Sygn. akt KIO 2248/16

POSTANOWIENIE
z dnia 14 grudnia 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Członkowie: Piotr Kozłowski

Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 12 grudnia 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2016 r. przez wykonawcę **Remondis Kraków Spółka z o.o., ul. Półłanki 64, 30-740 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gmina Miasta Tarnowa, ul. Mickiewicza 6, 33-100 Tarnów** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Świadczenie usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz od właścicieli nieruchomości, na których w części zamieszkują mieszkańcy, a w części nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, znajdujących się na terenie Gminy Miasta Tarnowa" – (postępowanie znak WIM.271.63.2016)

przy udziale wykonawcy **Trans-Formers Karpatia Spółka z o.o., ul. Odległa 8, 33-100 Tarnów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego

przy udziale wykonawcy **AVR Spółka z o.o., ul. Józefa Dieltla 93/4, 31-031 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego.

---

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Remondis Kraków Spółka z o.o., ul. Półłanki 64, 30-740 Kraków** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.
3. Nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Remondis Kraków Spółka z o.o., ul. Półłanki 64, 30-740 Kraków** kwoty **7 500 zł 00 gr** (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę 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 **Tarnowie.**

Przewodniczący:

……..

Członkowie:

……..

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasta Tarnowa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz od właścicieli nieruchomości, na których w części zamieszkują mieszkańcy, a w części nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, znajdujących się na terenie Gminy Miasta Tarnowa" – (postępowanie znak WIM.271.63.2016)

Izba ustaliła, iż prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte w dniu 22.11.2016 r. przez zamieszczenie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych na stronie internetowej www.bzp.uzp.gov.pl pod numerem 348889 – 2016 (BZP z dnia 22.11.2016 r.) – wydruk ogłoszenia w aktach sprawy.

Jak wynika z dokumentacji postępowania wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Tym samym, mając na uwadze datę wszczęcia postępowania, do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego stosuje się przepisy wprowadzone w wyniku nowelizacji ustawy Praw zamówień publicznych dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020), opublikowanej w dniu 13 lipca 2016 r. w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej pod pozycją 1020, która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 roku.

Izba ustaliła, że Zamawiający kopię odwołania przekazał pozostałym wykonawcom w dniu 29 listopada 2016 roku.

W dniu 1 grudnia 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło przystąpienie po stronie Odwołującego wniesione przez wykonawcę Trans-Formers Karpatia Spółka z o.o. oraz wykonawcę AVR Spółka z o.o.

Izba postanowiła dopuścić obu wykonawców jako uczestników postępowania po stronie Odwołującego.

Izba ponadto ustaliła, w oparciu o dokumentację postępowania, że Zamawiający w dokumencie zatytułowanym „Szacowanie wartości zamówienia” będącym załącznikiem do protokołu postępowania (dokument oznaczony numerem 2 w dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego) ustalił wartość zamówienia (łączna wartość I części zamówienia) w wysokości 77 218,62 euro netto oraz wskazał podstawę prawną dla takiego oszacowania wartości wskazując, że: „Na podstawie art. 6a ustawy Prawo zamówień publicznych postępowania prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego poniżej kwot określonych w art. 11 ust. 8 wyżej wymienionej ustawy. Wartość I części zamówienia stanowi 5,8% wartości całego zamówienia.”.

Izba ustaliła ponadto, że Zamawiający w ramach odpowiedzi na pytania wykonawców pismem z dnia 28.11.2016 r. zatytułowanym „Zmiana treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) oraz ogłoszenia o zamówieniu” w ramach pytania nr 3 wskazał na podstawę prawną ustalenia wartości szacunkowej w postaci art. 6a ustawy Pzp w związku z pytaniem jednego z wykonawców dotyczące wartości zamówienia przekazując powyższe pismo m.in. Odwołującemu (wydruk korespondencji mailowej z dnia 28.11.2016 r.).

W dniu 28.11.2016 r. w związku z wszczęciem przedmiotowego postępowania Odwołujący wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów w związku z następującymi czynnościami i zaniechaniami:

1) nieprawidłowy podział zamówienia na części. Czynności zarzucono naruszenie:
- art. 5b ustawy PZP oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy PZP, gdyż w istocie ograniczenie zamówienia jedynie do jednego miesiąca może być postrzegane jako nieuzasadnione działanie, które prowadzi do uniknięcia stosowania ustawy i utrudniać dostęp do rynku – jak wskazał Odwołujący wniosek taki wynika z powoływanych w niniejszym odwołaniu nieprawidłowości dotyczących opisu przedmiotu zamówienia,

2) nieprawidłowego oszacowania wartości zamówienia. Czynności zarzucono naruszenie:
- art. 34 ust. 1 ustawy PZP przez oszacowanie wartości zamówienia obejmującego usługi, w odniesieniu do jego części świadczonej w okresie 1 miesiąca, zamiast 12 miesięcy, o których

mowa w naruszonym przepisie: jednocześnie, zamawiający na podstawie ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U. z 2016 r. poz. 250) zobowiązany jest do udzielenia zamówienia na usługę zgodnie z przepisami ustawy PZP w okresie całego roku i dalszym (nie jest to usługa jednorazowa):
- art. 5 ust. 11 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 Lutego 2014 r. w sprawie Zamówień Publicznych, Uchylająca Dyrektywę 2004/18/WE,

3) nieprawidłowej publikacji ogłoszenia. Czynności zarzucono naruszenie:
- art. 11 ust. 1 pkt. 2) ustawy PZP poprzez zaniechanie publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, i w konsekwencji art. 11 ust. 7d oraz 7 e ustawy PZP,
- art. 4, 51 i 52 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 Lutego 2014 r. w sprawie Zamówień Publicznych, Uchylająca Dyrektywę 2004/18/WE,

4) objęcie zamówieniem usług, które z mocy ustawy nie stanowią zadań własnych gminy, znajdują się poza sferą użyteczności publicznej i jako takie nie mogą być przedmiotem zamówienia publicznego, czym zamawiający naruszył
- art. 2 pkt. 13 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej, oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy PZP, wniosek taki wynika z powoływanych w niniejszym odwołaniu nieprawidłowości dotyczących opisu przedmiotu zamówienia,

5) nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia. Czynności zarzucono:
a) naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 PZP przez niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia, tj. objęcie przedmiotem zamówienia świadczenia, które wykonywane jest na wolnym rynku, i którego zapewnienie pozostaje poza kompetencją gminy,
b) naruszenie art. 58 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy PZP- przez podjęcie czynności niezgodnej z ustawą lub zmierzającej do obejścia prawa, tj.:
• ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U. z 2016 r. poz. 250) dalej UCPG- w szczególności art. 6c UCPG,
• ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tj. Dz. U. z 2016 r. poz. 446)- dalej USG, w szczególności art. 1, 6, 7 i 9 USG,
• ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 2016 r. poz. 573)- dalej UGK, w szczególności art. 10 UGK,
• ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21 z późn. zm.) - dalej UO, w szczególności art. 3 ust. 1 pkt. 7) UO,
a także:

• Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78 poz. 483) - w szczególności art. 22, art. 16 i 166 Konstytucji,
• ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r. poz. 184), dalej UOKIK, w szczególności art. 9 ust. 2 pkt. 4) i 5) w zw. z art. 4 pkt. 1) lit a),
• ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu czynów nieuczciwej konkurencji (Dz. U z 2003 Nr 153 poz. 1503) a w szczególności art. 3 poprzez powiązanie świadczeń niezwiązanych ze sobą pozaprawne działania na szkodę innych przedsiębiorców i utrudnianie dostępu do rynku,
c) naruszenie art. 353(1), art. 387 i art. 5 KC w zw. z art. 7, 14 i 29 oraz 139 ust. 1 ustawy PZP przez nałożenie na wykonawcę bezwzględnego obowiązku odbierania odpadów selektywnie zebranych (papier, szkło, metale, tworzywa sztuczne, opakowania wielomateriałowe, o kodach 20 01 99, 20 01 39, 2001 01, 20 01 02, 20 01 40, 15 01 01, 15 01 02, 15 01 04, 15 01 05, 15 01 06, 15 01 06 a przez to zaniechanie podania, że przedmiot zamówienia nie obejmuje odbioru odpadów o kodach 15, w przypadku gdy właściciel nieruchomości, na której nie zamieszkują mieszkańcy a powstają odpady komunalne

prowadzi na własny koszt selektywne zbieranie odpadów opakowaniowych po produktach w opakowaniach zgodnie z art. 44 ustawy z dnia 13 czerwca 2013 r. o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi,
d) naruszenie art. 353 (1) KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy PZP- przez objęcie umową z wykonawcą (projekt stanowi załącznik nr 9 do SIWZ) świadczeń, których gmina nie jest władna powierzyć,
e) naruszenie art. 7 ust. 1 PZP przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji polegające na ingerencji w rynek, w który zamawiający nie może ingerować,
f) naruszenie art. 353 (1) KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy PZP- przez objęcie umową z wykonawcą (projekt stanowi załącznik nr 9 do SIWZ) świadczeń, których gmina nie jest władna powierzyć,
g) naruszenie art. 7 ust. 1 PZP przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji polegające na ingerencji w rynek, w który zamawiający nie może ingerować,
- które mają istotny wpływ na wynik postępowania.

II. w nawiązaniu do przedstawionych powyżej zarzutów, na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1) PZP Odwołujący sformułował następujące żądanie rozstrzygnięcia polegające na:
a) unieważnieniu całości postępowania prowadzonego pod numerem WIM.271.63.2014,
a w przypadku nieuwzględnienia:
b) unieważnieniu czynności Zamawiającego w postaci opublikowania Ogłoszenia i SIWZ,

c) wykreśleniu ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (w szczególności w SIWZ, Zał. nr 1 do SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia, Zał. nr 9 do SIWZ - wzór umowy) postanowień odnoszących się do świadczenia usług w zakresie odbioru i zagospodarowania następujących frakcji odpadów pochodzących z nieruchomości niezamieszkałych:
• papier,
• szkło,
• odpady z tworzyw sztucznych i metali oraz opakowania wielomateriałowe,
• tekstyliów,
• mebli i innych odpadów wielkogabarytowych,
• zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego,
• odpadów zielonych;
- które nie mieszczą się w definicji odpadów komunalnych,
tj. w ten sposób, aby Zamawiający dostosował treść SIWZ do wymogów wynikających z prawa materialnego, w szczególności przez wyeliminowanie z treści SIWZ naruszeń przepisów ustaw. Wnosimy o wprowadzenie zabezpieczeń przed nieprawidłowym klasyfikowaniem papieru, szkła, odpadów z tworzyw sztucznych i metali oraz opakowań wielomateriałowych w przypadku gałęzi przemysłu jako odpad komunalny; a w szczególności tych odpadów ze szkła, papieru i odpadów z tworzyw sztucznych i metali oraz opakowań wielomateriałowych, które powinny zostać skatalogowane pod kodem 15.

III. Odwołujący wniósł również o rozpoznanie odwołania w składzie trzyosobowym ze względu na szczególną zawiłość lub precedensowy charakter sprawy.
IV. Z uwagi na charakter sprawy Odwołujący zastrzegł sobie możliwość wniesienia dowodów na dalszym etapie postępowania.

Izba ustaliła również, że Odwołujący wniósł wpis w wysokości właściwej dla postępowań o wartości przekraczającej kwoty progów UE, tj. wpis w wysokości 15 000 złotych.

Izba w toku posiedzenia z udziałem Stron ustaliła również, w oparciu o oświadczenia Odwołującego i Przystępujących, że wykonawcy Ci nie złożyli ofert w ramach niniejszego postępowania.

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

Jak ustalono na podstawie akt sprawy, postępowanie dotyczy zamówienia publicznego na usługi, a wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Następnie Izba wskazuje, że jest zobligowana z urzędu ocenić i ustalić, czy zachodzą okoliczności przemawiające za odrzuceniem odwołania stosując w tym zakresie art. 189 ust. 2 pkt 1 – 7 ustawy Pzp. Mając na uwadze treść art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 pkt 1 - 6 ustawy Pzp Izba jest zobligowana również ustalić, czy czynności objęte zaskarżeniem wpisują się w katalog czynności zaskarżalnych w drodze środków ochrony prawnej.

Za powyższym przemawia okoliczność, iż prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej jest prawem podmiotowym zbliżonym w swoim znaczeniu do dopuszczalności drogi sądowej np. w procesie cywilnym i rządzi się w swej istocie swego rodzaju zasadą legalizmu, która skierowana jest również do organów orzekających w takich sprawach (w tym wypadku Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych rozpoznających skargi na orzeczenia Izby).

Powyższy pogląd został wyrażony w postanowieniu Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 czerwca 2009 r. (sygn. akt XIX Ga 207/09, *LEX nr 1713412),* w którego uzasadnieniu zostało wskazane, że „Wykładnia rozszerzająca co do katalogu czynności, które podlegają zaskarżeniu odwołaniem nie jest uprawniona w świetle obowiązującej zasady legalizmu oznaczającej w tym przypadku możliwość wnoszenia środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, tylko w takim zakresie jak dopuszcza to ustawodawca.”.

Izba wskazuje, iż pomimo rozszerzenia w wyniku ostatniej nowelizacji katalogu czynności mogących być przedmiotem zarzutów, katalog ten został enumeratywnie wskazany w treści art. 180 ust. 2 pkt 1 – 6 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.

Choć katalog sytuacji, w których w postępowaniach podprogowych w wyniku wspomnianej nowelizacji przysługuje wniesienie odwoływania uległ rozszerzeniu, między innymi o czynność opisu przedmiotu zamówienia oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, to zdaniem składu orzekającego Izby w przedmiotowej sprawie odwołanie dotyczy czynności, wobec których ustawodawca nadal wyłączył prawo zaskarżenia decyzji Zamawiającego. Odwołanie w jego zasadniczej kwestii dotyczy bowiem zaniechania w zakresie ustalenia wartości szacunkowej zamówienia oraz samego faktu wszczęcia i prowadzenia postępowania w obszarach, które w ocenie Odwołującego są wyjęte spoza kognicji jednostek samorządu terytorialnego i w Jego ocenie objęte są zasadami wolnego rynku, tj. przez objęcie umową z wykonawcą (projekt stanowi załącznik nr 9 do SIWZ) świadczeń, których gmina nie jest władna powierzyć w drodze przetargu. Jak doprecyzował Odwołujący w treści odwołania „(…) które z mocy ustawy nie stanowią zadań własnych gminy, znajdują się poza sferą użyteczności publicznej i jako takie nie mogą być przedmiotem zamówienia publicznego” – co jednoznacznie obrazuje jaka czynność Zamawiającego (wszczęcie postępowania) stała się przedmiotem zaskarżenia.

Analizując zatem podniesione przez Odwołującego zarzuty wskazać należy, iż Odwołujący kwestionuje co do zasady sam fakt wszczęcia i prowadzenia przez Zamawiającego postępowania, zarówno co do zasady w zakresie niektórych kategorii odpadów (wnosząc o ich usunięcie z opisu przedmiotu zamówienia), jak również w przewidzianym przez Zamawiającego okresie (1 miesiąc) oraz w danym reżimie, tj. o wartości zamówienia, która jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Takie ustalenie zakresu sporu, który wynika jednoznacznie z treści sformułowanych przez Odwołującego żądań, powoduje, iż Odwołujący stawiając zarzuty związane z opisem przedmiotu zamówienia, które jako jedyne wśród postawionych w treści odwołania mogłyby ewentualnie ulegać rozpoznaniu w ramach postępowań poniżej progów UE, faktycznie nie

wnosi o wyeliminowanie wywiedzionych przez siebie wad tego opisu, lecz o zniesienie postępowania w całości i *de facto* zobowiązanie Zamawiającego aby wszczynając nowe postępowanie usunął z opisu przedmiotu zamówienia wskazane w treści odwołania frakcje odpadów.

Izba w tym miejscu wskazuje, iż Odwołujący pomimo sformułowania alternatywnego żądania nie wnosi o nic innego niż o unieważnienie postępowania, gdyż inaczej nie sposób zrealizować żądania brzmiącego w następujący sposób „(…) a w przypadku nieuwzględnienia (żądania unieważnienia postępowania – przypis Izby) unieważnieniu czynności Zamawiającego w postaci opublikowania Ogłoszenia i SIWZ". Wszakże unieważnienie publikacji ogłoszenia i SIWZ nie może być inaczej rozumiane jak zniesienie postępowania w całości.

Mając na uwadze powyższe, Izba dokonując wykładni celowościowej oświadczeń woli zawartych w treści odwołania przyjęła, iż przy tak ukształtowanych żądaniach oraz pozycji procesowej Odwołującego (który nie złożył w prowadzonym postępowaniu oferty) nie sposób uznać, iż zarzuty oparte o treść art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp pełnią rolę samoistnych zarzutów wpisujących się w przesłankę wskazaną w treści art. 180 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. W ocenie Izby stanowią one natomiast zarzuty ściśle powiązane z innymi zarzutami mającymi na celu zniesienia postępowania w całości. W żaden inny sposób nie może bowiem dojść do urzeczywistnienia interesu w uzyskaniu zamówienia (w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp), oraz wpływu ewentualnie uwzględnionych zarzutów na wynik postępowania (w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp) choćby ze względu na niezłożenie przez Odwołującego oferty – która to okoliczność Izba była zmuszona uwzględnić na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

Wskazać również należy, iż wśród przesłanek uregulowanych w art. 180 ust. 2 pkt 1 – 6 ustawy Pzp brak jest, poza trybami niekonkurencyjnymi (negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki oraz zapytania o cenę), możliwości zaskarżenia czynności wszczęcia i prowadzenia postępowania w określonym reżimie.

Ze względu na specyfikę zarzutu odnoszącego się do ustalenia szacunkowej wartości zamówienia, który mógłby otworzyć Odwołującemu możliwość podnoszenia zarzutów w oparciu o treść art. 180 ust. 1 ustawy Pzp (a więc w ramach postępowań powyżej progów UE), Odwołujący w istniejących okolicznościach faktycznych i prawnych powinien przedmiotem odwołania uczynić czynność, która legła u podstaw takiego ustalenia tej wartości, tj. art. 6a ustawy Pzp, co jednak nie miało miejsca. Gdyby miało bowiem dojść do

skutecznego podważenia samej wartości szacunkowej zamówienia to właśnie ten przepis, stanowiący podstawę prawną dla publikacji ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ze wszystkimi dla tego faktu konsekwencjami, winien stanowić zasadniczy trzon (podstawę prawną i faktyczną) odwołania.

Izba zaś w toku posiedzenia z udziałem stron ustaliła, po pierwsze, że Zamawiający przekazał powyższą informację wykonawcom (w tym Odwołującemu w ramach

korespondencji mailowej z dnia 28.11.2016 r. - pismo z dnia 28.11.2016 r. zatytułowane „Zmiana treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) oraz ogłoszenia o zamówieniu"), gdzie w ramach pytania nr 3 wskazał na podstawę prawną ustalenia wartości szacunkowej w postaci art. 6a ustawy Pzp. Po drugie jak wynika z ustaleń Izby powyższe pismo zostało dodatkowo zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego, zaś sama informacja o ustaleniu wartości szacunkowej postępowania i podstawie prawnej dla tej czynności znajdowała się w aktach postępowania – jako załącznik do protokołu.

Tym samym Izba, będąc związaną treścią art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, nie miała podstaw prawnych do uwzględnienia odwołania w części odnoszącej się do ustalenia szacunkowej wartości zamówienia, gdyż we wniesionym środku ochrony prawej brak było zarzutu skierowanego do podstawy prawnej takiego ustalenia tej wartości.

W konsekwencji brak było podstaw do przyjęcia, że Odwołujący skuteczne podważył prawidłowość ustalenia szacunkowej wartości zamówienia, co otworzyłoby możliwość rozpoznania zarzutów wychodzących poza katalog ujęty w treści art. 180 ust. 2 pkt 1 – 6 ustawy Pzp.

Z powodu braku tego typu czynności w katalogu ujętym w art. 180 ust. 2 pkt 1 - 6 ustawy Pzp i biorąc pod uwagę zastrzeżenie sformułowane w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp stwierdzić należy, że ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie takiego zachowania lub zaniechania podmiotu zamawiającego.

W tak nietypowych okolicznościach będących wynikiem podniesionych zarzutów (skierowanych wobec reżimu prowadzonego postępowania, miejsca publikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz wszelkich związanych z tym konsekwencji) na etapie posiedzenia z udziałem Stron dochodzi do rozpoznania merytorycznego zarzutu skierowanego wobec ustalenia szacunkowej wartości zamówienia. W wyniku oceny tego zarzutu Izba w niniejszym składzie uznała, iż nie doszło do skutecznego podważenia wartości szacunkowej zamówienia, a w konsekwencji nie doszło do merytorycznego rozpoznania całości odwołania na rozprawie.

Izba za podstawę takiego rozstrzygnięcia uznała wskazaną przez Zamawiającego podstawę prowadzenia postępowania, w postaci art. 6a ustawy Pzp, który stanowi, że: „W przypadku zamówień udzielanych w częściach, do udzielenia zamówienia na daną cześć zamawiający może stosować przepisy właściwej dla wartości tej części zamówienia, jeżeli jej wartość jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 80 000 euro dla dostaw lub usług oraz 1 000 000 euro dla robót budowlanych, pod warunkiem że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia".

W tym zakresie, jak wyżej wskazano, Izba za zasadniczą okoliczność uznała zastosowanie przez Zamawiającego jako podstawy prawnej ustalenia wartości zamówienia i w konsekwencji podstawy prowadzonego postępowania instytucji uregulowanej we wskazanym wyżej art. 6a ustawy Pzp, która to podstawa została wskazana wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia nie stając się jednocześnie podstawą zarzutów i argumentacji Odwołującego oraz Przystępujących. Natomiast podnoszenie okoliczności dotyczących naruszenia powyżej przywołanego przepisu dopiero na rozprawie jest działaniem spóźnionym, gdyż, jak już powyżej wskazano, z mocy art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Na marginesie należy zauważyć, że przy najkorzystniejszej dla Odwołującego interpretacji (tzn. zakładając, że przy wglądzie w protokół postępowania nie mógł powziąć wiedzy co do podstawy prawnej wszczęcia postępowania o wartości poniżej progów UE), winien on wnieść odwołanie na czynność wyjaśnienia przez Zamawiającego tej okoliczności wykonawcom podważając jednocześnie zasadność prowadzenia postępowania poniżej progów UE.

Reasumując Izba z urzędu na podstawie art. 189 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego 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 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 pkt 1 - 6 ustawy Pzp.

Choć katalog sytuacji, w których w postępowaniach podprogowych w wyniku wspomnianej nowelizacji przysługuje wniesienie odwoływania uległ rozszerzeniu, między

---

innymi o czynność dokonania opisu przedmiotu zamówienia, który to zarzut został przez Odwołującego oparty na treści art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp to zdaniem składu orzekającego Izby w przedmiotowej sprawie odwołanie dotyczy czynności, wobec których ustawodawca nadal wyłączył prawo zaskarżenia decyzji Zamawiającego. Odwołanie w pierwszej kolejności i jego zasadniczej części dotyczy nieprawidłowego oszacowania wartości zamówienia i samego faktu wszczęcia oraz prowadzenia postępowania w określonym reżimie, zakresie, jak również czasookresie, które w ocenie Izby wykraczają poza ramy dyrektyw objętych hipotezą normy prawnej zawartej w treści art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Jak wynika z powyższego przepisu wytyczne te odnoszą się bowiem do kompletności i jednoznaczności dokonanego opisu oraz zakazują takiego skonstruowania tego opisu, aby nie dochodziło do utrudniania uczciwej konkurencji. Odwołujący zaś na powyższym przepisie *de facto* oparł samą legalność prowadzonego postępowania w określonym zakresie przedmiotowym (co do czasookresu powiązanego z treścią art. 5b ustawy Pzp i objęcia w ramach przedmiotu świadczenia wykonywanego na wolnym rynku powiązanego z przepisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej oraz ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach), w określonym reżimie (miejsce publikacji powiązane z treścią art. 11 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) przez powiązanie tego zarzutu z zarzutem obejmującym nieprawidłowe oszacowanie wartości zamówienia (art. 34 ust. 1 ustawy Pzp).

Taka kompilacja zarzutów nie powoduje jednak, zdaniem Izby, iż mamy do czynienia z zakwestionowaniem prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 180 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Tym samym, jak wyżej wskazano, z powodu braku zakwestionowanych w drodze rozpoznawanego odwołania czynności, o których mowa w art. 180 ust. 2 pkt 1 - 6 ustawy Pzp stwierdzić należy, iż wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 189 ust. 2 ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie takiego ich ujęcia.

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:

……..

.....