

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 18 listopada 2022 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Tomasz Skowroński**

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w Warszawie w dniu 18 listopada 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2022 r. przez: **wykonawcę Budimex Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74 Zakład Linii Kolejowych w Rzeszowie, ul. Stefana Batorego 24**

**postanawia:**

1. Umorzyć postępowanie,
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **wykonawcy Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9** tytułem zwrotu 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 (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. 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 2951/22

### Uzasadnienie

Postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa stacji Surochów na linii kolejowej nr 101 Munina - Hrebenne” zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 października 2022 r. pod nr 2022/S 207-592357.

W dniu 7 listopada 2022 r. odwołujący Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 7 listopada 2022.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 647 KC w zw. z art. 577§4 KC w zw. z art. 568§1 KC w zw. z art. 627 KC i art. 642 §1 KC w zw. z art. 16 ustawy przez wprowadzenie do wzoru Umowy (dalej również jako „Umowa”) postanowień uzależniających dokonanie odbioru odpowiednio dokumentacji projektowej a także robót budowlanych i wypłaty należnego wynagrodzenia od usunięcia jakichkolwiek wad (w tym nieistotnych), co godzi odpowiednio w istotę i naturę umowy o dzieło oraz 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;

2. art. 453 ust. 1 i ust. 3 ustawy w zw. z art. 16 ustawy przez dwukrotne uzależnienie w § 14 ust. 4 Umowy zwrotu poszczególnych części zabezpieczenia należytego wykonania umowy od usunięcia przez wykonawcę wszystkich wad i usterek, w tym potwierdzonych protokołem odbioru, potwierdzającym ich usunięcie.

3. art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 473§ 1 KC w zw. z art. 484§2 KC w zw. art. 16 ustawy przez zastrzeżenie przez zamawiającego w ramach Umowy kar umownych, w tym limitu kar umownych, o nieproporcjonalnym charakterze i rażąco wygórowanej wysokości, co jest postanowieniem naruszającym równowagę stron umowy, wymuszającym na wykonawcach konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnej kalkulacji ryzyk w ramach ceny ofertowej;

Wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania,

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

Wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszeń, których dopuścił się zamawiający. Szkada ta polega na wyłączeniu możliwości pozyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku w związku z jego realizacją.

W dniu 8 listopada 2022 r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania. Do postępowania odwoławczego w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy nikt nie przystąpił.

W dniu 18 listopada 2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty odwołania, oraz zobowiązał się do wykonania żądań odwołującego. Wniósł o umorzenie postępowania i nieobciążanie go kosztami postępowania.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że do postępowania nie przystąpił żaden z wykonawców.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

Wobec braku przystąpień po stronie zamawiającego, nie zachodziła konieczność wezwania przystępującego do złożenia sprzeciwu. Skoro tak, to postępowanie odwoławcze mogło zostać umorzone.

Skoro zatem zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie zgłosił ważnego przystąpienia żaden wykonawca, to mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy. Zgodnie z przywoływanym przepisem *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..*

Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy, *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.*

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 1 i art. 568 pkt 3 ustawy, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba nakazała zwrot odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....