

Sygn. akt: KIO 1373/17

POSTANOWIENIE
z dnia 14 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 14 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lipca 2017 r. przez wykonawcę **Sprint S.A. w Olsztynie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie**

przy udziale wykonawcy **Qumak S.A. w Warszawie** oraz **Asseco Data Systems S.A. w Gdyni**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Sprint S.A. w Olsztynie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Sprint S.A. w Olsztynie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Sprint S.A. w Olsztynie** kwoty **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej zwrot nadpłaconej kwoty wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie, wszczął i prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn zm.) – zwanej dalej „ustawą Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „rozbudowa Systemu Zarządzania Ruchem i Komunikacją w Lublinie”.

Na podstawie całości dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazanej przez zamawiającego w tej sprawie a także w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO 1266/17, w tym w szczególności: postanowień ogłoszenia o zamówieniu, postanowień SIWZ, protokołu postępowania, zawiadomienia o unieważnieniu postępowania, odwołania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 17 marca 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2017/S 054-099109. W nagłówku ogłoszenia, a także w pkt II.1.3) ogłoszenia przedmiot zamówienia został przez zamawiającego sklasyfikowany jako „roboty budowlane”. Krótki opis przedmiotu zamówienia zamieszczono w pkt II.2.4. ogłoszenia (ogłoszenie o zamówieniu, w aktach sprawy).

W tej samej dacie na stronie internetowej zamawiającego została zamieszczona specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Opis przedmiotu zamówienia zamieszczono w pkt 3 SIWZ, a także w programie funkcjonalno-użytkowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ (por. pkt 3.3. SIWZ, w aktach sprawy o sygn. akt KIO 1266/17).

Zamawiający nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych (okoliczność niesporna).

Z punktu 2.3. protokołu postępowania wynika, że wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 19.607.926,55 zł netto, co stanowi równowartość 4.696.621,85 euro. Wartość ta została ustalona w dniu 14 marca 2017 r. na podstawie programu funkcjonalno-użytkowego (pkt 2.4. protokołu).

Termin składania ofert upłynął w dniu 28 kwietnia 2017 r. o godz. 10.30 (pkt 10.3 protokołu).

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 28 kwietnia 2017 r. o godz. 11.00. Bezpośrednio przez otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 24.117.749,66 zł brutto (pkt 11.1 i 11.2 protokołu).

Do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyło 2 wykonawców: konsorcjum Qumak S.A. w Warszawie i Asseco Data Systems S.A. w Gdyni a także odwołujący, oferując ceny ofertowe brutto na poziomie odpowiednio: 21.753.625,49 zł i 23.370.000,00 zł (pkt 12 protokołu).

23 czerwca 2017 r., za pośrednictwem poczty elektronicznej, zamawiający zawiadomił odwołującego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający w uzasadnieniu czynności unieważnienia wskazał, że *zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych.*

Wartość udzielanego zamówienia została ustalona na kwotę 19.607.926,55 zł, co stanowi równowartość 4.696.621,85 euro. Powyższa wartość nie przekracza kwoty określonej dla robót budowlanych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2015 r. poz. 2263) ogłoszenia dotyczące zamówień publicznych przekazuje się Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, jeżeli wartość zamówień udzielanych przez zamawiających jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość 5.225.000 euro – dla robót budowlanych.

W związku z powyższym ogłoszenie o zamówieniu dotyczące niniejszego postępowania powinno zostać zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych Urzędu Zamówień Publicznych. (...).

Jednocześnie zamawiający unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 9 czerwca 2017 r.

W dniu 3 lipca 2017 r. wykonawca Sprint S.A. w Olsztynie, zwany dalej „odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w związku z art. 146 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania pomimo, iż nie jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że brak jest podstaw prawnych do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 oraz pkt 6 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł, że wartość zamówienia przekracza progi określone w przepisach wydanych na

podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (dalej: „progi unijne”). Wskazał, że ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, a postępowanie od samego początku prowadzone było w procedurze właściwej dla postępowań powyżej progów unijnych (m.in. terminy składania ofert, pouczenie o środkach ochrony prawnej, sposób wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu). W żadnym momencie postępowania, aż do chwili złożenia przez odwołującego odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, zamawiający nie podnosił okoliczności, iż postępowanie wino być prowadzone w procedurze poniżej progu unijnego, a ogłoszenie opublikowane w BZP. Zwracał uwagę, że w treści SIWZ zamawiający nie wskazywał konkretnej kwoty stanowiącej wartość zamówienia, jak również na tym etapie postępowania protokół z postępowania nie był wypełniony w części wskazującej tę wartość. W takich okolicznościach faktycznych, żaden z wykonawców nie mógł podejrzewać, że zdaniem zamawiającego wartość zamówienia nie przekracza progu unijnego.

Odwołujący wskazywał, że treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) była przedmiotem rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 75/17 i mimo, iż odwołanie w tej sprawie wnoszone było w terminie liczonej zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający w żadnym momencie postępowania odwoławczego nie podnosił, iż wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, a w konsekwencji, że odwołanie winno zostać odrzucone. Również odczytana przed otwarciem ofert kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia (24.117.749,66 zł brutto) nie wskazywała, że wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych (są to różne kwoty). Uwzględniając powyższe odwołujący kwestionował twierdzenia zamawiającego, iż wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych. Jego zdziwienie budziła sytuacja, w której twierdzenie o konieczności unieważnienia postępowania pojawiło się dopiero w momencie zaskarżenia przez odwołującego czynności badania i oceny ofert i powzięcia przez zamawiającego wiedzy o wadliwości oferty złożonej przez preferowanego przez niego wykonawcę Qumak S.A.

Niezależnie od wskazanych wyżej okoliczności i ustalenia, czy wartość zamówienia przekracza wartość 5.225.000 euro dla robót budowlanych, odwołujący podniósł, iż stosownie do art. 189 ust. 2 w zw. z ust. 4 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza zobowiązana jest z urzędu do zbadania, czy nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania. Z powyższego wynika, że z uwagi na treść art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp KIO winna dokonać oceny następujących przesłanek:

- jaki rodzaj zamówienia (dostawy, usługi, roboty budowlane) stanowi przedmiot zamówienia?
- jaka jest wartość przedmiotu zamówienia?

Odnosząc się do pierwszej ze wskazanych wyżej przesłanek odwołujący podniósł, że nawet przyjmując z ostrożności, iż wartość zamówienia nie przekracza progu 5.225.000 euro właściwego dla robót budowlanych, to okoliczność ta nie oznacza, że właściwe dla przedmiotowego postępowania nie są przepisy dotyczące postępowań powyżej progów unijnych. Dla przedmiotowego postępowania właściwe są bowiem przepisy dotyczące dostaw, a nie robót budowlanych. Uzasadniając powyższe, odwołujący wskazywał, że jak wynika z treści SIWZ przedmiotem zamówienia jest rozbudowa Systemu Zarządzania Ruchem i Komunikacją w Lublinie. W pkt 2.3 PFU zamawiający wskazał, iż celem rozbudowy SZR jest dostarczenie rozwiązań sprzętowych i programowych do osiągnięcia następujących celów głównych na obszarze objętym rozbudową:

- możliwości planowania komunikacyjnego,
- optymalizacja w celu zapewnienia spójnego dla poszczególnych obszarów sterowania w czasie rzeczywistym,
- monitorowanie urządzeń,
- monitorowanie sytuacji ruchowej,
- monitorowanie warunków meteorologicznych,
- poprawa bezpieczeństwa ruchu,
- integracja i lepsza współpraca z organami zewnętrznymi np. jednostkami Policji,
- możliwość przeprowadzania analiz w trybie on-line i off-line i gromadzenie statystyk dotyczących danych o ruchu drogowym.

W pkt 2.3 PFU zamawiający wskazał również, iż zakres prac obejmuje:

- rozbudowę istniejących podsystemów Systemu Zarządzania Ruchem (SZR):
 - aplikacji centralnej;
 - podsystemu sterowania sygnalizacjami świetlnymi;
 - podsystemu zarządzania znakami zmiennej treści;
 - podsystemu priorytetów dla transportu zbiorowego;
 - podsystemu wykrywania zaburzeń ruchu;
 - podsystemu rozpoznawania tablic rejestracyjnych;
 - podsystemu sieci łączności;
 - podsystemu informacji publicznej; o podsystemu monitoringu wizyjnego;
- zaprojektowanie, budowę, dostawę i montaż nowych podsystemów Systemu Zarządzania Ruchem; m.in. podsystemu informacji meteorologicznej;
- integrację z podsystemami zewnętrznymi;
- strojenie Systemu Zarządzania Ruchem;
- przeprowadzenie ewidencji pasa drogowego;
- rozbudowę infrastruktury sprzętowej Centrum Sterowania Ruchem;
- dostarczenie modelu makrosymulacyjnego oraz modelu podróży;

- przeszkolenie pracowników Zamawiającego;
- przygotowanie koncepcji podsystemów i projektów infrastruktury technicznej.

Odwołujący nie kwestionował, iż w zakres zamówienia wchodzi wykonanie robót budowlanych, jednakże roboty te są służebne w stosunku do głównego celu zamówienia jakim jest dostarczenie rozwiązań sprzętowych i programowych składających się na system Zarządzania Ruchem. System Zarządzania Ruchem oparty jest o rozwiązania aplikacyjne (programowe), które stanowią jego centrum. Celem zamówienia nie jest wykonanie robót budowlanych (np. przebudowa skrzyżowań, czy też samo zainstalowanie sygnalizacji świetlnej na nich). Prace w tym zakresie są natomiast niezbędne do osiągnięcia celu zamówienia jakim jest wdrożenie rozwiązań aplikacyjnych składających się na system zarządzania ruchem.

Odwołujący wskazał, że stosownie do art. 5c ust. 1 ustawy Pzp jeżeli na przedmiot zamówienia składają się co najmniej dwa rodzaje zamówień spośród zamówień na roboty budowlane, usługi lub dostawy, do jego udzielenia stosuje się przepisy dotyczące tego rodzaju zamówienia, który odpowiada jego głównemu przedmiotowi.

Odwołujący wywiódł, że głównym przedmiotem zamówienia nie jest wykonanie robót budowlanych, ale dostarczenie rozwiązań aplikacyjnych składających się na system Zarządzania Ruchem, a zatem wykonanie dostawy. Wskazał, że wykonanie instalacji urządzeń sygnalizacji świetlnej oraz ich montaż, jak również przebudowa skrzyżowań niezbędna do wdrożenia Systemu Zarządzania Ruchem ma służebny charakter w stosunku do wskazanego wyżej głównego celu zamówienia. Nawet, gdyby wartość tych prac przekraczała wartość 50% zamówienia, to i tak okoliczność ta nie miałaby wpływu na kwalifikację zamówienia. W świetle art. 5c ust. 1 ustawy Pzp o kwalifikacji zamówienia mieszanego nie decyduje wartość danych prac, ale główny przedmiot zamówienia.

Odwołujący zwracał uwagę na okoliczność, w której o tego rodzaju zamówienia nie ubiegają się wykonawcy z branży budowlanej, ale podmioty takie jak odwołujący oraz Qumak S.A. zajmujący się dostarczaniem i wdrażaniem rozwiązań aplikacyjnych składających się na Inteligentne Systemy Zarządzania Ruchem. Dokładanie taka sama sytuacja ma miejsce w innych tożsamy przetargach organizowanych przez innych zamawiających. Odwołujący wskazał ponadto, iż spośród obecnie prowadzonych przez innych zamawiających, analogicznych postępowań (przetarg na ITS Bielsko Biała, ITS Tychy, ITS Warszawa) jedynie przedmiotowe jest kwalifikowane jako robota budowlana. Wywiódł, że Izba zobowiązana jest ustalić, z jakiego rodzaju zamówieniem publicznym (dostawy, usługi, roboty budowlane) mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Izba nie jest w tym zakresie związana kwalifikacją dokonaną przez zamawiającego. Ponadto, odwołujący wskazał, że nie miał interesu w kwestionowaniu tej kwalifikacji na wcześniejszych etapach postępowania.

Odwołujący wskazał, że ustalenie braku podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp oznacza konieczność uwzględnienia odwołania. W tym zakresie odwołujący powołał się na analogiczną argumentację jak przedstawiona wyżej w uzasadnieniu odwołania. Ustalenie, że do przedmiotowego postępowania mają zastosowanie przepisy dotyczące dostaw oznacza, że wartość zamówienia przekracza wartość progu unijnego, a zatem publikacja ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej była prawidłowa i brak jest podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wywiódł, że prowadzenie postępowania w procedurze unijnej wynikało z braku pewności zamawiającego, co do prawidłowości kwalifikacji zamówienia do kategorii robót budowlanych, a nie dostaw. Uwzględniając okoliczność współfinansowania zamówienia ze środków funduszy europejskich zamawiający uznał, że bezpieczniejszym rozwiązaniem jest przyjęcie, iż wartość zamówienia przekracza wartość progu unijnego. Zdziwienie budzi natomiast sytuacja, w której zamawiający dopiero na obecnym etapie postępowania, po wcześniejszym przeprowadzeniu tożsamego postępowania w tej samej procedurze (uprzednie postępowanie, również prowadzone w procedurze unijnej, bez publikacji ogłoszenia w BZP zostało unieważnione ze względu na odrzucenie wszystkich złożonych ofert) „przypomniał” sobie o jego wadliwości.

Z ostrożności odwołujący wskazał ponadto, że przesłanki unieważnienia postępowania winny być ściśle interpretowane i niedopuszczalna jest ich rozszerzająca wykładnia. Przyjęcie „z góry” dokonanej przez zamawiającego kwalifikacji zamówienia do kategorii robót budowlanych, oznaczałoby możliwość dowolnego unieważnienia postępowania, bez dokonania oceny, czy faktycznie obowiązek publikacji ogłoszenia o zamówieniu w BZP istniał czy też nie. Odwołujący wskazał ponadto, iż stosownie do art. 146 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp umowa podlega unieważnieniu jeżeli zamawiający nie zamieścił ogłoszenia w BZP albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Jak wynika z przedstawionego stanu faktycznego okoliczność przekazania ogłoszenia o zamówienia ww. Urzędowi nie jest przez zamawiającego kwestionowana.

W oparciu o przytoczoną argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 2) dokonania czynności badania i oceny ofert, w tym wyboru oferty najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, w świetle którego *Izba odrzuca odwołanie wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.*

Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp, *odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.*

Stosownie zaś do art. 182 ust. 3 pkt 2 Pzp, *odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.*

Odwołanie podlega także odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp, *zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności, niż określone w art. 180 ust. 2.* Zgodnie zaś z art. 180 ust. 2 Pzp, *jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza 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.*

Jak wynikało z treści odwołania, zostało ono oparte na kilku okolicznościach faktycznych.

Po pierwsze odwołujący podniósł, że kwestionuje dokonaną przez zamawiającego kwalifikację przedmiotu zamówienia jako roboty budowlane. Uważał, że gdyby zamawiający prawidłowo zakwalifikował przedmiot zamówienia to określiłby go jako dostawy.

Izba stwierdziła, że informację o kwalifikacji przez zamawiającego przedmiotu zamówienia jako robót budowlanych odwołujący powziął już w dniu 17 marca 2017 r., a nie w dacie unieważnienia postępowania. Już 17 marca 2017 r. zamawiający opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu nr 2017/S 054-099109, w

którym w samym nagłówku oraz w pkt II.1.3 wyraźnie określił rodzaj zamówienia jako „roboty budowlane”. W tej samej dacie zamieszczono SIWZ na stronie internetowej zamawiającego, w której szczegółowo określono przedmiot zamówienia. Jeżeli zdaniem odwołującego była to błędna kwalifikacja, to miał prawo ją kwestionować w terminach ustawowych. Teza odwołującego, jakoby nie miał interesu w kwestionowaniu tej kwalifikacji na wcześniejszych etapach postępowania jest chybiona. Prawidłowa kwalifikacja przedmiotu zamówienia ma bezpośrednie przełożenie na prawa przysługujące wykonawcy, możliwość konkurencyjności z wykonawcami, którzy mają odpowiednie dla tej kwalifikacji doświadczenie, kwestii rodzaju składanych dokumentów itp. Przykładowo w wyroku Izby z dnia 19 października 2015 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2159/15 Izba rozpoznawała merytorycznie zarzut zakwalifikowania zamówienia jako dostawy, podczas gdy w ocenie wykonawcy zamówienie stanowiło roboty budowlane, zaś odwołanie wniesiono w terminie liczonym od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu. W konsekwencji omawiany zarzut należało uznać za spóźniony.

W dalszej kolejności odwołujący zakwestionował stanowisko zamawiającego i wywiódł, że wartość zamówienia przekracza tzw. progi unijne. Podniósł także, że wcześniej – aniżeli w dacie unieważnienia postępowania - nie mógł podejrzewać, że zdaniem zamawiającego wartość ta nie przekracza progu unijnego.

Stanowisko odwołującego jest chybione. Zgodzić się można z odwołującym jedynie w tym, że w treści SIWZ i w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający rzeczywiście zawarł takie zapisy, które mogły sugerować, że wartość szacunkowa zamówienia jest wyższa niż progi unijne. Wskazywały na to choćby pouczenia o środkach ochrony prawnej.

Dostrzeżenia wymagało jednak, że rzeczywista wartość szacunkowa zamówienia została ujawniona przez zamawiającego w protokole postępowania. W pkt 2.3. protokołu wyraźnie wskazano, że wartość ta wynosi 19.607.926,55 zł netto, co stanowi równowartość 4.696.621,85 euro. Przyjmując nawet twierdzenie odwołującego, że zamawiający – mając do tego prawo – wartość tę ujawnił w protokole dopiero w dniu otwarcia ofert to i tak zarzut należało uznać za spóźniony. Dostrzeżenia wymagało, że otwarcie ofert nastąpiło już w dniu 28 kwietnia 2017 r. o godz. 11.00. Zatem odwołujący najpóźniej w tej dacie w wyniku analizy protokołu miał możliwość powzięcia informacji o rzeczywistej wartości szacunkowej zamówienia. Jeżeli uważał, że wartość ta została oszacowana z naruszeniem przepisów ustawy, to miał prawo tę okoliczność kwestionować.

Nie polega na prawdzie stanowisko odwołującego jakoby odczytana przed otwarciem kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia tj. 24.117.749,66 zł brutto nie wskazywała, że wartość nie przekracza progów unijnych. Z protokołu postępowania nie wynikało, aby wartość zamówienia szacowano w oparciu o art. 32 ust. 3-8 Pzp. Zatem odwołujący miał podstawy aby ustalić, że w tym postępowaniu wartość szacunkową

zamówienia ustalono zgodnie z art. 32 ust. 1 Pzp. A więc, że jest to szacowane wynagrodzenie wykonawcy bez podatku VAT (por. art. 32 ust. 1 Pzp). Po odjęciu od kwoty 24.117.749,66 zł brutto podatku VAT w wysokości 23% otrzymujemy dokładnie kwotę 19.607.926,55 zł netto, ujawnioną w pkt 2.3. protokołu.

Kwota 19.607.926,55 zł netto stanowi równowartość 4.696.621,85 euro, a zatem nie przekracza kwoty określonej dla robót budowlanych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2015 r. poz. 2263), ogłoszenia dotyczące zamówień publicznych przekazuje się Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, jeżeli wartość zamówień udzielanych przez zamawiających jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość 5.225.000 euro – dla robót budowlanych.

Okoliczność, że Izba w sprawie o sygn. akt KIO 75/17 rozpoznała merytorycznie odwołanie wniesione przez odwołującego wobec treści SIWZ w terminie liczonej zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, a więc jak dla postępowań powyżej progów unijnych, nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia tej sprawy. Okoliczność, że w przywoływanej sprawie nie dostrzeżono przesłanek do odrzucenia odwołania, na co też nikt nie zwracał uwagi, nie oznacza, że Izba ma w błędzie tym dalej pozostawać.

W końcowej części odwołania odwołujący sformułował zarzut wywodzący, że w świetle art. 146 ust. 1 pkt 2 Pzp umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu tylko wtedy, gdyby zamawiający nie opublikował ogłoszenia w żadnym publikatorze, a nie tylko w publikatorze właściwym.

Zarzut ten podlega odrzuceniu jako niedopuszczalny na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 180 ust. 2 Pzp. Tak sformułowany zarzut został skierowany przeciwko czynności unieważnienia postępowania. Tymczasem w postępowaniu poniżej tzw. progów unijnych odwołujący ma prawo kwestionować tylko czynności określone w art. 180 ust. 2 Pzp. Wśród czynności tych nie wymieniono zaś czynności unieważnienia postępowania.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Z powyższego przepisu wynika zakaz wydawania orzeczeń o charakterze merytorycznym, do jakich zalicza się oddalenie czy uwzględnienie odwołania, w innej formie aniżeli wyrok. Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnej części nie miało jednak charakteru merytorycznego, zatem musiało przybrać postać postanowienia.

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

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 189 ust. 3 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 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 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 (por. przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 22 listopada 2012 r., sygn. akt XII Ga 517/11).

Izba postanowiła zwrócić odwołującemu kwotę 10.000 zł, stanowiącej zwrot nadpłaconego wpisu od odwołania. Zgodnie bowiem z § 1 ust. 2 pkt 1 przywołanego wyżej rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r., wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane, którego wartość jest mniejsza niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy dla robót budowlanych, wynosi 10.000 zł. Tymczasem odwołujący uiścił wpis od odwołania w wysokości 20.000 zł.

Przewodniczący: