

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 14 grudnia 2020 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 14 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2020 r. przez odwołującego Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych "EKO-WOD" Sp. z o.o. w Świdnicy w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu

postanawia:

1. odrzucić odwołanie,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciążyć odwołującego Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych "EKO-WOD" Sp. z o.o. w Świdnicy i zaliczyć na poczet kosztów postępowania kwotę 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego 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 we Wrocławiu.

**Przewodniczący:**

.....

**Uzasadnienie**

**postanowienia z dnia 14 grudnia 2020 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 3145/20**

Zamawiający – Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu, ul. C. K. Norwida 34, 50-950 Wrocław, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykonanie robót budowlanych poniżej Stopnia Malczyce zgodnie z decyzją nr I-H-116/15”, ogłoszone w dniu 7 sierpnia 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 567643-N-2020, zwane dalej jako „postępowanie”.

W dniu 30 listopada 2020 r. odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania i zaniechania wyboru jego oferty wniósł wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych "EKO-WOD" Sp. z o.o., ul. Towarowa 12-14, 58-100 Świdnica (dalej zwany jako „odwołujący”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie, mimo, iż brak jest ustawowych przesłanek do zastosowania tego przepisu przez Zamawiającego,
2. art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie, podczas, gdy brak jest przesłanek do zastosowania tego przepisu, gdyż kwota najkorzystniejszej oferty nie przewyższa kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,
3. art. 92 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego, pomimo tego, iż przepis ten zobowiązuje Zamawiającego do podania uzasadnienia faktycznego,
4. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i dokonania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Skład rozpoznający spór, na podstawie akt postępowania odwoławczego, w tym dokumentacji postępowania przedstawionej przez zamawiającego, ustalił, że wartość zamówienia wynosi 9 373 010,84 zł, czyli 2 195 444,41 euro (pkt 2.4 protokołu zamówienia ZP-PN, kosztorysy inwestorskie), co koresponduje z wszczęciem przetargu poprzez zamieszczenie ogłoszenia przez zamawiającego w krajowym publikatorze, tj. w Biuletynie Zamówień Publicznych (ogłoszenie z 07.08.2020 r. nr 567643-N-2020). Izba ustaliła zatem, że postępowanie na roboty budowlane posiada wartość poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej jako „p.z.p.”.

Izba stwierdziła, że w ustalonym stanie rzeczy podstawą do wniesienia środka zaskarżenia jest art. 180 ust. 2 p.z.p., gdzie ustawodawca uregulował czynności jednostki zamawiającej, wobec których dopuszczono możliwość wniesienia odwołania w tzw. postępowaniach krajowych. Jest to katalog zamknięty, widocznie ograniczony w stosunku do zamówień powyżej progu unijnego (ustalonego w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p.). Dopuszczalność kwestionowania decyzji zamawiającego została przez ustawodawcę ograniczona do enumeratywnie wskazanych w art. 180 ust. 2 p.z.p. czynności zamawiającego, gdzie nie przewidziano prawa do zaskarżenia czynności unieważnienia przetargu.

Skład rozpoznający spór zaznacza, iż we wnioskach odwołujący żądał dokonania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, co ma stwarzać pozór przyjęcia za podstawę zaskarżenia art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. Hasłowe wskazanie, że czynność ta jest zaskarżona – mając na uwadze, iż w odwołaniu podnoszone są zarzuty dotyczące okoliczności unieważnienia przetargu z dnia 24 listopada 2020 r., przekazanej wykonawcy 25 listopada 2020 r. – stanowi próbę obejścia prawa. Nie potwierdziło się również na kanwie materiału procesowego, że odwołanie zostało wniesione z powodu informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 25 listopada 2020 r. (*vide* str. 2 odwołania), ponieważ w dokumentacji przetargu nie ma takiego dokumentu. W tym dniu doręczono odwołującemu zawiadomienie o unieważnieniu postępowania i to ta czynność zamawiającego jest powodem wniesienia środka zaskarżenia.

Należy zauważyć, iż podstawy zaskarżenia, określone w art. 180 ust. 2 p.z.p., uległy znacznemu rozszerzeniu, w wyniku nowelizacji p.z.p. z 22 czerwca 2016 r., która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r., między innymi o czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym niemniej ustawodawca nie zdecydował się na przyznanie wykonawcom uprawnienia do skarżenia unieważnienia postępowania. Ponadto, określona w omawianej normie kognicja Izby do weryfikacji działań zamawiającego, w postępowaniach poniżej progu unijnego, jest katalogiem zamkniętym. Jest to

wyjątek od zasady, którego nie można wyklądać rozszerzająco. I nawet gdyby była możliwość przyjęcia szerokiej, korzystnej dla wykonawcy wykładni przepisu, to czynność unieważnienia przetargu nie mieści się w art. 180 ust. 2 p.z.p.

Nie jest to także stan faktyczny, kiedy do unieważnienia postępowania doprowadziły czynności wykluczenia odwołującego, czy odrzucenie jego oferty (art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 p.z.p.), albo zaniechanie eliminacji z postępowania jego konkurencji, czyli czynności, które bezpośrednio odnoszą się do wyboru oferty najkorzystniejszej – art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. w związku z uchwałami Sądu Najwyższego z 17 listopada 2017 r. sygn. akt III CZP 56/17 i sygn. akt III CZP 58/17 oraz wyrokiem z 23 maja 2018 r. sygn. akt IV CSK 448/17, zgodnie z którymi przez zaskarżenie wyboru oferty najkorzystniejszej należy rozumieć prawo odwołującego do kwestionowania zaniechania przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy wybranego w postępowaniu, czy odrzucenia jego oferty. Zgodnie z dokumentacją postępowania, zawiadomieniem z dnia 24 listopada 2020 r. zamawiający unieważnił przetarg ze względu na okoliczności wskazane w art. 93 ust. 1 pkt 4 i 6 p.z.p., co zaskarżono.

Dalej skład orzekający wskazuje, że zauważenia wymaga, że gdyby zamiarem ustawodawcy nie było ograniczenie dopuszczalności odwołań w postępowaniach o wartości zamówienia mniejszej, niż tzw. progi unijne, zbędne byłoby określanie katalogu czynności podlegających zaskarżeniu w takich postępowaniach. Gdyby bowiem przyjmując, że zaskarżeniu w ramach wyboru oferty najkorzystniejszej podlega każda czynność i każde zaniechanie poprzedzające nie tylko wybór oferty najkorzystniejszej, ale również unieważnienie postępowania, to zaskarżeniu podlegałyby *de facto* wszystkie czynności i zaniechania zamawiającego w postępowaniu. W takiej sytuacji racjonalny ustawodawca nie określałby katalogu czynności podlegających zaskarżeniu i nie zobowiązywałby Izby do odrzucenia odwołania wniesionego na czynności spoza tego katalogu (art. 189 ust. 2 pkt 6 p.z.p.).

Wydając rozstrzygnięcie formalne skład rozpoznający spór podzielił trafne stanowisko Sądu Okręgowego w Łodzi, wyrażone w postanowieniu z 22 października 2019 r. sygn. akt: III Ca 1436/19, zgodnie z którym p.z.p. ma charakter wyjątku od zasady i wśród tych czynności nie wymieniono czynności unieważnienia postępowania. Pogląd skarżącego wyrażony we wniesionym środku zaskarżenia, iż instytucja unieważnienia postępowania mieści się, w szerokim znaczeniu pojęcia "wybór oferty najkorzystniejszej", a w konsekwencji objęta jest dyspozycją przepisu p.z.p. nie jest trafny i nie może być podstawą do uznania prawa do wniesienia skargi na czynność unieważnienia postępowania w sprawach, w których wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p. Skład orzekający podziela argumentację sądu i przyjmuje ją za własną.

Konkludując, w wywiedzionym stanie faktycznym i prawnym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła spełnienie przesłanek opisanych w dyspozycji art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 p.z.p. i zobligowana była odwołanie odrzucić, w związku z czym orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p. oraz § 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 z 2018 poz. 972), obciążając odwołującego kosztem wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:**

.....