

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 24 maja 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 24 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 kwietnia 2021 r. przez odwołującego: **Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu** (ul. Wł. Łokietka 4 41-933 Bytom) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Chorzów** (ul. Rynek 1, 41-500 Chorzów),

przy udziale wykonawcy: **BILPOL – K. Sp. k. z siedzibą w Chorzowie** (ul. Sokoła 1, 41-500 Chorzów) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**postanawia:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze;
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu** (ul. Wł. Łokietka 4 41-933 Bytom) kwoty **13. 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% kwoty uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania.
3. Zasadza od odwołującego na rzecz zamawiającego: **Miasto Chorzów** (ul. Rynek 1, 41-500 Chorzów) kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

.....

**Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w piśmie z dnia 6 kwietnia 2021 r. w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Miasto Chorzów w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], którego przedmiotem są: „Usługi utrzymania chorzowskich parków o łącznej powierzchni ok. 31,63 ha w terminie od 01.04.2021 r. do 31.03.2023 r.” - Nr sprawy: RZP.271.599.2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 4 stycznia 2021 r. Nr S1 1242-2021-PI. Wnoszący odwołanie wykonawca (Odwołujący) - Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu wskazał:

(...)

*III. Zgodnie z dyspozycją art. 1 przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r, (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) — dalej przepisy wprowadzające — z dniem 1 stycznia 2021r. weszła w życie ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 20 1 9) - dalej „npzp”*

- 1. Art. 90 ust. 1 przepisów wprowadzających ustawę: Do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.”, czyli ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.*
- 2. Jednocześnie art. 92 ust. 2 ww. przepisów wprowadzających stanowi, że: „Do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej M' art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.” - tj. „nowej” ustawy z dnia 1 1 września 2019r.*
- 3. Odwołujący jako podstawę wniesienia odwołania wskazuje przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 1 1 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) w szczególności art. 505 w zw. z art. 513 pkt 1) i pkt 2) npzp. Jednak zarzuty in concreto są wywodzone z przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych co wynika z przepisów wprowadzających:
  - a. Z przywołanego wyżej art. 90 ust. 1 przepisów wprowadzających wynika, że do postępowań wszczętych przed 1 stycznia 2021ra i nie zakończonych stosuje się przepisy dotychczasowe — czyli pzp.*
  - b. Z art. 91 ust. 1 pkt 2 przepisów wprowadzających ustawę wynika, że do umów zawartych po 1 stycznia 2021r. stosuje się przepisy dotychczasowe o ile postępowanie poprzedzające zawarcie tej umowy było wszczęte przed 1 stycznia 2021 r.**

c. Podsumowując, skoro do Postępowania i do umowy (o ile zostanie zawarta) stosuje się przepisy dotychczasowe to zarzuty muszą być formułowane na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych,

IV. Zgodnie z art. 505 ust. 1 npzp przesłanką wniesienia odwołania jest to, by składający odwołanie posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Analogiczna regulacja jest zawarta w art. 179 pzp. Przesłanki te są spełnione w niniejszym stanie faktycznym.

1. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów i tym samym posiada legitymację czynną niezbędną do wniesienia odwołania.
2. Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w Postępowaniu, który ubiega się o udzielenie zamówienia, złożył oferty na poszczególne części zamówienia a Zamawiający uznał, iż jego oferty są najkorzystniejsze w części r, części V i
3. części VI informacja o wyborze ofert najkorzystniejszych została przekazana z datą 19 marca 2021r.
4. Zamawiający pismem datowanym na dzień 26 marca 2021 r. unieważnił Postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp.
5. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Objęte odwołaniem czynności i zaniechania Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody polegającej m.in. na uniemożliwieniu Odwołującemu realizacji zamówienia.”

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp z uwagi na unieważnienie Postępowania bez podstawy prawnej co stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz naruszeniem zasady proporcjonalności i przejrzystości;
- 2) art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp z uwagi na unieważnienie Postępowania pomimo braku przesłanek do unieważnienia;
- 3) art. 92 ust. 1 pkt 7) Pzp z uwagi na zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego adekwatnego do dokonanej czynności unieważnienia postępowania;
- 4) art. 90 i nast. przepisów wprowadzających poprzez zaniechanie ich stosowania względnie wadliwe zastosowanie.

Odwołujący wniósł o: 1. unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania ewentualnie 2. unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania, 3. unieważnienie czynności badania i oceny ofert, 4. nakazanie Zamawiającemu wprowadzenie czynności

sanujących Postępowanie, 5. nakazanie Zamawiającemu dokonanie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

**Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie** (pismo z dnia 23 maja 2021r.) wniósł o jego odrzucenie względnie o oddalenie odwołania wskazując w szczególności na następujące okoliczności:

(...)

*7. W dniu 26 marca 2021 roku Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego uznając, iż do wszczęcia postępowania nie doszło. Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie przepisów ustawy Pzp z 2004 roku, którą stosował prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, wskazał ją również jako prawo właściwe w SIWZ. Zamawiający nie odnalazł w Przepisach wprowadzających ustawę Prawo zamówień publiczne PwNPzp normy prawnej, która wskazałaby właściwą podstawę prawną łącznik do zastosowania przepisów nowej ustawy NPzp w zaistniałym stanie faktycznym .*

(...)

*W kwestii odrzucenia odwołania wskazał, że (...) powinno zostać odrzucone na podstawie art. 528 pkt 1) w związku z art. 513 pkt 1 i art. 7 pkt.18), art. 130 ust. 1 pkt 1) NPzp. Odwołanie powinno zostać odrzucone bowiem nie wszczęto postępowania na podstawie przepisów dotychczas obowiązującej ustawy PZP z 2004 roku, bowiem Zamawiający w okresie obowiązywania ustawy tj. do dnia 31.12.2020 r. nie wszczął postępowania w myśl art. 40 ustawy Pzp z 2004 r. Zamawiający nie wszczął również postępowania w zaistniałym stanie faktycznym według przepisów nowej ustawy NPzp, Zamawiający nie przekazał bowiem ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dacie obowiązywania nowej ustawy, gdyż wysłał ogłoszenie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 30.12.2020 roku, gdy nowa ustawa NPzp jeszcze nie obowiązywała. Nie doszło zatem do wszczęcia zgodnie z definicjami ustawowymi zawartymi w ustawach Prawo zamówień publicznych zarówno w myśl art. 40 ustawy Pzp z 2004 roku jak i nowej ustawy 130 ust. 1 pkt. 1 NPzp". Podkreślił, że „Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługi utrzymania chorzowskich parków o łącznej powierzchni ok. 3 1,63 ha w terminie od 1.04.2021 r. do 31.03.2023 roku” formalnie nie istnieje. Zgodnie bowiem z ustawową definicją rozumienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawartą w art. 7 pkt 18) NPzp postępowanie o udzielenie zamówienia wszczynane jest przez przekazanie ogłoszenia albo zamieszczenie ogłoszenia (w związku z wartością zamówienia i art. 130 ust. 1 pkt 1 NPzp do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej; podstawą wszczęcia nie może być zamieszczenie ogłoszenia publikacja na stronie internetowej gdyż dotyczy to zamówień poniżej progów unijnych). Skoro przekazanie ogłoszenie miało miejsce w 2020 roku ,*

*Zamawiający nie miał podstaw aby stosować przepisy nowej ustawy NPzp, wskazał natomiast w ogłoszeniu i SI WZ, iż stosuje przepisy ustawy Pzp z 2004 roku. Formalnie zatem faktyczne wysłane przez Zamawiającego ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej nie zainicjowało wszczęcia postępowania zarówno w myśl ustawy z 2004 roku jak i w myśl nowej NPzp. czyli postępowanie nie istnieje. Biorąc pod uwagę, iż odwołanie zgodnie z art. 513 pkt. 1 NPzp przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to z powodu nie wszczęcia postępowania, postępowanie nie istnieje. To z kolei powoduje, iż nie mogą mieć do niej zastosowania przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem na podstawie art. 528 pkt 1) Pzp odwołanie winno być odrzucone”.*

W kwestii oddalenia odwołania wskazał w szczególności:

*Zarzut naruszenia (...) art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp jest chybiony. Nie została naruszona zasada równego traktowania wykonawców wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający prowadząc przedmiotowe postępowanie i oceniając oferty kierował się tymi samymi, jednakowymi dla wszystkich zasadami równego traktowania i uczciwej konkurencji zgodnie z kryteriami, warunkami udziału w postępowaniu, wymaganiami co do przedmiotu zamówienia, które zostały opisane w SIWZ. Chybiony jest również zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy. Udzielenie zamówienia następuje w momencie podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający do momentu wyrokowania w sprawie nie zawarł umowy w sprawie zamówienia publicznego. W konsekwencji Zamawiający nie mógł naruszyć przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp wskazanego przez Odwołującego”. Także (...) nie zgadza się z argumentacją przedstawioną przez Odwołującego, iż Zamawiający naruszył przepis art. 93 ust. 1 pkt. 7) Pzp bowiem w tym przepisie brak jest przesłanki do unieważnienia postępowania, uprawniającej Zamawiającego do zastosowania ww. przepisu. Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z art.93 ust. 1 pkt 7) Pzp zamawiający jest zobowiązany do unieważnienia postępowania, gdy w postępowaniu występuje wada uniemożliwiająca zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu. Wada prawna w zaistniałym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polega na tym, iż Zamawiający podał w ogłoszeniu o udzielenie zamówienia publicznego i SIWZ niewłaściwe przepisy ustawy, które będzie stosował (wskazał bowiem ustawę z 29.01.2004 roku UZP w sytuacji gdy wysłał ogłoszenie do Dziennika Unii Europejskiej w dniu 30.12.2020 roku, a publikacja ogłoszenia miała miejsce w 04.012021 r. gdy ustawa Pzp z 2004 roku przestała obowiązywać, Zamawiający nie przekazał ogłoszenia do publikatora Unii Europejskiej w 2021 roku, zatem nie wszczął postępowania według nowego prawa. O wadzie prawnej- nie wszczęciu postępowania według Pzp z 2004 roku jak i nie wszczęciu według NPzp dowiedział gdy był już po etapie wyboru najkorzystniejszej oferty a w przepisach przejściowych nie ma podstawy prawnej do*

usankcjonowania postępowania, które było prowadzone według przepisów ustawy Pzp z 2004 roku podczas gdy postępowanie powinno być prowadzone według przepisów nowej ustawy NPzp. Ustawodawca w przepisach przejściowych Przepisach wprowadzających ustawę Prawo zamówień publicznych nie zamieścił normy prawnej, która wskazywałaby jakie przepisy Zamawiający ma obowiązek stosować gdy przekazał ogłoszenie do publikacji w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej przed końcem 2020 roku. (Na marginesie Zamawiający wskazuje, iż ustawodawca nie zakazał wysyłania ogłoszeń przed końcem roku do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej). W przedmiotowej sprawie Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenie w dniu 30.12.2020 r., gdy obowiązywała ustawa Pzp z 2004 roku, w której według art. 40 Pzp momentem wszczęcia postępowania o udzielenie publicznego była publikacja ogłoszenia, która w przedmiotowej sprawie nastąpiła po 31.12.2020 roku, gdy ustawa Pzp z 2004 roku już nie obowiązywała. Od 1 stycznia 2021 r. wejścia w życie nowej ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, Zamawiający zobowiązany był udzielać zamówień w oparciu o przepisy nowej ustawy. Według art. 130 ust. 1 pkt 1 NPzp co do zasady momentem wszczęcia jest moment przekazania przez Zamawiającego ogłoszenia do publikacji, który w przedmiotowej sprawie nastąpił, gdy nowa ustawa jeszcze nie obowiązywała, zatem według tej zasady Zamawiający nie mógł wszcząć postępowania na podstawie przepisów nowej Pzp która jeszcze nie obowiązywała. Zarzut nie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazany przez uczestnika postępowania w ślad za opinią UZP spowodował niepewność co do stosowania właściwego prawa. Skoro ustawodawca w przepisach przejściowych nie przewidział powyższego stanu faktycznego, to zdaniem Zamawiającego mamy do czynienia z rzeczywistą luką w prawie, brakiem odpowiedniego przepisu przejściowego, na który Zamawiający mógłby się powołać aby wskazać podstawę stosowania właściwego prawa. W myśl wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 marca 2003 r., sygn. akt I SA/Bd 164/03, POP 2003/5/141 „Do luk rzeczywistych zalicza się w szczególności luki techniczne (konstrukcyjne). Luka techniczna 10 proceduralna niekompletność regulacji, która utrudnia lub uniemożliwia podjęcie decyzji. Za stosowaniem nowego prawa przemawia ogólna zasada prawa intertemporalnego, dająca w razie wątpliwości, czy należy stosować prawo dotychczasowe czy nowe - pierwszeństwo nowemu prawu. O zasadzie bezpośredniego stosowania nowego prawa wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny m.in. w postanowieniu z dnia 13 czerwca 2011 r., sygn. akt SK 26/09, oraz w wyroku z 8 grudnia 2009 r., sygn. SK 34/08. Zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 25 września 2019 r. w sprawie o sygn. akt II GSK 2229/17, (który analizował zagadnienia intertemporalne ustawy deregulacyjnej w zakresie innej ustawy ale ogólne wnioski mogą znaleźć zastosowanie w niniejszej sprawie) wobec braku przepisów przejściowych (międzyczasowych), należałoby zastosować nowe regulacje. Sąd uzasadnił, iż „ Przyjmuje się przy tym, że z retroaktywnym

*działaniem prawa mamy do czynienia wtedy, gdy nowe prawo stosuje się do zdarzeń "zamkniętych w przeszłości", tj. zakończonych przed wejściem w życie nowych przepisów. Tak rozumianą retroaktywność odróżnia się od retrospektywności prawa, która ma miejsce, gdy przepisy' nowego prawa regulują zdarzenia bądź stosunki prawne o charakterze "otwartym' "ciągniętym takie, które nie znalazły jeszcze swego zakończenia ("stosunki w toku które powstały pod rządami dawnego prawa i trwają dalej, po wejściu w życie nowej regulacji". Stwierdził, że w tej sprawie (...) mamy do czynienia ze „stosunkiem w toku”, „otwartym”, pierwsza czynność w postępowaniu, wysłanie ogłoszenia do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej miała miejsce pod rządami dawnego prawa i trwa dalej, po wejściu w życie nowej regulacji. Zamawiający powinien zatem stosować nowe prawo dla postępowania czyli ustawę Prawo zamówień publicznych z dnia 19 września 2019 roku. Zamawiający uznał, iż wobec zaistniałej sytuacji zamieszczenie na stronie internetowej informacji, że ogłoszenie o wskazanym numerze przesłane do Dziennika UUE nie zainicjowało postępowania (według zaleceń zawartych w opinii UZI)) byłoby niewystarczające i nie zakończyłoby postępowania według przyjętych zasad tożsamyh w Pzp z 2004 roku i nowej NPzp. Zamawiający musiał zakończyć postępowanie w sposób przewidziany przepisami prawa właściwego dla wartości zamówienia publicznego (w przedmiotowym postępowaniu wartość wyznaczała, iż stosujemy przepisy ustawy Prawa zamówień publicznych, czyli powinien stosować instytucje przewidziane w jednej z ustaw lex specialis). Zarówno w Pzp i NPzp istnieje instytucja „unieważnienia postępowania” gdy w postępowaniu wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy. W związku z okolicznością, iż w niniejszej sprawie Zamawiający uznał, iż nie doszło do wszczęcia postępowania w rozumieniu ustawy Pzp z 2004 roku a Zamawiający prowadził je według tych przepisów, do czego nie miał podstawy prawnej (postępowanie winno mieć oparcie w przepisach nowej ustawy z dnia 11.09.2019 roku). Zamawiający nie miał innej możliwości jak unieważnić postępowanie na podstawie ustawowej przesłanki art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp z 2004 roku, którą Zamawiający wskazał w SIWZ, iż będzie stosował do prowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia publicznego zatem również do jego zakończenia. Zamawiający nie miał podstawy prawnej w Przepisach wprowadzających do stosowania nowego prawa bowiem w tych przepisach (art. 90 i 91) kluczową przesłanką do oceny stosowania właściwego prawa (dotychczasowej lub nowej ustawy) jest kwestionowany prawnie moment wszczęcia postępowania. Skoro w przeprowadzonym faktycznie postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynność inicjująca moment wszczęcia postępowania według art. 40 Pzp z 2004 roku nastąpiła w momencie obowiązywania nowego prawa, które Zamawiający powinien stosować a nie stosował w przeprowadzonym faktycznie postępowaniu w którym dokonał już wyboru najkorzystniejszej oferty, to w postępowaniu wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie umowy niepodlegającej*



*unieważnieniu*”. Zamawiający wskazał, że w postępowaniu wystąpiła koniunkcja trzech okoliczności, które łącznie wystąpiły w przedmiotowej sprawie, uprawniająca Zamawiającego do unieważnienia postępowania na podstawie art. 97 ust. 1 pkt. 7) Pzp: 1) Wystąpiło naruszenie przepisów ustawy regulujących postępowanie (tj. ustawy Pzp z 2004 roku, którą wskazał w SIWZ Zamawiający) a) art. 40 Pzp — Zamawiający nie uwzględnił wysławszy ogłoszenie do publikacji do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, iż może zaistnieć sytuacja że ogłoszenie zostanie opublikowane w 2021 roku, gdy ustawa Pzp z 2004 roku nie będzie obowiązywać, a według nowej NPzp, która jeszcze w momencie wysłania ogłoszenia nie obowiązywała — momentem wszczęcia jest czynność wysłania ogłoszenia do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, a której Zamawiający od 01.01.2021 roku nie wykonał nie przekazał ogłoszenia do publikatora urzędowego UE w 2021 roku, b) art. 36 ust. 2, 7, 14 poprzez powołanie się na nieprawidłową ustawę (Pzp z 2004 roku), której Zamawiający w zaistniałym stanie faktycznym nie powinien stosować. 2) Wada skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. W przedmiotowej sprawie prowadzenie postępowania z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. stosowaniem nieprawidłowych przepisów mogło mieć wpływ na wynik postępowania w konsekwencji ważność umowy. 3) Wada ta jest niemożliwa do usunięcia. Wada ma charakter trwały. Także zauważył, że wysłanie ogłoszenia do publikatora urzędowego UE (miało miejsce w dacie 30.12.2020 roku, (dacie obowiązywania ustawy Pzp z 2004 roku). Była to pierwsza czynność, która według nowej ustawy NPzp, która wówczas jeszcze nie obowiązywała była momentem wszczęcia postępowania. Zamawiający dowiedział się o problemie prawnym dot. wątpliwości czy postępowanie w związku z zaistniałym stanem faktycznym zostało wszczęte, gdy był już po etapie otwarcia ofert, konkretnie po wyborze najkorzystniejszej oferty. Zamawiający nie wysłał ogłoszenia do publikatora UE po 1.01.2021 r. dacie w którym obowiązywała już nowa ustawa NPzp, aby zainicjować postępowanie zgodnie z przepisami nowej ustawy NPzp zatem mamy do czynienia z wadą trwałą, Zamawiający nie ma możliwości aby usunąć wadę z własnej inicjatywy, bowiem nie miała podstawy prawnej, którą mógłby w zaistniałej sytuacji zastosować. Mając powyższe wywody na uwadze zgłoszony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 93 pkt 7 Pzp jest bezzasadny. Co do zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 7 stwierdził, że decyzja o unieważnieniu postępowania została przez Zamawiającego uzasadniona zarówno pod względem faktycznym i prawnym, Zamawiający opisując ciąg zdarzeń, czynności, które podjął od przesłania ogłoszenia, opublikowania ogłoszenia na stronie Zamawiającego. zastrzeżenia zgłoszonego przez uczestnika Bil -Pol K. oraz opinię UZP podał uzasadnienie faktyczne. Opinia UZP została wskazana w uzasadnieniu faktycznym jako okoliczność, która spowodowała powzięcie przez Zamawiającego wątpliwości prawnych co do oceny czy formalnie do wszczęcia postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego doszło i uznania, iż zgodnie z definicją zawartą w art. 40 Pzp z 2004 roku do wszczęcia postępowania nie doszło. Opinia nie została wskazana jako podstawa prawna czynności unieważnienia postępowania. Podstawę prawną czynności unieważnienia postępowania był wskazany w zawiadomieniu przepis art. 97 ust. 1 pkt 7) Pzp. Mając powyższe na uwadze zgłoszony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 7 Pzp jest bezzasadny. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art.90 i nast. Przepisów wprowadzających stwierdził, że (...) *Nie da się postawić Zamawiającemu skutecznie zarzutu zaniechania stosowania art. 90 i nast. PwNPzp bowiem Zamawiający wysyłając do publikatora urzędowego Unii Europejskiej ogłoszenie właśnie tymi przepisami się kierował. Przeprowadzając kolejne czynności aż do wyboru najkorzystniejszej oferty i podjęcia czynności unieważnienia postępowania wykonał je na podstawie przepisów dotychczasowych Pzp z 2004 roku, czyli działał właśnie w oparciu o art. 90 PwNPzp. Aby prawnie usankcjonować zakończenie postępowania prowadzonego na podstawie przepisów PZP właśnie na podstawie przepisu tej dotychczasowej ustawy art. 93 ust. 1 pkt 7) I)zp Zamawiający postępowanie unieważnił. Skoro Zamawiający unieważnił postępowanie, to nie do doszło do zawarcia umowy, stąd bezprzedmiotowy jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego następnych po art. 90 PwNPzp czyli art. 91 ust. 1pkt 2) PwNPzp”.*

**Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego** przystąpienie zgłosił wykonawca BILPOL K. Sp. k. z siedzibą w Chorzowie wnosząc o oddalenie odwołania.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020) [dalej: ustawa Pwu), do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. (dalej: ustawa Pzp), wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019) (dalej: nPzp).

Odwołanie w niniejszej sprawie zostało wniesione w dniu 6 kwietnia 2021 r. Izba zatem wydając postanowienie w niniejszej sprawie, stosowała w postępowaniu odwoławczym przepisy nPzp z dnia 11 września 2019 r.

**Odwołujący** (działający w jego imieniu upoważniony pełnomocnik) na posiedzeniu w dniu 24 maja 2021 r. oświadczył, że na podstawie art. 520 ust.1 nPzp cofa odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 kwietnia 2021 r.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 nPzp: *„Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy”*. W myśl ust.2 tego przepisu: *„Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawy wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby”*.

Izba stwierdziła, że odwołanie zostało na wskazanej na podstawie art. 520 ust. 1 nPzp z dnia 11 września 2019 r. skutecznie wycofane na posiedzeniu przed otwarciem rozprawy. Zgodnie zatem z art. 568 pkt 1 cytowanej ustawy, Izba postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 nPzp z dnia 11 września 2019 r. oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437). Zgodnie z dyspozycją wskazanego art. 557 w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w myśl wskazanego § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b) rozporządzenia w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania (...) *w dniu, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego – odwołujący ponosi koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, oraz zwraca się mu 90% wpisu; w takim przypadku Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego lub uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości albo w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, oraz orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości”*. Tym samym Izba, uwzględniając wskazane przepisy, nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu od odwołania uiszczonego w przedmiotowej sprawie w wysokości 15.000 zł oraz zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

.....