

**Sygn. akt: KIO 1284/17**

**POSTANOWIENIE  
z dnia 13 lipca 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Paweł Trojan**

**Członkowie: Agnieszka Trojanowska**

**Emil Kawa**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron w dniu 12 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 czerwca 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **NOKIA Solutions and Networks Spółka z o.o., ul. Domaniewska 39a, 02-672 Warszawa; SPC-1 Spółka z o.o., ul. Domaniewska 39a, 02-672 Warszawa; SPC-2 Spółka z o.o., ul. Domaniewska 39a, 02-672 Warszawa** oraz **SPC-3 Spółka z o.o., ul. Domaniewska 39a, 02-672 Warszawa**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Kapsch CarrierCom Spółka z o.o.; ul. Poleczki 35a, 02-822 Warszawa, Kapsch CarrierCom AG, Lehrbachgasse 11, 1120 Wiedeń, Austria; Kapsch CarrierCom France S.A.S., 1 Rue Jean Pierre Timbaud, 78180 Mognity Le Bretonneux, Francja** oraz **PORR S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **ZUE S.A., ul. Czaplińskiego 3, 30-048 Kraków** oraz **Kolejowe Zakłady Automatyki S.A., ul. Asnyka 32, 40-696 Katowice** zgłaszających przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **FONBUD S.A. – Spółka z komandytowa, ul. Redycka 71, 51-169 Wrocław; ATENDE S.A., ul. Ostrobramska 86, 04-163 Warszawa; ICRAFT Co. Ltd., ul. Doosan Bldg, 105-7 Nonhyeon-dong, 726, Eonju-ro, Gangnam-gu, 135-010 Seul. Korea Południowa** oraz **TOB YKPKOM, ul. Prospekt Powitroflotskyj 72, 03151 Kijów, Ukraina** zgłaszających przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Thales Polska Spółka z o.o., ul. Gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa, Thales Portugal S.A., Rua Calvet Magalhães, no 245, 2770 153, Paço de Arcos, Portugalia, Huawei Polska Spółka z o.o. ul. Domaniewska 50, 02-672 Warszawa** oraz **Radmor S.A., ul. Hutnicza 3, 81-212 Gdynia** zgłaszających przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **China Railway International Group Co. Ltd, Yongan Road 20, pokój 107, blok 3, Mentougou, 102300 Pekin, Chińska Republika Ludowa; China Crec Railway Electrification Bureau (group) Co. Ltd., Fengtailukou Road 139, pokój 202, Fengtai, 100071 Pekin, Chińska Republika Ludowa** oraz **NTS Engineering S.A., ul. Wincentego Kadłubka 27, 02-496 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego;

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa w trybie przetargu ograniczonego pn.: „Budowa infrastruktury systemu RTMS/GSM-R na liniach kolejowych PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w ramach NPW ERTMS”.

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**

2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **NOKIA Solutions and Networks Spółka z o.o., ul. Domaniewska 39a, 02-672 Warszawa; SPC-1 Spółka z o.o., ul. Domaniewska 39a, 02-672 Warszawa; SPC-2 Spółka z o.o., ul. Domaniewska 39a, 02-672 Warszawa** oraz **SPC-3 Spółka z o.o., ul. Domaniewska 39a, 02-672 Warszawa** kwotę **13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych i zero groszy), stanowiącą 90% uiszczonego przez Odwołującego wpisu.

Stosownie do treści art. 198 a i art. 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 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 Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

.....

.....

**Sygn. akt KIO 1284/17**

**UZASADNIENIE**

**postanowienia z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1284/17**

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa infrastruktury systemu RTMS/GSM-R na liniach kolejowych PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w ramach NPW ERTMS”.

Izba ustaliła, że postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu ograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 26.09.2015 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2015/S 187 - 340003.

Powyższe oznacza, iż do przedmiotowego postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w dotychczasowym brzmieniu, tj. przed wejściem w życie nowelizacji zawartej w ustawie z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

W dniu **14.06.2017 r.** Zamawiający przekazał wykonawcom treść SIWZ.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **23.06.2017 r.** w zakresie części 1.

W ramach wniesionego odwołania Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) Art. 14 w zw. z art. 58 Kc poprzez sprzeczne z prawem ukształtowanie niektórych wymagań w umowie lub OPZ co prowadzi do ich nieważności w świetle wskazanych przepisów.

- 2) Naruszenie art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 58 Kc i art. 41 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz art. 29 ust 1 ustawy tj. niezgodne z tymi przepisami zasady przeniesienia praw autorskich majątkowych do utworów,
- 3) art. 14 ustawy Pzp oraz 139 ust 1 Pzp w zw. z art. 3531 Kc poprzez sformułowanie postanowień wzoru umowy o zamówienie wbrew ustawie Pzp tj bez respektowania traktatowej zasady proporcjonalności i nieograniczania konkurencji poprzez przeniesienie na wykonawcę całości ryzyk z tytułu jej wykonania oraz zastosowania sankcji za jej niewykonanie w sposób oczekiwany przez zamawiającego które stanowią o niedozwolonym korzystaniu z prawa.
- 4) art. 14 ustawy Pzp oraz 139 ust 1 Pzp w zw. z art. 355 Kc poprzez ukształtowanie postanowień OPZ w taki sposób który zmusza wykonawcę do zachowania się podczas wykonywania zamówienia w sposób sprzeczny z zasadą profesjonalnej staranności.
- 5) art. 14 ustawy Pzp oraz 139 ust 1 Pzp w zw. z art. 387 ustawy Kc poprzez żądanie we Wzorze umowy dostarczenia świadczenia opcjonalnego w obliczonym w miesiącach terminie który zakończy się zanim nastąpi zdarzenie (upływ gwarancji) po którym zamawiający przewiduje możliwość skorzystania z opcji.
- 6) art. 14 ustawy Pzp oraz 139 ust 1 Pzp w zw. z art 484 Kc poprzez ustalenie kar umownych które mają charakter rażąco wygórowany przekraczając w niektórych przypadkach wartość czynności za których wykonywanie kara może być naliczana oraz kumulację niektórych kar umownych za opóźnienie w kolejnych etapach wykonywania zamówienia.
- 7) Art. 14 ustawy Pzp oraz 139 ust 1 Pzp w zw. z art. 577 i 578 Kc poprzez nadmierny zakres obowiązków gwarancyjnych wykonawcy polegających na wymianie Urządzeń lub świadczenia napraw mimo iż nie wynika to z wad rzeczy lub obejmuje także rzeczy nie objęte umową dostawy.
- 8) art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję i ustanowienie wymagań co do zakresu czynności wykonawcy w sposób preferujący określonego wykonawcę.
- 9) Art. 29 ust. 1 poprzez niejednoznaczne opisanie zakresu obowiązków i terminów w których wykonawca winien spełniać swoje obowiązki umowne.
- 10) Art. 30 ust. 1 poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia bez zachowania odpowiednich norm wskazanych w tym przepisie.
- 11) art. 36 ust. 2 pkt 11) poprzez ustalenie we wzorze umowy uprawnienia zamawiającego do badania podmiotowego podwykonawców podczas gdy przepis zezwala wyłącznie na badanie treści umowy z podwykonawcą (i jej projektu).
- 12) art. 60 ust 3 oraz art. 134 ust 3 pkt 2 poprzez ustanowienie terminu składania ofert bez uwzględnienia czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty.

13) art. 148 ustawy Pzp poprzez nie znajdujące podstawy w przepisach prawa żądania co do dokumentów, w których może zostać wniesione zabezpieczenie należytego wykonania umowy poprzez żądanie w szczególności audytowanego sprawozdania finansowego banku/ubezpieczyciela - wystawcy dokumentu w którym jest wnoszone zabezpieczenie;

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania w całości,
2. Zmianę postanowień SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania
3. Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Zgodnie z informacją przekazaną przez Zamawiającego ten ostatni poinformował pozostałych wykonawców o wniesieniu odwołania w dniu 26.06.2017 r.

Izba ustaliła ponadto, iż w ustawowym terminie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania przystąpienia skutecznie zgłosili następujący wykonawcy:

1. Konsorcjum Kapsch CarrierCom Spółka z o.o.; ul. Poleczki 35a, 02-822 Warszawa, Kapsch CarrierCom AG, Lehrbachgasse 11, 1120 Wiedeń, Austria; Kapsch CarrierCom France S.A.S., 1 Rue Jean Pierre Timbaud, 78180 Mognity Le Bretonneux, Francja oraz PORR S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa zgłaszając przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego;

2. Konsorcjum ZUE S.A., ul. Czaplńskiego 3, 30-048 Kraków oraz Kolejowe Zakłady Automatyki S.A., ul. Asnyka 32, 40-696 Katowice zgłaszając przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego;

3. Konsorcjum FONBUD S.A. – Spółka z komandytowa, ul. Redycka 71, 51-169 Wrocław; ATENDE S.A., ul. Ostrobramska 86, 04-163 Warszawa; ICRAFT Co. Ltd., ul. Doosan Bldg, 105-7 Nonhyeon-dong, 726, Eonju-ro, Gangnam-gu, 135-010 Seul. Korea Południowa oraz TOB YKPKOM, ul. Prospekt Powitroflotskyj 72, 03151 Kijów, Ukraina zgłaszając przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego;

4. Konsorcjum Thales Polska Spółka z o.o., ul. Gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa, Thales Portugal S.A., Rua Calvet Magalhães, no 245, 2770 153, Paço de Arcos, Portugalia,

Huawei Polska Spółka z o.o. ul. Domaniewska 50, 02-672 Warszawa oraz Radmor S.A., ul. Hutnicza 3, 81-212 Gdynia zgłaszając przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego;

5. Konsorcjum China Railway International Group Co. Ltd, Yongan Road 20, pokój 107, blok 3, Mentougou, 102300 Pekin, Chińska Republika Ludowa; China Crec Railway Electrification Bureau (group) Co. Ltd., Fengtailukou Road 139, pokój 202, Fengtai, 100071 Pekin, Chińska Republika Ludowa oraz NTS Engineering S.A., ul. Wincentego Kadłubka 27, 02-496 Warszawa zgłaszając przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron postępowania odwoławczego stwierdziła, iż postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp.

Powyższe jest wynikiem faktu, że Odwołujący na posiedzeniu w dniu 12 lipca 2017 r. złożył oświadczenie woli o cofnięciu odwołania wskazując, iż ustalenia poczynione z Zamawiającym pozwalają na uznanie, że brak jest podstaw sporu w zakresie ujętym w odwołaniu w odniesieniu do treści SIWZ oraz projektu umowy. Jednocześnie Zamawiający oraz Odwołujący wyrazili wolę wprowadzenia do protokołu posiedzenia z dnia 12 lipca 2017 r. w sprawach rozpoznawanych łącznie KIO 1281/17, KIO 1282/17, KIO 1283/17, KIO 1284/17, KIO 1285/17 oraz KIO 1295/17 proponowanych zmian oraz wyjaśnień Zamawiającego dotyczących treści ww. dokumentów.

Izba wskazuje, iż Odwołujący jest gospodarzem postępowania odwoławczego i złożenie przez niego oświadczenia o cofnięciu odwołania odnosi daleko idące skutki w postaci obowiązku zniesienia tegoż postępowania. Zatem Krajowa Izba Odwoławcza zobligowana jest na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy Pzp do umorzenia postępowania odwoławczego i wydania w tym przedmiocie postanowienia.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż w przypadku cofnięcia odwołania przez Odwołującego przed otwarciem rozprawy odwołującemu zwraca się 90% wpisu na mocy przepisu art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawa zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty 13 500,00 zł (słownie: trzynaście tysięcy pięćset

złotych i zero groszy) z wpisu uiszczonego przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych.

**Przewodniczący**

.....

.....

.....