Sygn. akt: KIO 1273/23

POSTANOWIENIE
z dnia 22 maja 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Małgorzata Matecka

Agata Mikołajczyk

Beata Pakulska - Banach

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 22 maja 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 maja 2023 roku przez odwołującego: wykonawcę Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania – Łódź spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego:

A.Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku – Białej,

B.Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie,

C.Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie

postanawia:

1.umarza postępowanie odwoławcze;

2.nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: wykonawcy Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy 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 r. 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.

Przewodniczący:……

……

……

Sygn. akt: KIO 1273/23

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

Zamawiający Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania – Łódź spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest zaprojektowanie oraz budowa Łódzkiego Centrum Recyklingu w Łodzi przy ulicy Zamiejskiej (nr ref. ZP/14/2023). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 kwietnia 2023 r. pod numerem 2023/S 081-243422.

W dniu 5 maja 2023 r. wykonawca Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec warunków zamówienia ustalonych przez zamawiającego w ww. postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1.art. 439 ust. 1-4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp", w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie zakresu minimalnej wartości waloryzacji wynagrodzenia (KLAUZULA 34.15.3) na zbyt wysokim poziomie, tj. w sposób prowadzący do nadmiernego ograniczenia waloryzacji wynagrodzenia należnego wykonawcy, co w konsekwencji powoduje jej pozorność i nie zapewnia równowagi ekonomicznej pomiędzy stronami umowy z uwagi na nierównomierne rozłożenie ryzyka kontraktowego, które to działanie wpływa niekorzystnie na konkurencyjność postępowania, ograniczając krąg potencjalnych wykonawców oraz prowadzi do rażącego pokrzywdzenia wykonawcy poprzez narażenie go na nadmierne straty wynikające z realizacji zamówienia za wynagrodzenie, które nie uwzględnia realnego wzrostu kosztów wykonania zamówienia;

2.art. 439 ust. 1-4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie zakresu maksymalnej wartości waloryzacji wynagrodzenia (KLAUZULA 34.15.4) na zbyt niskim poziomie, tj. w sposób prowadzący do nadmiernego ograniczenia waloryzacji

wynagrodzenia należnego wykonawcy, co w konsekwencji powoduje jej pozorność i nie zapewnia równowagi ekonomicznej pomiędzy stronami umowy z uwagi na nierównomierne rozłożenie ryzyka kontraktowego, które to działanie wpływa niekorzystnie na konkurencyjność postępowania, ograniczając krąg potencjalnych wykonawców oraz prowadzi do rażącego pokrzywdzenia wykonawcy poprzez narażenie go na nadmierne straty wynikające z realizacji zamówienia za wynagrodzenie, które nie uwzględnia realnego wzrostu kosztów wykonania zamówienia.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. w zakresie KLAUZULI 34.15.3 Wzoru Umowy: dokonania modyfikacji Wzoru Umowy, SWZ i pozostałych dokumentów zamówienia poprzez wykreślenie słów: „(...) o co najmniej 10% (dziesięć procent) (...)" i wpisanie w to miejsce słów: : „(...) o co najmniej 5% (pięć procent) (...)".
2. w zakresie KLAUZULI 34.15.4 Wzoru Umowy: dokonania modyfikacji Wzoru Umowy i SWZ poprzez wykreślenie słów: „(...) nie może przekroczyć kumulatywnie 10% (dziesięciu procent) Ceny (...)" i wpisanie w to miejsce słów: „(...) nie może przekroczyć kumulatywnie 20% (dwudziestu procent) Ceny (...)".

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili następujący wykonawcy: Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku – Białej, Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie.

W dniu 18 maja 2023 r. do akt sprawy wpłynęło pismo zamawiającego z dnia 17 maja 2023 r. stanowiące odpowiedź na odwołanie. Zamawiający oświadczył, że uwzględnia w części obydwa zarzuty odwołania i w związku z tym dokonuje następującej modyfikacji SWZ:

„34.15.3.Każda ze Stron umowy jest uprawniona do żądania zmiany wysokości Ceny, gdy wskaźnik, o którym mowa w KLAUZULI 34.15.2 wzrośnie/spadnie o co najmniej 8% (osiem procent) w stosunku do wysokości tego wskaźnika w kwartale zawarcia Umowy, a jeżeli zawarcie Umowy nastąpi po 180 (stu osiemdziesięciu) dniach od upływu terminu składania ofert, w stosunku do wysokości tego wskaźnika w kwartale składania ofert.

34.15.4. Maksymalna wartość zmiany Ceny, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości Ceny w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia nie może przekroczyć kumulatywnie 15% (piętnastu procent) Ceny, określonej w KLAUZULI 11.1."

W dniu 19 maja 2023 r. do akt sprawy wpłynęło pismo odwołującego zawierające oświadczenie o wycofaniu zarzutów odwołania w części nieuwzględnionej przez zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego, o której mowa w 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.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 522 ust. 3 w związku 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:……

……

……