

Sygn. akt: KIO 2555/18

POSTANOWIENIE
z dnia 21 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 21 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2018 r. przez **M&D s.r.l. z siedzibą w Rzymie (Włochy)**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Hala Ludowa Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu**,

orzeka:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża M&D s.r.l. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Wrocławskie Przedsiębiorstwo Hala Ludowa Sp. z o. o. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonanie prac budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Rozwój kompleksu Hali Stulecia: przebudowa wnętrza – Etap II”*.

W dniu 10 grudnia 2018 r. wykonawca M&D s.r.l. wniósł odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 94 ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący, którego oferta uznana została za najkorzystniejszą, stwierdził, że nie dopuścił się bezczynności objętej dyspozycją przepisu art. 94 ust. 3 ustawy, która uprawniałaby Zamawiającego do wyboru kolejnej oferty jako najkorzystniejsza, zawierającej cenę przekraczającą kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co stało się podstawą do unieważnienia postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia i zawarcia umowy z Odwołującym.

Uzasadniając dopuszczalność wniesienia odwołania na czynność unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż tzw. progi unijne, Odwołujący stwierdził, że odwołanie jest dopuszczalne na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł, że przepisy określające podstawy unieważnienia postępowania zostały zamieszczone w dziale II ustawy w rozdziale 4 zatytułowanym *Wybór najkorzystniejszej oferty*, co zdaniem Odwołującego oznacza, że w zakresie pojęcia *wybór najkorzystniejszej oferty* mieści się również unieważnienie postępowania. W ocenie Odwołującego ma to uzasadnienie funkcjonalne, gdyż wybór oferty najkorzystniejszej nie stanowi jedynie pustej czynności, lecz wiąże się z określonymi, istotnymi konsekwencjami – stanowi dla stron zobowiązanie do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które jest dodatkowo wzmocnione zabezpieczeniem w postaci wadium, a unieważnienie postępowania kładzie temu kres, dlatego zasadne jest zaskarżenie tej czynności na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 6, który od strony funkcjonalnej obejmuje również stosowanie przesłanek określonych w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Według informacji przekazanej przez Zamawiającego (w aktach sprawy) całkowita wartość zamówienia wraz z przewidywanymi zamówieniami uzupełniającymi wyniosła 7.176.756,19 zł, co stanowi równowartość 1.664.484,12 euro. Okolicznością bezsporną, przyznaną przez Odwołującego w treści odwołania jest to, że wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba z urzędu 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.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, *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.* Stosownie zaś do przepisu art. 180 ust. 2 ustawy 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.

Mimo że katalog sytuacji, w których w tzw. postępowaniach podprogowych przysługuje prawo wniesienia odwołania uległ rozszerzeniu w wyniku nowelizacji z 22 czerwca 2016 r., która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r. (między innymi o czynność wyboru oferty najkorzystniejszej), to 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 ocenie Izby Odwołujący w sposób nieuprawniony próbuje wywodzić dopuszczalność odwołania na czynność unieważnienia postępowania z uchwały Sądu Najwyższego z 17 listopada 2017 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 58/17. Przedmiotowa uchwała została wydana na skutek pytania prawnego Sądu Okręgowego w Gdańsku, rozpatrującego skargę na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej odrzucające odwołanie wniesione wobec zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy i zaniechania wykluczenia go z postępowania.

Wskazać należy, że po wejściu w życie wspomnianej wyżej nowelizacji Krajowa Izba Odwoławcza zajmowała jednolite stanowisko, zgodnie z którym w użytym w art. 186 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w określeniu *czynność wyboru najkorzystniejszej oferty* nie mieści się zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania czy zaniechanie odrzucenia oferty, a jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Taka linia orzecznicza była rozbieżnie oceniana przez sądy okręgowe, skutkiem czego było skierowane do Sądu Najwyższego pytanie prawne. Sąd Okręgowy w Gdańsku zwrócił się do Sądu Najwyższego o rozstrzygnięcie, czy w pojęciu *wybór najkorzystniejszej oferty* z art. 180 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp mieści się prawo wniesienia odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, którego wadliwość polega na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy, który złożył taką ofertę, lub zaniechaniu odrzucenia oferty, która powinna być odrzucona.

Podkreślenia wymaga, że niedopuszczalność zaskarżenia w tzw. postępowaniach podprogowych czynności unieważnienia postępowania nie była kwestią sporną ani w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, ani sądów okręgowych. Do kwestii tej nie odnosi się również stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w sprawie III CZP 58/17, w której – jak wskazano powyżej – istotą rozstrzygnięcia była dopuszczalność zaskarżenia zaniechania odrzucenia oferty lub zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania. To tych właśnie zaniechań, których skutkiem był wybór najkorzystniejszej oferty, dotyczy stanowisko Sądu Najwyższego, dopuszczające możliwość wniesienia odwołania. Ze stanowiska tego nie sposób natomiast wyprowadzić wniosku o dopuszczalności zaskarżenia czynności unieważnienia postępowania.

Podobnie, do dopuszczalności zaskarżenia zaniechań poprzedzających wybór najkorzystniejszej oferty, odnosi się stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z 23 maja 2018 r. (sygn. akt IV CSK 448/17). Uzasadnienie tego wyroku nie daje żadnych podstaw, aby wybór najkorzystniejszej oferty rozumieć aż tak szeroko, jak tego chce Odwołujący, tj. w sposób obejmujący również unieważnienie postępowania.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że jakkolwiek w wyniku rozstrzygnięć dokonanych przez Sąd Najwyższy określenie *wybór najkorzystniejszej oferty* należy rozumieć szerszej niż to początkowo przyjęto w orzecznictwie Izby, to szersze rozumienie odnosi się do zaniechania odrzucenia oferty czy zaniechania wykluczenia wykonawcy i w konsekwencji dokonania wyboru takiej oferty jako najkorzystniejszej. Wnioski wypływające z kontroli instancyjnej orzeczeń Izby nie dają natomiast podstaw do dopuszczenia możliwości zaskarżenia czynności unieważnienia postępowania.

Powyższej oceny nie zmienia okoliczność, że Odwołujący, zaskarżając czynność unieważnienia postępowania, podejmuje polemikę ze zdarzeniami poprzedzającymi tę czynność, tj. z ustaleniami Zamawiającego w zakresie uchylenia się przez Odwołującego od zawarcia umowy. Polemika ta stanowi jedynie kwestionowanie okoliczności, które doprowadziły Zamawiającego do decyzji o unieważnieniu postępowania, nie odnosi się natomiast do czynności lub zaniechań poprzedzających wybór oferty najkorzystniejszej – a tylko w takiej sytuacji możliwe byłoby stwierdzenie dopuszczalności odwołania. W rozpoznawanej sprawie ustalenia Zamawiającego nie doprowadziły bowiem do wyboru innej oferty, ale do unieważnienia postępowania. Zauważyć również należy, że każde unieważnienie postępowania poprzedzone jest stwierdzeniem przez Zamawiającego zaistnienia okoliczności określonych w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp. Kwestionowanie wystąpienia takich okoliczności nie zmienia faktu, że finalnie zaskarżoną czynnością jest czynność unieważnienia postępowania, która w postępowaniach o wartości zamówienia poniżej progów unijnych zaskarżeniu nie podlega.

Zauważenia wymaga również, że gdyby zamiarem ustawodawcy nie było ograniczenie dopuszczalności odwołań w postępowaniach o wartości zamówienia mniejszej niż tzw. progi unijne, zbędne byłoby określanie katalogu czynności podlegających zaskarżeniu w takich postępowaniach. Gdyby bowiem przyjąć, że zaskarżeniu *w ramach wyboru oferty najkorzystniejszej* podlega każda czynność i każde zaniechanie poprzedzające nie tylko wybór oferty najkorzystniejszej, ale również unieważnienie postępowania, to zaskarżeniu podlegałyby de facto wszystkie czynności i zaniechania zamawiającego w postępowaniu. W takiej sytuacji racjonalny ustawodawca nie określałby katalogu czynności podlegających zaskarżeniu i nie zobowiązywałby Izby do odrzucenia odwołania wniesionego na czynności spoza tego katalogu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

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

Przewodniczący: