

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 31 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 31 października 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2024 r. przez wykonawcę: **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczne Centrum Sportu Aktywna Warszawa Jednostka Budżetowa m.st. Warszawy, ul. Rozbrat 26, 00-429 Warszawa,**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. nakazuje zwrot kwoty **18 000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** stanowiącej 90% uiszczonego wpisu od odwołania.

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.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczne Centrum Sportu Aktywna Warszawa Jednostka Budżetowa m.st. Warszawy, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, w przedmiocie: „Opracowanie dokumentacji projektowej oraz wykonanie na jej podstawie robót budowlanych dla zadania inwestycyjnego pn. „Modernizacja toru łyżwiarskiego Stegny – etap I” (kod zadania C/OM/VIII/P1/54)”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 października 2024 r., nr wydania: Dz.U. S: 198/2024, numer publikacji ogłoszenia: 611660-2024.

W dniu 21 października 2024 r. wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie

- 1) art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 647, art. 654, art. 5 i art. 3531 KC w zw. z art. 16 Pzp, poprzez wprowadzenie do Umowy niespójnych i niejasnych postanowień dotyczących zasad odbioru robót budowlanych, uzależniających de facto dokonanie odbioru i wypłatę należnego wynagrodzenia od odbioru bezusterkowego, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz uchylania się przez Zamawiającego od podstawowych obowiązków nałożonych na inwestora, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 1),
- 2) art. 439 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 KC w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, poprzez sformułowanie w ramach projektu umowy klauzuli waloryzacyjnej, dotyczącej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia wbrew wymaganiom dyspozycji art. 439 Pzp, w sposób wypaczający ideę waloryzacji i będący sprzeczny z celem określonym w art. 439 Pzp, determinując jej nieefektywność i nierealność (zarzut nr 2).

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ i ogłoszenia w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

W dniu 30 października 2024 r., przed otwarciem posiedzenia/rozprawy, Odwołujący – wykonawca – Budimex S.A. – złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo, zawierające oświadczenie Odwołującego o cofnięciu wniesionego odwołania.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający opublikował Zmianę treści SWZ z dnia 28 października 2024 r., którą dokonał zmiany postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia w sposób zgodny z żądaniem

Odwołującego. Wprowadzone zmiany dotyczą Załącznika nr 2 do SWZ (Projektowanych Postanowień Umowy) w zakresie § 10 ust. 6 oraz § 13 ust. 21, a także ust. 28 i zostały dokonane zgodnie z wnioskiem. Odwołujący wskazał, że „W konsekwencji, na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp, w zw. z §9 ust. 1 pkt 2) lit. b) 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, wnoszę o umorzenie postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą i wzajemne zniesienie kosztów (a tym samym zwrot całości wpisu od odwołania wpłaconego przez Odwołującego).”

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Uwzględniając oświadczenie Odwołującego złożone w dniu 30 października 2024 r. na podstawie art. 520 ust. 1 Pzp o cofnięciu wniesionego odwołania, którego treść nie budzi żadnych wątpliwości, Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 1 oraz art. 553 zdanie drugie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), umorzyła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 520 ust. 1 Pzp, powołanym przez Odwołującego w piśmie z dnia 30 października 2024 r., *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy*. Zgodnie z ust. 2, *cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby*. Zatem, cofnięcie odwołania niweczy pierwotną czynność - wniesienia odwołania i powoduje, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu. W takim przypadku nie ma możliwości badania sprawy i dalszych czynności podjętych przez Zamawiającego, a w konsekwencji m.in. umorzenia postępowania odwoławczego na innej podstawie niż cofnięcie odwołania.

Dodatkowo należy zauważyć, że Odwołujący powołał w treści swojego pisma także przepis art. 522 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym, *W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.*”

Izba zważyła, że w niniejszej sprawie nie wystąpiły okoliczności wyczerpujące hipotezę powyższego przepisu, ponieważ oświadczenie Odwołującego o cofnięciu odwołania nie ogranicza w żaden sposób zakresu cofnięcia np. do części zarzutów odwołania, a ponadto brak jest oświadczenia Zamawiającego o uwzględnieniu zarzutów odwołania (w całości bądź w części). Zatem, przepis art. 522 ust. 3 Pzp nie znajduje w niniejszej sprawie zastosowania.

Na podstawie § 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. poz. 2437), Izba orzekła o dokonaniu zwrotu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty stanowiącej 90% uiszczonego przez Odwołującego wpisu od odwołania.

Przewodniczący:.....