

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 16 maja 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska-Maziarz  
**Członkowie:** Barbara Bettman  
Agnieszka Trojanowska  
**Protokolant:** Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 16 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2016 r. przez wykonawcę **Stadler Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Koleje Śląskie Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach**

przy udziale wykonawcy **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Stadler Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwoty **13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) 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:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę taboru kolejowego dla Województwa Śląskiego i Kolei Śląskich Sp. z o.o. do wykonywania pasażerskich przewozów kolejowych (KS/ZP/25/2016)”, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 kwietnia 2016 r. pod numerem 2016/S 078-138641, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Koleje Śląskie Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (dalej „zamawiający”) wykonawca Stadler Polska sp. z o. o. (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2-3 i art. 30 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) [dalej „ustawa Pzp”], poprzez:
  - 1.1. wprowadzenie wymogu technicznego dotyczącego umieszczenia falowników wyłącznie na dachu elektrycznego zespołu trakcyjnego („EZT”), co prowadzi do ograniczenia konkurencyjności postępowania, dyskryminacji niektórych podmiotów oraz preferencji innych z uwagi na wskazanie konkretnego rozwiązania technicznego bez umożliwienia zastosowania rozwiązań równoważnych,
  - 1.2. wprowadzenie wymogu posiadania przez okna części uchylnej bez dopuszczenia rozwiązań równoważnych;
2. art. 91 ust. 1, art. 91 ust. 2 oraz art. 91 ust. 2a ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 14 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 58 § 1-3 KC, poprzez zastosowanie nieprawidłowych, nieodpowiednich dla danego typu zamówienia kryteriów oceny ofert, w tym poprzez obejście zasady stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert zgodnie z art. 91 ust. 2a ustawy Pzp,
3. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 36 ust. 1 oraz art. 60 ust. 1 akapit 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17AA/E, a także artykuł 18 ust. 1 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, a nadto art. 58 §1-3 KC w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 605 KC oraz art. 627 KC i art. 643 KC w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nieproporcjonalne działanie, polegające na uzależnieniu dokonania odbioru przedmiotu umowy w tym Odbioru Technicznego oraz Odbioru Końcowego EZT od nieistnienia jakichkolwiek „wady” lub „braku” lub „nieprawidłowości”. Obowiązek odebrania przedmiotu dostawy stanowi *essentialia negotii* umowy *tego typu*, a nadto podstawowy obowiązek wynikający z umowy o dzieło. Uzależnienie odbioru od nieistnienia jakiegokolwiek: wady lub

„nieprawidłowości” lub „braku” nie tylko kształtuje treść umowy sprzecznie z naturą stosunku prawnego w rozumieniu art. 353<sup>1</sup> KC, gdyż wyłącznie *istotne* wady dostawy lub dzieła uzasadniają odmowę odbioru, ale stanowi to również narzuceniem nieproporcjonalnych wymogów odnośnie cech świadczenia wykonawcy w treści SIWZ, a tym samym jest niezgodne z zasadą proporcjonalności wyrażoną w art. 18 ust. 1 i art. dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 36 ust. 1 i art. 60 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE,

4. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 36 ust. 1 oraz art. 60 ust. 1 akapit 2 dyrektywy 2014/25/UE oraz art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, poprzez nieproporcjonalne działanie zamawiających, polegające na:
  - 4.1. wprowadzeniu w § 10, szczególnie w ust. 8, 11, 17, 20 Załącznika nr 3 do SIWZ – Wzór Umowy oprócz pojęcia prawnego „wady” niejasnych, nieprecyzyjnych oraz wieloznacznych pojęć w postaci „niezgodności”, „braków” lub „nieprawidłowości”, których usunięcie – obok usunięcia wad – miałyby stanowić przesłankę do ponownego przystąpienia do czynności odbiorczych,
  - 4.2. wprowadzeniu w Załączniku nr 7 do SIWZ Protokół Odbioru Końcowego niejasnych oraz nieprecyzyjnych i wieloznacznych pojęć: „zastrzeżeń” oraz „usterek”, które miałyby być wskazywane w tym protokole, podczas gdy § 10 Załącznika nr 3 do Wzoru Umowy wykazuje na inne okoliczności, jako przesłanki odmowy dokonania odbioru;
5. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 36 ust. 1 oraz art. 60 ust. 1 akapit 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE, a także artykuł 18 ust. 1 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, a nadto art. 58 §1-3 KC w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 484 §1 KC, poprzez nieproporcjonalne działanie zamawiającego, polegające na zastrzeżeniu kar umownych wymienionych w § 26, w tym w ust. 2 lit. b, c, d, e, f, g, oraz w ust. 3 Załącznika nr 3 do SIWZ za „opóźnienie”, co powoduje obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością nie tylko za okoliczności zawinione, ale także za takie, za których wystąpienie nie ponosi on winy ani nie ma żadnego wpływu, w tym leżące po stronie któregośkolwiek lub obu wierzycieli i co jest niezgodne z zasadami współżycia społecznego,
6. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 36 ust. 1 oraz art. 60 ust. 1 akapit 2 dyrektywy 2014/25/UE, a także artykuł 18 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, a nadto art. 58 § 1-3 KC w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC oraz art. 395 KC, art. 491 KC, art. 610 KC, art. 635 KC

poprzez nieproporcjonalne działanie zamawiającego, polegające na zastrzeżeniu na rzecz zamawiających prawa do odstąpienia od umowy, „gdy którekolwiek z oświadczeń lub zapewnień Wykonawcy okazało się nieprawdziwe (§24 ust. 3 lit. d) Załącznika nr 3 do SIWZ) lub „przez wzgląd na jakiegokolwiek okoliczności faktyczne lub prawne zawarcie Umowy nie było możliwe albo gdy niemożliwe było przeniesienie na Zamawiających prawa własności EZT lub praw autorskich do dokumentacji” (§ 24 ust. 3 lit. e) Załącznika nr 3 do SIWZ),

7. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 36 ust. 1 oraz art. 60 ust. 1 akapit 2 dyrektywy 2014/25/UE, a także artykuł 18 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, poprzez brak wskazania maksymalnej ilości kilometrów jazd próbnych, o których mowa w §11 ust. 9 i 19.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień ogłoszenia i SIWZ w taki sposób, aby były one zgodne ze wskazanymi przepisami prawa i uwzględniały wszystkie okoliczności mające wpływ na przygotowanie oferty, w szczególności:

1. nakazanie zmiany:

- 1.1. pkt. 2.2.5.3) Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ), poprzez dopuszczenie możliwości umieszczenia falowników zarówno na zewnątrz jak i wewnątrz EZT,
- 1.2. pkt 2.6.11.8) Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ), poprzez dopuszczenie możliwości zapewnienia funkcji przewietrzenia

2. modyfikacji sekcji IV.2.1) ogłoszenia oraz pkt 13 SIWZ, a także odpowiednio innych postanowień ogłoszenia i SIWZ dotyczących kryteriów oceny ofert, poprzez zastosowanie oprócz kryterium ceny (o wadze nie większej niż 50 %) także innych kryteriów oceny ofert odnoszących się do przedmiotu zamówienia, w tym:

- waga pojazdu (25 % - jako parametr techniczny mający bezpośredni wpływ na zużycie energii elektrycznej),
- liczba siedzeń stałych w pojeździe (10 % - mające wpływ na np. efektywność przewozów, funkcjonalność oraz koszty eksploatacji),
- okres gwarancji (5 %),
- przyspieszenie (5% - umożliwiające rozbudowę bez dodatkowych znacznych nakładów oraz zwiększające efektywność),
- zainstalowana moc (5% - umożliwiające rozbudowę bez dodatkowych znacznych nakładów oraz zwiększające efektywność);

3. nadania § 10 ust. 8 Załącznika nr 3 do SIWZ brzmienia: „Celem Odbioru Technicznego jest sprawdzenie, czy wyprodukowany EZT zgodny jest z wymogami zawartymi w SIWZ oraz czy został wykonany z należytą jakością i starannością. W trakcie Odbioru Technicznego przedstawiciele Zamawiającego 1 mają prawo do dokumentowania stwierdzonych wad poprzez wykonywanie dokumentacji fotograficznej”,
4. nadania § 10 ust. 11 Załącznika nr 3 do SIWZ brzmienia: „W przypadku, gdy w trakcie Odbiorów Technicznych Zamawiający stwierdzi istotne wady dokumentów lub istotne wady EZT, ma prawo odstąpić od dalszych czynności odbiorczych. Powtórne przystąpienie przez Zamawiającego 1 do Odbiorów technicznych nastąpi po usunięciu przez Wykonawcę stwierdzonych, istotnych wad dokumentów lub EZT i ponownym zgłoszeniu przez Wykonawcę EZT do Odbioru Technicznego zgodnie z ust. 6”,
5. nadania § 10 ust. 17 Załącznika nr 3 do SIWZ brzmienia: „Potwierdzeniem dokonania Odbioru Technicznego EZT jest Protokół Odbioru Technicznego podpisany przez przedstawicieli Zamawiającego 1 i Wykonawcy”,
6. nadania §10 ust. 20 Załącznika nr 3 do SIWZ brzmienia: „Potwierdzeniem dokonania Odbioru Końcowego EZT jest Protokół Odbioru Końcowego podpisany przez przedstawicieli Zamawiającego 1 i Wykonawcy”,
7. zastąpienia w § 26 Załącznika nr 3 do SWIZ pojęcia „opóźnienie” pojęciem „zwłoka”,
8. podania konkretnej maksymalnej liczby kilometrów jazd próbnych w § 10 ust. 9 oraz 19 Załącznika nr 3 do SIWZ,
9. usunięcie § 24 ust. 3 lit. b), d) oraz e) zdanie drugie Załącznika nr 3 do SIWZ.

Pismem z dnia 13 maja 2016 r. odwołujący cofnął odwołanie.

Ze względu na fakt, że odwołanie można cofnąć w każdym czasie do zamknięcia rozprawy, jego cofnięcie, zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp oznacza, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Dlatego też postanowiono jak w sentencji.

Uwzględniając art. 187 ust. 8 zdanie 2 ustawy Pzp skład orzekający Izby postanowił zwrócić na rzecz odwołującego 90 % kwoty uiszczzonego wpisu, tj. 13 500,00 zł.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....