

Sygn. akt: KIO 2007/11

POSTANOWIENIE
z dnia 29 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 29 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2011 r. przez wykonawcę FIRE MAX spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Komendę Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej w Warszawie

postanawia:

1. umorzyć postępowania odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego FIRE MAX spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie kwoty 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy), stanowiącej równowartość wpisu uiszczzonego przez Odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę zestawów hydraulicznych narzędzi ratowniczych” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 września 2011 roku pod numerem 2011/S 174-285608.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 12 września 2011 r.

W dniu 16 września 2011r. Odwołujący wniósł odwołanie od postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów:

1) art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz 29 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez:

a) opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez dobór parametrów technicznych charakterystycznych dla jednego zestawu hydraulicznych narzędzi ratowniczych i jednego producenta, co uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty,

b) naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w przeważający sposób preferujący zestawy narzędzi hydraulicznych firmy Holmatro Group, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy,

2) alternatywnie - art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, przez zaniechanie unieważnienia postępowania albowiem do czasu obowiązywania kwestionowanych zapisów jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, poprzez nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian SIWZ w zakresie wszystkich podniesionych zarzutów dotyczących:

1) opisu przedmiotu zamówienia - poprzez opisanie za pomocą parametrów nieograniczających konkurencji tylko do jednego zestawu narzędzi jednego Producenta;

2) modyfikację opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z żądaniem Odwołującego,

alternatywnie: nakazanie Zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w dniu 26 września 2011 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której podał, iż po wniesieniu odwołania dokonał w dniach 21 i 22 września 2011 r. modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, między innymi w zakresie części zarzutów podnoszonych w odwołaniu. Zamawiający także udzielił odpowiedzi na zadane w dniu 11 września 2011 r. przez Odwołującego pytania wobec brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Spornym między stronami było dziewięć postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dotyczących cech i parametrów technicznych zamawianego sprzętu. Strony zaprezentowały następujące stanowiska w odniesieniu do kwestionowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

1. punkt 1 specyfikacji technicznej (załącznik 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) - Pompa hydrauliczna ze zwijadłami – wymaganie zamontowania 2 szt. zwijadeł z węzami o dl. min. 20 m, zamontowane przy pompie. Sposób zamontowania zwijadeł miał zostać uzgodniony na etapie realizacji zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, w chwili obecnej możliwość sposobu zamontowania zwijadeł zgodnych z wymaganiami Zamawiającego na etapie realizacji zamówienia ma tylko jedna firma Holmatro Group, której przedstawicielem w Polsce jest firma Delta Service. Odwołujący może dostarczyć pompę hydrauliczną ze zwijadłami odpowiadający wymaganiom Zamawiającego, ale ze zwijadłami montowanymi czołowo do pompy hydraulicznej.

Zdaniem Zamawiającego, dokonana została w dniu 21.09.2011 r. modyfikacja specyfikacji w zakresie zamontowania zwijadeł na pompie hydraulicznej, poprzez określenie wymagania zamontowania zwijadeł: *przy 11 zestawach węże zamontowane czołowo, przy 9 zestawach węże zamontowane z boku*. Zamawiający obniżył także parametry mocy silnika, średnicę przecinanego pręta oraz masę zestawu.

2. punkt 2 specyfikacji technicznej (załącznik 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) - Przenośna pompa hydrauliczna - wymaganie dostarczenia pompy z silnikiem spalinowym o mocy minimalnej 3 kW.

Zdaniem Odwołującego, w chwili obecnej nie ma na rynku producenta, który posiada przenośną pompę hydrauliczną o mocy 3 kW z jednoczesnym zachowaniem parametru wagi max 25 kg. Zmiana wymagania przez Zamawiającego poprzez zmniejszenie mocy pompy do 1,9 kW pozwoli na złożenie oferty wszystkim producentom oferującym pompę spełniającą wszystkie pozostałe wymagania Zamawiającego z jednoczesnym zachowaniem zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający podał, że w dniu 21.09.2011 roku dokonał zmiany specyfikacji i zmniejszył wymaganą minimalną moc do 1,9 kW.

3. punkt 3 specyfikacji technicznej (załącznik 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) - Rozpierzacz ramieniowy - wymaganie dostarczenia rozpierzacza ramieniowego wraz z oświetleniem pola pracy.

Zdaniem Odwołującego, tylko jedna firma Holmatro Group, której przedstawicielem w Polsce jest firma Delta Service ma możliwość dostarczenia rozpierzacza ramieniowego o parametrach z punktu 3 specyfikacji technicznej. Odwołujący może dostarczyć rozpierzacz ramieniowy spełniający wszystkie wymagania Zamawiającego poza wymaganym oświetleniem pola pracy. Wymóg ten jednak nie ma żadnego praktycznego uzasadnienia, ponieważ w trakcie prowadzonej akcji ratowniczej ratownik najczęściej zasłania oświetlenie w urządzeniu pracując w rękawicach ochronnych. Miejsce prowadzonych działań ratowniczych oświetlane jest zawsze przy pomocy najaśnic, które zasilane są z agregatów prądotwórczych, a co za tym idzie są w pełni wystarczające w trakcie prowadzenia akcji ratowniczej. Odwołujący wnosi o odstąpienie od konieczności dostarczenia rozpierzacza ramieniowego z oświetleniem pola pracy.

Zdaniem Zamawiającego, wymóg został określony przez Zamawiającego jako konieczny do spełnienia, gdyż wspomniana funkcja umożliwi ratownikom szybkie podjęcie działań ratowniczych w porze nocnej oraz w miejscach, gdzie nie ma możliwości dotarcia ze sprzętem oświetleniowym. System oświetlenia pola pracy jest praktykowany na rynku od ok. 6 lat, a Odwołujący mógł zamontować technologie oświetlenia pola pracy w swoich narzędziach ratowniczych. Zamawiający jest w posiadaniu dowodów, które jednoznacznie wskazują, iż Odwołujący w nowych produktach zastosował system oświetlenia pola pracy. Z praktyki zawodowej oraz ponad 20 - letniego doświadczenia jednostek Państwowej Straży Pożarnej wynika, że zastosowanie oświetlenia pola pracy będzie miało kluczowe znaczenie podczas interwencji wypadkach komunikacji kolejowej, transporcie drogowym oraz przy katastrofach budowlanych i innych zdarzeniach, gdzie wymagana jest precyzja działania, nie ma możliwości zastosowania innego sprzętu oświetleniowego.

4. punkt 4 specyfikacji technicznej (załącznik 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) Nożyce - wymaganie dostarczenia nożyc wraz z oświetleniem pola pracy, zdolnością przecinania pręta o średnicy min. 40 mm oraz rozwarciu ostrzy min. 200 mm.

Zdaniem Odwołującego, w chwili obecnej tylko Holmatro Group, której przedstawicielem w Polsce jest firma Delta Service ma możliwość dostarczenia nożyc o parametrach z punktu 4 specyfikacji technicznej. Odwołujący może dostarczyć nożyce spełniające wszystkie wymagania Zamawiającego poza wymaganym oświetleniem pola pracy i średnicą przecinanego pręta. Wymóg ten jednak nie ma żadnego praktycznego uzasadnienia, gdyż w

trakcie prowadzonej akcji ratowniczej ratownik najczęściej załania oświetlenie w urządzeniu pracując w rękawicach ochronnych. Miejsce prowadzonych działań ratowniczych oświetlane jest zawsze przy pomocy najaśnień, które zasilane są z agregatów prądotwórczych, a co za tym idzie są w pełni wystarczające w trakcie prowadzenia akcji ratowniczej. Parametr - średnica przecinanego pręta min. 40 mm - nie ma żadnego uzasadnienia w normie EN PN 13204, gdyż jest to parametr wirtualny. Powyższa norma określa jedynie klasy zdolności cięcia nożyc ratowniczych. Nożyce ratownicze muszą spełnić wymagania powyższej normy, gdyż brak ich spełnienia powoduje niemożliwość uzyskania świadectwa dopuszczenia Centrum Naukowo - Badawczego Ochrony Przeciwpożarowej, gdyż dopiero uzyskanie świadectwa dopuszczenia umożliwia zastosowanie sprzętu ratowniczego przez jednostki ochrony przeciwpożarowej.

Odwołujący wnosi o odstąpienie od konieczności dostarczenia rozpieracza ramieniowego z oświetleniem pola pracy i obniżenie średnicy przecinanego pręta do min. 39 mm.

Zamawiający, podał, że w dniu 21.09.2011 r. zmniejszył wymaganą zdolność przecinania pręta do średnicy 39 mm., podtrzymując zarazem wymóg dotyczący oświetlenia pola pracy.

5. punkt 5 specyfikacji technicznej (załącznik 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) - Rozpieracz kolumnowy z funkcją ciągnięcia nr 1 - Zamawiający wymaga dostarczenia rozpieracza kolumnowego z funkcją ciągnięcia o długości początkowej 500-600 mm, długości w stanie rozłożonym 700 - 800 mm, wadze maksymalnej 12 kg, sile rozpierania min. 160 kN, sile ciągnięcia min. 45 kN, przedłużce 300 - 400 mm, zestawem końcówek roboczych, wspornikiem progowym, systemem połączeń szybkołączkami kompatybilnymi z pompą łańcuchami kompatybilnymi z rozpieraczem kolumnowym oraz zestawem końcówek do ciągnięcia łańcuchów umieszczonych w walizce z tworzywa.

Zdaniem Odwołującego, w chwili obecnej tylko jedna firma Holmatro Group, której przedstawicielem w Polsce jest firma Delta Service ma możliwość dostarczenia rozpieracza kolumnowego z funkcją ciągnięcia spełniającego wszystkie wymagania Zamawiającego.

Odwołujący proponuje ograniczenie się tylko do zapisu poniższych parametrów: rozpieracz kolumnowy o długości początkowej 440 mm - 600 mm, waga max 13 kg, siła rozpierania min. 130 kN, przedłużka 250 - 400 mm, zestaw końcówek roboczych umieszczony w walizce, wspornik progowy, system połączeń kompatybilny z pompą z poz. 1.1, rozpieracz musi posiadać świadectwo dopuszczenia na dzień składania oferty.

Zamawiający podał, iż w dniu 22 września 2011 r. zmodyfikował postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

6. punkt 6 specyfikacji technicznej (załącznik 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) - Rozpieracz kolumnowy z funkcją ciągnięcia nr 2 -Zamawiający wymaga dostarczenia rozpieracza kolumnowego z funkcją ciągnięcia o długości początkowej

900 - 1000 mm, długości w stanie rozłożonym 1600 - 1700 mm, wadze maksymalnej 20 kg, sile rozpierania min. 160 kN, sile ciągnięcia min. 45 kN, przedłużce 550 - 650 mm, zestawem końcówek roboczych, wspornikiem progowym, systemem połączeń szybkozłączkami kompatybilnymi z pompą, łańcuchami kompatybilnymi z rozpieraczem kolumnowym oraz zestawem końcówek do ciągnięcia łańcuchów umieszczonych w walizce z tworzywa.

Zdaniem Odwołującego, w chwili obecnej tylko jedna firma Holmatro Group, której przedstawicielem w Polsce jest firma Delta Service ma możliwość dostarczenia rozpieracza kolumnowego z funkcją ciągnięcia spełniającego wszystkie wymagania Zamawiającego. Odwołujący proponuje ograniczenie się tylko do zapisu poniższych parametrów: rozpieracz kolumnowy o długości początkowej 899 mm - 1000 mm, waga max 24 kg, siła rozpierania min. 120 kN, zestaw końcówek roboczych umieszczony w walizce, wspornik progowy, system połączeń kompatybilny z pompą z poz. 1.1, rozpieracz musi posiadać świadectwo dopuszczenia na dzień składania oferty.

Zamawiający podał, iż w dniu 22 września 2011 r. zmodyfikował postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

7. punkt 8 specyfikacji technicznej (załącznik 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) - Pompa nożno - ręczna - wymaganie pompy nożno - ręcznej posiadającej możliwość operowania zarówno nogą, jak i ręką.

Zdaniem Odwołującego, w chwili obecnej tylko jedna firma Holmatro Group, której przedstawicielem w Polsce jest firma Delta Service ma możliwość dostarczenia pompy nożno - ręcznej o parametrach z punktu 8 specyfikacji technicznej. Odwołujący może dostarczyć pompę ręczną o znacznie wyższych parametrach, aniżeli zapisanych w specyfikacji technicznej, lecz nie posiadającej funkcji nożnej.

Zamawiający podał, że w dniu 22 września 2011 r. zmodyfikował postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

8. punkt 10 specyfikacji technicznej (załącznik 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) - Nożyco - rozpieracz - Zamawiający wymaga dostarczenia nożyco - rozpieracza o sile rozpierania min. 20 kN, sile ciągnięcia 50 kN, rozwarciu ostrzy min. 200 mm, sile cięcia min. 350 kN, wadze max 15 kg.

Zdaniem Odwołującego, w chwili obecnej tylko jedna firma Holmatro Group, której przedstawicielem w Polsce jest firma Delta Service ma możliwość dostarczenia nożyco - rozpieracza spełniającego wszystkie wymagania Zamawiającego. Odwołujący wnosi o zmianę parametru siły ciągnięcia do min. 40 kN.

Zamawiający podał, iż w dniu 22 września 2011 r. zmodyfikował postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

9. punkt 11 specyfikacji technicznej (załącznik 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) - komplet do wyważania drzwi z regulowanym uchwytem w walizce - wymaganie dostarczenia urządzenia o sile rozpierania min. 90 kN, długości wypychania min. 120 mm, pompki ręcznej z przewodem hydraulicznym o długości min. 3m, masie max 7 kg.

Zdaniem Odwołującego, w chwili obecnej tylko jedna firma Holmatro Group, której przedstawicielem w Polsce jest firma Delta Service ma możliwość dostarczenia kompletu do wyważania drzwi z regulowanym uchwytem w walizce spełniającego wszystkie wymagania Zamawiającego. Odwołujący wnosi o zmianę parametrów: komplet do wyważania drzwi w walizce o następujących parametrach: siła rozpierania min. 90 kN, długość wypychania min. 100 mm, pompka ręczna z przewodem hydraulicznym o długości min. 3 m, masa zestawu w walizce max 14 kg.

Zamawiający podał, iż w dniu 22 września 2011 r. zmodyfikował postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na posiedzeniu Odwołujący oświadczył, iż odpowiedź na odwołanie, jaką otrzymał na posiedzeniu wyczerpuje w całości jego żądania i zarzuty wyrażone w odwołaniu z dnia 16 września 2011 r.; w Jego ocenie odpowiedź na odwołanie jest jak najbardziej uwzględnieniem w całości zarzutów, a także, że te zarzuty, co, do których Zamawiający w sposób pozytywny nie odnosi się w odpowiedzi na odwołanie zostają przez Odwołującego w dniu dzisiejszym wycofane. Oświadczył również, że wobec złożenia przez Zamawiającego odpowiedzi na odwołanie i cofnięcia swoich zarzutów, żaden z nich nie jest na tym etapie sporny. Odwołujący wyjaśnił także, że Jego interes został w całości zaspokojony poprzez odpowiedzi Zamawiającego na zadane pytania do specyfikacji.

Zamawiający zaś oświadczył, że wyraża zgodę na cofnięcie zarzutów odwołania; w zakresie, w jakim w sposób pozytywny ustosunkował się w odpowiedzi na odwołanie do podniesionych zarzutów, stanowi to uwzględnienie zarzutów dowołania. Oświadczył także, że jeżeli Odwołujący cofnął wszystkie zarzuty, co, do których Zamawiający nie ustosunkował się w sposób pozytywny to wycofuje wniosek o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

W związku z faktem, iż przed otwarciem posiedzenia przed Krajową Izbą Odwoławczą wyznaczonego w celu rozpatrzenia odwołania, to jest w dacie 26 września 2011 r. Zamawiający złożył pismo, z którego wynika iż uwzględnił te zarzuty, które na moment wydania orzeczenia Odwołujący podtrzymywał, uznano że zaszły podstawy do umorzenia postępowania.

Zgodnie z treścią art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 odwoławczego po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Jeśli zatem Zamawiający przed otwarciem posiedzenia złożył odpowiedź na odwołanie, z której wynika, że uwzględnił część zarzutów odwołania, zaś Odwołujący pozostałych zarzutów nie podtrzymuje, to należy uznać, iż wyczerpuje to stan stanowiący uwzględnienie wszystkich, spornych na moment orzekania zarzutów odwołania. Odwołujący wszak oświadczył, iż wobec złożenia przez Zamawiającego odpowiedzi na odwołanie i cofnięcia swoich zarzutów, żaden z nich nie jest na tym etapie sporny a Jego interes został w całości zaspokojony.

Jak wskazano w postanowieniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 września 2011 r. w sprawie KIO 1947/11, *„zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Zatem skoro ustawodawca przyznał odwołującemu prawo cofnięcia odwołania w całości, to należy uznać iż dopuszczalne jest cofnięcie jednego z kilku zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Powyższy pogląd wyprowadzić należy z wnioskowania a maiori ad minus. Jeżeli w świetle przywoływanego przepisu dopuszczalne jest cofnięcie odwołania w całości, to tym bardziej możliwa jest rezygnacja z popierania jedynie niektórych zarzutów. Jednocześnie cofnięcie zarzutu oznacza, iż nie jest on już przedmiotem sporu pomiędzy stronami.*

Wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów, w sposób który wyczerpuje żądania odwołującego przy ograniczeniu przez odwołującego jedyne nie uwzględnionego zarzutu oświadczenie zamawiającego ocenić należy jako uwzględnienie przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu w rozumieniu art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Dostrzeżenia w tym miejscu wymaga, iż przywoływany przepis stanowi o uwzględnieniu „zarzutów przedstawionych w odwołaniu”, a nie uwzględnieniu „odwołania”. Zatem skoro przedmiotem uwzględnienia w całości nie musi być „odwołanie” a jedynie wszystkie, sporne pomiędzy stronami zarzuty, to w ocenie Izby wypełniona została dyspozycja art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Stwierdzić należy, iż umorzeniu postępowania odwoławczego nie stoi na przeszkodzie fakt, iż cofnięcie przez odwołującego pozostałego spornego zarzutu nastąpiło dopiero po uprzednim zapoznaniu się przez niego z odpowiedzią na odwołanie. Podkreślenia wymaga bowiem, iż w świetle art. 191 ust. 2 ustawy Pzp Izba bierze pod uwagę przy wyrokowaniu stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Z

powyższego przepisu wyprowadzić należy wniosek, iż podstawę orzekania winny stanowić tylko takie zarzuty, które są przedmiotem sporu w momencie wydawania orzeczenia. Żaden przepis ustawy Pzp nie nakłada bowiem na Izbę obowiązku rozpoznawania zarzutów co do których spór pomiędzy stronami nie istnieje (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 707/11). Powyższy wniosek wyprowadzić należy również z wynikającej z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp zasady orzekania przez Izbę wyłącznie w granicach zarzutów, przy uwzględnieniu znaczenia jakie ustawodawca nadał dyspozytywnym czynnościom podejmowanym przez uczestników postępowania odwoławczego tj. możliwości cofnięcia odwołania (art. 187 ust. 8 ustawy Pzp) i możliwości uwzględnienia odwołania (art. 186 ust. 2 lub 3 ustawy Pzp). Zasada dyspozycyjności (rozporządzalności) w aspekcie formalnym (procesowym) oznacza, iż strony mają swobodę w korzystaniu z przysługujących im środków prawnych. Na gruncie ustawy Pzp zasada ta realizuje się poprzez możliwość skorzystania przez odwołującego z instytucji cofnięcia odwołania, w tym również ograniczenia zarzutów, a z drugiej strony poprzez możliwość uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. Podkreślić należy także, że Izba związana jest oświadczeniem o cofnięciu odwołania jak również oświadczeniem o uwzględnieniu zarzutów w całości, albowiem ustawodawca nie przyznał jej prawa do weryfikowania takich czynności dyspozytywnych pod względem zgodności z prawem, dobrymi obyczajami, czy zasadami współżycia społecznego, analogicznie jak to ma miejsce w postępowaniu cywilnym (por. art. 203 § 4 KPC).”

Podzielając w pełni powyższe stanowisko, jak również wyrażone w innych postanowieniach Krajowej Izby Odwoławczej wydanych w analogicznych stanach faktycznych (postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2011 r. w spr. o sygn. akt KIO 663/11, z dnia 15 czerwca 2011 r. w spr. o sygn. akt KIO 1167/11, z dnia 27 września 2011 r. w spr. KIO 2026/11), stwierdzono, że nie stoi na przeszkodzie uznaniu za uwzględnione wszystkich zarzutów odwołania ich częściowe ograniczenie przez dysponenta tego odwołania jakim jest Odwołujący, dokonane po złożeniu oświadczenia przez Zamawiającego, jeśli na moment orzeczenia w tej sprawie wszystkie zarzuty są między stronami bezsporne.

Na uwagę zasługuje w tym zakresie także argumentacja wyrażona w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 kwietnia 2011 r. w sprawie KIO 707/11, zgodnie z którą „Izba uznaje za niezasadne przyjęcie do orzekania stanu faktycznego nieistniejącego w czasie orzekania przez Izbę, gdyż na tą chwilę nie istnieją już w części uznanej przez Zamawiającego kwestionowane przez Odwołującego zapisy siwz, a dokonana zmiana, według oświadczenia Odwołującego jest w pełni przez niego akceptowana. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą zgodnie z art. 190 ust.1 jest postępowaniem kontradiktoryjnym, polegającym na rozstrzygnięciu sporu pomiędzy Odwołującym a

Zamawiającym. W sytuacji kiedy co do części podniesionych zarzutów spór nie występuje to prowadzenie w tym zakresie postępowania staje się bezprzedmiotowe. Przyjęciu takiego stanowiska nie stoi na przeszkodzie przepis art. 186 ust. 2 ustawy pzp zgodnie z którym „ w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie.....”. W przypadku częściowego uwzględnienia zarzutów Izba nie może dokonać częściowego umorzenia postępowania, gdyż przepisy ustawy pzp takiej możliwości nie przewidują, jednakże biorąc pod uwagę fakt ,że ustawa prawo zamówień publicznych nie nakazuje zamawiającemu powstrzymania się z dokonaniem czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegających na uwzględnieniu części zarzutów podniesionych w odwołaniu, to należy uznać że takie uwzględnienie jest skuteczne i następuje ono z chwilą opublikowania tej zmiany, w sposób umożliwiający zapoznanie się z nią wykonawców.”

Istotne jest także, że w sprawie nastąpiły już zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz odpowiedzi na pytania do specyfikacji, co w istocie sprowadza się do wykonania żądań odwołania.

Wszystkie te okoliczności przemawiają za uznaniem, że w sprawie zaszyły okoliczności objęte dyspozycją art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, to jest uwzględnienie przez Zamawiającego wszystkich zarzutów odwołania przed otwarciem posiedzenia, w sposób satysfakcjonujący Odwołującego. Jak się wskazuje w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej – nie stanowi przeszkody do umorzenia postępowania fakt przeprowadzenia posiedzenia z udziałem stron. Mimo że przepis art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje – w sytuacji uwzględnienia przez Zamawiającego wszystkich zarzutów przedstawionych w odwołaniu – możliwość umorzenia postępowania na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron, to należy przyjąć, że postanowienie o umorzeniu postępowania może być wydane również na późniejszych etapach postępowania, w zależności od tego, kiedy zostaną ujawnione okoliczności uzasadniające umorzenie. Dalsze prowadzenie postępowania w sytuacji braku sporu między stronami byłoby bowiem niecelowe. Za taką interpretacją przemawia również fakt, że przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), w § 5 ust. 1 pkt 1, regulują kwestię kosztów postępowania w przypadku jego umorzenia z uwagi na uwzględnienie zarzutów odwołania po otwarciu rozprawy albo rozpoczęciu posiedzenia z udziałem stron (tak też: postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 maja 2010 r., w spr. KIO 908/10, z dnia 7 kwietnia 2011 r. w spr. 663/11, z dnia 28 maja 2010 r. w spr. o sygn. KIO 851/10, KIO 852/10, KIO 853/10, KIO 859/10).

Skoro zatem:

1. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. Odwołujący potwierdził, iż sposób i zakres uwzględnienia zarzutów odwołania wyartykułowany przez Zamawiającego w pełni zaspokaja żądania i interes odwołującego,
3. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca

Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczonego przez Odwołującego z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 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).

Przewodniczący: