

**Sygn. akt: KIO 64/12**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 23 stycznia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Honorata Łopianowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 23 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2012 r. przez wykonawcę Apius Technologies spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie, w postępowaniu prowadzonym przez Kujawsko – Pomorskie Inwestycje Medyczne spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Toruniu

**postanawia:**

1. umorzyć postępowania odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Apius Technologies spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie 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 **Toruniu**.

**Przewodniczący:**

## Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawy sieciowych urządzeń aktywnych LAN dla Wojewódzkiego Szpitala Dziecięcego im. J. Brudzińskiego w Bydgoszczy”, 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 30 grudnia 2011 r. pod numerem 2011/S 251-410004.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego [www.bip.kpim.lo](http://www.bip.kpim.lo) w dniu 30 grudnia 2011 r.

W dniu 9 stycznia 2012 r. Odwołujący wniósł odwołanie wobec brzmienia postanowień ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji, w związku z naruszeniem przepisów ustawy,
- 2) naruszenie art. 7 i art. 22 ust. 4 ustawy w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez dokonanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nie związany z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia a jednocześnie w sposób nieprecyzyjny i jednoznaczny, pozwalający na arbitralną ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) naruszenie art. 7 i art. 25 ust. 1 Ustawy, poprzez żądanie od wykonawców dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania;
- 4) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i art. 29 Ustawy, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz opis przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretny produkt.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) dokonania zmiany postanowień ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny ich spełniania w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia,

- 2) dokonania zmiany wymogów ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie żądanych dokumentów,
- 3) dokonania zmiany opisu przedmiotu zamówienia,

ewentualnie

- 4) unieważnienie postępowania.

Zamawiający w dniu 22 stycznia 2012 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której podał, iż po wniesieniu odwołania dokonał w dniu 20 stycznia 2012 r. modyfikacji ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie części zarzutów podnoszonych odwołaniu.

Spornymi między stronami były postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dotyczące między innymi cech i parametrów technicznych zamawianego sprzętu, postawionego warunku udziału w postępowaniu.

Strony zaprezentowały następujące stanowiska w odniesieniu do kwestionowanych postanowień ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

**1. w odniesieniu do postanowienia zawartego w sekcji III punkt III.2.1) ppkt 4 ogłoszenia oraz pkt VIII pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia**, zgodnie z którymi Zamawiający uzna za spełniony warunek posiadania przez Wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia w zakresie robót objętych przedmiotem zamówienia, jeżeli wykonawca złoży: *„wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym Zamawiający wymaga wykazania minimum 2 dostaw za minimum 3 mln zł brutto każda we wskazanym zakresie”*.

Zdaniem Odwołującego, tak dokonany opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie jest związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia - Zamawiający określając wartość wymaganych dostaw, których realizacją powinien wykazać się Wykonawca, na poziomie 3 mln zł brutto, nadużył swoich uprawnień w zakresie ustalenia warunków uczestnictwa i sposobu ich udokumentowania. Wymóg ten jest bowiem nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. Ani z ogłoszenia ani ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wynika, w jaki sposób Zamawiający będzie dokonywał oceny spełniania tego warunku tzn. dostawy jakich urządzeń uzna za wystarczające dla wykazania spełniania powyższego warunku. Konieczność wykazania przez Wykonawcę 2 dostaw o wartości 3 mln zł brutto

proceedzi do zawężenia kręgu podmiotów mogących wziąć udział w postępowaniu. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SIWZ w ten sposób, iż Zamawiający doprecyzuje warunek udziału w postępowaniu w zakresie żądanych dostaw, poprzez wskazanie jakich urządzeń mają dotyczyć te dostawy i jednocześnie wymóg dotyczący wartości dostaw zostanie zmniejszony z 3 mln do 1,5 mln zł.

Zdaniem Zamawiającego, zarzuty są bezpodstawne - Zamawiający dokonał zmiany w w/w zakresie, pozostawiając wymóg wykazania wykonania jednej dostawy o wartości minimum 3 mln. Zamawiający wskazał wprost w zmienionej wersji SIWZ, że chodzi o wykonanie dostawy sprzętu odpowiadającego rodzajowo dostawie, której dotyczy przedmiotowe postępowanie - w VIII pkt 4 wskazano: „(...) Zamawiający wymaga wykazania minimum 1 dostawy sieciowych urządzeń aktywnych LAN za minimum 3 mln zł brutto we wskazanym okresie.”.

Wobec oświadczeń stron, należało uznać, że Zamawiający uwzględnił zarzut w powyższym zakresie w części, w pozostałej zaś mierze (wartość wymaganych dostaw) Odwołujący zarzutu nie podtrzymuje.

## **2. W zakresie postanowień zawartych w arkuszu z zestawieniem urządzeń - „Załącznik nr 5 i 7 do SIWZ oraz załącznika 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia:**

Zdaniem Odwołującego, wymagania na Przełączniki szkieletowe pokrywają się w pełni z kartą katalogową urządzeń HP E8212 a opis parametrów wprost wskazuje na przełączniki HP E8212. Model urządzenia podany w załączniku nr 5 do SIWZ to przełącznik HP 8212. Porównanie załącznika nr 5 do SIWZ oraz załącznika nr 7 do SIWZ - ofer. urzadz. aktywn. pokazuje niezwykle podobieństwo obu plików. W SIWZ Występują nazwy własne wskazujące na technologię stosowaną wyłącznie w przełącznikach HP, takie jak Virus Throttling, która to technologia nie jest implementowana w żadnych przełącznikach poza urządzeniami HP, co także uniemożliwia zaproponowanie innych urządzeń sieciowych ograniczając zasady uczciwej konkurencji. Zgrupowanie poszczególnych wymagań zawartych w Załączniku nr 2 do SIWZ (z których żadne pojedynczo nie determinuje zastosowania urządzeń HP) powoduje, że poza przełącznikami HP nie istnieją na rynku żadne rozwiązania spełniające wymogi SIWZ. Dla przełączników szkieletowych - zapisy specyfikacji wprost wskazują na HP E8212. Poszczególne funkcjonalności wymagane w SIWZ są realizowane przez systemy typu Admission Control dostępne w ofercie wielu producentów, jednak połączenie podkreślonych funkcjonalności oraz wymagań na przełączniki warstwy szkieletowej oraz dostępowej oraz poprzez konieczność zintegrowania Systemu Zarządzania Prawami Użytkowników z systemem nadzoru dostarczanych switchy powoduje, że jedynymi możliwymi produktami są oprogramowanie HP PCM+ oraz oprogramowanie 1DM. W zakresie pkt 4 *MINIMALNE WYMAGANIA DLA CENTRALNEGO SYSTEMU STEROWANIA SIECIĄ BEZPRZEWODOWĄ* Zamawiający wymaga kontrolera

sieci bezprzewodowej jako modułu w przełączniku. Jest to ograniczenie konkurencyjności, część wykonawców posiada kontrolery w postaci urządzeń wolnostojących pełniących takie same funkcje jak moduł w przełączniku. W zakresie pkt 5 *MINIMALNE WYMAGANIA DLA BEZPRZEWODOWYCH PUNKTÓW DOSTĘPOWYCH* - urządzenie do pracy w sieci bezprzewodowej musi posiadać oprogramowanie do pracy w trybie samodzielnym oraz tzw. „lekkiego AP” pod kontrolą kontrolera bezprzewodowego. Przełączenie w odpowiedni tryb pracy musi odbywać się za pomocą oprogramowania bez konieczności wymiany oprogramowania. Kontroler do kontroli punktu bezprzewodowego musi być dostępny w chwili dostarczenia punktu bezprzewodowego. Kontroler nie wchodzi w zakres oferty, ale zamawiający wymaga podania typów kontrolerów które mogą obsługiwać oferowane punkty bezprzewodowe. Zamawiający w punkcie 4 wymaga kontrolera sieci bezprzewodowej a w punkcie 5 podnosi, że kontroler nie wchodzi w zakres oferty. Jest to rozbieżność.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji powyższych wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia w taki sposób, aby możliwe było zaoferowanie urządzeń i rozwiązań innych producentów a nie tylko urządzeń i rozwiązań HP.

Odwołujący wskazuje także, że Zamawiający nie określił ilości poszczególnych elementów wymienionych w załączniku 2 do SIWZ tj. parametrach technicznych, nie określił sposobu połączenia urządzeń, co uniemożliwia poprawne zbudowanie oferty, nie określił także, co należy rozumieć przez poszczególne pozycje i jak je uzupełnić w Formularz "Oferowane urządzenia aktywne" co uniemożliwia poprawne zbudowanie oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowanie powyższych wymogów SIWZ.

Zdaniem Zamawiającego, podniesione kwestie nie były przedmiotem wyjaśnień i w ocenie Zamawiającego bądź w ogóle nie dotyczą opisu zamówienia, a dotyczą raczej wątpliwości Wykonawcy powziętych co do sposobu sporządzenia wymaganych załączników składających się na ofertę (instrukcji przygotowania tego rodzaju dokumentów ofertowych) bądź też nie budzą uzasadnionych wątpliwości. Odnośnie braku określenia ilości poszczególnych elementów wymienionych w załączniku nr 2 do SIWZ, w świetle SIWZ, zarzuty te nie znajdują żadnego uzasadnienia - jeżeli chodzi o treść załącznika nr 7, to zgodnie z tytułem rubryki „Oferowane urządzenia aktywne” w poszczególnych wersach tabeli (33 pozycje) należało wpisać jakie urządzenie aktywne oferuje Wykonawca. Załącznik nr 7 należy traktować jako integralną część SIWZ i odczytywać jego treść z uwzględnieniem pozostałych elementów SIWZ, zwłaszcza załącznika ar 5 do SIWZ, w którym wskazano przykładowe urządzenia w szczególnych pozycjach (33) wskazując na wymogi jakościowe jakie mają spełniać według oczekiwań Zamawiającego. Załącznik nr 7 posiada tyle samo pozycji (33) co załącznik nr 5 i należało w nim wpisać oferowane urządzenia aktywne spełniające wymogi ustalone według wzorców opisanych w załączniku nr 5 do SIWZ. W celu

uniknięcia wszelkich wątpliwości, Zamawiający zamieścił w treści w/w załączników zapis, o którym mowa powyżej, wskazujący jednoznacznie w jaki sposób należy uzupełnić w/w formularz. Jeżeli chodzi o zarzucany Zamawiającemu brak określenia sposobu połączenia urządzeń, uniemożliwiający poprawne przygotowanie oferty, Zamawiający podkreślił, że z treści SIWZ, zwłaszcza całości opisu przedmiotu zamówienia oraz projektu umowy wynika jednoznacznie, że Wykonawca będzie zobowiązany do dostarczenia określonych urządzeń oraz do ich montażu, w szczególności co wynika z postanowienia § 1 ust. 2 lit. c projektu umowy (załącznik nr 4 do SIWZ) Wykonawca jest zobowiązany „*wykonać prace montażowe niezbędne do prawidłowego użytkowania przedmiotu umowy*”, w zamian za zapłatę wynagrodzenia o ryczałtowym charakterze. Zamawiający nie określił szczegółowych wymogów co do sposobu połączeń, z uwagi choćby na ich podrzędne znaczenie w stosunku do dostarczanych sieciowych urządzeń aktywnych LAN, wskazując jedynie wymóg w zakresie funkcjonalności, tzn. określił wprost, iż zamontowane urządzenia (a zatem odpowiednio połączone) mają pracować w sposób umożliwiający korzystanie z dostarczonych urządzeń.

Zamawiający podał także, że pomimo tego, że w jego ocenie opis przedmiotu zamówienia dostosowany był do jego potrzeb, aby wyeliminować jakiegokolwiek zarzuty dotyczące rzekomego ograniczania konkurencji, dokonał zmiany opisu przedmiotu zamówienia - w szczególności treści załącznika nr 2, co ponad wszelką wątpliwość eliminuje zarzut Odwołującego, iż tylko urządzenia jednego producenta spełniają wymogi określone przez Zamawiającego.

Zestawienie stanowisk Zamawiającego oraz Odwołującego, w tym żądania postawionego w powyższym zakresie w odwołaniu wskazuje, że Zamawiający w całości uczynił zadość żądaniom, które odpowiadają postawionym zarzutom. Zarzutów, z którymi Zamawiający nie zgodził się w odpowiedzi na odwołanie, Odwołujący nie podtrzymuje.

**3. W zakresie pkt II. 1.5) ppkt 1 Krótki opis zamówienia lub zakupu, w którym postawiono postulat, by: „oferowany sprzęt pochodził z legalnego kanału dystrybucji producenta na terenie UE.”:**

Zdaniem Odwołującego, użyty zwrot „*legalny kanał dystrybucji*” jest pojęciem niedookreślonym, które może budzić znaczne wątpliwości interpretacyjne. Posłużenie się w opisie przedmiotu zamówienia pojęciem niedookreślonym „legalny kanał dystrybucji” bez jednoczesnego wyjaśnienia co Zamawiający rozumie pod tym pojęciem - w Ogłoszeniu nie wskazano warunków, jakie musi spełniać kanał dystrybucji, by mógł zostać uznany za „legalny” - pozostawia Zamawiającemu znaczną swobodę i uznaniowość, co może z kolei prowadzić do naruszenia podstawowych dla prawa zamówień publicznych zasad prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia powyższego wymogu.

Zamawiający, podał, że w/w element jest konieczny do opisanie konkretnych i uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, który chce mieć pewność czy dostarczone urządzenia pochodzą z legalnego źródła i czy w prawidłowy sposób były dystrybuowane, co ma wpływ choćby na faktyczny dostęp do napraw gwarancyjnych w ramach gwarancji udzielanych przez producenta. W opisie przedmiotu zamówienia używa się określeń języka potocznego, który z natury rzeczy może powodować powstawanie pewnego rodzaju cieni semantycznych, jednakże określenie „legalny kanał dystrybucji” nie powinno budzić wątpliwości, jest powszechnie używane w branży, czy też zrozumiałe dla każdej osoby i znane z praktyki każdemu, kto próbował zweryfikować pochodzenie sprzętu komputerowego, co ma miejsce zazwyczaj w przypadku awarii i zamiaru skorzystania z gwarancji producenta. Używa się tego określenia także w specyfikacjach istotnych warunków zamówienia dotyczących zamówień dotyczących zbliżonych rodzajowo dostaw. Nie powinno budzić zastrzeżeń pojęcie „legalny” użyte w odniesieniu do kanału dystrybucji, które odpowiada według słowników języka polskiego czy też według powszechnego rozumienia sformułowaniu „zgodny z prawem”. Ocena czy w/w wymóg jest spełniony nie zależy od uznania Zamawiającego, ale od okoliczności obiektywnych i nie podlegających stopniowaniu, nie pozostawiając Zamawiającemu pola do działań, które mogłyby godzić w zasadę uczciwej konkurencji. Określenia użyte przez Zamawiającego, jak też fakt odniesienia się do obszaru całej UE w przedmiotowym wymogu, zdaniem Zamawiającego powoduje, że jego treść jest w istocie bardzo liberalna, zwłaszcza na tle praktyk w zakresie zamówień na dostawy tego typu urządzeń.

Zamawiający nie przychylił się do argumentacji prezentowanej w odwołaniu, co jest równoznaczne z nieuwzględnieniem zarzutu i żądania zmierzających do wykreślenia wymagania. Odwołujący nie podtrzymuje zarzutów, których Zamawiający nie uwzględnił, co odnosi się min. do tego zarzutu.

**4. W zakresie zarzutu dotyczącego zapisu pkt IX ppkt 4 lit. a i b SIWZ**, zgodnie z którym żąda od Wykonawców „a) zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym, b) Zamawiający wymaga, aby Wykonawca udokumentował swoją specjalizację/autoryzację producenta w zakresie oferowanego sprzętu poprzez przedstawienie stosownego oświadczenia producenta w języku polskim.”

Zdaniem Odwołującego, żądanie jest nieprecyzyjne i niejednoznaczne a żądane dokumenty nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, Zamawiający nie określił jakie to podmioty są uprawnione do kontroli i jakie normy lub specyfikacje techniczne mają być potwierdzone. Według Odwołującego, żądanie od wykonawcy autoryzacji lub specjalizacji

producenta jest zbędne i narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zamawiający żądając od Wykonawców dokumentu wymienionego pod lit. b wprowadził quasi warunek udziału w postępowaniu, posiadanie bowiem tego dokumentu warunkuje wzięcie udziału w postępowaniu a jednocześnie dotyczy właściwości wykonawcy. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenie z SIWZ żądań powyższych dokumentów.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podał, iż usunął kwestionowany wymóg z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Powyższe wyczerpuje w pełni uwzględnienie zarzutu jak i uczynienie zadość postawionemu w związku z tym zarzutem żądaniu.

Na posiedzeniu Odwołujący oświadczył, iż w zakresie, w jakim zarzuty odwołania nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego, cofa zarzuty, wnosi o umorzenie postępowania wobec uwzględnienia zarzutów przez Zamawiającego. Zamawiający podał, iż te zarzuty, co do których w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający ustosunkował się w sposób pozytywny, zostały przez niego uwzględnione.

#### **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 22 stycznia 2012r. Zamawiający złożył pismo, z którego wynika iż uwzględnił te zarzuty, które na moment wydania orzeczenia Odwołujący podtrzymywał, uznano że zaszyły 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.



Z oświadczeń stron wynika, iż wobec złożenia przez Zamawiającego odpowiedzi na odwołanie, w której Zamawiający podzielił część zarzutów, w tym dokonał modyfikacji ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oraz wobec cofnięcia pozostałych zarzutów przez Odwołującego, żaden z nich nie jest na tym etapie sporny a interes Odwołującego został w całości zaspokojony. Na moment posiedzenia Zamawiający nie tylko zaprezentował stanowisko wobec poszczególnych zarzutów odwołania, ale dokonał zmian ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wynikającym z uwzględnionych przez siebie zarzutów. Należało w związku z tym przyjąć, że ustosunkowanie się przez Zamawiającego do podniesionych zarzutów w sposób zaprezentowany w odpowiedzi na odwołanie, wobec cofnięcia tych zarzutów, do których Zamawiający nie odniósł się w sposób pozytywny wyczerpuje żądania i zarzuty wyrażone w odwołaniu z dnia 9 stycznia 2012 r. Ostatecznie żaden z zarzutów podniesionych w odwołaniu i podtrzymywanych przez Odwołującego nie jest spornym na etapie rozstrzygnięcia postępowania. Zamawiający wykonał także żądania wynikające z uwzględnionych zarzutów.

Jak wskazano w postanowieniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 września 2011r. 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 jedynie 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; z dnia 29 września 2011 r. w spr. KIO 2007/11), stwierdzono, że nie stoi na przeszkodzie uznaniu za uwzględnione wszystkich zarzutów odwołania ich częściowe ograniczenie przez dysponenta tego odwołania jakim jest Odwołujący, jakie dokonane zostało 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 kontradyktoryjnym, 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.”*

Biorąc pod uwagę powyższe, uznano 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.

Skoro zatem:

1. Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. Odwołujący nie podtrzymuje tych zarzutów, które nie zostały przez Zamawiającego uwzględnione,
3. stanowisko Odwołującego wskazuje, iż sposób i zakres uwzględnienia zarzutów odwołania wyartykułowany przez Zamawiającego (oraz w praktyce przez Zamawiającego już wykonany) w pełni zaspokaja Jego żądania i interes,
4. 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 uiszczanego 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:**