

Sygn. akt: KIO 1668/16

POSTANOWIENIE
z dnia 20 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

wobec cofnięcia przed otwarciem posiedzenia i rozprawy w dniu 19 września 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 września 2016 r. przez **Odwołującego – Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy (sygn. akt KIO 1668/16)**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Województwo Podkarpackie, Al. Łukasza Cieplińskiego 4, 35-010 Rzeszów**,

przy udziale wykonawcy NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze.**
2. nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych **na rzecz Odwołującego - Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy (sygn. akt KIO 1668/16)** – 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 (Dz.U.2015.2164 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 Rzeszowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Podkarpackie – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 ze zm.) – dalej: Pzp; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „*Dostawa 2 szt. fabrycznie nowych dwuczłonowych zespołów trakcyjnych z napędem spalinowym wraz z dokumentacją techniczną i usługami dodatkowymi*” (znak: OR-IV.272.2.16.2016).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 sierpnia 2016 r., nr: 2016/S 165-296857.

W dniu 6 września 2016 r., Odwołujący – Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, oznaczone sygn. akt KIO 1668/16, wobec treści SIWZ, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp, poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z dokonaniem opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, polegający na zamieszczeniu w Specyfikacji postanowień określonych poniżej, które zawężają istotnie krąg potencjalnych wykonawców,
- 2) art. 29 ust. 3 Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia ze wskazaniem szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę, co może doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów,
- 3) art. 29 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący,
- 4) art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 29 ust. 1 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp, w zw. z art. 14 ustawy Pzp, w związku z naruszeniem przepisów Kodeksu cywilnego, tj. art. 5 Kc, art. 353¹ Kc, art. 471 Kc oraz art. 483 § 1 i art. 484 § 2 Kc, poprzez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego, znaczne przekroczenie zasady swobody umów, sporządzenie projektu umowy w sposób przenoszący całe ryzyko gospodarcze tylko na jedną stronę umowy – Wykonawcę, a także jako godzące w istotę i cel zamówienia publicznego.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ poprzez:

- 1) zmianę treści Załącznika nr 2 do SIWZ, poprzez usunięcie Części A, poz. 25 ust. 6 lub modyfikację postanowienia Część A, poz. 25 ust. 6 w następujący sposób:
„Zamawiający wymaga, co najmniej 2 punktowego podparcia poszczególnych członów pojazdów, które rozumiane jest, jako układ, co najmniej 2 sprężyn pneumatycznych przypisanych oddzielnie konstrukcyjnie do danego członu pojazdu.”
- 2) Modyfikację treści Załącznika nr 5 do SIWZ, § 5 ust. 1 pkt. 1,2, 3,4,6,7, oraz 9, ust. 3 oraz ust. 5, poprzez określenie sposobu obliczenia wysokości kary umownej od wartości netto określonej w § 7 umowy,
- 3) Modyfikację treści Załącznika nr 5 do SIWZ, § 5 ust. 1 pkt. 1- 4, poprzez określenie, że kara umowna naliczana będzie za każdy dzień zwłoki, a nie opóźnienia,
- 4) Modyfikację treści Załącznika nr 5 do SIWZ, § 5, poprzez dodanie postanowienia, że odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu kar umownych, które mogą być naliczone w związku z realizacją umowy wynosi 20% wartości umowy netto,
- 5) Modyfikację treści Załącznika nr 5 do SIWZ, poprzez usunięcie § 7 ust. 1 pkt. 8),
- 6) Modyfikację treści Załącznika nr 5 do SIWZ, § 5 ust. 5, poprzez wskazanie, że kary nie nalicza się w przypadku, gdy odstąpienie spowodowane jest okolicznościami leżącymi po stronie Zamawiającego.
- 7) Modyfikację treści Załącznika nr 5 do SIWZ, § 7 ust. 1, poprzez określenie wynagrodzenia brutto, netto, oraz stawki podatku VAT.

Zarządzeniem z dnia 9 września 2016 r. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej zarządził łączne rozpoznanie odwołania oznaczonego sygn. akt KIO 1671/16 z odwołaniem o sygn. akt KIO 1668/16.

Zgodnie z informacją Zamawiającego z dnia 8 września 2016 r., kopia odwołania przekazana została wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 8 września 2016 r., poprzez zamieszczenie kopii odwołania na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 8 września 2016 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu.

Pismem z dnia 13 września 2016 r. Zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu o sygn. akt KIO 1668/16. Wskazano także, że w konsekwencji uwzględnienia zarzutów odwołania Zamawiający dokonał zmiany SIWZ zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu.

Postanowieniem z dnia 15 września 2016 r. Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła wezwać wykonawcę NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu – w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania pod rygorem umorzenia postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 19 września 2016 r. (data wpływu do Izby) Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie.

Stosownie do § 13 ust. 3 zdanie drugie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U.2014.964 j.t.), do odwołań rozpoznawanych łącznie stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące rozpoznawania jednego odwołania.

Stosownie do art. 187 ust. 8 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% uiszczonego wpisu. W niniejszej sprawie oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało złożone przed wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy. Oświadczenie zostało złożone przez osobę uprawnioną do reprezentowania Odwołującego.

Bez znaczenia pozostaje w niniejszej sprawie złożone przez Zamawiającego oświadczenie o uwzględnieniu odwołania, zwłaszcza, gdy cofnięcie odwołania wpłynęło przed upływem terminu do wniesienia sprzeciwu. Niezależnie od tego kluczowy jest fakt cofnięcia odwołania, okoliczność ta determinuje kierunek i podstawę wydanego postanowienia, skutkując unieważnieniem postępowania odwoławczego.

W związku ze skutecznym cofnięciem odwołania, Izba na podstawie art. 187 ust. 8 Pzp oraz art. 192 ust. 1 Pzp, umorzyła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie.

O kosztach Izba orzekła stosownie do art. 187 ust. 8 zdanie drugie Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 3544), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu 90% kwoty uiszczonego wpisu.

Przewodniczący: