

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 18 lipca 2019 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Poprawa  
Ewa Sikorska  
Bartosz Stankiewicz**

Wobec cofnięcia w dniu 16 lipca 2019 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2019 roku przez wykonawcę **ALSTAL Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Jacewie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Port Lotniczy Gdańsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku**

przy udziale wykonawcy **Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO 1273/19 po stronie odwołującego**

**postanawia:**

- 1) **umarza postępowanie odwoławcze;**
- 2) **nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy ALSTAL Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Jacewie kwoty 18.000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy 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) 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

Zamawiający – Port Lotniczy Gdańsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn. „Doprojektowanie (w zakresie projektu wykonawczego) i budowa: Budynek pirsu zachodniego wraz z infrastrukturą oraz zmianami aranżacyjnymi w drugim terminalu pasażerskim w Porcie Lotniczym im. Lecha Wałęsy w Gdańsku”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 czerwca 2019 roku pod numerem 2019/S 120-295215.

Przedmiotowe zamówienie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 134 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.), zwana „Ustawą” lub „Ustawą PZP”, albo „Pzp”, o wartości zamówienia równej lub większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu 4 lipca 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione przez wykonawcę ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Jacewie (zwanego dalej Odwołującym) odwołanie na treść ogłoszenia dotyczącego przedmiotowego przetargu w zakresie:

1. dokonanego przez Zamawiającego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, bowiem zgodnie z treścią Rozdziału IV ust. 3 pkt a) SIWZ:

*„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:*

*3. w zakresie sytuacji finansowej:*

*a) posiadają środki finansowe na rachunku lub w banku lub w wspólniczej kasie oszczędnościowo - kredytowej lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 70 000 000,00 PLN (słownie: siedemdziesiąt milionów złotych), (...)*

co narusza zasadę równego traktowania oraz uczciwej konkurencji, a także zasadę proporcjonalności opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu rozumianej jako adekwatność, do przedmiotu zamówienia, tj. art 7 ust. 1, art 22 ust. 1a oraz art. 22 ust 1b) ppkt 2) Pzp;

2. poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasadę prowadzenia postępowania

o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, jak również nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty w szczególności w zakresie:

- (i) Subklauzuli 1.8 [Opieka nad dokumentami i ich dostarczenie] - „(...) Wykonawca akceptuje, że nie będą mu przysługiwały jakiegokolwiek roszczenia i zrzeka się wyraźnie wszystkich ewentualnych roszczeń przeciwko Zamawiającemu z tytułu wszystkich pomyłek, niedokładności, rozbieżności lub braków lub innych wad Dokumentacji Projektowej, w tym jakichkolwiek roszczeń o wypłatę jakichkolwiek zwiększonych Kosztów lub płatności w dodatku do ceny Umownej, lub o przedłużenie Czasu na Ukończenie wskutek takich pomyłek, niedokładności, rozbieżności lub braków lub innych wad Dokumentacji Projektowej. (...)”
- (ii) Subklauzuli 8.7 [Kary umowne] – „Jeżeli Wykonawca nie wypełni postanowień Subklauzuli 8.2 [Czas na Ukończenie], to Wykonawca z uwzględnieniem subklauzuli 2.5 [Roszczenia Zamawiającego], zapłaci Zamawiającemu karę umowną za opóźnienie w związku z tym uchybieniem.

Ustala się następujące kary umowne: i

- (A) za każdy dzień opóźnienia, rozumianego jako okres, który upłynął pomiędzy Czasem na Ukończenie, a datą rzeczywistego zakończenia wy wykonania Robót podaną w Świadectwie Przejęcia ustala się karę umowną w wysokości 0,025 % Zaakceptowanej Kwoty Umownej brutto.
- (B) za każdy dzień opóźnienia, w usunięciu wady lub usterki w okresie gwarancji lub rękojmi w stosunku do terminu określonego zgodnie z SIWZ w wysokości 0,025 % wartości brutto wskazanej w ofercie”.

Całkowita kwota kar umownych określonych w podpunkcie (A) powyżej nie przekroczy kwoty stanowiącej 50% Zaakceptowanej Kwoty Umownej brutto. (...) Całkowita kwota kar umownych określonych w podpunkcie (B) nie przekroczy 50% Zaakceptowanej Kwoty Umownej brutto.(...)”

co narusza art. 7 ust. 1, art 29 ust. 1 i 2 PZP, art 5, art 3531 oraz z art 3531 KC w zw. z art 484 § 2 w zw. z art 483 w zw. z art 476 Kodeksu cywilnego w zw. z art 14 ust 1 PZP i art 139 ust 1 PZP oraz inne wskazane w treści odwołania. .

- (iii) Subklauzuli 14.1 [Cena Umowna] - „Zaakceptowana Kwota Umowna, stanowi całkowite i zupełne wynagrodzenie należne Wykonawcy za wykonanie Przedmiotu Umowy, jego prawidłowe i zgodne z Umową funkcjonowanie i użytkowanie oraz, iż nie będzie ona podlegała jakimkolwiek zmianom i negocjacjom pomiędzy Stronami,

*chyba że niniejsze warunki w sposób jednoznaczny i bezpośredni i dopuszczają jej zmianę i/lub korektę przez Zamawiającego. Ponadto, stwierdzono iż jakiegokolwiek ilości, które mogą być umieszczone w jakimkolwiek wykazie, kosztorysie czy przedmiarze są ilościami szacunkowymi i nie będą uważane za faktyczne i poprawne ilości Robót, których realizacji wymaga się od wykonawcy oraz jakiegokolwiek dane dotyczące ilości lub cen, umieszczone w jakimś Wykazie, będą używane wyłącznie do celów podanych w tym Wykazie i mogą nie nadawać się do zastosowania do innych celów. Wykluczone jest żądanie Wykonawcy dotyczące podwyższenia Zaakceptowanej Kwoty Umownej, poza sytuacją, gdy taka możliwość jest wyraźnie przewidziana w Umowie” w związku z zapisami Subklauzuli 13.1 [Zmiany] oraz wykreśleniem Subklauzuli 13.7 i 13.8 i uregulowaniem kwestii związanych z waloryzacją oraz zmianą Praw w Subklauzuli 13.1, prowadzi do próby wyeliminowania obowiązywania klauzul rebusowych, tj. przepisów art. 357<sup>1</sup> KC, art. 358 1 KC , art. 632 § 2 KC*

-co narusza:

- (a) *art. 3571 KC , art. 3581 § 3 KC , art. 632 § 2 KC w zw. z art. 5, art. 3531 KC oraz art. 58 KC w zw. z art. 14 ZamPublU, art 139 ust. 1 ZamPublU oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 ZamPublU - przez 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, polegające na wyłączeniu możliwości stosowania przepisów będących podstawą do sądowej zmiany umowy, a w konsekwencji naruszenie*
- (b) *art 7 ust. 1 ZamPubRJ oraz art. 29 ust. 2 ZamPublU - 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 przerzucenie na wykonawcę wszelkich ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia.*
- (c) *art. 29 ust. 1 w zw. z art. 3571 KC, art. 3581 KC, art. 632 § 2 KC oraz w zw. z art 14 ZamPublU i 139 ust. 1 ZamPublU - przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nie wyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, polegający na nałożeniu na wykonawcę obowiązku uwzględnienia w ofercie zdarzeń nieprzewidywalnych i nadzwyczajnych.*

Mając na uwadze powyższe Odwołujący żąda nakazania Zamawiającemu:

- (a) Modyfikacji warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności finansowej opisanej w Rozdziale IV ust 3 pkt a) SIWZ w brzmieniu:

*„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy którzy:*

*3. w zakresie sytuacji finansowej:*

*a) posiadają środki finansowe na rachunku lub w banku lub w współdzielczej kasie oszczędnościowo - kredytowej lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 70 000 000,00 PLN (słownie: siedemdziesiąt milionów złotych), (...)"*

na brzmienie:

*„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:*

*3. w zakresie sytuacji finansowej:*

*a) posiadają środki finansowe na rachunku lub w banku lub w współdzielczej kasie oszczędnościowo - kredytowej lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 30 000 000.00 PLN (słownie: trzydzieści milionów złotych), (...)"*

- (b) Wykreślenia bądź modyfikacji poniżej wskazanych Subklauzul Warunków umownych, tj.:

*(i) wykreślenia w całości z Subklauzuli 1.8 Warunków umownych następującego sformułowania począwszy od słów: „(...) Wykonawca akceptuje, że nie będą mu przysługiwały jakiegokolwiek roszczenia i zrzeka się wyraźnie wszystkich ewentualnych roszczeń przeciwko Zamawiającemu z tytułu wszystkich pomyłek, niedokładności, rozbieżności lub braków lub innych wad Dokumentacji Projektowej, w tym jakichkolwiek roszczeń o wypłatę jakichkolwiek zwiększonych Kosztów lub płatności w dodatku do ceny Umownej, lub o przedłużenie Czasu na Ukończenie wskutek takich pomyłek, niedokładności, rozbieżności lub braków lub innych wad Dokumentacji Projektowej. (...)"*

*(ii) modyfikacji postanowień Subklauzuli 8.7 Warunków umownych z następującego brzmienia:*

*„jeżeli Wykonawca nie wypełni postanowień Subklauzuli 8.2 [Czas na Ukończenie], to Wykonawca z uwzględnieniem subklauzuli 2.5 [Roszczenia Zamawiającego], zapłaci Zamawiającemu karę umowną za opóźnienie w związku z tym uchybieniem.*

*Ustala się następujące kary umowne:*

*(A) za każdy dzień opóźnienia, rozumianego jako okres, który upłynął pomiędzy Czasem na Ukończenie, a datą rzeczywistego zakończenia wykonania*

*Robót podaną w Świadectwie Przejęcia ustala się karę umowną w wysokości 0,025 % Zaakceptowanej Kwoty Umownej brutto.*

*(B) za każdy dzień opóźnienia, w usunięciu wady lub usterki w okresie gwarancji lub rękojmi w stosunku do terminu określonego zgodnie z SIWZ w wysokości 0,025 % wartości brutto wskazanej w ofercie."*

*Całkowita kwota kar umownych określonych w podpunkcie (A) powyżej nie przekroczy kwoty stanowiącej 50% Zaakceptowanej Kwoty Umownej brutto. (...)*

*Całkowita kwota kar umownych określonych w podpunkcie (B) nie przekroczy 50% Zaakceptowanej Kwoty Umownej brutto.(...)"*

*na brzmienie:*

*Jeżeli Wykonawca nie wypełni postanowień Subklausuli 8.2 [Czas na Ukończenie], to Wykonawca z uwzględnieniem subklausuli 2.5 [Roszczenia Zamawiającego], zapłaci Zamawiającemu karę umowną za zwłokę w związku z tym uchybieniem.*

*Ustala się następujące kary umowne:*

*(A) za każdy dzień zwłoki, rozumianego jako okres, który upłynął pomiędzy Czasem na Ukończenie, a datą rzeczywistego zakończenia wykonania Robót podaną w Świadectwie Przejęcia ustala się karę umowną w wysokości 0,025 % Zaakceptowanej Kwoty Umownej.*

*(B) za każdy dzień zwłoki, w usunięciu wady lub usterki w okresie gwarancji lub rękojmi w stosunku do terminu określonego zgodnie z SIWZ w wysokości 0,025 % wartości wskazanej w ofercie."*

*Całkowita kwota kar umownych określonych w podpunkcie (A) powyżej nie przekroczy kwoty stanowiącej 10% Zaakceptowanej Kwoty Umownej. (...) Całkowita kwota kar umownych określonych w podpunkcie (B) nie przekroczy 10% Zaakceptowanej Kwoty Umownej (...)"*

*(iii) modyfikacji postanowień Subklausuli i4.1 in fine Warunków umownych z następującego brzmienia:*

*„Wykluczone jest żądanie Wykonawcy dotyczące podwyższenia Zaakceptowanej Kwoty Umownej, poza sytuacją, gdy taka możliwość jest wyraźnie przewidziana w Umowie"*

na brzmienie:

*„ Wykluczone jest żądanie Wykonawcy do tyczące podwyższenia Zaakceptowanej Kwoty Umownej, poza sytuacją, gdy taka możliwość jest wyraźnie przewidziana w Umowie lub jest przewidziana na mocy powszechnie obowiązujących przepisów prawa i w ich trybie, a związana jest z nadzwyczajną zmianą stosunków bądź zmianą stosunków.”*

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w Odwołaniu (art. 186 ust. 2 ustawy PZP) Odwołujący żąda od Zamawiającego dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem Odwołania.

W dniu 16 lipca 2019 r. Odwołujący, przed otwarciem rozprawy złożył oświadczenie, o wycofaniu odwołania z dnia 4 lipca 2019 roku i wniósł o dokonanie zwrotu 90% wpisu.

Ze względu na fakt, że odwołanie można cofnąć w każdym czasie do zamknięcia rozprawy, jego cofnięcie zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp oznacza, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

W tym stanie rzeczy Izba – zgodnie z przepisem art. 187 ust. 8 zd. pierwsze ustawy Pzp – postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze.

Ponadto zgodnie z art. 187 ust. 8 zd. drugie ustawy Pzp oraz na podstawie § 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 poz. 972) Izba orzekła o dokonaniu zwrotu na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczanego w wysokości 18.000,00 zł.

**Przewodniczący:** .....  
.....  
.....