Sygn. akt: KIO 2725/23

POSTANOWIENIE

z dnia 27 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Luiza Łamejko

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 27 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 września 2023 r. przez wykonawcę **Budimex S.A.**
z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Głogów**

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący :……

Sygn. akt: KIO 2725/23

U z a s a d n i e n i e

Gmina Głogów (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa
odernizacja infrastruktury drogowej pod strefę przemysłową na terenie gmin Głogów
otla". Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia
września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwanej dalej: „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 5 września
23 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2023/S 170-535081.

W dniu 15 września 2023 r. wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie(dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ"), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i KC.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie w szczególności następujących przepisów: 1) 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 wzoru umowy 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 zmiany treści §21 ust. 6 Umowy w następujący sposób:

„Kwoty netto płatne Wykonawcy będą waloryzowane miesięcznie począwszy od 7 miesiąca po podpisaniu Umowy do osiągnięcia limitu waloryzacji +/- 10% wynagrodzenia umownego netto. Z powodu braku aktualnego wskaźnika (publikacja wskaźników w biuletynach GUS odbywa się z opóźnieniem) waloryzacja z bieżącego okresu rozliczeniowego zostanie wyliczona ostatecznie, gdy GUS opublikuje wskaźnik dla danego miesiąca objętego rozliczeniem wynagrodzenia Wykonawcy. Występując o rozliczenie wynagrodzenia za dany miesiąc realizacji świadczeń, Wykonawca obliczy wstępne wartości zwaloryzowanych kwot dla świadczeń zrealizowanych w każdym miesiącu, używając ostatnich z wyliczonych wskaźników waloryzacji. Ustalone w ten sposób wartości będą skorygowane
z zastosowaniem wskaźnika waloryzacji właściwego dla miesiąca, którego dotyczyło dane rozliczenie wynagrodzenia Wykonawcy, niezwłocznie po ich publikacji.".

W dniu 18 września 2023 r. Zamawiający złożył oświadczenie, że uwzględnia
w części zarzut przedstawiony w odwołaniu i godzi się na zwiększenie poziomu waloryzacji
z 1% na 2%. Zamawiający oświadczył, ze zmienia sporne postanowienie, które otrzymuje brzmienie:

„Kwoty netto płatne Wykonawcy będą waloryzowane miesięcznie począwszy od 7 miesiąca po podpisaniu Umowy do osiągnięcia limitu waloryzacji +/- 2% wynagrodzenia umownego netto. Z powodu braku aktualnego wskaźnika (publikacja wskaźników w biuletynach GUS odbywa się z opóźnieniem) waloryzacja z bieżącego okresu rozliczeniowego zostanie wyliczona ostatecznie, gdy GUS opublikuje wskaźnik dla danego miesiąca objętego rozliczeniem wynagrodzenia Wykonawcy. Występując o rozliczenie wynagrodzenia za dany miesiąc realizacji świadczeń, Wykonawca obliczy wstępne wartości zwaloryzowanych kwot dla świadczeń zrealizowanych w każdym miesiącu, używając ostatnich z wyliczonych wskaźników waloryzacji. Ustalone w ten sposób wartości będą skorygowane
z zastosowaniem wskaźnika waloryzacji właściwego dla miesiąca, którego dotyczyło dane rozliczenie wynagrodzenia Wykonawcy, niezwłocznie po ich publikacji.".

W dniu 25 września 2023 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania wskazując jednocześnie, że uznał w części zarzut i podwyższył poziom waloryzacji z 1% na 2%.

W dniu 26 września 2023 r. Odwołujący złożył oświadczenie, że cofa odwołanie w pozostałym, nieuwzględnionym przez Zamawiającego zakresie. Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp oraz o wzajemne zniesienie kosztów.

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 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący :……