

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 5 kwietnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

wobec cofnięcia w dniu **4 kwietnia 2013 r.** przed otwarciem rozprawy odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 marca 2013 r.

przez wykonawcę: **NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa nowego dwuczłonowego elektrycznego zespołu trakcyjnego* (nr postępowania ZP.272.1.12.2013).

prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Warmińsko-Mazurskie, Olsztyn**

**postanawia:**

- 1. Umorzyć postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu kwoty 13500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) – stanowiącej 90 % uiszczzonego wpisu.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, 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 w **Olsztynie**.

**Przewodniczący: .....**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Województwo Warmińsko-Mazurskie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. *Dostawa nowego dwuczłonowego elektrycznego zespołu trakcyjnego* (nr postępowania ZP.272.1.12.2013).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2013/S\_054-088587 z 16 marca 2013 r., z tym, że 13 marca 2013 r. Zamawiający przesłał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej oraz zamieścił to ogłoszenie w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (<http://bip.warmia.mazury.pl>), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

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

26 marca 2013 r. za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej Odwołujący NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp oraz kodeksu cywilnego („kc”):

1. Art. 7 ust 1 oraz art. 29 ust. 2 pzp – przez wprowadzenie w pkt 4.5.6. załącznika nr 1 do SIWZ i umowy zobowiązania wykonawcy do zapewnienia możliwości sterowania wszystkimi układami z pojazdem już nabytym, tj. EN62(21WE)-ELF, ponieważ jedynym wykonawcą zdolnym do spełnienia wskazanego świadczenia jest producent tego pojazdu, tj. PESA Bydgoszcz, a Zamawiający nie zapewnia udostępnienia dokumentacji i oprogramowania niezbędnych do sterowania pojazdem EN62(21WE)-ELF, tak aby inni wykonawcy byli w stanie spełnić świadczenie, co prowadzi do zawężenia kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia do jednego wykonawcy.
2. Art. 353 [1] kc w zw. z art. 139 ust. 1 i art. 14 pzp – przez ustanowienie w par. 13 ust. 4 pkt b załącznika nr 8 do SIWZ (wzór umowy) kary umownej za niedotrzymanie terminu skompletowania zespołów i podzespołów określonego § 1 ust. 3 pkt b), za każdy dzień opóźnienia w wysokości 4,5% całkowitej wartości brutto przedmiotu umowy, co stanowi naruszenie elementarnej istoty umowy dostawy, polegające na wprowadzeniu kar

umownych za kompletowanie zespołów i podzespołów pojazdu, podczas gdy przedmiotem umowy jest dostawa kompletnego pojazdu, a ponadto wysokość kary umownej jest 45 razy większa od wysokości innych kar umownych wskazanych w umowie, w tym kary umownej za niedotrzymanie terminu dostawy pojazdu, a także wysokości kar umownych stosowanych w obrocie.

3. Art. 353 [1] kc w zw. z art. 139 ust. 1 pzp – przez nałożenie na wykonawcę w § 5 załącznika nr 3 do SIWZ (warunki gwarancji) zobowiązania do zapłaty kary umownej za wyłącznie pojazdu z eksploatacji z powodu wady pojazdu bez względu na okoliczności, z jednoczesnym zobowiązaniem do zapłaty kar umownych za opóźnienie w usuwaniu wady, co w przypadku wyłączenia pojazdu z eksploatacji może prowadzić do konieczności zapłaty dwóch kar umownych za tożsame zdarzenie, oraz ustanowienie wysokości kar umownych za opóźnienie w wykonaniu zobowiązań gwarancyjnych w wysokości 0,1 % wartości przedmiotu umowy za każdy dzień, co jest wartością rażąco wygórowaną i niewspółmierną do wartości stosowanych w obrocie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie następujących zmian postanowień SIWZ:

1. Wykreślenie pkt 4.5.6 załącznika nr 1 do SIWZ i umowy lub zmianę tego postanowienia przez wprowadzenie obowiązku zapewnienia możliwości sterowania wszystkimi układami z pojazdem już nabytym tj. EN62(21WE)-ELF, pod warunkiem udostępnienia przez Zamawiającego w terminie 7 dni od podpisania umowy kompletnej dokumentacji i oprogramowania, pozwalających zapewnić możliwość sterowania wszystkimi układami z pojazdem EN62(21WE)-ELF, w szczególności dokumentacji ideowo-logicznej sprzęgów pojazdów z protokołami komunikacyjnymi włącznie, wraz z udzieleniem stosownej licencji na korzystanie z dokumentacji i oprogramowania dla celów wykonania Zamówienia oraz oświadczeniem Zamawiającego o kompletności dokumentacji i oprogramowania.
2. Wykreślenie par. 13 pkt 4 ust. b załącznika nr 8 do SIWZ (wzoru umowy) lub zmianę tego postanowienia przez ustalenie wysokości kar umownych za niedotrzymanie terminu skompletowania zespołów i podzespołów określonego § 1 ust. 3 pkt b) za każdy dzień opóźnienia poza ten termin – w wysokości 0,1% za każdy dzień opóźnienia.
3. Zmianę brzmienia § 5 załącznika nr 3 do SIWZ (warunki gwarancji) na następującą:
  1. *Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 2 000 zł (słownie złotych: dwa tysiące) za każdy dzień wyłączenia pojazdu z eksploatacji z powodu ujawnienia się lub wystąpienia lub w związku z ujawnieniem się lub wystąpieniem wady lub awarii, pod warunkiem nieusunięcia wady w terminie umownym.*

## Sygn. akt KIO 704/13

2. W przypadku nieusunięcia przez Wykonawcę uszkodzeń pojazdu powstałych w okresie gwarancji w terminie określonym w § 3 ust. 3, które nie powodują wyłączenia pojazdu z eksploatacji. Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty Zamawiającemu kary umownej w wysokości 0,04% całkowitej wartości brutto przedmiotu umowy, za każdy dzień opóźnienia, licząc od następnego dnia po ustalonym przez strony terminie usunięcia uszkodzenia.

3. W przypadku niewykonania przez Wykonawcę czynności naprawczej w terminie określonym w §4 ust. 5, które nie powodują wyłączenia pojazdu z eksploatacji Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty Zamawiającemu kary umownej w wysokości 0,04% całkowitej wartości brutto przedmiotu umowy, za każdy dzień opóźnienia, licząc od następnego dnia po ustalonym przez strony terminie wykonania czynności serwisowej.

4. Zastrzeżone kary umowne płatne są w terminie 14 dni od daty otrzymania stosownego wezwania do zapłaty.

W uzasadnieniu odwołania podano dodatkowe okoliczności faktyczne i prawne podniesionych zarzutów.

29 marca 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie (w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem weryfikowanym za mocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu) przez Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. 4 kwietnia 2013 r. w tej samej formie Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy przesłała oświadczenie o cofnięciu przystąpienia.

4 kwietnia 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło faksem pismo z tej daty, w którym Odwołujący oświadczył, że w związku z wprowadzoną przez Zamawiającego tego dnia zmianą treści s.i.w.z. – cofa odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 704/13.

Do oświadczenia załączono zmianę treści s.i.w.z. z 4 kwietnia 2013 r. polegającą na wykreśleniu przez Zamawiającego punktu 4.5.6. z załącznika nr 1 do s.i.w.z. i umowy.

Cofnięcie odwołania zostało podpisane przez dwóch członków zarządu, którzy – zgodnie z załączonym do odwołania odpisem aktualnym z rejestru przedsiębiorców dla nr KRS: 0000066315 z 11 lutego 2013 r. – uprawnieni są łącznie do reprezentacji NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu.

## Sygn. akt KIO 704/13

Z uwagi na cofnięcie odwołania – działając na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp w zw. z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280, z późn. zm.) – Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 187 ust. 8 zd. 2 pzp w związku z § 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. 238).

**Przewodniczący:** .....