

Sygn. akt KIO 984/17

POSTANOWIENIE
z dnia 29 maja 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Członkowie: Katarzyna Prowadzisz
Ewa Sikorska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym, w dniu 29 maja 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2017 r. przez wykonawcę

Ekoprojekt sp. z o.o. Al. Krakowska 224, 02-219 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez

Instytut Kolejnictwa ul. Chłopickiego 50, 04-275 Warszawa

postanawia:

- 1. odrzuca odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Ekoprojekt sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Ekoprojekt sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Instytut Kolejnictwa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „wykonanie projektów technicznych wykonawczych w branży sanitarnej oraz elektrycznej, w zakresie koniecznym dla realizacji robót sanitarnych, dotyczących kompleksowej termomodernizacji wytypowanych obiektów oraz sieci ciepłowniczej i elektrycznej”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 7 kwietnia 2017 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 61875-2017. Do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego stosuje się więc przepis ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, która weszła w życie 28 lipca 2016 r.

Z punktu 2 ppkt 7 „Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego” (druk ZP-PN) wynika, że wartość szacunkowa zamówienia wynosi 319.900 zł, tj. 76.624,59 euro, zatem nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższy fakt potwierdzają także inne dokumenty występujące w postępowaniu przetargowym i postępowaniu odwoławczym, i nie jest on sporny.

Odwołujący – Ekoprojekt sp. z o.o. wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych czynności Zamawiającego wskazując, że przedmiotem odwołania jest czynność Zamawiającego polegająca na wyborze najkorzystniejszej oferty i zarzucając naruszenie przepisów art. 22 ust. 1 pkt 1, art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Powersun sp. z o.o. oraz zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz złożenie nieprawdziwych informacji, a także art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Powersun sp. z o.o. do przedstawienia dokumentów, względnie złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania przez nich warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty; powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

wykluczenie wykonawcy Powersun sp. z o.o. z postępowania oraz odrzucenia jego oferty z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz złożenie nieprawdziwych informacji; powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy zamówienia publicznego o wartości szacunkowej zamówienia niższej od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

W art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazano, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o wartości mniejszej 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.

Zgodnie natomiast z dyspozycją art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba odrzuca odwołanie, jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w powyżej przywołanym art. 180 ust. 2 ustawy.

Choć katalog sytuacji, w których w postępowaniach „podprogowych”, tj. o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, w wyniku wspomnianej nowelizacji przysługuje wniesienie odwoływania, uległ rozszerzeniu, między innymi o czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, to zdaniem Izby w przedmiotowej sprawie odwołanie dotyczy czynności, wobec których ustawodawca nadal wyłączył prawo zaskarżenia decyzji Zamawiającego.

Odwołujący kwestionuje bowiem w odwołaniu dokonanie czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, pomimo tego, że w ocenie Odwołującego, wykonawca, który ją złożył, powinien zostać wykluczony. Tym samym czynność, która kwestionowana jest przez Odwołującego, to zasadniczo zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy i,

w konsekwencji, odrzucenia oferty konkurencyjnej, która została w postępowaniu wybrana przez Zamawiającego.

Z powodu braku wskazania czynności zaniechania wykluczenia innego wykonawcy niż odwołujący i odrzucenia oferty innego wykonawcy niż odwołujący w katalogu zawartym w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stwierdza się, że wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawa Prawo zamówień publicznych nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie takiego rozstrzygnięcia.

Argumentacja Odwołującego nie odnosi się natomiast do naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych (jako naruszenia samoistnego, a nie będącego konsekwencją innych naruszeń, jak zaniechanie wykluczenia wykonawcy), czyli zastosowania w stosunku do wybranej oferty kryteriów oceny ofert innych, nieznanymi specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czy też zastosowanie tych kryteriów w sposób odmienny od określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia itp.

Analiza znowelizowanego przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych i użycia w nim przez ustawodawcę sformułowania „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” prowadzi zdaniem Izby do wniosku, że pod pojęciem tym nie kryje się zaniechanie czynności odrzucenia oferty czy zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania, a jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co potwierdził również Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 3 stycznia 2017 r., sygn. akt XII Ga 837/16, uznając prawidłowość działania Izby i wskazując, że pojęcie „wybór oferty najkorzystniejszej” oznacza wyłącznie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert.

Definicja „wyboru najkorzystniejszej oferty” wynika pośrednio z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriów i ustalenie wyniku tej oceny w sposób skutkujący wyborem oferty.

Za powyższym stanowiskiem przemawia dodatkowo fakt, że w wyniku nowelizacji o wiele większego znaczenia nabrały pozacenowe kryteria oceny ofert, znacznie większego znaczenia nabrał więc zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z ustalonymi wcześniej kryteriami oceny. Można zatem stwierdzić, że właśnie dlatego w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych dodano możliwość zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, która to czynność jest obecnie obarczona większym niż dotychczas ryzykiem naruszenia

przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem poddanie jej weryfikacji w drodze środków ochrony prawnej jest bardziej uzasadnione.

Do takiego wniosku prowadzi również analiza przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych na tle innych przepisów określających możliwość wnoszenia odwołań w postępowaniach poniżej progów unijnych oraz wykładnia tych przepisów z uwzględnieniem domniemania racjonalności ustawodawcy. 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 punktu 3 i 4 tego przepisu, zgodnie z którymi odwołanie ma przysługiwać wobec czynności odrzucenia oferty, ale wyłącznie odwołującego, i czynności wykluczenia z postępowania, również odwołującego.

Zaznaczyć należy również, że gdyby zamiarem ustawodawcy nie było ograniczenie odwołań wyłącznie do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty *sensu stricto*, zbędne byłoby określanie pozytywnego katalogu czynności podlegających zaskarżeniu w postępowaniach poniżej progów. Jeśli bowiem przyjąć, że zaskarżeniu w ramach wyboru oferty najkorzystniejszej podlega każda czynność i każde zaniechanie poprzedzające ten wybór, to co do zasady zaskarżeniu podlegałyby wszystkie czynności i zaniechania zamawiającego w postępowaniu, które miały miejsce między złożeniem ofert a wyborem oferty najkorzystniejszej (wszystko, co robi w postępowaniu zamawiający, oprócz unieważnienia postępowania, zmierza do wyboru oferty najkorzystniejszej). W takiej sytuacji racjonalny ustawodawca nie określałby tego katalogu od strony pozytywnej, a jedynie wskazałby od strony negatywnej, kiedy odwołanie nie przysługuje.

Ponadto dostrzeżenia wymaga, że przepis art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ma charakter wyjątku od zasady i w przeciwieństwie do postępowań o wartości zamówienia większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, w przypadku postępowań „podprogowych” zasadą jest to, że odwołanie nie przysługuje. O intencjach ustawodawcy świadczy nieprzypadkowo użyte w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych słowo „wyłącznie”. Ustawodawca w wyniku nowelizacji nie zdecydował o zniesieniu różnic przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej w postępowaniach „nadprogowych” i postępowaniach poniżej progów, a zdecydowano jedynie o nieznacznym poszerzeniu katalogu przesłanek umożliwiających wniesienie odwołania w postępowaniach „podprogowych”.

Skoro zatem katalog czynności, wobec których odwołanie przysługuje, nadal ma charakter wyjątku od zasady, to wyjątków nie można interpretować rozszerzająco.

Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 3 stycznia 2017 r., sygn. akt XII Ga 837/16, wydany w tożsamej sprawie, wskazał, że zarówno organy administracji państwowej, jak i sądy nie mają kompetencji do tworzenia prawa, a więc nie wolno im tworzyć tego prawa także w drodze interpretacji przepisów prawnych. Natomiast Sąd Okręgowy w Płocku w wyroku z dnia 1 lutego 2017 r., sygn. akt IV Ca 1051/16 uznał, że konieczna jest wykładania ścieśniająca każdego z wyjątków stanowiących podstawę wniesienia odwołania.

Warto także podkreślić, że zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych 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. Przepis ten w pełni dotyczy jednak postępowań o wartości zamówienia większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, gdyż art. 180 ust. 2 ustawy zawęża zakres ww. czynności w postępowaniach o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w ww. przepisach.

W art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych była i jest mowa wyłącznie o tym, że odwołanie w postępowaniach „podprogowych” służy wyłącznie wobec czynności, ustawodawca nie wspomina zaś o „zaniechaniach” zamawiającego. Skoro sama zasada konstytuująca wyjątek nie uległa zmianie, nie ma podstaw, aby wywodzić, że wyłącznie w przypadku przesłanki z punktu 6. obejmuje ona teraz zarówno czynności, jak i zaniechania czynności (w dodatku innych niż czynność wprost wymienione w przesłance).

Przewidziany w przepisie art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych 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 wspominając o zaniechaniach.

Także w art. 181 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazano, że wykonawca może w terminie przewidzianym dla wniesienia odwołania poinformować zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez zamawiającego, jak również o zaniechaniu czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym ustawodawca nie zamknął wykonawcy drogi do skutecznego kwestionowania zaniechań zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na które nie przysługuje odwołanie.

Uwzględniając powyższe orzeczono jak w sentencji, zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 ze zm.).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....