

POSTANOWIENIE
z dnia 17 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Daniel Konicz
Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **17 listopada 2016 r. w Warszawie**, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **8 listopada 2016 r.** przez wykonawcę **AG – Complex Sp. z o. o. ul. Płytowa 14 03-046 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **KZB Legionowo Sp. z o.o., ul. marsz. J. Piłsudskiego 3, 05-120 Legionowo**

postanawia:

- 1. odrzuca odwołanie,**
- kosztami postępowania obciąża wykonawcę **AG – Complex Sp. z o. o. ul. Płytowa 14 03-046 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero grosze) uiszczoną przez wykonawcę **AG – Complex Sp. z o. o. ul. Płytowa 14 03-046 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Utrzymanie czystości Targowiska Miejskiego przy ul. Jana III Sobieskiego w Legionowie*” (oznaczenie postępowania: DOP-ZP-7/2016), zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 317356 – 2016, data zamieszczenia 04.10.2016 r., przez KZB Legionowo Sp. z o.o., ul. marsz. J. Piłsudskiego 3, 05-120 Legionowo zwaną dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 03.11.2016 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. Konsorcjum Firm: 1) M. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Kształtowania Terenów Zielonych M. W., ul. Nasielska 26, 05-140 Sierock; 2) T. Ś. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: T. Ś. „TESTA” URZĄDZENIA I PIELEGNACJA ZIELENI, ul. Wańkowicza 4 m 116, 02-798 Warszawa, zwanego dalej: „*Konsorcjum TESTA*”.

W dniu 08.11.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) AG – Complex Sp. z o. o. ul. Płytowa 14 03-046 Warszawa, zwany dalej: „*AG – Complex Sp. z o. o.*” albo „*Odwolującym*”, wniosła odwołanie. Kopię odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 08.11.2016 r. (e-mailem). Zarzucił naruszeniu przez Zamawiającego:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.), zwanej dalej: „*Pzp*”, poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy: Konsorcjum TESTA, w wyniku niedbalstwa lub lekkomyślności przedstawił informacje w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- 2) art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty Wykonawcy: Konsorcjum TESTA w sytuacji, gdy ww. Wykonawca podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu a jego oferta, zgodnie z art. 24 ust 4 Pzp, powinna zostać uznana za odrzuconą,
- 3) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

Wnosił o:

- 1) powtórzenie czynności badania oferty złożonej przez Wykonawcę: Konsorcjum TESTA,
- 2) wykluczenie z udziału w postępowaniu Wykonawcy: Konsorcjum TESTA na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp i uznanie oferty złożonej przez ww. Wykonawcę za odrzuconą,

zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp,

- 3) dokonanie czynności oceny ważnych ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ, na podstawie art. 91 ust. 1 Pzp,
- 4) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp.

Odnosnie pierwszego zarzutu. W dniu 26.10.2016 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę: Konsorcjum TESTA na podstawie art. 24aa ust. 1 Pzp do złożenia m.in.:

- wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, sporządzonego zgodnie z Załącznikiem nr 6 do SIWZ – wraz z załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu.
- wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami- sporządzonego zgodnie z załącznikiem nr 8 do SIWZ.

W odpowiedzi na wezwanie, na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawca Konsorcjum TESTA przedstawił:

- wykaz wykonanych usług, w którym wskazał dwa zamówienia:
 - poz. 1 – zamówienie realizowane na rzecz Urzędu m.st. Warszawy – Dzielnicy Białołęka, w okresie 01.01.2012 – 20.12.2013, w przedmiocie: urządzenie i utrzymanie zieleni parkowej, zieleńców, placów zabaw, pielęgnacja zieleni wysokiej, sprzątanie placów targowych i terenów publicznych o wartości 490.000,00 zł oraz załączył referencje wystawione w dniu 24.02.2014 r.
 - poz. 2 – zamówienie realizowane na rzecz Urzędu m.st. Warszawy – Dzielnicy Białołęka, w okresie 10.01.2014 – 31.12.2015, w przedmiocie: urządzenie i utrzymanie zieleni parkowej, zieleńców, placów zabaw, pielęgnacja zieleni wysokiej, sprzątanie placów targowych i terenów publicznych o wartości 805.000,00 zł oraz załączył referencje wystawione w dniu 22.01.2016 r.

- wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych, w którym wskazał dwa samochody
 - poz. 1 – Scania P380 WL61339 – wywóz śmieci
 - poz. 2 – Mercedes Benz Atego 1218 WL82526 – przewóz kontenerów.

Biorąc pod uwagę warunek udziału w postępowaniu, każdy z wykonawców miał przedstawić co najmniej 2 zamówienia podobne zakresem do przedmiotu zamówienia (tj. usługi polegające na sprzątnięciu placów targowych lub terenów publicznych), wykonane w sposób ciągły w okresie minimum 12 miesięcy, o wartości min. 250.000,00 zł brutto każda. Wskazał, iż żadne z zamówień wskazanych przez Wykonawcę w wykazie nie może być wzięte pod uwagę do oceny w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu z uwagi na fakt, iż zarówno usługa wskazana w poz. 1, jak i usługa wskazana w poz. 2 wykazu, uwzględniając przedmiot zamówień, wykracza znacznie poza zakres podobnych usług do przedmiotu zamówienia, tj. sprzątnięcie terenów publicznych, ponieważ zamówienia wskazane w wykazie obejmowały jednocześnie duży zakres usług ogrodniczych. Podniósł, iż nie stoi na przeszkodzie uwzględnieniu w wykazie usług zamówień, których jednie jakąś część stanowią usługi związane z przedmiotem zamówienia i które potwierdzą spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Jednakże, jeżeli wśród całego zakresu danego zamówienia jedynie jakaś jego część potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu Wykonawca winien określić wartość jedynie tej zrealizowanej części zamówienia, która potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Reasumując, jeżeli w ramach zamówień realizowanych na rzecz Urzędu m.st. Warszawy – Dzielnicy Białołęka Wykonawca realizował usługi w zakresie zieleni (szeroko pojętej) oraz sprzątnięcia terenów publicznych za kwoty 490.000,00 zł oraz 805.000,00 zł to w wykazie zrealizowanych usług winien był wykazać jedynie wartość usług zrealizowanych w zakresie sprzątnięcia placów targowych lub terenów publicznych.

Wskazanie w wykazie zamówień kwoty właściwej dla całego zakresu prac a nie jedynie zakresu związanego ze sprzątnięciem terenów publicznych było zabiegiem istotnie przemyślanym przez Wykonawcę, bowiem dało możliwość spełnienia warunku udziału w postępowaniu bez zbędnych pytań od Zamawiającego. Wykonawca wprowadził tym samym Zamawiającego w błąd, przy czym błąd ten spowodował, że oferta w/w Wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą - zatem podaje informacje w wykazie usług miały istotny wpływ na decyzję podjętą przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Odnosząc się do wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych, biorąc pod uwagę warunek udziału w postępowaniu, każdy z wykonawców miał wskazać specjalistyczny sprzęt typu śmieciarki (min. 1 szt.), kontenery (min.1 szt.). Wskazał, iż wskazane przez Wykonawcę samochody w wykazie nie mogą być wzięte pod uwagę do oceny w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu z uwagi na fakt, iż nie są one

specjalistycznym sprzętem jakiego wymagał Zamawiający. Podkreślił, iż informacje wprowadzające w błąd to informacje nieprawdziwe lub błędne. Za takie informacje należy też uznać sytuację w przypadku zmanipulowania sposobu przekazu prawdziwych informacji. Wykonawcy w takiej sytuacji uważnie dobierają wybrane do przedstawienia informacje lub manipulują słowami, by wywołać u Zamawiającego wyobrażenie, iż podane przez nich informacje odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, podczas gdy w rzeczywistości informacje nieprzetworzone w ten sposób przez Wykonawcę wskazywałyby na niespełnianie tych wymagań. Wykonawca ten w:

- wykazie usług wskazuje, poza skrótowym opisem przedmiotu zamówień szczegółowe informacje jedynie w zakresie związanym ze sprzątnięciem terenów publicznych: po słowach *„urządzenie i utrzymanie zieleni parkowej, zieleńców, placów zabaw, pielęgnacja zieleni wysokiej, sprzątnięcie placów targowych i terenów publicznych”* dodaje wyrażenie *„w tym:”* i wymienia jedynie zakres dot. zakresu usług potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu tj. *„wygrabianie trawników w parkach i na placach zabaw z liści i zanieczyszczeń ze skupin krzewów, bylin, pnączy i traw rabatowych, zmiatanie dróg i placów, alejek żwirowych i nawierzchni sztucznych w parkach i na placach zabaw, sprzątnięcie parków, zieleńców i placów wraz z opróżnianiem koszy na śmieci, stojaków na rowery w stanie używalności, oczyszczanie ręczne zimowe głównych alejek w parkach i na placach zabaw”*,
- w wykazie narzędzi wskazuje w sposób ogólny środki transportu nie opisując, iż mają one charakter specjalistyczny wymagany przez Zamawiającego.

Z powyższego wynika wprost, iż Wykonawca manipuluje opisem wykonanych usług i informacjami o samochodach. Podkreślić przy tym należy, iż zadaniem Wykonawcy jest przedstawienie Zamawiającemu faktów, a ich ocena należy do Zamawiającego. Podniósł, iż art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wymaga, by działanie Wykonawcy (przekazanie wprowadzających w błąd informacji) było zawinione, jednak może to być wina najłżejszego rodzaju, wynikająca z lekkomyślności lub niedbalstwa. Niedbalstwo to zwyczajnie brak zachowania należytej staranności w działaniu. To wszelkiego rodzaju zachowania typu:

- „nie wiedziałem” – podczas gdy chodzi o łatwo dostępne fakty lub takie, które powinny być znane wykonawcy,
- „nie byłem w stanie” – podczas gdy odpowiednio wcześniej zainicjowane działanie skutkowałoby osiągnięciem rezultatu,
- „nie mogłem przewidzieć” – podczas gdy wystarczyłoby racjonalne prognozowanie.

Taka niestaranność wystarczy, by przedstawianie informacji wprowadzających w błąd było zawinione. Przeciwnieństwem niedbalstwa jest zaplanowane, ostrożne i uporządkowane

działanie – zatem dopiero kiedy pomimo takiego działania i starań Wykonawcy okazuje się, że przekazane Zamawiającemu informacje wprowadzają w błąd, dopiero wtedy przekazanie tych informacji nie jest podstawą wykluczenia z postępowania. W działaniu Wykonawcy Konsorcjum TESTA nie można dopatrzeć się starannego działania biorąc pod uwagę sposób przedstawienia informacji w wykazie usług i narzędzi – informacje te zostały przedstawione w formie manipulacyjnej – w sposób wprowadzający w błąd Zamawiającego. Informacje, które są bezpośrednią podstawą podejmowania decyzji przez Zamawiającego o zgodności oferty ze specyfikacją, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, wykluczeniu czy kwalifikacji do kolejnego etapu postępowania mogą mieć istotny wpływ na te decyzje. Są bowiem przedstawiane, by mieć taki wpływ, by procedurze stało się zadość.

Odnosnie drugiego zarzutu. W świetle uzasadnienia zarzutu nr 1 wskazał, iż dokonany przez Zamawiającego wybór oferty Wykonawcy: Konsorcjum TESTA jest nieprawidłowy, bowiem ww. Wykonawca podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Jego oferta winna zatem zostać uznana za odrzuconą. Podkreślił, iż Zamawiający zobowiązany jest do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu Pzp, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania, a jego działanie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad Pzp oraz interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Zamawiający poprzez zaniechanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, naruszył podstawowe zasady Pzp, w szczególności w zakresie równego traktowania wykonawców.

Z tych wszystkich względów, biorąc pod uwagę przedstawione powyżej argumenty, należy wskazać, iż odwołanie jest zasadne, bowiem ochrona praw Odwołującego w postępowaniu realizowana za pomocą środków ochrony prawnej winna zapewnić udział w postępowaniu w warunkach uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Argumenty przedstawione na uzasadnienie zarzutów wskazują, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia powyższych zasad.

Zamawiający w dniu 08.11.2016 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Izba nie uznała skuteczności zgłoszonego przystąpienia – w dniu 09.11.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) – Konsorcjum TESTA, z uwagi na brak wykazania w terminie na zgłoszenie przystąpienia umocowania do reprezentacji dla w/w podmiotu. Izba ustaliła, że w terminie wymaganym na zgłoszenie przystąpienia nie zostało wykazane umocowanie dla osoby podpisującej zgłoszenie, w związku z tym Izba uznała zgłoszone

przystąpienie za nieskuteczne. Należy zauważyć, że w odróżnieniu od odwołania, przystąpienie nie podlega uzupełnieniu. W przedmiotowym stanie faktycznym nie wiadomo, czy wykonawca występuje w imieniu własnym, tj., jako M. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Kształtowania Terenów Zielonych M. W., ul. Nasielska 26, 05-140 Sierock, czy też całego konsorcjum, które złożyło ofertę w postępowaniu. Podobnie w wyroku KIO z 08.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1286/14, wyroku KIO z 15.04.2014 r., sygn. akt: KIO 518/14, wyroku KIO z 10.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2716/13, postanowienie z 05.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2703/13, czy też wyroku KIO z 08.11.2013 r., sygn. akt: KIO 2525/13. (za wyrokiem KIO z 15.10.2014 r., sygn. akt: 2013/14), jak i w wyroku KIO z 27.04.2015 r., sygn. akt: KIO 721/15, sygn. akt: KIO 741/15, wyroku KIO z 23.03.2016 r., sygn. akt: KIO 368/16, czy też wyroku KIO z 14.06.2016 r., sygn. akt: KIO 962/16.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Izba z urzędu na posiedzeniu niejawnym, na podstawie art. 189 ust. 3 Pzp, dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie w tak ustalonym stanie faktycznym podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *„Utrzymanie czystości Targowiska Miejskiego przy ul. Jana III Sobieskiego w Legionowie”* (oznaczenie postępowania: DOP-ZP-7/2016) dotyczy zamówienia publicznego na usługi, o wartości szacunkowej zamówienia niższej od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp w brzmieniu po nowelizacji z 22 czerwca 2016 r. Izba odrzuca odwołanie jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 Pzp. W powołanym art. 180 ust. 2 Pzp wskazano wyraźnie, 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 wspomnianej nowelizacji, przysługuje wniesienie odwoływania uległ rozszerzeniu, między innymi o czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, to zdaniem składu orzekającego Izby w przedmiotowej sprawie odwołanie dotyczy czynności, wobec których ustawodawca nadal wyłączył prawo zaskarżenia decyzji Zamawiającego.

Odwołanie dotyczy zaniechania odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą pomimo, że Konsorcjum TESTA podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a jego oferta, zgodnie z art. 24 ust 4 Pzp, powinna zostać uznana za odrzuconą z racji ziszczenia się przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp i zaniechania w tym zakresie ze strony Zamawiającego.

Zaznaczyć należy, że o skuteczności wniesienia przedmiotowego odwołania decyduje ocena dopuszczalności podniesienia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy, które to zaniechanie jest istotą sporu. Z powodu braku tego typu czynności w katalogu zawartym w art. 180 ust. 2 Pzp stwierdzić należy, iż wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 189 ust. 2 Pzp nie przyznano ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie takiego rozstrzygnięcia.

Analiza znowelizowanego przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 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. Zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp dopuszczone jest zakwestionowanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest najkorzystniejsza w świetle określonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert (nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu art. 2 pkt 5 Pzp). Definicja *wyboru najkorzystniejszej oferty* wynika pośrednio z art. 91 ust. 1 Pzp, który stanowi, że Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. *Wybór oferty najkorzystniejszej* należy więc rozumieć jako czynności Zamawiającego polegające na zastosowaniu do oferty określonych w SIWZ kryteriów i ustalenie wyniku tej oceny w sposób skutkujący wyborem oferty. W ocenie Izby tylko tak rozumiany wybór oferty najkorzystniejszej może być przedmiotem odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego wartość jest mniejsza niż tzw. progi unijne.

Za powyższym stanowiskiem przemawia dodatkowo fakt, że w wyniku nowelizacji o wiele większego znaczenia nabrały pozacenowe kryteria oceny ofert (np. kwalifikacje i doświadczenie osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, aspekty społeczne, jakościowe, innowacyjne), których stosowanie jest w większości przypadków obowiązkowe.

Znacznie większego znaczenia nabrał więc zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Można zatem stwierdzić, że właśnie dlatego w art. 180 ust. 2 Pzp dodano możliwość zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, która to czynność jest obecnie obarczona większym niż dotychczas ryzykiem naruszenia przepisów ustawy, zatem poddanie jej weryfikacji w drodze środków ochrony prawnej jest bardziej uzasadnione.

Do takiego wniosku prowadzi również analiza przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp na tle innych przepisów określających możliwość wnoszenia odwołań w postępowaniach poniżej progów unijnych oraz wykładnia tych przepisów z uwzględnieniem domniemania racjonalności ustawodawcy. 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 sposób bowiem twierdzić, że racjonalny ustawodawca, działający zgodnie z zasadami prawidłowej legislacji, chcąc dopuścić możliwość wnoszenia odwołań tak wobec odrzucenia własnej oferty, jak i zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy, pierwszą z tych możliwości przewidział w odrębnej podstawie prawnej, wprost tę czynność wskazując (pkt 4), a drugą z niewiadomych powodów „ukrył” w przesłance dotyczącej wyboru oferty najkorzystniejszej (pkt 6). 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 najkorzystniejszą, 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. Zaznaczyć należy również, że gdyby zamiarem ustawodawcy nie było ograniczenie odwołań na podstawie punktu 6 wyłącznie do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty *sensu stricto*, zbędne byłoby określanie pozytywnego katalogu czynności podlegających zaskarżeniu w postępowaniach poniżej progów. Jeśli

bowiem przyjąć, że zaskarżeniu w ramach *wyboru oferty najkorzystniejszej* podlega każda czynność i każde zaniechanie poprzedzające ten wybór, to co do zasady zaskarżeniu podlegałyby wszystkie czynności i zaniechania zamawiającego w postępowaniu, które miały miejsce między złożeniem ofert a wyborem oferty najkorzystniejszej (wszystko, co robi w postępowaniu zamawiający, oprócz unieważnienia postępowania, zmierza do wyboru oferty najkorzystniejszej). W takiej sytuacji racjonalny ustawodawca nie określałby tego katalogu od strony pozytywnej, a jedynie wskazałby od strony negatywnej, kiedy odwołanie nie przysługuje (czynność lub zaniechanie unieważnienia postępowania – tylko to bowiem pozostałoby poza katalogiem określającym dopuszczalny zakres zaskarżenia).

Ponadto dostrzeżenia wymaga, że przepis art. 180 ust. 2 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 „nadprogowych” 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 Pzp była i jest mowa wyłącznie o tym, że odwołanie w postępowaniach „podprogowych” służy wyłącznie wobec czynności, zaś ustawodawca nie wspomina o „zaniechaniach” Zamawiającego. Skoro sama zasada konstytuująca wyjątek nie uległa zmianie, nie ma podstaw, aby wywodzić, 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 Pzp 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.

W ocenie Izby nie można pominąć w trakcie rozważań art. 181 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym wykonawca może w terminie przewidzianym dla wniesienia odwołania poinformować Zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego

jak również o zaniechaniu czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 Pzp. Tym samym ustawodawca nie zamknął wykonawcy drogi do skutecznego kwestionowania zaniechań Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na które nie przysługuje odwołanie.

W dalszej kolejności zauważyć należy, że z dotychczasowego przepisu art. 92 ust. 1 Pzp wynikało, że Zamawiający miał jednocześnie informować o wyborze oferty najkorzystniejszej, oraz o ofertach odrzuconych i wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania. Przepis ten brzmiał:

Art. 92. 1. 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.

Obecnie przepis art. 92 ust. 1 ustawy brzmi:

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 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.

Jak wynika z powyższego, ustawodawca odrębnie wypowiada się o wyborze oferty najkorzystniejszej (pkt 1), wykluczeniach (pkt 2), odrzuceniach (pkt 3), zaś w świetle nowelizacji Zamawiający nie ma już obowiązku jednoczesnego informowania o tych czynnościach. Zatem znacznie częściej Zamawiający będzie odrzucał oferty czy wykluczał wykonawców zanim wybierze ofertę najkorzystniejszą. Trudno uznać, że pod pojęciem „wybór oferty najkorzystniejszej” mieści się „zaniechanie czynności odrzucenia” i „zaniechanie czynności wykluczenia” w sytuacji, gdy Zamawiający nie dokona jeszcze czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Interpretacja funkcjonalna art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp w sposób dopuszczający zaskarżanie – w ramach odwołań wobec wyboru oferty najkorzystniejszej – zaniechania odrzucenia oferty czy zaniechania wykluczenia wykonawcy nie daje się obronić również z powodu konsekwencji praktycznych, co do których należy wykluczyć, aby były objęte zamiarem ustawodawcy. Przyjmując, że dopuszczalne jest kwestionowanie zaniechania odrzucenia oferty z powołaniem się na art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp (wybór oferty najkorzystniejszej), należałoby zadać pytanie o możliwość jednoczesnego zakwestionowania takiego samego zaniechania w stosunku do oferty, która wybrana nie została (przykładowo – została sklasyfikowana na drugim miejscu, za ofertą wybraną, a przed ofertą odwołującego). Z jednej strony nie sposób znaleźć argumentów przemawiających za dopuszczeniem zaskarżenia takiego zaniechania, z drugiej – trudno byłoby uzasadnić takie różnicowanie możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej. Ponadto, tak szeroka interpretacja art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp byłaby jeszcze bardziej trudna do zastosowania w trybach, w których następuje prekwalfikacja wykonawców, a w których ocenę istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy od wyboru najkorzystniejszej oferty dzieli cały odrębny etap postępowania. W takich postępowaniach, z jednej strony, za niedopuszczalne należałoby uznać odwołanie wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy w terminie liczonym zgodnie z art. 182 ust. 1 Pzp (tj. od przesłania informacji o wykonawcach zaproszonych do dalszego etapu postępowania) z powołaniem się na 180 ust. 2 pkt 6 Pzp – nie nastąpił bowiem wybór oferty najkorzystniejszej. Z drugiej strony dopuszczenie do wnoszenia odwołania dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej w takim trybie byłoby po pierwsze oderwane od określonych ustawą terminów na wniesienie odwołania, a po drugie – mogłoby doprowadzić

do zniweczenia znacznej części postępowania i cofnięcia go po wyborze oferty na etap prekwifikacji. Nie można zakładać, aby taki właśnie był zamiar racjonalnego ustawodawcy. Tym samym, 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 *de facto* unieważnienie postępowania – gdyby taki właśnie był zamiar ustawodawcy, przepis art. 180 ust. 2 Pzp zostałby sformułowany inaczej.

Dodatkowo należy mieć na względzie, 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 Pzp. Autor nowelizacji (Ministerstwo Rozwoju) zaznaczyło 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 bowiem nikt nie uzyskuje zamówienia. Ostatecznie, zgodnie z takimi założeniami właśnie ukształtowała się treść art. 180 Pzp.

Odmiennych zamiarów nie sposób natomiast wyczytać z innych materiałów z prac legislacyjnych, w tym z samego uzasadnienia projektu ustawy, a należałoby zakładać, że jeśli ustawodawca chciał tak dalece znieść dotychczas obowiązujące ograniczenia, to byłaby to zmiana na tyle istotna, że doczekałaby się odpowiedniego komentarza w uzasadnieniu nowelizacji. Należy więc stwierdzić, że intencja autora nowelizacji co do zakresu zaskarżenia w postępowaniach poniżej progów unijnych została wyrażona podczas uzgodnień międzyresortowych, ze wskazaniem na zamiar utrzymania wyłączeń dotyczących zaniechań Zamawiającego i nie może być pomijana przy interpretacji przepisów. Dokonywana przez Izbę wykładnia nie może natomiast uwzględniać oczekiwań wykonawców co do możliwości jak najszerzego wnoszenia odwołań w postępowaniach podprogowych, w sytuacji gdy oczekiwania te nie tylko nie znajdują potwierdzenia w brzmieniu przepisów rozumianych zgodnie z wszystkimi regułami wykładni prawa, ale wręcz stoją w opozycji do wyników tej wykładni i wyartykułowanych przez autora projektu celów.

Istotnym dla rozpoznania tej sprawy jest również stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w jednym z postanowień (sygn. akt KIO 1810/16) a mianowicie, że: „nie bez znaczenia dla osądu rzeczony sprawy pozostają przepisy unijne. Dyrektywy odwoławcze 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniające dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/WG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych mają zastosowanie wyłącznie do naruszeń przepisów dyrektyw regulujących procedury udzielania zamówień publicznych, lub przepisów krajowych implementujących postanowienia tych dyrektyw, tj. w aktualnym stanie prawnym – dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych oraz 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchwalone 26 lutego 2014 r. i odnoszące się do zamówień o wartości powyżej progów wyznaczonych powołanym wyżej rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2015 r. poz. 2263). Nie są objęte zakresem dyrektyw odwoławczych, zamówienia które ze względu na swoją wartość nie podlegają postanowieniom dotyczącym procedur udzielania zamówień publicznych.

W kwestii dopuszczalności i zakresu stosowania środków odwoławczych w postępowaniach podprogowych liczą się regulacje ustawodawcy krajowego. Jednocześnie jednak Komisja Europejska, uwzględniając orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, zwracała uwagę na konieczność zapewnienia środków ochrony prawnej dla najistotniejszych decyzji mogących naruszać interes wykonawców, takich jak wykluczenie ich z postępowania czy też odrzucenie oferty. Takie stanowisko znalazło wyraz w Komunikacie wyjaśniającym KE dotyczącym prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych z dnia 1 sierpnia 2006 r.

Realizując powyższe postulaty ustawodawca krajowy zmienił treść art. 184 ust. 1 Pzp w brzmieniu z dnia 13 kwietnia 2007 r. – o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 82, poz. 560) – mówiącego, że od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania UOPWE ogłoszeń o zamówieniach – i w kolejnej nowelizacji z dnia 4 września 2008 r. – o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) wprowadził przepis art. 184 ust. 1a w brzmieniu: W postępowaniu o wartości mniejszej

niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty.

Przy czym dla powyższej nowelizacji przedstawiono następujące uzasadnienie projektu.

„Niezbędne jest zatem wprowadzenie systemu gwarantującego ochronę podstawowych interesów wykonawców, który nie będzie ograniczał się jedynie do postępowań, których wartość przekracza progi wynikające z przepisów dyrektyw. Mając to na względzie, proponuje się ujednoczenie zasad wnoszenia środków ochrony prawnej dla zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne. W postępowaniach tych wykonawca powinien mieć zagwarantowane prawo do wnoszenia efektywnych środków ochrony prawnej dotyczących jego najistotniejszych interesów, a mianowicie:

- 1) nieprawidłowego wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, wolnej ręki, zapytania o cenę;*
- 2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;*
- 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia;*
- 4) odrzucenia oferty.*

Proponowane zmiany dotyczące systemu środków ochrony prawnej wpłyną pozytywnie na przebieg procedury udzielania zamówień publicznych. Przede wszystkim w przypadku zamówień na roboty budowlane zostanie wprowadzona ochrona prawna dla zamawiających do progu 5 150 000 euro polegająca na wyeliminowaniu prawa do wniesienia środków ochrony prawnej na czynności nie godzące bezpośrednio w interes wykonawcy, który z nich korzysta (np. dotyczące nieprawidłowości w ofercie innego wykonawcy). Wykonawcy będą mieli zagwarantowane efektywne środki ochrony we wszystkich postępowaniach poniżej progów na decyzje zamawiających, godzące w ich podstawowe interesy (obecnie wykonawcy nie mają prawa do wniesienia odwołania poniżej progów właściwych dla dostaw i usług), przy czym skarżone będą mogły być wyłącznie te czynności zamawiającego, które bezpośrednio dotyczą wykonawcy wnoszącego dany środek ochrony prawnej.”

Następna nowelizacja z dnia 2 grudnia 2009 r. – o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) w omawianym zakresie

- pozostawała w związku z wyeliminowaniem instytucji protestu i wprowadziła przepis art. 180 ust. 2, że jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza 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) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego

- miała więc znaczenie jedynie doprecyzowujące i obowiązywała do wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r., tj. w aktualnym brzmieniu.

Powyższe wskazuje, że przepis art. 180 ust. 2 Pzp ma charakter wyjątku od zasady generalnej. W przeciwieństwie do postępowań dotyczących zamówień, których wartość jest równa lub wyższa od tzw. progów unijnych, w przypadku postępowań podprogowych zasadą tą jest, że odwołanie nie przysługuje. O intencjach ustawodawcy świadczy nieprzypadkowo użyte w art. 180 ust. 2 Pzp słowo *wyłącznie*. Ustawodawca w wyniku nowelizacji nie zniósł różnic przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej w postępowaniach podprogowych i postępowaniach powyżej 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 nie może być on interpretowany rozszerzająco.”.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia, z powodu braku tego typu zachowań Zamawiającego w katalogu przesłanek wszczęcia postępowania odwoławczego ujętych w art. 180 ust. 2 Pzp Izba uznała, że wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 180 ust. 2 Pzp, ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w przedstawionych okolicznościach faktycznych i prawnych. Tym samym w pełni zasadne jest odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp.

Podkreślenia wymaga również, że powyższe stanowisko Izby znajduje pełne odzwierciedlenie w wydanych już orzeczeniach, w tym w postanowieniu z 05.09.2016 r., sygn. akt: KIO 1599/16 jak również w postanowieniu z 15.09.2016 r., sygn. akt: KIO 1674/16 oraz w postanowieniu z 21.09.2016 r., sygn. akt KIO 1696/16 oraz w postanowieniu z 29.09.2016 r., sygn. akt: KIO 1750/16 a także w postanowieniu z 04.10.2016 r., sygn. akt: KIO 1810/16.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie i art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp czyli stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 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), tj. stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....