

Sygn. akt KIO 1214/17

POSTANOWIENIE
z dnia 28 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Agnieszka Trojanowska

Renata Tubisz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **28 czerwca 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **13 czerwca 2017 r.** przez wykonawcę: **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Intercity S.A., Al. Jerozolimskie 142A ,02-305 Warszawa**,

- wobec wycofania odwołania,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz, kwoty 13 500,00 zł (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu 90% uiszczzonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz.831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Dostawa 55 wagonów osobowych wraz z wykonaniem ich przeglądu na 3-cim poziomie utrzymania”, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 3 czerwca 2017 r. pod numerem 2017/S 106-213587, w dniu 13 czerwca 2017 r. zostało wniesione w postaci elektronicznej odwołanie przez firmę Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. (dalej zwany także „odwołującym”). Odwołanie wniesiono wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej „SIWZ”). Kopia odwołania została doręczona zamawiającemu w tym samym terminie.

Postępowanie prowadzone jest w procedurze o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 14 czerwca 2017 r. przystąpienia do postępowania odwoławczego w trybie art. 185 ustawy Pzp nie złożył żaden wykonawca.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: PKP Intercity S.A., że ten wadliwie ukształtował treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez:

- I. oznaczenie warunku udziału w postępowaniu, określonym w pkt. III. 1.3 ust. 2 ogłoszenia oraz Rozdziale VIII ust. 2 pkt 3 SIWZ w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nie stanowiący współmiernego środka do oceny zdolności wykonawcy do należytego zamówienia,
- II. przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku określenia warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt. III. 1.3 ust 2 ogłoszenia oraz Rozdziale VIII ust. 2 pkt 3 SIWZ w sposób naruszający uczciwą konkurencję na rynku właściwym dla tego zamówienia, oraz traktujący w sposób nierówny wykonawców - uczestników tego rynku.
- III. sformułowanie w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Załącznik nr 8 - wzór umowy) w zakresie wysokości kar umownych w sposób niejednoznaczny i obliczanych w sposób, który prowadzi do rażącego ich wygórowania.

- skutek czego w postępowaniu zostały naruszone przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, 831, 996 i z 2016 r., poz. 1020, 1250, 1265, 1579), zwanej „ustawą Pzp”, tj.:

I. Naruszenie art. 22 ust. 1a Pzp, poprzez ustalenie warunku udziału w postępowaniu, określonym w pkt. III. 1.3 ust. 2 ogłoszenia oraz Rozdziale VIII ust. 2 pkt 3 SIWZ w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nie stanowiący współmiernego środka do oceny zdolności wykonawcy do należytego zamówienia,

II. Naruszenie art. 7 Pzp poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku określenia warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt. III. 1.3 ust. 2 ogłoszenia oraz Rozdziale VIII ust. 2 pkt 3 SIWZ w sposób naruszający uczciwą konkurencję na rynku właściwym dla tego zamówienia, oraz traktujący w sposób nierówny wykonawców - uczestników tego rynku,

III. Naruszenie art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 483 § 1 oraz art. 484 § ust. 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 14 Pzp oraz art. 29 ust. 1 Pzp, poprzez sformułowanie w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Załącznik nr 8 - wzór umowy) wysokości kar umownych w sposób niejednoznaczny i obliczanych w sposób, który prowadzi do rażącego ich wygórowania.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu dokonania zmian w SIWZ i w ogłoszeniu o zamówieniu - zgodnie z poniższymi żądaniami, tj.

1. Dokonania zmiany treści:

a) pkt. III. 1.3 ust. 2 Ogłoszenia o zamówieniu, poprzez nadanie mu brzmienia: „Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia w/w warunek jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał dostawę (dostawy) lub naprawę (naprawy) nie mniej niż 10 wagonów osobowych (piętrowych lub jednopokładowych lub członów pasażerskich pojazdów kolejowych). Przez dostawę w rozumieniu powyższego warunku rozumie się dostawę zgodnie z art. 2 pkt. 2 Ustawy Pzp wagonów osobowych (piętrowy lub jednopokładowy lub człon pasażerskiego pojazdu kolejowego) o prędkości eksploatacyjnej nie mniejszej niż 160 km/h. Przez „naprawę” w rozumieniu powyższego warunku rozumie się naprawę z modernizacją wagonu osobowego (piętrowy lub jednopokładowy lub człon pasażerskiego pojazdu kolejowego) o prędkości eksploatacyjnej nie mniejszej niż 160 km/h. Za naprawy, spełniające wymogi niniejszego warunku, uznane zostaną usługi utrzymaniowe na poziomie P5 w rozumieniu załącznika nr 3 do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.10.2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (t.j. Dz. U. 2016, poz. 226). Przez "modernizację" w rozumieniu powyższego warunku rozumie się prace modyfikacyjne zgodnie § 2 pkt. 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 226). W celu wykazania spełnienia

powyższego warunku w zakresie wagonów piętrowych wykonawca może wykazać się zarówno dostawą (dostawami) lub naprawą (naprawami), której przedmiotem był/y piętrowy/we wagon/y pasażerski/e wyposażony/e w napęd i kabiny sterownicze lub bez tego wyposażenia. Do oceny spełnienia warunku Zamawiający uzna, że jednemu wagonowi osobowemu (dostawa lub naprawa) odpowiada jeden człon pasażerskiego pojazdu kolejowego (dostawa lub naprawa). Jeżeli wykonawca w dacie składania oferty wykonuje zamówienie, o którym mowa w niniejszym warunku, wskazany tam warunek uznaje się za spełniony, jeżeli do upływu terminu składania ofert wykonawca wykonał dostawy/usługi, w ilości nie mniejszej niż określona powyżej. W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia powyższe wymagania może spełniać jeden, kilku lub łącznie wszyscy Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego”.

b) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i nadanie mu brzmienia: „Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia w/w warunek jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał dostawę (dostawy) lub naprawę (naprawy) nie mniej niż 10 wagonów osobowych (piętrowych lub jednopokładowych lub członów pasażerskich pojazdów kolejowych). Przez dostawę w rozumieniu powyższego warunku rozumie się dostawę zgodnie z art. 2 pkt 2 Ustawy Pzp wagonów osobowych (piętrowy lub jednopokładowy lub człon pasażerskiego pojazdu kolejowego) o prędkości eksploatacyjnej nie mniejszej niż 160 km/h. Przez „naprawę” w rozumieniu powyższego warunku rozumie się naprawę z modernizacją wagonu osobowego (piętrowy lub jednopokładowy lub człon pasażerskiego pojazdu kolejowego) o prędkości eksploatacyjnej nie mniejszej niż 160 km/h. Za naprawy, spełniające wymogi niniejszego warunku, uznane zostaną usługi utrzymaniowe na poziomie P5 w rozumieniu załącznika nr 3 do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.10.2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (t.j. Dz. U. 2016, poz. 226). Przez "modernizację" w rozumieniu powyższego warunku rozumie się prace modyfikacyjne zgodnie § 2 pkt. 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 226). W celu wykazania spełnienia powyższego warunku w zakresie wagonów piętrowych wykonawca może wykazać się zarówno dostawą (dostawami) lub naprawą (naprawami), której przedmiotem był/y piętrowy/we wagon/y pasażerski/e wyposażony/e w napęd i kabiny sterownicze lub bez tego wyposażenia. Do oceny spełnienia warunku Zamawiający uzna, że jednemu wagonowi osobowemu (dostawa lub naprawa) odpowiada jeden człon pasażerskiego pojazdu kolejowego (dostawa lub naprawa). Jeżeli wykonawca w dacie składania oferty wykonuje zamówienie, o którym mowa w niniejszym warunku, wskazany tam warunek uznaje się za

spełniony, jeżeli do upływu terminu składania ofert wykonawca wykonał dostawy/usługi, w ilości nie mniejszej niż określona powyżej. W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia powyższe wymagania może spełniać jeden, kilku lub łącznie wszyscy Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego.

c) Art. 19 ust. 5 Załącznika nr 8 do SIWZ, poprzez nadanie mu brzmienia: „Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za zwłokę w wykonaniu Przeglądu Wagonu (liczoną w stosunku do każdego z Wagonów odrębnie) - w wysokości 0,2% ceny za wykonanie Przeglądu każdego z wagonów, o której mowa w § 3 ust. 3 Umowy za każdy rozpoczęty dzień kalendarzowy zwłoki”,

d) Art. 19 ust. 6 Załącznika nr 8 do SIWZ, poprzez jego wykreślenie.

W dniu 28 czerwca 2017 r. umocowany pełnomocnik odwołującego pani M. R. złożyła w postaci elektronicznej, podpisane bezpiecznym podpisem elektronicznym oświadczenie o cofnięciu odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1214/17. Odwołujący wnosił o zwrot 90% opłaty wniesionej tytułem wpisu od odwołania w związku z tym, iż cofnięcie odwołania nastąpiło przed otwarciem rozprawy.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje.

Zachodziły przesłanki do ustalenia, że złożenie oświadczenia o wycofaniu odwołania nastąpiło ze skutkiem prawnym.

Skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, cofnięcia odwołania przez odwołującego) - powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów odwołania. W takiej sytuacji rozpatrzenie sprawy przez Izbę ogranicza się do zbadania przesłanek formalnych umorzenia postępowania, bez możliwości oceny motywów, którymi kierowały się strony podejmując tego rodzaju czynności w zainicjowanym postępowaniu odwoławczym.

W tym stanie rzeczy, Izba stosownie do postanowień art. 187 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) umorzyła postępowanie odwoławcze.

Cofnięcie odwołania nastąpiło przed otwarciem rozprawy, zatem zachodziły podstawy do orzeczenia na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500,00 zł, jako 90% uiszczzonego wpisu od odwołania, zgodnie z treścią art. 187 ust. 8 zdanie 2 ustawy Pzp.

O umorzeniu postępowania orzeczono postanowieniem w oparciu o art. 192 ust. 1, zdanie 2 ustawy Pzp.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....