

Sygn. akt: KIO 642/17

POSTANOWIENIE
z dnia 11 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Andrzej Niwicki

Marzena Ordysińska

po rozpoznaniu w dniu 10 i 11 kwietnia 2017 r. w Warszawie na posiedzeniu niejawnym prowadzonym bez udziału stron, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2017 r. przez **Wykonawcę – D. B.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Biuro Projektowe Ogrody Hesperdy D. B. w Żaganiu, przy ul. Bolesława Chrobrego 14 (68-100 Żagań)

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Gminę Żagań**, pl. Słowiański 17 (68-100 Żagań)

postanawia:

1. **Odrzuca odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę – D. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Biuro Projektowe Ogrody Hesperdy D. B. w Żaganiu i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę – D. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Biuro Projektowe Ogrody Hesperdy D. B. w Żaganiu tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Wykonawcy – D. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Biuro Projektowe Ogrody Hesperdy D. B. kwoty **7.500 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy), stanowiącej nadpłatę ponad wymagany wpis 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 Zielonej Górze**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Gminę Żagań na *bieżące utrzymanie i konserwację zieleni miejskiej w Gminie Żagań o statusie miejskim*, ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23.02.2017 r., pod nr 30888, wobec czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej i zaniechań, jakich dopuścić się miał Zamawiający w toku jej oceny, Wykonawca D. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. (dalej jako Odwołujący) wniósł w dniu 3 kwietnia 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 642/17).

Informację o wynikach oceny ofert i wyborze ofert najkorzystniejszych Odwołujący otrzymał od Zamawiającego mailem w dniu 29 marca 2017 r. (pismo z dnia 23.03.2017 r.).

Wartość zamówienia ustalona została przez Zamawiającego na kwotę 542.592,59 zł. i nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy. Również w odwołaniu zaznaczono, iż wartość zamówienia jest podprogowa, chociaż jednocześnie uiszczony wpis w wysokości 15.000,00 zł. wskazywałby na postępowanie o wartości zamówienia przekraczającej kwoty wynikające z rozporządzenia z 28 grudnia 2015 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. poz. 2263 ze zm.).

W dniu 3 kwietnia 2017 r. Odwołujący wniósł za pośrednictwem platformy ePUAP odwołanie, wobec czynności Zamawiającego polegających na: wyborze oferty, która nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, a przez to zaniechania wykluczenia wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji zaniechania uznania jego oferty za odrzuconą. Ponadto, zakresem zarzutów objęto zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny w ofercie wybranej i jej odrzucenia oraz zaniechanie wykonania obowiązków zawartych w art. 25 i 26 Ustawy – uzyskania dokumentów i oświadczeń od podmiotów udzielających potencjału, jak też podwykonawstwa oraz uzyskania wyjaśnień w zakresie oświadczeń woli i wiedzy wobec podwykonawców i użyczających zasoby.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenia czynności badania wobec wybranego wykonawcy, w szczególności w zakresie warunków udziału na dzień składania ofert i w konsekwencji jego wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy i uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie art.

24 ust. 4 Ustawy. Ponadto, w ocenie Odwołujący Zamawiający powinien zażądać złożenia przez wybranego wykonawcę wyjaśnień wraz z dowodami na okoliczność zweryfikowania, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a także wykonania obowiązków zawartych w art. 25 i 26 Ustawy – tj. uzyskania dokumentów i oświadczeń od podmiotów udzielających potencjału, jak też podwykonawstwa.

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym bez udziału stron w dniu 10.04.2017 r., Izba stwierdziła, iż zachodzi podstawa do odrzucenia odwołania, jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie, tj. na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 pkt 6 Ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako Ustawa).

Zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 6 Ustawy *Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty*. Pozostałe czynności, wobec których przysługuje odwołanie, w postępowaniu poniżej wartości wyznaczającej próg do ogłoszenia zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych dotyczą: wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę (pkt 1), określenia warunków udziału w postępowaniu (pkt 2), wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia (pkt 3), odrzucenia oferty odwołującego (pkt 4), opisu przedmiotu zamówienia (pkt 5).

Uwzględniając, poszerzony w wyniku nowelizacji Ustawy katalog czynności, wobec których wykonawcy w postępowaniu o mniejszej wartości, przysługuje prawo do wniesienia odwołania Izba uznała, iż wniesione odwołanie nie obejmuje czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, lecz prowadzące do wadliwego wyniku postępowania czynności i zaniechania związane z badaniem oferty wybranej. Odwołujący odnosi się bowiem wprost do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, również w kontekście zaniechania wezwania do złożenia dokumentów i oświadczeń, których prawidłowy wynik powinien skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania oraz braku przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego wysokość ceny przy uzasadnionym podejrzeniu, iż jest ona rażąco niska. Faktycznie zatem odwołaniem objęto czynność oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu i zaniechania wykluczenia z postępowania wybranego wykonawcy, jako naruszające art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy, a także brak przeprowadzenia postępowania na podstawie art. 90 ustawy, którego wynikiem powinno być odrzucenie oferty wybranej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy. Ponadto, Odwołujący wskazywał na uchybienia związane z oceną możliwości dysponowania zasobami udostępnionymi przez inne podmioty, w tym brakiem żądania złożenia dokumentów dotyczących tych podmiotów.

Uwzględniając dotychczas prezentowane stanowisko Izby, jednolite w rozumieniu zakresu czynności wskazanych w art. 180 ust. 2 pkt 6 (przykładowo: postanowienie KIO z dnia 27.03.2017r., sygn. akt KIO 529/17, postanowienie KIO z 16.11.2016 r., sygn. akt KIO 2084/16), skład orzekający Izby uznaje, iż czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oznacza wskazanie oferty, która prezentuje najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów pozacenowych, czyli dotyczyć może wyłącznie zgodnego z siwz zastosowania kryteriów oceny ofert, co koresponduje z przepisem art. 91 ust. 1 Ustawy, którego naruszenie nie jest podstawą przedmiotowego odwołania. Mając świadomość istniejącej rozbieżności w stanowisku Sądów Powszechnych nie można pomijać istotnych argumentów, jakie płyną z części orzeczeń zgodnych z wykładnią Ustawy, jaką prezentuje Izba. W szczególności, właściwym jest odwołanie się do ustawowego rozumienia oferty najkorzystniejszej, które odnosi się do zastosowania ustalonych kryteriów oceny ofert, w oderwaniu od przesłanek odrzucenia oferty, czy też wykluczenia wykonawcy z postępowania. Przyjęcie odmiennego rozumienia czynności „wyboru oferty najkorzystniejszej”, to jest jako wszystkich czynności, które doprowadziły do wyboru oferty najkorzystniejszej, powodowałoby faktyczne rozszerzenie zakresu możliwych do zaskarżenia czynności, w tym również na ocenę innych ofert, niż wybrana, które przy prawidłowych ustaleniach powinny być uznane za najkorzystniejsze. Można bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której do wskazania oferty najkorzystniejszej doprowadziłoby np. zaniechanie poprawienia ceny w ofercie innego wykonawcy (obarczonej omyłką rachunkową), co przy jednocześnie prawidłowej weryfikacji oferty uznanej za najkorzystniejszą, miałyby ten skutek, że odwołanie faktycznie dotyczyłoby oceny oferty innego wykonawcy, niż wybranej. Uwzględniając konsekwencje błędów, jakie mogą wystąpić w postępowaniu dwuetapowym, każdy taki błąd mógłby stanowić podstawę do formułowania zarzutów z powołaniem się na czynność końcową, jaką zasadniczo jest wybór oferty najkorzystniejszej. Powszechnym mogłoby być zatem kwestionowanie ustalenia grona podmiotów zaproszonych do złożenia oferty, która to czynność nie jest wskazana wśród czynności wymienionych w art. 180 ust. 2 Ustawy, a mogłaby prowadzić do uznania, że wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany z naruszeniem przepisów Ustawy i to niezależnie od tego, czy oferta wybrana rzeczywiście była najkorzystniejsza. Zasadniczo, oparty na tej podstawie zarzut mógłby prowadzić do wskazywania także na podstawy do unieważnienia postępowania, chociaż ta czynność również nie jest wymieniona w Ustawy. Skoro właściwym miałoby być przyjęcie, iż pod czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej, należałoby rozumieć zaniechanie czynności wykluczenia wybranego wykonawcy lub zaniechanie odrzucenia jego oferty, to również nie byłoby powodów do odmowy przyjęcia, iż kwestionując czynność wyboru oferty najkorzystniejszej można byłoby wskazywać na przesłanki do unieważnienia postępowania.

W świetle powyższego, aby móc przyjąć racjonalność wprowadzenia ograniczenia prawa do wniesienia odwołania w postępowaniu o mniejszej wartości, koniecznym jest odnoszenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, do czynności oceny ofert według ustalonych kryteriów oceny, które po nowelizacji przepisów Ustawy nabierają większego znaczenia z uwagi na wymóg wprowadzenia większej ilości kryteriów i odchodzenia od jednego kryterium ceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie nie dotyczy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a tym samym podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 Ustawy.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 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 ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu wniesioną przez Odwołującego w wysokości 7.500 zł. Izba nakazała zwrócić Odwołującemu kwotę 7.500 zł. nadpłaconą ponad należny wpis w postępowaniu o wartości nie przekraczającej kwoty, od której uzależniony jest obowiązek publikacji ogłoszenia o zamówieniu w publikatorze unijnym.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....