

Sygn. akt: KIO 22/19

POSTANOWIENIE
z dnia 21 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Irmina Pawlik**
 Katarzyna Poprawa
 Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania w Warszawie w dniu 21 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 stycznia 2019 r. przez wykonawcę NETIA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Poczta Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców:

- A. Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. T-Mobile Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy NETIA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwoty **13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Warszawie.

Przewodniczący:
.....
.....

Uzasadnienie

Zamawiający Poczta Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego pn. „Zapewnienie usług operatora sieci WAN” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 grudnia 2018 r. pod numerem 2018/S 248-574789. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 7 stycznia 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy NETIA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) od czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania w postaci sformułowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 5 k.c., art. 483 § 1 k.c., art. 484 § 2 k.c., art. 353¹ k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie w SIWZ – Wzorce Umowy (załącznik nr 6 do SIWZ, dalej jako „Umowa”) klauzul obejmujących obowiązek uiszczania kar umownych określonych w § 12 ust. 7-15 oraz ust. 17 umowy w wysokości rażąco wysokiej względem sankcjonowanego naruszenia, oderwanej od wartości potencjalnej szkody Zamawiającego, zmierzających do podwójnego karania wykonawcy, o niejednoznacznych podstawach, co stanowi nadużycie pozycji Zamawiającego jako strony samodzielnie konstruującej stosunek prawny, przekracza granicę swobody umów oraz prowadzi do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy;
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie postanowień Umowy wskazanych w odwołaniu w sposób naruszający zasadę proporcjonalności, w tym w szczególności proporcjonalności przyjętych sankcji umownych względem chronionych interesów Zamawiającego.

Z uwagi na tak podniesione zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień Umowy poprzez usunięcie postanowień określonych w § 12 ust. 7-15 Umowy oraz zmniejszenie poziomu łącznej wysokości kar umownych przewidzianych w § 12 ust. 17 Umowy oraz nadanie klauzuli przewidzianej w § 12 ust. 17 Umowy następującego brzmienia: „Łączna wysokość kar umownych naliczonych zgodnie z Umową nie może przekroczyć kwoty równej 30% maksymalnej wysokości wynagrodzenia brutto określonej w § 10 ust. 1 Umowy.”

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w dniu 14 stycznia 2019 r. zgłosił przystąpienie wykonawca Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz wykonawca T-Mobile Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie. Na posiedzeniu w dniu 21 stycznia 2019 r. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przez ww. wykonawców przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego i dopuściła ich do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestników postępowania.

W dniu 18 stycznia 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Odwołującego, w którym oświadczył, iż cofa odwołanie w całości i wniósł o zwrot 90% uiszczanego wpisu od odwołania. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało złożone przez pełnomocnika prawidłowo umocowanego do reprezentacji, co potwierdzają dokumenty złożone do akt sprawy.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że zasadne jest umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp z uwagi na złożenie przez Odwołującego oświadczenia o cofnięciu odwołania. Zgodnie z treścią tego przepisu 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. Skuteczne skorzystanie przez Odwołującego z przysługującej mu czynności dyspozytywnej jaką jest wycofanie odwołania powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania. Złożenie oświadczenia o cofnięciu odwołania stanowi nieograniczone uprawnienie Odwołującego, które znosi wszelkie skutki prawne związane z wniesieniem odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp zdanie drugie oraz § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Mając na względzie fakt, iż cofnięcie odwołania miało miejsce przed otwarciem rozprawy, Izba nakazała dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu 90% kwoty uiszczonyj tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:
.....
.....

