

Sygn. akt: KIO 709/17

POSTANOWIENIE
z dnia 21 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak
Andrzej Niwicki

po rozpoznaniu w dniu 21 kwietnia 2017 r. w Warszawie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 kwietnia 2017 r. przez wykonawcę **Polmil sp. z o.o.** (ul. Przemysłowa 8, 85-758 Bydgoszcz) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Samodzielny Publiczny ZOZ Wojewódzki Szpital Zespólny im. J. Śniadeckiego** (ul. M. Skłodowskiej-Curie 26, 19-950 Białystok)

przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego J. C., A. M. „Medica” spółka jawna (ul. Przemysłowa 4a, 59-300 Lublin)

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego **Polmil sp. z o.o.** (ul. Przemysłowa 8, 85-758 Bydgoszcz) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7500 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Polmil sp. z o.o.** (ul. Przemysłowa 8, 85-758 Bydgoszcz) 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 **Białymstoku**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 709/17

Uzasadnienie

Zamawiający Samodzielny Publiczny ZOZ Wojewódzki Szpital Zespolony im. J. Śniadeckiego prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest Dostawa drobnego Sprzętu Medycznego jednorazowego użytku. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 6 lutego 2017 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 20356-2017.

10 kwietnia 2017 roku Odwołujący Polmil sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy J. C., A. M. „Medica” spółka jawna, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, prowadzenia postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyboru oferty Wykonawcy J. C., A. M. „Medica” spółka jawna, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 17, powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie pakietu nr 17, odrzucenia oferty złożonej przez J. C., A. M. „Medica” spółka jawna oraz uznanie, że ofertę najkorzystniejszą w zakresie pakietu nr 17 złożył Odwołujący.

Informację o wynikach postępowania, w tym o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wynikach oceny ofert Zamawiający przesłał faksem 5 kwietnia 2017 r. Wartość zamówienia ustalona została przez Zamawiającego na kwotę 667601,86 zł i nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy. Również wysokość uiszczzonego wpisu, wymaganego dla dostaw, w wysokości 7.500 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.).

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca J. C., A. M. „Medica” spółka jawna.

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

Odwołujący Polmil sp. z o.o. w treści odwołania podniósł zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy J. C., A. M. "Medica" spółka jawna z siedzibą w Lublinie.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu po nowelizacji z 22 czerwca 2016 roku Izba odrzuca odwołanie jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. W powołanym art. 180 ust. 2 ustawy wskazano, że w postępowaniu 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

Choć katalog sytuacji, w których w postępowaniach podprogowych w wyniku nowelizacji przysługuje wniesienie odwoływania uległ rozszerzeniu, między innymi o czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, to zdaniem składu orzekającego, w ślad za dotychczasowym orzecznictwem Izby w tym zakresie, w przedmiotowej sprawie odwołanie dotyczy czynności, wobec których ustawodawca nadal wyłączył prawo zaskarżenia decyzji Zamawiającego. Odwołanie dotyczy zaniechania odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą z powodu jej niezgodności z postanowieniami SIWZ. Z powodu braku tego typu czynności w katalogu w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, stwierdzić należy, że ustawa nie przyznaje w art. 189 ust. 2 ochrony prawnej w postaci możliwości wniesienia odwołania odnośnie takiego rozstrzygnięcia.

Izba podziela dotychczasową argumentację Izby dotyczącą interpretacji przesłanki zaskarżenia ujętej w treści przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp wyrażoną w jednolitym w tym zakresie orzecznictwie Izby, tj. postanowieniach Krajowej Izby Odwoławczej w postanowieniu z 5 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1599/16, w postanowieniu z 15 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1674/16, w postanowieniu z 21 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1696/16, w postanowieniu z 29 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1750/16, postanowieniu z 4 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1810/16, postanowieniu z 4 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1816/16, postanowieniu z 13 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1862/16, postanowieniu z 18 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1910/16, postanowieniu z 25 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1930/16, postanowieniu z 2 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2015/16, postanowieniu z 8 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2026/16, postanowieniu z 7 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2059/16, postanowieniu z 16 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2084/16, postanowieniu z 17 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2128/16, postanowieniu z 29 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2162/16, postanowieniu z 7 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2203/16, postanowieniu z 1 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2211/16, postanowieniu z 30 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2232/16, postanowieniu z 14 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2283/16, postanowieniu z 13 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2292/16, postanowieniu z 15 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2298/16, postanowieniu z 22 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2355/16, postanowieniu z 30 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2397/16, postanowieniu z 2 stycznia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2405/16, postanowieniu z 5 stycznia 2017 r. w sprawie 2462/16, postanowieniu z dnia 26 stycznia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 122/17, jak również postanowieniu z dnia 3 marca 2017 r. w sprawie o sygn. akt 342/17.

Izba podziela dotychczas wyrażane stanowisko, zgodnie z którym:

„Analiza znowelizowanego przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp 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 wykluczenia z postępowania i zaniechanie czynności odrzucenia oferty, a jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ.

Za takim rozumieniem przepisu przemawia wykładnia językowa art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. 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 pkt 3 i 4, zgodnie z którymi odwołanie ma przysługiwać wobec czynności odrzucenia wyłącznie oferty Odwołującego i czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania. Powyższe przesądza, że pod pojęciem „czynność wyboru oferty najkorzystniejszej” nie może się kryć czynność odrzucenia oferty Odwołującego ani czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania, wówczas bowiem objęcie tych samych czynności dyspozycją pkt 3 i 4 tegoż artykułu ustawy byłyby zbędne. Nie należy zatem domniemywać, że „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” obejmuje zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania innych wykonawców lub odrzucenia ich ofert. Nie jest to konieczne dla interpretacji przesłanki z pkt 6, która ma określony zakres zastosowania, służy mianowicie zakwestionowaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest najkorzystniejsza, gdyż nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała albo nie jest ofertą z najniższą ceną lub kosztem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub koszt, czyli nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu definicji z art. 2 pkt 5 Pzp.

Ponadto dostrzeżenia wymaga, że przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter wyjątku od zasady. W przeciwieństwie do postępowań powyżej progów, w przypadku postępowań podprogowych zasadą jest to, że odwołanie nie przysługuje. O intencjach ustawodawcy świadczy nieprzypadkowo użyte w art. 180 ust. 2 Pzp słowo „wyłącznie”. Ustawodawca w wyniku nowelizacji nie zdecydował o zniesieniu różnic przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej w postępowaniach podprogowych i postępowaniach poniżej progów. 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.

Warto także podkreślić, iż w postępowaniach powyżej progów, 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*. Tymczasem w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp była i jest mowa wyłącznie o tym, że odwołanie w postępowaniach podprogowych służy wyłącznie wobec czynności, zaś ustawodawca nie wspomina o „zaniechaniach”. Skoro sama zasada konstytuująca wyjątek nie uległa zmianie, nie ma podstaw, aby domniemywać, że wyłącznie w przypadku przesłanki z pkt 6 obejmuje ona teraz zarówno czynność, jak i zaniechania czynności (w dodatku innych niż czynność wprost wymieniona w przesłance). Przewidziany w przepisie

art. 180 ust. 2 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 wspomina o zaniechaniach.

Tym samym konfrontując treść art. 180 ust. 1 oraz art. 180 ust. 2 ustawy Pzp wskazać należy, że o ile w ramach postępowań powyżej progów UE zaskarżeniu w drodze środków ochrony prawnej mogą podlegać zarówno zaniechania, jak i czynności podmiotu zamawiającego to w postępowaniu poniżej progów UE zaskarżeniu podlegają jedynie czynności w znaczeniu pozytywnym (bez zaniechań)”.
W świetle powyższego, zarzuty podniesione w odwołaniu nie mieszczą się w katalogu określonym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, gdzie mowa jest wyraźnie o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie zaś o zaniechaniu czynności odrzucenia oferty innego wykonawcy czy zaniechaniu czynności wykluczenia wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą.

Mając powyższe na uwadze 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 w wysokości 7.500 zł.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....