

POSTANOWIENIE
z dnia 23 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś

Robert Skrzyszewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 23 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2017 r. przez wykonawcę **Goldman & White Lina Architects sp. z o.o. sp.k., ul. Dolna Wilda 26/26, 61-552 Poznań**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miejską Głogów, ul. Rynek 10, 67-200 Głogów**

przy udziale wykonawcy **M. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pracownia Architektoniczna Exigo, ul. Kołłątaja 26/9, 24-100 Puławy**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. odrzuca odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Goldman & White Lina Architects sp. z o.o. sp.k., ul. Dolna Wilda 26/26, 61-552 Poznań i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Goldman & White Lina Architects sp. z o.o. sp.k., ul. Dolna Wilda 26/26, 61-552 Poznań 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 w Legnicy.**

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na opracowanie projektu budowlanego i wykonawczego na rewitalizację budynku nr 1 – budynku koszarowego zlokalizowanego na terenach dawnych koszar wojskowych w Głogowie w ramach zadania pn. „Adaptacja budynku koszarowego na budynek mieszkalny przy ul. Wojska Polskiego – dokumentacja” wraz z uzyskaniem niezbędnych decyzji administracyjnych, w tym, m.in. decyzji pozwolenia na budowę, prowadzonym przez Gminę Miejską Głogów (dalej „zamawiający”) wykonawca Goldman & White Line Architects sp. z o.o. sp.k. (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty M. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pracownia Architektoniczna Exigo M. K. .

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4, poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Exigo w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę i jako taka winna zostać odrzucona,
2. art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 i ust. 2, poprzez ich niezastosowanie i w konsekwencji dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Exigo w sytuacji, gdy wykonawca ten w ogóle nie przedstawił kalkulacji elementów cenotwórczych oferty, ograniczając się do zapewnienia, że wykona należycie przedmiot zamówienia za zaoferowaną cenę, tj. w sytuacji, gdy Exigo nie obaliło domniemania rażąco niskiej ceny w postępowaniu wyjaśniającym, co w konsekwencji winno prowadzi do odrzucenia oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Exigo jako oferty najkorzystniejszej,
2. odrzucenie oferty Exigo jako zawierającej rażąco niską cenę,
3. powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł także o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania wg norm prawem przepisanych.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Wartość zamówienia, zgodnie z informacją przekazaną przez zamawiającego (pismo do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 maja 2017 r.), jest mniejsza niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 45653 z dnia 17 marca 2017 r.

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 odrzucenia oferty wykonawcy M. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pracownia Architektoniczna Exigo, ul. Kołłątaja 26/9, 24-100 Puławy z tego powodu, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę oraz z tego powodu, że wykonawca nie przedstawił kalkulacji elementów cenotwórczych, tj. nie obalił domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej.

Oceniając zarzuty w kontekście ich podstaw, skład orzekający Izby wskazuje, że przepis art. 180 ust. 2 ustawy 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.

Zarzut odwołania, tj. zaniechanie odrzucenia wybranej oferty, nie jest żadną z czynności wymienionych w art. 180 ust. 2 pkt 1-5 ustawy 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 ustawy 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 ustawy 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 ustawy 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 Pzp 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, należy 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 ustawy Pzp).

W konsekwencji, pojęcie wybór oferty najkorzystniejszej, o którym stanowi art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy 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 ustawy Pzp. Przepis ten jest skorelowany z przesłanką wskazaną w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy 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 ustawy Pzp. Z dotychczasowego przepisu art. 92 ust. 1 ustawy Pzp 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 ustawy 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 ustawy Pzp możliwość kwestionowania wyboru oferty najkorzystniejszej, to zezwala tym samym na kwestionowanie wszystkich wcześniejszych czynności, które prowadzą do wyboru oferty – ponieważ konsekwencją byłoby umożliwienie wzruszenia 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 ustawy 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 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 poprzez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Można zatem twierdzić, że właśnie dlatego w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp dodano możliwość zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, której znaczenie wzrasta.

Skład orzekający Izby 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. *„Przed 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 M. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pracownia Architektoniczna Exigo, ul. Kołłątaja 26/9, 24-100 Puławy nie mieszczą się w zamkniętym katalogu podstaw odwoławczych wymienionych w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, czego konsekwencją jest odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, gdyż w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 tej ustawy, 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 skład orzekający Izby orzekł 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.).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....