

**Sygn. akt: KIO 735/17**

**Sygn. akt: KIO 736/17**

**Sygn. akt: KIO 737/17**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 25 kwietnia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 25 kwietnia 2017 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2017 r. przez wykonawcę:

- 1) NEWAG S.A. ul. Wyspiańskiego 3 (33-300 Nowy Sącz) - sygn. akt: KIO 735/17
- 2) NEWAG S.A. ul. Wyspiańskiego 3 (33-300 Nowy Sącz) - sygn. akt: KIO 736/17
- 3) NEWAG S.A. ul. Wyspiańskiego 3 (33-300 Nowy Sącz) - sygn. akt: KIO 737/17

w postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego - PKP Intercity S.A. Aleje Jerozolimskie 142A 02-305 Warszawa,

**postanawia:**

1. umorzyć postępowania odwoławcze;
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wnoszącego odwołania wykonawcy NEWAG S.A. ul. Wyspiańskiego 3 (33-300 Nowy Sącz) - kwoty **40.500 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90 % kwoty łącznej uiszczonej tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 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 Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 735/17**

**Sygn. akt: KIO 736/17**

**Sygn. akt: KIO 737/17**

### **Uzasadnienie**

Odwołania w sprawach o sygn. akt: KIO 735/17; KIO 736/17 i KIO 737/17 zostały wniesione w postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.] przez zamawiającego – PKP Intercity S.A. z siedzibą w Warszawie przez wykonawcę NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu [Odwołujący]. Odwołujący w tych odwołaniach podał, że jest producentem oraz podmiotem świadczącym usługi napraw i modernizacji taboru szynowego. W ramach prowadzonej działalności dokonuje również modernizacji wagonów będących przedmiotem niniejszego zamówienia. Ponadto, spełnia opisany w SIWZ wymóg doświadczenia oraz inne warunki udziału w postępowaniu i zamierza wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu, ubiegając się o uzyskanie zamówienia. Jednakże postanowienia SIWZ, sformułowane z naruszeniem wskazanych w petitum odwołania przepisów prawa, uniemożliwiają Odwołującemu prawidłowe sporządzenie oferty i przystąpienie do udziału w postępowaniu.

**Sygn. akt: KIO 735/17**

Przedmiotem zamówienia w przypadku tego postępowania – nr postępowania 23/02/TUT/2017 jest: „Wykonanie naprawy okresowej na 5 - tym poziomie utrzymania wraz z modernizacją oraz przeglądu na 3-cim poziomie utrzymania 83 wagonów osobowych”. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

(1) art. 387 § 1 kc i art. 58 §1 i 2 kc w związku z art. 14 oraz 139 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 7 i art. 30 ust. 4, i art. 36 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp z uwagi na zobowiązanie wykonawcy do:

- a) wykonania modernizacji pierwszego wagonu w terminie 100 dni kalendarzowych,
- b) wykonania modernizacji kolejnych wagonów w terminie 70 dni kalendarzowych, przekazania kompletnej dokumentacji modernizacji w terminie 80 dni kalendarzowych
- c) przekazania szczegółowego projektu rozwiązań w terminie 30 dni kalendarzowych od podpisania umowy,

co stanowi świadczenie obiektywnie niemożliwe do wykonania lub co najmniej ogranicza konkurencję na rynku;

(2) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, art. 36 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp oraz art. art. 353 (1) i 627 kc w związku z art. 14 oraz 139 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na sformułowanie niejednoznacznej i niedookreślonej treści § 12 i 13 załącznika nr 12 do SIWZ polegające na braku wskazania, że udzielone licencje odnoszą się wyłącznie do wagonów naprawianych na

podstawie niniejszego zamówienia, co mogłoby prowadzić do interpretacji, iż Zamawiający nabywa prawo do korzystania z oprogramowania dokumentacji w celu napraw i utrzymania wszelkich wagonów, również nie objętych przedmiotem zamówienia.

Wykonawca wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Zmianę terminu, określonego w rozdziale VI SIWZ:

- 1) ust: 5. - naprawy wraz z modernizacją pierwszego wagonu (czas postoju wagonu) na 250 dni kalendarzowych;
  - 2) ust. 4 - naprawy wraz z modernizacją jednego wagonu (czas postoju wagonu) na 90 dni kalendarzowych - licząc nie wcześniej jednak niż od dnia odbioru po modernizacji pierwszego wagonu;
  - 3) ust. 2 oraz w § 4 ust. 2 załącznika nr 12 do SIWZ - wykonania naprawy wraz z modernizacją wszystkich wagonów na 40 miesięcy od dnia zawarcia umowy,  
a w konsekwencji
  - 4) zmianę terminu realizacji przedmiotu zamówienia z ust.1 oraz w § 4 ust. 1 załącznika nr 12 do SIWZ - na 58 miesięcy od dnia zawarcia umowy;
  - 5) zmianę terminu, wymienionego w § 8 ust. 3 załącznika nr 12 - sporządzenie i przekazanie szczegółowych projektów i wariantów rozwiązań - na 100 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy;
  - 6) zmianę terminu, wymienionego w §10 ust. 2 załącznika nr 12 - sporządzenie i przekazanie Dokumentacji wymienionej w §10 ust. 1 - na 180 dni kalendarzowych;
2. Zmianę § 12 i 13 załącznika nr 12 - sprecyzowanie, że udzielone licencje uprawniają Zamawiającego do korzystania z dokumentacji i oprogramowania wyłącznie w celu napraw i utrzymania wagonów objętych przedmiotem zamówienia.

### **Sygn. akt: KIO 736/17**

Przedmiotem zamówienia w przypadku tego postępowania – nr postępowania 24/02/TUT/2017 jest: „Wykonanie naprawy okresowej na 5 - tym poziomie utrzymania wraz z modernizacją oraz przeglądu na 3-cim poziomie utrzymania 60 wagonów osobowych”.

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- (1) art. 387 § 1 kc i art. 58 §1 i 2 kc w związku z art. 14 oraz 139 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 7 i art. 30 ust. 4, i art. 36 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp z uwagi na zobowiązanie wykonawcy do:
  - 1) wykonania modernizacji pierwszego wagonu w terminie 100 dni kalendarzowych,
  - 2) wykonania modernizacji kolejnych wagonów w terminie 70 dni kalendarzowych, przekazania kompletnej dokumentacji modernizacji w terminie 80 dni kalendarzowych
  - 3) przekazania szczegółowego projektu rozwiązań w terminie 30 dni kalendarzowych od podpisania umowy,

co stanowi świadczenie obiektywnie niemożliwe do wykonania lub co najmniej ogranicza konkurencję na rynku;

(2) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, art. 36 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp oraz art. art. 353 (1) i 627 kc w związku z art. 14 oraz 139 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na sformułowanie niejednoznacznej i niedookreślonej treści § 12 i 13 załącznika nr 12 do SIWZ polegające na braku wskazania, że udzielone licencje odnoszą się wyłącznie do wagonów naprawianych na podstawie niniejszego zamówienia, co mogłoby prowadzić do interpretacji, iż Zamawiający nabywa prawo do korzystania z oprogramowania dokumentacji w celu napraw i utrzymania wszelkich wagonów, również nie objętych przedmiotem zamówienia.

Wykonawca wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Zmianę terminu, określonego w rozdziale VI SIWZ:

- 1) ust: 5. - naprawy wraz z modernizacją pierwszego wagonu (czas postoju wagonu) na 310 dni kalendarzowych;
- 2) ust. 4 - naprawy wraz z modernizacją jednego wagonu (czas postoju wagonu) na 90 dni kalendarzowych - licząc nie wcześniej jednak niż od dnia odbioru po modernizacji pierwszego wagonu;
- 3) ust. 2 oraz w § 4 ust. 2 załącznika nr 12 do SIWZ - wykonania naprawy wraz z modernizacją wszystkich wagonów na 42 miesiące od dnia zawarcia umowy,

a w konsekwencji

- 4) zmianę terminu realizacji przedmiotu zamówienia z ust.1 oraz w § 4 ust. 1 załącznika nr 12 do SIWZ - na 60 miesięcy od dnia zawarcia umowy;
- 5) zmianę terminu, wymienionego w § 8 ust. 3 załącznika nr 12 - sporządzenie i przekazanie szczegółowych projektów i wariantów rozwiązań - na 160 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy;
- 6) zmianę terminu, wymienionego w §10 ust. 2 załącznika nr 12 - sporządzenie i przekazanie Dokumentacji wymienionej w §10 ust. 1 - na 240 dni kalendarzowych;

2. Zmianę § 12 i 13 załącznika nr 12 - sprecyzowanie, że udzielone licencje uprawniają Zamawiającego do korzystania z dokumentacji i oprogramowania wyłącznie w celu napraw i utrzymania wagonów objętych przedmiotem zamówienia.

**Sygn. akt: KIO 737/17**

Przedmiotem zamówienia w przypadku tego postępowania – nr postępowania 25/02/TUT/2017 jest: „Wykonanie naprawy okresowej na 5 -tym poziomie utrzymania wraz z modernizacją oraz przeglądu na 3-cim poziomie utrzymania 40 wagonów osobowych”.

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- (1) art. 387 § 1 kc i art. 58 §1 i 2 kc w związku z art. 14 oraz 139 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 7 i art. 30 ust. 4, i art. 36 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp z uwagi na zobowiązanie wykonawcy do:

- 1) wykonania modernizacji pierwszego wagonu w terminie 100 dni kalendarzowych,
- 2) wykonania modernizacji kolejnych wagonów w terminie 70 dni kalendarzowych, przekazania kompletnej dokumentacji modernizacji w terminie 80 dni kalendarzowych
- 3) przekazania szczegółowego projektu rozwiązań w terminie 30 dni kalendarzowych od podpisania umowy,

co stanowi świadczenie obiektywnie niemożliwe do wykonania lub co najmniej ogranicza konkurencję na rynku;

- (2) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, art. 36 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp oraz art. art. 353 (1) i 627 kc w związku z art. 14 oraz 139 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na sformułowanie niejednoznacznej i niedookreślonej treści § 12 i 13 załącznika nr 12 do SIWZ polegające na braku wskazania, że udzielone licencje odnoszą się wyłącznie do wagonów naprawianych na podstawie niniejszego zamówienia, co mogłoby prowadzić do interpretacji, iż Zamawiający nabywa prawo do korzystania z oprogramowania dokumentacji w celu napraw i utrzymania wszelkich wagonów, również nie objętych przedmiotem zamówienia.

Wykonawca wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- (1) Zmianę terminu, określonego w rozdziale VI SIWZ:

- 1) ust: 5. - naprawy wraz z modernizacją pierwszego wagonu (czas postoju wagonu) na 250 dni kalendarzowych;
- 2) ust. 4 - naprawy wraz z modernizacją jednego wagonu (czas postoju wagonu) na 90 dni kalendarzowych - licząc nie wcześniej jednak niż od dnia odbioru po modernizacji pierwszego wagonu;
- 3) ust. 2 oraz w § 4 ust. 2 załącznika nr 12 do SIWZ - wykonania naprawy wraz z modernizacją wszystkich wagonów na 40 miesięcy od dnia zawarcia umowy,

a w konsekwencji

- 7) zmianę terminu realizacji przedmiotu zamówienia z ust.1 oraz w § 4 ust. 1 załącznika nr 12 do SIWZ - na 58 miesięcy od dnia zawarcia umowy;
- 8) zmianę terminu, wymienionego w § 8 ust. 3 załącznika nr 12 - sporządzenie i przekazanie szczegółowych projektów i wariantów rozwiązań - na 100 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy;
- 9) zmianę terminu, wymienionego w §10 ust. 2 załącznika nr 12 - sporządzenie i przekazanie Dokumentacji wymienionej w §10 ust. 1 - na 180 dni kalendarzowych;

- (2)Zmianę § 12 i 13 załącznika nr 12 - sprecyzowanie, że udzielone licencje uprawniają Zamawiającego do korzystania z dokumentacji i oprogramowania wyłącznie w celu napraw i utrzymania wagonów objętych przedmiotem zamówienia.

Ogłoszenia o zamówieniu zostały opublikowane w Dz. Urz. UE, a specyfikacja istotnych warunków zamówienia na stronie zamawiającego - w dniu 5 kwietnia 2017 r.

Zarządzeniem z dnia 19 kwietnia 2017 r. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej zarządził na podstawie art. 189 ust.1 zdanie drugie ustawy – Prawo zamówień publicznych łączne rozpoznanie przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej tych odwołań.

Wnoszący odwołanie wykonawca NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu w pismach z dnia 24 kwietnia 2017 r. [data wpływu: 25.04.17] oświadczył, że cofa wniesione w dniu 14 kwietnia 2017 r. odwołania oraz wnosi o umorzenie postępowania i zwrot wpisów uiszczonych od każdego z tych odwołań.

Mając na uwadze stan faktyczny, Izba postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego w tych sprawach na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, zgodnie z którym Odwołujący do czasu zamknięcia rozprawy może cofnąć odwołanie.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy Pzp oraz na podstawie § 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 (Dz. U Nr 41, poz. 3544 ze zm.), Izba orzekła o dokonaniu zwrotu na rzecz Odwołującego 90% łącznej kwoty wpisów uiszczonych przez wykonawcę NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu od każdego z odwołań w wysokości po 15.000 zł.

W sprawie tej na podstawie art. 192 ust.8 ustawy Pzp wydano łączne postanowienie. Zgodnie ze wskazanym przepisem: „*W przypadku, o którym mowa w art. 189 ust.1 zdanie drugie, Izba może wydać łączne orzeczenie w sprawach złożonych odwołań*”.

Uwzględniając powyższe postanowiono, jak w sentencji.

.....