

Sygn. akt: KIO 2247/12

POSTANOWIENIE
z dnia 31 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-Żuraw

Protokolant: Mateusz Michalec

wobec cofnięcia w dniu 30 października 2012 roku przed otwarciem rozprawy odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2012 r. przez **CTL Logistics Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 96, 00-807 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **CTL Logistics Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 96, 00-807 Warszawa** kwoty **13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczonego wpisu.

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

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice (dalej „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) pn. „Świadczenie usług przewozu węgla transportem kolejowym w systemie przesyłek rozproszonych lub całopociągowych z Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. do odbiorców”. Wartość przedmiotowego zamówienia na usługi oszacowano na kwotę wyższą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 6 października 2012 r., numer ogłoszenia 2012/S 193-317931.

W dniu 16 października 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło (w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu) odwołanie wykonawcy CTL Logistics Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 96, 00-807 Warszawa (dalej „Odwołujący”) wobec treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej "SIWZ"). Odwołujący zarzucał Zamawiającemu zaniechanie zamieszczenia przez Zamawiającego w SIWZ - w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i projektu umowy - postanowień pozwalających na jednoznaczne określenie wielkości zamówienia; postanowień dotyczących jednoznacznego oznaczenia stacji odbiorczych oraz braku wolumenu z poszczególnych stacji nadania; postanowień dotyczących rodzajów wagonów, którymi w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia odbywać się będzie transport węgla; postanowień dotyczących ilości poszczególnych wagonów, którymi w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia odbywać się będzie transport węgla; postanowień dotyczących proporcji pomiędzy wysyłkami rozproszonymi a całopociągowymi, a w konsekwencji - brak możliwości przy tak sformułowanych postanowieniach SIWZ sporządzenia i złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu. Zarzucał także ukształtowanie istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do zawieranych umów w sposób naruszający zasadę ekwiwalentności świadczeń wzajemnych i wykorzystanie uprawnienia Zamawiającego do ukształtowania tych postanowień w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym ich przeznaczeniem i zasadami współżycia społecznego.

W zakresie zarzutów Odwołujący stwierdzał, co następuje.

- I. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt. 3 i ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp poprzez nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, na skutek nieuwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a polegający na nieokreśleniu gwarantowanego w całym okresie trwania umowy oraz w poszczególnych okresach rozliczeniowych (miesięcznych) minimalnej ilości węgla, jaką Zamawiający zleci Wykonawcy do przewozu, przy jednoczesnym całkowitym wyłączeniu możliwości dochodzenia przez Wykonawcę roszczeń odszkodowawczych w sytuacji, gdy suma świadczeń tytułem realizacji zamówienia będzie niższa, aniżeli maksymalne wynagrodzenie za wykonanie wszystkich usług zamówionych przez Zamawiającego i zrealizowanych przez Wykonawcę, co powoduje, że Odwołujący nie może przygotować i złożyć oferty w postępowaniu, gdyż nie zostały określone warunki stanowiące podstawę skalkulowania oferowanej ceny.
- II. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez nieopisanie przedmiotu zamówienia - warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego dysponowania odpowiednim taborem niezbędnym do realizacji przedmiotu zamówienia, a polegający na:
 - 1) nieokreśleniu, jakimi rodzajami wagonów odbywać się będzie transport węgla w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia,
 - 2) nieokreśleniu ilości poszczególnych wagonów, którymi w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia odbywać się będzie transport węgla,co powoduje, że Odwołujący nie może przygotować i złożyć oferty w postępowaniu, gdyż nie zostały określone warunki stanowiące podstawę skalkulowania oferowanej ceny.
- III. Zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt. 16 ustawy Pzp. w zw. z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c., art. 354 i art. 487 k.c. poprzez określenie istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób godzący w zasadę ekwiwalentności świadczeń w umowach wzajemnych oraz w obowiązek współdziałania wierzyciela z dłużnikiem w wykonaniu zobowiązania zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, na skutek wykorzystania danych Zamawiającemu przez ustawę szczególnych uprawnień w sposób sprzeczny z ich społeczno-gospodarczym przeznaczeniem oraz z zasadami współżycia społecznego, a polegający na nieokreśleniu, jaki udział procentowy (minimalny i maksymalny) w ramach zamówienia będą miały wysyłki rozproszone oraz całopociągowe, skutkujący

przerzuceniem całego ryzyka gospodarczego związanego z zamówieniem na Wykonawcę i stworzeniem skrajnej nieekwiwalentności świadczeń.

- IV. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz nałożenie na Odwołującego wymagań, które zostały sformułowane w sposób nieostry albo w sposób nadmierny utrudniają przygotowanie i złożenie korzystnej ekonomicznie i racjonalnej oferty, a tym samym utrudniają uczciwą konkurencję; a polegający na:
- 1) braku jednoznacznego określenia stacji odbiorczych oraz braku wolumenu z poszczególnych stacji nadania uniemożliwiający jednoznaczne określenie poziomu kosztów, uniemożliwiający prawidłowe sporządzenie kalkulacji kosztów, co może powodować nierówne traktowanie oferentów,
 - 2) braku jednoznacznego oznaczenia stacji odbiorczych uniemożliwiający jednoznaczne określenie sposobu realizacji przewozów, wskutek czego faworyzuje się jednego z wykonawców, co powoduje, że Odwołujący pozbawiony jest możliwości prawidłowego i rzetelnego skalkulowania kosztów, skutkujący przerwaniem całego ryzyka gospodarczego związanego z zamówieniem na Wykonawcę i stworzeniem skrajnej nieekwiwalentności świadczeń.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości oraz zmianę zapisów SIWZ poprzez:

- 1) określenie w treści SIWZ gwarantowanego w całym okresie trwania umowy minimalnego poziomu przekazywanego przez Zamawiającego Wykonawcy węgla,
- 2) określenie w treści SIWZ gwarantowanego w każdym okresie rozliczeniowym (miesiąc) minimalnego poziomu przekazywanego przez Zamawiającego Wykonawcy węgla,
- 3) dodanie, iż w przypadku, gdy przekazywana Wykonawcy ilość węgla nie osiągnie w danym okresie rozliczeniowym lub w całym okresie trwania umowy poziomu minimalnego określonego w niniejszej umowie, z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości iloczynu stawki jednostkowej i minimalnej deklarowanej przez Zamawiającego w danym okresie rozliczeniowym oraz w stosunku do całego okresu trwania umowy, po jej upływie,
- 4) dokonanie modyfikacji SIWZ w zakresie zapisu § 4 ust.8 załącznika nr 7 do SIWZ poprzez określenie, że Wykonawca nie ma prawa dochodzić roszczeń odszkodowawczych w przypadku, gdy suma świadczeń będzie niższa aniżeli x zł,
- 5) określenie w treści Specyfikacji tonażu do przewozu na poszczególnych trasach,
- 6) określenie w treści Specyfikacji stacji odbiorczych, do których będzie następować

- transport węgla w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia,
- 7) określenie w treści SIWZ rodzajów wagonów i ilości tych wagonów niezbędnych do wykonania zamówienia,
 - 8) określenie w treści SIWZ proporcji pomiędzy wysyłkami rozproszonymi a całopociagowymi,
 - 9) nakazanie takiego sformułowania zaskarżonych zapisów umowy, aby nie naruszały wskazanych przepisów ustawy oraz zasady równości stron stosunku cywilnego, zasad współżycia społecznego i zasady swobody umów.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu 16 października 2012 r.

Odwołanie podpisał pełnomocnik – Z..... K..... działający na podstawie pełnomocnictwa 123/2012 z 16 października 2012 r. udzielonego przez J..... B..... – Prezesa Zarządu oraz P..... J..... – Członka Zarządu uprawnionych do reprezentacji łącznej zgodnie z załączonym odpisem z KRS.

W dniu 17 października 2012 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i zamieścił kopię odwołania na stronie internetowej.

Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszym postępowaniu nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

W dniu 30 października 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło (w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu) pismo o wycofaniu przedmiotowego odwołania podpisane przez pełnomocnika – Z..... K..... działającego na podstawie pełnomocnictwa załączonego do odwołania.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Izba działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy Pzp, umorzyła postępowanie odwoławcze z uwagi, iż Odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania. Z kolei zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy Pzp Izba postanowiła zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty uiszczanego wpisu, tj. kwotę 13.500 zł (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych).

Przewodniczący: