

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 12 stycznia 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**   **Aneta Mlącka**  
**Członkowie:**       **Małgorzata Matecka**  
                              **Agata Mikołajczyk**  
**Protokolant:**       **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 12 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 grudnia 2022 r. przez Wykonawcę **Budimex S.A. (ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie (ul. Żołnierska 18, 10-561 Olsztyn)**

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Wykonawcy **Budimex S.A. (ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa)** kwoty **18000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90 % uiszczzonego 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:** .....

**Członkowie:** .....

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Budowa nowego budynku na potrzeby Centrum Urazowego Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Olsztynie”.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 19 grudnia 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 244-704428.

29 grudnia 2022 roku Odwołujący Budimex S.A. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 58 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez sformułowanie w ramach wzoru umowy klauzuli waloryzacyjnej, dotyczącej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia wbrew literalnym wymaganiom dyspozycji art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych, w sposób wypaczający ideę waloryzacji i będący sprzeczny z celem określonym w art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych, determinujący jej nieefektywność i nierealność;

- art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych 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 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach Umowy kar umownych i górnego ich limitu o rażąco wygórowanej wysokości przy jednoczesnym nieprecyzyjnym określeniu podstaw ich naliczenia, co jest postanowieniem naruszającym równowagę stron umowy, wymuszającym na wykonawcach konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnej kalkulacji, ryzyk w ramach ceny ofertowej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

11 stycznia 2023 roku Zamawiający przesłał odpowiedź na odwołanie, w której poinformował o dokonanych zmianach w treści SWZ, jednocześnie wniósł o oddalenie odwołania.

11 stycznia 2023 roku Odwołujący przesłał pismo, w którym oświadczył, że cofa odwołanie „w pozostałym, nieuwzględnionym przez Zamawiającego zakresie”. Jednocześnie Odwołujący stwierdził, że: „Na wypadek jednak odmiennej interpretacji Krajowej Izby Odwoławczej, co do kwalifikacji czynności dokonanej przez Zamawiającego (w więc w razie

braku kwalifikacji czynności Zamawiającego jako częściowego uwzględnienia odwołania), oświadczam, iż wycofuję w całości odwołanie wniesione w dniu 29 grudnia 2022 r. w ramach przedmiotowego Postępowania.”

Należy zauważyć, że Zamawiający nie oświadczył, że uwzględni odwołanie – czy to w całości, czy w części. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W treści odpowiedzi na odwołanie wskazał również, że nie zgadza się z zarzutem Odwołującego (str. 6 odpowiedzi na odwołanie).

Z uwagi na okoliczność, że nie sposób jednoznacznie stwierdzić, czy Zamawiający uwzględnił odwołanie, czy uwzględnił je w całości czy w części, nie jest możliwe dokonanie kwalifikacji czynności Zamawiającego jako częściowego uwzględnienia odwołania.

W konsekwencji należało przyjąć jednoznaczne oświadczenie Odwołującego o wycofaniu odwołania w całości.

Wobec powyższego, stosownie do art. 568 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r., postępowanie podlegało umorzeniu.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r. oraz § 9 ust. 1 pkt 3a 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), z którego wynika, że w przypadku cofnięcia odwołania, Odwołującemu zwraca się 90% wpisu.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....