

Sygn. akt: KIO 3270/23

POSTANOWENIE
z dnia 14 listopada 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2023 r. przez wykonawcę **Budimex Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Stryków**

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

A. **SKANSKA Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie

B. **Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczonego 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 (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 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 3270/23

Uzasadnienie

Gmina Stryków (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp”) o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych w ramach realizacji inwestycji „Budowa Centrum Rozwoju Strykowa (CRS)”, numer referencyjny: IZP.271.29.2023.IZ.PZP. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2023/S 204-641776 z dnia 23 października 2023 r. W tym samym dniu Zamawiający na swojej stronie internetowej zamieścił Specyfikację Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”).

Wykonawca Budimex S.A. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec treści SWZ, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 Pzp poprzez ustalenie kryterium oceny ofert dotyczącego Gwarancji w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający efektywne i realne konkutowanie w ramach postępowania, a w konsekwencji ustalenie kryterium oceny ofert w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 473 § 1 KC w zw. z art. 483 KC w zw. z art. 484 § 2 KC w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 436 pkt 3 Pzp poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach Wzoru Umowy kar umownych i górnego ich limitu o rażąco wygórowanej wysokości, których treść nie stanowi też środka do kompensacji realnej szkody po stronie Zamawiającego, co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia ich praw podmiotowych wykonawców, wymuszając konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnego oszacowania ryzyk;
- 3) art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 577 § 4, art. 647, art. 5 i art. 353(1) KC w zw. z art. 16 Pzp poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach Wzoru Umowy 60 miesięcznej rękojmi na Urządzenia, Sprzęt i akcesoria podczas gdy jest to oczekiwanie rynkowo nierealne do spełnienia, a przez co została naruszona zasada uczciwej konkurencji;

4)art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 577 § 4, art. 647 KC, art. 654 KC, art. 5 i art. 353(1) KC w zw. z art. 16 Pzp poprzez wprowadzenie do wzoru Umowy i niejasnych postanowień dotyczących zasad odbioru robót budowlanych, uzależniających de facto dokonanie odbioru i wypłatę należnego wynagrodzenia, a także rozpoczęcie biegu okresu gwarancji od odbioru bezusterkowego, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz uchylania się przez Zamawiającego od podstawowych obowiązków nałożonych na inwestora, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;

5)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 poprzez sformułowanie w ramach wzoru Umowy klauzuli waloryzacyjnej, dotyczącej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, w sposób sprzeczny z celem określonym w art. 439 Pzp, ustanawiając zbyt wysoki pułap aktywatora waloryzacji oraz niski łączny limit waloryzacji, determinując tym samym jej nieefektywność i nierealność, a w konsekwencji pozbawiając wykonawcę narzędzia dostosowania wysokości wynagrodzenia uwzględniającego zmiany cen na rynku oraz przywrócenia stanu równowagi poprzez rozłożenie ryzyka wzrostu cen na obie strony umowy.

Wskazując na powyższe zarzutami Odwołujący wniósł o:

1)uwzględnienie odwołania,

2)nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ i ogłoszenia w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Wypełniając wymogi ustawowe wykonawcy: SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, stając się uczestnikami postępowania.

W dniu 13 listopada 2023 r. Odwołujący przekazał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej oświadczenie o wycofaniu odwołania.

Zgodnie z art. 520 Pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. Stosownie do art. 568 pkt 1 Pzp w przypadku cofnięcia odwołania Izba umarza postępowanie odwoławcze w formie postanowienia.

Mając powyższe na uwadze Izba postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Działając na podstawie art. 557 Pzp w związku z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) Izba nakazała dokonanie zwrotu Odwołującemu 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:.....