



# PRAWO GOSPODARCZE

## Wykonawca powinien przedstawić zamawiającemu opłaconą polisę OC

### Obrona tylko swojej oferty w przetargach o małej wartości

■ Zamawiający prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy – Prawo zamówień publicznych (tj. poniżej tzw. progów unijnych). W ramach postępowania zamawiający wybrał najtańszą (ale niezgodną z SIWZ) ofertę przedsiębiorcy Kowalskiego. Jednocześnie odrzucił on droższą (ale zgodną z SIWZ) ofertę przedsiębiorcy Nowaka. Czy przedsiębiorca Nowak ma możliwość wniesienia odwołania do KIO wobec takiego rozstrzygnięcia przetargu?

Odpowiedź na tak sformułowane pytanie należy rozpocząć od wskazania ogólnej zasady. Zgodnie z nią w przypadku, gdy zamawiający dokonuje czynności niezgodnej z przepisami ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: pzp) lub gdy instytucja zamawiająca zaniecha czynności, do której była zobowiązana na mocy wskazanej ustawy, podmiot – posiadający interes w uzyskaniu zamówienia – może wnieść odwołanie do KIO (art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 pzp). Nie dotyczy to jednak wszystkich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Możliwość zaskarżania czynności i zaniechań zamawiającego została bowiem ograniczona przez ustawodawcę do przetargów o wartości poniżej progów unijnych (art. 180 ust. 2 pzp) **► patrz ramka**. W przypadku takich przetargów odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czterech czynności:

- wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę,
- opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia,
- odrzucenia oferty odwołującego.

Katalog przesłańek określonych w art. 180 ust. 2 pzp jest zamknięty, o czym przesądza użycie przez ustawodawcę sformułowania „wyłącznie”. Potwierdza to jednolite stanowisko doktryny oraz stała linia orzecznicza KIO. Warto wskazać na **wyrok KIO z 28 grudnia 2010 r. (2688/10)**, zgodnie z którym „W przypadku postępowań o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp (tzw. postępowań podprogowych) odwołanie przysługuje jedynie wobec czterech czynności zamawiającego wymienionych w przepisie art. 180 ust. 2 ustawy” bądź **wyrok KIO z 5 sierpnia 2008 r. (1559/10)**, w którym zauważono, że „W art. 180 ust. 2 pzp enumeratywnie zostały wskazane czynności, wobec których możliwe jest kwestionowanie działania zamawiającego w postępowaniach o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp”.

Pytanie czytelnika odnosi się do dwóch ostatnich przesłańek uprawniających do wniesienia odwołania w przypadku

#### ♦ JAKIE PROGI

Progi unijne dla zamówień na dostawy lub usługi (w zależności od kwalifikacji zamawiających) wynoszą: 130.000 euro (tj. 522 548 zł), 200 000 euro (tj. 803.920 zł), bądź 400.000 euro (tj. 1 607 804 zł). Z kolei wartości progów unijnych dla zamówień na roboty budowlane – w każdym przypadku – wynosi 5.000.000 euro (tj. 20 098 000 zł). Jeżeli wartość szacunkowa zamówienia została określona poniżej ww. kwot – odwołanie przysługuje wyłącznie w przypadku zaistnienia którejś z czterech okoliczności wymienionych w art. 180 ust. 2 ustawy pzp. Natomiast w przypadku, gdy wartość szacunkowa zamówienia została określona na równi lub powyżej ww. kwot – odwołanie podlega regulacji określonej w art. 180 ust. 1 pzp. ■

przetargów, których wartość nie przekracza progów unijnych. Odnosząc się zatem tylko do nich, podnieść należy, że aby móc skorzystać ze środka ochrony prawnej w przypadku wykluczenia wykonawcy (art. 180 ust. 2 pkt 3 pzp), należy wskazać naruszenie przepisów pzp przy podjęciu przez zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy ale wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy korzystającego ze środka ochrony prawnej – a nie innego wykonawcy, biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Innymi słowy pzp nie dopuszcza wniesienia odwołania w zakresie czynności dotyczących wykluczenia bądź zaniechania wykluczenia innego wykonawcy.

Patrząc na problem z drugiej strony, jeżeli zamawiający nie wykluczył wykonawcy z postępowania – to nie ma on podstaw do zakwestionowania wyboru najkorzystniejszej oferty. Takie stanowisko przyjęła KIO. Warto zacytować **postanowienie KIO z dnia 12 marca 2010 r. (164/10)**, zgodnie z którym: „Pojęcie czynności zamawiającego nie obejmuje jego zaniechań, które stanowią odrębną kategorię zachowań mających znaczenie prawne. Potwierdzenie powyższych uwag zawiera uzasadnienie do projektu zmiany ustawy – Prawo zamówień publicznych, gdzie zauważono, iż celem nowelizacji było wprowadzenie ochrony prawnej dla zamawiających [...] polegającej na „wyeliminowaniu prawa do wniesienia środków ochrony prawnej na czynności niegodzące bezpośrednio w interes wykonawcy, który z nich korzysta (np. dotyczące) nieprawidłowości w ofercie innego wykonawcy”.

Ostatnią przesłanką wniesienia odwołania – w przypadku postępowań o wartości poniżej tzw. progów unijnych – jest odrzucenie oferty odwołującego (art. 180 ust. 2 pkt 4 pzp). Analogicznie jak w przypadku przesłanki wykluczenia z postępowania prawo wniesienia odwołania w postępowaniach o wartości nieprzekraczającej progów unijnych dotyczy jedynie odrzucenia oferty odwołującego, a nie zaniechania

#### ♦ ZDANIEM AUTORKI

#### Agnieszka Zaborowska

prawnik, specjalizująca się w procesie udzielania i realizacji zamówień publicznych



Prawo wniesienia odwołania w postępowaniach o wartości poniżej tzw. progów unijnych dotyczy jedynie odrzucenia oferty odwołującego, a nie zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy. Oznacza to, że przedsiębiorca Nowak może skutecznie zakwestionować odrzucenie swojej oferty. Nie posiada on jednak podstaw prawnych do zakwestionowania zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Kowalskiego. Konsekwencją wniesienia odwołania przez Nowaka, w którym będzie on kwestionował po pierwsze: odrzucenie swojej oferty, a po drugie: wybór oferty Kowalskiego jako oferty najkorzystniejszej – będzie jego oddalenie przez KIO, z uwagi na brak wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 pzp).

Modyfikując stan faktyczny i zakładając, że Nowak w odwołaniu zakwestionuje wyłącznie wybór oferty Kowalskiego (tj. żadna z ofert nie została odrzucona ani żaden z wykonawców nie został wykluczony) – KIO odrzuci odwołanie z uwagi na art. 189 ust. 2 pkt 6 pzp.

Niemniej jednak skutek dla Nowaka będzie taki sam, poniesie on koszty postępowania odwoławczego przed KIO i nie uzyska zamówienia. Zamawiający będzie miał możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia wyłącznie z Kowalskim.

Jedynym skutecznym rozwiązaniem jest poinformowanie przez Nowaka zamawiającego o niezgodnej z przepisami czynności podjętej w ramach przetargu (art. 181 ust. 1 pzp). Jeżeli zamawiający uzna zasadność takiej informacji, powinien powtórzyć czynność badania i oceny ofert. Zamawiający nie ma jednak obowiązku reagowania i udzielania odpowiedzi na informację Nowaka o naruszeniach pzp. ■

odrzucenia oferty innego wykonawcy. Również w tym przypadku zredagowanie przepisu art. 180 ust. 2 pkt 4 pzp uniemożliwia przyjęcie, że wyznacza on prawo do wniesienia odwołania na zaniechanie odrzucenia oferty innego wykonawcy. Tym samym wskazany przepis dotyczy tylko odwołań od czynności odrzucenia oferty odwołującego.

– Agnieszka Zaborowska