Sygn. akt: KIO 804/23

POSTANOWIENIE
z dnia 3 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:A.K.

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron postępowania odwoławczego w dniu 3 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 marca 2023 r. przez wykonawcę **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Świętokrzyskie – Urząd Marszałkowski Województwa Świętokrzyskiego w Kielcach**

postanawia:

1. umorzyć 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 zero złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022, poz. 1710 ze zm.) 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 804/23

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

Zamawiający Województwo Świętokrzyskie – Urząd Marszałkowski Województwa Świętokrzyskiego w Kielcach w imieniu i na rzecz którego działa Pełnomocnik: Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Utworzenie Zintegrowanego Bloku Operacyjnego w Wojewódzkim Szpitalu Zespolonym w Kielcach – etap I", numer referencyjny: EZ/45/2023/MW. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 marca 2023 r. pod nr 2023/S 051-151627. Postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej „ustawa Pzp").

W dniu 23 marca 2023 r., Odwołujący, tj. Budimex S.A. z siedzibą w warszawie, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności polegającej na ustaleniu treści SWZ w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 118 ustawy Pzp, art. 121 ustawy Pzp, art. 462 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp poprzez wskazanie w SWZ nieprzewidzianej przez ustawę przesłanki odrzucenia oferty w przypadku złożenia przez wykonawcę oświadczenia o powierzeniu podwykonawcom całości zamówienia, co narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzi do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 1);,
2) art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647, art. 654, art. 5 i art. 3531 KC poprzez przyznanie Zamawiającemu w ramach projektowanych postanowień Umowy prawa do przerwania czynności odbiorowych w toku czynności odbioru końcowego robót 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 2);
3) 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 literalnym 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 (zarzut nr 3);

4)art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp i z art. 436 ustawy Pzp w zw. z art. 3531 KC i art. 387 KC poprzez ukształtowanie treści projektowanych postanowień Umowy w sposób naruszający ustawę wskutek ustalenia terminów wykonania Etapu I i początkowego terminu realizacji Etapu II wyłączających możliwość terminowej ich realizacji w związku z koniecznością uzyskania właściwych i niezbędnych decyzji administracyjnych, co powoduje, że umowa w tym zakresie będzie dotknięta tzw. niemożliwością świadczenia.

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

W dniu 31 marca 2023 r., drogą elektroniczną, wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie. Zamawiający oświadczył, że zarzut oznaczony nr 1 , 2 i 4 został uznany przez Zamawiającego, a zarzut nr 3 uznaje częściowo. Jednocześnie Zamawiający wskazał, ze modyfikuje treść SWZ, a modyfikacja została zamieszczona na stronie Zamawiającego w dniu 31 marca 2023 r.

W dniu 3 kwietnia 2023 r. Odwołujący, drogą elektroniczną przekazał do akt sprawy pismo zatytułowane „cofnięcie odwołania w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego". W piśmie tym wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 31 marca 2023 r. przekazał mu odpowiedź na odwołanie, w której zmodyfikował treść dokumentacji Postępowania, uwzględniając w całości trzy spośród czterech zarzutów odwołania, i czwarty w części. Wprowadzone zmiany stanowią w ocenie Odwołującego de facto uwzględnienie odwołania w części. W przypadku, gdyby Izba przychyliła się do takiej kwalifikacji treści odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w pozostałym, nieuwzględnionym przez Zamawiającego zakresie. Odwołujący wniósł, na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp, w zw. z §9 ust. 1 pkt 3) 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, o umorzenie postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą i wzajemne zniesienie kosztów.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie 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 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 tejże ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 ustawy Pzp w zw. z § 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 uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący:……