

Sygn. akt KIO 2292/16

POSTANOWIENIE
z dnia 13 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Justyna Tomkowska
Paweł Trojan

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **13 grudnia 2016 r. w Warszawie**, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **5 grudnia 2016 r.** przez wykonawcę „**ZGO- NOVA**” Sp. z o.o., ul. T. Kościuszki 21A, 63-200 Jarocin w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gmina Żerków, ul. Adama Mickiewicza 5, 63-210 Żerków**

postanawia:

- 1. odrzuca odwołanie,**
- kosztami postępowania obciąża wykonawcę „**ZGO- NOVA**” Sp. z o.o., ul. T. Kościuszki 21A, 63-200 Jarocin i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero grosze) uiszczoną przez wykonawcę „**ZGO- NOVA**” Sp. z o.o., ul. T. Kościuszki 21A, 63-200 Jarocin 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 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kaliszu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Żerków w 2017 roku*”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 342392 – 2016, data zamieszczenia 14.11.2016 r., przez Gminę Żerków, ul. Adama Mickiewicza 5, 63-210 Żerków zwaną dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 28.11.2016 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. Eko - Skórtex Gizałki Sp. z o.o., ul. Malinowa 24 g, Piotrowice, 62-400 Słupca zwanej dalej: „*Eko - Skórtex Gizałki Sp. z o.o.*”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła firma „ZGO-NOVA” Sp. z o.o., ul. T. Kościuszki 21A, 63-200 Jarocin zwana dalej: „*ZGO-NOVA*” Sp. z o.o.” albo „*Odwołującym*”.

W dniu 05.12.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) „ZGO-NOVA” Sp. z o.o. wniosła odwołanie. Kopię odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 05.12.2016 r. (e-mailem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) zwanej dalej: „*ustawy Pzp*” oraz art. 14 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) zwanej dalej: „*UZNK*”, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Eko-Skórtex Sp. z o.o., która to oferta zawiera nieprawdziwe informacje i wprowadza w błąd o świadczonych usługach, bowiem pomija informacje, że wykonawca z naruszeniem przepisów ochrony środowiska dokonuje „*sortowania*” odpadów w „*punkcie przeładunkowym*” w Pogorzeli.

2. art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie w procedurze wyboru oferty, w okolicznościach które wskazują, że Eko-Skórtex Sp. z o.o., wprowadził w błąd Zamawiającego zatajając informacje w zakresie sposobu świadczenia usługi, będącej przedmiotem postępowania, tj. posługiwania się przy świadczeniu usługi z sortowania odpadów w sortowni z naruszeniem przepisów ochrony środowiska, co poprzez nie wykluczenie jego oferty doprowadziło do uznania oferty tego wykonawcy jako prawidłowej.

3. art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez ich błędne niezastosowanie w procedurze wyboru oferty, w okolicznościach wskazujących, że Eko-Skórtex Sp. z o.o., nie wykazał spełnienia

wszystkich warunków udziału w postępowaniu, przede wszystkim warunku dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, oraz poprzez uznanie oferty tego Wykonawcy za prawidłową.

Wobec powyższego Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Eko-Skórtex Sp. z o.o.;
- 2) odrzucenie oferty wykonawcy Eko-Skórtex Sp. z o.o.;
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający ma obowiązek w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podejmowania takich działań, które prowadzą do prawidłowej oceny złożonych ofert. Czynność wyboru oferty najkorzystniejszej winna być dokonana w taki sposób, by pozostawała w zgodzie z obowiązującymi przepisami prawa powszechnie obowiązującego, a nie tylko z przepisami ustawy prawo zamówień publicznych. Wskazał, że wybrany wykonawca dokonuje czynów nieuczciwej konkurencji w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. Eko-Skórtex Gizalki Sp. z o.o. prowadzi działalność m.in. w zakresie odbierania odpadów komunalnych. Odebrane od mieszkańców zmieszane odpady komunalne, odpady zielone oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych, przeznaczone do składowania, winny trafić do RIPOK-u, wskazanego w uchwale samorządu wojewódzkiego, w wojewódzkim planie gospodarki odpadami (WPGO). Jak wynika z dostępnych danych, Eko-Skórtex Gizalki Sp. z o.o. odbiera odpady m.in. na terenie Gminy Gizalki. Gmina Gizalki liczy 4.673 mieszkańców. W pierwszym półroczu tego roku Eko-Skórtex Gizalki Sp. z o.o. dostarczyła z tej gminy następujące ilości odpadów (o kodzie 20.03.0 I j niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne odpowiednio: styczeń - 13,4 Mg luty - 12,22 Mg marzec - 13,44 Mg kwiecień - 13,24 Mg maj - 13,56 Mg czerwiec - 13,70 Mg natomiast z porównywalnych z gminą Gizalki gmin: Chocz (4.726 mieszkańców) i Czermin (4.897 mieszkańców) dostarczono odpowiednio: styczeń - 70,42 i 60,42 Mg; luty - 70,98 i 57,20 Mg; marzec - 65,50 i 61,44 Mg; kwiecień - 66,74 i 65,44 Mg; maj - 71,86 i 56,28 Mg; czerwiec- 52,90 i 49,64 Mg. Oznacza to, że Eko-Skórtex Gizalki Sp. z o.o. nie dostarcza wszystkich odebranych odpadów zgodnie z prawem do RIPOK-u. W ten sposób ponosi mniejsze koszty związane z odbieraniem odpadów. Zgodnie z obowiązującym prawem wytwórca pozostałości z sortowania odpadów komunalnych, ma obowiązek przekazania ich do regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych. Oznacza to, że nie może ich dalej przetwarzać samodzielnie, o ile nie jest RIPOK lub instalacją do zastępczej obsługi regionu wskazaną w wojewódzkim planie gospodarki odpadami. Eko-Skórtex Gizalki Sp. z o.o. nie jest RIPOK oraz instalacją do zastępczej obsługi regionu, nie została wskazana w wojewódzkim planie gospodarki odpadami. Żalem wszystkie pozostałości z sortowania odpadów winny być przekazane do RIPOK. Powyższe zestawienie wskazuje, że tak nie jest.

Wskazać należy, że w Gminie Chocz odbiera odpady komunalne Zakład Komunalny spółka z o.o. z Pleszewa, natomiast w gminie Czermin odpady odbiera odwołująca. Eko-Skórtex Gizalki Sp. z o.o. przewozi odebrane odpady komunalne do miejsca, które nazywa „punkt przeładunkowy”, mimo, iż taki punkt nie znajduje się w wykazie wojewódzkim WPG O. Na owym „punkcie przeładunkowym” w miejscowości Pogorzela Eko-Skórtex Gizalki Sp. z o.o. dokonuje przesiewu odebranych odpadów. Przesiane odpady tzw. odpady podsitowe są następnie wykorzystywane do usypywania wałów. (Dowód: zdjęcia 8 szt., Na zdjęciu nr 1 widać oznaczenie „punkt przeładunkowy”, które to oznaczenie nie jest zgodne z obowiązującym prawem, bowiem w WPGO takiego punktu nie ma. Na zdjęciu nr 2 widoczne są zarówno usypywane wały z odpadów podsitowych jak i nielegalne wysypisko śmieci. Na zdjęciu nr 3 widać wał usypywany z odpadów. Na zdjęciu nr 4 oprócz wału widać w oddali urządzenia do przesiewania odpadów. Na zdjęciu nr 5 oprócz tego co na zdjęciu nr 4 widać także nielegalnie składowane m.in. odpadów problemowych. Zdjęcie nr 6 jw. Zdjęcie nr 7 uwidacznia wały z odpadów, są one przerośnięte, co potwierdza, iż proceder trwa dłuższy czas. Zdjęcie nr 8 pokazuje teren z „lotu ptaka” aby zobrazować jego wielkość i zagrożenie dla środowiska.).

Podkreślił, że RIPOK wszystkim swoim udziałowcom (gminy regionu VI) płaci za odpady selektywnie zebrane dostarczone bezpośrednio do RIPOK-u. Ponieważ odwołująca wszystkie selektywnie zebrane odpady dostarcza bezpośrednio do RIPOK-u stąd wybierając Eko-Skórtex Gizalki Sp. z o.o. Zamawiający traci więcej niż wynosi różnica w cenie ofertowej, W przypadku wyboru oferty odwołującej zamawiający otrzymałby wynagrodzenie za selektywnie zebrane odpady. Kwota tego wynagrodzenia byłaby bezpośrednio przekazana gminie. Natomiast Eko-Skórtex Gizalki Sp. z o.o. swoim postępowaniem nie zapewnia, iż zamawiający otrzyma należne mu wynagrodzenie. Jest to istotne również z uwagi na okoliczność, że Eko-Skórtex Gizalki Sp. z o.o. zalega z płatnościami wobec swoich kontrahentów. Była zmuszona zawrzeć m.in. ugodę sądową dotyczącą spłaty wielosettysięcznego zadłużenia. (Dowód: ugoda sądowa).

Wskazał również, że baza magazynowo- transportowa Eko-Skórtex Gizalki Sp. z o.o. nie odpowiada warunkom wynikającym z treści Rozporządzenia Ministra Środowiska, co skutkuje przyjęciem, iż Eko-Skórtex Gizalki Sp. z o.o. dopuściła się poświadczenia nieprawdy w złożonych dokumentach.

Na szczególną uwagę zasługuje okoliczność, że wśród kryteriów oceny ofert Zamawiający wskazał również „aspekt środowiskowy”. W tym zakresie Zamawiający powinien poczynić ustalenia prowadzące do oceny, czy dany oferent spełnia aspekt środowiskowy. W przypadku dojścia do przekonania, iż dany wykonawca nie zapewnia wypełnienia owego aspektu środowiskowego. Zamawiający powinien wykluczyć takiego wykonawcę z postępowania. Co prawda Zamawiający określił jaką część aspektu

środowiskowego będzie brał pod uwagę, jednakże to nie przesądza, iż powinien, także zwrócić uwagę na szersze tło działań zmierzających do ochrony środowiska.

Odwołująca, jak stwierdził, działa zawsze transparentnie, wykazuje wszystkie wynagrodzenia wypłacane pracownikom, nie zalega z tego tytułu ani w ZUS-ie ani w Urzędzie Skarbowym, aby podkreślić swoją transparentność zamontowała na wszystkich swoich pojazdach zsynchronizowane kamery nagrywające bezpośrednio to, co się dzieje przed i za pojazdem. Aby wykazać dokładne położenie pojazdu wraz z miejscem, w którym są odbierane odpady komunalne, kamery zostały połączone z systemem GPS, dokładnie lokalizującym pojazd w momencie odbioru odpadów. Dodatkowo zamontowano na wszystkich śmieciarkach czujniki załadunku, czujniki wyładunku, oraz legalizowane wagi, które uniemożliwiają ponowne wyjęcie odpadów, które tam trafiają. Wszystkie pojazdy, którymi spółka chce świadczyć usługę posiadają normy emisji spalin EURO 5 i EURO 6, co w aspekcie środowiskowym ma bardzo duże znaczenie. Z uwagi na powyższe stwierdził, że w chwili obecnej wcale nie najkorzystniejszą ofertę, i co warte podkreślenia, zdecydowanie gorszą ofertę, złożyła Eko-Skórtex Gizałki Sp. z o.o. Odwołujący podnosił także, że oferta Eko-Skórtex Gizałki Sp. z o.o. nie odpowiada wymaganiom SI WZ. Zgodnie z 6 rozdziałem 6.1.3 wykonawca powinien posiadać m.in.:

- 1 pojazd do opróżniania kontenerów o pojemności min. 7 m³ (np. KP-7)
- 1 pojazd bez funkcji kompaktującej z zamontowanym HDS
- 1 pojazd bez funkcji kompaktującej do odbierania odpadów zmieszanych z miejsc trudnodostępnych. Wymienione powyżej 3 pojazdy to pojazdy bez funkcji kompaktującej, tj. typu bramowiec lub hakowiec. Natomiast wyszczególnione pojazdy w tabeli ofert Eko-Skórtex ze str. 29, tzn. bez funkcji kompaktującej są tylko dwa pojazdy. Poz. nr 3 i 6. Nie wiadomo, który pojazd posiada HDS (brakuje doprecyzowania). Jednakże poz. nr 7, czyli pojazd do odbierania odpadów z miejsc trudnodostępnych, powinien być jak wskazuje Zamawiający - bez funkcji kompaktującej, a wiele wskazuje na to, że jest to śmieciarka (nie ma dokładnego wskazania w dowodzie rejestracyjnym). Należy zatem stwierdzić, że jest to pojazd, który nie spełnia wymagań.

Zamawiający w dniu 05.12.2016 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 ustawy Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

W dniu 12.12.2016 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie w całości odwołania. W jego ramach odniósł się merytorycznie do wszystkich zarzutów.

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

Izba z urzędu na posiedzeniu niejawnym, na podstawie art. 189 ust. 3 ustawy 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 ustawy Pzp

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *„Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Żerków w 2017 roku”* dotyczy zamówienia publicznego na usługi, o wartości szacunkowej zamówienia niższej od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy 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 ustawy Pzp, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. W powołanym art. 180 ust. 2 ustawy Pzp wskazano wyraźnie, że w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, 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 oferta Eko - Skórtex Gizałki Sp. z o.o. podlega odrzuceniu na podstawie art. 7 ust.1 i 3 w zw. z art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 14 ust.1 i 2 pkt 2 UZNK, a wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 7 ust.1 i 3 w zw. z art. 24 ust.1 pkt 17

ustawy Pzp, jak i na podstawie art. 7 ust.1 i 3 w zw. z art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp i zaniechania w tym zakresie ze strony Zamawiającego. Podniesiona w uzasadnieniu odwołania kwestia oceny w ramach kryterium aspekt środowiskowy (powyższe kryterium dotyczyło liczby pojazdów o emisji spalin EURO 4 lub wyżej – 40 %) nie dotyczy przyznanej punktacji, ale generalnie co do uczynienia ustaleń, czy Eko - Skórtex Gizalki Sp. z o.o. spełnia aspekt środowiskowy. Odwołujący bowiem w konkluzji domaga się wzięcia pod uwagę szerszego tła niż wynika to z kryterium aspekt środowiskowy i w konsekwencji wykluczenia wskazanego Wykonawcy z udziału w postępowaniu.

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 ustawy Pzp stwierdzić należy, iż wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp nie przyznano ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie takiego rozstrzygnięcia.

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. Zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy 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 ustawy Pzp). Definicja *wyboru najkorzystniejszej oferty* wynika pośrednio z art. 91 ust. 1 ustawy 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 ustawy Pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi

w SIWZ. Można zatem stwierdzić, że właśnie dlatego w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp dodano możliwość zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, która to czynność jest obecnie obciążona 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 ustawy 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 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 ustawy 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 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 ustawy 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 ustawy 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 ustawy 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 ustawy 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 ustawy 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 ustawy 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 Pzp 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 ustawy 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 ustawy 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 ustawy Pzp (tj. od przesłania informacji o wykonawcach zaproszonych do dalszego etapu postępowania) z powołaniem się na art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy 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 prekwalfikacji. 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 ustawy 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 ustawy 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 ustawy 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 najszerszego 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 rzeczonyj 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 ustawy Pzp 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 ustawy 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.”.

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, w postanowieniu z 21.09.2016 r., sygn. akt KIO 1696/16, w postanowieniu z 29.09.2016 r., sygn. akt: KIO 1750/16, w postanowieniu z 04.10.2016 r., sygn. akt: KIO 1810/16 oraz w postanowieniu z 17.11.2016 r., sygn. akt: KIO 2128/16, a także w postanowieniu z 01.12.2016 r., sygn. akt: KIO 2211/16.

Biorąc pod uwagę powyższe wywody Izby oraz wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia, z powodu braku tego typu czynności w katalogu pomieszczonym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp stwierdzić należy, iż wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 180 ust. 2, ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie takiej czynności. Tym samym zasadne stało się odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy 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:

.....

.....