

POSTANOWIENIE
z dnia 10 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Agata Mikołajczyk

Aneta Mlącka

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 10 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2017 r. przez wykonawcę: **Zakład Wapienno-Piaskowy "Bełzec" Sp. z o.o., ul. Wąska 121, 22-670 Bełzec**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Adamów, Adamów 11b, 22-442 Adamów**

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Zakład Wapienno-Piaskowy "Bełzec" Sp. z o.o., ul. Wąska 121, 22-670 Bełzec, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Zakład Wapienno-Piaskowy "Bełzec" Sp. z o.o., ul. Wąska 121, 22-670 Bełzec tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy: Zakład Wapienno-Piaskowy "Bełzec" Sp. z o.o., ul. Wąska 121, 22-670 Bełzec na rzecz zamawiającego: Gmina Adamów, Adamów 11b, 22-442 Adamów kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Adamów – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Odbudowa drogi gminnej w zakresie utwardzenie dna i odwodnienie wąwozu lessowego w ciągu drogi gminnej Nr 010829L od km 0+200 do km 0+650 w miejscowości Adamów*”, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym od dnia 28 lipca 2016 r., zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”, numer sprawy nadany przez zamawiającego: RIG 271.2.2017.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych: nr 45053 - 2017 z dnia 2017-03-16 r.

Wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący: Zakład Wapienno-Piaskowy "Bełzec" Sp. z o.o. z siedzibą w Bełzcu, wniósł wskazując art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie na czynności zamawiającego, zarzucając, że zamawiający swoim postępowaniem polegającym na prowadzeniu procedury badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej uchybił następującym przepisom ustawy Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 (nierówno i w sposób nieuczciwy potraktował wykonawców i złożone przez nich oferty w stosunku do wykonawcy, który został wybrany przez zamawiającego),
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 (oferta uznana za najkorzystniejszą podlega odrzuceniu – co jest podstawą do zakwestionowania wyboru oferty najkorzystniejszej przez złożenie oferty z niezgodnym z treścią SIWZ oferowanym przedmiotem zamówienia i odmiennym niż założył zamawiający opisem kalkulacji ceny oferty),
- 3) art. 87 ust. 1 (naruszenie zakazu negocjacji z wykonawcą treści oferty i uznanie, że udzielone przez wykonawcę STOLMEX wyjaśnienia zmieniające treść oferty są zgodne z przepisami prawa),
- 4) art. 90 ust. 3 (w trakcie procedury badania i oceny ofert zamawiający żądał wyjaśnień od wykonawcy w zakresie sposobu obliczenia ceny oferty, a udzielona odpowiedź złożona przez wykonawcę, nie wyjaśniała wszystkich elementów, których wymagał zamawiający),
- 5) art. 91 (wybór oferty w oparciu o kryteria oceny ofert ustanowione tylko dla wykonawców, których oferta nie podlega odrzuceniu i którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania; do oceny oferty najkorzystniejszej została dopuszczona oferta podlegająca odrzuceniu).

Odwołujący wskazał, że podziela pogląd w zakresie interpretacji art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy, zgodnie z którym wykonawca ma prawo wnieść odwołanie w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej, także w przypadku gdy oferta najkorzystniejsza podlega odrzuceniu (zaniechanie czynności odrzucenia oferty najkorzystniejszej). Uznał za zasadne rozstrzygnięcia sądów z dnia: 21.12.2016 r. Sąd Okręgowy w Lublinie, IX Ga 502/16, w sprawie postanowienia KIO 1674/16; 22.12.2016 r. Sąd Okręgowy w Szczecinie, II Ca 1461/16, w sprawie postanowienia KIO 1810/16.

Stwierdził, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy oraz zaniechania dokonania czynności odrzucenia wybranej oferty, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż wybrana oferta firmy: Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe STOLMEX K. S., 22-400 Zamość, Lipska 40 (zwany dalej STOLMEX), nie jest najkorzystniejsza i powinna podlegać odrzuceniu. Jednocześnie oferta odwołującego jest druga w kolejności pod względem uzyskanych punktów, co stanowi podstawę do zakwestionowanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty firmy STOLMEX jako niezgodnej z treścią SIWZ, z wadliwie dokonaną procedurą obliczenia ceny oraz ze względu na nieudzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Dokonanie tych czynności zgodnie z przepisami art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6; art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, będzie generować odrzucenie oferty firmy STOLMEX i wybór oferty odwołującego.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) unieważnienie czynności zamawiającego polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej i wszystkich innych czynności związanych z dokonanym wyborem (odrzucenie oferty uznanej za najkorzystniejszą),
- 3) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionym podczas rozprawy.

Uzasadnienie

W dniu 21.04.2017 r. odwołujący powziął wiadomość ze strony internetowej zamawiającego o dokonaniu czynności wyboru oferty firmy STOLMEX i o uchybieniu przez zamawiającego swoim postępowaniem poniżej opisanym przepisom ustawy Pzp oraz podjęciu czynności sprzecznych z SIWZ i ogłoszeniem o zamówieniu.

Czynności (lub zaniechania) zamawiającego naruszają interes odwołującego polegający na braku możliwości uzyskania zamówienia, utratę z tym korzyści finansowych oraz utratę prestiżu realizacji zamówienia u zamawiającego. Interes ten doznał uszczerbku w wyniku naruszenia wyżej przytoczonych przepisów ustawy Pzp, a tym samym zostały spełnione przesłanki art. 179 ust. 1 ustawy.

Zestawienie szczegółowej argumentacji popartej materiałem dowodowym zawartym w załącznikach do odwołania.

Szczegółowe uzasadnienie

1. Zamawiający w SIWZ i w ogłoszeniu o zamówieniu nie dopuścił składania ofert wariantowych.

Gdyby taka możliwość istniała, wykonawcy składający oferty mogliby w inny sposób kształtować oferowany przedmiot zamówienia niż wskazany przez zamawiającego. Nieprzypadkowo zamawiający ogłaszając przetarg ma podać, czy dopuszcza czy też nie, składanie ofert wariantowych. Zgodnie z definicją ustawy Pzp: art. 2 pkt 7: *„ofercie wariantowej – należy przez to rozumieć ofertą przewidującą zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego”*.

Dopuszczenie składania ofert wariantowych, zdaniem odwołującego, jest najczęściej możliwe w przypadku, gdy występuje wynagrodzenie ryczałtowe. Różne rozwiązania, co do ilości materiałów, użytej technologii, (...), pozwalają wykonawcy zaproponować w ofercie przedmiot spełniający wymagania zamawiającego, co do ostatecznego efektu. Jednak zamawiający takiej możliwości nie wprowadził, a użyta w SIWZ/projekcie umowy zasada „wynagrodzenia kosztorysowego”, zdaniem odwołującego (co potwierdzają opisy SIWZ i udzielonego wyjaśnienia), nie pozwalała na modyfikację i zmiany w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia.

W związku z tym, złożenie oferty przez firmę STOLMEX z innym niż opisany przez zamawiającego przedmiotem zamówienia, powinno skutkować odrzuceniem takiej oferty i dokonaniem wyboru innej oferty (odwołującego). Dowolność zmiany przez wykonawcę przedmiotu zamówienia przeczy zasadnie wskazanemu w art. 29 ust. 1 i art. 29 ust. 2 – opisowi przedmiotu zamówienia dokonanej dokładnie i precyzyjnie. Wykonawca dokonał modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w swojej ofercie lub nie wycenił pozycji, które stanowiły o tym opisie (załącznik nr 1 do odwołania – zestawienie tabelaryczne).

2. Treść pisma zamawiającego dotycząca żądania wyjaśnień z dnia 2017.04.10 – zmiana zasad oceny ofert.

Zamawiający w piśmie (załącznik nr 2 do odwołania) wymagał (na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp), aby wykonawca udzielił wyjaśnień w zakresie sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ. Analiza pisma wskazuje, że w wezwaniu do wyjaśnień znajdują się elementy negocjacji z wykonawcą, mające na celu wskazanie wykonawcy sposobu udzielenia odpowiedzi. Odwołujący nie kwestionował jednak tych elementów w treści pisma, uznając, że generują one konieczność powtórzenia przez zamawiającego tych czynności.

Druga uwaga i zastrzeżenie dotyczyło żądania wyjaśnień przez zamawiającego, w którym zamawiający zmienił zasady i reguły określone w SIWZ dotyczące sposobu opisu

przedmiotu zamówienia/ kalkulacji ceny oferty. Odwołujący wskazał, cytując wybrane fragmenty pisma podlegające w tej części analizie (załącznik nr 2 do odwołania):

„WEZWANIE DO WYJAŚNIENIA TREŚCI OFERTY

(....)”

Odwołujący uznał, że została wprowadzona nowa zasada oceny ofert, która zdecydowała o wyborze oferty STOLMEX niepodlegającej wyborowi jako najkorzystniejszej.

Uzasadnienie stanowiska.

W załączniku nr 11 zamawiający nie dopuszczał ingerencji w przedmiary robót, które były tam wskazywane i opisane jako wzór. W treści żądania wyjaśnień zamawiający wprowadził nowe zasady dotyczące sposobu obliczenia ceny i jej przedstawienia w ofercie. Porównując opis z treścią załącznika nr 11 wraz z opisami SIWZ, odwołujący wskazał, że występują duże różnice. Wybrany fragment z załącznika nr 11 do SIWZ (cytowane fragmenty).

W udzielonej odpowiedzi/treści /oferty wykonawca – STALMEX zmienił zasady i sposób wynagrodzenia. Zamawiający wprowadzając wynagrodzenie kosztorysowe dopuścił zmiany ilości i zakresu wykonywanych prac. Opisy w umowie dopuszczają możliwość zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany zakresu/ilości.

Przykładowo – jeżeli wykonawca zsumował dwie oddzielne pozycje kosztorysowe / zmodyfikował przedmiot oferowanego zamówienia lub nie wprowadził danej pozycji kosztorysowej (co było wymagane opisami załącznika nr 11 u nr 5), stanowiło to o obowiązku zamawiającego odrzucenia oferty. Zmiany sposobu obliczenia ceny / innego niż wymagał zamawiający, zdaniem odwołującego, nie można wyjaśniać przez zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Możliwości takiej nie wprowadzała także SIWZ czy załącznik nr 11. W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, zmiana ilości i zakresu prac przez wykonawcę może być poparta rachunkiem ekonomicznym i efektem. W razie ustanowienia wynagrodzenia kosztorysowego, zmiana ilości prac czy ilości materiałów powoduje nieporównywalność złożonych ofert. W praktycznym ujęciu w takim przypadku „opłaca się” wykonawcy zmniejszyć zakres prac (np. zmniejszając zakres materiałowy czy robocizny) w kalkulacji ceny oferty, gdyż i tak ilości obmiarowe będą decydować o koszcie realizacji zamówienia. Odwołujący wskazał, że zamawiający dla swoich potrzeb wyboru oferty tańszej – dokonał modyfikacji sposobu jej oceny. Podniósł, że rozumie intencję zamawiającego mającą na celu zaoszczędzenie środków publicznych w realizacji tego zamówienia. Wskazał, że gdy była to intencja zamawiającego, aby wybrać ofertę najtańszą / bez względu na to jak zostanie złożona oferta – należało to opisać w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu.

Uznał, że gdyby dokonać prostej analizy i wycena wybranej oferty byłaby dokonana na podstawie wzorca ustanowionego przez zamawiającego w przedmiarach – oferta najkorzystniejsza już by nią nie była. Cena tej oferty byłaby wyższa (załącznik nr 3 do odwołania).

Wskazał, że zamawiający w treści SIWZ i stosownych załącznikach nie dopuszczał możliwości rezygnacji z pozycji przedmiarowej czy ilości/rodzaju materiałów, które mają być użyte do realizacji zamówienia, więc budzi zdziwienie obecna akceptacja zamawiającego.

3. Odwołujący także wskazał, że wymaganiem zamawiającego było, aby w treści składanego kosztorysu ofertowego wykonawca podał: „(...); ilość danego materiału (typ, rodzaj) na jednostkę przedmiarową (...)”.

Ewidentnie ma to wpływ na kalkulację ceny oferty i jej ostateczny kształt. W załączniku nr 3 do odwołania (rozbieżności w opisie oferowanego przedmiotu przez firmę STOLMEX) odwołujący wskazał, że niektórych pozycji nie można wycenić i zdefiniować w ofercie ilościowo – czego wymagał zamawiający w ofercie. Zasadnym tym samym staje się kwestionowanie odpowiedzi udzielonej przez tę firmę na żądanie wyjaśnień w związku z tzw. rażąco niską ceną. Jeżeli wykonawca nie wyjaśnił składników cenotwórczych – zamawiający nie mógł przyjąć, że udzielona odpowiedź była prawidłowym wyjaśnieniem wszystkich wątpliwości.

4. Kolejnym elementem wymagającym podniesienia w treści odwołania, była akceptacja zmiany przedmiotu zamówienia zdefiniowanego przez zamawiającego opisami SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu.

Zestawienie tych zmian zostało przedstawione w załączniku nr 4 do odwołania. Rozbieżnościami tymi powinien zająć się zamawiający przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Jednak tego nie uczynił (o co wnosił odwołujący w treści tego pisma).

Odwołujący uznał, że każda z tych pozycji wykazanych w zestawieniu tabelarycznym była podstawą do odrzucenia oferty. Dla przykładu ewidentnej nieprawidłowości wskazał krawężniki i różnice w wymiarach. Zdaniem odwołującego różnice w wymiarach mają wpływ na kalkulację ceny (w załączeniu stosowna informacja).

W treści ogłoszenia zamawiający wskazał na:

„II.4) Krótki opis przedmiotu zamówienia (wielkość, zakres, rodzaj i ilość dostaw, usług lub robót budowlanych lub określenie zapotrzebowania i wymagań), a w przypadku partnerstwa innowacyjnego – określenie zapotrzebowania na innowacyjny produkt, usługą lub roboty budowlane:

podbudowa z piasku stabilizowanego cementem o $R_m=2,5MPa$ (mieszanka z wytwórni) 15cm, krawężnik betonowy 15x30cm (...)”

W treści ogólnej SIWZ w rozdziale III zamieszczono potwierdzenie wymiarów:

„Konstrukcja nawierzchni jezdni; jezdni - szer. 5,00m, spadek poprzeczny jezdni - 2%, nawierzchnia z kostki brukowej betonowej typu Behaton - gr. 8cm, podsypka cementowo-piaskowa 1:4 - gr. 3cm, górna warstwa podbudowy z kruszywa łamanego (kliniec 4/31,5mm)- 10cm, dolna warstwa podbudowy z kruszywa łamanego (tłuczeń 31,5/63mm) - 20cm,

podbudowa z piasku stabilizowanego cementem o $R_m=2,5MPa$ (mieszanka z wytwórni) 15cm, krawężnik betonowy 15x30cm (...)”.

Odwołujący przedstawił opis wymiarów krawężnika zaoferowanego w wybranej ofercie (...).

Zdaniem odwołującego, nie była to „zwykła rozbieżność”, ale istotna – bo zdefiniowana opisem przedmiotu zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ w inny sposób niż oczekiwał tego zamawiający. Jeżeli zamawiający przyjmował ją jako możliwą na tym etapie postępowania, naruszył art. 12a i art. 38 ustawy Pzp – takie zmiany w opisie wymagają modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu i przesunięcia terminu składania ofert. W dokonywanych czynnościach – w trakcie procedury badania i oceny ofert – zamawiający nie mógł sprawdzić tej rozbieżności, nie zażądał wyjaśnień czy nie dokonał poprawy treści oferty. Takiej możliwości zamawiający nie miał.

5. Podobny przypadek wskazany w zestawieniu dotyczył różnic i rozbieżności dotyczących ilości roboczogodzin przyjętych do wykonania danej czynności. Jeżeli wykonawcy składający oferty mają narzucone ilości – wycena kosztów jednej roboczogodziny oparta na minimalnym wynagrodzeniu za pracę będzie musiała być oparta na realnych i porównywalnych parametrach budowania ceny oferty. Jednakowych dla każdego wykonawcy.

Jeżeli przykładowo – wykonawca zmniejszy ilość tych godzin w kosztorysie ofertowym na wykonanie danych czynności w ofercie o połowę – wycena 1 roboczogodziny będzie „realniejsza” i łatwiej będzie wykazać stawkę 12 zł/za godzinę netto. Przy wycenie tych samych prac o 2-krotnie większej ilości godzin (zgodnej z przedmiarami), stawka ta zmniejszy się do 6 zł/godzinę – co czyni ten przypadek podstawą do odrzucenia oferty, trudno byłoby udzielić odpowiedzi na wątpliwości z tytułu rażąco niskiej ceny.

6. Odwołujący zwrócił także uwagę, że wykonawca w swojej ofercie podał inny rodzaj rur niż ten, który był wymagany przez zamawiającego. W udzielonej odpowiedzi wskazał, że przyjęto w ofercie rozwiązanie inne niż wymagane przez zamawiającego. Takie było zamierzenie wykonawcy. Wskazywanie w późniejszym terminie na wyjaśnienia po analizie czasowej dokonywanych czynności, zdaniem odwołującego, nie może być potraktowane jako wyjaśnienia i możliwość zmiany na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Jest to ewidentna zmiana treści oferty.

7. Kolejna nieprawidłowość w poczynaniach zamawiającego, która zdaniem odwołującego powinna zakończyć się odrzuceniem oferty, to nierespektowanie zasad wskazanych w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Wskazują one, że jeżeli wykonawca nie udzieli wyjaśnień, co do rażąco niskiej ceny – zamawiający ma obowiązek odrzucić taką ofertę. W treści wezwania do wyjaśnień pismem z dnia 04.04.2017 r. zamawiający wymagał wyjaśnień między innymi w zakresie: (...) odwołujący przedstawił wybrane fragmenty wezwania.

Odwołujący ocenił wyjaśnienia wykonawcy (załącznik nr 5 do odwołania), jako nieuwzględniające elementów, które zamawiający chciał wyjaśnić. Wskazał, że były one ogólne i pobieżne.

Uznając odwołanie za uzasadnione, odwołujący wniósł jak na wstępie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o odrzucenie odwołania wskazując orzecznictwo Izby i załączając postanowienia odrzucające odwołania: z dnia 2 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 2405/17; z dnia 5 stycznia 2017 r., sygn. akt 2462/16; z dnia 26 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 122/17; z dnia 8 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 210/17; z dnia 17 marca 2017 r., sygn. akt KIO 424/17 oraz wyroki Sądów Okręgowych: w Gdańsku z dnia 3 stycznia 2017 r., sygn. akt Ga 837/16; w Płocku z dnia 1 lutego 2017 r., sygn. akt IV Ca 1051/16 – oddalające skargi na postanowienia.

Wniósł o zasądzenie od odwołującego kosztów postępowania odwoławczego wg załączonej faktury VAT (z dnia 05.05.2017 r. Nr FV/56/17 na kwotę 3 600 zł, z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie wniesionego odwołania).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Wartość zamówienia, zgodnie z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną w kopii przez zamawiającego, jest mniejsza niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zatem zakres odwołania został ograniczony do czynności zamawiającego wskazanych w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Analizując treść art. 180 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, Izba uznała, że zestawienie przepisów: pierwszego stanowiącego o zakresie odwołania w postępowaniach o wartości zamówienia równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy (*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*), z drugim stanowiącym o zakresie odwołania w postępowaniach o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy (*jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności*):

– wskazuje zawężony zakres odwołania w postępowaniach o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy,

wyłącznie do czynności zamawiającego z wyłączeniem zaniechania czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Zarzuty przedstawione w odwołaniu dotyczą zaniechania czynności zamawiającego: odrzucenia oferty wykonawcy Stanisław Kozłowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe STOLMEX S. K. z siedzibą w Zamościu, która została wybrana jako najkorzystniejsza.

Izba wskazuje: w art. 180 ust. 2 Pzp określono, że w postępowaniu o wartości mniejszej, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (tj. poniżej tzw. progów unijnych), 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.

Zasadniczy zarzut odwołania, tj. zaniechanie odrzucenia wybranej oferty, niewątpliwie nie jest żadną z czynności wymienionych w art. 180 ust. 2 pkt 1-5 Pzp. Analizy wymaga, czy zaniechanie odrzucenia oferty można przypisać do czynności, o której mowa w pkt 6, tj. czy pojęcie zaniechania odrzucenia mieści się w pojęciu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w znaczeniu wskazanym w art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp. Kluczowe dla ustalenia, czy odwołanie podlega odrzuceniu, było ustalenie znaczenia treści pkt 6, dodanego nowelizacją Pzp, obowiązującą od 28 lipca 2016 r.

Po pierwsze, należy zauważyć, że w przepisach dotyczących odwołań ustawodawca rozróżnia kategorię czynności od kategorii zaniechania czynności: zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności lub zaniechania czynności. Z kolei art. 180 ust. 2 ustawy, statuujący wyjątek od ogólnej reguły (zasadą jest, że odwołanie w pełnym zakresie przysługuje wykonawcom w postępowaniach powyżej tzw. progów unijnych), zezwala na wniesienie odwołania w postępowaniu poniżej tzw. progów unijnych wyłącznie od wymienionych w nim czynności. Skoro z art. 180 ust. 1 Pzp wynika, że zaniechania nie mieszczą się w czynnościach, ale stanowią osobną kategorię podstaw faktycznych do wniesienia odwołania, to z zestawienia art. 180 ust. 1 i ust. 2 ustawy można wysnuć wniosek, że odwołanie poniżej progów unijnych nie przysługuje wobec zaniechania zamawiającego, a jedynie wobec czynności, enumeratywnie wymienionych w art. 180 ust. 2 Pzp.

Po drugie, można również dostrzec, że ustawodawca zastosował zakres znaczenia pojęcia wybór oferty najkorzystniejszej w pkt 6 art. 180 ust. 2 w innym, węższym znaczeniu, niż potocznie rozumiany – w pojęciu tym nie mieści się podjęcie decyzji o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty wykonawcy, ponieważ w osobnych punktach przywoływanego przepisu wymieniono przesłankę odwoławczą wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia oferty odwołującego (art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp).

W konsekwencji, poszukiwanie znaczenia pojęcia wybór oferty najkorzystniejszej, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp prowadzi do wniosku, że pojęcie to należy rozumieć wąsko. Nie można bowiem, zakładając racjonalność i konsekwencję ustawodawcy, twierdzić, że wybór najkorzystniejszej oferty obejmuje zaniechanie czynności odrzucenia oferty. Wąskie rozumienie pojęcia wybór oferty najkorzystniejszej należy utożsamiać z dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Taki zakres pojęcia wybór oferty najkorzystniejszej jest określony w art. 91 ust. 1 Pzp. Przepis ten 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 w odwołaniu mógłby wnosić o przyznanie wybranej ofercie mniejszej ilości punktów w kwestionowanym kryterium, ale nie może (poniżej tzw. progów unijnych) kwestionować zaniechania odrzucenia wybranej oferty. W tym postępowaniu zarzut odwołania wskazywał przepis dotyczący kryteriów oceny ofert, ale odwołujący nie skarżył błędnej, wadliwej oceny w kryteriach oceny ofert i nie wnosił o przyznanie wybranej ofercie mniejszej ilości punktów w ramach oceny oferty jako najkorzystniejszej, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wybór oferty w wąskim znaczeniu), ale kwestionował zaniechanie odrzucenia wybranej oferty.

Na wąskie rozumienie pojęcia wybór oferty najkorzystniejszej wskazuje również analiza art. 92 ust. 1 Pzp. Z dotychczasowego przepisu art. 92 ust. 1 ustawy wynikał obowiązek jednoczesnego informowania o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o ofertach odrzuconych i wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania: „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.”

Zgodnie z obowiązującym brzmieniem art. 92 ust. 1 Pzp, 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 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 wybór oferty najkorzystniejszej i wykluczenie wykonawcy/odrzucenie 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. Można zakładać, że czynności podejmowane w postępowaniu będą rozłożone w czasie w stopniu znacznie większym, niż dotychczas, co doprowadzi do tego, że deprecjonowana kolejnymi nowelizacjami Prawa zamówień publicznych zasada koncentracji środków ochrony prawnej zostanie zupełnie wyrugowana z polskiego systemu odwoławczego. Nowelizacja, która weszła w życie 28 lipca 2016 r., sankcjonuje sekwencyjne, rozłożone w czasie, dokonywanie kolejnych czynności w postępowaniu przez zamawiającego, który będzie wykluczał wykonawców z postępowania, czy odrzucał oferty, a następnie dokonywał wyboru oferty najkorzystniejszej. W takim kontekście nie można przyjmować, że w pojęciu wybór oferty najkorzystniejszej mieści się pojęcie zaniechanie

czynności odrzucenia oferty, ponieważ do odrzucenia oferty będzie dochodziło przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie można również zaakceptować poglądu, że skoro ustawodawca daje wykonawcy możliwość kwestionowania wyboru oferty najkorzystniejszej w pkt 6 art. 180 ust. 2 Pzp, to pozwala tym samym na kwestionowanie wszystkich wcześniejszych działań, które prowadzą do wyboru oferty – ponieważ konsekwencją byłoby umożliwienie wzruszania wszelkich wcześniejszych czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym przykładowo – nieprawidłowych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza jednolicie wyraża w orzecznictwie pogląd o wąskim rozumieniu pojęcia wyboru oferty najkorzystniejszej, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp: 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 testu racjonalnego ustawodawcy. Przy przyjęciu takiej wykładni poza zakresem zaskarżenia w postępowaniach podprogowych pozostawałoby unieważnienie postępowania. Zauważyć jednak należy, że w wyniku nowelizacji o wiele większego 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 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 wzrosło.

Izba również zauważała, 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 nikt nie uzyskuje zamówienia. Ostatecznie, zgodnie z takimi założeniami właśnie ukształtowała się treść art. 180 ustawy Pzp.

Reasumując, zarzuty zaniechania odrzucenia oferty podniesione w rozpoznawanym odwołaniu (zaniechanie odrzucenia oferty firmy STLOMEX: -jako niezgodnej z treścią SIWZ, -z wadliwie dokonaną procedurą obliczenia ceny, -ze względu na nieudzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny – jako przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6; art. 90 ust. 3 ustawy Pzp) nie mieszczą 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, gdyż 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 Pzp.

Izba podzieliła jednolite stanowisko wyrażone w innych orzeczeniach wydanych w analogicznych sprawach, tj. w kilkudziesięciu postanowieniach odrzucających odwołania dotyczące szerokiego rozumienia pojęcia wybór najkorzystniejszej oferty. Sądy Okręgowe w Gdańsku i w Płocku oddaliły skargi na postanowienia Izby.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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, z późn. zm.). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 10 000 zł oraz zasądziła na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego w kwocie 3 600 zł z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....