

POSTANOWIENIE

z dnia 21 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu **21 lutego 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2012 r.

przez wykonawcę: **JM LABUS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 40-6172 Katowice, ul. Grabowa 2**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej – Rzeszów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 35-304 Rzeszów, al. gen. Władysława Sikorskiego 428**

postanawia:

- 1. Umorzyć postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz JM LABUS spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach kwoty 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej – Rzeszów spółka z o.o. z siedzibą w Rzeszowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na *usługę dostawy, montażu i uruchomienia fabrycznie nowego pieca kremacyjnego zasilanego gazem ziemnym z usługą serwisową, niezbędnym osprzętem i robotami instalacyjnymi i adaptacyjnymi* (oznaczenie sprawy: NO-223/II/12).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2012/S_22-035872 z 2 lutego 2012 r., w tym samym dniu Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej oraz zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń i na swojej stronie internetowej (www.mpgk.pl), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę od 900.000 do 1.200.000,00 zł, co stanowi równowartość od 234.436,05 do 312.581,40 euro.

10 lutego 2012 r. (pismem z tej daty) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniosła odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i wobec postanowień s.i.w.z. JM LABUS spółka z o.o. z siedzibą w Katowicach (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie postanowień ustawy Prawo zamówień publicznych, tj.:

1. Art. 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 ust. 1 pkt. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 30 grudnia 2009 r. (Dz. U. Nr 226, poz. 1817; zwanego dalej w skrócie „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”) – poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i bezpodstawne żądanie przedstawienia przez wykonawców, w punkcie VI.D s.i.w.z. dokumentacji technicznej oferowanego pieca w języku polskim (ppkt. 1), a także koncepcji pomieszczeń spopieliarni i montażu pieca z opisem planowanych robót budowlanych i instalacyjnych (ppkt. 3), a w konsekwencji żądanie dokumentów, których nie można uznać za niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

2. Art. 7 pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 – poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i utrudniający uczciwą konkurencję, a nade wszystko utrudniający równe traktowanie wykonawców, na skutek wprowadzenia w treści s.i.w.z., w pkt 1.2.b) załącznika nr I *Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia* wymogu wybudowania trzonu pieca kremacyjnego z cegły szamotowej żaroodpornej na zaprawie krzemowo-szamotowej z bocznym odciąganiem spalin wraz z montażem: orurowania systemu podawania powietrza; izolacji termicznej; płyt osłonowych pieca.
3. Art. 29 ust. 1 – poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i opisanie przedmiotu zamówienia w pkt. I.2.g załącznika nr I *Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia*, w sposób niejednoznaczny i nieproporcjonalny do żądanych w s.i.w.z. prac, w szczególności w zakresie wykonania instalacji wodno-kanalizacyjnej; instalacji centralnego ogrzewania, których wykonanie nie jest niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, tj. dostawy, montażu i uruchomienia nowego pieca kremacyjnego wraz z niezbędnymi robotami instalacyjnymi i adaptacyjnymi.
4. Art. 22 ust. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 – poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i opisanie sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w szczególności w zakresie żądania przedstawienia przez wykonawców referencji na wybudowanie pieca kremacyjnego posiadającego co najmniej dwie komory spalania (pkt. V.I 1.2 s.i.w.z.) z zaznaczeniem, że przedmiotem zamówienia jest usługa dostawy elementów składowych, montażu i uruchomienia nowego pieca kremacyjnego a nie jego wybudowanie.
5. Art. 29 ust. 1 – poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i określenie przedmiotu zamówienia z pominięciem wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty.
6. Art. 91 ust. 1 i 2 – poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i w konsekwencji ustalenie kryteriów, na podstawie których niemożliwym jest w sposób obiektywny wybranie najkorzystniejszej oferty.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany s.i.w.z. przez:

1. Wykreślenie postanowienia punktu VI.D.1) s.i.w.z. dotyczącego przedstawienia dokumentacji technicznej oferowanego pieca i dopuszczenie możliwości przedstawienia przez wykonawców opisu oferowanego pieca.
2. Wykreślenie postanowienia punktu VI.D.3) s.i.w.z. dotyczącego przedstawienia koncepcji pomieszczeń spopieliarni i montażu pieca z opisem planowanych robót budowlanych i instalacyjnych, a także wykreślenie postanowienia punktu 1.1.

- Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia* (załącznik nr I do s.i.w.z.) w zakresie wykonania projektu technologii spopieleni,
3. Wykreślenie postanowienia punktu 1.2.b) załącznika nr I do s.i.w.z. (*Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia*) w zakresie bocznego odciągu spalin i dopuszczenie możliwości odciągu spalin zgodnej ze stosowaną przez wykonawcę technologią.
 4. Wykreślenie postanowienia punktu 1.2.c) załącznika nr I do s.i.w.z. (*Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia*) i dopuszczenie możliwości wybudowania komina zgodnie z stosowaną przez wykonawcę technologią.
 5. Wykreślenie postanowienia punktu 1.2. a) i h) załącznika nr I do s.i.w.z. (*Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia*) i dopuszczenie możliwości dostarczenia i zamontowania urządzenia wprowadzającego według stosowanej przez wykonawcę technologii oraz zastosowania własnej technologii doprowadzania powietrza.
 6. Wykreślenie postanowienia punktu 11.3 załącznika nr I do s.i.w.z. (*Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia*) w zakresie, w jakim Zamawiający nie przewiduje możliwości rozbiórki dachu i dopuszczenie możliwości ingerowania w poszycie dachu dla wprowadzenia urządzeń technologicznych spopieleni.
 7. Wykreślenie postanowienia punktu 1.2.g) załącznika nr I do s.i.w.z. (*Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia*) w zakresie, w jakim Zamawiający żąda zaprojektowania, podłączenia i rozprowadzenia instalacji: wodno-kanalizacyjnej, centralnego ogrzewania, ewentualnie doprecyzowania zakresu wykonania tych instalacji i wskazania, że wykonanie tych instalacji jest niezbędne do uruchomienia i funkcjonowania pieca.
 8. Wykreślenie postanowienia punktu V.1 1.2 s.i.w.z. (strony 2-3 s.i.w.z.) i wprowadzenie do s.i.w.z. postanowienia, zgodnie z którym, Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że należycie wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie – co najmniej dwa porównywalne zamówienia z przedmiotem zamówienia tzn. polegające na dostawie, montażu i uruchomieniu pieca kremacyjnego posiadającego co najmniej dwie komory spalania: główną i dopalania, opalanych paliwem gazowym i sterowanych komputerowo.
 9. Wykreślenie postanowienia § 8 ust. 3 Umowy (załącznik nr II do s.i.w.z.), ewentualnie doprecyzowanie przez Zamawiającego stosowanych przez niego parametrów pracy (m.in. przerw między kremacjami, wagi stosowanych trumien) oraz właściwości spopielenych zwłok, na które wykonawca nie ma wpływu, w okresie gwarancji i/lub rękojmi.
 10. Określenie w s.i.w.z. parametrów stosowanego do kremacji paliwa – gazu, w tym poprzez przedłożenie karty charakterystyki paliwa, którego używa zamawiający lub

wskazania normy, którą spełnia przedmiotowe paliwo.

11. Podanie w s.i.w.z. norm, jakie powinny być spełnione, w zakresie metod i urządzeń stosowanych do pomiaru hałasu.
12. Wykreślenie postanowienia XIV.1.2) s.i.w.z., tj. „kosztów eksploatacji” jako kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

Zarzut 1. Zamawiający żąda przedstawienia przez wykonawców dokumentacji technicznej oferowanego pieca w języku polskim, a także koncepcji pomieszczeń spopielnarni i montażu pieca z opisem planowanych robót budowlanych i instalacyjnych, które nie mieszczą się w katalogu oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie przez wykonawców, że oferowane usługi i dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego i nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Jednocześnie Zamawiający zaniechał wskazania jakie to dokumenty składają się na dokumentację techniczną, tym bardziej, że zgodnie z § 5 ust. 1 pkt. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów zamawiający może żądać jedynie opisu urządzenia technicznego, co nie jest równoznaczne z uprawnieniem żądania dokumentacji technicznej. Zamawiający nie jest uprawniony do żądania przedstawienia koncepcji pomieszczeń spopielnarni i montażu pieca z opisem planowanych robót budowlanych i instalacyjnych, gdyż po pierwsze, koncepcja taka jako dokument (pomijając już okoliczność, że w nomenklaturze budowlano-architektonicznej nie ma samego określenia koncepcja, co najwyżej rozróżnia się projekt koncepcyjny, budowlany lub wykonawczy, ewentualnie wyodrębnia się koncepcję architektoniczną, której wykonanie nie jest jednak objęte przedmiotem niniejszego zamówienia) nie mieści się w wykazie dokumentów i oświadczeń, o którym mowa w § 5 ust. 1 Rozporządzenia. Po drugie, Zamawiający nie określa elementów składających się na rzeczoną koncepcję, a po trzecie w *Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia* (załącznik nr I do s.i.w.z., pkt 1.1) Zamawiający żąda wykonania projektu technologii spopielnarni z dwoma piecami i kompletnymi instalacjami, co jest nieuzasadnione, z uwagi na fakt, iż projekt technologii może dotyczyć jedynie i wyłącznie określenia stosownych urządzeń, ich mocy itp. a nie kwestii architektonicznych. Jednocześnie wykonanie tzw. koncepcji odbywa się na etapie projektowym inwestycji lub w ramach konkursu architektonicznego, gdyż wymaga to zgromadzenia niezbędnej dokumentacji oraz przeprowadzenia szeregu uzgodnień z Zamawiającym, a to związane jest to oczywiście z nakładami, zarówno czasowymi, jaki finansowymi (taką koncepcję zwykle przygotowuje wybrany oferent za odpowiednim wynagrodzeniem, już na etapie realizacji przedmiotu przetargu). Stworzenie takiej koncepcji i projektu na tym etapie jest także znacznie utrudnione, z uwagi na fakt, że Zamawiający nie dołączył do s.i.w.z. aktualnej dokumentacji budowlanej

przedstawiającej stan faktyczny obiektu.

Zarzut 2. Nadrzędnym obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania przetargowego w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Powyższe oznacza, że każdy z wykonawców powinien być traktowany jednakowo, bez żadnych przywilejów i ulg. To oznacza, że przedmiot zamówienia nie powinien być opisany w sposób, który utrudniałby uczciwą konkurencję. Tym samym, narzucenie przez Zamawiającego w zakresie prac (punkt 1.2.b) załącznika nr I do s.i.w.z. *Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia* wykonania trzonu pieca kremacyjnego z bocznym odciąganiem spalin narusza uczciwą konkurencję, względnie wyłącza równe traktowanie wykonawców. Standardowo tylko wykonawca czeski „TABO-CS” stosuje taką technologię, tj. w zakresie bocznego odciągu spalin, zaś inni wykonawcy zmuszeni są odstąpić od stosowanych przez siebie technologii (które przewidują bądź odprowadzenie spalin pod podłogą, ewentualnie przez połąć dachu) i tym samym, ponieść dodatkowe koszty, które wpływają na oferowaną cenę. Dlatego też wprowadzenie takiego wymogu, bez wyjaśnienia w s.i.w.z. przez Zamawiającego dlaczego tylko taki odciąg ma być stosowany, należy uznać za nieuzasadnione i naruszające uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Za słuszne należałoby uznać wykreślenie dotychczasowych postanowień s.i.w.z. i sformułowanie żądania wykonania odciągu spalin według stosowanej przez każdego z wykonawców swojej technologii zamontowania komina (w tym własnej technologii równoważnej w zakresie funkcjonalności do wskazanych w s.i.w.z. wymogów dotyczących wybudowania komina), bez konieczności stosowania bocznego kanału odprowadzania spalin czy wykonania komina (pkt I.2.c) załącznika nr I do s.i.w.z.) z blachy nierdzewnej. Tym samym zasadnym byłoby dopuszczenie możliwości wykonania innych czynności niezbędnych do wprowadzenia urządzeń technologicznych spopieliarni, jak np. przeprowadzenia komina przez połąć dachu.

Naruszenie art. 7 pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 pzp ma miejsce w zakresie, w jakim Zamawiający stawia w pkt. I.2.a) i h), strona 1 *Szczegółowego opisu przedmiotu Zamówienia* – załącznik nr I do s.i.w.z. – wymóg wykonania kanału pod urządzenie wprowadzające i kanałów pod rury rozprowadzające powietrze oraz wykonanie płyt nakrywowych kanału pod urządzenie wprowadzające i kanałów doprowadzających powietrze do pieca. Wymogi te nie mają żadnego uzasadnienia technologicznego, które wynikałoby ze s.i.w.z. Ze względu na różnice w technologii urządzeń wprowadzających poszczególnych producentów nie każde urządzenie wymaga wykonywania kanałów, jak również, nie każda technologia pieca wymaga wykonania kanałów doprowadzających powietrze do pieca. Dlatego też zasadne jest dopuszczenie, aby wykonawca dostarczył i zamontował urządzenie wprowadzające według własnej technologii oraz zastosował własną technologię doprowadzania powietrza.

Zarzut 3. Naruszenie przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 pzp na skutek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieproporcjonalny do żądanych w s.i.w.z. prac. W pkt. I.2.C (strona 1) *Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia* – załącznik nr I do s.i.w.z., wprowadzono wymóg, zgodnie z którym, dostawa pieca Nr 1 zobowiązany jest, wraz z wykonaniem niezbędnych do jego funkcjonowania instalacji, zaprojektować, podłączyć i rozprowadzić: instalację elektryczną, gazową wraz z podlicznikami, wodno-kanalizacyjną, napowietrzającą, sieć teleinformatyczną kat 6, a także instalację centralnego ogrzewania-elektryczną wewnątrz pomieszczeń spopieliarni. Wykonanie instalacji wodno-kanalizacyjnej oraz instalacji centralnego ogrzewania nie jest jednak niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, który obejmuje dostawę, montaż i uruchomienie pieca, nie zaś kompleksowe przeprowadzanie robót budowlanych w pomieszczeniach spopieliarni. Nadto, w postanowieniach s.i.w.z. Zamawiający nie sprecyzował jaki zakres prac składa się na wymóg zaprojektowania, podłączenia i rozprowadzenia instalacji, nie przedstawił również żadnych projektów instalacji przewidzianych do wykonania dla pomieszczeń spopieliarni w zakresie wynikającym z przedmiotu zamówienia, nie przedstawił również ważnego pozwolenia budowlanego na wykonanie prac, a także zaniechał sprecyzowania co rozumie pod pojęciem „podliczników” czy instalacji „napowietrzającej”. Konsekwencją nieprecyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia – jest brak możliwości dokonania wyceny zamówienia na etapie ofertowym.

Wobec powyższego przedmiot zamówienia określony w s.i.w.z. wymaga modyfikacji poprzez wykreślenie zapisów o wykonaniu instalacji wodno-kanalizacyjnej, centralnego ogrzewania, a także wskazania, że pozostałe instalacje, tj. elektryczna czy gazowa mają być wykonane w zakresie niezbędnym i proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia, którym jest dostawa pieca. Zamawiający winien jest również załączyć do s.i.w.z. wszystkie posiadane przez siebie projekty oraz dokumenty, które umożliwią wykonawcom prawidłową wycenę oferty, a następnie realizację przedmiotu zamówienia.

Zarzut 4. Zamawiający dla potwierdzenia posiadania przez wykonawców wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia zażądał przedstawienia dwóch referencji potwierdzających wybudowanie pieca kremacyjnego posiadającego co najmniej dwie komory spalania (pkt. III. 1 s.i.w.z.). Żądanie przedstawienia tych referencji jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, którym jest usługa dostawy elementów składowych, montażu i uruchomienia nowego pieca kremacyjnego nie zaś jego wybudowanie.

Wobec nieprawidłowego zastosowania i opisanie sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp zasadnym jest wykreślenie dotychczasowego warunku wskazanego w pkt. V.I 1.2 s.i.w.z. i wprowadzenie

postanowienia, zgodnie z którym, Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że należycie wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie – co najmniej dwa porównywalne zamówienia z przedmiotem zamówienia tzn. polegające na dostawie, montażu i uruchomieniu pieca kremacyjnego posiadającego co najmniej dwie komory spalania: główną i dopalania, opalanych paliwem gazowym i sterowanych komputerowo.

Zarzut 5. Kolejnym argumentem przemawiającym za uznaniem, iż Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 pzp, tj. że określił przedmiot zamówienia z pominięciem wymagań i okoliczności wpływających na sporządzenie oferty, jest brak określenia przez Zamawiającego parametrów i właściwości spopieleń w okresie gwarancji i/lub rękojmi. Konsekwencją zaś powyższego jest możliwość niezależnego od wykonawcy przekroczenia deklarowanego przez niego w ofercie zużycia paliwa – gazu przez piec i zastosowania zapisu § 8 ust. 3 Umowy (załącznik nr II do s.i.w.z.), zgodnie z którym, przekroczenie deklarowanego poziomu paliwa uznane będzie za wadę przedmiotu zamówienia. Wobec braku określenia przez Zamawiającego w s.i.w.z. właściwości – parametrów dotyczących spopielanych zwłok (tj. w zakresie maksymalnej wagi zwłok), wagi oraz materiału spopielanych trumien, właściwości ciała przewidzianego do spopielenia (wielkość, kaloryczność – zawartość tkanki tłuszczowej, przyczyna śmierci, sposób przygotowania ciała po śmierci), kategorii zwłok (np. w zakresie wyłączenia od spopielenia zwłok osób zmarłych z powodu nowotworów, ciała osób poddanych procesom balsamacji, w którym płyny ustrojowe wymienione są na substancje chemiczne lub ciała osób o dużej masie), a także parametrów kremacji (tj. przerw między poszczególnymi kremacjami), czy stosowanego rodzaju paliwa, które to parametry – właściwości, mają istotne znaczenie na ilość zużywanego gazu przez piec (co podlega ocenie przez Zamawiającego), a także dopuszczalnych emisji spalin (określonych w *Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia*) – w okresie gwarancji i/lub rękojmi Zamawiający, w sposób zupełnie niezależny od wykonawcy (a w konsekwencji nieobiektywny), może skorzystać z uprawnienia wynikającego z § 6 ust. 9 w zw. z § 8 ust. 3 umowy (załącznik nr II do SIWZ) i w konsekwencji uznać, że przedmiot zamówienia ma wady, które, w sytuacji jeżeli uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu zamówienia, uprawniają Zamawiającego bądź do odstąpienia od umowy oraz obciążenia wykonawcy badaniami z zakresu natężenia hałasu oraz emisji spalin pieca bądź żądaniem wykonania przedmiotu zamówienia na nowo na koszt wykonawcy.

Wobec powyższego słusznym będzie wykreślenie zapisu § 8 ust. 3 umowy, ewentualnie doprecyzowanie przez Zamawiającego stosowanych przez niego parametrów i właściwości w zakresie spopielanych zwłok w okresie gwarancji i/lub rękojmi, w tym poprzez

przedstawienie karty charakterystyki stosowanego paliwa, potwierdzenia od producenta, że stosowane paliwo odpowiada normom, a także zapewnienia przez Zamawiającego, że w okresie gwarancji/rękojmi wskazane właściwości i parametry będą przestrzegane, pod rygorem utraty prawa powoływania się na zapis § 8 ust. 3 umowy.

Zamawiający nie określił przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty – w pkt. III. (strona 3) *Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia* – załącznik nr I do s.i.w.z. określona jest dopuszczalna emisja spalin. Aby spełnić zawarte w tym punkcie parametry, które ściśle związane są z zawartością zanieczyszczeń w stosowanym paliwie, wykonawca potrzebuje uzyskania danych związanych z parametrami używanego do kremacji paliwa – kartę charakterystyki paliwa, którego używa Zamawiający lub normę, którą spełnia przedmiotowe paliwo. Brak załączenia do s.i.w.z. takiej dokumentacji, ewentualnie doprecyzowania charakterystyki stosowanego paliwa, normy oraz potwierdzenia, że dany rodzaj paliwa będzie stosowany przez Zamawiającego przez cały okres obowiązywania umowy – uzasadnia zobowiązanie Zamawiającego do wprowadzenia stosowanych modyfikacji do s.i.w.z.

Nadto, w w pkt. III. (strona 3) *Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia* – załącznik nr I do s.i.w.z. określone jest dopuszczalne natężenie hałasu. Zamawiający nie określił precyzyjnie rodzaju hałasu, dla którego podany parametr trzeba spełnić. Istnieje wiele norm określających metody i urządzenia do pomiaru hałasu, dlatego zasadnym jest wprowadzenie modyfikacji do SIWZ poprzez wskazanie norm, które powinny być spełnione dla pomiarów dla określenia i zapewnienia Zamawiającego o prawidłowym poziomie hałasu.

Zarzut 6. W pkt. XIV.1.2) (strona 10) s.i.w.z. określone są koszty eksploatacji jako kryterium, którym Zamawiający kierował się będzie przy wyborze oferty. Zamawiający nie określił jednak jakie elementy, właściwości – parametry – w zakresie przewidywanej wagi spopielenych trumien, właściwości ciała przewidzianego do spopielenia (wielkość, kaloryczność-zawartość tkanki tłuszczowej, przyczyna śmierci, sposób przygotowania ciała po śmierci) będą przez Zamawiającego dopuszczone. Zamawiający podał w umowie jedynie wagę ciała i materiał z jakiego będzie wykonana trumna dla celów rozruchu i przeprowadzenia testów pieca. Zaznaczyć należy, iż podstawowe dane, które zobowiązany jest podać wykonawca w ofercie dot. kremacji, mają być danymi średnimi. Ze względu zaś na powszechnie znany fakt, iż kremacja poszczególnych zwłok może przebiegać odmiennie w zależności od masy ciała, przyczyny śmierci, zastosowanego bądź nie – balsamowania, proces weryfikacji danych powinien przebiegać w sposób gwarantujący wyłączenie z kremacji zwłok o właściwościach wpływających na istotne przedłużenie procesu kremacji (np. zwłoki osób zmarłych z powodu nowotworu, zwłoki osób poddanych balsamacji, zwłoki o

dużej masie, etc). Na marginesie wskazać należy, iż w Polsce i w Unii Europejskiej dla procesu kremacji nie istnieje norma, która precyzowałaby w sposób obiektywny i jednoznaczny określenie zużycia paliwa na jedną kremację, ze względu na dużą liczbę zmiennych parametrów, które nie są zależne od producenta pieca.

W związku z powyższym zasadnym będzie wykreślenia parametru „kosztów eksploatacji” jako kryterium oceny oferty, z uwagi na fakt, iż kryterium to ma charakter subiektywny i nie można zagwarantować takich samych parametrów dla przeprowadzenia 5 kremacji.

Odwołanie podpisała pełnomocnik – Monika Leśnicka. Do odwołania załączono pełnomocnictwo z 7 lutego 2012 r., według którego osoba ta została upoważniona do reprezentowania JM LABUS spółki z o.o. z siedzibą w Katowicach w postępowaniu o udzielenie zamówienia opisanym powyżej, w szczególności do reprezentowania wobec Zamawiającego, Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, Krajowej Izby Odwoławczej, w tym do podpisywania i wnoszenia wszelkich środków ochrony prawnej, a także występowania na posiedzeniu i rozprawie. Pełnomocnictwo zostało podpisane przez działającego jako Wiceprezes Zarządu – Joannę Nalewajko, ujawnioną jako uprawniona do reprezentacji samodzielnej do wartości nieprzekraczającej czterokrotności kapitału zakładowego w załączonym do odwołania odpisie aktualnym z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego z 9 stycznia 2012 r. Nr KRS: 00000277232.

15 lutego 2012 r. Zamawiający przesłał do Krajowej Izby Odwoławczej informację, iż 13 lutego 2012 r. kopia odwołania wraz z zawiadomieniem i wezwaniem zainteresowanych wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego, została zamieszczona tylko na stronie internetowej Zamawiającego, ponieważ oprócz Odwołującego żaden inny wykonawca nie zwrócił się do Zamawiającego z jakimikolwiek pytaniami dotyczącymi prowadzonego postępowania.

Izba ustaliła, iż w niniejszym postępowaniu odwoławczym nie zostało zgłoszone żadne przystąpienie.

20 lutego 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła faksem odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której wniósł on o oddalenie odwołania. Zamawiający poinformował także o dokonaniu zmian postanowień s.i.w.z.: 17 lutego 2012 r. (*Modyfikacja nr 1*) i 20 lutego 2012 r. (*Modyfikacja nr 2*), które zostały zamieszczone na jego stronie internetowej i przekazane faksem Odwołującemu. Wobec tego, zdaniem Zamawiającego, odwołanie w części uwzględnionej zmianami s.i.w.z. jest nieaktualne. Zamawiający odniósł się szczegółowo do poszczególnych zarzutów i żądań odwołania.

Oдноśnie 1. i 2. żądania odwołania – Zamawiający *Modyfikacją nr 1* z 17 lutego 2012 r. zmienił w następujący sposób brzmienie postanowień s.i.w.z.:

– pkt. VI.D.1.1) na – *Opis w języku polskim oferowanego pieca kremacyjnego.*

– § 1.1.e); załącznika nr II (wzór umowy) na – *dostarczenie pełnej instrukcji obsługi pieca i jego dokumentacji techniczno-ruchowej (DTR) w języku polskim; instrukcja pieca kremacyjnego musi wskazywać czynności konserwatorskie wykonywane przez obsługę pieca z podaniem terminów, zakresów i okoliczności ich wykonania.*

– pkt. VI.D.1.3) na – *Szkic lub rysunek pomieszczeń spopielnarni i usytuowania montażu pieca wraz z opisem planowanych robót budowlanych i instalacyjnych.*

– pkt. I.1 załącznika nr I (*Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia*) na – *Zaprojektowanie i wykonanie montażu pieca kremacyjnego wraz z instalacjami objętymi przedmiotem zamówienia w sposób, który nie będzie naruszał wymogów określonych pozwoleniem na budowę dot. m.in. spopielnarni (Załącznik nr IVa i IVb do SIWZ), nie będzie powodował konieczności zmiany projektu budowlanego zatwierdzonego w/w pozwoleniem na budowę (Załącznik nr V do SIWZ) oraz nie będzie naruszał wymogów określonych decyzją określającą środowiskowe uwarunkowania zgody na realizację przedsięwzięcia dot. spopielnarni (Załącznik nr VI do SIWZ). Ponadto, zaprojektowanie i wykonanie montażu pieca kremacyjnego wraz z instalacjami objętymi przedmiotem zamówienia powinno być zaplanowane i wykonane w sposób, który umożliwi instalację drugiego pieca w tym samym pomieszczeniu spopielnarni w miejscu przewidzianym w projekcie budowlanym (Załącznik nr V do SIWZ). Zaprojektowanie i wykonanie montażu pieca kremacyjnego wraz z instalacjami objętymi przedmiotem zamówienia w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami prawa, a w szczególności ogólnymi warunkami bhp, przepisami Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie z dnia 12 kwietnia 2002 r. (Dz. U. Nr 75, poz. 690 z późn. zmianami).*

Zdaniem Zamawiającego dopuścił w ten sposób możliwość przedstawienia przez wykonawców w ofercie jedynie opisu oferowanego pieca, rezygnując z żądania dołączenia do oferty koncepcji, wskazując jedynie, że oczekuje przedstawienia odpowiedniego szkicu lub rysunku. Natomiast w celu usunięcia wszelkich wątpliwości co do wytycznych czy też dokumentów, na jakich opierać ma się wykonawca przy sporządzaniu oferty i realizacji zamówienia – Zamawiający szczegółowo określił je w zmodyfikowanym pkt. I.1 załącznika nr I do s.i.w.z.

Oдноśnie 3. żądania odwołania – Zamawiający *Modyfikacją nr 1* z 17 lutego 2012 r. zmienił w następujący sposób brzmienie postanowienia pkt. 1.2.b) s.i.w.z.: *wybudowanie trzonu pieca kremacyjnego z cegły szamotowej żaroodpornej na zaprawie krzemowo-szamotowej wraz z montażem systemu podawania powietrza; izolacji termicznej; płyt*

osłonowych pieca. Zamawiający dopuszcza system montażu odprowadzania spalin z pieca według własnej technologii Wykonawcy pod warunkiem przewidzenia w przyszłości montażu drugiego pieca kremacyjnego oraz odprowadzenia spalin do wspólnego jednego komina.

Zamawiający wskazał, iż wykreślił dotychczasowy wymóg bocznego odciągu spalin dla zamawianego pieca i dopuścił system montażu odprowadzania spalin według technologii własnej wykonawcy, jednak nie ma możliwości, aby nie uwzględnił on możliwości przyłączenia w przyszłości do wspólnego komina odciągu spalin z drugiego pieca, gdyż zarówno zatwierdzony decyzją pozwolenia na budowę projekt budowlany dla pomieszczeń spopielnarni, jak też decyzja środowiskowa wraz z raportem oddziaływania inwestycji na środowisko – dopuszczają tylko jeden komin wspólny dla dwóch piecy. Pomieszczenia spopielnarni są dzierżawione od Gminy Miasto Rzeszów i Zamawiający nie może dokonać adaptacji tych pomieszczeń w sposób odmienny od pozwolenia na budowę czy też decyzji środowiskowej.

Odnosnie 4. żądania odwołania – Zamawiający oświadczył, iż nie wyraża zgody na żadaną przez Odwołującego zmianę przez wykreślenie postanowienia pkt. I.2.c) załącznika nr I do s.i.w.z. *Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia* i dopuszczenie możliwości wybudowania komina zgodnie ze stosowaną przez wykonawcę technologią. Zamawiający powołał się na powyżej opisane uwarunkowania, a także na brak zgody autora projektu budowlanego na wykonanie w istniejącym obiekcie istotnej ingerencji w poszycie dachu. Zamawiający nadmienił, iż wymóg wykonania komina z blachy nierdzewnej o wysokości 3,5 m ponad połac dachu – określa jedynie materiał, z którego ma być wykonany komin, który jest materiałem powszechnie dostępnym.

Odnosnie 5. żądania odwołania – Zamawiający *Modyfikacją nr 1* z 17 lutego 2012 r. zmienił w następujący sposób brzmienie postanowień załącznika nr I do s.i.w.z. *Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia*:

- pkt. I.2.a) na – *wykonanie fundamentów pod piec oraz komin;*
- pkt. I.2.h) na – *wykonanie instalacji doprowadzającej niezbędne powietrze do pieca według technologii stosowanej przez Wykonawcę z zastrzeżeniem obowiązku zachowania wymogów określonych w pkt. 1 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia.*

Zdaniem Zamawiającego aktualna treść tych postanowień powoduje, że zarzuty i żądanie ich zmiany sformułowane w odwołaniu są nieaktualne.

Odnosnie 6. żądania odwołania – Zamawiający *Modyfikacją nr 1* z 17 lutego 2012 r. zmienił w następujący sposób brzmienie postanowienia pkt. II.3) załącznika nr I do s.i.w.z. *Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia*: *Zamawiający przewiduje wyprowadzenie komina ponad dach przez wykonanie w konstrukcji żelbetowej stropu oraz pokrycia dachu otworu wyłącznie dla komina z zachowaniem wymogów określonych w pkt. 1 szczegółowego opisu*

przedmiotu zamówienia powyżej. Prac rozbiórkowych stropu w większym zakresie nie przewiduje się do wykonania.

Zamawiający wskazał, iż analogicznie, jak w przypadku zarzutów dotyczących technologii wznoszenia komina, zmuszony jest uwzględniać ograniczenia i wytyczne wynikające z pozwolenia na budowę, projektu budowlanego i decyzji środowiskowej, co powoduje, iż nie jest dopuszczalne wykonanie w istniejącym obiekcie istotnej ingerencji w poszycie dachu.

Odnosnie 7. żądania odwołania – Zamawiający *Modyfikacją nr 1* z 17 lutego 2012 r. zmienił w następujący sposób brzmienie postanowienia pkt. 1.2.g) załącznika nr I do s.i.w.z. *Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia: s.i.w.z.: zaprojektowanie, podłączenie i rozprowadzenie w pomieszczeniach spopielnarni: instalacji elektrycznej, instalacji gazowej wraz z urządzeniami pomiarowymi zliczającymi media zużywane w spopielnarni (podliczniki); wodno-kanalizacyjnej; instalacji niezbędnej wentylacji mechanicznej; sieci teleinformatycznej kat. 6; instalacji centralnego ogrzewania i elektrycznej – w celu wykonania wszelkich instalacji niezbędnych do funkcjonowania pieca oraz w celu przystosowania pomieszczeń spopielnarni jako miejsca pracy dla obsługi pieca i osób uczestniczących w ceremonii kremacji, utrzymania czystości (woda i ciepło), przy zachowaniu warunków określonych w pkt. 1 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia. Instalacja wodno-kanalizacyjna ma zostać wyposażona w co najmniej 1 umywalkę z zimną i ciepłą wodą, punkt czerpalny wody w celu podłączenia przewodu do zmywania i utrzymania w czystości posadzki oraz odpływ do kanalizacji sanitarnej poprzez kratkę ściekową w posadzce. Instalacja centralnego ogrzewania ma przewidzieć podłączenie grzejników elektrycznych mających na celu utrzymać właściwą temperaturę we wszystkich pomieszczeniach co najmniej po jednym grzejniku w każdym pomieszczeniu z możliwością regulacji temperatury.*

Zamawiający wskazał, iż roboty instalacyjne objęte są przedmiotem zamówienia jako część robót związanych z przystosowaniem pomieszczeń spopielnarni do jej funkcjonowania. Instalacja wodno-kanalizacyjna oraz centralnego ogrzewania jest potrzebna ponieważ związana jest z miejscem pracy obsługi pieca, gdzie muszą być spełnione warunki bhp. Zdaniem Zamawiającego w sposób precyzyjny i wyczerpujący określił cechy oczekiwanych do wykonania instalacji oraz ich związek z funkcjonowaniem i obsługa pieca, wobec tego żądania odwołania dotyczące tego wykreślenia tego postanowienia s.i.w.z. są niezasadne.

Odnosnie 8. żądania odwołania – Zamawiający *Modyfikacją nr 1* z 17 lutego 2012 r. zmienił w następujący sposób brzmienie postanowienia pkt. V.1 1.2 s.i.w.z.: *Posiadają wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia. Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że należycie wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest*

krótszy w tym okresie – co najmniej dwa porównywalne zamówienia z przedmiotem zamówienia tzn. polegające na dostawie, montażu i uruchomieniu pieca kremacyjnego posiadającego co najmniej dwie komory spalania: główną i dopalania, opalanych paliwem gazowym i sterowanych komputerowo.

Zdaniem Zamawiającego, wobec zmodyfikowania treści postanowienia, żądanie odwołania w tym zakresie jest nieaktualne.

Odnosnie 9. żądania odwołania – Zamawiający *Modyfikacją nr 2* z 20 lutego 2012 r. wykreślił postanowienie § 8 ust. 3 załącznika nr II do s.i.w.z. (wzór umowy).

W ocenie Zamawiającego powoduje to, iż żądanie odwołania w tym zakresie również jest nieaktualne.

Odnosnie 10. żądania odwołania – Zamawiający *Modyfikacją nr 1* z 17 lutego 2012 r. w pkt. III. na str. 3 załącznika nr I do s.i.w.z. *Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia* dookreślił, iż paliwem będzie *gaz ziemny wysokometanowy E* wartość spalania *39,5 MJ/m³*, wartość opałowa *35,5 MJ/m³* według *PGNiG w Rzeszowie*, a *karta charakterystyki stosowanego gazu ziemnego załączona zostaje do SIWZ jako Załącznik nr VII*; Zamawiający *przez cały okres trwania umowy będzie korzystał z tego paliwa.*

Zdaniem Zamawiającego żądanie odwołania jest zatem nieaktualne.

Odnosnie 11. żądania odwołania – Zamawiający *Modyfikacją nr 1* z 17 lutego 2012 r. w pkt. I.2 załącznika nr I do s.i.w.z. *Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia*, dodał ppkt s w następującym brzmieniu: *wykonanie na koszt wykonawcy pomiarów hałasu pracy pieca z zastosowaniem normy – według metodyki badawczej PN ISO 9612:2011 stosowanej przez Wojewódzką Stację Sanitarno Epidemiologiczną w Rzeszowie.*

W ocenie Zamawiającego żądanie odwołania w tym zakresie jest nieaktualne.

Odnosnie 12. żądania odwołania – Zamawiający podniósł, iż wykreślenie postanowienia XIV.1.2) s.i.w.z., tj. kosztów eksploatacji jako kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej jest niezasadne i nie może zostać przez niego uwzględnione. Tym niemniej Zamawiający dokonał dodatkowej zmiany wzorca umowy doprecyzowując, zgodnie z uwagami podniesionymi przez Odwołującego, szczegółowe parametry procesu kremacji, który będzie brany pod uwagę przy weryfikacji faktycznego zużycia gazu przez piec – przez zmianę *Modyfikacją nr 2* z 20 lutego 2012 r. brzmienia § 7 ust. 6 wzorca umowy na następujące: *Na potrzeby określonej niniejszą umową weryfikacji faktycznego zużycia gazu przez piec z deklarowanym w ofercie Wykonawcy zużyciem gazu przeprowadzony będzie proces spopieleń zwłok ludzkich z zachowaniem następujących parametrów:*

- trumna kremacyjna drewniana sosnowa o wadze ok. 40 kg*
- zwłoki ludzkie o średniej wadze 75-85 kg*
- nie uwzględnia się spopieleń zwłok osób zmarłych na nowotwory, a także osób poddanych*

procesom balsamacji w których płyny ustrojowe wymienione zostały na substancje chemiczne.

Zdaniem Zamawiającego postanowienia pkt. XIV.1.2) s.i.w.z. i wzorca umownego zapewniają dostateczną ilość informacji dla potencjalnego wykonawcy, aby mógł w składanej ofercie zadeklarować wielkość zużycia gazu przez oferowany piec.

Odpowiedź na odwołanie została podpisana przez Prezesa Zarządu Juliusza Sieczkowskiego oraz Wiceprezes Zarządu Leokadię Siupik, które występowały uprzednio w postępowaniu odwoławczym jako upoważnione do reprezentowania Zamawiającego.

20 lutego 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło faksem pismo z tej daty Odwołującego, w którym wskazał, iż w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu i nieprzystąpieniem po stronie Zamawiającego żadnego wykonawcy, działając na podstawie art. 187 ust. 8 w zw. z art. 186 ust. 2 pzp, wnosi o umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym. Odwołujący oświadczył także, iż z uwagi na fakt, że dokonane przez Zamawiającego: modyfikacja nr 1 s.i.w.z. z 17 lutego 2012 r. oraz modyfikacja nr 2 z 20 lutego 2012 r., wyczerpują w całości żądania Odwołującego zawarte w odwołaniu z 10 lutego 2012 r. – cofa zarzuty, co do których Zamawiający nie odniósł się pozytywnie w przywołanych zmianach s.i.w.z., gdyż interes Odwołującego został w całości przez te zmiany zaspokojony.

Pismo podpisał, działający jako Prezes Zarządu – Maciej Labuś, również ujawniony w załączonym do odwołania odpisie aktualnym z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego jako uprawniony do reprezentacji samodzielnej do wartości nieprzekraczającej czterokrotności kapitału zakładowego.

21 lutego 2012 r. do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło faksem pismo Zamawiającego z tej daty, w którym oświadczył, iż wyraża zgodę na cofnięcie zarzutów odwołania i popiera wniosek o umorzenie postępowania zgłoszony w piśmie Odwołującego z 20 lutego 2012 r.

Izba zważyła, co następuje:

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego, cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów odwołania. W niniejszej sprawie *prima facie* nie można stwierdzić, iż doszło do

uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, na zasadzie przepisu art. 186 ust. 2 pzp albo do cofnięcia odwołania, o którym mowa w przepisie art. 187 ust. 8 pzp. Zamawiający wnosząc 20 lutego 2012 r. odpowiedź na odwołanie nie uwzględnił bowiem w całości zarzutów przedstawionych przez Odwołującego w odwołaniu wniesionym 10 lutego 2012 r. Z kolei Odwołujący w piśmie z 20 lutego 2012 r. nie oświadczył, iż cofa w całości wniesione odwołanie. Zatem obie te czynności rozpatrywane odrębnie i niezależnie od siebie nie pozwalają na stwierdzenie zaistnienia podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego, przewidzianej w którymkolwiek z przywołanych powyżej przepisów. Jednakże z uwagi na to, iż obie te czynności zostały zdziałane przez Strony tego samego postępowania odwoławczego, a z ich treści w sposób oczywisty wynika ich wzajemne powiązanie, niezależne od następstwa czasowego, wymaga rozważenia skutek jaki łącznie wywołały dla tego postępowania. W niniejszej sprawie Zamawiający uznał część zarzutów odwołania za zasadne, natomiast w reakcji na to Odwołujący cofnął wszystkie zarzuty, które nie zostały uwzględnione. W ten sposób, pomimo tego, iż Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wnosił o oddalenie odwołania z uwagi na niezasadność nieuwzględnionych zarzutów, wobec ich cofnięcia przez Odwołującego – w rezultacie, zdaniem Izby, zaistniała sytuacja, o której mowa w przepisie art. 186 ust. 2 pzp. Do takiej konkluzji przywiodły Izbę następujące argumenty.

Po pierwsze – za dopuszczalne i skuteczne należy uznać cofnięcie części zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Z przepisu art. 187 ust. 8 pzp wynika, że odwołujący może cofnąć odwołanie aż do czasu zamknięcia rozprawy. Skoro odwołujący ma prawo cofnięcia wszystkich zarzutów przedstawionych w odwołaniu, to należy uznać, chociażby na zasadzie wniosku *a maiori ad minus*, iż może również cofnąć tylko niektóre z tych zarzutów. Odwołujący może zatem zrezygnować z popierania wszystkich, niektórych lub nawet tylko jednego zarzutu odwołania, a rezygnacja z ich popierania powoduje, iż nie podlegają one rozpatrzeniu w postępowaniu odwoławczym. W orzecznictwie Izby ukształtowała się bowiem tradycja, iż cofnięte zarzuty odwołania pozostawia się bez rozpoznania w toku rozprawy. Niezależnie bowiem od powodów decyzji odwołującego, w przepisach dotyczących postępowania odwoławczego brak jest regulacji pozwalającej na ocenę przez Izbę czy takie cofnięcie jest zgodne z prawem, zasadami współżycia społecznego lub nie zmierza do obejścia prawa, jak to ma miejsce w postępowaniu cywilnym, gdzie sąd może uznać z tych powodów za niedopuszczalne cofnięcie pozwu lub ograniczenie roszczenia (art. 203 § 4 kpc). Powoduje to również, iż dla oceny skutków cofnięcia zarzutów odwołania nie ma znaczenia ustalenie, czy nastąpiło ono po wniesieniu przez zamawiającego odpowiedzi na odwołanie lub podjęciu innych czynności przez zamawiającego, a zatem wskutek zapoznania się przez odwołującego z merytorycznym stanowiskiem strony przeciwnej.

Pozostawienie cofniętych zarzutów bez rozpatrzenia nie narusza w żaden sposób wynikającego z przepisu art. 192 ust. 7 pzp zakazu orzekania przez Izbę co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Natomiast cofnięcie zarzutów może mieć wpływ na rezultat tego rozpoznania, gdyż z mocy art. 192 ust. 2 pzp uwzględnienie odwołania jest możliwe, jeżeli zostanie stwierdzone naruszenie przepisów ustawy pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W drugiej kolejności Izba zważyła, iż w niniejszej sprawie nie zachodzą wątpliwości co do przedmiotu (zakresu) czynności podjętej przez Odwołującego, pomimo braku wyszczególnienia, które zarzuty zostały cofnięte. Nie jest nim w szczególności wskazanie przez Odwołującego w uzasadnieniu swojego pisma z 20 lutego 2012 r., iż spornych było 12 postanowień s.i.w.z., a Zamawiający uznał 11 pierwszych zarzutów odwołania. Po pierwsze, według systematyki odwołania (odzwierciedlonej powyżej) wynika, iż zostało sformułowane 6 grup zarzutów, w odniesieniu do których precyzyjnie wymieniono 12 żądań. Po drugie, przy założeniu tożsamości systematyki 12 zarzutów i żądań, twierdzenie, że 11 spośród nich zostało uznanych przez Zamawiającego, nie odpowiada rzeczywistości stanowi rzeczy, nawet przy zaliczeniu do tej kategorii zarzutów częściowo uznanych. Zamawiający odmówił bowiem nie tylko wykreślenia postanowienia pkt. XIV.1.2) s.i.w.z., to jest zrezygnowania z kosztów eksploatacji jako kryterium wyboru oferty (pkt. 12 żądań odwołania, zarzut z 6. grupy zarzutów), ale także odmówił wykreślenia lub zmiany postanowienia pkt. 1.2.c) załącznika nr I do s.i.w.z. i dopuszczenia możliwości wybudowania komina zgodnie ze stosowaną przez wykonawcę technologią (pkt. 4 żądań odwołania, zarzut z 2. grupy zarzutów). Wynika to wprost z odpowiedzi na odwołanie, a przede wszystkim z braku zmian tych postanowień w dokonanych przez Zamawiającego modyfikacjach s.i.w.z. z 17 i 20 lutego 2012 r. W ocenie Izby powyższe twierdzenie Odwołującego stanowi jednak tylko błędne podsumowanie zaistniałego stanu faktycznego, a nie wyraz woli podtrzymania zarzutu i żądania dotyczącego postanowienia pkt. 1.2.c) załącznika nr I do s.i.w.z. W bezpośrednio następnym zdaniu uzasadnienia Odwołujący raz jeszcze powtórzył, jak na wstępie pisma, iż jego wolą jest cofnięcie tych zarzutów, co do których Zamawiający nie odniósł się pozytywnie poprzez modyfikację nr 1 lub 2 s.i.w.z. Natomiast na końcu tego uzasadnienia potwierdził także ponownie, iż sposób i zakres uwzględnienia zarzutów odwołania wyartykułowany przez Zamawiającego – w pełni zaspokaja żądania i interes Odwołującego. W ostatecznym rozrachunku znaczenie ma zatem jednoznacznie wyrażona przez Odwołującego wola cofnięcia wszystkich tych zarzutów i w takim zakresie, w jakim nie zostały one uwzględnione przez wprowadzone po wniesieniu odwołania zmiany treści s.i.w.z. Z uwagi na to, iż treść *Modyfikacji nr 1* i *Modyfikacji nr 2* zostały zamieszczone przez Zamawiającego na jego stronie internetowej i stały się immanentną częścią dokumentacji

prowadzonego przez niego postępowania – niezależnie od treści odwołania (w której Zamawiający adekwatnie przytoczył lub opisał treść przywoływanych zmienionych postanowień s.i.w.z.), możliwe jest precyzyjne i jednoznaczne ustalenie, które zarzuty i w jakim zakresie zostały uwzględnione przez Zamawiającego.

Po trzecie, w tych okolicznościach należy ocenić stanowisko Zamawiającego wynikające z odpowiedzi na odwołanie i dokonanych zmian treści s.i.w.z. – za uwzględnienie w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które pozostały przedmiotem rozpoznania w niniejszym postępowaniu odwoławczym, na zasadzie przepisu art. 186 ust. 2 pzp. Ponieważ przywołany przepis stanowi właśnie o *uwzględnieniu zarzutów przedstawionych w odwołaniu*, a nie o *uwzględnieniu odwołania*, istotne jest, czy można stwierdzić zaistnienie w postępowaniu odwoławczym stanu uwzględnienia wszystkich zarzutów przedstawionych w odwołaniu i podtrzymanych przez odwołującego. W ocenie Izby w rezultacie skorelowanych ze sobą czynności: cofnięcia przez Odwołującego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu oraz uwzględnienia wszystkich pozostałych zarzutów przez Zamawiającego, uwzględniając brak przystąpienia po jego stronie jakiegokolwiek wykonawcy – doszło do zmaterializowania się wszystkich przesłanek koniecznych do umorzenia postępowania na podstawie przepisu art. 186 ust. 2 pzp. W tym zakresie Izba podzieliła zatem wyrażony uprzednio w następujących postanowieniach Krajowej Izby Odwoławczej: z 28 maja 2010 r. (sygn. akt: KIO 851/10, KIO 852/10, KIO 853/10, KIO 859/10) z 7 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 663/11), z 15 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1167/11), z 22 września 2011 r. (sygn. akt KIO 1947/11), z 29 września 2011 r. (sygn. akt 2007/11), z 27 września 2011 r. (sygn. akt KIO 2026/11) – pogląd, iż zastosowaniu przepisu art. 186 ust. 2 pzp nie stoi na przeszkodzie ograniczenie przez odwołującego żądań w toku postępowania odwoławczego, w sytuacji, gdy do tego postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden inny wykonawca.

Wobec stwierdzenia, iż: Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, Odwołujący potwierdził zaspokojenie jego interesu i żądań przez zmiany treści s.i.w.z. z 17 i 20 lutego 2012 r., po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – umorzyła postępowanie odwoławcze.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości

Sygn. akt KIO 284/12

i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: