Sygn. akt KIO 835/19

POSTANOWIENIE
z dnia 14 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Magdalena Rams

Ewa Sikorska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 14 maja 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2019 r. przez wykonawcę NEWAG

S.A. w Nowym Sączu, ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz w postępowaniu prowadzonym przez Koleje Wielkopolskie Sp. z o. o., ul. Składowa 5, 61-897 Poznań

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy NEWAG S.A. w Nowym Sączu, ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90 % uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Poznaniu.

Przewodniczący.....

Sygn. akt KIO 835/19

Uzasadnienie

Zamawiający: Koleje Wielkopolskie Sp. z o. o., ul. Składowa 5, 61-897 Poznań wszczął w postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. Zakup czterech spalinowych zespołów trakcyjnych do wykonywania regionalnych kolejowych przewozów pasażerskich wraz z ich dostarczeniem, numer referencyjny: KW-WWA-282.01.2019.AU.

W dniu 23 kwietnia 2019 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2019/S 079-190875. W tej samej dacie została zamieszczona Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, zwana dalej SIWZ.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami SIWZ Odwołujący: NEWAG S.A. w Nowym Sączu, ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz w dniu 6 maja 2019 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2, art. 29 ust. 3 i art. 30 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp poprzez podanie w Załączniku nr 5 do SIWZ, Rozdział 1, pkt 4, że Zamawiający wymaga iż w momencie dostawy Pojazdy muszą posiadać Zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego ważne bezterminowo zgodne z TSI, wydane przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego zgodnie z ustawą o transporcie kolejowym z dnia 28 marca 2003 r. (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r. poz. 2117 z późn. zm.) wraz z aktami wykonawczymi do tej ustawy - w zakresie zawierającym wymagania odnoszące się do taboru kolejowego, bez dopuszczenia rozwiązania równoważnego w postaci dostarczenia zezwolenia na wprowadzenie do obrotu pojazdu kolejowego wydanego przez Agencję Kolejową Unii Europejskiej,

2. art. 28 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 387 § 1 Kodeksu Cywilnego, art. 353 [1] Kodeksu Cywilnego i art. 58 § 1 i 2 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 7 ust 1 Ustawy i art. 139 Ustawy poprzez wprowadzenie w Załączniku nr 5 do SIWZ, Rozdział 1, pkt 6 wymogu dostarczenia certyfikatu WE potwierdzającego spełnianie wymagań TSI TAP, w sytuacji gdy ten podsystem funkcjonalny nie podlega certyfikacji, co prowadzi do wymagania świadczenia niemożliwego,

3. art. 29 ust. 1, oraz art. 387 § 1 Kodeksu Cywilnego, art. 353 [1] Kodeksu Cywilnego i art. 58 § 1 i 2 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 7 ust 1 ustawy Pzp i art. 139 ustawy Pzp poprzez zobowiązanie wykonawcy w Załączniku nr 5 do SIWZ, Rozdział 3, pkt 1.5 Układ napędowy do zagwarantowania jazdy na jeden silnik (z Vmax) bez wpływu na systemy pojazdu związane z bezpieczeństwem, z dopuszczeniem tylko ograniczenia związanego z funkcjonowaniem układu klimatyzacji, co stanowi opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nie wyczerpujący oraz zobowiązanie wykonawcy do świadczenia obiektywnie niemożliwego i sprzecznego z naturą stosunku prawnego,

4. art. 29 ust. 2, art. 29 ust. 3 i art. 30 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wymaganie dostawy pojazdów o wysokości podłogi w strefie wejścia 750 ± 50mm npgs dla nominalnej średnicy kół jezdnych bez dopuszczenia rozwiązania równoważnego w postaci wysokości podłogi w strefie wejścia 600 ± 50mm npgs dla nominalnej średnicy kół jezdnych, co prowadzi do bezpodstawnego ograniczenia uczciwej konkurencji w postępowaniu,

5. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 353 [1] Kodeksu Cywilnego i art. 58 § 1 i 2 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, art. 14 ustawy Pzp i 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wymaganie w Załączniku nr 3 do SIWZ §2 iż licencja ma dotyczyć typu pojazdu kolejowego, a nie pojazdów objętych przedmiotem umowy, co wykracza poza przedmiot zamówienia i naturę stosunku zobowiązaniowego,

6. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 353[1] Kodeksu Cywilnego i art. 58 § 1 i 2

Kodeksu Cywilnego w związku z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, art. 14 ustawy Pzp i 139 ust.1 ustawy Pzp poprzez postanowienia Załącznika nr 3 do SIWZ §12 ust. 1 pkt. i), zgodnie z którymi wykonawca podlega karze w każdym wypadku odstąpienia lub wypowiedzenia licencji, bez ograniczenia tego do sytuacji w których to Wykonawca ponosi winę za odstąpienie lub wypowiedzenie licencji, co narusza naturę stosunku zobowiązaniowego,

7. art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2, art. 29 ust. 3 i art. 30 ust. 4 ustawy Pzp poprzez ustalenie w Załączniku nr 3 do SIWZ §12 ust. 1 pkt. i) rażąco wygórowanej kary w wysokości 2% wartości umowy za każdy rozpoczęty rok, w którym Zamawiający pozbawiony jest licencji.

Jednocześnie, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ poprzez:

1. zmianę Załącznika nr 5 do SIWZ, Rozdział 1, pkt 4 na treść następującą: „W momencie dostawy Pojazdy muszą posiadać Zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego lub Zezwolenie na wprowadzenie do obrotu pojazdu kolejowego ważne bezterminowo zgodne z TSI wydane przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego lub Agencję Kolejową Unii Europejskiej zgodnie z ustawą o transporcie kolejowym z dnia 28 marca 2003 r. (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r. poz. 2117 z późn. zm.) wraz z aktami wykonawczymi do tej ustawy - w zakresie zawierającym wymagania odnoszące się do taboru kolejowego.

2. zmianę Załącznika nr 5 do SIWZ, Rozdział 1, pkt 6 poprzez wykreślenie wymogu dostarczenia certyfikatu WE potwierdzającego spełnienie wymagań TSI TAP.

3. zmianę Załącznika nr 5 do SIWZ, Rozdział 3, pkt 1.5 Układ napędowy poprzez wykreślenie wymagania „Możliwa jazda na jeden silnik (z Vmax) bez wpływu na systemy pojazdu związane z bezpieczeństwem. Zamawiający dopuszcza tylko ograniczenia związane z funkcjonowaniem układu klimatyzacji”.

4. zmianę Załącznika nr 5 do SIWZ, Rozdział 3, pkt 2.7 Wysokość podłogi - zdanie pierwsze - na treść następującą: „Wysokość podłogi w strefie wejścia do pojazdu musi wynosić 600 ± 50mm lub 760 ± 50mm npgs dla nominalnej średnicy kół jezdnych.”.

5. zmianę postanowień Załącznika nr 3 do SIWZ §2 poprzez jednoznaczne wskazanie iż wszelkie wymagania licencyjne dotyczą wyłącznie pojazdów objętych przedmiotem umowy, a nie typu pojazdów zmianę Załącznika nr 3 do SIWZ §12 ust. 1 pkt. i) na treść następującą: „Wykonawca, z przyczyn nie leżących po stronie Zamawiającego, odstąpił od lub wypowiedział Licencję, Licencję Rejestratorów lub Licencję Oprogramowania Pojazdów wbrew zobowiązaniu, o którym mowa w §2 ust. 18 lub nie wywiązał się ze zobowiązań, o których mowa w §2 ust. 19 - w wysokości 0,2% Wartości Umowy, za każdy rozpoczęty rok kalendarzowy, w którym Zamawiający, wbrew postanowieniom Umowy, pozbawiony jest przewidzianych Umową Licencji, Licencji Rejestratorów lub Licencji Oprogramowania Pojazdów, w tym możliwości korzystania z autorskich praw zależnych do Utworów Modyfikowalnych; Kara umowna, o której mowa powyżej będzie obliczana osobno dla Licencji, Licencji Rejestratorów lub Licencji Oprogramowania Pojazdów”.

W tym stanie rzeczy Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W dniu 13 maja 2019r., przed wyznaczoną rozprawą, do siedziby Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Odwołującego z tej samej daty o cofnięciu odwołania.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 187 ust.8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 wraz ze zm.), postanowiła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie umorzyć.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zd.2 ustawy Pzp Izba postanowiła zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty uiszczonego wpisu.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust.1 pkt. 3 lit. a i ust. 4

wraz ze zm.).

Przewodniczący.....