

Sygn. akt: KIO 2037/23

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 28 lipca 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 28 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2023 r. przez wykonawcę **PORR S.A. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o. w Poznaniu**, działającą w imieniu i na rzecz **miasto Poznań z siedzibą w Poznaniu** oraz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie** przy udziale wykonawcy **Skanska S.A. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie po postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

**postanawia:**

**1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**

**2. znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **PORR S.A. w Warszawie**, stanowiącej wpis od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. 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 2037/23

**Uzasadnienie**

Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o. w Poznaniu, działająca w imieniu i na rzecz miasta Poznań z siedzibą w Poznaniu oraz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „Budowa wiaduktów w ciągu ul. Gołęcińskiej oraz Lutyckiej – roboty budowlane [Poznań].”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 lipca 2023 r., nr 2023/S 125-397314.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 13 lipca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca PORR S.A. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 134 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 Pzp poprzez nieprawidłowy opis sposobu obliczenia ceny wskutek ustalenia w limitów wartości Opcji nr 1 i Opcji nr 2 w sposób nieadekwatny do specyfiki zamówienia i charakteru wynagrodzenia (kosztorysowe);
- 2) art. 131 ust. 1 Pzp oraz art. 131 ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 138 ust. 1 Pzp poprzez wyznaczenie minimalnego terminu składania ofert (35 dni) w sytuacji, gdy z uwagi na: (i) założenie przeprowadzenia wizji lokalnej oraz (ii) specyfikę zamówienia nie jest możliwe w tym terminie rzetelne przygotowanie i skalkulowanie ofert zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oraz obowiązek ustalenia terminu składania ofert dłuższego niż minimalny wynika wprost z art. 131 ust. 2 pkt 1 Pzp;
- 3) art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp, art. 433 pkt 3 Pzp, art. 436 pkt 4 lit. b) Pzp, art. 439 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. i art. 5 k.c. (oraz pozostałych przepisów Pzp i k.c. wskazanych w dalszej treści odwołania) poprzez ukształtowanie zaskarżonych postanowień przyszłej umowy w sposób naruszający zasadę swobody umów, zasady współzycia społecznego oraz równowagi kontraktowej stron;
- 4) art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności ustalenie terminu składania ofert, sposobu kalkulacji wartości opcji oraz postanowień przyszłej umowy z naruszeniem zasad proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) co do zarzutu nr 1 - skreślenia ust. 2 w rozdziale XIV SWZ; - zmiany §21 ust. 6 wzoru umowy poprzez wykreślenie limitów wynagrodzenia z tytułu wykonania Prawa Opcji nr 1 i nr 2;
- 2) co do zarzutu nr 2 - przedłużenia terminu składania ofert do dnia 15.09.2023r., z zastrzeżeniem, że okres ten nie może

być krótszy niż 40 dni od dnia wprowadzenia zmian do SWZ oraz wzoru umowy przez Zamawiającego wnioskowanych w jego odwołaniu;

3)co do zarzutu nr 3 - zmiany zaskarżonych postanowień projektu umowy w następujący sposób:

Postanowienie projektu umowy	Proponowane zmiany Umowy
§ 13 ust. 2	2. Zakres uprawnień z rękojmi wynika z niniejszej Umowy oraz ustawy Kodeks cywilny. Zakres uprawnień z gwarancji określa niniejsza Umowa, ustawa Kodeks cywilny oraz karta gwarancyjna stanowiąca załącznik nr 7 oraz nr 7a do Umowy. Okres rękojmi i gwarancji na przedmiot Umowy w części dotyczącej robót budowlanych wynosi ..... miesięcy, natomiast w części dotyczącej zieleni wynosi ..... miesięcy, i liczony jest od daty odbioru końcowego lub daty usunięcia wad stwierdzonych w czasie odbioru końcowego przedmiotu Umowy z zastrzeżeniem, iż w przypadku gdy warunki gwarancji udzielonej przez producenta materiałów i urządzeń przewidują dłuższy okres gwarancji niż gwarancja udzielona przez Wykonawcę – obowiązuje okres gwarancji w wymiarze korzystniejszym dla Zamawiającego. Wykonawca jest zobowiązany dostarczyć Zamawiającemu niezbędny dokument gwarancyjny do Umowy w dacie odbioru końcowego.
§ 15 ust. 8 i ust. 13	8. Wykonanie prawa odstąpienia ustawowego lub umownego (także ze skutkiem ex tunc), nie wyłącza prawa dochodzenia kar umownych przewidzianych w Umowie i nie wyłącza dochodzenia kar za zwłokę oraz za odstąpienie. Wykonanie prawa odstąpienia nie wyłącza prawa dochodzenia kar umownych przewidzianych w umowie i nie wyłącza kumulatywnego dochodzenia kar za odstąpienie lub inne przypadki przewidziane w umowie, w tym zwłokę). 13. Odstąpienie przez Zamawiającego od Umowy nie uchybia, w tym w szczególności nie umniejsza innych praw Zamawiającego przewidzianych Umową, w tym naliczenia kar umownych i dochodzenia zarówno tych naliczonych do dnia odstąpienia, jak także tych naliczonych po tym dniu. Kary z tytułu nieprawidłowego wykonania Umowy mogą być naliczane kumulatywnie z karami za odstąpienie od Umowy w zakresie w jakim dotyczą one nieprawidłowego wykonania Umowy, które miało miejsce przed dniem odstąpienia od Umowy.
§ 16 ust. 4	4. W przypadku zmiany terminu lub terminów realizacji Umowy dotyczącej zamówienia podstawowego, Strony zgodnie ustalają, iż Wykonawcy nie będzie przysługiwało uprawnienie do dochodzenia odszkodowania z tego tytułu, chyba że zmiana taka wynikać będzie z winy Zamawiającego Wykonawcy.
§ 17 ust. 2-5	Odwolujący PORR o nakazanie Zamawiającemu ujednolicenia klauzul waloryzacyjnych co najmniej w zakresie: - wskaźników waloryzacji; - początkowego terminu waloryzacji; - częstotliwości waloryzacji; - daty odniesienia w przypadku, gdy umowa zostanie zawarta po upływie 180 dni od dnia złożenia ofert; - wysokości górnego limitu waloryzacji, w tym podwyższenia go do wysokości 20 % wynagrodzenia Wykonawcy; - włączenia z limitu waloryzacji kwot waloryzacji ustawowej (na podstawie art. 436 pkt 4 lit. b Pzp)
Załącznik nr 12 §9 ust. 5	5. Łączna wysokość kar umownych, o których mowa w ust. 1 ograniczona jest do wysokości 20 (dwadzieścia) % łącznego Wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 12 ust. 6 Umowy Właściwej oraz będzie wliczała się do maksymalnego limitu kar umownych ustalonego w § 12 ust. 6 Umowy Właściwej.

Ustalono także, że do Prezesa Izby w ustawowym terminie nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Ustalono także, że 26 lipca 2023 r., przed otwarciem posiedzenia Izby, zamawiający doręczył Prezesowi Izby odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia częściowo odwołanie w zakresie zarzutu nr 3 odwołania w części tego zarzutu, która dotyczy zapisu §9 ust. 5 załącznika nr 12 do projektowanych postanowień umowy (dalej:

PPU).

W dalszej kolejności ustalono, że 28 lipca 2023 r., w trakcie posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania, lecz przed otwarciem rozprawy, odwołujący złożył oświadczenie, że cofa odwołanie w pozostałym zakresie, nieuwzględnionym przez zamawiającego.

**Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Zamawiający złożył w odpowiedzi na odwołanie oświadczenie o uwzględnieniu części zarzutów odwołania. Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w pozostałym zakresie, nieuwzględnionym przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem, 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.

Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 3 i art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba oddaliła zgłoszony w trakcie posiedzenia wniosek zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz od odwołującego zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 4428 zł, o których mowa w § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Stosownie bowiem do przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia, W przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu,

- w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczony tytułem wpisu.

Jak wynika z przywołanego przepisu, w sytuacji procesowej, takiej jak ustalono w sprawie, koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia, znosi się wzajemnie. Wobec powyższego Izba, kierując się treścią ww. przepisu, orzekła o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania odwoławczego oraz nakazała zwrot odwołującemu kwoty uiszczony tytułem wpisu od odwołania.

**Przewodniczący:.....**