

Sygn. akt KIO 1531/20

POSTANOWIENIE

z dnia 31 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 31 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2020 r. przez wykonawcę **STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Morskiego Portu Gdynia Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni**

przy udziale wykonawcy **BUDIMEX Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

1. **Umorzyć postępowanie odwoławcze.**
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie** kwoty **18 000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 Gdańsku**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zarząd Morskiego Portu Gdynia Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Przebudowa Nabrzeża Norweskiego w Porcie Gdynia*. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa Pzp” lub „PZP”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 120-293083 w dniu 24 czerwca 2020 r.

W dniu 6 lipca 2020 r. spółka STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, dalej „Odwołujący”, złożyła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie

1. art. 7 ust. 1 PZP poprzez brak przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równości wykonawców, a także naruszenia przez Zamawiającego zasady proporcjonalności;
2. art. 353¹ k.c. oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 14 PZP oraz w zw. art. 139 ust. 1 PZP oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 PZP poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa,
a w konsekwencji naruszenie:
 1. art. 29 ust. 1 i 2 PZP poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Inwestora związanych z przygotowaniem postępowania, w szczególności przez przerwienie na Wykonawcę wszelkich ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia, a przez to naruszenie zasady proporcjonalności;
 2. art. 647 k.c. w zw. art. 353¹ k.c. oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 14 PZP oraz w zw. art. 139 ust. 1 PZP poprzez sformułowanie projektu umowy w sposób sprzeczny z istotą umowy o roboty budowlane;
 3. 473 § 1 k.c. w zw. art. 353¹ k.c. oraz w zw. z art. 58 k.c. w zw. z art. 14 PZP oraz w zw.

- art. 139 ust. 1 PZP poprzez modyfikację odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy bez wskazania w umowie okoliczności, za które Wykonawca ma ponosić odpowiedzialność;
4. art. 483 k.c. w zw. art. 353¹ k.c. oraz w zw. z art. 58 k.c. w zw. z art. 14 PZP oraz w zw. art. 139 ust. 1 PZP poprzez ustanowienie obowiązku zapłaty kary umownej z pominięciem zasad odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, tj. z pominięciem przesłanki winy dłużnika, a także rażące wygórowanie ich wysokości;
 5. art. 15r ustawy z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID- 19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw;
 6. art. 144 ust. 1 PZP w zw. art. 353¹ k.c. oraz w zw. z art. 58 k.c. w zw. z art. 14 PZP oraz w zw. art. 139 ust. 1 PZP poprzez przyznanie Zamawiającemu prawa do jednostronnej zmiany umowy oraz brak określenia w postaci jednoznacznych postanowień możliwości, zakresu i warunków wprowadzenia zmiany.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób określony w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w ustawowym terminie przystąpił wykonawca BUDIMEX Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący pismem z dnia 31 lipca 2020 r. oświadczył, iż cofa w całości odwołanie. Oświadczenie o wycofaniu zostało złożone przez osobę upoważnioną do reprezentowania Odwołującego i stanowi podstawę do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 187 ust. 8 zd. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z cofnięciem odwołania przed otwarciem rozprawy, Izba postanowiła o zwrocie na rzecz Odwołującego 90% wpisu, zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na podstawie art. 187 ust. 8 zd. 2 ustawy Pzp 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: