

Sygn. akt KIO 3441/20

POSTANOWIENIE

z dnia 7 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 7 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **RDF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce oraz MPK Pure Home Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w restrukturyzacji z siedzibą w Ostrołęce** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Różan**

postanawia:

1. **Odrzuca odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **RDF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce oraz MPK Pure Home Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w restrukturyzacji w Ostrołęce** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **RDF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce oraz MPK Pure Home Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w restrukturyzacji z siedzibą w Ostrołęce**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 Ostrołęce**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Gmina Różan, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Różan*. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. ze zm.1843), dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27 listopada 2020 r. pod numerem 617212-N-2020.

W dniu 23 grudnia 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia RDF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce oraz MPK Pure Home Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w restrukturyzacji z siedzibą w Ostrołęce, dalej „Odwołujący”, wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 11 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z §1 ust. 2 lit. a rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej z dnia 16 grudnia 2019r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2450) poprzez przeprowadzenie procedury przetargowej z zaniechaniem obowiązków wynikających z ww. regulacji prawnych, tj. obowiązku zamieszczenia ogłoszenia dotyczącego zamówienia publicznego Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości; stwierdzenie, że zaskarżona czynność Zamawiającego została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia oraz nakazanie powtórzenia zaskarżonej czynności Zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie żaden wykonawca nie przystąpił.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania określone w art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak ustalono na podstawie akt sprawy – protokołu postępowania oraz pisma Zamawiającego z dnia 23 listopada 2020 r., wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp i wynosi 903.748,68 zł, co stanowi równowartość 211.685,45 euro, Zamawiający nie przewidział zamówień uzupełniających.

Odwołanie w niniejszej sprawie dotyczyło faktycznie zaniechania opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, choć w *petitum* odwołania wskazano, że zostało wniesione od niezgodnej z przepisami czynności Zamawiającego w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty. Niemniej Odwołujący nie wskazał zarzutów w odniesieniu do oferty najkorzystniejszej ani żądań w zakresie chociażby odrzucenia oferty najkorzystniejszej czy też wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia.

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

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2. W powołanym art. 180 ust. 2 ustawy Pzp wskazano wyraźnie, iż 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) 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.

Skład orzekający uznał, iż odwołanie dotyczy czynności, wobec których ustawodawca wyłączył prawo zaskarżenia decyzji Zamawiającego. Odwołanie dotyczy zaniechania opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Z powodu braku tego typu czynności w katalogu wskazanym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp stwierdzić należy, iż wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 189 ust. 2, ustawa Pzp nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie takiego rozstrzygnięcia. Zarzuty dotyczące tego typu czynności zdecydowanie nie mieszczą się w katalogu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, gdzie mowa jest wyraźnie o czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a tej dokonanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynności wykonawca w

odwołaniu nie zakwestionował skutecznie, wskazując na naruszenie art. 11 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i koncentrując się jedynie na publikacji ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, równocześnie nie konstruując żadnych zarzutów względem oferty najkorzystniejszej.

Izba wskazuje, że stosownie do treści art. 180 ust. 3 ustawy Pzp oraz analogicznie § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisach wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Podsumowując powyższe Izba stwierdza, że to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby, która może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Nadto, Izba wskazuje, że wykonawca, który kwestionuje w ramach środków ochrony prawnej wybór najkorzystniejszej oferty winien w sposób precyzyjny i staranny określić zarzuty. Powszechnie przyjmuje się, że przez zarzuty należy rozumieć zawarte w odwołaniu okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przez zamawiającego określonych przepisów ustawy Pzp. O ile wskazanie zarzucanych przepisów nie jest bez znaczenia, o tyle dla skuteczności zarzutu kluczowe znaczenie ma sprecyzowanie, na czym polega ich naruszenie w konkretnym przypadku, co wymaga dostatecznie szczegółowego opisu działania lub zaniechania zamawiającego. Izba stwierdziła, że na podstawie ogólnego stwierdzenia, że odwołanie zostało wniesione od niezgodnej z przepisami czynności Zamawiającego w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty, nie sposób stwierdzić na jakiej podstawie Odwołujący przypuszcza powyższe, skoro w treści odwołania koncentruje się jedynie na czynności związanej z publikacją ogłoszenia o zamówieniu.

Biorąc pod uwagę powyższe wywody Izby oraz wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia, z powodu braku tego typu czynności w katalogu z 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 orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 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. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: