

Sygn. akt: KIO 696/19

POSTANOWIENIE
z dnia 23 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 23 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „VESTER” H. spółkę jawną z siedzibą w Kutnie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Specjalistyczny Szpital Wojewódzki w Ciechanowie,**

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „VESTER” H. spółkę jawną z siedzibą w Kutnie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „VESTER” H. spółkę jawną z siedzibą w Kutnie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) 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:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Specjalistyczny Szpital Wojewódzki w Ciechanowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. „Przebudowa Stacji Dializ” w ramach zadania „Modernizacja i doposażenie oddziałów szpitalnych”, nr referencyjny 34/PN/19. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 19 marca 2019 r. pod nr 526796-N-2019.

Jak wynika z pisma Zamawiającego z 18 kwietnia 2019 r. wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia wynosi 3 469 512,20 zł, tj. 804 673,84 euro.

W dniu 15 kwietnia 2019 r., wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „VESTER” H. spółka jawna z siedzibą w Kutnie, zwana dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności oceny ofert złożonych w toku postępowania i w konsekwencji wyboru najkorzystniejszej oferty i unieważnienie postępowania, w sytuacji, gdy zachodziły wszelkie przesłanki umożliwiające dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty i nie zostały spełnione przesłanki ustawowe do zastosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a tj. postępowanie nie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, a następnie dokonania czynności oceny ofert złożonych w toku postępowania i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Pismem z dnia 20 kwietnia 2019 r. (wpływ do Prezesa KIO w dniu 23 kwietnia 2019 r.) Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania o oparciu o przepis art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, w konsekwencji stwierdzenia, że odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 Pzp lub ewentualnie oddalenie odwołania w trybie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia stosując przepisy właściwe dla postępowań o wartości nie przekraczającej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem, *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.*

Z treści odwołania jednoznacznie wynika, że dotyczy ono czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący wprawdzie wskazywał pośrednio i bardzo enigmatycznie na zaniechanie Zamawiającego polegające na braku przeprowadzenia czynności badania i oceny złożonych ofert, jednak zauważyć należy, że rozszerzenie katalogu sytuacji, w których w tzw. postępowaniach podprogowych przysługuje prawo wniesienia odwołania w wyniku nowelizacji z 22 czerwca 2016 r., która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r. (miedzy innymi o czynność wyboru oferty najkorzystniejszej), nie obejmuje takich sytuacji. Zdaniem składu orzekającego Izby przedmiotowe odwołanie dotyczy zachowań zamawiającego, wobec których ustawodawca również po nowelizacji nie przewidział możliwości zaskarżenia. Zaskarżoną czynnością jest bowiem czynność unieważnienia postępowania, która – nawet przy uwzględnieniu szerokiej wykładni określenia wybór najkorzystniejszej oferty – nie mieści się w katalogu określonym art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

W świetle powyższego zachodziła przesłanka skutkująca koniecznością odrzucenia odwołania określona w art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym *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 Pzp wskazano, 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 oferty najkorzystniejszej.

Analiza przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż ustawodawca nie przyznał środka ochrony prawnej w postaci odwołania wobec czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia. Zarzuty dotyczące unieważnienia postępowania nie mieszczą się w katalogu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę wyżej poczynione spostrzeżenia, a także wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia, koniecznym było odrzucenie odwołania. Przepis art. 189 ust. 2 ustawy Pzp obliguje bowiem Izbę do odrzucenia odwołania, w przypadku stwierdzenia, że zachodzi którakolwiek z okoliczności tam wskazanych, co podlega weryfikacji przez Izbę z urzędu.

W tym miejscu wskazać należy, że jeśli wykonawca kwestionował zasadność czynności zamawiającego, wobec której nie przysługiwało odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, to służyło mu prawo do poinformowania zamawiającego o tej okoliczności w oparciu o przepis art. 181 ust. 1 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie nie miało charakteru merytorycznego, zatem musiało przybrać postać postanowienia.

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2, art. 189 ust. 2 pkt 6, art. 189 ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp 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 ze zm.). W myśl powołanych przepisów, a także zgodnie z poglądem jednolicie prezentowanym w orzecznictwie tak Izby jak i Sądów Okręgowych, w przypadku odrzucenia odwołania odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp.

Przewodniczący: