Sygn. akt: KIO 903/17

WYROK
z dnia 19 maja 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 maja 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2017 roku przez Odwołującego – **W. P. O. A. S.A. z siedzibą we W.,** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Gminę Wiązów, z siedzibą we W.**

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
2.2. nakazuje zwrot kwoty 7.500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) uiszczonej przez Odwołującego tytułem nadpłaconego wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu**

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Dnia 4 maja 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze. zm., dalej jako: „Pzp") odwołanie złożył wykonawca **W. P. O. A. S.A. z siedzibą we W.,** dalej jako „Odwołujący".

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach zamieszkałych i niezamieszkałych Miasta i Gminy Wiązów" prowadzi Zamawiający: Gmina Wiązów z siedzibą we W. Ogłoszenie o zamówieniu z dnia 28 kwietnia 2017 i opublikowane zostało w Biuletynie Informacji Publicznej pod numerem 76932-2017.

Odwołanie wniesiono wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ"). Ogłoszenie zaskarżono w części, w zakresie punktu IV.1 oraz IV.2,2), a SIWZ w części, w zakresie punktu 3, tj. opisu przedmiotu zamówienia oraz punktu 12 i 13, tj. kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie art. 29 ust. 1 w zw. z art. 32 i w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp, a także art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2a Pzp i w zw. z art. 36 Pzp poprzez (i) zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jasny i przejrzysty, a w konsekwencji uniemożliwienia podmiotom zgłaszającym się do przetargu dokonania prawidłowej wyceny zamówienia poprzez zaproponowanie realnej wartości oferty, (ii) sformułowania SIWZ w sposób nie pozwalający na prawidłowe skalkulowanie ceny.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i zmianę ogłoszenia oraz SIWZ poprzez zmianę rozliczenia Wykonawcy z ryczałtu na rozliczanie od faktycznie odebranej Ilości ton odpadów potwierdzonej przez właściwą Instalację, a także wprowadzenie mechanizmu waloryzacji stawek o wzrost cen zagospodarowania odpadów komunalnych zmieszanych i zmianę proporcji kryterium oceny ofert przetargowych.

W uzasadnieniu Odwołujący podkreślił, że zapisy ogłoszenia oraz SIWZ dotknięte są licznymi naruszeniami przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przede wszystkim należy wskazać, że opis przedmiotu zamówienia powinien być jasny i przejrzysty, a w konsekwencji umożliwiać podmiotom zgłaszającym się do przetargu prawidłową wycenę zamówienia poprzez zaproponowanie realnej wartości oferty, jednakże zaskarżone SIWZ w punkcie 3 nie pozwala Odwołującemu na prawidłowe skalkulowanie ceny.

Dane dotyczące ilości odpadów komunalnych zmieszanych wskazane w opisie przedmiotu zamówienia w powiązaniu ze sposobem obliczenia ceny oferty oraz ilości odpadów komunalnych zmieszanych wskazane w SIWZ za ostatnie 3 lata kalendarzowe ze

względu na ich spadki i wzrosty przekraczające 40% uniemożliwiają rzetelne skalkulowanie ceny oferty.

Należy bowiem wskazać, że najdonioślejszym elementem cenotwórczym wynikającym z przedmiotu zamówienia jest koszt zagospodarowania odpadów komunalnych zmieszanych, który:

a) stanowi ponad 60% wartości usługi;

b) jest niezależny od wykonawcy ze względu na jednostkowy koszt zagospodarowania odpadów komunalnych zmieszanych - ustala go bowiem jedyna dla Gminy Wiązów do zagospodarowania odpadów zmieszanych instalacja regionalna upoważniona w miejscowości G. (gm. O.);

c) jest niezależny od wykonawcy ze względu na ilość odpadów komunalnych zmieszanych - wg SIWZ wykonawca ma odebrać wszystkie wytworzone w gminie odpady zmieszane i dostarczyć je do regionalnej instalacji - ich ilość jest niezależna od Wykonawcy.

Od lipca 2013 r. Gmina W. zawarła z wykonawcami w ramach przetargu nieograniczonego cztery umowy:

- umowa za okres od 1 lipca 2013 r. do 30 czerwca 2014r.,
- umowa za okres od 1 lipca 2014r. do 30 czerwca 2015 r.,
- umowa za okres od 1 lipca 2015 r, do 30 czerwca 2016r.,
- umowa za okres od 1 lipca 2016 r. do 30 czerwca 2017 r.

Jak wynika z punktu 3 SIWZ i wykresu załączonego do odwołania, ilości odpadów komunalnych zmieszanych odebranych i zagospodarowanych, w ramach realizacji poszczególnych umów, różnią się o około 50%, co stanowi ponad 400 Mg odpadów rocznie x 320 zl/Mg (koszt zagospodarowania) - 128 000 zł/rok różnicy. Różnica w kosztach zagospodarowania odpadów zmieszanych stanowi ok. 30% wartości rocznej zamówienia.

Zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego odnośnie pytania 5 i 8 z dokumentu „Pytania i odpowiedzi dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach zamieszkałych i niezamieszkałych Miasta i Gminy W." z dnia 6 maja 2016 r., w roku 2016 w postępowaniu przetargowym Zamawiający twierdził, że przewiduje w następnym roku utrzymanie się niskich ilości zmieszanych odpadów komunalnych (tj. na poziomie roku 2015), jednakże ilość odpadów wzrosła o około 50%.

Ze względu na tak istotną różnicę niemożliwa jest prawidłowa wycena oferty przez Odwołującego przyjmując zaproponowane przez Zamawiającego rozliczenie ryczałtowe, dlatego też konieczne i w pełni uzasadnione jest dokonanie zmiany zaskarżonego ogłoszenia i SIWZ poprzez zmianę rozliczenia Wykonawcy na rozliczenie uzależnione od ilości zebranych odpadów, tj. od każdego 1 Mg zebranych odpadów według zróżnicowanej stawki w zależności od rodzaju odpadów.

Konieczne jest także ujęcie w SIWZ możliwości waloryzacji ceny oferty ze względu na wzrost stawek za zagospodarowanie odpadów komunalnych zmieszanych (RIPOK), które to stawki są niezależne od Wykonawcy. Przewidywany wzrost stawek opłat środowiskowych w latach 2018 - 2019 wynika chociażby z rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie opłat za korzystanie ze środowiska z dnia 6 marca 2017 r. Nowe przepisy wskazują, że opłaty za składowanie odpadów komunalnych będą stopniowo wzrastać. W 2020 r. za składowanie jednej tony trzeba będzie zapłacić 270 zł, czyli ponad dwa razy więcej niż kosztuje to obecnie. Z tego względu konieczne jest wprowadzenie mechanizmu waloryzacji stawek o wzrost cen zagospodarowania odpadów komunalnych zmieszanych.

Jednocześnie zaskarżone ogłoszenie oraz SIWZ naruszają przepisy PZP w zakresie kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty poprzez określenie proporcji kryterium oceny ofert w stosunku 80% odnośnie ceny i 20% w zakresie terminu płatności.

W przypadku zastosowania kryterium ceny o wadze przekraczającej 60%, na podstawie art. 91 ust. 2a PZP; Zamawiający musi określić w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykazać w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia. Co istotne jednak, określenie terminu płatności jako kryterium oceny ofert nie wpływa ani na jakość, ani na środowisko czy rynek pracy. Zamawiający uzyskuje jedynie przedłużenie płatności faktury maksymalnie o 2 tygodnie i może zapłacić za to w skali 24-mlesięcznego zamówienia o ponad 200.000 zł więcej, kiedy to termin płatności standardowo jest wpisywany do SIWZ przez Zamawiających jako 30 dni ~ jako wymóg, a nie kryterium oceny ofert.

Z tych względów odwołanie jest konieczne i uzasadnione.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ oraz załączników do SIWZ, treści ogłoszenia o zamówieniu, a także stanowisk i oświadczeń Stron postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Należy bowiem wskazać, że środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku

odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i SIWZ przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu, a szkodą jest niemożliwość złożenia oferty i podpisania ważnej umowy (za wyrokiem KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt KIO 2036/10). Wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia, deklaruje zainteresowanie ma więc na sposób postępowaniem, szanse uzyskanie zamówienia, natomiast ukształtowania zapisów SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia i przyszłych warunków wykonywania umowy przekłada się na sytuację Wykonawcy w postępowaniu i możliwość złożenia konkurencyjnej oferty.

Izba oddaliła jako niezasadny wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Zdaniem Zamawiającego odwołanie podlega odrzuceniu, ponieważ wniesione zostało przez Spółkę W. P. O. A.S.A. z siedzibą we W., podczas gdy ofertę w postępowaniu złożył ten podmiot jako uczestnik konsorcjum. Izba podkreśla, iż okoliczność, że w postępowaniu Odwołujący zdecydował się złożyć ofertę z innym podmiotem nie świadczy o tym, że Odwołującego można uznać za podmiot nieuprawniony. Na etapie przed złożeniem ofert, po ogłoszeniu SIWZ, gdzie znajdują się warunki udziału w postępowaniu oraz Zamawiający określa inne istotne z punktu widzenia realizacji zamówienia kwestie, każdy podmiot, który jest zdolny wykonać dane zamówienie może korzystać ze środków ochrony prawnej. Nie ma żadnego znaczenia w jakiej konfiguracji (samodzielnie czy tworząc konsorcjum z innym podmiotem) ostatecznie zdecyduje się złożyć ofertę. Przytoczone przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie orzecznictwo Izby dotyczy sytuacji, w której na etapie po złożeniu oferty lub wniosku, gdzie ustalony jest krąg uczestników ubiegających się o udzielenie zamówienia, jeden z podmiotów występujących w konsorcjum samodzielnie składa odwołanie. Wówczas rzeczywiście może być mowa o podmiocie nieuprawnionym, ponieważ inny podmiot ubiega się o zamówienie i inny podmiot kwestionuje działania lub zaniechania Zamawiającego.

Izba ustaliła, że do przedmiotowego postępowania odwoławczego po żadnej ze stron nie przystąpili inni wykonawcy.

Odwołujący na rozprawie potrzymał stanowisko wynikające z odwołania. Zamawiający wnosił o jego oddalenie w całości, twierdząc, że zapisy SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu są jednoznaczne i pozwalają na złożenie oferty i prawidłowe wycenienie usługi.

Izba dokonując ustaleń faktycznych odnośnie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu wzięła pod uwagę wynikające z odwołania oraz rozprawy postanowienia SIWZ i ogłoszenia,

---

stwierdzając zarazem, że stan faktyczny pomiędzy Stronami nie był sporny, a przedmiotem sporu była ocena tego stanu faktycznego w świetle obowiązującego prawa. Odwołujący w odwołaniu prawidłowo przytoczył kwestionowane zapisy ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, w tym także zapisy warunków umownych.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia skład orzekający Izby uznał, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Z uwag natury ogólnej dostrzeżenia wymaga w ślad za orzecznictwem, że: *"(…) zasada wyrażona w przepisie art. 7 Pzp nie może być interpretowana w taki sposób,* że *wymaga dopuszczenia wszystkich zainteresowanych zamówieniem a wybór produktu, który należy zaoferować w ramach danego zamówienia, pozostawiony jest wykonawcom"* (tak wyrok KIO z 22.03.2012 r., sygn. akt: KIO 471/12). Zaś: *"Obowiązek przestrzegania reguł określonych w art. 29 ust. 1 i 2 Pzp nie oznacza,* że *zamawiający nie ma prawa określić przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego potrzeby i aby uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, którego realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście określone potrzeby społeczne"* (tak wyrok KIO z 28.03.2014 r., sygn. akt: KIO 486/14).

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym podkreślenia wymaga jeszcze jedna kwestia, która przesądziła o konieczności oddalenia wniesionego przez Odwołującego środka ochrony prawnej w postaci odwołania. Krajowa Izba Odwoławcza w ramach wykonywanej funkcji kontroli prawidłowości czynności i zaniechań Zamawiającego zgodnie z ustawą, orzekając jest związana zarzutami podniesionymi w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp). W sprawie, której przedmiotem jest brzmienie ogłoszenia oraz SIWZ nie bez znaczenia pozostaje także treść żądań Odwołującego w zakresie zmiany ogłoszenia czy specyfikacji - one to bowiem wyznaczają zakres dokonywanego w sprawie rozstrzygnięcia. Krajowa Izba Odwoławcza nie może orzekać z urzędu, wychodząc poza zarzuty oraz - stanowiące ich odzwierciedlenie - żądania i wnioski odwołania. W przypadku odwołania dotyczącego postanowień SIWZ oraz treści ogłoszenia o zamówieniu, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych żądań co do jego nowej treści. To podmiot odwołujący, formułując swoje żądania wskazuje, jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie wskazuje zapisy, które w jego ocenie są zgodne z przepisami ustawy Pzp.

W orzecznictwie podkreśla się, że postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym. Istota kontradyktoryjności zawiera się natomiast w ograniczeniu roli

---

organu/sądu prowadzącego postępowanie, a pozostawieniu inicjatywy w zakresie podejmowanych czynności stronom - uczestnikom postępowania, które zaangażowane są w spór. To strony - uczestnicy postępowania wyznaczają zakres rozpoznania sprawy, składając odpowiednie wnioski o charakterze dyspozytywnym (na gruncie postępowania cywilnego - pozew, lub wniosek w postępowaniu nieprocesowym, a w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą - odwołanie). Ten wniosek rozpoczynający spór między stronami wyznacza zakres rozstrzygnięcia postępowania, zakreśla jego ramy, wskazując zarazem intencje Odwołującego.

Te postulaty znajdują wyraz w stawianych zarzutach oraz - a może przede wszystkim - w odpowiadających im żądaniach. Postępowanie odwoławcze nie służy bowiem przedstawieniu ogólnego niezadowolenia wykonawcy z określonych czynności lub zaniechań Zamawiającego, ale zmierza do uzyskania pewnego - czyniącego zadość interesom

Odwołującego - stanu, znajdującego wyraz w postawionych żądaniach. Żądania wyznaczają bowiem oczekiwany przez Odwołującego stan rzeczy. Stąd tak istotne są żądania stawiane w konkretnym postępowaniu odwoławczym - ich czytelne przedstawienie oraz wskazanie związku ze stawianymi zarzutami. Jest to szczególne istotne w postępowaniu odwoławczym, którego przedmiotem są postanowienia SIWZ lub ogłoszenia. To żądania bowiem wyznaczają zakres dokonywanej ewentualnie modyfikacji postanowień SIWZ lub ogłoszenia. Przypomnienia wymaga, że pełne przedstawienie zarzutów i żądań w odwołaniu ma znaczenie nie tylko dla zachowania ustawowego, zawitego terminu na jego wniesienie ale także - wobec obowiązku przekazania kopii odwołania zamawiającemu - służy zapewnieniu możliwości analizy jego zasadności i podjęcia ewentualnej decyzji o jego uwzględnieniu. Na podstawie podniesionych zarzutów wraz z korespondującymi z nimi żądaniami, Zamawiający może opracować odpowiedź na odwołanie, rozważyć decyzję o uwzględnieniu zarzutów w całości lub części. Poznanie pełnej, właściwej treści zarzutów, żądań, okoliczności faktycznych i prawnych oraz załączonych dowodów zawartych w odwołaniu złożonym w terminie zakreślonym przez prawo, pozwala na prawidłową ocenę zarzutów.

W konsekwencji, zgodzić się trzeba, że na gruncie analizowanej sprawy, postawienie ogólnych, wręcz blankietowych żądań w zakresie wnioskowanych zmian SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia, a także zmiany propozycji kryterium oceny ofert, mogło stanowić przeszkodę dla Zamawiającego w ustaleniu intencji Odwołującego i uniemożliwiać ewentualną decyzję w przedmiocie uwzględnienia odwołania. Słuszne zatem były zastrzeżenia Zamawiającego wyartykułowane w odpowiedzi na odwołanie, co do braku czytelnych i precyzyjnych żądań w powyższym zakresie.

Skład orzekający Izby zwraca uwagę na konieczność precyzyjnego wyartykułowania brzmienia nowych zapisów SIWZ oraz kryteriów oceny, bowiem to Zamawiający jest gospodarzem postępowania i przede wszystkim autorem dokumentów decydujących o

kształcie tego postępowania, Odwołujący zaś ma precyzyjnie wskazać, w jakim zakresie przedstawione wymagania nie są zgodne z przepisami i naruszają interesy potencjalnych wykonawców zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza nie może zastąpić w tym zakresie Zamawiającego i stworzyć nowej specyfikacji, tak aby odpowiadała ona bliżej niesprecyzowanym potrzebom wykonawcy.

Przechodząc od zarzutów odwołania dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Jak wynika z treści SIWZ przedmiot zamówienia został opisany w sposób precyzyjny, Zamawiający podał dane, którymi dysponuje, a które uwzględnić należało przy wycenie zamówienia. Określono częstotliwość wywozu odpadów, z rozbiciem na poszczególne frakcje, wskazano miejscowości wchodzące w skład gminy, przedstawiono wykaz ilościowy pojemników, wskazano w jaką ilość i rodzaj wykonawca ma wyposażyć punkty do selektywnej zbiórki odpadów. Zamawiający zamieścił także w SIWZ dane historyczne na temat wielkości poszczególnych odpadów, w tym odpadów zmieszanych, z których wynika, że w 2016 roku ilość ta była największa. Zdaniem Izby wykonawca znający miejscowy rynek, obsługujący go w latach ubiegłych, znający topografię i specyfikę gminy mógł zakładać i przyjąć do kalkulacji wynagrodzenia ryczałtowego, że ilość odpadów zmieszanych nie ulegnie zwiększeniu, a raczej zmniejszeniu. Tym bardziej, iż podstawowym założeniem nowych przepisów jest propagowanie zasad selektywnej zbiórki odpadów i segregacji śmieci.

Co do zarzutu odwołania odnoszącego się do wprowadzenia innego sposobu zapłaty wynagrodzenia za zamówienie oraz mechanizmu waloryzacji stawek o wzrost cen zagospodarowania odpadów komunalnych, to zauważyć należy, że Odwołujący w przedmiotowym zakresie nie przedstawił żadnej argumentacji merytorycznej, ograniczając się jedynie do stwierdzenia, że określone zapisy godzą w interes wykonawcy. W tym zakresie uznano za prawidłową argumentację Zamawiającego, który szczegółowo wyjaśnił, dlaczego i w jaki sposób następuje rozliczenie za wykonywanie czynności stanowiących przedmiot zamówienia. W praktyce niemożliwe jest sprawdzenie ile faktycznie ton odpadów wykonawca zbiera dziennie i ustalenie skąd one pochodzą. Nie bez przyczyny więc określenie sposobu zapłaty za zamówienie w formie ryczałtu jest dość powszechnie stosowane przez Zamawiających.

Co do waloryzacji stawek, to Odwołujący sam wskazał jakiej zmianie będą ulegały

opłaty, oznacza to, że wykonawca może tak skalkulować stawkę że zapłata wynagrodzenia za wykonywane czynności będzie uwzględniała możliwość zmiany cen jednostkowych. Dostrzeżenia wymaga, że w § 14 wzoru umowy Zamawiający przewidział zmianę postanowień umownych w zakresie odnoszącym się do ceny, terminu i sposobu realizacji, w

przypadku zmiany wysokości stawek opłaty za korzystanie ze środowiska z tytułu składowania odpadów, o której mowa w ustawie z dnia 27 kwietnia 2001 roku Prawo ochrony środowiska oraz zmiany przepisów prawa miejscowego wpływających na zasady lub sposób lub zakres odbierania lub zagospodarowania odpadów komunalnych.

W przypadku zarzutów odnoszących się do kryterium oceny ofert, to przede wszystkim dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu po nowelizacji z 22 czerwca 2016 roku Izba odrzuca odwołanie jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. W powołanym art. 180 ust. 2 ustawy wskazano wyraźnie, iż 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.

Zdaniem Izby czynność opisu przedmiotu zamówienia jest odrębną od czynności ustalenia w postępowaniu kryteriów oceny ofert. Tezę te potwierdzają choćby przepis stanowiący o sposobie sporządzenia specyfikacji (art. 36 ust. 1 ustawy Pzp), który w odrębnych punktach nakazuje Zamawiającemu dokonać opisu przedmiotu zamówienia oraz opisać kryteria, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert (pkt 13). Tym samym w postępowaniach poniżej wykonawcom nie przysługuje odwołanie na czynność ustalenia kryteriów oceny ofert. Ustawa Pzp nie przewiduje możliwości częściowego odrzucenia odwołania, z tych powodów Izba pozostawiła powyższy zarzut bez rozpoznania. Na marginesie tylko ponownie zauważyć należy, że Odwołujący zakwestionował ustalone w postępowaniu kryterium, ale nie zaproponował żadnej alternatywy dla tego kryterium. Jak już zauważono na wstępie niniejszego uzasadnienia, Izba nie może kreować treści SIWZ za Zamawiającego lub wykonawcę. Rolą Izby jest ocena zastosowanych zapisów i ocena zapisów proponowanych.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wymienionych przez Odwołującego w petitum odwołania i orzekła jak w sentencji. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238 ze zmianami).

Przewodniczący: