

**Sygn. akt: KIO 557/17**

**POSTANOWIENIE  
z dnia 30 marca 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników w dniu 30 marca 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 21 marca 2017 roku przez wykonawcę GEO Sp. z o.o., ul. Złota Góra 19a, 37-550 Radymno w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Głusk, Dominów, Rynek 1, 20-388 Lublin

**orzeka:**

1. odrzuca odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę GEO Sp. z o.o., ul. Złota Góra 19a, 37-550 Radymno i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez GEO Sp. z o.o., ul. Złota Góra 19a, 37-550 Radymno tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (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:.....**

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

Zamawiający: Gmina Głusk, Dominów, Rynek 1, 20-388 Lublin wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości Abramowice Prywatne i Kalinówka, gm. Głusk w ramach projektu Rozbudowa kanalizacji w aglomeracji Lublin Gmina Głusk - zadanie I”.

Szacunkowa wartość zamówienia w przedmiotowym przetargu jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych, wydanych na podstawie art. 11 ust 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 16678-2017 z dnia 30 stycznia 2017 r.

W dniu 16 marca 2017 r. Odwołujący: GEO Sp. z o.o., ul. Złota Góra 19a, 37-550 Radymno powziął informację o zatrzymaniu wniesionego przez niego wadium.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego obejmującą zatrzymanie wadium wniesionego przez Odwołującego w dniu 21 marca 2017r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 46 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie polegające na zatrzymaniu wadium wniesionego przez Odwołującego w sytuacji, gdy przyczyny zatrzymania wadium nie zaistniały.

Wskazując na powyższe wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego w formie gwarancji ubezpieczeniowej.

W dniu 23 marca 2017r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc między innymi o jego odrzucenie z powodu jego niedopuszczalności.

### **Izba ustaliła i zważyła co następuje.**

Izba z urzędu, na podstawie art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, dotyczy bowiem czynności innych niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp w brzmieniu po nowelizacji, 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.

Izba reprezentuje stanowisko, że powyższy przepis w postępowaniach podprogowych został przez ustawodawcę zawężony jedynie do sytuacji wyraźnie w nich wskazanych i nie może być interpretowany rozszerzająco.

W ocenie Izby nie może być rozpoznany zarzut czynności zatrzymania przez Zamawiającego wadium wniesionego przez Odwołującego z przetargu z racji nie ujęcia tej sytuacji w katalogu powyższego przepisu art. 180 ust.2 ustawy Pzp.

Za powyższym znaczeniem przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp decydują argumenty z zakresu wykładni literalnej.

Dosłowne brzmienie tego przepisu oznacza dopuszczenie zakwestionowania jedynie czynności enumeratywnie wymienionych w tym przepisie.

Wymaga również zauważenia, że nowelizując art. 180 ust. 2 ustawy Pzp., normodawca zdecydował się rozszerzyć możliwość wnoszenia odwołań w postępowaniach o wartości zamówienia poniżej progów unijnych, dopuszczając wniesienie odwołania również wobec czynności opisu przedmiotu zamówienia oraz wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nie przewidział jednak takiej możliwości w odniesieniu do czynności zatrzymania wadium.

Jednocześnie jednak nie zostały wykreślone ani zmienione przesłanki z pkt. 3 i 4, zgodnie, z którymi odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz czynności wykluczenia odwołującego z postępowania.

Izba również zwróciła uwagę, że przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter wyjątkowy w stosunku do zasady, że do postępowań innych niż podprogowe odwołanie przysługuje, co potwierdza również użycie w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp przez ustawodawcę sformułowania „wyłącznie”, a to decyduje, że niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca.

Należy również zauważyć, że w postępowaniach o wartości równej lub wyższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie służy wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Podczas, gdy w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp była i jest mowa jedynie o tym, że odwołanie w postępowaniach poniżej progów służy wyłącznie wobec czynności wymienionych w tym przepisie.

Dodatkowo Izba dostrzegła, że zgodnie z przepisem art. 92 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji, zamawiający miał obowiązek jednocześnie informować o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o ofertach odrzuconych i wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania. Treść tego przepisu była następująca:

Art. 92. 1. Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę) albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, uzasadnienie jej wyboru oraz nazwy (firmy) albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację;

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne;

3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne – jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę;

4) terminie, określonym zgodnie z art. 94 ust. 1 lub 2, po którego upływie umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta.

Obecnie przepis art. 92 ust. 1 ustawy Pzp ma następujące brzmienie:

Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert łączną punktację,
- 2) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni,
- 3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności,
- 4) wykonawcach, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, ale nie zostali zaproszeni do kolejnego etapu negocjacji albo dialogu,
- 5) dopuszczeniu do dynamicznego systemu zakupów,
- 6) nieustanowieniu dynamicznego systemu zakupów,
- 7) unieważnieniu postępowania – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Z powyższego brzmienia tych przepisów należy wnioskować, że ustawodawca odrębnie wypowiedział się o wyborze oferty najkorzystniejszej (pkt 1), wykluczeniu (pkt 2), odrzuceniu (pkt 3), zaś po nowelizacji zamawiający nie ma już obowiązku jednoczesnego informowania o tych czynnościach, a zatem znacznie częściej zamawiający będzie odrzucał oferty czy wykluczał wykonawców zanim wybierze ofertę najkorzystniejszą, a także Zamawiający ma prawo bez ograniczeń czasowych w przetargu podejmować odrębnie decyzję o zatrzymaniu wadium.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że zarzut podniesiony w niniejszym odwołaniu zdecydowanie nie mieści się w katalogu określonym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, gdzie mowa jest wyraźnie o czynnościach tam wskazanych, z pominięciem czynności zatrzymania wadium.

W tym stanie rzeczy postanowiono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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).

Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 189 ust. 3 zd. pierwsze ustawy Pzp.

**Przewodniczący:.....**