Sygn. akt: KIO 2247/23

POSTANOWIENIE
z dnia 11 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Beata Pakulska-Banach

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 11 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2023 r. przez wykonawcę **Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Wielkopolskie Muzeum Niepodległości w Poznaniu**

postanawia:

1.umarza postępowanie odwoławcze,
2.nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Warbud S.A. 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 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 2247/23

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

Wielkopolskie Muzeum Niepodległości w Poznaniu, zwane dalej „zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego 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" pod nazwą: „*Budowa Muzeum Powstania Wielkopolskiego 1918-1919",* numer referencyjny: FA.261-4/2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 19 lipca 2023 roku pod numerem 2023/S 137-437133. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Wykonawca – Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „odwołującym", w dniu 31 lipca 2023 r. wniósł odwołanie wobec warunków zamówienia ustalonych przez zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 455 ust. 1 i 2 w zw. z art. 439 Pzp, art. 436 pkt 4) lit. b) Pzp, art. 16 pkt 1 i 3 Pzp oraz art. 353^1 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez określenie maksymalnej wartości wszystkich zmian wynagrodzenia (obejmującego również zmianę wynikającą z waloryzacji) na zbyt niskim poziomie, tj. w sposób prowadzący do nadmiernego ograniczenia wzrostu wynagrodzenia należnego wykonawcy w sytuacjach wskazanych ustawą, co w konsekwencji powoduje jego 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 - § 34 ust. 7 Wzoru Umowy.

2. art. 439 ust. 1-4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp oraz art. 353^1 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez określenie zakresu maksymalnej wartości waloryzacji wynagrodzenia - 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 - § 34 ust. 1 pkt 7) Wzoru Umowy.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1.w zakresie § 34 ust. 7 Wzoru Umowy:

- dokonania modyfikacji Wzoru Umowy, SWZ i pozostałych dokumentów zamówienia poprzez wykreślenie § 34 ust. 7 z Wzoru Umowy;

2.w zakresie § 34 ust. 1 pkt 7) Wzoru Umowy:

- dokonania modyfikacji Wzoru Umowy i SWZ poprzez zmianę wskazanego tam limitu waloryzacji z 5% na 15%.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił po stronie zamawiającego, jak i odwołującego, żaden wykonawca.

W dniu 10 sierpnia 2023 r. – przed otwarciem rozprawy - zamawiający przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i zgodnie z treścią żądań sformułowanych przez odwołującego w odwołaniu dokonuje zmiany specyfikacji warunków zamówienia, tj.:

1.w załączniku nr 1 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy – w § 34 wykreśla w całości ust. 7.

2.w załączniku nr 1 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy – w § 34 ust. 1 zmienia się pkt 7), który otrzymuje brzmienie:

„7) Suma waloryzacji dokonywanych na podstawie zasad niniejszego paragrafu, rozumiana jako zwiększenie albo obniżenie Wynagrodzenia należnego Wykonawcy, nie może przekroczyć limitu 15% kwoty brutto określnej w § 8 ust. 2 Umowy.”.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 522 ust. 1 ustawy Pzp: w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, 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. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a także braku uczestników postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, Izba na podstawie art. 522 ust. 1 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 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 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).

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) 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 całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu – w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji i nakazała dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący:……