

Sygn. akt: KIO 536/18

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 4 kwietnia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący:     Bartosz Stankiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 4 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 marca 2018 r. przez wykonawcę **UAB „ELGMA – ELEKTRONIKA” Sp. z o.o.** z siedzibą w Wilnie przy ul. Visoriu 2 (Republika Litewska) w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez zamawiającego – **ENERGA – OPERATOR S.A.** z siedzibą w Gdańsku przy ul. Marynarki Polskiej 130 (80-557 Gdańsk)

**postanawia:**

- 1) umarza postępowanie odwoławcze;
- 2) nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **15.000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz odwołującego **UAB „ELGMA – ELEKTRONIKA” Sp. z o.o.** z siedzibą w Wilnie, stanowiącej uiszczony wpis od odwołania;
- 3) nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego **UAB „ELGMA – ELEKTRONIKA” Sp. z o.o.** z siedzibą w Wilnie kwoty **90,00 zł** (słownie: dziewięćdziesiąt złotych zero groszy), uiszczonej tytułem nadpłaconego 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 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 Gdańsku**.

Przewodniczący: .....

### **Uzasadnienie**

ENERGA – OPERATOR S.A. z siedzibą w Gdańsku, zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, którego przedmiotem jest dostawa liczników komunalnych, o numerze referencyjnym: P/1/AZ/00002/18.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 lutego 2018 roku, pod numerem 2018/S 034-074735.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawca UAB „ELGMA – ELEKTRONIKA” Sp. z o.o. z siedzibą w Wilnie, zwany dalej: „odwołującym” w dniu 23 marca 2018 roku wniósł odwołanie od niezgodnej czynności zamawiającego ww. postępowaniu (w zakresie części 1 i części 2) polegającej na zaniechaniu wyznaczenia dodatkowego, niezbędnego czasu na wprowadzenie zmian w ofertach, pomimo dokonania istotnej zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwanej dalej „SIWZ”. W wyniku tego zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 38 ust. 6 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wyznaczenia dodatkowego, niezbędnego czasu na wprowadzenie zmian w ofertach, pomimo dokonania istotnej zmiany treści SIWZ, co prowadzi do bezzasadnego uprzywilejowania podmiotów, które posiadają spełniające wymagania SIWZ egzemplarze liczników, które zostały przebadane przez akredytowane laboratoria i dyskryminacji podmiotów, które oferują typ liczników spełniających wszystkie wymagania SIWZ, w tym przebadanych przez akredytowane laboratoria, ale nie posiadają aktualnie konkretnych egzemplarzy liczników, które były poddane badaniu w akredytowanym laboratorium, co narusza zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji wykonawców;  
ewentualnie,
- 2) art. 93 ust. 1 pkt. 7 w zw. z art. 146 ust. 6 w zw. z art. 38 ust. 6 Pzp w przypadku, gdy zamawiający nie przesunie terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach i złożenie ofert nastąpi przed rozstrzygnięciem niniejszego odwołania i jego uwzględnieniem, ponieważ naruszenie art. 38 ust. 6 Pzp będzie niewątpliwie mieć wpływ na wynik postępowania w ten sposób, że podmioty mogące zrealizować niniejsze zamówienie, na skutek zaniechań zamawiającego nie będą w stanie złożyć oferty, a zatem w dniu składania ofert krąg potencjalnych wykonawców będzie inny niż gdyby zamawiający prowadził postępowanie zgodnie z przepisami Pzp.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu wyznaczenia dodatkowego, niezbędnego czasu do dokonania zmian w ofertach, wynikających ze zmiany treści SIWZ, tj. wyznaczenia terminu składania ofert na dzień nie wcześniejszy niż 10 kwietnia 2017 r. ewentualnie;
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania w przypadku, gdy zamawiający nie przesunie terminu składania ofert do czasu rozstrzygnięcia niniejszego postępowania odwoławczego, ponieważ w ocenie odwołującego w przypadku uwzględnienia odwołania postępowanie będzie obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy;
- 3) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od zamawiającego na rzecz odwołującego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z przedłożonym na rozprawie rachunkiem.

Na podstawie informacji otrzymanej od zamawiającego Izba ustaliła, że kopia odwołania została zamieszczona na jego stronie internetowej w dniu 26 marca 2018 roku.

Do postępowania odwoławczego w terminie określonym w art. 185 ust. 2 Pzp nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 27 marca 2018 r. wpłynęło pismo zamawiającego z dnia 23 marca 2018 r., opatrzone nagłówkiem „odpowiedź zamawiającego na odwołanie”, w którym oświadczył on, że uwzględnia odwołanie w całości. Dodatkowo zamawiający wskazał w przedmiotowym piśmie, że zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu przedłuży termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu do dnia 10 kwietnia 2018 r.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 2 zd. 1 Pzp, zgodnie z którym w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Skuteczne skorzystanie przez zamawiającego z przysługującej mu czynności dyspozytywnej (uwzględnienia w całości zarzutów odwołania) powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania. Natomiast dalsze czynności, które zamawiający podjął w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego. Podkreślić też należy, iż zgodnie z dyspozycją art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub

unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Stosownie do art. 192 ust. 1 Pzp o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnym zakresie nie miało charakteru merytorycznego, zatem musiało przybrać postać postanowienia.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 186 ust. 2 zd. 1 i art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji niniejszego orzeczenia.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uznała, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem rozprawy, na mocy art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b) Pzp koszty te znoszą się wzajemnie.

Izba nakazała zwrot odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, na podstawie § 5 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania z dnia 15 marca 2010 roku (Dz. U. nr 41, poz. 238, ze zm.), gdyż uwzględnienie zarzutów nastąpiło przed otwarciem rozprawy.

Ponadto zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy lub usługi, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp od których uzależniony jest obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, wynosi 15 000,00 zł. Zatem w przedmiotowej sprawie, gdzie wartość zamówienia została ustalona, zgodnie z oświadczeniem zamawiającego, powyżej kwot określonych w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, wobec uiszczenia przez odwołującego wpisu w wysokości 15 090,00 zł Izba nakazała dokonanie zwrotu kwoty 90,00 zł tytułem dokonanej przez odwołującego nadpłaty.

**Przewodniczący:** .....