

Sygn. akt: KIO 1708/18

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 30 sierpnia 2018 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 30 sierpnia 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 sierpnia 2018 roku przez wykonawcę **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03- 734 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;

**postanawia:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **18 000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie**, stanowiącej 90% uiszczonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

**Przewodniczący: .....**

### Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie [zwana dalej: „zamawiającym”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – zamówienie sektorowe - w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, z późn. zm.), [zwanej dalej: „ustawą Pzp”] na realizację zadania pn.: *Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla realizacji projektu pn. „Rewitalizacja linii kolejowej nr 57 na odcinku Kuźnica Białostocka – Geniusze (S)”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 czerwca 2018 roku pod numerem 2018/S 116-264466. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie [zwany dalej: „odwołującym”] w dniu 23 sierpnia 2018 roku wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na ustaleniu treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącej postępowania w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i KC. Jednocześnie odwołujący wskazał, że odwołanie dotyczy zmiany nr 7 SIWZ, która została opublikowana przez zamawiającego w dniu 14 sierpnia 2018 roku.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wyznaczenie terminu realizacji zamówienia w sposób odbiegający od realnych możliwości realizacji, nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i nieuwzględniający wszystkich okoliczności, a w konsekwencji w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;
2. art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 387 KC w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wyznaczenie terminu realizacji zamówienia w sposób odbiegający od realnych możliwości realizacji, a w konsekwencji niemożliwy do spełnienia przez wykonawców funkcjonujących na rynku.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

W dniu 22 sierpnia 2018 roku zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej pismo, stanowiące wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego wraz z kopią

odwołania, a także wysłał je za pośrednictwem poczty elektronicznej (w tym samym dniu) do wykonawców, którzy ujawnili się na tym etapie postępowania.

*Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

W dniu 27 sierpnia 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego od wykonawcy Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie – w formie pisemnej.

Izba ustaliła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego z zachowaniem wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, tym samym stając się uczestnikami tego postępowania.

W dniu 29 sierpnia 2018 roku zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie (w formie pisemnej), w której oświadczył, iż uwzględni w całości odwołanie oraz, że dokona zmiany SIWZ, zgodnie z żądaniem odwołującego.

W dniu 30 sierpnia 2018 roku - przed otwarciem posiedzenia z udziałem stron wyznaczonego na dzień 3 września 2018 roku – odwołujący oświadczył, iż cofa odwołanie, wobec dokonanej przez zamawiającego zmiany SIWZ nr 10 w całości zgodnej z wnioskiem odwołania.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, iż zarówno oświadczenie o cofnięciu odwołania, jak i odpowiedź zamawiającego na odwołanie zostały podpisane przez osoby prawidłowo umocowane do reprezentowania strony, w imieniu której zostało złożone stosowne oświadczenie.

*Zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy 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% wpisu.*

Z kolei przepis art. 186 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż *w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem*

*że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.*

*Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*

Czynność cofnięcia odwołania jest czynnością dyspozytywną wykonawcy odwołującego się, którą może on podjąć aż do momentu zamknięcia rozprawy. Należy zauważyć też, że wycofanie odwołania niesie ze sobą skutek dalej idący niż jego uwzględnienie, albowiem w konsekwencji oznacza brak substratu środka ochrony prawnej. To odwołujący jest dysponentem wniesionego odwołania i oświadczenie złożone przez niego w przedmiocie wycofania odwołania, stanowi przesłankę do umorzenia postępowania odwoławczego. W takiej sytuacji podstawy do umorzenia postępowania nie mogło stanowić oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu w całości odwołania.

Mając powyższe na uwadze Izba postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego na podstawie art. 187 ust. 8 i art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp.

Ponadto, Izba nakazała zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego kwoty 18 000,00 zł, stanowiącej 90% uiszczonego wpisu, na podstawie art. 187 ust. 8 zd. 2 oraz § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), gdyż cofnięcie odwołania nastąpiło przed otwarciem rozprawy.

Zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a) ww. rozporządzenia *w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli odwołujący cofnął odwołanie, Izba:*

*a) orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu, jeżeli odwołanie zostało cofnięte przed otwarciem rozprawy.*

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....