

Sygn. akt KIO 2491/12

POSTANOWIENIE
z dnia 22 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w Warszawie w dniu 22 listopada 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2012 r. przez **wykonawcę Bilfinger Berger Budownictwo Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 50A** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Łódź-Zarząd Dróg i Transportu z siedzibą w Łodzi, ul. Piotrkowska 175**

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawcy Bilfinger Berger Budownictwo Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 50A** kwoty **18 000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczanego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na rozbudowę i modernizację trasy tramwaju relacji Wschód-Zachód (Retkinia-Olechów) wraz z systemem zasilania oraz systemem obszarowego sterowania ruchem-zaprojektuj i wybuduj zostało wszczęte przez zamawiającego Miasto Łódź-Zarząd Dróg i Transportu z siedzibą w Łodzi, ul. Piotrkowska 175 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 31 października 2012r. za numerem 2012/S 210-345447.

W tym samym dniu zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej www.zdit.uml.lodz.pl specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz).

W dniu 9 listopada 2012r. odwołanie na treść siwz wniósł wykonawca Bilfinger Berger Budownictwo Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 50A.

Odwołujący wskazał, że odwołanie dotyczy następujących czynności zamawiającego przygotowania i przeprowadzania postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, z naruszeniem art. 7 ust. 1 Ustawy, a w szczególności:

3.1. poprzez żądanie zbyt krótkiego terminu wykonania zamówienia, w tym zbyt krótkiego terminu realizacji dokumentacji projektowej, mając na uwadze rozmiar oraz charakter inwestycji, która ma zostać zrealizowana oraz zakres powierzanych prac i obowiązków wykonawcy, które znacząco wpływają na wydłużenie czasu jego realizacji, czym zamawiający utrudnił uczciwą konkurencję i naruszył art. 7 ust. 1 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 4) Ustawy,

3.2. poprzez przygotowanie warunków kontraktu, w sposób naruszający przepisy Ustawy oraz Kodeksu Cywilnego wskazane w uzasadnieniu odwołania.

3.3. poprzez naruszenie innych przepisów Ustawy wymienionych w uzasadnieniu, które uniemożliwiają wykonawcy udział w postępowaniu oraz złożenie oferty i zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu modyfikacji postanowień siwz, w sposób wskazany w treści uzasadnienia odwołania, oraz odpowiednio zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący Bilfinger wskazał, że posiada interes do wniesienia odwołania, gdyż działania zamawiającego uniemożliwiają mu udział w przedmiotowym postępowaniu, złożenie konkurencyjnej oferty, wobec czego jego interes w uzyskaniu zamówienia może ponieść szkodę. Gdyby zamawiający prawidłowo i w sposób zapewniający uczciwą konkurencję oraz z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na

sporządzenie oferty określił termin realizacji zamówienia, oferta odwołującego mogłaby otrzymać największą ilość punktów w ramach kryteriów i uzyskałaby status oferty najkorzystniejszej, a co za tym idzie, odwołujący nie zostałby bezprawnie pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu w zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 4) ustawy, poprzez żądanie zbyt krótkiego terminu wykonania zamówienia, w tym zbyt krótkiego terminu realizacji dokumentacji projektowej, bez względu na rozmiar oraz charakter inwestycji, która ma zostać zrealizowana oraz zakres powierzanych prac i obowiązków wykonawcy, które znacząco wpływają na wydłużenie czasu jego realizacji, stwierdził co następuje:

Zgodnie z treścią Specyfikacji Istotnych warunków zamówienia Tom I pkt 5 termin wykonania zamówienia (data zakończenia) został przez zamawiającego ustalony na 30 czerwca 2015r. wraz z wymogiem zachowania przez wykonawców terminów pośrednich, które zostały uszczegółowione w pkt 5.

W ocenie Odwołującego, ustalony w tych postanowieniach termin wykonania zamówienia utrudnia uczciwą konkurencję, gdyż całkowicie uniemożliwia wykonawcy zakończenie realizacji przedmiotu zamówienia, w tym terminie. Jeżeli zakres realizacji obejmuje zaprojektowanie i wykonanie robót, to wyznaczona data zakończenia realizacji jest niemożliwa do dotrzymania, mając na uwadze niemożliwe do dotrzymania terminy wykonania dokumentacji projektowej. Natomiast obowiązkiem zamawiającego jest przygotowanie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, co obejmuje również rzetelne określenie realnych terminów umożliwiających wykonawcom należyte wykonanie zamówienia, biorąc pod uwagę jego rozmiar i stopień skomplikowania.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla przedmiotowego zadania w pkt 5., „Termin wykonania zamówienia” w podpunkcie b) określono datę zakończenia na dzień 30 czerwca 2015 r. z zachowaniem terminów pośrednich, jakim dla przygotowania dokumentacji projektowej dla odcinków: 1,2,4,5,6,7,8 jest dzień 30.06.2013r. Należy zaznaczyć, że dla przedmiotowych odcinków zadania wymagane jest jedynie wykonanie dokumentacji projektowej, bez wykonania robót budowlanych.

Odwołujący zwrócił uwagę, że na potrzeby projektowania dla większości zadania przewidziano niewspółmiernie mało czasu w stosunku do realnych potrzeb związanych z opracowaniem poprawnej i pełnej dokumentacji projektowej, zgodnej z oczekiwaniami zamawiającego i celem, któremu ma służyć. Opierając się na dotychczasowych doświadczeniach wynikających chociażby z poprzedniego unieważnionego postępowania przetargowego w przedmiotowym zadaniu, odwołujący Bilfinger żąda w pierwszej kolejności wydłużenia czasu realizacji prac projektowych dla odcinków: 1,2,4,5,6,7,8, tj. zmiany terminu zakończenia tych prac na dzień 01.03.2014r. Uzasadniając swoje żądanie odwołujący wskazał na kluczowe dla zadania daty i terminy, wynikające z przeprowadzenia czynności

koniecznych w okresie projektowania dla uzyskania zgód, pozwoleń, oraz niezbędnych decyzji administracyjnych :

1. Termin złożenia oferty - 06.12.2012.
2. Termin związania z ofertą - 90 dni - zakładamy, że wyłonienie Wykonawcy robót i podpisanie umowy (z uwzględnieniem procedur badania i oceny ofert oraz wnoszenia środków odwoławczych) nastąpi do dnia 01.03.2013r.
3. Faktyczne rozpoczęcie prac projektowych - 01.03.2013r.
4. Wykonanie koncepcji projektowej
 - a. wg zamawiającego - 30 dni tj. do 01.04.2013r.

W ocenie Odwołującego, tak drastycznie krótki termin 30 dni spowoduje, że wykonana praca obrazować będzie zaledwie w niewielkim stopniu uszczegółowienie PFU w zakresie rozwiązań sytuacyjnych na nieaktualizowanych podkładach geodezyjnych i podania szacunkowych przebiegów niwelet. Tym samym, w żaden sposób nie będzie odpowiadała formie i zawartości zwyczajowo przyjętej dla etapu koncepcji. Nadto wyraźnie proponowany przez zamawiającego termin 30 dni na wykonanie koncepcji projektowej faworyzuje dotychczasowego wykonawcę programu funkcjonalno- użytkowego, posiadającego wiedzę źródłową nabytą we wcześniejszej fazie prac przedprojektowych, posiadającego materiały i dane wyjściowe do projektowania oraz bazę dokumentacyjną w wersji elektronicznej, który jako jedyny byłby w stanie opracować w tej sytuacji wymaganą koncepcję. Stanowi to element nieuczciwej konkurencji,

- b. wg odwołującego niezbędny jest termin 90 dni tj. do 30.06.2013r.

W ocenie odwołującego jest to realny czas na opracowanie koncepcji projektowej, umożliwiający wcześniejsze przeprowadzenie szczegółowej inwentaryzacji obiektów w terenie.

Uzgodnienie dokumentacji przez zamawiającego

- a. Wg zamawiającego - 14 dni tj. do 15.04.2013 r.

Termin 14 dni na uzgodnienie koncepcji może być jedynie wiążący przy założeniu, że wcześniej zamawiający szczegółowo określi zawartość jednowariantowej koncepcji projektowej tak, aby w momencie przekazania jej przez wykonawcę nie były zgłaszane zastrzeżenia, co do formy i zawartych w niej treści, oraz że żadna instytucja miejska lub gestor sieci i urządzeń infrastruktury, poza zamawiającym, nie wniesie uwag, powodujących odrzucenie lub negację przyjętych rozwiązań, a w efekcie konieczność poprawy koncepcji.

- b. Wg odwołującego - do 15.06.2013 r. (termin proponowany po uwzględnieniu 90 dni na przygotowanie koncepcji)

Uwzględniając powyższe, faktyczne rozpoczęcie prac nad projektem budowlanym

- a. Wg zamawiającego - 15.04.2013 r.

b. Wg odwołującego - 15.06.2013 r. termin proponowany po uwzględnieniu 90 dni na przygotowanie koncepcji)

Odwołujący Bilfinger podkreślił, że zgodnie z przyjętą dobrą praktyką projektową, dopiero po etapie uzgodnienia i ostatecznego zatwierdzenia koncepcji projektowej zostanie określony obszar inwestycji skutkujący m.in. rozpoczęciem geodezyjnych pomiarów terenowych, przygotowania do geotechnicznych i hydro-geologicznych badań podłoża gruntowego, w przypadku konieczności możliwy będzie też do zainicjowania etap aktualizacji i pozyskania brakujących warunków technicznych przebudowy uzbrojenia lub budowy nowych odcinków sieci i przyłączy projektowanych urządzeń.

Dla powyższego zakresu odwołujący zakłada następujące terminy:

c. Prace geodezyjne - z opracowaniem, niezbędnego przy takim zakresie prac, numerycznego modelu terenu (DTM) mapy do celów projektowych z zatwierdzeniem w ODGiK - min. 60 dni - tj . do 15.06.2013 r. (15.08.2013 r. termin proponowany po uwzględnieniu 90 dni na przygotowanie koncepcji)

d. Przygotowanie projektu prac geologicznych z zatwierdzeniem, badania terenowe i opracowanie techniczne - min. 60 dni - tj . do 15.06.2013 r. (15.08.2013 r. termin proponowany po uwzględnieniu 90 dni na przygotowanie koncepcji)

e. Warunki techniczne (aktualizacja, uzyskanie brakujących) - min. 30 dni - tj. do dnia 15.05.2013 r. (15.07.2013 r. termin proponowany po uwzględnieniu 90 dni na przygotowanie koncepcji)

f. Uzyskanie decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego (jeśli wystąpi konieczność) - około 60 dni (w przypadku skomplikowanych inwestycji) w okresie od 15.05.2013 r. do 15.07.2013 r. (15.07.2013 r. do 15.09.2013 r. termin proponowany po uwzględnieniu 90 dni na przygotowanie koncepcji)

g. Przygotowanie planszy zbiorczej uzbrojenia i przedłożenie w ZUDP - przy uwzględnieniu powyższego (pkt a) - 30.06.2013 r. (30.08.2013 r. termin proponowany po uwzględnieniu 90 dni na przygotowanie koncepcji)

h. Uzyskanie uzgodnienia ZUDP - min. 30 dni - tj. około 15.08.2013 r. (15.10.2013 r. termin proponowany po uwzględnieniu 90 dni na przygotowanie koncepcji)

i. Uzgodnienia branżowe - min. 30 dni - tj. około 15.09.2013 r. (15.11.2013 r. termin proponowany po uwzględnieniu 90 dni na przygotowanie koncepcji)

j. Skompletowanie projektów budowlanych - min. 15 dni - tj. około 30.09.2013r. (30.11.2013 r. termin proponowany po uwzględnieniu 90 dni na przygotowanie koncepcji)

k. Wykonanie powtórnego opracowania oddziaływania inwestycji na środowisko (II raport) - procedura uzupełniająca (zgodnie z obostrzeniem w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach) - musi uwzględniać odpowiedni stopień szczegółowości projektu budowlanego i innych decyzji oraz opisywać bardzo sprecyzowane zamierzenie Inwestora i

oddziaływanie na środowisko - co oznacza, że de facto zakończone może być około 30 dni po uzyskaniu uzgodnień branżowych tj. 01.10.2013 r. (01.12.2013 r. termin proponowany po uwzględnieniu 90 dni na przygotowanie koncepcji)

7. Zakładamy, że dla przedmiotowego zadania możliwe/konieczne będą min. 3 ścieżki procedowania dokumentów umożliwiających rozpoczęcie robót budowlanych;

a. Pozwolenie na budowę (poprzedzone trybem wydania decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego) - 65 dni tj. do dnia 06.12.2013 r. (06.02.2014 r. termin proponowany po uwzględnieniu 90 dni na przygotowanie koncepcji)

b. Zezwolenie na realizację inwestycji drogowej (w przypadku konieczności podziału działek i wydzielania nowego pasa drogowego) - poprzedzone procedurą podziałową działek - 90 dni tj. do 01.01.2014 r. (01.03.2014 r. termin proponowany po uwzględnieniu 90 dni na przygotowanie koncepcji)

c. Zgłoszenie robót budowlanych niewymagających pozwolenia na budowę - 30 dni tj. 01.11.2013r. (01.01.2014 r. termin proponowany po uwzględnieniu 90 dni na przygotowanie koncepcji)

Z powyższego wyliczenia wynika, że najwcześniejsze zakończenie części prac projektowych dla robót branżowych, uzyskanie decyzji zatwierdzających i udzielających pozwolenia na budowę, a tym samym pozwalające na rozpoczęcie robót budowlanych może nastąpić około 01.11.2013r. (01.01.2014r. termin proponowany po uwzględnieniu 90 dni na przygotowanie koncepcji), najpóźniejsze około 01.01.2014r. (01.03.2014r. termin proponowany po uwzględnieniu 90 dni na przygotowanie koncepcji) przy założeniu uzyskania na decyzjach klauzuli rygoru natychmiastowej wykonalności.

Należy także zwrócić szczególną uwagę na fakt, że przy obliczaniu poszczególnych terminów brano pod uwagę minimalne długości okresów niezbędnych dla wykonania poszczególnych czynności, co w niesprzyjających warunkach może dodatkowo wpłynąć na wydłużenie ostatecznego terminu pozyskania niezbędnych decyzji niezbędnych dla rozpoczęcia prac budowlanych. Biorąc pod uwagę powyższe, odwołujący Bilfinger wnosi o uwzględnienie w/w terminów pośrednich i końcowych, jako wiążących dla przedmiotowego zadania w zakresie opracowań projektowych dla odcinków: 1,2,4,5,6,7,8 i przedłużenie terminu wykonania dokumentacji projektowej jak żądamy powyżej tj. do dnia 01.03.2014r.

4. W świetle powyższych żądań odwołującego w zakresie przedłużenia terminu wykonania dokumentacji projektowej dla odcinków: 1,2,4,5,6,7,8, mając na uwadze również analogiczną konieczność dłuższej realizacji dokumentacji projektowej dla odc. nr 3, co radykalnie wpłynie na termin realizacji robót budowlanych - odwołujący żąda przedłużenia terminu realizacji robót budowlanych dla odc. Nr 3 - do dnia 31.12.2015r.

W zakresie naruszenia przepisów Ustawy oraz Kodeksu Cywilnego, poprzez przygotowanie warunków kontraktu, odwołujący Bilfinger stwierdził, co następuje:

Uprawnienie zamawiającego do kształtowania postanowień umownych wynika wprost z treści art. 36 ust. 1 pkt 16 Ustawy, czego nie można utożsamiać z dowolnością ustalania postanowień umowy. Podobnie jak każdy inny zapis siwz (np. opis przedmiotu), podlega ustaleniu z wykonawcami, także z punktu widzenia przestrzegania fundamentalnej zasady kodeksu cywilnego jakim jest art. 5 k.c. Odwołujący podkreślił, że przepisy kodeksu cywilnego wprost przewidują równość stron stosunku cywilnego. Innymi słowy w treści kodeksu cywilnego nie znajdziemy takich postanowień, które by wskazywały na preferowanie zamawiającego zawierającego akurat umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zasada równości stron zatem nie doznaje żadnych ograniczeń w postępowaniu o zamówienie publiczne. Także żaden zapis ustawy Pzp nie uprawnia zamawiającego do czynienia wyłomu w przestrzeganiu zasady równości stron i prymatu zasad zawartych w kodeksie cywilnym, przy zawieraniu umów w sprawie zamówienia publicznego. Wręcz przeciwnie, art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp odsyłają do stosowania Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej przesądzają o czysto cywilistycznym stosunku jaki powstaje pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Odwołujący wskazał, że poniższe subklauzule umowne zostały ukształtowane z przekroczeniem granic swobody umów:

Subklauzula 1.9 Znajomość Wymagań zamawiającego, którą skreślono i zastąpiono treścią „Wykonawca oświadcza, że przed złożeniem Oferty (...) wezwie do przedstawienia innego rozwiązania.”

Odwołujący wskazał, że zamawiający treścią powyższej klauzuli bezprawnie domaga się od wykonawców konieczności wykrycia i powiadomienia na etapie przed złożeniem oferty, o wszelkich błędach, brakach, oraz wadach wykrytych w wymaganiach zamawiającego. Ponadto, niedopuszczalne jest, zdaniem odwołującego Bilfinger, także obarczenie wykonawców ryzykiem poniesienia kosztów w przypadku stwierdzenia i rozwiązania we własnym zakresie i na własny koszt już po zawarciu umowy wszelkich błędów, braków lub wad w w/w dokumentacji, z wyjątkiem tych, które zgłosił zamawiającemu przed złożeniem oferty, mimo że zamawiający wymaga uwzględnienia wspomnianego ryzyka w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej. Tym samym odpowiedzialnością za kompletność i prawidłowość przekazanych wymagań i dokumentów przetargowych stanowiących opis przedmiotu zamówienia, obciąża wykonawców, w sytuacji, gdy to sam zamawiający, zgodnie z ustawą Pzp jest odpowiedzialny za przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia, Stanowi to według odwołującego Bilfinger naruszenie art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, przepisy Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno użytkowego, jak również art. 647 i art. 353 1 Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ustawy Pzp, zgodnie z którym

obowiązek przekazania prawidłowo sporządzonego PFU w zakresie zarówno części opisowej jak i informacyjnej, spoczywa na zamawiającym.

Żądanie: Skreślenie Subklauzuli 1.9 Znajomość Wymagań zamawiającego lub usunięcie z jej treści zapisów obciążających odpowiedzialnością wykonawców za opis przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zakwestionował także Subklauzulę 4.4 Podwykonawcy, w której zamawiający skreśla się Subklauzulę i zastępuje treścią w zakresie pkt. 4.4.5, 4.4.6, 4.4.7 i 4.4.8

W ocenie odwołującego Bilfinger niezasadny wymóg dokonywania płatności dla podwykonawców za dany element robót przed wystawieniem przez wykonawcę swojej faktury dla zamawiającego obejmującej roboty wykonane przez podwykonawcę (WSK 4.4.5). Niezasadny jest wymóg, w razie sporu sądowego z podwykonawcą dotyczącego zapłaty jego wynagrodzenia, żądania przejęcia przez wykonawcę kosztów i ryzyka obrony zamawiającego przed roszczeniami podwykonawcy poprzez konieczny udział w postępowaniu sądowym (WSK 4.4.6). Niezasadny jest wymóg zaspokajania roszczenia podwykonawców objętych tytułami egzekucyjnymi (nawet nie „tytułami wykonawczymi”) wydanymi przeciwko zamawiającemu - w pierwszej kolejności z Zabezpieczenia Wykonania oraz uzupełniająco z innych należności wykonawcy (WSK 4.4.7).

Niezasadne jest także, zdaniem odwołującego, żądanie zamawiającego rozwiązania umowy z danym podwykonawcą, który w ocenie zamawiającego przyczynia się do nienależytego wykonywania Kontraktu przez wykonawcę (WSK 4.4.8). Niejednoznaczność przywołanych postanowień Warunków Kontraktu [wzoru umowy] może być arbitralnie wykorzystywana przez zamawiającego w sposób krzywdzący dla wykonawcy co prowadzi do rażącego uprzywilejowania zamawiającego i stanowi w konsekwencji przekroczenie granic swobody umów. Prowadzi również do nieuzasadnionego wzbogacenia kosztem wykonawcy. Ponadto, daje zamawiającemu możliwość uznaniowego rozstrzygnięcia przez zamawiającego, czy podwykonawca przyczynił się do nienależytego wykonywania Kontraktu przez wykonawcę. Ukształtowanie treści przedmiotowych postanowień stanowi w konsekwencji przekroczenie granic swobody umów.

Żądanie: Modyfikacja treści klauzuli poprzez usunięcie zapisów niekorzystnych dla wykonawcy

Odwołujący Bilfinger zakwestionował również Subklauzulę 15.2 Odstąpienie z przyczyn dotyczących Wykonawcy w związku z Subklauzulą 16.2 Odstąpienie przez Wykonawcę

Odwołujący wskazał na zapisy kolejny raz potwierdzające rażące uprzywilejowanie zamawiającego co stanowi w konsekwencji przekroczenie granic swobody umów, na przykładzie rażąco skrajnie ustalonych terminów na skorzystanie z prawa odstąpienia, gdzie dla zamawiającego wynosi on 6 miesięcy od daty powzięcia wiadomości o przyczynie

odstąpienia, natomiast dla wykonawcy wynosi on jedynie 60 dni od ziszczenia się danej przesłanki odstąpienia.

Żądanie: Ustalenie porównywalnych terminów na skorzystanie z prawa odstąpienia.

Podkreślił, że treść powyższych zapisów umowy rażąco dyskryminuje wykonawcę, a tym samym treść umowy zostaje ukształtowana z przekroczeniem granic swobody umów. Powoduje to naruszenie art. 353(1), art. 58 § 1 i § 2 oraz art. 5 k.c. oraz art. 14 i 139 ustawy Pzp przez wprowadzenie do umowy postanowień, które są sprzeczne z zasadą swobody zawierania umów oraz z zasadami współzycia społecznego.

Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 8 listopada 2012r. udzielonego przez dwóch członków zarządu odwołującego, ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 9 listopada 2012r.

W dniu 12 listopada 2012r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania, przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. zamawiający zamieścił także informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią na swojej stronie internetowej.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 21 listopada 2012r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania. Oświadczenie to zostało podpisane pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa załączonego do odwołania.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie Odwołującemu 90% kwoty uiszczanego wpisu.

Przewodniczący: