

Sygn. akt: KIO 796/13

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 22 kwietnia 2013 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**  
**Ewa Rzońca**  
**Ewa Sikorska**

**Protokolant: Radosław Cwyl**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 22 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowlano-Konserwatorskie CASTELLUM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, 50-066 Wrocław, ul. Świdnicka 31** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Jelenia Góra, 58-500 Jelenia Góra, Pl. Ratuszowy 58,**

**postanawia:**

**1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**

**2.nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowlano-Konserwatorskiego CASTELLUM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, 50-066 Wrocław, ul. Świdnicka 31 kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej równowartość wpisu uiszczzonego przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlano-Konserwatorskie CASTELLUM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, 50-066 Wrocław, ul. Świdnicka 31**

Stosownie do art. 198a i art. 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 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 **Jeleniej Górze**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Miasto Jelenia Góra, zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na wykonanie robót budowlanych „Termy Cieplickie – Dolnośląskie Centrum Rekreacji Wodnej”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 lutego 2013 r., nr 2013/S 028-043306.

W dniu 8 kwietnia 2013 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlano-Konserwatorskie CASTELLUM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 5 kwietnia 2013 r. - dowód przekazania odwołania zamawiającemu załączono do akt sprawy) od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej w tym postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę „PRE-FABRYKAT” Sp. z o.o. z siedzibą w Miłkowie, zwanego dalej „PRE-FABRYKAT”,
2. wadliwej i sprzecznej z obowiązującymi przepisami prawa ocenie oferty wykonawcy PRE-FABRYKAT,
3. nie wybraniu jako najkorzystniejszej w tym postępowaniu oferty odwołującego,

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie z postępowania wykonawcy, który nie złożył w toku postępowania dokumentów, które potwierdzają brak przesłanek do nie podlegania przez tego wykonawcę wykluczeniu z udziału w postępowaniu,
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy wykluczonego z postępowania,
3. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy z powodu niezgodności tej oferty z ustawą Pzp,
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ,
5. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty przez wykonawcę, który został wybrany niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. wykluczenie z postępowania oraz w konsekwencji uznanie za podlegającą odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę PRE-FABRYKAT,
3. nakazanie zamawiającemu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego
4. zasądzenie od zamawiającego zwrotu kosztów postępowania.

W dniu 9 kwietnia 2013 r. odwołujący, pismem z dnia 8 kwietnia 2013 r., cofnął odwołanie w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 4 uzasadnienia odwołania, tj. dotyczącego nie załączenia przez wykonawcę PRE-FABRYKAT oświadczeń o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania przez (kierowników branżowych) L....., B..... oraz P....., na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 12 kwietnia 2013 r. zamawiający złożył pismo procesowe (odpowiedź na odwołanie), w której oświadczył, iż:

1. uznaje za zasadne zarzuty z punktu 1 i 2 odwołania w zakresie w jakim sprowadzają się do twierdzenia, iż dokonany przez zamawiającego wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę PRE-FABRYKAT jest wadliwy,
2. pozostałe zarzuty uznaje za niezasadne, gdyż nie zostały udowodnione,
3. wniosek z punktu 3 odwołania, dotyczący żądania uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą jako przedwczesny.

W dniu 22 kwietnia 2013 r. zamawiający, na posiedzeniu z udziałem stron, doprecyzował, iż uwzględnił odwołanie w całości. Dokona ponownej czynności badania i oceny ofert oraz ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołanie jest tak skonstruowane, iż uwzględniając zarzuty nie mógł on bowiem stwierdzić już na tym etapie postępowania, iż za najkorzystniejszą wybierze ofertę odwołującego.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż zamawiający w złożonym piśmie procesowym złożył oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w zakresie zarzutu 1 i 2, jak również doprecyzował na posiedzeniu z udziałem stron, iż uwzględni odwołanie w całości i dokona ponownej czynności badania i oceny ofert oraz ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Art. 186 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że „w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron (...)”. Jednocześnie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, iż „jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesienie sprzeciwu (...) Izba umarza postępowanie (...)”. Tak więc biorąc pod uwagę wyłącznie literalne brzmienie wyżej

powołanych przepisów stwierdzić należy, że możliwość umorzenia postępowania w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów podniesionych przez odwołującego należałoby odnieść wyłącznie do dwóch enumeratywnie wskazanych w ustawie przypadków, a mianowicie uwzględnienia zarzutów odwołania przed otwarciem posiedzenia, a więc – zgodnie z jej literalnym brzmieniem - na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron, oraz drugi przypadek umorzenia postępowania występujący wtedy, gdy mamy do czynienia z uczestnikiem postępowania (przystępującym) i uzależniający umorzenie postępowania od jego zachowania (uczestnika postępowania). Poza regulacją ustawową pozostawałoby więc umorzenie postępowania na skutek uwzględnienia zarzutów na posiedzeniu z udziałem stron, jak i na rozprawie, gdyż brak jest w obowiązujących przepisach ustawy jednoznacznego odniesienia się do takich właśnie sytuacji (art. 186 ustawy Pzp kwestii tych nie reguluje). Niemniej jednak należy przyjąć, iż mamy do czynienia z racjonalnym ustawodawcą i tym samym uznać, iż powołany wyżej przepis dopuszczający możliwość umorzenia postępowania przez Izbę obejmuje umorzenie postępowania na każdym jego etapie, a więc także na etapie posiedzenia – i to tak bez udziału stron, jak i z ich udziałem, jak i na etapie rozprawy. Skoro art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, zawiera sformułowanie „Izba może umorzyć postępowanie” oznacza to, iż ustawodawca dopuszcza możliwość umorzenia postępowania zarówno na etapie posiedzenia - z udziałem stron, bez ich udziału, jak i na etapie rozprawy. Rozumując inaczej za niedopuszczalne należałoby przyjąć wydanie przez Izbę postanowienia o umorzeniu postępowania (na posiedzeniu z udziałem stron i na rozprawie) na skutek uwzględnienia zarzutów odwołania, gdyż ustawa takich przypadków literalnie nie przewiduje. Podstawy ich wydania nie można bowiem wywieść wprost z żadnych z uregulowań ustawowych, a brak jest poza wskazaniem przypadków z art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp odniesienia się w regulacji ustawowej do sytuacji dotyczących umorzenia postępowania na posiedzeniu z udziałem stron i na rozprawie. Co prawda w treści art. 186 ust. 3 ustawy Pzp wskazano na przypadek umorzenia postępowania, który jednakowoż odnosi się wyłącznie do sytuacji, w której w postępowaniu odwoławczym występuje uczestnik postępowania (przystępujący), który nie wnosi sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego.

Niemniej jednak to jedynie art. 186 ustawy Pzp może stanowić podstawę do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania na skutek uwzględnienia w całości zarzutów odwołania i rozliczenia kosztów postępowania. Jego podstawą (wydania postanowienia) nie może być bowiem rozporządzenie 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), zwane dalej „rozporządzeniem w sprawie kosztów”, którego treść w zakresie dotyczącym kosztów postępowania, tj. „uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło po

otwarcu rozprawy albo rozpoczęcia posiedzenia z udziałem stron, Izba zasądza koszty od zamawiającego na rzecz odwołującego” przekracza zakres delegacji ustawowej, czyniąc go tym samym niekonstytucyjnym z uwagi na sprzeczność powołanego rozporządzenia z ustawą. Art. 87 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej wymienia źródła prawa powszechnie obowiązującego (konstytucję, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz rozporządzenia, a także akty prawa miejscowego), jednocześnie wprowadzając ich hierarchię. Niewątpliwym jest więc, iż rozporządzenie jest aktem niższego rzędu niż ustawa. Art. 92 Konstytucji określa sposób wskazania delegacji do uregulowania określonych spraw i dotyczy to także delegacji ustawowych. Wszelkie działania prawotwórcze wymagają więc podstaw prawnych i wszelkie akty prawotwórcze powinny mieć legitymację w Konstytucji albo też w aktach prawnych podjętych na jej podstawie, właściwych do przydzielania w jakimś zakresie kompetencji prawotwórczych. Wyklucza to więc dowolność uzupełniania regulacji danego aktu prawnego regulacjami zawartymi w akcie niższego rzędu wobec braku legitymacji do ich dokonania. Nie ma tu więc pola dla decyzji samowolnych ani też nadmiernego marginesu swobody, a każde przekroczenie granic określonych przez Konstytucję pozbawia organ państwowy legitymacji działania. Skoro więc rozporządzenie uzupełnia jedynie system powszechnie obowiązujących aktów prawa, tym samym nie może naruszać ani zmieniać norm hierarchicznie wyższych (norm ustawowych, a tym bardziej konstytucyjnych), jak i nie może zawierać uregulowań sprzecznych z obowiązującą ustawą.

Regulacje zawarte w przepisach rozporządzenia w sprawie kosztów, jako regulacje aktu prawnego niższego rzędu, powinny być zgodne z treścią przepisów ustawy (ustawy Pzp), a rozporządzenie powinno być wydane w granicach upoważnienia ustawowego. Rozporządzenie musi bowiem zmierzać do wykonania ustawy, a zatem nie może być sprzeczne z ustawą, jak i wykroczać poza jej delegację. Natomiast ukształtowana przez to rozporządzenie procedura dotycząca wydania orzeczenia o kosztach postępowania odwoławczego w sytuacji umarzenia postępowania na posiedzeniu z udziałem stron i na rozprawie, w tym zakresie jest sprzeczna z uregulowaniami ustawowymi, gdyż ustawa takich przypadków, jak wskazany w § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie kosztów, nie przewiduje, a wręcz wskazuje na sprzeczność tej regulacji z art. 186 ust. 6 ustawy Pzp. Przywołany przepis rozporządzenia w sprawie kosztów stanowi bowiem, iż „w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli: 1) (...) uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło po otwarciu rozprawy albo rozpoczęcia posiedzenia z udziałem stron, Izba zasądza koszty od zamawiającego na rzecz odwołującego”. Przepisy aktu niższego rzędu, a takim aktem niewątpliwie jest powołane wyżej rozporządzenie, nie mogą zmieniać zasad ustanowionych ustawą, a ta ostatnia mówi wyłącznie o wzajemnym zniesieniu kosztów oraz uzależnieniu ich poniesienia w zależności od momentu uwzględnienia zarzutów, a więc „po otwarciu rozprawy” bądź „przed otwarciem rozprawy”.

Rozporządzenie rozszerza więc ten enumeratywnie wymieniony katalog możliwości umorzenia postępowania na skutek uwzględnienia w całości zarzutów odwołania o przypadek „po rozpoczęciu posiedzenia z udziałem stron”. Natomiast delegacja ustawowa (art. 198 pkt 2 ustawy Pzp) upoważniała do wydania aktu, który miał regulować jedynie wskazane w nim kwestie i nie zawierała upoważnienia do uregulowania kwestii wydawania, w określonych sytuacjach (przypadkach), postanowień o umorzeniu postępowania, wiążąc z nimi określone skutki prawne. Nie można bowiem traktować wybiórczo zawartych w ustawie sformułowań, odnoszących się do konkretnie wskazanego przypadku i w oparciu o to regulować aktem niższego rzędu niezawartych tam treści. Nie można również w sposób nieuzasadniony różnicować sytuacji prawnej danego wykonawcy na danym etapie postępowania, uzależniając możliwość jego czynnego udziału w postępowaniu od nieokreślonych ustawowo przypadków (na posiedzeniu z udziałem stron i na rozprawie). Każdy organ orzekający, w tym także Izba, dostrzegając sprzeczność pomiędzy rozporządzeniem a ustawą nie powinna stosować przepisów rozporządzenia w tym (sprzecznym) zakresie.

Niemożliwym jest także wydanie postanowienia o umorzeniu postępowania w oparciu o przepisy k.p.c., gdyż do postępowania odwoławczego w zakresie nieuregulowanym stosuje się odpowiednio przepisy k.p.c. o sądzie polubownym (art. 1154-1217), przy czym odpowiednie stosowanie oznacza, że w zależności od celu i innych okoliczności wynikających z danych przepisów stosuje się je wprost, ze zmianami albo wcale się ich nie stosuje. Postępowanie odwoławcze jest uregulowane w ustawie Pzp, w tym w zakresie wydawania orzeczeń, z wyjątkiem jedynie zakresu dotyczącego wydawania postanowień o umorzeniu postępowania na posiedzeniu z udziałem stron i na rozprawie na skutek uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, które wprost z tych przepisów nie wynika, ale można je wywieść z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Nie jest więc możliwe zastosowanie do postępowania odwoławczego pozostałych przepisów k.p.c., w tym dotyczących cofnięcia pozwu w sytuacji, gdy dotyczyłoby to kwestii uregulowanych z wyjątkiem jednego z przypadków wydania takiego postanowienia i skutków z nim związanych, a więc kosztów postępowania i było następstwem faktycznego braku tej regulacji w ustawie Pzp (jej literalnego brzmienia) Należy bowiem pamiętać, iż można powoływać się na ogólne zasady k.p.c., niemniej jednak nie wtedy, gdy w istocie dane kwestie są uregulowane a tak w istocie jest. Ustawa przewiduje bowiem możliwość umorzenia postępowania na skutek uwzględniania w całości zarzutów odwołania, w tym określone treści wywodząc z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Nie można natomiast braków legislacyjnych poprawiać przez sztuczne przechodzenie poprzez przepisy k.p.c. dotyczące sądu polubownego na grunt *stricto* cywilistyczny.

Odnosząc się do uregulowań ustawowych dotyczących kosztów postępowania stwierdzić należy, iż art. 192 ust. 10 ustawy Pzp stanowi, iż strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6 ustawy. Oznacza to więc, iż ustawa przewiduje dwa sposoby ponoszenia kosztów przez strony postępowania, uzależniając je od charakteru rozstrzygnięcia. Pierwszy, a więc orzeczenie o kosztach stosownie do wyniku postępowania, wskazujący iż koszty ponosi ten, który w rzeczywistości przegrał prowadzony przez Izbą spór. Będą to więc wszelkie koszty orzeczone w wydanym wyroku (rozstrzygnięciu merytorycznym), jak i postanowieniu o odrzuceniu odwołania – w myśl zasady – „stosownie do wyniku postępowania”, gdyż odrzucenie odwołania następuje w istocie z winy je wnoszącego na skutek wystąpienia enumeratywnie wskazanych w ustawie przesłanek.

Tym samym sformułowanie „z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6 ustawy Pzp” oznacza, iż kwestie związane z kosztami postępowania w przypadku uwzględnienia zarzutów w całości reguluje ten właśnie przepis, w którym odróżniono przypadki związane z umorzeniem postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, uzależniając poniesienie kosztów jedynie od występowania w tym postępowaniu przystępującego, bądź jego braku. I tak w przypadku określonym w art. 186 ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca przewidział, że koszty postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie, zaś w przypadku określonym w art. 186 ust. 3 ustawy Pzp – koszty ponoszone są przez zamawiającego, jeśli uwzględnienie zarzutów nastąpiło po otwarciu rozprawy, albo znosi się wzajemnie, jeśli uwzględnienie zarzutów nastąpiło przed otwarciem rozprawy.

Obowiązujące w tym zakresie przepisy ustawy Pzp okoliczność ponoszenia przez zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego w sytuacji umorzenia postępowania z powodu uwzględniania w całości zarzutów odwołania, uzależniają od tego, czy w postępowaniu odwoławczym występuje przystępujący, czy też nie występuje i od tego, czy uwzględnienie zarzutów nastąpiło przed otwarciem rozprawy, czy też po jej otwarciu.

W przedmiotowej sprawie brak było przystępującego, a doprecyzowanie uwzględnionych zarzutów odwołania nastąpiło na posiedzeniu z udziałem stron, ale przed otwarciem rozprawy. Sytuację tę należy oceniać zatem w kontekście regulacji zawartej w art. 186 ust. 2 ustawy Pzp i odnoszącego się do niej regulacji dotyczącej kosztów postępowania odwoławczego z art. 186 ust. 6 pkt 1) ustawy Pzp, na podstawie której koszty znosi się wzajemnie. Stanowisko odmienne byłoby nieuprawnione, biorąc pod uwagę argumentację dotyczącą podstaw prawnych do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania na skutek uwzględnienia odwołania w całości, a zaprezentowaną powyżej. A ponadto w sposób nieuprawniony różnicowało sytuację zamawiającego, w zależności od tego czy na danym etapie mamy do czynienia z przystępującym, czy też nie, zrównując w tym jedynym przypadku postanowienie zapadłe na posiedzeniu z orzeczeniem zapadłym na rozprawie.



Nie można bowiem łączyć określonych skutków prawnych określonego działania zamawiającego, na które posiada ona przyzwolenie w obowiązujących przepisach prawa ze skutkami, w tym przypadku znaczną dolegliwością finansową, w sytuacji gdy określone treści faktycznie można wywieść z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż na skutek uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba uznała, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania, zgodnie z przepisem art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła okoliczność, iż koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1) ustawy Pzp, orzekając jednocześnie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....