

**Sygn. akt: KIO 2286/13**

**KIO 2287/13**

## **POSTANOWIENIE**

**z dnia 8 października 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Honorata Łopianowska**

**Protokolant: Cyprian Świś**

wobec uwzględnienia w dniu 8 października 2013 r. przed otwarciem rozprawy odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 września 2013 r. przez wykonawców:

1. Energopol-Szczecin S.A. w Szczecinie,
2. Warbud S.A. w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Dziwnów w Dziwnowie, przy udziale:

1. Budimex S.A. w Warszawie przystępującego do postępowań odwoławczych w spr. KIO 2286/13 i KIO 2287/13, po stronie Zamawiającego.
2. Warbud S.A. w Warszawie przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w spr. KIO 2287/13,
3. Energopol-Szczecin S.A. w Szczecinie, przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w spr. KIO 2286/13,

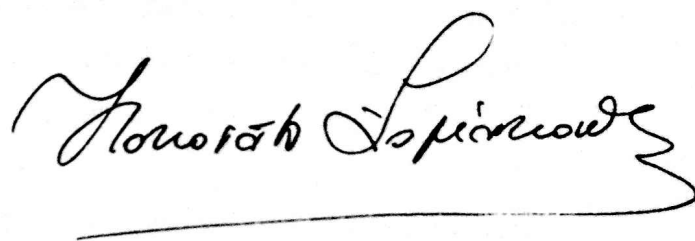
### **postanawia:**

1. **umorzyć postępowania odwoławcze,**
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Energopol-Szczecin S.A. w Szczecinie, kwoty 20.000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych, zero groszy), stanowiącej równowartość wpisu uiszczonego przez tego Odwołującego,
3. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Warbud S.A. w Warszawie, kwoty 20.000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu

tysięcy złotych, zero groszy), stanowiącej równowartość wpisu uiszczonego przez tego Odwołującego.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 906), na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

**Przewodniczący:**



Tomasz Lopiczowski

## Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Modernizację Portu Rybackiego w Dziwnowie”, z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2013r., poz. 907) 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 14 września 2013 r. pod numerem 2013/S 179-308165.

W dniu 24 września 2013 r. Odwołujący Warbud SA w Warszawie oraz Energopol-Szczecin S.A. w Szczecinie wnieśli odwołania wobec brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na posiedzeniu w dniu 8 października 2013 r. Zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołania obu Odwołujących, w zakresie w jakim Odwołujący je podtrzymywali, to jest:

1) w zakresie odwołania Energopol-Szczecin S.A. w Szczecinie:

Odwołujący Energopol-Szczecin S.A. w Szczecinie oświadczył, iż podtrzymuje zarzuty zawarte w złożonym odwołaniu, oraz że czyniącym zadość postawionym w odwołaniu żądaniom, z których część ma charakter alternatywnych, będzie wykonanie przez Zamawiającego żądań opisanych w pkt: 1, 2, 4 oraz 5 odwołania.

Zamawiający oświadczył, że w zakresie żądania ujętego w pkt 4 odwołania, wykonałby żądanie opisane w tym punkcie w całości, tak jak ten punkt stanowi, a nadto wprowadziłby dodatkowe postanowienie w projekcie umowy obejmujące zapis o treści *"wykonawca w żadnym wypadku nie ponosi odpowiedzialności za jakikolwiek przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, wynikającego z niniejszej umowy, będącego następstwem zdarzeń leżących po stronie Biura Projektowego Redan Sp. z o.o. w Szczecinie."*

Odwołujący Energopol-Szczecin S.A. w Szczecinie oświadczył, że zaprezentowany przez Zamawiającego sposób wykonania żądań odwołania, w razie jego uwzględnienia, czyni zadość wszystkim zarzutom postawionym w odwołaniu i satysfakcjonuje Odwołującego.

Zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie złożone przez Energopol-Szczecin S.A. w Szczecinie i wykona żądania w ramach tego uwzględnienia w sposób zaprezentowany na posiedzeniu, zaś Odwołujący Energopol-Szczecin S.A. w Szczecinie podał, iż akceptuje taki sposób wykonania żądań zawartych w złożonym odwołaniu.

2) w zakresie odwołania Warbud S.A. w Warszawie:

Odwołujący Warbud S.A. w Warszawie oświadczył, iż wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania Energopol-Szczecin S.A. w Szczecinie, do którego to postępowania przystąpił wykonawca Warbud S.A. w Warszawie po stronie Odwołującego, cofa zarzuty odwołania za wyjątkiem zarzutu opisanego w pkt 10 odwołania, dotyczącego § 15 ust 2 załącznika do SIWZ nr 7, to jest projektu umowy, a tym samym upadają żądania ujęte na str 4 odwołania w jego końcowej części a także żądania ujęte na str 11 w pkt 1, 2 i 3. Odwołujący Warbud S.A. w Warszawie oświadczył, iż cofa również zarzut dotyczący § 9 ust 9 wzoru umowy i odnoszące się do tego zarzutu żądanie wykreślenia § 9 ust 16 wzoru umowy. Odwołujący oświadczył, iż podtrzymuje postawiony w odwołaniu w pozostałym zakresie zarzut, ujęty w pkt 10 odwołania oraz odnoszące się do niego żądanie wykreślenia § 15 ust 2 projektu umowy.

Zamawiający oświadczył iż uwzględni odwołanie Warbud S.A. w Warszawie w takim kształcie, w jakim Odwołujący je finalnie podtrzymał, to jest w zakresie brzmienia § 15 ust 2 projektu umowy oraz, że w ramach tego uwzględnienia Zamawiający wykreśli z projektu umowy tę jednostkę redakcyjną, oraz zmieni odpowiednio numerację umowy.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

W związku z faktem, iż na posiedzeniu Zamawiający złożył oświadczenia, z których wynika iż uwzględnił te zarzuty, które na moment wydania orzeczenia odpowiedni Odwołujący podtrzymał, uznano że zaszły podstawy do umorzenia postępowania.

Zgodnie z treścią art. 186 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli uczestnik postępowania, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowania zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Jeśli zatem Zamawiający na posiedzeniu złożył oświadczenia, z których wynika, że uwzględnił te zarzuty odwołania, które Odwołujący podtrzymywali, zaś Odwołujący podali, że

wyczerpuje to ich oczekiwania, 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 oświadczeń co do postawionych w odwołaniach zarzutów, żaden z nich nie jest na tym etapie sporny a interes Odwołujących został w całości zaspokojony. Należało w związku z tym przyjąć, że ustosunkowanie się przez Zamawiającego do podniesionych zarzutów w sposób zaprezentowany na posiedzeniu, wobec cofnięcia części zarzutów przez Warbud S.A. w Warszawie wyczerpuje żądania i zarzuty wyrażone w odpowiednich odwołaniach. Ostatecznie żaden z zarzutów podniesionych w odwołaniach i podtrzymywanych przez Odwołujących nie jest spornym na etapie rozstrzygnięcia postępowania.

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 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; z dnia 29 września 2011 r. w spr. KIO 2007/11), stwierdzono, że nie stoi na przeszkodzie uznaniu za uwzględnione wszystkich zarzutów odwołań ich częściowe ograniczenie przez dysponenta tego odwołania, jakim jest Odwołujący Warbud S.A. w Warszawie, jeśli na moment orzeczenia w tej sprawie wszystkie zarzuty są między stronami bezsporne.

Biorąc pod uwagę powyższe, uznano że w sprawie zaszyły okoliczności objęte dyspozycją art. 186 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, to jest uwzględnienie przez Zamawiającego wszystkich zarzutów odwołań na posiedzeniu, w sposób satysfakcjonujący Odwołujących.

Do postępowania odwoławczego przystąpił wykonawca Budimex S.A. w Warszawie po stronie Zamawiającego. Wykonawca, mimo prawidłowego powiadomienia o terminie posiedzenia, nie stawiał się. Uznano, że powyższe stanowi brak sprzeciwu co do uwzględnienia odwołań przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała w powyższym zakresie, że wykonawca, który złożył oświadczenie o przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i został prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia, na którym miało zostać rozpatrzone

odwołanie, miał możliwość reprezentowania swoich interesów na posiedzeniu, na które się nie stawił. Po skierowaniu odwołania na posiedzenie z udziałem stron lub na rozprawę odwołanie, co do zasady, będzie rozpatrzone na tym posiedzeniu lub rozprawie i tam też rozpatrzone zostaną ewentualne zgłoszone wnioski i oświadczenia stron, takie jak oświadczenie co do uwzględnienia odwołania przez zamawiającego czy ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania.

Skoro zatem uwzględnienie odwołania przez zamawiającego może nastąpić najpóźniej do ostatecznego rozstrzygnięcia w przedmiocie wniesionego odwołania, co – w razie wyznaczenia posiedzenia lub rozprawy mających na celu rozpatrzenie odwołania – odbędzie się na tym posiedzeniu lub rozprawie, ewentualny sprzeciw w tym zakresie również można zgłosić w tym czasie. W warunkach prawidłowego powiadomienia przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego o terminie posiedzenia, na którym ma zostać rozpatrzone odwołanie, uznać należy że na tym posiedzeniu przystępujący może zgłosić ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania. Niestawiennictwo wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia, należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, tożsame z niezłożeniem sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania.

Za słusznością powyższego rozumowania przemawia dodatkowo, wyrażona w ustawie Prawo zamówień publicznych (art. 189 ustawy) zasada szybkości i efektywności tego postępowania – rozpoznanie odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą powinno nastąpić w ciągu 15 dni. Temu celowi służą także przewidziane w ustawie oraz *Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* instrumenty zmierzające do koncentracji postępowania odwoławczego, jak możliwość łącznego rozpoznania odwołań złożonych w tym samym postępowaniu; poprzedzające rozpatrzenie odwołania posiedzenie niejawnie dla dokonania czynności formalnoprawnych i sprawdzających, na którym można dokonać odpowiednich zawiadomień i wezwań stron i uczestników postępowania. Jeśli zatem w sprawie wyznaczono posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania, na którym ma zostać rozpatrzone odwołanie, to na tym posiedzeniu winno nastąpić wydanie odpowiedniego rozstrzygnięcia odwołania. W myśl bowiem § 31 ust. 1 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań*, ogłoszenie orzeczenia następuje w dniu, w którym zakończono posiedzenie lub zamknięto rozprawę; przy czym w sprawie zawitej skład orzekający może odroczyć ogłoszenie orzeczenia, wyznaczając termin jego ogłoszenia. Konsekwencją powyższego jest uznanie, że jeśli w sprawie wyznaczono posiedzenie w celu rozpoznania odwołania i powiadomiono o jego terminie strony i uczestników postępowania; to na tym posiedzeniu, niezależnie od

stawiennictwa zainteresowanych winno zostać wydane rozstrzygnięcie w przedmiocie odwołania. Niestawiennictwo uczestnika postępowania Budimex S.A. w Warszawie przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, nie wstrzymuje rozpoznania odwołania i jest równoznaczne z niezłożeniem sprzeciwu w przedmiocie uwzględnienia przez Zamawiającego wszystkich zarzutów odwołania (tak też: postanowienie z dnia 9 czerwca 2010 r. w spr. KIO 991/10, 30 lipca 2013 r. w spr. KIO 1722/13, z dnia 30 lipca 2013 r. w spr. KIO 1734/13).

Skoro zatem:

1. Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniach obu Odwołujących,
2. stanowiska Odwołujących wskazują, iż sposób i zakres uwzględnienia zarzutów odwołania wyartykułowany przez Zamawiającego w pełni zaspokaja żądania i interes odpowiednich Odwołujących,
3. wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie złożył sprzeciwu

Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołań miało miejsce na posiedzeniu, 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:**

