

Sygn. akt: KIO 696/17

POSTANOWIENIE
z dnia 12 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Agata Mikołajczyk

Aneta Mlącka

po rozpoznaniu w dniu 12 kwietnia 2017 r. w Warszawie na posiedzeniu niejawnym prowadzonym bez udziału stron, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 kwietnia 2017 r. przez **Wykonawcę – BIURPAP J.M.G. F. Spółka jawna** z siedzibą w Łodzi, przy ul. Brukowej 28 (91-341 Łódź)

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Gminę Aleksandrów Łódzki**, pl. Kościuszki 2 (95-070 Aleksandrów Łódzki)

postanawia:

1. **Odrzuca odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę – BIURPAP J.M.G. F. Sp. j. z siedzibą w Łodzi 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 – BIURPAP J.M.G. F. Sp. j. z siedzibą w Łodzi 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 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 Łodzi**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Gminę Aleksandrów Łódzki na *sukcesywne dostawy artykułów biurowych i druków akcydensowych na potrzeby Urzędu Miejskiego w Aleksandrowie Łódzkim* (nr. ref. ZP.271.5.2017), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13.03.2017 r., pod nr 41846, wobec czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Firmę G. W. Sp. j. z siedzibą w Łodzi i zaniechania jej odrzucenia, Wykonawca BIURPAP J.M.G. F. Sp. j. z siedzibą w Łodzi (dalej jako Odwołujący) wniósł w dniu 10 kwietnia 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 696/17).

Informację o wynikach oceny ofert i wyborze ofert najkorzystniejszych Odwołujący otrzymał od Zamawiającego mailem w dniu 5 kwietnia 2017 r. (pismo z dnia 05.04.2017 r.).

Wartość zamówienia ustalona została przez Zamawiającego na kwotę 159.214,26 zł. i nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy. Również wysokość uiszczzonego wpisu - 7.500,00 zł. wskazuje na postępowanie o wartości zamówienia nie przekraczającej kwoty wynikające z rozporządzenia z 28 grudnia 2015 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. poz. 2263 ze zm.).

Odwołujący wnosil o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zobowiązanie Zamawiającego do odrzucenia oferty G. W. Sp. j. z/s w Łodzi i powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym bez udziału stron w dniu 12.04.2017 r., Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zachodzi podstawa do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 Ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako Ustawa), jako dotyczącego innych czynności, niż określone w art. 180 ust. 2 Ustawy, po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020).

Zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 6 Ustawy *Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: wyboru najkorzystniejszej oferty.* Pozostałe czynności, wobec których przysługuje odwołanie, w postępowaniu poniżej wartości wyznaczającej próg do zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych dotyczą: wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę (pkt

1), określenia warunków udziału w postępowaniu (pkt 2), wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia (pkt 3), odrzucenia oferty odwołującego (pkt 4), opisu przedmiotu zamówienia (pkt 5).

Uwzględniając, poszerzony w wyniku nowelizacji Ustawy katalog czynności, wobec których wykonawcy w postępowaniu o mniejszej wartości, przysługuje prawo do wniesienia odwołania Izba uznała, iż wniesione odwołanie nie dotyczy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Wskazuje ono bowiem na nieprawidłową czynność badania oferty uznanej za najkorzystniejszą pod kątem oceny jej zgodności z siwz, w związku z zaferowanym płynem czyszczącym do tablic, który nie występuje na rynku i nie będzie mógł być dostarczony Zamawiającemu, co powinno skutkować odrzuceniem tej oferty. Faktycznie zatem odwołaniem objęto czynność oceny oferty wybranej pod kątem stwierdzenia przez Zamawiającego braku podstaw do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, co miało doprowadzić do ustalenia nieprawidłowego wyniku postępowania. Odwołujący zwrócił uwagę na wykładnię przesłanki z art. 180 ust. 2 pkt 6 Ustawy prezentowaną w orzecznictwie sądowym, w którym przyjmuje się jako zgodne z celem Ustawy rozumienie czynności „wyboru oferty najkorzystniejszej” w kontekście rozdziału 4 Ustawy. Prawidłowa wykładnia przepisu powinna prowadzić do wniosku, iż odwołaniem objęte mogą być wszystkie zachowania zamawiającego w ramach badania i oceny ofert prowadzące do wadliwego, niezgodnego z przepisami prawa zamówień publicznych wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym również zaniechanie odrzucenia oferty.

Uwzględniając dotychczas prezentowane stanowisko Izby, jednolite w rozumieniu zakresu czynności wskazanych w art. 180 ust. 2 pkt 6 (przykładowo: postanowienie KIO z dnia 27.03.2017r., sygn. akt KIO 529/17, postanowienie KIO z 16.11.2016 r., sygn. akt KIO 2084/16), skład orzekający Izby uznaje, iż czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oznacza wskazanie oferty, która prezentuje najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów pozacenowych, czyli dotyczyć może wyłącznie zgodnego z siwz zastosowania kryteriów oceny ofert, co koresponduje z przepisem art. 91 ust. 1 Ustawy, którego naruszenie nie jest podstawą przedmiotowego odwołania. Mając świadomość istniejącej rozbieżności w stanowisku Sądów Powszechnych (odmienny pogląd niż prezentowany przez Odwołującego wyraził Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 03.01.2017 r, sygn. akt XII Ga 837/17), nie można pomijać istotnych argumentów, jakie płyną z części orzeczeń zgodnych z wykładnią Ustawy, jaką prezentuje Izba. W szczególności, właściwym jest odwołanie się do ustawowego rozumienia oferty najkorzystniejszej, które odnosi się do zastosowania ustalonych kryteriów oceny ofert, w oderwaniu od przesłanek odrzucenia oferty, czy też wykluczenia wykonawcy z postępowania (przepis ujęty w rozdziale 4 Ustawy). Przyjęcie odmiennego rozumienia czynności „wyboru oferty najkorzystniejszej”, to jest jako wszystkich

czynności, które doprowadziły do wyboru oferty najkorzystniejszej, powodowałyby faktyczne rozszerzenie zakresu możliwych do zaskarżenia czynności, w tym również na ocenę innych ofert, niż wybrana, które przy prawidłowych ustaleniach powinny być uznane za najkorzystniejsze, a nie zostały odrzucone. Można bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której do wskazania oferty najkorzystniejszej doprowadziłoby np. zaniechanie poprawienia ceny w ofercie innego wykonawcy (obarczonej omyłką rachunkową), co przy jednocześnie prawidłowej weryfikacji oferty uznanej za najkorzystniejsza, miałoby ten skutek, że odwołanie faktycznie dotyczyłoby oceny oferty innego wykonawcy, niż wybranej. Taką sytuację Ustawa przewiduje ale tylko w zakresie możliwości zaskarżenia wyłącznie czynności odrzucenia lub wykluczenia z postępowania odwołującego, a zatem dotyczy właśnie obszaru zdarzeń, które dotyczą innej oferty niż wybrana. Wskazując dalsze przykłady nie można pominąć konsekwencji błędów, jakie mogą wystąpić w postępowaniu dwuetapowym, w którym każdy błąd zamawiającego popełniony w pierwszej fazie postępowania skutkujący zaproszeniem do złożenia oferty przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, mógłby stanowić podstawę do formułowania zarzutów z powołaniem się na czynność końcową, jaką zasadniczo jest wybór oferty najkorzystniejszej. Powszechnym mogłoby być zatem kwestionowanie ustalenia grona podmiotów zaproszonych do złożenia oferty, która to czynność nie jest wskazana wśród czynności wymienionych w art. 180 ust. 2 Ustawy, a mogłaby prowadzić do uznania, że wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany z naruszeniem przepisów Ustawy i to niezależnie od tego, czy oferta wybrana rzeczywiście była najkorzystniejsza. Zasadniczo, oparty na tej podstawie zarzut mógłby prowadzić do wskazywania także na podstawy do unieważnienia postępowania, chociaż ta czynność również nie jest wymieniona w art. 180 ust. 2 Ustawy. Skoro właściwym miałoby być przyjęcie, iż pod czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej, należałoby rozumieć zaniechanie odrzucenia tej oferty, to również nie byłoby powodów do odmowy przyjęcia, iż kwestionując czynność wyboru oferty najkorzystniejszej można byłoby wskazywać na przesłanki do unieważnienia postępowania, których konsekwencją powinno być unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej.

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

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

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu wniesioną przez Odwołującego w wysokości 7.500 zł.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....