawie art. 189 ust. 3 ustawy Pzp na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że w tak ustalonym stanie faktycznym przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu ustalonym nowelizacją z 22 czerwca 2016 roku (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020) Izba odrzuca odwołanie, jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

W powołanym art. 180 ust. 2 ustawy wskazano wyraźnie, iż w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, nazywanym także podprogowym, 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

Można zauważyć, że jakkolwiek katalog sytuacji, w których, w postępowaniach podprogowych w wyniku wspomnianej nowelizacji przysługuje odwoływanie, uległ

rozszerzeniu w stosunku do poprzedniego stanu prawnego, między innymi o czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, to zdaniem składu orzekającego Izby w przedmiotowej sprawie odwołanie dotyczy czynności, wobec których ustawodawca nadal wyłączył prawo zaskarżenia decyzji Zamawiającego.

Odwołanie dotyczy w istocie zaniechania odrzucenia oferty uznanej przez zamawiającego za najkorzystniejszą. Z powodu braku tego typu czynności w katalogu pomieszczonym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp stwierdzić należy, iż wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 189 ust. 2 ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie takiego rozstrzygnięcia.

Analiza treści obowiązującego przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp i użycia w nim sformułowania „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” prowadzi zdaniem Izby do wniosku, że pod pojęciem tym nie kryje się zaniechanie czynności odrzucenia oferty, a jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ.

Za takim rozumieniem przepisu przemawia wykładnia językowa art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Ustawodawca zdecydował się wprowadzić nową przesłankę, zgodnie z którą w postępowaniach podprogowych odwołanie ma przysługiwać także wobec czynności opisu przedmiotu zamówienia i czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie jednak nie zostały wykreślone ani zmienione przesłanki z pkt 3 i 4, zgodnie z którymi odwołanie ma przysługiwać wobec czynności odrzucenia wyłącznie oferty Odwołującego i czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania. Nie ma podstaw do domniemywania, że „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” obejmuje również zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania innych wykonawców lub zaniechanie odrzucenia ich ofert. Nie jest to konieczne dla interpretacji przesłanki z pkt 6 analizowanego przepisu, która to przesłanka ma określony zakres zastosowania, służy mianowicie zakwestionowaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest najkorzystniejsza, gdyż nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała albo nie jest ofertą z najniższą ceną lub kosztem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub koszt, czyli nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu definicji z art. 2 pkt 5 Pzp.

Ponadto dostrzeżenia wymaga, że przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter wyjątku od zasady. W przeciwieństwie do postępowań powyżej progów, w przypadku postępowań podprogowych zasadą jest to, że odwołanie nie przysługuje. O intencjach ustawodawcy świadczy świadomie użyte w art. 180 ust. 2 Pzp słowo „wyłącznie”, co oznacza, że przesłanki uprawniające do wniesienia odwołania są wymienione enumeratywnie (taksatywnie). Treść przepisu wskazuje, że w wyniku nowelizacji nie

zniesiono różnic przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej w postępowaniach podprogowych i postępowaniach powyżej progów. Zdecydowano jedynie o poszerzeniu katalogu przesłanek umożliwiających wniesienie odwołania w postępowaniach podprogowych. Skoro zatem katalog czynności, wobec których odwołanie przysługuje nadal, ma charakter wyjątku od zasady, to wyjątków nie można interpretować rozszerzająco w myśl zasady *Exceptiones non sunt extendendae*.

Można także zauważyć, iż w postępowaniach powyżej progów, 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*”, natomiast w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp jest mowa o tym, że odwołanie w postępowaniach podprogowych służy wyłącznie wobec czynności, zaś ustawodawca nie wspomina o „zaniechaniach”. Nie ma zatem podstaw, aby domniemywać, że wyłącznie w przypadku przesłanki z pkt 6 obejmuje ona nie tylko czynność, lecz również zaniechanie czynności (w dodatku innych niż czynność wprost wymieniona w przesłance). Przewidziany w przepisie art. 180 ust. 2 katalog przesłanek zawsze miał charakter pozytywny, odnosił się do czynnego zachowania Zamawiającego, nie wspominał o możliwych zaniechaniach. 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 zaś o zaniechaniach.

W dalszej kolejności zauważyć należy, że z dotychczasowego przepisu art. 92 ust. 1 ustawy Pzp wynikało, że zamawiający miał jednocześnie informować o wyborze oferty najkorzystniejszej, oraz o ofertach odrzuconych i wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania.

Z treści obecnie obowiązującego przepisu art. 92 ust. 1 ustawy Pzp wynika, iż zamawiający nie ma już obowiązku jednoczesnego informowania o tych czynnościach. Zatem znacznie częściej zamawiający będzie odrzucał oferty czy wykluczał wykonawców zanim wybierze ofertę najkorzystniejszą. Trudno uznać, że pod pojęciem „wybór oferty najkorzystniejszej” mieści się również „zaniechanie czynności odrzucenia” i „zaniechanie czynności wykluczenia” w sytuacji, gdy zamawiający nie dokona jeszcze czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Konkludując, przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym „czynność wyboru oferty najkorzystniejszej” należy rozumieć szeroko – jako zwięźczenie wszystkich czynności z zakresu badania i oceny ofert, które doprowadziły do wyboru oferty najkorzystniejszej, nie daje się obronić w świetle reguły racjonalności ustawodawcy. Przy przyjęciu takiej wykładni poza zakresem zaskarżenia w postępowaniach podprogowych pozostawałoby w istocie jedynie unieważnienie postępowania. Zauważyć jednak należy, że w wyniku nowelizacji o

wiele większe znaczenia nabrały 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 w konsekwencji zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 ustawy 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.

Dodatkowo przypomnieć należy, 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”*. Poza tym uznano, że do rozważenia jest rezygnacja z pkt 7 - unieważnienia postępowania, w tym przypadku bowiem nikt nie uzyskuje zamówienia. Ostatecznie, zgodnie z takimi założeniami właśnie ukształtowała się treść art. 180 ustawy Pzp.

Zatem, zarzuty przedstawione w rozpoznawanym odwołaniu nie mieszczą się w katalogu z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, gdzie mowa jest o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie zaś zaniechaniu odrzucenia wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą. Dlatego też odwołanie podlega odrzuceniu.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia, z powodu braku tego typu zachowań zamawiającego w katalogu przesłanek wszczęcia postępowania odwoławczego ujętych w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp stwierdzono, iż wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 180 ust. 2, ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w przedstawionych okolicznościach faktycznych i prawnych. Tym samym zasadne stało się odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie i art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp czyli stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238), to jest stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....