Sygn. akt KIO 3421/23

POSTANOWIENIE
z 28 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Ernest Klauziński
Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w Warszawie 28 listopada 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 13 listopada 2023 r. przez Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie przy udziale wykonawcy Instal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

1) umarza postępowanie odwoławcze;
2) nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% kwoty należnego wpisu.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 3421/23

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

Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Modernizacja systemu napowietrzania ścieków w reaktorach biologicznych na Oczyszczalni ścieków Łyna w Olsztynie" (Postępowanie nr: PZP.262.30.2023.RIR), zwane dalej postępowaniem.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 3 listopada 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: Numer publikacji ogłoszenia: 00672136-2023, Numer wydania Dz.U. S: 212/2023.

13 listopada 2023 r. wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 647, art. 654, art. 5 i art. 353^1 KC przez uzależnienie, w ramach projektowanych postanowień Umowy, rozpoczęcia biegu okresu gwarancji i rękojmi od bezusterkowego wykonania Przedmiotu umowy, również w przypadku stwierdzenia wad nadających się do usunięcia, nawet jeśli wady lub usterki mają charakter nieistotny, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniami niekorzystnymi dla wykonawców, naruszającymi bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzi 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 przez sformułowanie w ramach wzoru umowy klauzuli waloryzacyjnej, dotyczącej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia wbrew literalnym 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);
3. art. 16 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 431 Pzp w zw. z art. 455 Pzp w zw. art. 353^1 KC, w zw. z art. 58 KC i w zw. z art. 5 KC przez ustalenie możliwości zmiany terminu realizacji przedmiotu umowy w przypadku zaistnienia okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, jednakże bez możliwości zmiany wynagrodzenia, co stanowi wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do jednostronnego kształtowania warunków umowy i całkowite przerzucenie na wykonawców ryzyka z tytułu zaistnienia przyczyn, które są niezależne od wykonawcy i niemożliwe do przewidzenia na etapie składania oferty, co stanowi wyraz wykorzystania pozycji dominującej i rażącego uprzywilejowania w treści projektowanych postanowień Umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący ponadto nadużycie prawa (zarzut nr 3).

Wobec powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o wprowadzenie odpowiednich zmian do treści Wzoru Umowy.
W odpowiedzi na odwołanie, która wpłynęła do Izby 27 listopada 2023 r. Zamawiający zaprzeczył stanowisku i argumentacji Odwołującego w zakresie zarzutu nr 3. W zakresie pozostałych zarzutów Zamawiający oświadczył o zamiarze dokonania zmian treści Wzoru Umowy w części zgodnych z oczekiwaniami Odwołującego.
27 listopada 2023 r. Odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania. Izba uznała w tej sytuacji, że odwołanie zostało skutecznie wycofane przed otwarciem rozprawy.
Zgodnie z art. 520 ust. 2 Pzp cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. W konsekwencji Izba stwierdziła, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania.
O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a) 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 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący:……