

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 19 listopada 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu **19 listopada 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2013 r.

przez wykonawcę: **SAE Oświetlenie i Zabezpieczenie sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup urządzeń do kontroli bezpieczeństwa substancji płynnych: 9 szt. do pierwszej linii kontroli, 7 szt. urządzeń weryfikujących* (nr postępowania 36/PO/ZP/AZU/13)

prowadzonym przez zamawiającego: **Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” z siedzibą w Warszawie**

**orzeka:**

- 1. Umarza postępowanie odwołanie.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: SAE Oświetlenia i Zabezpieczenia sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie kwoty 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907) 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 – Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907; dalej zwanej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę pn. *Zakup urządzeń do kontroli bezpieczeństwa substancji płynnych: 9 szt. do pierwszej linii kontroli, 7 szt. urządzeń weryfikujących* (nr postępowania 36/PO/ZP/AZU/13). Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2013/S\_169-293936 z 31 sierpnia 2013 r., z tym, że 29 sierpnia 2013 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a także zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (<http://bip.polish-airports.com/pl>). Wartość przedmiotowego zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 2.570.000,00 zł, co stanowi równowartość 6399.367,10 euro.

29 października 2013 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu – SAE Oświetlenie i Zabezpieczenie sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie – zaproszenie do złożenia oferty, do którego załączył specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną również w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

8 listopada 2013 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia działający (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {zarzuty}:

1. Art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, 2 i 3 – przez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, tj. w sposób wskazujący na urządzenia jednego producenta.
2. Art. 29 ust. 2 i 3 w zw. z art. 25 i § 6 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r. poz. 231; dalej zwanego w skrócie „rozporządzeniem o dokumentach”) – przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia za pomocą dokumentów, których wymóg posiadania wskazuje na urządzenia jednego producenta, bez jednoczesnej

możliwości wykazania spełniania postawionych wymagań za pomocą dokumentów równoważnych.

3. Art. 29 ust. 2 i 3 w zw. z art. 25 ustawy i § 6 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia o dokumentach – przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia za pomocą dokumentów, których wymóg posiadania wskazuje na urządzenia jednego producenta, a jednocześnie wymaganie to nie znajduje żadnego uzasadnienia prawnego ani praktycznego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ w następującym zakresie:

1. Wykreślenie wymagania, aby urządzenia umożliwiały kontrolę bezpieczeństwa płynów, aerozoli i żeli także w opakowaniach metalowych.
2. Wykreślenie obowiązku posiadania przez oferowane urządzenia certyfikatu ECAC, ewentualnie dopuszczenie wykazania się spełnianiem wymaganych standardów dla poszczególnych typów urządzeń w inny sposób, np. przez umieszczenie urządzenia na liście jednej z instytucji akredytowanych przez ECAC i odnoszących się do metody CEP ECAC, np. Brytyjskiego Ministerstwa Transportu (Department for Transport).
3. Wykreślenie wymagania posiadania aprobaty Transportation Security Administration (TSA).

Odwołujący sprecyzował powyższe zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

{zarzut 1.}

Odwołujący zrelacjonował, że w załączniku nr 1 do umowy, zawierającym opis przedmiotu zamówienia, w pkt 2 dotyczącym wymagań technicznych Zamawiający wymaga, aby: *Urządzenia umożliwiały kontrolę bezpieczeństwa płynów, aerozoli i żeli w opakowaniach wykonanych z plastiku, szkła przezroczystego, szkła kolorowego, metalowych.*

Odwołujący zarzucił, że dokonana przez Zamawiającego charakterystyka zamawianych urządzeń powoduje, że możliwe jest zaoferowanie urządzeń wyłącznie jednego producenta tj. CEIA. Jednocześnie Odwołujący zarzucił, że wymaganie, aby urządzenie niejonizujące skanowało płyny umieszczone w opakowaniach metalowych nie znajduje uzasadnienia w świetle obowiązujących międzynarodowych standardów bezpieczeństwa, gdyż urządzenia nieskanujące pojemników metalowych przeszły pomyślnie badania i uzyskały potwierdzenie spełnienia wymagań odpowiednich standardów.

Odwołujący wyjaśnił, że organizacją określającą i pilnującą spełnienia standardów w tym zakresie jest Europejska Konferencja Lotnictwa Cywilnego (European Civil Aviation Conference, w skrócie zwana również dalej „ECAC”). Według Odwołującego na rynku są dostępne urządzenia spełniające odpowiednie wymagania dla odpowiednich typów

i standardów ECAC, które nie skanują metalowych pojemników. Zdaniem Odwołującego oznacza to, że ECAC dopuszcza stosowanie takich urządzeń. Odwołujący dodał, że testy prowadzone niezależnie przez wiele portów lotniczych bądź innych organizacji wskazują na wyjątkowo niski współczynnik fałszywych alarmów tych urządzeń. Według Odwołującego o tym, czy urządzenie może być stosowane do kontroli bagażu w portach lotniczych nie świadczy charakterystyka jego funkcjonalności, lecz zakwalifikowane urządzenia do odpowiedniego standardu przez niezależny, akredytowany podmiot. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający wymaga, aby zamawiane urządzenia zostały poddane testom w ramach programu wspólny proces oceny urządzeń kontroli bezpieczeństwa (Common Evaluation Process – dalej zwany w skrócie „CEP”) i zostały uznane za zgodne z ustalonymi przez ECAC wymogami dla sprzętu kontroli płynów, aerozoli i żeli. Tym samym – zdaniem Odwołującego – wybiórcze wskazywanie wymaganych funkcjonalności, które ma na celu dopuszczenie urządzeń tylko jednego producenta, stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 pzp.

Odwołujący wyjaśnił również, że przedmiotem zamówienia są objęte zarówno urządzenia wykorzystujące technologię promieniowania niejonizującego (część I zamówienia), jak również urządzenia wykorzystujące technologię promieniowania rentgenowskiego – urządzenia jonizujące (część II zamówienia). Urządzenia te pracują w zestawach: urządzenie niejonizujące typu B oraz urządzenie jonizujące typu B, służące do weryfikacji wskazań tych pierwszych. Odwołujący wskazał, że do złożenia ofert zostało dopuszczonych dwóch wykonawców: Anglomet, oferujący urządzenia firmy CEIA oraz SAE, oferujący urządzenia firmy Cobalt. Odwołujący wyjaśnił, że oferowane przez niego urządzenie Insight 100 firmy Cobalt nie skanuje pojemników metalowych, lecz identyfikuje je, informując o tym operatora. Odwołujący podniósł, że pomimo tej cechy urządzenia te zostały zaakceptowane, po wielorakich testach, m.in. w Zurichu (gdzie prowadzono równoległy test sześciu urządzeń typu B w różnych technologiach) jako urządzenia najlepiej pracujące w kombinacji z innymi urządzeniami typu B lub C (rentgenowskimi). Odwołujący dodał, że załączone do odwołania dwie noty aplikacyjne, zawierające informacje o współpracy urządzenia Insight 100 z urządzeniami typu B, wskazujące na osiągnięcie przez taki zestaw bardzo małego współczynnika fałszywych alarmów. Odwołujący wywiódł, że brak skanowania przez Insight 100 pojemników metalowych nie dyskwalifikuje urządzenia, a najniższy na rynku poziom fałszywych alarmów dla przykładowych zestawów urządzeń typu B gwarantuje użytkownikom bezproblemową odprawę pasażerów. Zdaniem Odwołującego w sytuacji, gdy Zamawiający jednocześnie prowadzi przetarg na urządzenia wykorzystujące promieniowanie jonizujące (a więc skanujące pojemniki metalowe), połączenie tych dwóch technologii będzie prowadzić do bardzo niskiego współczynnika

fałszywych alarmów dla zestawu obejmującego urządzenie jonizujące typu B oraz urządzenie niejonizujące typu B. Odwołujący dodał, że z punktu widzenia Zamawiającego jak najmniejsza ilość fałszywych alarmów oznacza skrócenie czasu obsługi, a co za tym idzie, zwiększa efektywność służb granicznych.

Odwołujący podsumował, że żądanie, aby urządzenie skanowało płyny znajdujące się w metalowych pojemnikach nie znajduje uzasadnienia, gdyż nie wpływa na podniesienie bezpieczeństwa – urządzenia wykrywające opakowania metalowe i informujące o tym fakcie operatora w sposób wystarczający spełniają międzynarodowe standardy bezpieczeństwa.

Ponadto według Odwołującego o braku merytorycznego uzasadnienia dla postawionego wymagania świadczy również okoliczność, że Zamawiający jednocześnie nie wymaga, aby zamawiane urządzenie skanowało pojemniki ze szkła nieprzeźroczystego czy opalizującego (odpowiedź na pytanie nr 8 z dnia 6 listopada br.), a także specjalne torby, których nie można otworzyć bez uszkodzenia z towarami płynnymi zakupionymi w strefie wolnocłowej i np. przewożonymi w tranzycie – zwane STEBs (odpowiedź na pytanie 11). Zdaniem Odwołującego jest to zadziwiające, gdyż od 1 lutego 2014 dopuszcza się wniesienie na pokład samolotu pożywienia dla dzieci, medykamentów oraz torb STEBs. Odwołujący wywiódł z tego, że wymaganie, aby urządzenie skanowało pojemniki metalowe, w sytuacji, gdy nie musi ono wg Zamawiającego skanować sporej części pojemników szklanych oraz dopuszczonych do wnoszenia na pokład pojemników w torbach STEBs, należy uznać za naruszające uczciwą konkurencję.

{zarzut 2.}

Odwołujący zrelacjonował, że Zamawiający postawił wymaganie, aby: *Urządzenia zostały poddane testom w ramach programu wspólny proces oceny urządzeń kontroli bezpieczeństwa (Common Eyaluation Process – CEP) i zostały uznane za zgodne z ustalonymi przez Europejską Konferencję Lotnictwa Cywilnego (European Civil Aviation Conference – ECAC) wymogami dla sprzętu kontroli płynów, aerozoli i żeli. W dalszej części opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazuje, że: po pierwsze – Urządzenia muszą posiadać Certyfikat Standardu 2 Typ A ECAC, po drugie – Urządzenia muszą posiadać Certyfikat Standardu 3 Typ B ECAC.*

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 25 ustawy pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Natomiast zgodnie z treścią § 6 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia o dokumentach w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności: zaświadczenia niezależnego

podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym. Odwołujący zarzucił, że wymagane, aby oferowane urządzenia posiadały wskazane przez Zamawiającego certyfikaty, bez jednoczesnego dopuszczenia wykazania spełnienia postawionych wymagań za pomocą innych dokumentów, narusza nie tylko wskazane powyżej przepisy, lecz przede wszystkim art. 29 ust. 2 i 3 ustawy pzp.

Odwołujący wyjaśnił, że ECAC samodzielnie nie prowadzi badań urządzeń, a przeprowadzają je autoryzowane jednostki np. Fraunhofer Institute w Niemczech. ECAC nie wydaje również certyfikatów, lecz jedynie umieszcza urządzenia, które przeszły odpowiednie badania (wykonane przez uprawniony podmiot), na liście internetowej. Na tej liście wskazane są: nazwa producenta, typ urządzenia, rodzaj oprogramowania lub wersja sprzętowa, spełniony Standard (1, 2 lub 3), typ urządzenia (A, B, C, D lub D+) oraz data powiadomienia. W związku z powyższym Odwołujący zarzucił, że żądanie, aby urządzenia posiadały Certyfikat Standardu ECAC, jest niemożliwe do spełnienia. Odwołujący dodał, że aktualizacja listy prowadzonej przez ECAC nie odbywa się automatycznie za każdym razem, gdy urządzenie przejdzie badania, lecz w nieregularnych odstępach czasowych. Według wiedzy Odwołującego w chwili opublikowania SIWZ na liście publikowanej przez ECAC znajduje się tylko jedno urządzenie spełniające równocześnie standard 3 typ B jak również standard 2 typ A – jest to urządzenie produkowane przez CEIA.

W opinii Odwołującego okoliczność, że dane urządzenie nie znajduje się na oficjalnej liście ECAC nie oznacza, że urządzenie nie spełnia wymagań określonych przez tę organizację. Przykładowo urządzenia oferowane przez Odwołującego przeszły badania potwierdzające spełnianie wymaganych przez Zamawiającego standardów dla typów A i B i są w trakcie oczekiwania na wpisanie na listę ECAC w zakresie typu A. Producent nie ma jednak możliwości przyspieszenia procedur administracyjnych ECAC. Odwołujący oświadczył, że posiada list z firmy Cobalt potwierdzający przeprowadzenie badań z wynikiem pozytywnym. Jednocześnie Odwołujący oświadczył, że może udowodnić spełnianie przez oferowane urządzenia wymaganych standardów w inny sposób. Informacja o zatwierdzeniu urządzenia Insight 100 firmy Cobalt jako spełniającego wymagania typu A, standard 3 oraz typu B, standard 3 znajduje się na stronie jednej z instytucji akredytowanych przez ECAC i odnoszących się do metody CEP ECAC, a mianowicie Brytyjskiego Ministerstwa Transportu (Department for Transport UK). Znajduje się tam wykaz zatwierdzonych systemów do wykrywania płynnych materiałów wybuchowych, gdzie urządzenie Insight 100 jest wskazane jako spełniające wymagania standardu 3, zarówno dla typu B jak i A. Odwołujący wyjaśnił, że jest to więcej, niż wymagał zamawiający, który wyspecyfikował standard 3

(wyższy) jedynie dla urządzeń typu B, a dla urządzeń typu A wymagał jedynie standardu 2.

Odwołujący podsumował, że tym samym wymaganie, aby oferowane urządzenia posiadały certyfikat ECAC, bez dopuszczenia wymagania za pomocą innego dokumentu, jest sprzeczne z treścią art. 29 ust. 2 i 3, a także narusza postanowienia art. 25 ustawy pzp.

{zarzut 3.}

Odwołujący podał, że SIWZ zawiera również następujące wymaganie: *Urządzenia muszą posiadać aprobatę Transportation Security Administration (TSA).*

Odwołujący zarzucił, że jest to wymaganie utrudniające uczciwą konkurencję, a niezajdujące podstawy prawnej, ani uzasadnienia faktycznego. Odwołujący wywiódł, co następuje. W żadnych przepisach europejskich nie ma wymogu o konieczności posiadania aprobaty TSA. Co więcej, aprobatą taka nie jest wymagana do sprawdzania bagażu pasażerów lotów do Stanów Zjednoczonych, o czym najlepiej świadczy o tym fakt, że wiele europejskich portów lotniczych prowadzących operacje lotnicze do USA zdecydowało się, po testach, na zakup urządzeń bez takiej aprobaty, a w szczególności na zakup urządzeń Insight 100 firmy Cobalt. Na liście portów, które zakupiły te urządzenia znajdują się m.in. London Heathrow, London Gatwick, Paris Charles de Gaulle, Paris Orly, Glasgow International, Zurich i Amsterdam Schiphol.

Odwołujący podsumował, że w tej sytuacji wymaganie posiadania aprobaty TSA jest całkowicie nieuzasadnione, ma na celu jedynie ograniczenie konkurencji, a zatem narusza treść art. 29 ust. 2 i 3 ustawy pzp.

{dotykowe uzasadnienie zarzutów}

Odwołujący podniósł, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, gdyż określił wymagania w taki sposób, że spełnia je jedynie urządzenie produkowane przez firmę CEIA. Odwołujący wywiódł, że przy formułowaniu opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający winien kierować się celem, jakim mają służyć zamawiane produkty, a każde wymaganie musi znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego. Opis przedmiotu zamówienia nie może wykraczać poza cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który sprowadza się do wyłonienia rzetelnego oraz wiarygodnego wykonawcy zdolnego wykonać zamówienie. W ocenie Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu trudno uznać za przypadkowy taki dobór wymagań, który umożliwia złożenie oferty tylko jednemu wykonawcy. Zdaniem Odwołującego Zamawiający przy opisie przedmiotu zamówienia powinien również uwzględnić istniejące realia rynkowe oraz potencjalnych wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu tak, aby nie doprowadzić do sytuacji, w której dochodzi do zawężenia kręgu wykonawców przez obiektywnie nieuzasadnione

postanowienia SIWZ. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego – jest to tryb konkurencyjny, w którym opis przedmiotu zamówienia musi być dokonany z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jeżeli Zamawiający zamierza dokonać zakupu konkretnego urządzenia od konkretnego producenta, to winien dokonać tego w trybie zamówienia z wolnej ręki po wyczerpaniu przesłanek uzasadniających zastosowanie tego trybu. Odwołujący stwierdził, że z art. 29 ust. 2 pzp wynika dla Zamawiającego zakaz dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający dostęp do zamówienia wykonawcy, który potencjalnie jest w stanie wykonać zamówienie. Odwołujący powołał się w tym zakresie na następujące wyroki Izby: z 10 kwietnia 2013 r. (sygn. akt KIO 694/13), z 1 lutego 2011 r. (sygn. akt: KIO 79/11, KIO 89/11, KIO 90/11), z 22 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 30/09), z 22 lipca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 874/09) i z 18 listopada 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1240/08) {w odwołaniu zacytowano fragmenty uzasadnień}.

Zamawiający poinformował, że 8 listopada 2013 r. przekazał kopię odwołania drugiemu wykonawcy biorącemu udział w postępowaniu

Izba ustaliła, iż do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

19 listopada 2013 r. na posiedzeniu z udziałem Zamawiającego powołał się na udzielone w tym dniu pisemnie odpowiedzi na pytania do treści s.i.w.z., z których wynika, że spośród zarzutów zawartych w odwołaniu – 3. uznał za zasadny, 2. uznał za zasadny w części, natomiast 1. za niezasadny – czemu dał wyraz w odpowiedziach udzielonych odpowiednio na pytania 2., 1. i 3.

Izba ustaliła, że na powyższe pytania, zawierające analogiczną jak w odwołaniu argumentację, Zamawiający udzielił następujących odpowiedzi:

- Pytanie 2. {zarzut 3.}: *Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia w części "Dostawa oraz instalacja 9 urządzeń do kontroli bezpieczeństwa substancji płynnych (urządzenia pierwszej linii kontroli)", załącznik nr 1 do umowy w pkt. 1 wykreśla zdanie "Urządzenia muszą posiadać aprobatę Transportation Security Administration (TSA)".*
- Pytanie 1. {zarzut 2.}: *Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia w części "Dostawa oraz instalacja 9 urządzeń do kontroli bezpieczeństwa substancji płynnych (urządzenia pierwszej linii kontroli)", załącznik nr 1 do umowy w pkt. 1 wykreśla zdania „Urządzenia muszą posiadać Certyfikat Standardu 2 typ A ECAC” oraz „Urządzenia muszą posiadać Certyfikat Standardu 3 typ B ECAC” i zastępuje je następującym zapisem: „Urządzenia*



*muszą znajdować się na liście opublikowanej przez ECAC lub oferent powinien przedłożyć dokument wydany przez ECAC określający typ i standard urządzenia. Urządzenia muszą posiadać odpowiednio Standard 2 dla typu A oraz Standard B dla typu B”.*

- *Pytanie 3. {zarzut 1.}: Zamawiający nie może odstąpić od wymagania w zakresie kontroli bezpieczeństwa płynów, aerozoli i żeli w opakowaniach wykonanych z metalu ponieważ: Zgodnie z pkt. 4.1.2.2. rozporządzenia Komisji (EU) nr 246 z dnia 19 marca 2013 r., zarządzający lotniskiem zobowiązany jest do kontroli bezpieczeństwa płynów, aerozoli i żeli posiadanych przez pasażerów. Przepis ten określa, iż wymienione substancje kontrolowane są w pojemnikach, w których się znajdują. Pojemniki stanowiące opakowanie tych substancji znajdujące się w obrocie handlowym wykonane są z różnych materiałów takich jak plastik, szkło, tektura, metal. W związku z powyższym funkcjonalność urządzenia zaproponowanego przez oferenta musi umożliwić przeprowadzenie kontroli substancji płynnych znajdujących się we wszystkich możliwych rodzajach opakowań dostępnych w obrocie. Potwierdzenie przez urządzenie kontrolne jedynie kategorii materiału z jakiego wykonane zostało opakowanie, a nie jego zawartości, co nie jest celem czynności kontroli bezpieczeństwa, nie spełnia wymogu przepisów prawa z zakresu ochrony lotnictwa cywilnego. Celem kontroli bezpieczeństwa substancji płynnych, znajdujących się we wszystkich występujących powszechnie na rynku opakowaniach, jest weryfikacja czy nie stanowią one zagrożenia dla zdrowia i życia.*

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający zmodyfikował swoją odpowiedź na pytanie 8., (zamieszczoną w piśmie z 6 listopada 2013 r.) w następujący sposób: *Zamawiający formułując wymagania w OPZ „Urządzenia umożliwią kontrolę bezpieczeństwa płynów, aerozoli i żeli w opakowaniach wykonanych z plastiku, szkła przezroczystego, szkła kolorowego, metalowych”, rozumiał, że w zakresie kontroli płynów w pojemnikach wykonanych ze szkła przezroczystego i szkła kolorowego, niejako jednoznacznie wskazał dwie główne kategorie pojemników wykonanych ze szkła. Odnosząc się do określenia szkła ko{lo}rowego miał na myśli także szkło matowe, nieprzezroczyste, opalizujące.*

19 listopada 2013 r. na posiedzeniu z udziałem Stron, Odwołujący oświadczył, że wobec takiego stanowiska Zamawiającego cofa odwołanie w takim zakresie, w jakim zawarte w nim zarzuty nie zostały uznane przez Zamawiającego.

**Izba zważyła w tych okolicznościach, 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 tej sprawie *prima facie* nie można stwierdzić, że 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 nie uwzględnił bowiem w całości zarzutów przedstawionych przez Odwołującego w odwołaniu wniesionym 8 listopada 2013 r. Z kolei Odwołujący nie oświadczył również, że cofa w całości to 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 ponieważ częściowe uwzględnienie zarzutów i częściowe wycofanie zarzutów dotyczą tego samego postępowania odwoławczego, niezależne od ich następstwa czasowego, rozważenia wymaga skutek, jaki łącznie wywołały dla tego postępowania. W tej sprawie Zamawiający uznał część zarzutów odwołania za zasadne, natomiast w reakcji na to Odwołujący cofnął zarzuty, które nie zostały uwzględnione. Zdaniem Izby w rezultacie zaistniała sytuacja, o której mowa 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 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 wnioskowania *a maiori ad minus*, że 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, że nie podlegają one rozpatrzeniu w postępowaniu odwoławczym. W orzecznictwie Izby ukształtowała się bowiem tradycja, że cofnięte zarzuty odwołania pozostawia się bez rozpoznania w toku rozprawy. Niezależnie 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 na tej podstawie powodów za niedopuszczalne cofnięcie pozwu lub ograniczenie roszczenia (art. 203 § 4 kpc). Powoduje to również, że 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, że w niniejszej sprawie nie zachodzą wątpliwości co do przedmiotu (zakresu) czynności podjętej przez Odwołującego, który po zapoznaniu się ze stanowiskiem Zamawiającego, wprost oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie, w jakim nie zostało uwzględnione. Ponadto Odwołujący sam wniósł w związku z tym o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 2 pzp. Możliwe jest zatem precyzyjne i jednoznaczne ustalenie zarówno, które zarzuty i w jakim zakresie zostały uwzględnione przez Zamawiającego, jak i które zarzuty i w jakim zakresie zostały wycofane przez Odwołującego.

Po trzecie – w tych okolicznościach należy ocenić stanowisko Zamawiającego wynikające z udzielonych przed otwarciem posiedzenia odpowiedzi na pytania do treści s.i.w.z. – za uwzględnienie w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które pozostały przedmiotem rozpoznania w tym postępowaniu odwoławczym, na zasadzie 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 stronie tego ostatniego 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 pogląd 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) i z 21 lutego 2012 r. (sygn. akt KIO 284/12), że zastosowaniu 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, że Zamawiający *de facto* w odpowiedziach na pytania do treści s.i.w.z. z 19 listopada 2013 r. uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i podtrzymane przez Odwołującego, a 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, że ponieważ powyższe uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło *de facto* przed otwarciem posiedzenia, na mocy 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 i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238, z późn. zm.).

**Przewodniczący: .....**