

Sygn. akt: KIO 2583/17

WYROK
z dnia 15 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2017 r. przez wykonawcę SUEZ Płocka Gospodarka Komunalna Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 31, 09-400 Płock w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Dobrzyń nad Wisłą, ul. Szkolna 1, 87-610 Dobrzyń nad Wisłą

przy udziale wykonawcy: Remondis Sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Płocku zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2583/17 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddała odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: SUEZ Płocka Gospodarka Komunalna Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 31, 09-400 Płock i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: SUEZ Płocka Gospodarka Komunalna Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 31, 09-400 Płock 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 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Włocławku.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Dobrzyń nad Wisłą, ul. Szkolna 1, 87-610 Dobrzyń nad Wisłą wszczął postępowanie o udzielenie zamówienie publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Dobrzyń nad Wisłą, numer referencyjny: RZG.ZP.MR.271.20.17.

W dniu 30 listopada 2017 r. Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej zawiadomienie o wynikach postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego i wyborze oferty najkorzystniejszej w ramach Zamówienia. W ramach przedmiotowego zawiadomienia Zamawiający przekazał informację o wynikach przeprowadzonej oceny i analizy ofert złożonych w toku postępowania oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty spółki Remondis Sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Płocku.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący: SUEZ Płocka Gospodarka Komunalna Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 31, 09-400 Płock w dniu 5 grudnia 2017r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty tj. oferty spółki Remondis Sp. z o.o. w Warszawie, oddział w Płocku, ul. Przemysłowa 32, 09-400 Płock pomimo, że zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), zwanej dalej ustawą Pzp zaistniała obligatoryjna przesłanka unieważnienia postępowania z tego powodu, że postępowanie obarczone jest nie dającą się usunąć wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu, w szczególności z powodu spełnienia się przesłanki z art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp tj. przeprowadzenia procedury w nieprawidłowym trybie i braku przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej pomimo, że wartość zamówienia przekracza tzw. progi unijne, wynikające z przepisów wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty prowadzącego do naruszenia przepisów ustawy Pzp i naruszenia zasad uczciwej konkurencji, oraz niezgodne z przepisami ustawy Pzp udzielenie zamówienia wykonawcy w sytuacji, w której postępowanie powinno zostać obligatoryjnie unieważnione.

2) art. 32. ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniżenie wartości zamówienia w celu uniknięcia reżimów przepisów ustawy Pzp w odniesieniu do zamówień powyżej tzw. „progów

unijnych”.

3) art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty pomimo, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie nie podlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz poprzez brak unieważnienia przedmiotowego postępowania pomimo spełnienia przesłanek określonych w przepisach.

4) art. 146 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty pomimo braku przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej i tym samym istotne naruszenie bezwzględnie obowiązujących przepisów dotyczących trybu udzielania zamówień oraz prowadzącego do istotnego utrudnienia uczciwej konkurencji.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wnosił również o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący wyjaśnił, iż posiada interes w uzyskaniu pozytywnego rozstrzygnięcia wniesionego odwołania, bowiem jako profesjonalny przedsiębiorca prowadzący od wielu lat działalność gospodarczą w zakresie odbioru i transportu odpadów, dysponuje wiedzą i doświadczeniem w zakresie realizacji usług objętych przedmiotem zamówienia.

Zadeklarował, że jako podmiot spełniający kryteria niezbędne do należytego wykonania usług objętych zamówieniem, w tym w szczególności posiadający właściwe zdolności zawodowe i techniczne, dysponujący dobrą i stabilną sytuacją ekonomiczną, zainteresowany jest udziałem w realizacji zamówienia. Tym samym Odwołujący jako podmiot posiadający wiedzę i doświadczenie w zakresie realizacji usług objętych przedmiotem Zamówienia jest zainteresowany jego uzyskaniem i realizacją.

Podniósł, że Zamawiający dopuszczając się naruszeń podstawowych zasad i obowiązków wynikających z ustawy Pzp, w sposób bezprawny i bezzasadny uniemożliwia Odwołującemu zainteresowanemu udziałem w postępowaniu, przygotowanie rzetelnej oferty oraz realizację Zamówienia w sposób zgodny z prawem, co naraża go na szkodę wynikającą z nie uzyskania tego zamówienia, osiągnięcia z tego tytułu określonego przychodu oraz zysku.

Dodatkowo, wskazał, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, interes odwołującego należy rozpatrywać szeroko, także jako możliwość posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia, które zostanie udzielone dopiero w kolejnym przetargu (tak m.in. TSUE w wyrokach z 5 kwietnia 2016 r. sygn. C-689/13 oraz z 4 lipca 2013 r. sygn. C-100/12).

Według Odwołującego wykładnia taka została potwierdzona przez Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 11 maja 2017 r. sygn. C-131/16, wydanego na podstawie pytania prejudycjalnego złożonego przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający w żaden sposób nie ustosunkował się od faktu, że oferta ww. oferenta jest o ok 200.000,00 zł (dwieście tysięcy) powyżej tzw. progów unijnych wynikających z przepisów wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, w związku z czym należy uznać wybór najkorzystniejszej oferty za nieprawidłowy, gdyż nastąpił on w ramach postępowania obarczonego nie dającą się usunąć wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie Odwołującego - Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu w sposób nieprawidłowy dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż wybór taki w prowadzi w sposób bezpośredni do naruszenia przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, a to w szczególności dotyczących bezwzględnego obowiązku publikacji ogłoszeń w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, stosowania terminów i zasad obowiązujących w stosunku do zamówień powyżej tzw. Progów unijnych (art. 146 ust. 1 pkt.2 ustawy Pzp).

W konsekwencji nie jest możliwe zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego przez oferenta który w ramach postępowania złożył ofertę najkorzystniejszą w związku z czym również i ten wybór został dokonany w sposób nieprawidłowy.

W opinii Odwołującego w związku z wartościami ofert złożonych w ramach przedmiotowego postępowania jedynym prawidłowym zachowaniem Zamawiającego wynikającym z obowiązujących przepisów ustawy Pzp jest unieważnienie postępowania i ogłoszenie nowego postępowania już w ramach nowej, zgodnej z prawem procedury, przewidzianej dla zamówień powyżej tzw. progów unijnych.

Odwołujący przyjął, że niedopuszczalna jest sytuacja, w której Zamawiający szacując wartość zamówienia oraz ustalając wielkość kwoty która zamierza on przeznaczyć na jego realizację zaraz pod tzw. Progiem unijnym, w praktyce decyduje się na prowadzenie

postępowanie w sposób uproszczony i „podprogowy”.

Zwrócił przy tym uwagę, że Zamawiający ustalił kwotę która zamierza przeznaczyć na zamówienie nieomalże na poziomie samych tzw. Progów unijnych, od których zależy procedura. Mianowicie w roku 2017 r. zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 PZP kwota od której zależy sposób w jaki procedura powinna być przeprowadzona wynosi - dla tego typu zamówienia publicznego i tego typu zamawiającego - 209 000 EURO. W przeliczeniu na złotówki próg ten to 872 554,10 PLN netto. Zamawiający w sposób niedopuszczalny ustalił zaś kwotę którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia jedynie o 0,3 % poniżej tzw. Progu unijnego.

Zauważył również, że zgodnie z przepisami ustawy Pzp, w szczególności art. 32 Zamawiający zobowiązany jest do należytej staranności w wyliczaniu wartości zamówienia oraz co więcej, Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy zaniżać wartości zamówienia lub wybierać sposobu obliczania wartości zamówienia.

Odwołujący zaznaczył, że w roku 2017 r. zamówienie realizowane było za łączną kwotę 924 747,84 zł brutto. Kwota ta - licząc wartości brutto - była jedynie ok 18.000 zł poniżej wartości „progowej” brutto.

Wyjaśnił, że dotychczas zbiórka odpadów prowadzona była jednak tylko z podziałem tylko na dwie frakcje tj. suche i mokre.

W związku z tym Odwołujący zwrócił uwagę, że w roku 2018 zmianie ulega cały system zbiórki odpadów, co wynika bezpośrednio z Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 29 grudnia 2016 r., gdzie nastąpił istotny podział frakcji odpadów jakie mogą być zbierane, rozdzielającego frakcje zbierania odpadów (o czym Zamawiający wiedział i co uwzględnił w ramach opisu przedmiotu Zamówienia).

Wskazał, że przedmiotowe rozporządzenie weszło w życie w lipcu 2017 r. w związku z czym zmianie ulegnie cały system zbiórki odpadów w gminie Dobrzyń nad Wisłą.

Podniósł, że w ramach zamówienia na rok 2018, zgodnie z rozporządzeniem i zgodnie z SIWZ zamówienia - zbiórka prowadzona będzie z podziałem na aż 5 frakcji, a dodanie 3 nowych frakcji w sposób oczywisty przekłada się na wzrost kosztów odbioru odpadów, gdyż zgodnie z SIWZ oznacza to konieczność zapewnienia worków na wszystkie dodatkowe frakcje oraz dodatkową liczbę tzw. trasówek pojazdów odbierających odpady.

Według Odwołującego Zamawiający, dokładając należytej staranności przy szacowaniu wartości zamówienia niewątpliwie miał świadomość, że takie istotne zmiany w systemie zbiórki odpadów spowodują wzrost kosztów odbioru odpadów i tym samym przełożą się na wzrost wartości zamówienia.

Argumentował, że skoro, Zamawiający wiedział, że prowadząc zbiórkę odpadów w roku 2017 w systemie jedynie dwóch frakcji, zaś na rok 2018 przewidział odbiór aż 5 frakcji oraz odbiór odpadów z PSZOK, to dokładając należytej staranności Zamawiający wiedział, że szacując takie zamówienie, jego wartość ostatecznie będzie wyższa niż tzw. Progi unijne.

Dodatkowo, zwrócił uwagę, że od czerwca 2018 r. Zamawiający planuje także odbiór odpadów z tworzonego przez siebie Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK), co także powoduje wzrost kosztów odbioru odpadów i siłą rzeczy musi się przekładać na wzrost wartości zamówienia.

W ocenie Odwołującego - Zamawiający dokładając należytej staranności wiedział, że wartość zamówienia przekroczy progi unijne i będzie większa niż w latach poprzednich.

Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający – zdaniem Odwołującego - powinien zakładać że realna wartość zamówienia, które chce udzielić będzie wartością powyżej granicznej kwoty „progów” i postępowanie powinno być prowadzone zgodnie z procedurą dla zamówień „powyżej progów”.

Odwołujący wywodził, że o celowym zamiarze Zamawiającego świadczy fakt, iż Zamawiający zorganizował sobie finansowanie zamówienia powyżej szacowanej wartości i powyżej progów unijnych, co wynika w szczególności z faktu, iż sam Zamawiający nie dokonał unieważnienia postępowania z powodu przekroczenia kwoty, która zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia i dokonał wyboru oferty, która przekracza tzw. progi.

Zarzucił, że Zamawiający liczył się z takim poziomem ofert, i gotowy jest i był na udzielenie zamówienia w kwocie znacznie powyżej swojego budżetu i powyżej progów unijnych.

Skoro Zamawiający więc wiedział i godził się z możliwością przekroczenia przez zamówienie wartości „progów” oraz posiada środki mające sfinansować realizację zamówienia o wartości powyżej progów, to bezwzględnie powinien był postępowanie przeprowadzić zgodnie z procedurą obowiązującą dla zamówień powyżej progów.

Stwierdził, że w praktyce zachowanie Zamawiającego prowadzi do obejścia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa zamówień publicznych.

W konsekwencji, postępowanie przetargowe w niniejszej sprawie powinno zostać przez Zamawiającego poprowadzone w trybie „powyżej progów”.

Nie przeprowadzając zamówienia w sposób wynikający z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, Zamawiający – według zapatrywania Odwołującego - naruszył przepisy postępowania w związku z czym postępowanie powinno zostać przez Zamawiającego unieważnione z powodu nieusuwalnej wadliwości procedury, w której wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany.

Argumentował przy tym, że wybór oferty, która w sposób znaczący przekracza poziom tzw. Progów unijnych wynikających z art. 11 ust. 8 ustawy Pzp może być tylko i wyłącznie prowadzony zgodnie z procedurą przewidzianą dla zamówień powyżej „progów”.

W ocenie Odwołującego – w przypadku przeprowadzenia procedury w sposób nieprawidłowy, w tym dopuszczenia się istotnych uchybień proceduralnych, zamawiający nie może zawrzeć umowy, co wynika wprost z treści art. 146 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, po stronie zamawiającego istnieje bezwzględny obowiązek unieważnienia postępowania zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 i art. 146 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP ponieważ postępowanie obarczone jest wadą niemożliwą do usunięcia. Tym samym wybór najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego jest niedopuszczalny.

Wskazał, że świetle art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. W ramach przedmiotowego postępowania wybór jako najkorzystniejszej oferty Remondis prowadzi do naruszenia przepisów ustawy Pzp. Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia postępowania.

Reasumując powyższe rozważania - procedura udzielenia przedmiotowego zamówienia powinna zostać przeprowadzona w innym trybie, wynikającym z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa zamówień publicznych.

W opinii Odwołującego Zamawiający szacując wartość zamówienia nie dochował należytej staranności i bezwzględnie zdawał sobie sprawę z tego, że szacowana wartość Zamówienia wyższa jest niż tzw. „progi unijne”, co w szczególności wynika z istotnej zmiany samego przedmiotu zamówienia względem lat poprzednich wynikającej z całkowitej zmiany

systemu odbioru odpadów w tej gminie i m.in. dodanie 3 nowych frakcji oraz odbioru odpadów z PSZOK.

Tym samym Zamawiający swoim zachowaniem doprowadził do obejścia przepisów prawa dotyczących procedury udzielania zamówień oraz w szczególności bezwzględnego obowiązku przekazywania ogłoszeń o zamówieniu dziennikowi publikacji Unii Europejskiej, co powoduje niemożliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy zgodnie z art. 146 i 93 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 8 grudnia 2017r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Remondis Sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Płocku.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym ogłoszenia zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 7 listopada 2017r., nr 612265-N-2017 i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ opublikowanej w dniu 7 listopada 2017r. na stronie internetowej Zamawiającego, pisma Zamawiającego z dnia 30 października 2017r. o opłatach za wywóz nieczystości w 2016r. w wysokości 856 748,00 zł, szacowania wartości zamówienia z dnia 30 października 2017r. w wysokości 867 885,72 zł, listy wykonawców biorących udział w sesji otwarcia ofert z dnia 17 listopada 2017r., informacji z otwarcia ofert o zamiarze przeznaczenia na sfinansowanie zamówienia kwoty 870 000,00 zł, oferty Odwołującego na kwotę brutto 1 355 162,40 zł i Przystępującego na kwotę brutto 1 099 900,00 zł, odwołania, zawiadomienia o wynikach postępowania - wybór najkorzystniejszej oferty z dnia 30 listopada 2017r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 15 grudnia 2017r. z wnioskiem o oddalenie odwołania, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.7 ust.1 i 3, art.32 ust.2, art. 93 ust.1 pkt.7, art.146 ust.1 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Remondis Sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Płocku, zamiast unieważnienia przetargu na zasadzie art.93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp.

Na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej, uznając zarzuty odwołania za bezzasadne.

W pierwszej kolejności, należy wskazać, że Odwołujący miał możliwość wcześniejszego zapoznania się z treścią ogłoszenia, gdzie w sekcji II – Przedmiot zamówienia w pkt 6) uregulowana została kwestia całkowitej wartości zamówienia i z treścią SIWZ, gdzie w rozdziale II pkt 2 - tryb udzielenia zamówienia jest informacja, że szacunkowa wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust.8 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Izba doszła do przekonania, że już na tamtym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Odwołujący miał świadomość oszacowania wartości przedmiotu zamówienia poniżej progu wynikającego z art.11 ust.8 ustawy Pzp.

Stosownie do przepisu art.182 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Jednocześnie w myśl przepisu art.180 ust.2 pkt 5 ustawy Pzp jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności opisu przedmiotu zamówienia.

Z powyższych przepisów wynika zatem, że Odwołujący mógł skorzystać ze środka ochrony prawnej już w tamtej dacie.

Niezależnie od powyższego – zdaniem Izby – Odwołujący nie udowodnił, że Zamawiający chciał uniknąć stosowania przepisów ustawy i z tego powodu dokonał celowego szacowania wartości przedmiotu zamówienia poniżej kwoty progowej, zaniżając wartość zamówienia.

Bezspornym jest, że Zamawiający zastosował przepisy ustawy Pzp przy uwzględnieniu oszacowanej przez niego wartości przedmiotu zamówienia, która stanowiła kwotę progową.

Powyższy szacunek wynikał z opłaconych przez Zamawiającego faktur wystawionych przez Odwołującego za analogiczny okres umowny.

Z powyższych względów trudno jest zarzucić Zamawiającemu, że przewidział zadeklarowaną przez siebie kwotę, opierając się o powyższe założenie.

Ostatecznie, Odwołujący nie wykazał również przesłanek z art.93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp, skoro wartość szacunkowa zamówienia została dokonana prawidłowo, a jedynie oferty wykonawców przekraczały wartość progową.

Stosownie do powołanego wyżej przepisu art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wymaga również zauważenia, że w myśl przepisu art.146 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający dokonał publikacji w Biuletynie Zamówień Publicznych, a tylko brak jakiegokolwiek publikacji mógłby skutkować powstaniem powyższej wady postępowania.

Na końcu należy podnieść, że przepis art.180 ust.2 ustawy Pzp odnoszący się do zamówień podprogowych nie dopuszcza możliwości zaskarżenia odwołaniem zaniechania unieważnienia przetargu.

Mając jednak na uwadze, że zarzut ten został zgłoszony w ramach zaskarżenia wyboru najkorzystniejszej oferty, która to czynność może zostać zaskarżona odwołaniem, Izba wypowiedziała się co do zarzutu zaniechania unieważnienia przetargu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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 ze zm.).

Przewodniczący:.....