

**POSTANOWENIE**

Warszawa, dnia 14 sierpnia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska  
Elżbieta Dobrenko  
Joanna Gawdzik-Zawalska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem Stron w dniu 14 sierpnia 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lipca 2024 roku przez wykonawcę SAMSUNG C&T CORPORATIO POLAND SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PGE INWEST 14 SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie przy udziale uczestnika po stronie Odwołującego ALDESA CONSTRUCCIONES POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy SAMSUNG C&T CORPORATION POLAND SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie kwotę 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczonego wpisu od odwołania. Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

.....

.....

Sygn. akt KIO 2626/24

**UZASADNIENIE:**

Zamawiający PGE INWEST 14 SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa Magazynu Energii Elektrycznej w Żarnowcu”, nr ref. POST/PGE/INW14/DZ/00205/2024.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych zwanej dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 lipca 2024 r. pod numerem 423476-2024.

W postępowaniu tym wykonawca SAMSUNG C&T CORPORATION POLAND SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) w dniu 25 lipca 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyznaczeniu warunków udziału w Postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz nieumożliwiający oceny zdolności wykonawcy do jego należytego wykonania, a także na ustaleniu treści projektowanych postanowień umowy w sposób przerzucający odpowiedzialność i ryzyka na wykonawcę, w sposób naruszający właściwość (naturę) stosunku zobowiązaniowego i wykraczający poza zasadę swobody umów.

**Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:**

1.art. 112 ust. 1 PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) PZP w zw. z art. 116 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) PZP poprzez określenie warunków udziału w Postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz nieumożliwiający oceny zdolności wykonawcy do jego należytego wykonania, a także z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji poprzez wymaganie, aby wykonawcy posiadali doświadczenie w wybudowaniu na obszarze ENTSO-E lub na obszarze Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej co najmniej dwóch elektrochemicznych magazynów energii o mocy co najmniej 5MW każdy (a także analogiczne wymaganie sformułowane w stosunku do osoby mającej pełnić funkcję projektanta branży elektrycznej), podczas gdy nie istnieje żadna uzasadniona przyczyna, aby Zamawiający z góry wykluczył wszelkie projekty referencyjne wykonane poza wskazanymi obszarami, a ponadto Zamawiający powinien uwzględnić sytuację rynkową, w której wykonawcy (oraz kluczowy personel) posiadają doświadczenia polegające na realizacji projektów referencyjnych o większej mocy (a przez to bardziej zbliżonych do przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem), nawet jeżeli są one mniej liczne,

2.art. 436 ust. 1 pkt 1) PZP w zw. z art. 433 pkt 1) i 2) PZP w zw. z art. 16 pkt 3) PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z

art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 647 KC poprzez skonstruowanie harmonogramu realizacji umowy w sposób, w którym terminy wykonania poszczególnych Kluczowych Etapów Realizacji zostały określone konkretnymi datami dziennymi, a nie jednostkami czasu, przy jednoczesnym zastrzeżeniu przez Zamawiającego prawa do odstąpienia od umowy ex nunc w przypadku opóźnienia z realizacją któregośkolwiek Kluczowego Etapu Realizacji z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę, podczas gdy takie ukształtowanie projektowanych postanowień umowy stanowi o nieuprawnionym przewidzeniu odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, a także o przerzuceniu ryzyka związanego z opóźnieniem w realizacji umowy w całości na wykonawcę, niezależnie od przyczyny powstania tego opóźnienia, co jest sprzeczne z właściwością (naturą) stosunku zobowiązaniowego i wykracza poza zasadę swobody umów,

3.art. 433 pkt 1) 2) i 3) PZP w zw. z art. art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 647 KC poprzez przewidzenie odpowiedzialności wykonawcy wobec Zamawiającego za szkody doznane przez niego w związku z realizacją Umowy o dofinansowanie, podczas gdy wykonawca nie jest stroną Umowy o dofinansowanie ani nie zna jej treści, a zatem przerzucenie ryzyka związanego z jej realizacją na wykonawcę jest sprzeczne z właściwością (naturą) stosunku zobowiązaniowego i wykracza poza zasadę swobody umów, bowiem źródłem odpowiedzialności wykonawcy w stosunku do Zamawiającego powinna być wyłącznie umowa o zamówienie publiczne,

4.art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 2) i 3) PZP poprzez brak poinformowania o konkretnych obowiązkach nałożonych na wykonawcę na podstawie Umowy o dofinansowanie, podczas gdy zgodnie z projektowanymi postanowieniami umowy obowiązki wynikające z Umowy o dofinansowanie wchodziły w skład przedmiotu zamówienia, a przez to stanowią wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty w Postępowaniu.

Wykonawca ALDESA CONSTRUCCIONES POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawcę Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Uczestnik postępowania pismem z dnia 8 sierpnia 2024 r. ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

W złożonej pismem z dnia 9 sierpnia 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 13 sierpnia 2024 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo, w którym oświadczył, że cofa odwołanie wniesione w niniejszej sprawie.

Izba stwierdziła, że oświadczenie o wycofaniu odwołania zostało złożone przez osobę uprawnioną do reprezentowania Odwołującego.

**Mając na uwadze powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Na skutek cofnięcia odwołania wystąpiła przesłanka do umorzenia postępowania odwoławczego, o której mowa w art. 520 ust. 1 i 2 oraz art. 568 pkt 1 ustawy Pzp. Stosownie do treści art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby (art. 520 ust. 2 ustawy Pzp).

Z kolei w myśl art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 9 ust. 1 pkt 3 lit a) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437 ze zm.), nakazując zwrot na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczanego w wysokości 20 000 PLN.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....  
.....