

**Sygn. akt: KIO 1285/20**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 23 czerwca 2020 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Poprawa**

po rozpoznaniu w dniu 23 czerwca 2020 roku w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2020 roku przez wykonawcę **Sempertrans Bełchatów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rogowcu (ul. Transportowa 5 97-427 Rogowiec)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna z siedzibą w Bełchatowie (ul. Węglowa 5 97-400 Bełchatów)**

**postanawia:**

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Sempertrans Bełchatów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rogowcu (ul. Transportowa 5 97-427 Rogowiec)** kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej wartość wniesionego wpisu.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 t.j.), na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. w Bełchatowie prowadzi postępowania sektorowe na „Zawarcie umowy ramowej na dostawę taśm przenośnikowych na lata 2020—2022 dla PGE GiEK S.A. oddział Kopalnia Węgla Brunatnego Turów”. Numer referencyjny: POST/GEK/GEK/PMR-CSS/14124/2019 (zwane dalej Postępowaniem).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 086-205387 z dnia 4 maja 2020 roku.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości zamówienia równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz.1986 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „p.z.p.”.

W dniu 10 czerwca 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Sempertrans Bełchatów Sp. z o.o. z siedzibą w Rogowcu (zwanego dalej Odwołującym), wobec niezgodnych z przepisami ustawy Prawo Zamówień Publicznych zmian specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”) polegających na istotnej zmianie warunków, na jakich ma zostać skalkulowana cena w Postępowaniu, a konkretnie zmianie treści Umowy Ramowej (załącznik nr 2 do SIWZ) w zakresie §4 ust. 3 pkt 3.2.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. poprzez narzucenie wykonawcom oferty cenowej w oderwaniu od ich odpowiednich ofert złożonych w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej i będących podstawą zakwalifikowania ich do umowy ramowej (czyli w oderwaniu od ofert poszczególnych wykonawców, którymi są oni związani na skutek postępowania w celu zawarcia umowy ramowej);
- b) art. 7 ust. 3 ustawy p.z.p. poprzez ukształtowanie mechanizmu wyboru oferty na Umowę Wykonawczą niezgodnie z przepisami ustawy i w oderwaniu od rzetelnej kalkulacji ceny powiązanej z przedmiotem zamówienia;
- c) art. 38 ust. 4 ustawy p.z.p. poprzez dokonanie zmiany SIWZ w innym przypadku, niż uzasadniony;
- d) art. 89 ust. 1 pkt 4 i 6 ustawy p.z.p. poprzez dopuszczenie sytuacji, w których wykonawcy mogą być zmuszeni składać oferty zawierające rażąco niską cenę lub koszt, albo też z błędnie określoną ceną, chociaż z założenia nie będą one odrzucane przez Zamawiającego;

- e) art. 91 ust. 1 i ust. 2c ustawy p.z.p. poprzez takie określenie kryterium cenowego, które nie gwarantuje wykonawcom możliwości oferowania cen zgodnych z ich możliwościami biznesowymi oraz jest oderwane od przedmiotu zamówienia, a ściślej mówiąc kosztu związanego z jego dostarczeniem;
- f) art. 101 ust. 9 pkt 2 ustawy p.z.p. poprzez wprowadzenie mechanizmu ustalania jednostkowej ceny maksymalnej w danej pozycji oferty na zawarcie Umowy Wykonawczej, który rodzi realne ryzyko zapraszania do składania ofert wykonawców, którzy nie są zdolni do wykonania zamówienia nawet za określoną w ten sposób cenę maksymalną;
- g) art. 51(2) dyrektywy 2014/25/UE poprzez zastosowanie umowy ramowej w sposób nieodpowiedni i zakłócający konkurencję pomiędzy wykonawcami.

W związku z powyższym Odwołujący wnioskował o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. unieważnienie zmiany SIWZ zaskarżonych niniejszym odwołaniem;
3. nakazanie Zamawiającemu zmiany treści Umowy Ramowej (załącznik nr 2 do SIWZ) w zakresie §4 ust. 3 poprzez usunięcie zasady kształtowania ceny jednostkowej w odniesieniu do średniej arytmetycznej cen jednostkowych, to jest nadanie mu następującej treści:

*Oferta składana w wyniku zaproszenia, o którym mowa w § 3, nie może być mniej korzystna niż Oferta złożona w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia Umowy Ramowej, co oznacza, iż Cena jednostkowa za Dostawy określona w Ofercie na zawarcie Umowy Wykonawczej nie może być wyższa niż cena zaoferowana na tego rodzaju Dostawy w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia Umowy Ramowej, przy czym Zamawiający dokona przeliczenia cen jednostkowych wyrażonych w walucie EUR wg średniego kursu złotego ogłoszonego przez Prezesa NBP i obowiązującego w dniu poprzedzającym dzień sporządzenia Zaproszenia do składania ofert/negocjacji na zawarcie Umowy Wykonawczej.*

*Zaoferowany przez Wykonawcę przedmiot Umowy w postępowaniu prowadzonym w celu wykonania Umowy Ramowej musi spełniać kryteria oceny Ofert postawione w postępowaniu mającym na celu zawarcie Umowy Ramowej, zgodnie z Ofertą Wykonawcy złożoną w postępowaniu mającym na celu zawarcie Umowy Ramowej.*

**albo też**

zmiany §13 ust. 1 Umowy Ramowej poprzez usunięcie obowiązku składania ofert na Umowy Wykonawcze i powiązanej z nią sankcji kary umownej określonej w §12 ust. 2 pkt 2.1. Umowy Ramowej.

4. alternatywnie, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania, ponieważ treść postanowień SIWZ uniemożliwia wybór oferty w sposób zgodny z ustawą Prawo

zamówień publicznych;

5. zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z rachunkiem przedłożonym na rozprawie.

W dniu 19 czerwca 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Zamawiającego „Odpowiedź na odwołanie – uwzględnienie odwołania”, w którym Zamawiający poinformował, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. W konsekwencji uwzględnienia zarzutów odwołania Zamawiający zobowiązał się do dokonania zmiany treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że wobec uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu oraz wobec braku zgłoszenia przystąpienia po stronie Zamawiającego, zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy, zaistniały przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego.

Izba wskazuje, że zgodnie z treścią art. 186 ust. 2 ustawy w przypadku umorzenia postępowania przez Izbę na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy, Izba – zgodnie z przepisem art. 186 ust. 2 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10, 186 ust 6 pkt 1 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 1 pkt 1 lit a 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....