

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 9 stycznia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Aneta Górniak**

po rozpoznaniu na rozprawie w W. w dniu 9 stycznia 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2016r. przez **wykonawcę W.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „B.S.” W.S. z siedzibą w W., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego P.A.Ż.P. z siedzibą w W., (...)**

przy udziale **wykonawcy B.D. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą B.U.O. B.D. z siedzibą w P.G., (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2433/16 po stronie zamawiającego

**postanawia:**

- 1. Umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **P.A.Ż.P. z siedzibą w W., (...)** i
  - 2.1 Zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **W.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „B.S.” W.S. z siedzibą w W., (...)** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2 Zasądza od **zamawiającego P.A.Ż.P. z siedzibą w W., (...)** na rzecz **W.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „B.S.” W.S. z siedzibą w W., (...)** kwotę 18 600 zł. 00 gr. (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265,

1579) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący: .....**

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę, montaż i uruchomienie czterech radarów MSSR Mode S wraz z wybudowaniem ośrodków radiolokacyjnych zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 września 2016r. za numerem 2016/S 187-335301.

W dniu 13 grudnia 2016r. zamawiający udzielając wyjaśnień do treści siwz odpowiedział na pytanie nr 15 o treści „Zwracamy się z uprzejmą prośbą o wyjaśnienie wymiarów kontenerów (radarowego i energetycznego) jakie mają zostać dostarczone na obiekty.

W pkt. 4.2. Projektu budowlanego TOM 1 Zagospodarowanie terenu są podane wymiary rzutów przedmiotowych kontenerów tj. 2,5x6,0m i wysokość 2,8m, w pkt. 5 powierzchnie kontenera radarowego i energetycznego zostały określone na 15m<sup>2</sup> (zgodnie z wymiarami powyżej). Na rysunku nr 1 arkusz 2/2 w planie zagospodarowania terenu kontenery zostały zwymiarowane 2,6m x 6,0m (Dąbrowica i Stobierna). Natomiast w TOMIE 3 PB na rys. nr 5 elewacje i na rys. nr 6 i 7 przedstawiających rozmieszczenie urządzeń w kontenerach zaprojektowano kontenery o wymiarach zewnętrznych 2,93 m x 6,0m. Jak wskazano powyżej w Projekcie Budowlanym stanowiącym załącznik do Decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji w zakresie lotnika użytku publicznego, podane są trzy różne szerokości kontenera energetycznego i radarowego, tj. 2,5/2,6/2,93m. Prosimy o wskazanie, który z wymiarów jest właściwy: 2,5m, 2,6m czy 2.93m oraz o poprawienie pozostałych względem wskazanego. Jednocześnie zwracamy uwagę, iż ze względu na wadliwą dokumentację budowlaną, nie ma możliwości wybudowania obiektów zgodnie z projektem budowlanym, bez jego korekty, a co za tym idzie bez zmiany decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji. Zwracamy się zatem o ujednoczenie wymiarów kontenerów i wystąpienie o zmianę decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji w zakresie lotnika użytku publicznego dla czterech lokalizacji lub wprowadzenie w umowie możliwości przesunięcia terminu ze względu na konieczność wykonania tego zadania przez Wykonawcę w czasie realizacji umowy. Zwracamy również uwagę, iż w przypadku wskazania węższego kontenera, zmniejszeniu ulegną przejścia komunikacyjne w kontenerze, co może doprowadzić do braku akceptacji projektu wykonawczego pod kątem BHP. Brak podjęcia działań w kierunku poprawy wadliwego projektu budowlanego i bez wystąpienia o zmianę decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji będzie skutkowało późniejszym problemem z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie obiektu i co za tym idzie obciążenie wykonawcy bardzo dużymi karami umownych za niedotrzymanie terminu realizacji umowy.” Zamawiający odpowiedział, że zgodnie z decyzjami na realizację inwestycji i załącznikami do decyzji tj. projektami budowlanymi, właściwym jest rysunek nr 5 „KONTENER ENERGET. I RADAROWY-

ELEWACJA". W związku z powyższym, Zamawiający nie wystąpi o zmianę decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji.

W dniu 23 grudnia 2016r. W.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „B.S.” W.S. z siedzibą w W., (...) – dalej odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocników działających na podstawie pełnomocnictwa z dnia 22 grudnia 2016r. udzielonego przez właściciela firmy. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 23 grudnia 2016r. Odwołujący zaskarżył czynność wyjaśnień treści siwz dokonanej w piśmie z dnia 13 grudnia 2016 roku zatytułowanym "Wyjaśnienia i zmiana treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia", zobowiązującym wykonawców do dostarczenia, na każdy z czterech obiektów, kontenera energetycznego i kontenera radarowego o szerokości 2,93 metra, przy jednoczesnym zaniechaniu:

a) dokonania niezbędnej korekty Projektów budowlanych Tom 1 Zagospodarowanie terenu, stanowiących załącznik do decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji w zakresie lotniska użytku publicznego, które w punkcie 4.2 i punkcie 5 jednoznacznie określają, że wymiary kontenera energetycznego i kontenera radarowego wynosić będą 2,5 metra szerokości, 6 metrów długości i 2,8 metra wysokości, a powierzchnia zabudowy kontenerów wynosić będzie 15 metrów kwadratowych oraz zaniechaniu dokonania odpowiedniej zmiany decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji w zakresie lotniska użytku publicznego,

lub

b) zmiany ogłoszenia o zamówieniu i postanowień załącznika nr 2 do siwz, stanowiącego istotne postanowienia umowy, przez wskazanie, że w ramach przedmiotu zamówienia, zamawiający dokona korekty Projektów budowlanych Tom 1 Zagospodarowanie terenu, tak aby przewidywały one dostarczenie kontenera energetycznego i kontenera radarowego o szerokości 2,93 metra oraz umocuje wykonawcę do wystąpienia w jego imieniu o odpowiednią zmianę decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji w zakresie lotniska użytku publicznego, z jednoczesnym - niezbędnym w takiej sytuacji - odpowiednim wydłużeniem terminu realizacji zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że przez zaskarżoną czynność zobowiązał wykonawców do dostarczenia, na każdy z czterech obiektów, kontenera energetycznego i kontenera radarowego o wymiarach większych niż przewidują to projekty zagospodarowania terenu, będące załącznikami do decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji w zakresie lotniska użytku publicznego, a tym samym rażąco naruszył przepisy art. 29 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579 – dalej ustawy), które zobowiązują zamawiającego do opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wszystkie

wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także w sposób nie utrudniający uczciwej konkurencji.

Ponadto, że przez zaskarżoną czynność zobowiązał wykonawców do prowadzenia prac budowlanych w sposób sprzeczny z przepisem Prawa budowlanego, w tym żart. 36a ust. 1 w zw. z art. 36a ust. 5 pkt 1 i 2 ustawy Prawo budowlane, a w konsekwencji prowadzący do braku możliwości wydania pozwolenia na użytkowanie, na podstawie przepisu art. 59 ust. 5 Prawa budowlanego

Wniósł o:

1) zobowiązanie zamawiającego do dokonania odpowiedniej korekty Projektów budowlanych Tom 1 Zagospodarowanie terenu, stanowiących załączniki do decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji w zakresie lotniska użytku publicznego, w taki sposób, aby ich postanowienia były zgodne z wymaganiami zamawiającego określonymi w piśmie z dnia 13 grudnia 2016 roku, to jest aby projekty te przewidywały dostarczenie i montaż kontenera energetycznego i kontenera radarowego o szerokości 2,93 metra oraz wystąpienia o odpowiednią zmianę decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji w zakresie lotniska użytku publicznego,

lub

2) dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu i postanowień załącznika nr 2 do siwz, stanowiącego istotne postanowienia umowy, przez wskazanie, że w ramach przedmiotu zamówienia, zamawiający dokona korekty Projektów budowlanych Tom 1 Zagospodarowanie terenu, tak aby przewidywały one dostarczenie i montaż kontenera energetycznego i kontenera radarowego o szerokości 2,93 metra oraz umocuje wykonawcę do wystąpienia w jego imieniu o odpowiednią zmianę decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji w zakresie lotniska użytku publicznego, przy czym termin realizacji zamówienia wynosi 15 miesięcy od dnia podpisania umowy, w tym termin na uzyskanie decyzji zmieniających decyzje o zezwoleniu na realizację inwestycji w zakresie lotniska użytku publicznego wynosi 3 miesiące od dnia podpisania umowy,

3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że w jego interesie jest, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było przez zamawiającego zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, w tym ustawą. Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego i może ponieść szkodę w wyniku łamania prawa przez zamawiającego. W obecnym stanie faktycznym, wykreowanym naruszeniem przepisów prawa przez zamawiającego, dostarczenie przez odwołującego kontenerów o szerokości 2,93 metra, a więc większej niż określona w projektach zagospodarowania terenu skutkować będzie odmową wydania pozwolenia na użytkowanie, a tym samym nie będzie możliwe

wykonanie zamówienia. Natomiast dostarczenie kontenerów węższych, tzn. o szerokości przewidzianej w projekcie zagospodarowania terenu będzie niezgodne z wymaganiem zamawiającego określonym w piśmie z dnia 13 grudnia 2016 roku, co spowoduje odmowę odebrania obiektu przez zamawiającego.

Uwzględnienie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania zapewni możliwość realizacji zamówienia zgodnie z przepisami prawa i wyeliminuje ryzyko poniesienia przez odwołującego szkody.

Zgodnie z załącznikiem nr 2 do siwz, stanowiącym istotne postanowienia umowy, wykonawca zobowiązany jest wykonać przedmiot umowy zgodnie z odpowiednimi decyzjami wojewodów o zezwoleniu na realizację inwestycji w zakresie lotniska użytku publicznego, zawierającymi projekty budowlane oraz zgodnie ze szczegółowymi wymaganiami zamawiającego, znajdującymi się w załączniku 1 do umowy, z zastrzeżeniem, że urządzenia/systemy i wyposażenie dostarczone i zainstalowane we wszystkich ośrodkach radiolokacyjnych będą identyczne - postanowienia § 1 ust. 2 załącznika nr 2 do siwz.

Dokumentacja projektowa, będąca załącznikami do decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji w zakresie lotniska użytku publicznego jest, w ocenie odwołującego, wadliwa bowiem w różnych jej częściach mowa jest o różnych wymiarach tego samego kontenera energetycznego i radarowego. Dotyczy to wszystkich czterech obiektów. I tak w pkt. 4.2 Projektów budowlanych Tom 1 Zagospodarowanie terenu wskazano, że wymiary kontenera energetycznego i radarowego wynosić będą 2,5 metra szerokości, 6 metrów długości i 2,8 metra wysokości. Zgodnie z tymi wymiarami powierzchnie zabudowy kontenerów określono na 15 metrów kwadratowych - pkt 5 Projektów budowlanych Tom 1 Zagospodarowanie terenu. Natomiast w Tomie 3 Projektów budowlanych na rysunku nr 5 elewacje i na rysunkach nr 6 i 7 przedstawiających rozmieszczenie urządzeń w kontenerach przewidziano kontenery o zewnętrznych wymiarach 2,93 metra na 6 metrów. Dodatkowo na rysunku nr 1 arkusz 2/2 w planie zagospodarowania terenu (obiekty Dąbrowica i Stobierna) wymiary kontenerów określone zostały jako 2,6 metra na 6 metrów.

Istotne postanowienia umowy nie przewidują możliwości korekty projektów budowlanych ani wystąpienia o zmianę decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji w zakresie lotniska użytku publicznego. Ponadto zmiany takie nie byłyby możliwe w określonym umową terminie.

W ocenie odwołującego przyjąć należy, że wykonawca dostarczyć powinien kontenery o wymiarach określonych w planach zagospodarowania terenu, to jest kontenery o wymiarach 2,5 metra szerokości i 6 metrów długości ze względu przepis art. 36a ust. 1 ustawy Prawo budowlane, zgodnie z którym istotne odstępianie od zatwierdzonego projektu budowlanego lub innych warunków pozwolenia na budowę jest dopuszczalne jedynie po uzyskaniu decyzji o zmianie pozwolenia na budowę. Ponadto, stosownie do przepisu art. 36a ust. 5 pkt 1 i 2

też ustawy, nieistotne odstępianie od zatwierdzonego projektu budowlanego lub innych warunków pozwolenia na budowę nie wymaga uzyskania decyzji o zmianie pozwolenia na budowę i jest dopuszczalne, o ile nie dotyczy: 1) zakresu objętego projektem zagospodarowania działki lub terenu, 2) charakterystycznych parametrów obiektu budowlanego: kubatury, powierzchni zabudowy, wysokości, długości, szerokości i liczby kondygnacji. Do zawiadomienia o zakończeniu budowy obiektu budowlanego lub wniosku o udzielenie pozwolenia na użytkowanie inwestor jest obowiązany dołączyć oświadczenie kierownika budowy o zgodności wykonania obiektu budowlanego z projektem budowlanym lub warunkami pozwolenia na budowę oraz przepisami, a także dokumentację geodezyjną, zawierającą wyniki geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej oraz informację o zgodności usytuowania obiektu budowlanego z projektem zagospodarowania działki lub terenu - art. 57 ust. 1 pkt 2 lit. a) i pkt 5 Prawa budowlanego.

Dostarczenie kontenerów o większych wymiarach i powierzchni niż określone w planie zagospodarowania terenu skutkowałoby zdaniem odwołującego, po pierwsze wstrzymaniem prac budowlanych, a po drugie brakiem możliwości wydania pozwolenia na użytkowanie. Odwołujący wskazał na przepis art. 50 ust. 1 pkt 4) Prawa budowlanego zgodnie z którym właściwy organ wstrzymuje postanowieniem prowadzenie robót budowlanych wykonywanych w sposób istotnie odbiegający od ustaleń i warunków określonych w pozwoleniu na budowę, projekcie budowlanym lub przepisach. Z kolei przepis art. 59 ust. 5 stanowi, że organ odmawia wydania pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego, między innymi, w przypadku stwierdzenia podczas obowiązkowej kontroli niezgodności z ustaleniami i warunkami określonymi w pozwoleniu na budowę, a także w przypadku niespełnienia wymagań określonych w art. 57 ust. 1-4 ustawy. Obowiązkowa kontrola obejmuje, między innymi, sprawdzenie zgodności obiektu budowlanego z projektem zagospodarowania działki lub terenu - art. 59a ust. 2 pkt 1) Prawa budowlanego.

Pomimo całkowitej klarowności powyższych przepisów zamawiający, w piśmie z dnia 13 grudnia 2016 roku zatytułowanym "Wyjaśnienia i zmiana treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia", opublikowanym na stronie internetowej Zamawiającego, odpowiadając na pytanie nr 15, poinformował wykonawców, że w zakresie wymiarów kontenera energetycznego i radarowego właściwym jest rysunek nr 5 zamieszczony w Tomie 3 Projektu budowlanego. Jednocześnie zamawiający oświadczył, że nie wystąpi o zmianę decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji. Zamawiający nie dokonał także zmian w istotnych postanowieniach umowy, które przewidywałyby korektę projektów budowlanych i wystąpienie o zmianę decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji w zakresie lotniska użytku publicznego. Wskazał natomiast, że wykonawca zobowiązany jest uwzględnić treść odpowiedzi w składanej ofercie, przy czym jeśli odpowiedź zmienia treść siwz, wykonawca jest zobowiązany uwzględnić zmianę.

Z powyższego, w ocenie odwołującego, wynika w sposób jednoznaczny, że zamawiający wyjaśniając treść siwz zobowiązał wykonawców do dostarczenia kontenera energetycznego i radarowego o szerokości 2,93 metra, oświadczając przy tym, że nie skoryguje projektów budowlanych i decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji w zakresie lotniska użytku publicznego, a nadto nie pozostawił takiej możliwości wykonawcy. Wyjaśniając treść siwz w dniu 13 grudnia 2016 roku, zamawiający w istocie rzeczy zobowiązał wykonawców do wykonania zamówienia w sposób sprzeczny z zatwierdzonym projektem budowlanym, a co za tym idzie w sposób sprzeczny z decyzjami o zezwoleniu na realizację inwestycji w zakresie lotniska użytku publicznego i postanowieniami umownymi. Zamawiający de facto nakazał wykonawcy prowadzenie prac budowlanych niezgodnie z przepisami powszechnie obowiązującego prawa, co w konsekwencji skutkować będzie brakiem możliwości wydania pozwolenia na użytkowanie. Zaskarżoną czynnością zamawiający, zdaniem odwołującego, rażąco naruszył przepisy art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, które zobowiązują zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także w sposób nie utrudniający uczciwej konkurencji. Nie ulega bowiem dla odwołującego wątpliwości, że zaskarżoną czynnością zamawiający stworzył stan w którym dostarczenie kontenerów o rozmiarach większych niż określone w projektach zagospodarowania terenu skutkować będzie wybudowaniem obiektu budowlanego w sposób nielegalny i prowadzi do odmowy wydania pozwolenia na użytkowanie, a tym samym nie będzie możliwe prawidłowe wykonanie zamówienia. Z drugiej zaś strony dostarczenie kontenerów o szerokości przewidzianej w projektach zagospodarowania terenu będzie niezgodne z wymaganiem zamawiającego określonym w piśmie z dnia 13 grudnia 2016 roku, co spowoduje odmowę odebrania obiektu przez zamawiającego. Ponadto, w opinii odwołującego, taki stan rzeczy wyeliminuje z postępowania wykonawców, którzy świadomi niemożliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, nie będą chcieli ponosić odpowiedzialności za niezgodne z prawem działania i zaniechania zamawiającego.

Odwołujący nie neguje, że dostarczenie kontenerów o szerokości 2,93 metra jest z funkcjonalnego punktu widzenia uzasadnione. Nie zmienia to jednak faktu, że realizacja zamówienia w sposób określony przez zamawiającego w piśmie z dnia 13 grudnia 2016 roku, to jest dostarczenie kontenerów o szerokości 2,93 metra, niewątpliwie wymaga korekty projektu budowlanego oraz zmiany decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji w zakresie lotniska użytku publicznego. W innym bowiem przypadku wybudowany obiekt nie będzie mógł zostać oddany do użytku, a zamawiający, przerzucając na wykonawcę odpowiedzialność za swoje bezprawne działanie, będzie naliczać wykonawcy wysokie kary umowne. Zdaniem odwołującego pamiętać też trzeba, że dokonanie powyższych zmian musi



wydłużyć termin wykonania zamówienia, a zatem niezbędne staje się jego odpowiednie przedłużenie.

W dniu 27 grudnia 2016r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i zamieszczając na swojej stronie internetowej.

W dniu 29 grudnia 2016r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiła B.D. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą B.U.O. B.D. z siedzibą w P.G., (...) – dalej przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazała, że jest zainteresowana przebiegiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zgodny z prawem oraz jest zainteresowana udziałem w postępowaniu, złożeniem w nim oferty i pozyskaniem go do realizacji. Zgłoszenie zostało opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym kwalifikowanym złożonym przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 28 grudnia 2016r. udzielonego przez właściciela firmy. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 29 grudnia 2016r.

Przystępujący nie stawiał się na posiedzenie i rozprawę wyznaczoną na dzień 9 stycznia 2017r. Został prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia, co potwierdził w dniu 2 stycznia 2017r. – dowód w aktach sprawy.

W dniu 9 stycznia 2017r. po otwarciu rozprawy zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie oświadczając, iż uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i zobowiązał się do wykonania czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Wniósł o umorzenie postępowania.

Odwołujący przyłączył się do wniosku o umorzenie postępowania odwoławczego i podtrzymał zawarty w odwołaniu wniosek o zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania, na dowód poniesienia kosztów zastępstwa prawnego złożył fakturę VAT.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba oceniła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie znalazła podstaw wymienionych w art. 189 ust. 2 ustawy do odrzucenia odwołania. Zgodnie z art. 186 ust. 1 ustawy zamawiający może wnieść odpowiedź na odwołanie. Odpowiedź na odwołanie wnosi się w formie pisemnej lub ustnie do protokołu. W myśl ust. 3 tegoż przepisu jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do

postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak wynika z powyższych ustaleń Izby odpowiedź na odwołanie została złożona po otwarciu rozprawy, a przystępujący po stronie zamawiającego nie stawiał się, pomimo prawidłowego powiadomienia o terminie posiedzenia z udziałem stron i uczestnika postępowania. Zgodnie z § 21 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań Dz.U.2014.964 j.t. niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Na podstawie § 13 ust. 2 pkt. 3 tegoż rozporządzenia w zależności od poczynionych ustaleń faktycznych skład orzekający w ramach czynności formalnoprawnych i sprawdzających w szczególności wzywa uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania pod rygorem umorzenia postępowania odwoławczego.

Zestawienie powyższych przepisów daje podstawę do stwierdzenia, że obowiązek Izby wezwania do złożenia sprzeciwu występuje wyłącznie w sytuacji, gdy odpowiedź zamawiającego na odwołanie uwzględniająca zarzuty tego odwołania wpłynie do Izby w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających. Te czynności zostały przez Izbę zakończone przed otwarciem posiedzenia w dniu 9 stycznia 2017r. Tym samym oświadczenie o złożeniu sprzeciwu powinno być złożone na terminie posiedzenia lub rozprawy, a przystępujący winien był się liczyć z możliwością złożenia takiego oświadczenia przez zamawiającego, aż do zamknięcia rozprawy. Tym samym nie stawiając się na termin posiedzenia pozbawił się możliwości złożenia sprzeciwu, gdyż jego niestawiennictwo nie tamuje rozpoznania odwołania. Wprost wynikać to będzie ze zmiany powyższego rozporządzenia po dacie 19 stycznia 2017r., gdzie ustawodawca Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów (Dz. U. Poz. 14) z dnia 20 grudnia 2016 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań dodał w §13 ust. 2a o treści „W przypadku posiedzenia z udziałem stron, uczestników postępowania odwoławczego, świadków lub biegłych przepis ust. 2 pkt 3 stosuje się odpowiednio, z wyłączeniem terminu do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu.”

W świetle powyższego należało uznać, że przystępujący nie złożył sprzeciwu, co dało Izbie podstawę do umorzenia postępowania w oparciu o art. 186 ust. 3 ustawy.

Zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt. 2 lit. a ustawy koszty postępowania odwoławczego w okolicznościach, o których mowa w ust. 3 ponosi zamawiający, jeżeli uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu po otwarciu rozprawy.

Zamawiający oświadczenie o uwzględnieniu odwołania złożył po otwarciu rozprawy, odwołujący przed zamknięciem rozprawy złożył wniosek o zasądzenie kosztów i ich wysokość udowodnił rachunkami, zatem zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt. 2 lit. a ustawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 1 pkt. 2 lit. b 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. Nr 41, poz. 238) kosztami postępowania odwoławczego należało obciążyć zamawiającego w postaci uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz nakazując zamawiającemu zwrot odwołującemu poniesionych przez niego kosztów wpisu i zastępstwa prawnego w wysokości 3 600zł. tj. maksymalnej dopuszczonej przez rozporządzenie.

**Przewodniczący:** .....