Sygn. akt: KIO 134/21

POSTANOWIENIE
z dnia 4 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 28 stycznia 2021 r.
odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 stycznia2020 r. przez odwołującego: **STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie**(ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Sąd Okręgowy w Tarnobrzegu (**ul. Sienkiewicza 27, 39-400 Tarnobrzeg),
- zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego wykonawca: **HOCHTIEF Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** (ul. Żwirki i Wigury 14, 02-092 Warszawa),

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz
odwołującego: **STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie**(ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) **kwoty 18.000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% kwoty uiszczonego wpisu.
Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia
11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U
z 2019 r. poz. 2020) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **do Sądu Okręgowego w Warszawie**.

……..……..……..

Sygn. akt KIO 134/21

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 8 stycznia 2021 r. przez wykonawcę: Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (Odwołujący) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez ZamawiającegoSąd Okręgowy w Tarnobrzegu w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Budowę budynku Sądu i Prokuratury Rejonowej w Nisku". Numer referencyjny: ZP.261-6/2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu w dniu 29 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 253-638242. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:
1.Naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art.139 Pzp w zw. z art. 647 kc - przyznanie Zamawiającemu:
(i)w § 15 ust. 5 pkt 1 i ust. 6 wzoru Umowy uznaniowego prawa do odmowy dokonania odbioru końcowego w każdym przypadku wystąpienia wad,
(ii)w § 15 ust. 7 wzoru Umowy uznaniowego prawa do odmowy dokonania odbioru częściowego w każdym przypadku wystąpienia wad,
przy czym uprawnienie do odmowy odbioru końcowego czy częściowego powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych. Zgodnie z art. 647 kc inwestor (Zamawiający) ma obwiązek dokonania odbioru i może uchylić się od tego obowiązku tylko w przypadku, gdy przedmiot umowy obarczony jest wadami istotnymi. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych inwestor (Zamawiający) jest obowiązany dokonać odbioru końcowego lub częściowego.
2.Naruszenie (powiązany z zarzutem 1) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art.139 Pzp, art. 143a ust. 1 pkt 1 Pzp, art. 148 ust. 1 Pzp, art. 150 ust. 2 Pzp w zw. z art. 647 kc i art. 654 kc - powiązanie w § 11 ust. 1 lit a) wzoru umowy płatności częściowej z przeprowadzeniem bez usterkowego odbioru częściowego podczas gdy płatność częściowa powinna nastąpić po odbiorze częściowym a nie po usunięciu wad odbiorowych. Powiązanie płatności częściowej z usunięciem wad odbiorowych oznacza, że płatność częściowa stanowi dodatkowe zabezpieczenie należytego wykonania umowy (zabezpieczenie usunięcia wad odbiorowych) a Zamawiający wbrew Pzp nie tylko narzuca formę zabezpieczenia ale ustanawia zabezpieczenie przekraczające dopuszczalną wysokość zabezpieczenia;
3.Naruszenie art. 143a ust. 2 Pzp w zw. z art. 139 ust. 2 Pzp i art. 7 Pzp poprzez możliwość wstrzymania zgodnie z § 12 ust. 4 wzoru umowy zapłaty całości wynagrodzenia wykonawcy wynikającego z danej faktury w przypadku nie przekazania dowodów potwierdzających zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, w sytuacji gdy zgodnie z art. 143a Pzp możliwość wstrzymania zapłaty wynagrodzenia następuje tylko w odpowiedniej części to jest w zakresie, w którym nie przedstawiono dowodów zapłaty;

Mając na uwadze powyższe zarzuty (w punkcie II odwołania), Odwołujący na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 554 ust. 3 pkt 1 lit c) „nowego Pzp" wniósł o uwzględnienie odwołania i uznanie, że projektowane zapisy załącznika nr 2 do SIWZ są niezgodne z Pzp i nakazanie Zamawiającemu dokonania, zmiany treści załącznika nr 2 do SIWZ - wzór umowy - w sposób opisany przez wykonawcę w żądaniach w punkcie III odwołania (str 2 i 3).

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego na podstawie art. 525 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) przystąpienie zgłosił wykonawca HOCHTIEF Polska S.A. z siedzibą w Warszawie wnosząc o uwzględnienie podnoszonych w odwołaniu zarzutów.

Odwołujący w piśmie z dnia 2 lutego 2021 r. wskazując na art. 520 ust. 1 ustawy z dnia z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych podał, że (…) *w związku z informacją dla wykonawców nr 1 z dnia 19.01.2021 r. oraz informacją dla wykonawców nr 2 oraz dokonanymi zmianami wnoszę o umorzenie postępowania z uwagi na to, że zamawiający w istocie uwzględnił odwołanie*". Dalej podał, że (…) *Zamawiający do chwili obecnej formalnie nie złożył odpowiedzi na odwołanie. Nie mniej jednak przekazane informacje dla wykonawców wskazują na uwzględnienie zarzutów odwołania:*
(i)W informacji dla wykonawców z dnia 19.01.2021 r. w odpowiedzi na pytanie 44 dokonał zmiany § 15 ust. 3 umowy. Ten zapis umowy został po raz kolejny zmodyfikowany przez Zamawiającego w informacji dla wykonawców nr 2 z dnia 29.01.2021.
(…)
(ii)W informacji dla wykonawców z dnia 19.01.2021 r. w odpowiedzi na pytania nr 42 i 95 w zasadzie uwzględnił zarzut nr 2 dotyczący warunkowania płatności częściowych od bezusterkowego odbioru częściowego.
(…)
(iii) W informacji dla wykonawców z dnia 19.01.2021 r. w odpowiedzi na pytanie 29 dokonał zmiany § 12 ust. 4 umowy w

ten sposób, że wstrzymanie płatności w związku z brakiem dowodów zapłaty na rzecz podwykonawców może dotyczyć jedynie części wynagrodzenia wykonawcy. Poprzez tę zmianę Zamawiający w istocie uwzględnił zarzut nr 3 odwołania."

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020) [dalej: ustawa Pwu), do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. (dalej: ustawa Pzp), wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019) (dalej: nPzp).

Odwołanie w niniejszej sprawie zostało wniesione w dniu 4 stycznia 2021 r. Izba zatem wydając postanowienie w niniejszej sprawie, stosowała w postępowaniu odwoławczym przepisy nPzp z dnia 11 września 2019 r.

We wniosku o umorzenie postępowania odwoławczego wykonawca powołał się na art. 520 ust. 1 nPzp z dnia 11 września 2019 r. Zgodnie ze wskazanym przez Odwołującego art. 520 ust. 1 nPzp: „Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy". Zatem ten wniosek należało kwalifikować jak oświadczenie o cofnięciu odwołania.

Izba stwierdziła, że oświadczenie o wycofaniu odwołania zostało złożone przez osobę uprawnioną do reprezentowania Odwołującego i odwołanie zostało na podstawie art. 520 ust. 1 nPzp z dnia 11 września 2019 r. skutecznie wycofane przed otwarciem rozprawy. Zgodnie zatem z art. 568 pkt 1 cytowanej ustawy, Izba postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego. Wskazany art. 568 pkt 1 cytowanej ustawy stanowi, że w przypadku cofnięcia odwołania Izba umarza postępowania odwoławcze w formie postanowienia.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 nPzp z dnia 11 września 2019 r. oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437). Zgodnie z dyspozycją wskazanego art. 557 w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a ww. rozporządzenia w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania, najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego, odwołującemu zwraca się 90% wpisu. Tym samym Izba, uwzględniając wskazane przepisy, nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu od odwołania uiszczonego w przedmiotowej sprawie w wysokości 20.000 zł.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

……...……...