

Sygn. akt: KIO 473/23

POSTANOWIENIE
z dnia 3 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 3 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2023 r. przez Odwołującego – **Wegner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, Rudki 10, 62-240 Trzemeszno w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Zakład Opiekuńczo-Leczniczy i Rehabilitacji Medycznej Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej**, ul. Mogileńska 42, 61-044 Poznań

postanawia:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze.**
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego – Wegner Sp. z o.o. z siedzibą w Rudkach kwoty **10.000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2021, poz. 1129 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:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 2 Ustawy Pzp przez Zamawiającego – Zakład Opiekuńczo-Leczniczy w Rehabilitacji Medycznej Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedziba w Poznaniu na *Przebudowa, rozbudowa i remont Zakładu Opiekuńczo-Leczniczego i Rehabilitacji Medycznej przy ul. Mogileńskiej 42 w Poznaniu o dodatkowe skrzydło wraz z wbudowanym wyposażeniem*, ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych 15 lutego 2023 r. nr 2023/BZP 00097286, wobec treści projektowanych postanowień umowy, wniesione zostało 20 lutego 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy Wegner Sp. z o.o. z siedzibą w Rudkach (sygn. akt KIO 473/23) zwana dalej Odwołującym.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego (dalej: KC) oraz art. 3531 KC poprzez skonstruowanie projektowanych postanowień Umowy w sposób, który powoduje – nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego - uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych;

oraz innych przepisów wskazanych szczegółowo w Załączniku nr 1 – Tabeli nr 1 do Odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści projektowanych postanowień umowy w sposób określony w kolumnie trzeciej Tabeli nr 1 – Załączniku nr 1 do Odwołania.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający w piśmie z 01.03.2023 r. wniósł o uwzględnienie odwołania. Zamawiający przekazał dokonane w dniu 01.03.2023 r. zmiany w projektowanych postanowieniach umowy, które mają doprowadzić do zgodności z przepisami Ustawy Pzp. Zdaniem Zamawiającego czynność ta wyczerpuje substrat zaskarżenia, a postępowanie podlegać powinno umorzeniu. Odwołanie stało się bowiem bezprzedmiotowe ponieważ zapisów w kształcie kwestionowanym już nie ma, natomiast nieprzyjęcie dokładnego brzmienia wnioskowanego przez Odwołującego jest zgodne z ukształtowanym orzecznictwem.

Zamawiający wniósł o rozważenie możliwości umorzenia postępowania odwoławczego w części dotyczącej uwzględnionych zarzutów na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron.

Na posiedzeniu niejawnym w dniu 03.03.2023 r. skład orzekający stwierdził na podstawie zestawienia wprowadzonych zmian w brzmieniu projektowanych postanowień umowy, iż zmiany objęły zasadniczą część kwestionowanych zapisów, tj.:

- § 3 ust. 3 – nowe brzmienie (żądanie wykreślenia),
- § 4 ust. 13 – nowe brzmienie (żądanie wykreślenia),
- § 7 ust. 16 – nowe brzmienie (żądanie wykreślenia),
- § 7 ust. 17 – zmiana zgodna z żądaniem,
- § 7 ust. 25 lit. b – dodany opis,
- § 16 ust. 1 pkt 3 lit. i – zmiana zgodna z żądaniem i dodatkowy opis,
- § 19 ust. 1 - dodany opis,
- § 6 ust. 2 – zmiana zgodna z żądaniem,
- § 10 ust. 9 – wykreślony zgodnie z żądaniem,
- § 10 ust. 3 – nowe brzmienia (żądanie wykreślenia),
- § 10 ust. 10 – zmiana zgodna z żądaniem,
- § 10 ust. 11 i 12 – dodane,
- § 11 ust. 1 - nowe brzmienie (w części zgodne z żądaniem),
- § 11 ust. 3 – nowe brzmienie (żądanie wykreślenia),
- § 11 ust. 8 – wykreślony (zgodnie z żądaniem),
- § 13 ust. 2 – nowe brzmienie,
- § 16 ust. 1 pkt 2 – nowe brzmienie (żądanie wykreślenia),
- § 16 ust. 9 – zmiana wysokości waloryzacji (mniejsza niż żądane 15%),
- § 20 – wykreślony (zgodnie z żądaniem).

Jednocześnie Zamawiający nie dokonał zmiany postanowień przez wprowadzenie proponowanego brzmienia § 10 ust. 2a określającego kary, jakie Zamawiający miałby zapłacić Wykonawcy.

W piśmie z dnia 02.03.2023 r. Odwołujący wycofał odwołanie w zakresie zarzutów, które nie zostały uwzględnione. Jednocześnie uznał, iż oświadczenie Zamawiającego wraz ze zmianą postanowień wzoru umowy stanowi o uwzględnieniu w części zarzutów odwołania.

Na posiedzeniu w dniu 03.03.2023 r. prowadzonym bez udziału stron skład orzekający uznał, iż w świetle oświadczeń obu stron zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie z art. 522 ust. 3 Ustawy. Oświadczenie Zamawiającego stanowiące odpowiedź na zarzuty należało traktować jako uwzględnienie odwołania w części, co również wynika z wniosku o uwzględnienie odwołania, zawartego w pierwszej części pisma. Zamawiający wprawdzie dalej wskazywał na bezzasadność odwołania, ale w tej części stanowisko to było powiązane ze zmianą postanowień dokumentacji, która nastąpiła w związku z uwzględnieniem w części zarzutów, co miało również pozbawiać substratu zaskarżenia. Faktycznie odpowiedź Zamawiającego czytana całościowo stanowi wyraz uwzględnienia w części zarzutów, w odpowiedzi na co Odwołujący swoim oświadczeniem z dnia 02.03.2023 r. wycofał odwołanie w zakresie zarzutów, które nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego.

Na podstawie § 9 ust. 2 lit. b 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 od odwołania* (Dz. U. poz.2437) Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty 10.000 zł. uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: