

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 4 czerwca 2019 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:   Monika Kawa-Ogorzałek**

**Protokolant:       Marcin Jakóbczyk**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników w Warszawie w dniu 4 czerwca 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2019r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy 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. 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 - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm., dalej "ustawa Pzp"), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Wdrożenie systemu ERTMS/ETCS poziom 2 wraz z budową LCS oraz samoczynnej blokady liniowej, na odcinku linii kolejowej nr 4, Korytów - Zawiercie w ramach projektu „Modernizacja linii kolejowej nr 4 - Centralna Magistrala Kolejowa etap II”.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 lutego 2019 r., pod numerem 2019/S 030-068249.

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

W dniu 20 maja 2019 r. Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (dalej jako "Odwołujący") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnych z przepisami czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako SIWZ) w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz wskazanych w odwołaniu elementów SIWZ, niezgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz innymi obowiązującymi przepisami prawa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp w zw. z art. 487 § 2 k.c. w zw. z art. 628 § 1 k.c. w zw. z art. 3531 k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zastosowanie dla zakresu Prawa Opcji 1 i 2, które to świadczenia realizowane będą w okresie do 20 lat od podpisania Umowy, formuły wynagrodzenia ryczałtowego, przy jednoczesnym zaniechaniu uregulowania w Umowie adekwatnych mechanizmów waloryzacyjnych dla wynagrodzenia wykonawcy w celu oddania ewentualnych spadków bądź wzrostów cen znajdujących zastosowanie dla zakresu Prawa Opcji 1 i 2, w tym zaniechanie zastosowania adekwatnych dla wskazanego zakresu składników Koszyka Waloryzacyjnego - co pozostaje niezgodne z zasadą proporcjonalności oraz stanowi przeniesienie na wykonawcę dalece wygórowanego, nieproporcjonalnego i niemożliwego do rzeczywistego skalkulowania ryzyka, nadużycie przez Zamawiającego pozycji dominującej jako organizatora Postępowania, a także narusza zasady zastosowania formy ryczałtowej wynagrodzenia i zasady ekwiwalentności świadczeń wzajemnych;
2. art. 150 ust. 2 ustawy Pzp i art. 151 ust. 2 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe określenie wysokości zabezpieczenia należytego wykonania Umowy i wyznaczenie jego

## Sygn. akt KIO 917/19

łączonej całkowitej wysokości w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z Prawa Opcji 1 na poziomie przekraczającym ustawowy maksymalny próg dopuszczalnej wysokości zabezpieczenia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu doprowadzenia treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia do stanu zgodnego z prawem poprzez nakazanie Zamawiającemu w szczególności:

- 1) określenia w Umowie mechanizmów waloryzacyjnych dla oddania spadków/wzrostów cen kluczowych wskaźników dla realizacji zakresu zamówienia przewidzianego Prawem Opcji 1 i 2, z zastosowaniem Koszyka Waloryzacyjnego obejmującego wskaźniki:
  - a) „Ceny towarów i usług konsumpcyjnych” (CPI) (wartość współczynnika: 5,0), oraz
  - b) „Przeciętne wynagrodzenia miesięczne brutto w sektorze przedsiębiorstw - budowa” (robocizna) (wartość współczynnika: 80,0) oraz zgodnie z uwarunkowaniami opisanymi w pkt, 6.13 odwołania;
- 2) określenia wysokości zabezpieczenia należytego wykonania Umowy w łącznej wysokości nieprzekraczającej progu 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy oraz - na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady - 30% wysokości zabezpieczenia.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

W dniu 3 czerwca 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Odwołującego, w którym oświadczył, iż cofa odwołanie w całości. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało złożone przez osoby umocowane do reprezentacji Odwołującego, zgodnie z dokumentacją złożoną 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.

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.

**Sygn. akt KIO 917/19**

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 2018r. poz. 972).

Mając na względzie fakt, iż cofnięcie odwołania miało miejsce przed otwarciem rozprawy, Izba nakazała dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

**Przewodniczący:** .....