Sygn. akt KIO 2084/16

POSTANOWIENIE
z dnia 16 listopada 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Andrzej Niwicki

Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 16 listopada 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2016 roku przez wykonawcę Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „EMPEGEK" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sierpcu w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Gozdowo w Gozdowie

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „EMPEGEK" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sierpcu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „EMPEGEK" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sierpcu tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Płocku.**

Przewodniczący:

……

Członkowie:

……

……

Sygn. akt KIO 2084/16

Uzasadnienie

I. Gmina Gozdowo w Gozdowie (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. ,,Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości położonych na terenie Gminy Gozdowo w 2017 roku".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 13 października 2016 r., poz. 323373. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z poźn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych), z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

W dniu 2 listopada 2016 r. wykonawca Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „EMPEGEK" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sierpcu (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

2.1. art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 Ustawy z dn. 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2014 r. poz. 964) i w zw. z art. 8 ust. 2 i ust. 4 Ustawy z dn. 08.03.2013r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (tj. Dz.U. z 2016 r. poz. 684), poprzez nieodrzucenie oferty wykonawcy SITA Płocka Gospodarka Komunalna Spółka z o.o. i w konsekwencji dokonanie jej wyboru jako najkorzystniejszej pomimo tego, że zaoferowanie przez wykonawcę SITA Płocka Gospodarka Komunalna Spółka z o.o. w złożonej ofercie jako kryterium oceny ofert terminu płatności faktury „90 dni", który ma stanowić treść postanowienia §. 9 ust. 5 umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia, stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 UZNK polegający na tym, że:

• było działaniem sprzecznym z bezwzględnie obowiązującym przepisem prawa art. 8 ust. 2 ustawy o terminach zapłaty zgodnie, z którym „w transakcjach handlowych, w których dłużnikiem jest podmiot publiczny (...) termin zapłaty określony w umowie nie może przekraczać 30 dni, liczonych od dnia doręczenia dłużnikowi faktury", a ponadto

• było działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami w obrocie gospodarczym przez, to że: (1) z uwagi na status Zamawiającego jako jednostki finansów publicznych oraz

konsekwencje prawne zapłaty przez Zamawiającego zobowiązań pieniężnych po upływie 30 dni od dnia doręczenia dłużnikowi faktury, z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością można przyjąć, że Zamawiający będzie dokonywał zapłaty faktur w terminach nie dłuższych niż 30 dni niezależnie od formalnego terminu płatności określonego w umowie na 90 dni, a tym samym zaoferowanie terminu zapłaty 90 dni nie stanowiło realnego instrumentu uczciwej konkurencji w obrocie gospodarczym, lecz miało na celu wyłącznie wygranie przetargu i wyeliminowanie w ten sposób konkurentów, oferujących w dobrej wierze termin zapłaty nie stanowiący naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa i realny do stosowania przez Zamawiającego w procesie wykonywania umowy zawartej w wyniku udzielania zamówienia; (2) zaoferowany termin płatności faktury 90 dni, rażąco odbiega od powszechnie stosowanego standardu terminów płatności w umowach o odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych zawieranych przez gminy;

• naruszało interes innego przedsiębiorcy biorącego udział w postępowaniu zamówienia - Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej o udzielenie „EMPEGEK" Sp. z o.o. w Sierpcu, który zaoferował termin płatności zgodny z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa oraz realny do wykonywania przez Zamawiającego, a ponadto

• zagrażało naruszeniem interesu klienta Gminy Gozdowo - w przypadku dokonywania przez Zamawiającego po upływie 30 dni od dnia doręczenia dłużnikowi faktury, w związku z określeniem w umowie terminu płatności na 90 dni, poprzez:

(1) zagrożenie koniecznością zapłaty odsetek ustawowych za okres po upływie 30 dni od dnia doręczenia faktury do dnia zapłaty oraz zryczałtowanych kosztów dochodzenia tych zobowiązań na żądanie Wierzyciela, które może zostać zgłoszone przez okres do przedawnienia tych roszczeń tj. trzech lat;

(2) narażenie na zarzut dokonywania wydatków publicznych z naruszeniem art. 44 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 pkt 1-3 ustawy z dn. 27.08.2009r. o finansach publicznych (tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164);

(3) narażenie na zarzut dopuszczenia się przez Wójta Gminy i Skarbnika Gminy czynów naruszenia dyscypliny finansów publicznych z art. 16 ust. 1 Ustawy z dn. 17.12.2004r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tj. Dz.U. z 2013 r. poz.

168) polegających na niewykonaniu zobowiązania pieniężnego jednostki sektora finansów publicznych w terminie przewidzianym przez ustawodawcę w art. 8 ust. 4 ustawy o terminach zapłaty, którego skutkiem jest zapłata odsetek;

(4) narażenie Wójta Gminy na zarzut popełnienia przestępstwa z art. 231 §. 1 kodeksu karnego polegającego na tym, że nie dopełniając obowiązku zapłaty świadczeń pieniężnych w terminie przewidzianym przez ustawodawcę w art. 8 ust. 4 ustawy o terminach zapłaty działał na szkodę interesu publicznego narażając Gminę na konieczność zapłaty odsetek i kosztów ich dochodzenia na żądanie wierzyciela, które może zostać zgłoszone przez okres do przedawnienia tych roszczeń tj. trzech lat;

2.2. art. 89 ust. 1 pkt l w związku z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez nieodrzucenie oferty wykonawcy SITA Płocka Gospodarka Komunalna Spółka z o.o. i dokonanie jej wyboru jako najkorzystniejszej z uwzględnieniem w ocenie oferty zaoferowanego przez wykonawcę SITA Płocka Gospodarka Komunalna Spółka z o.o. terminu płatności faktury „90 dni", co stanowiło naruszenie określonych w art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych wymogów prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia:

2.2.1. zgodnie z zasadą proporcjonalności, rozumianą między innymi, jako wymóg dokonywania oceny kryteriów, którymi zamawiający będzie kierował się przy wyborze oferty w stopniu i zakresie nie przekraczającym uzasadnionych potrzeb zamawiającego, w tym w szczególności z uwzględnieniem możliwości realnego korzystania z tych kryteriów przy wykonywaniu umowy;

2.2.2. w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, rozumianej jako nakaz oceny przez Zamawiającego czy oferowanie przez wykonawców wielkości i parametry określonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert będą służyły realnemu spełnieniu oczekiwań Zamawiającego przy wykonywaniu zamówienia, czy są przez niektórych z Wykonawców oferowane jedynie w celu uzyskania zamówienia i uniemożliwienia konkurowania w uzyskaniu zamówienia przez innych wykonawców oferujących, z zachowaniem obowiązujących przepisów prawa i dobrych obyczajów w obrocie gospodarczym, takie parametry kryteriów wyboru oferty, które są zgodne z prawem oraz realnie spełniają i zabezpieczają interesy Zamawiającego.

Na poparcie swoich wywodów Odwołujący wnosił o przeprowadzenie dowodów z:

3.1. dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne prowadzonej przez Zamawiającego;

3.2. zeznań świadka D. K., adres Urząd Gminy w Gozdowie, ul. Krystyna Gozdawy 19, 09-213 Gozdowo na okoliczności: czy jako Wójt Gminy Gozdowo, po zawarciu w wyniku przeprowadzenia niniejszego zamówienia publicznego umowy o świadczenie usług odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości położonych na

terenie Gminy Gozdowo w 2017 roku, z Wykonawcą SITA Płocka Gospodarka Komunalna Spółka z o.o., przewidującej w §. 9 ust. 5 termin płatności faktur w ciągu 90 dni od daty złożenia faktury u Zamawiającego, będzie polecał zapłatę zobowiązań pieniężnych w terminach przekraczających 30 dni od daty złożenia faktury, pomimo zagrożenia konsekwencjami: (1) koniecznością zapłaty odsetek ustawowych za okres po upływie 30 dni od dnia doręczenia faktury do dnia zapłaty oraz zryczałtowanych kosztów dochodzenia tych roszczeń o równowartości 40 EURO, na żądanie Wierzyciela, które może zostać zgłoszone przez okres do przedawnienia tych roszczeń tj. trzech lat; (2) narażenia na zarzut dokonywania wydatków publicznych z naruszeniem przepisów ustawy z dn. 27.08.2009r. o finansach publicznych; (3) narażenia na zarzut dopuszczenia się przez Wójta Gminy i Skarbnika Gminy czynów naruszenia dyscypliny finansów publicznych; (4) narażenia na zarzut popełnienia przez Wójta Gminy przestępstwa z art. 231 § 1 kodeksu karnego, polegającego na narażeniu interesu publicznego w wyniku niedopełnienia obowiązku zapłaty

zobowiązań pieniężnych w terminie nie powodującym zagrożenia obowiązkiem zapłaty odsetek;

3.3. kopii dokumentów w postaci załączonych do niniejszego odwołania oraz złożonych na terminie rozprawy umów o świadczenie usług odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości położonych na terenach gmin, na okoliczności stosowanych powszechnie w obrocie gospodarczym długości terminów zapłaty przez jednostki samorządu terytorialnego zobowiązań pieniężnych wynikających z umów podobnego rodzaju.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o:
4.1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ponowienie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty wykonawcy SITA Płocka Gospodarka Komunalna Spółka z o.o.;
4.2. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego Gminę Gozdowo i zaliczenie do kosztów postępowania: uiszczonej przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania kwoty 7 500zł, wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600zł plus podatek VAT zgodnie z rachunkiem, który zostanie złożony na rozprawie oraz uiszczoną opłatą skarbową od pełnomocnictwa w wysokości 17zł, a ponadto zasądzenie tych kosztów postępowania od Zamawiającego Gminy Gozdowo na rzecz wykonawcy Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „EMPEGEK" Sp. z o.o. w Sierpcu.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i wnosił o jego oddalenie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpi wykonawca SITA Płocka Gospodarka Komunalna spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Płocku, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

II. Izba z urzędu bada, czy zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Ponieważ nie było wątpliwości, że wartość zamówienia oszacowano poniżej kwot, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych (zgodne oświadczenie Stron i Przystępującego na posiedzeniu, pismo Zamawiającego z dnia 8 listopada 2016 r., wskazujące na wartość zamówienia, w aktach sprawy), Izba musiała zbadać, czy odwołanie dotyczy czynności, o których mowa w art. 180 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Dokonując analizy zarzutów odwołania, w świetle przywołanego przepisu Prawa zamówień publicznych i dotychczasowego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, skład orzekający stwierdził, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, ponieważ nie dotyczy żadnej z czynności, wymienionych w art. 180 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

Zasadniczym zarzutem rozpatrywanego odwołania jest zarzut naruszenia art. 89 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, tj. zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego przez Zamawiającego, mimo że, zdaniem Odwołującego, Przystępujący popełnił czyn nieuczciwej konkurencji, wskazując w swojej ofercie, w jednym z kryteriów oceny ofert (Zamawiający jako jedno z pozacenowych kryteriów oceny ofert opisał kryterium ,,termin płatności faktur", bez określania ,,od… do…" terminu, jaki wykonawcy mogą zadeklarować w ofertach) termin 90-dniowy, co jest sprzeczne w ocenie Odwołującego z art. 8 ust. 2 ustawy o terminach zapłaty.

W przywołanym wyżej art. 180 ust. 2 Prawa zamówień publicznych wskazano jednoznacznie, iż w postępowaniu o wartości mniejszej, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (tj. poniżej tzw. progów unijnych), 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.

Zasadniczy zarzut odwołania, tj. ,,zaniechanie odrzucenia Przystępującego" niewątpliwie nie jest żadną z czynności, wymienionych w art. 180 ust. 2 pkt 1-5 Prawa

zamówień publicznych. Analizy wymaga, czy ,,zaniechanie odrzucenia" można przypisać do czynności, o której mowa w pkt 6, tj. czy pojęcie ,,zaniechania odrzucenia" mieści się w pojęciu czynności ,,wyboru oferty najkorzystniejszej" w znaczeniu użytym w art. 180 ust. 2 pkt 6 Prawa zamówień publicznych. Kluczowe zatem dla ustalenia, czy odwołanie podlega odrzuceniu, było ustalenie znaczenia treści pkt 6, dodanego nowelizacją Prawa zamówień publicznych, która weszła w życie 28 lipca 2016 r.

Po pierwsze, należy zauważyć, że w przepisach dotyczących odwołań ustawodawca wyraźnie rozróżnia kategorię ,,czynności" od kategorii ,,zaniechań czynności": zgodnie z art. 180 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności lub zaniechania czynności. Z kolei art. 180 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, statuujący wyjątek od ogólnej reguły (zasadą jest, że odwołanie w pełnym zakresie przysługuje wykonawcom w postępowaniach powyżej tzw. progów unijnych), wyraźnie zezwala na wniesienie odwołania w postępowaniu poniżej tzw. progów unijnych wyłącznie od wymienionych w nim ,,czynności". Skoro z art. 180 ust. 1 Prawa zamówień publicznych wynika, że ,,zaniechania" nie mieszczą się w ,,czynnościach", ale stanowią osobną kategorię podstaw faktycznych do wniesienia odwołania, to z zestawienia art. 180 ust. 1 i 180 ust. 2 Prawa zamówień publicznych można wysnuć wniosek, że odwołanie poniżej progów unijnych nie przysługuje wobec zaniechań Zamawiającego, a jedynie wobec czynności, enumeratywnie wymienionych w art. 180 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

Po drugie, można również dostrzec, że ustawodawca zakres znaczenia pojęcia ,,wybór oferty najkorzystniejszej" w pkt 6 art. 180 ust. 2 zastosował w innym, węższym znaczeniu, niż potocznie rozumiany – w pojęciu tym nie mieści się podjęcie decyzji o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty wykonawcy, ponieważ w osobnych punktach przywoływanego przepisu wymieniono przesłankę odwoławczą ,,wykluczenia odwołującego z postępowania" i ,,odrzucenia oferty odwołującego" (art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych).

W konsekwencji, poszukiwanie znaczenia pojęcia ,,wybór oferty najkorzystniejszej", o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 Prawa zamówień publicznych prowadzi do wniosku, że pojęcie to należy rozumieć wąsko. Nie można bowiem, zakładając racjonalność i konsekwencję ustawodawcy, twierdzić, że ,,wybór najkorzystniejszej oferty" obejmuje ,,zaniechanie czynności odrzucenia oferty". Wąskie rozumienie pojęcia ,,wybór oferty najkorzystniejszej" należy, zdaniem składu orzekającego, utożsamiać z dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Taki zakres pojęcia ,,wybór oferty najkorzystniejszej" jest określony w art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Przepis ten w ocenie Izby wskazany jako podstawa prawna odwołania wniesionego w postępowaniu poniżej tzw. progów unijnych

jest skorelowany z przesłanką wskazaną w art. 180 ust. 2 pkt 6 Prawa zamówień publicznych. Oznacza to, że Odwołujący w odwołaniu mógłby wnosić o przyznanie Przystępującemu mniejszej ilości punktów w kwestionowanym kryterium, ale nie może (poniżej tzw. progów unijnych) kwestionować zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego. W niniejszym postępowaniu zarzut odwołania co prawda związany był z kryteriami oceny ofert, ale Odwołujący nie skarżył błędnej, wadliwej oceny w kryterium pozacenowym i nie wnosił o przyznanie Przystępującemu mniejszej ilości punktów w ramach oceny jego oferty jako najkorzystniejszej ,,na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia" (wybór oferty w wąskim znaczeniu), ale kwestionował zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego przez Zamawiającego. W tym kontekście dla oceny dopuszczalności rozstrzygnięcia merytorycznego odwołania nie ma znaczenia, że przyczyna, w której Odwołujący upatruje podstawy faktycznej wniesienia odwołania tkwi w oświadczeniu, które było podstawą oceny ofert w kryterium pozacenowym.

Na wąskie rozumienie pojęcia ,,wybór oferty najkorzystniejszej" wskazuje również

analiza art. 92 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Z dotychczasowego przepisu art. 92 ust. 1 Prawa zamówień publicznych wynikał obowiązek jednoczesnego informowania o wyborze oferty najkorzystniejszej, oraz o ofertach odrzuconych i wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania: ,,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.”

Zgodnie z obowiązującym brzmieniem art. 92 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, 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.

Z treści przytoczonego przepisu wynika, że ustawodawca wyraźnie rozróżnia wybór oferty najkorzystniejszej i wykluczenie wykonawcy/odrzucenie oferty: odrębnie wypowiada się o wyborze oferty najkorzystniejszej (pkt 1), wykluczeniach (pkt 2), odrzuceniach (pkt 3). Nie można nie zauważyć, że po wejściu w życie nowelizacji Prawa zamówień publicznych w dniu 28 lipca 2016 r., zamawiający nie ma już obowiązku jednoczesnego informowania o tych czynnościach. Można więc zakładać, że czynności podejmowane w postępowaniu będą rozłożone w czasie w stopniu znacznie większym, niż dotychczas, co doprowadzi do tego, że deprecjonowana kolejnymi nowelizacjami Prawa zamówień publicznych zasada koncentracji środków ochrony prawnej zostanie zupełnie wyrugowana z polskiego systemu odwoławczego. Nowelizacja, która weszła w życie 28 lipca 2016 r., sankcjonuje bowiem sekwencyjne, rozłożone w czasie, dokonywanie kolejnych czynności w postępowaniu przez zamawiającego, który będzie odrzucał oferty czy wykluczał wykonawców z postępowania, a następnie dokonywał wyboru oferty najkorzystniejszej. W takim kontekście nie można przyjmować, że w pojęciu „wybór oferty najkorzystniejszej” mieści się pojęcie „zaniechanie czynności odrzucenia oferty”, ponieważ do odrzucenia oferty będzie dochodziło przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie można również zaakceptować poglądu, że skoro ustawodawca daje wykonawcy możliwość kwestionowania wyboru oferty najkorzystniejszej w pkt 6 art. 180 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, to pozwala tym samym na kwestionowanie wszystkich wcześniejszych działań, które prowadzą do wyboru oferty - ponieważ konsekwencją byłoby umożliwienie wzruszania wszelkich wcześniejszych czynności i zaniechań zamawiającego, zapadłych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym przykładowo – nieprawidłowych postanowień specyfikacji istotnych warunków

zamówienia.

10

Krajowa Izba Odwoławcza jednolicie wyraża w orzecznictwie pogląd o wąskim rozumieniu pojęcia ,,wyboru oferty najkorzystniejszej", o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 Prawa zamówień publicznych: ,,przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym „czynność wyboru oferty najkorzystniejszej" należy rozumieć szeroko – jako zwieńczenie 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. Zauważyć jednak należy, że w wyniku nowelizacji o wiele większe znaczenia nabiorą pozacenowe kryteria oceny ofert (np. kwalifikacje i doświadczenie osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, aspekty społeczne, jakościowe, innowacyjne), których stosowanie będzie w znacznej większości przypadków obowiązkowe. Znacznie większego znaczenia nabierze zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 ustawy Pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Można zatem twierdzić, że właśnie dlatego w art. 180 ust. 2 Pzp dodano możliwość zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, której znaczenie wzrośnie." (sygn. akt KIO 1599/16; analogiczny pogląd został wyrażony również w orzeczeniach KIO 1674/16, KIO 1696/16, KIO 1750/16, KIO 1808/16, KIO 1812/16, KIO 1816/16, KIO 1862/16, KIO 1910/16, KIO 1930/16, KIO 2015/16, KIO 2026/16, KIO 2059/16). Izba również zauważała, 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." (sygn. akt KIO 1599/16).

Reasumując, zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego podniesiony w rozpatrywanym odwołaniu nie mieści się w zamkniętym katalogu podstaw odwoławczych, wymienionych w art. 180 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, czego konsekwencją jest odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, ponieważ zostało wniesione w postępowaniu poniżej tzw. progów unijnych.

11

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych, 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:

……

.....

12