

POSTANOWIENIE
z dnia 16 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Jolanta Markowska

Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 16 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2017 r. przez wykonawcę: **MEDLAB PRODUCTS Sp. z o.o., ul. Gałczyńskiego 8, 05-090 Raszyn**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej w Oleśnicy, ul. M. Reja 10, 56-400 Oleśnica**

przy udziale wykonawcy: **S. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą INTERLAB WARSZAWA S. K., ul. Sikorskiego 53A, 05-200 Wołomin**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: MEDLAB PRODUCTS Sp. z o.o., ul. Gałczyńskiego 8, 05-090 Raszyn, 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: **MEDLAB PRODUCTS Sp. z o.o., ul. Gałczyńskiego 8, 05-090 Raszyn** 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, z późn. zm.) na postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej w Oleśnicy – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Sukcesywna dostawa odczynników laboratoryjnych, sprzętu laboratoryjnego jednorazowego użytku, wyrobów medycznych jednorazowego użytku, rękawów do sterylizacji, papierów rejestracyjnych EKG, KTG, USG, podkładów i serwet jednorazowego użytku, wzierników ginekologicznych i szczoteczek do cytologii, podzielona na 16 pakietów w ilościach wynikających z bieżących potrzeb Zamawiającego”*, 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”, znak sprawy: SZPZOZ/ZP/01/2017.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych, nr 58809 - 2017 z dnia 05.04.2017 r.

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

Odwołujący – MEDLAB PRODUCTS Sp. z o.o. z siedzibą w Raszynie – wskazując, że powziął wiadomość o czynności zamawiającego w dniu 27.04.2017 r. z pisma *„Ogłoszenie o wyborze oferty najkorzystniejszej”*, wniósł na podstawie art. 182 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy odwołanie od niezgodnej (sprzecznej) z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego – dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w Pakiecie nr 3.

Wskazał czynności Zamawiającego stanowiące naruszenie przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 82 ust. 3 przez uznanie, że oferta firmy Interlab Warszawa odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), gdy w rzeczywistości oferta ta jest niezgodna z treścią SIWZ,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez nieodrzczenie oferty firmy Interlab Warszawa, jako oferty niezgodnej z treścią SIWZ,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 6 przez nieodrzczenie oferty firmy Interlab Warszawa, która zawiera błędy w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 89 ust. 2 ustawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) uwzględnienia odwołania i obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego;
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Pakiecie nr 3;
- 3) ponownego przeprowadzenia badania i oceny ofert;
- 4) wyboru oferty Odwołującego w Pakiecie nr 3.

Odwołujący wskazał też, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy.

Na skutek wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty firmy Interlab Warszawa, Odwołujący zostaje pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, co narusza jego interes *prawny i finansowy*.

Powyższe dowodzi spełnienia przesłanek do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wskazał okoliczności zachowania terminu do wniesienia odwołania oraz przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.

Uzasadnienie odwołania.

Za najkorzystniejszą ofertę w Pakiecie nr 3, Zamawiający uznał ofertę złożoną przez firmę Interlab Warszawa z siedzibą w Wołominie (dalej zwaną Interlab); dowód: pismo Zamawiającego z dnia 27.04.2017 r. - Ogłoszenie o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego o wyborze oferty firmy Interlab w Pakiecie nr 3, Odwołujący uzasadnił swoje stanowisko następująco:

W SIWZ Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą formularza cenowego dla danego pakietu. Pakiet nr 3 - Zestaw do zamkniętego systemu pobierania krwi, zawierał następujące kolumny:

1. liczbę porządkową - kolumna 1
2. nazwę i asortyment towaru - kolumna 2
3. jednostkę miary - kolumna 4
4. przewidywaną ilość badań w ciągu 36 miesięcy - kolumna 6
5. podatek VAT (podać obliczony % nie stawkę 1 opakowania, sztuki) - kolumna 7
6. cenę brutto 1 opakowania lub sztuki - kolumna 8
7. ogółem wartość netto - kolumna 9
8. ogółem wartość brutto - kolumna 10
9. termin przydatności (podać oferowany okres w miesiącach) - kolumna 11.

Wykaz asortymentowo-ilościowy zamawianych artykułów w Pakiecie nr 3 obejmował 7 pozycji. Kolumny wymienione w pkt 5, 6, 7, 8, 9 wypełniali wykonawcy.

Firma Interlab wypełniając formularz dla Pakietu nr 3 popełniła szereg uchybień i błędów zarówno w podanych informacjach jak i w obliczeniu ceny:

1. Po pierwsze, w kolumnach 7 *"podatek VAT (podać obliczony % nie stawkę 1 opakowania, sztuki)"* i 8 *"cena brutto 1 opakowania, sztuki"* firma Interlab nie wskazała czy podane przez nią (...) dotyczą 1 sztuki, czy też jednego opakowania. Już tylko ten błąd powoduje, że oferta firmy Interlab jest niezgodna z treścią SIWZ i powinna ulec odrzuceniu.

Firma Interlab popełniła także inne błędy w ofercie, które powodują, że winna zostać odrzucona. Zostały one popełnione w taki sam sposób we wszystkich pozycjach 1-7 formularza cenowego, dlatego Odwołujący przedstawił je tylko na przykładzie pozycji 1 formularza ofertowego do Pakietu 3.

2. Przyjmując hipotetycznie (bo nie wynika to z danych w innych kolumnach dla pozycji nr 1), że wykonawca w kolumnie *"cena brutto 1 opakowania, sztuki"* podał cenę 1 sztuki (założenie to wynika z faktu, że nigdzie nie podał wielkości opakowania), podana w kolumnie 10 *"ogółem wartość brutto"* kwoty nie wynika z pomnożenia ceny brutto 1 sztuki i przewidywanej ilości badań w ciągu 36 miesięcy, bowiem mnożąc cenę 0,26 zł razy 41 000 szt. nie otrzymuje się wartości 11 512,80 zł., ale wartość 10 660,00 zł. Firma Interlab kwotę 10 660,00 wpisała w kolumnie 9 *"ogółem wartość netto"*.

3. Jednakże podana przez firmę Interlab wartość jako wartość netto w kolumnie 9 nie wynika z danych zawartych w innych kolumnach. Jeśli od podanej przez firmę Interlab w kolumnie 10 wartości brutto odejmiemy podaną w kolumnie wartość podatku VAT za 1 szt. w wysokości 852,80 zł (wykonawca zobowiązany był podać podatek VAT obliczony % nie stawkę 1 opakowania, sztuki) pomnożoną przez 41 000 szt., otrzymuje się nonsensowną ujemną kwotę w wysokości minus 34 953 287,72 zł.

Powyższy rachunek wskazuje, że błędów popełnionych przez firmę Interlab w arkuszu cenowym do Pakietu 3 nie można zaliczyć do oczywistych omyłek rachunkowych, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2.

Te błędy w obliczeniu ceny zostały popełnione dla wszystkich pozycji arkusza ofertowego.

4. Błędy wykazane w punkcie powyżej pozwalają domniemywać, że firma Interlab w kolumnie *"cena brutto 1 opakowania, sztuki"* podała być może ceny netto 1 sztuki. Zamawiający nie może jednak poprawić oferty wykonawcy w ten sposób, że podane ceny w kolumnie *"cena brutto 1 opakowania, sztuki"* uzna za ceny netto, bowiem będzie to: stanowiło zmianę treści SIWZ po terminie składania ofert (Zamawiający żądał podania ceny brutto, a nie netto) oraz powodowało, że oferta firmy Interlab różnił się będzie od ofert innych wykonawców w tym pakiecie oraz będzie zmianą oświadczenia wykonawcy.

5. Również podane w kolumnie 7 wartości, gdzie wykonawca zobowiązany był podać *"Podatek VAT (podać obliczony % nie stawkę 1 opakowania, sztuki)"* podane kwoty nie są

obliczonym procentem podatku 1 sztuki lub opakowania, ale różnicą między wartością brutto podaną w kolumnie 10 a wartością netto podaną w kolumnie 9 (wartość kolumna 10 - wartość kolumna 9 = wartość kolumna 7), czyli jak przypuszcza Odwołujący, są wartością podatku VAT dla ilości podanej w kolumnie 6 (Przewidywana ilość badań w ciągu 36 miesięcy). To również jest niezgodne z SIWZ i nie może być poprawione przez Zamawiającego jako oczywista omyłka rachunkowa.

6. Zamawiający nie może też poprawić tych wartości podatku podanych w kolumnie 7 jako innej pomyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodującej istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp), bowiem mógłby to uczynić tylko przez podzielenie podanych w kolumnie 7 wartości podatku VAT przez ilości z kolumny 6. W ten sposób otrzymałby wartości podatku będące (poza poz. 2) liczbami określonymi do 4 miejsc po przecinku, czego Zamawiający nie dopuścił. Zamawiający zmuszony więc byłby, zgodnie ze swoim opisem punktu 14.3 SIWZ, zaokrąglić je do dwóch miejsc po przecinku. W konsekwencji czego musiałaby ulec zmianie wartość brutto każdej pozycji i oferty w całości liczona zgodnie z pkt 14.5 SIWZ jako kol. 9 + kol. 6 x kol. 7. Dla pozycji pierwszej tak liczona wartość brutto wyniosłaby 11 480,00 zł.

7. Takie zaokrąglenie spowodowałoby także niezgodność określonej w kolumnie 7 wartości podatku VAT za 1 szt. ze stawką tego podatku obowiązującą dla wyrobów będących przedmiotem postępowania w Pakiecie 3 wynikającą z art. 41 ust. 2 oraz załącznika 3 poz. 105 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 54 poz. 535, z późn. zm.), zwaną dalej ustawą o VAT.

8. W związku ze sprzecznością podanych danych jak i faktem braku informacji jakich jednostek miary dotyczą oraz niemożnością określenia stawki podatku VAT w sposób zgodny z przepisami ustawy o VAT, Zamawiający na podstawie podanych cen i wartości nie jest w stanie samodzielnie wyliczyć podatku VAT i dokonać poprawy jego wartości w kolumnie 7.

W konsekwencji powyższych faktów z podanej przez firmę Interlab w kolumnie 8 ceny brutto (niezależnie czy jest to cena za 1 szt. czy 1 opakowanie) nie wynikają wartości podane w kolumnach: 7, 9 i 10 i ich sumy. Są to wartości błędne, których nie można poprawić jako oczywistych omyłek rachunkowych (art. 87 ust. 2 pkt 2) lub innych omyłek (art. 87 ust. 2 pkt 3).

Zamawiający nie jest w stanie na podstawie danych zawartych w tabeli asortymentowo-cenowej sprawdzić cen oferty i dokonać ewentualnych poprawek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 ustawy. Po pierwsze, wykonawca nie zaznaczył jakiej jednostki miary dotyczą ceny określone w kolumnie z nr 7 i 8, po drugie - nieprawidłowo podał wartości netto i brutto w kolumnach 9 i 10. Po trzecie, podatek VAT został obliczony w sposób nieprawidłowy. Po czwarte, podane liczby nie są ze sobą skorelowane

rachunkowo. W związku z powyższym niemożliwe jest dokonanie poprawy wszystkich stwierdzonych w ofercie błędów, gdyż Zamawiający nie jest w stanie sam, bez udziału wykonawcy ich dokonać.

Zatem, błędy w formularzu cenowym firmy Interlab nie mogą być traktowane jako omyłki rachunkowe lub inne polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, ale jako błędy w obliczeniu ceny, których nie można poprawiać w ofercie wykonawcy i które powinny być podstawą do odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych wynikającą z analiz orzecznictwa sądów i Krajowej Izby Odwoławczej *„oczywistą omyłką rachunkową jest omyłka wynikająca z błędnej operacji rachunkowej na liczbach. Stwierdzenie omyłki może mieć miejsce w sytuacji, w której przebieg działania matematycznego może być prześledzony i na podstawie reguł rządzących tym działaniem możliwe jest stwierdzenie błędu w jego wykonaniu.”*

Jednocześnie Urząd Zamówień Publicznych w opracowaniu podał: *„Należy również wskazać na istotne różnice pomiędzy omyłką rachunkową a błędem w obliczeniu ceny. Pzp nie definiuje tych pojęć, jednak przyjęć należy, iż przez omyłkę rachunkową w obliczeniu ceny trzeba rozumieć taki błąd popełniony przez wykonawcę przy obliczaniu ceny, który polega na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego. Oczywista omyłka rachunkowa jest konsekwencją niewłaściwego przeprowadzenia obliczeń arytmetycznych (zob. KIO 2162/11). Oczywistą omyłką rachunkową jest widoczny; niezamierzony błąd rachunkowy popełniony przez wykonawcę, który polega na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego, a w szczególności błędne zsumowanie lub odjęcie poszczególnych pozycji (KIO/UZP 20/09). Omyłka może być zatem uznana za oczywistą, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka, bezsporna, nie budząca wątpliwości (KIO UZP 62/09).”*

Natomiast zgodnie również z opinią Urzędu Zamówień Publicznych wynikającą z analiz orzecznictwa sądów i Krajowej Izby Odwoławczej: *„Błędem w obliczeniu ceny, w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp jest błąd co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, nie zaś nieprawidłowe wykonanie czynności arytmetycznych składających się na obliczenie ceny. Błędy w obliczeniu ceny charakteryzują się tym, że nie można ich w żaden sposób poprawić. (...) Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO/UZP 1528/10, w którym stwierdziła, że „błędem w obliczeniu ceny będzie obarczona taka oferta, z której w sposób jednoznaczny będzie wynikał zamiar wykonania świadczenia za odmienną cenę aniżeli wskazano w ofercie; będzie to oferta z której treści (przykładowo w części opisującej kalkulację) będzie wynikała sprzeczność tego rodzaju, że niewątpliwie będzie, że zaoferowana za wykonanie zamówienia cena nie jest tą, której wykonawca oczekuje.”*

Taka sytuacja ma miejsce w tym postępowaniu. Z cen brutto podanych przez firmę Interlab w kolumnie 8 (nawet jeśli przyjmie się, że są to ceny za 1 szt.) oraz wartości podatku VAT w kolumnie 7, wynikają zupełnie inne wartości brutto niż te, które podała firma Interlab w kolumnie 10 - „*Ogółem wartość brutto*”.

Zamawiający mógłby potraktować błędne wartości w kolumnie 10 jako omyłkę rachunkową i poprawić je wyliczając jako iloczyn kolumn 6 i 8. Jednak taki sposób obliczenia wartości brutto byłby niezgodny z określonym w punkcie 14.5 SIWZ. Poprawienie jednak tych wartości powoduje wykonanie świadczenia za odmienną cenę aniżeli wskazano w ofercie i wykonanie zamówienia za cenę, która nie jest ceną, której wykonawca oczekiwał (wartość brutto będzie wynosić 55 360,00 zł), a nie jak oczekiwał wykonawca - 59 798,80 - *nota bene* wartość ta jest nieprawidłowa, bowiem powinno być 59 788,80 zł), a podane w kolumnie 7 stawki VAT pozostaną dalej błędne.

Dlatego też błędy w ofercie firmy Interlab należy potraktować jako błędy w obliczeniu ceny, które nie mogą być poprawione, a nie omyłki rachunkowe.

Stwierdzono to jednoznacznie w opracowaniu Urzędu Zamówień Publicznych: „*Błąd w obliczeniu ceny, którego nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, to błąd, którego poprawienie z obiektywnych względów jest niedopuszczalne, przykładowo z uwagi na to, że taka korekta ingerowałaby w sposób nieuprawniony w treść oświadczenia woli wykonawcy.*”

To ma również zastosowanie w tym postępowaniu, bowiem ewentualne poprawienie przez Zamawiającego omyłek i błędów w ofercie firmy Interlab, niezależnie o niemożliwości ich dokonania zgodnie z ustawą, wiązałoby się ze zmianą treści oświadczenia woli wykonawcy (dotyczy ceny wykonania zamówienia).

Popelnione przez firmę Interlab błędy w formularzu cenowym nie klasyfikują się również jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, które kwalifikują się do poprawienia przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zobowiązuje Zamawiającego do poprawienia w ofercie omyłek, które spełniają postawione w tym przepisie warunki, tj. polegają na niezgodności ofert ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Przywołany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp obliguje Zamawiającego do poprawienia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego omyłek w treści oferty, jeżeli zachodzą łącznie dwie okoliczności: stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter omyłki i poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

W tym postępowaniu nie zachodzą obie przesłanki.

Zamawiający nie może potraktować stwierdzonych błędów w formularzu cenowym jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian

w treści oferty, bowiem omyłki te są jak wykazano powyżej błędami w obliczeniu ceny, których poprawienie wiązałoby się ze zmianą treści oferty czyli oświadczenia woli wykonawcy.

Konkludując, Odwołujący uznał, że oferta firmy Interlab zawiera błędy w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy, które powodują, że treść tej oferty jest niezgodna z treścią SIWZ, a Zamawiający dokonując wyboru oferty firmy Interlab w Pakiecie nr 3 naruszył art. 82 ust. 3, art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy Pzp.

W świetle powyższego odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

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

Zarzuty przedstawione w odwołaniu dotyczą zaniechania czynności zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy: S. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą INTERLAB WARSZAWA S. K. z siedzibą w Wołominie – oferta nie odpowiada treści SIWZ, jest niezgodna z treścią SIWZ oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 89 ust. 2 (*prawidłowo: art. 87 ust. 2*) ustawy. Zaniechanie zamawiającego odrzucenia oferty powoduje, zdaniem odwołującego, naruszenie art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Oceniając zarzuty w kontekście ich podstaw, Izba wskazuje: przepis art. 180 ust. 2 Pzp stanowi, 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, 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. [ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020)].

Po pierwsze, 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 art. 180 ust. 2 pkt 6 w innym, węższym znaczeniu, niż potocznie rozumiany – w pojęciu tym nie mieszczą się czynności wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty wykonawcy, ponieważ w odrębnych punktach przywoływanego przepisu wymieniono przesłanki odwoławcze wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia oferty odwołującego (art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp).

W konsekwencji, pojęcie wybór oferty najkorzystniejszej, o którym stanowi art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp, należy rozumieć wąsko. Zakładając racjonalność i konsekwencję ustawodawcy, nie można 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 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, co ma miejsce w rozpoznawanym odwołaniu.

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 i 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 rozróżnia wybór oferty najkorzystniejszej i wykluczenie wykonawcy/odrzucenie oferty: odrębnie wypowiada się o wyborze oferty najkorzystniejszej (pkt 1), wykluczeniach (pkt 2), odrzuceniach (pkt 3). Po wejściu w życie nowelizacji Prawa zamówień publicznych w dniu 28 lipca 2016 r., zamawiający nie ma już obowiązku jednoczesnego informowania o tych czynnościach. Czynności podejmowane w postępowaniu będą rozłożone w czasie w stopniu znacznie większym, niż dotychczas. Nowelizacja sankcjonuje 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 stwarza wykonawcy w art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp możliwość kwestionowania wyboru oferty najkorzystniejszej, to zezwala tym samym na kwestionowanie wszystkich wcześniejszych czynności, 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 stanowi art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp: 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 unieważnienie postępowania. Zauważyć jednak należy, że w wyniku nowelizacji o wiele większe znaczenie nadano pozacenowym kryteriom oceny ofert (np. kwalifikacje i doświadczenie osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, aspekty społeczne, jakościowe, innowacyjne), których stosowanie jest w znacznej większości przypadków obowiązkowe. Znacznie większe znaczenie ma 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 wzrasta.

Izba również zauważa, 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) zaznaczył 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 właśnie założeniami ukształtowała się treść art. 180 ustawy Pzp.

Reasumując, zarzuty podniesione w rozpoznawanym odwołaniu, tj. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy: S. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą INTERLAB WARSZAWA S. K. z siedzibą w Wołominie, 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, uznając za zasadne stanowisko 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 7 500 zł.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....