

POSTANOWIENIE
z dnia 27 września 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

po rozpoznaniu w dniu 27 września 2023 roku w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2023 r. przez wykonawcę **Budimex Spółka akcyjna w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu**

postanawia

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego na rzecz wykonawcy Budimex Spółka akcyjna w Warszawie kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej równowartość uiszczanego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (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 2787/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu – działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm. [ustawa P.z.p.]), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest przebudowa drogi wojewódzkiej nr 297 na odcinku od km 90 + 300 do km 110 + 550 (Lwówek Śląski – Pasiecznik).

W dniu 21 września 2023 roku wykonawca Budimex SA w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na ustaleniu treści specyfikacji warunków zamówienia dotyczącej postępowania (dalej jako: „SWZ”), w sposób naruszający przepisy ustawy P.z.p. i Kodeksu cywilnego (K.c.), tj.:

1) art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 103 ust. 1 - 4 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania zamawiającego, co przejawia się w przerzuceniu na wykonawcę wszelkich ryzyk związanych z: – zakresem i sposobem usunięcia kolizji, które w dokumentacji postępowania mają charakter poglądowy, – występowaniem kolizji, również tych niezidentyfikowanych, – usunięciem wszystkich kolizji, również tych niezidentyfikowanych, – określeniem gestora dla sieci niezidentyfikowanych przez operatorów,

w odniesieniu do sieci teletechnicznych, sieci elektroenergetycznych i sieci sanitarnych,

co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniami niekorzystnymi dla wykonawców, naruszającymi bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, równowagę stron umowy i prowadzi do naruszenia praw podmiotowych wykonawców, a także w nieuzasadniony sposób rozszerza obowiązki kontraktowe wykonawców w oparciu o zdarzenia przyszłe i niepewne (zarzut nr 1);

2) art. 439 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 58 K.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. 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 wypaczający ideę waloryzacji i będący sprzeczny z celem określonym w art. 439 ustawy P.z.p., determinując jej nieefektywność i nierealność (zarzut nr 2).

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania,

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

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 27 września 2023 roku, zamawiający oświadczył, że uwzględnia zarzut przedstawione w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu i braku zgłoszenia przystąpień, postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy P.z.p. Zgodnie z art. 522 ust. 1 *in fine* ustawy P.z.p., w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec powyższego, postanowiono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r., poz. 2437), z którego wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy, a do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca po stronie zamawiającego, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący