

POSTANOWIENIE
z dnia 10 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 10 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2015 r. przez wykonawcę **Poczta Polska S.A., z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Izbę Skarbową w Poznaniu**

przy udziale wykonawcy **InPost S.A., z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **Umorzyć postępowanie odwoławcze.**
2. Nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawcy Poczta Polska S.A., z siedzibą w Warszawie** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Izba Skarbowa w Poznaniu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym dla wszystkich izb skarbowych i urzędów kontroli skarbowej w Polsce”.

W dniu 31 sierpnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Poczta Polska S.A. siedzibą w Warszawie (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Izbie Skarbowej w Poznaniu (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie:

1. Art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
2. Art. 36 ust. 1 pkt 13 w z w. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 29 ust. 2 i 4, w zw. z art. 91 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu kryterium społecznego w sposób uchylający zasadom uczciwej konkurencji oraz uniemożliwiający rzeczywistą porównywalność ofert;
3. Art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ kodeksu cywilnego poprzez wprowadzenie do wzoru umowy zapisów niekorzystnych dla wykonawców, naruszających bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzących do nadużycia własnego prawa podmiotowego;
4. Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o: (i) uwzględnienie odwołania; (ii) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania; (iii) nakazanie Zamawiającemu zmiany terminu składania ofert, jeśli okaże się to niezbędne.

W dniu 8 września 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie. Zamawiający oświadczył, iż uwzględnia częściowo zarzuty Odwołującego wskazane w treści odwołania z dnia 31 sierpnia 2015 r.

Podczas posiedzenia z udziałem stron w dniu 10 września 2015 r. Odwołujący oświadczył, że cofa zarzutu podniesione w treści odwołania, które nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego tj. zarzut dotyczący §7 ust. 11 umowy generalnej (załącznik nr 10A do SIWZ) oraz §8 ust. 8 umowy wykonawczej (załącznik nr 10A do SIWZ) jak również zarzut dotyczący §7 ust. 2 umowy generalnej (załącznik nr 10A do SIWZ) oraz §8 ust. 1 umowy wykonawczej (załącznik nr 10A do SIWZ), które nie zostały zmienione 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 31 sierpnia 2015 r. Z kolei Odwołujący nie oświadczył, 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 chronologii tych czynności, rozważenia wymaga skutek, jaki łącznie wywołały dla tego postępowania.

Ponieważ Zamawiający uznał część zarzutów odwołania za zasadne, natomiast w reakcji na to Odwołujący cofnął zarzut, który nie został uwzględniony, 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 skutek zapoznania się przez odwołującego z merytorycznym stanowiskiem strony przeciwnej. Pozostawienie cofniętych zarzutów bez rozpatrzenia nie narusza w żaden sposób wynikającego z 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 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 za uwzględnienie w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które pozostały przedmiotem rozpoznania w tym postępowaniu odwoławczym, gdyż przedmiotem uwzględnienia zawartego w odpowiedzi na odwołanie były wszystkie sporne pomiędzy stronami zarzuty.

Zgodnie z art. 191 ust. 2 pzp Izba bierze pod uwagę przy wyrokowaniu stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Z powyższego przepisu wyprowadzić należy wniosek, że podstawę orzekania winny stanowić wyłącznie zarzuty, które są przedmiotem sporu w momencie

wydawania orzeczenia. Wynika to również z wyrażonej w art. 192 ust. 7 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 i możliwości uwzględnienia odwołania. Zasada dyspozycyjności (rozporządzalności) w aspekcie formalnym (procesowym) oznacza, że 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. Z kolei ponieważ art. 186 ust. 2 pzp stanowi o *uwzględnieniu zarzutów przedstawionych w odwołaniu*, a nie o *uwzględnieniu odwołania*, istotne zatem jest, czy na chwilę orzekania można stwierdzić zaistnienie w postępowaniu odwoławczym stanu uwzględnienia wszystkich zarzutów przedstawionych w odwołaniu i podtrzymanych przez odwołującego.

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 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) i z 19 listopada 2013 r. (sygn. akt KIO 2601/13).

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający *de facto* w odpowiedzi na odwołanie 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.

Wskazać ponadto należy, że do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca InPost S.A. Wykonawca ten jednak nie stawił się na posiedzenie stron i nie podjął żadnych czynności wyrażających sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego podniesionych przez Odwołującego zarzutów w treści odwołania.

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: