

Sygn. akt: KIO 2463/24

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 23 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 23 lipca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2024 r. przez wykonawcę Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Piła

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem 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 2463/24

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Piła (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa spójności komunikacyjnej północno-zachodniej strefy przemysłowej w Pile – II etap” (nr postępowania: BZP.271.PN.25.2024). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S: 128/2024 z dnia 3 lipca 2024 r. pod numerem 395236-2024. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 15 lipca 2024 r. wykonawca Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji warunków zamówienia. Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie w ramach projektu umowy (dalej również jako „Umowa”) klauzuli waloryzacyjnej, dotyczącej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia wbrew wymaganiom dyspozycji art. 439 ustawy Pzp, w sposób wypaczający ideę waloryzacji i będący sprzeczny z celem określonym w art. 439 ustawy Pzp, determinując jej nieefektywność i nierealność. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji modyfikację treści Umowy poprzez nadanie jest następującego brzmienia:

§22 ust. 3 pkt 6) Projektowanych Postanowień Umowy – dla Części I oraz §20 ust. 3 pkt 6) Projektowanych Postanowień Umowy – dla Części II:

„Strona może żądać zmiany wynagrodzenia, jeżeli wartości ogłoszonych przez GUS narastających wskaźników cen produkcji budowlano–montażowej dla budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej po 6 (szóstym) miesiącu następującym po miesiącu otwarcia ofert, zmienią się (zwiększą lub zmniejszą) o więcej niż 3%. W takim przypadku wynagrodzenie za roboty budowlano-montażowe do wykonania w następnych miesiącach objętych umową zostanie odpowiednio zmniejszone lub zwiększone o kwotę równą iloczynowi pozostałej wartości należnego wynagrodzenia i narastającego wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej dla budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej pomniejszonego o 3%, jeżeli zmiana ta wpłynęła na koszt wykonania zamówienia. Zmiana wynagrodzenia za prace wykonane po miesiącu uprawniającym do zmiany wynagrodzenia powoduje odpowiednią zmianę wynagrodzenia za cały niezrealizowany przedmiot umowy. (...).”

Izba ustaliła, iż Zamawiający opublikował zawiadomienie o wniesieniu odwołania wraz z kopią odwołania w dniu 16 lipca 2024 r. na platformie zakupowej, za pomocą której prowadzone jest postępowanie. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Zamawiający w dniu 22 lipca 2024 r. złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pisemną odpowiedź na

odwołanie, w której podjął polemikę z argumentacją zawartą w odwołaniu, wskazując jednak końcowo, że jest gotów zgodzić się na ustalenie wskaźnika tzw. aktywatora na poziom 5%. W konsekwencji Zamawiający oświadczył, że uwzględni zarzut Odwołującego w części zasadniczej i zmieni zapisy projektu umowy w sposób następujący:

„Strona może żądać zmiany wynagrodzenia, jeżeli wartości ogłoszonych przez GUS narastających wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej dla budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej po 6 (szóstym) miesiącu następującym po miesiącu otwarcia ofert, zmienią się (zwiększą lub zmniejszą) o więcej niż 5%. W takim przypadku wynagrodzenie za roboty budowlano-montażowe do wykonania w następnych miesiącach objętych umową zostanie odpowiednio zmniejszone lub zwiększone o kwotę równą iloczynowi pozostałej wartości należnego wynagrodzenia i narastającego wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej dla budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej pomniejszonego o 5%, jeżeli zmiana ta wpłynęła na koszt wykonania zamówienia. Zmiana wynagrodzenia za prace wykonane po miesiącu uprawniającym do zmiany wynagrodzenia powoduje odpowiednią zmianę wynagrodzenia za cały niezrealizowany przedmiot umowy. (...)”

Odwołujący w dniu 23 lipca 2024 r. złożył pismo procesowe, w którym poinformował, że Zamawiający uwzględnił zarzut sformułowany przez Odwołującego dotyczący tzw. „aktywatora” waloryzacji w ten sposób, że zadeklarował zmianę omawianego wskaźnika z poziomu 10% do poziomu 5%. Odwołujący wskazał, że Zamawiający zadeklarował dokonanie zmiany w sposób, który kierunkowo czyni zadość wnioskowi Odwołującego, dlatego też Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w niewzględnionym zakresie. Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego oraz wzajemne zniesienie kosztów, a tym samym zwrot całości wpisu od odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 522 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią tego przepisu 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.

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Zamawiający uwzględnił częściowo odwołanie i zadeklarował obniżenie tzw. „aktywatora” waloryzacji w sposób, który częściowo odpowiadał żądaniu Odwołującego (tj. z 10% do 5%, a nie do wskazanych w odwołaniu 3%). Odwołujący uznał powyższe za czyniące kierunkowo zadość jego wymaganiom, wobec czego w pozostałym zakresie wycofał odwołanie. Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca. Powyższe wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego, co powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000 uiszczoney tytułem wpisu od odwołania.

Przewodnicząca: