

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 17 października 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu 17 października 2018 r.,  
w Warszawie, odwołania wniesionego w dniu 8 października 2018 r. przez wykonawcę

**FAST-GROUP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**

**al. 3 Maja 12, 00-391 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Państwowy Instytut Geologiczny Państwowy Instytut Badawczy**

**ul. Rakowiecka 4, 00-975 Warszawa**

**orzeka:**

- 1. odrzuca odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża FAST-GROUP Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez FAST-GROUP Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością 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, poz. 1579) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący: .....**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Państwowy Instytut Geologiczny Państwowy Instytut Badawczy prowadził postępowanie na dostawę i montaż jednego urządzenia UPS 80 – 120 KW na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 9 września 2018 r. pod numerem 613725. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Pismem z 3 października 2018 r. Zamawiający powiadomił odwołującego – FAST-GROUP Sp. z o.o. o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, wskazując na wadę specyfikacji istotnych warunków zamówienia – brak równego dostępu wykonawców do informacji koniecznych do prawidłowego przygotowania oferty, co spowodowało złożenie przez jednego z wykonawców oferty na urządzenia niekompatybilne z posiadanymi przez Zamawiającego (byłaby to potencjalnie oferta najkorzystniejsza).

8 października 2018 r. Odwołujący wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego w sytuacji, gdy po uzyskaniu od oferenta Siltec sp. z o.o. informacji, iż oferowane przez niego urządzenia nie są kompatybilne z urządzeniem Eco Power, zainstalowanym u Zamawiającego, Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę tego wykonawcy jako niespełniającą wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, i w następstwie dokonać oceny ofert niepodlegających odrzuceniu, zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wybrać ofertę Odwołującego,

2. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych przez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy nie jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w świetle art. 146 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,

3. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w sytuacji uprzywilejowanego potraktowania wykonawcy Siltec sp. z o.o., który nie dochował należytej staranności na etapie przygotowywania oferty i w efekcie złożył ofertę, która nie spełniała wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a pomimo tego Zamawiający w nieuprawniony sposób

wykroczył poza swoje uprawnienia, i niejako zastąpił wykonawcę Siltec sp. z o.o. w wykonywaniu jego obowiązków, których ten nie dopełnił.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania celem jego kontynuowania zgodnie z przepisami ustawy i celem procedury, jakim jest udzielenie zamówienia publicznego,
2. dokonania oceny oferty Odwołującego zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej wyniku dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z treścią odwołania i dokumentacją postępowania Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że Izba odrzuca odwołanie (tj. zobowiązana jest odrzucić odwołanie), jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z kolei określa zasadę, zgodnie z którą, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 wskazał Zamawiający w protokole postępowania (pkt 2 ppkt 5 druku ZN-PN), wartość zamówienia została określona na kwotę 150.000 zł, co stanowi równowartość 34.789,06 euro, jest to więc kwota poniżej 221.000 euro, czyli mniejsza niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. w rozporządzeniu Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 22 grudnia 2017 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania

ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz.U. z 2017 r. poz. 2479). W niniejszym postępowaniu ma bowiem zastosowanie § 1 pkt 2 lit. a ww. rozporządzenia.

Potwierdza to fakt zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, a nie Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

W związku z powyższym zastosowanie ma art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych określający czynności, wobec których odwołanie przysługuje. Są to czynności stanowiące katalog zamknięty i nie obejmują unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, jak też ogólnego „naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców”. Nie obejmują także swoim zakresem żądania odrzucenia oferty konkurującego wykonawcy, w szczególności innego niż wykonawca, którego oferta została wybrana, np. drugiego lub trzeciego w rankingu. Art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych mówi bowiem wyraźnie o odrzuceniu oferty, ale odwołującego się. Podobnie jak wskazuje na wybór oferty najkorzystniejszej, ale dokonany.

Wskazane czynności, podobnie jak czynność unieważnienia postępowania, mogą mieścić się w zakresie rozpatrywanym przez Izbę, ale w kontekście którejś z czynności wymienionych w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – najczęściej wyboru oferty najkorzystniejszej jako przyczyna nieprawidłowego dokonania wyboru (zaniechanie odrzucenia oferty lub wykluczenia wybranego wykonawcy, pomimo że powinien on zostać wykluczony, a jego oferta odrzucona). Podobnie jeśli chodzi o unieważnienie postępowania – może być ono rozpatrywane jako automatyczna konsekwencja odrzucenia oferty odwołującego, np. w przypadku unieważnienia z powodu braku ważnych ofert lub oferty zbyt drogiej (art. 93 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Prawo zamówień publicznych).

W tym postępowaniu sytuacja jest jednak odwrotna, gdyż jedyną czynnością dokonaną przez Zamawiającego było unieważnienie postępowania; bez dokonywania odrzucenia ofert czy wyboru oferty najkorzystniejszej. W konsekwencji zakończył on postępowanie i nie dokonywał już żadnych innych, kolejnych czynności.

Zatem brak tych czynności był automatyczną konsekwencją czynności unieważnienia postępowania, a jedynym naruszeniem, o jakim można mówić na tym etapie postępowania, mogłaby być decyzja o unieważnieniu postępowania.

Jeżeli więc odwołanie od decyzji o unieważnieniu postępowania nie przysługuje, to inne przyszłe i hipotetyczne czynności w postępowaniu, nie dokonane przez Zamawiającego z powodu owego unieważnienia, również nie mogą być przedmiotem odwołania. Jedyną czynnością, która mogłaby zmienić sytuację Odwołującego, jest zmiana czynności, wobec

której odwołanie nie przysługuje, czyli unieważnienia postępowania (unieważnienie unieważnienia postępowania).

Widoczne jest to nawet w żądaniach Odwołującego, z których pierwsze dotyczy właśnie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania „celem jego kontynuowania”, czyli np. wyboru oferty najkorzystniejszej.

Rozpatrywanie zarzutów z przekroczeniem zakresu przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych powodowałoby obejście tego przepisu, którego celem było ograniczenie czynności, wobec których można wnieść odwołanie.

W związku z powyższym Izba stwierdziła zaistnienie ww. przesłanki odrzucenia odwołania zawartej w art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych i orzekła jak w sentencji odwołanie odrzucając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

**Przewodniczący:** .....