

Sygn. akt: KIO 1131/22

POSTANOWIENIE
z dnia 11 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału w stron w dniu 11 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2022 r. przez wykonawcę: **Impel S.A., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., ul. Marcina Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa,**

postanawia:

1. **umarza postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Impel S.A., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, kwoty 13 500,00 zł (słownie: trzystaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu 90% uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. 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

Zamawiający – Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., ul. Marcina Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie usługi sprzątania budynków oraz mycia elewacji PGNiG S.A. Oddział w Zielonej Górze”, numer referencyjny: ZP/PGNG/22/0018/OZ/EA. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13.04.2022 r., nr 2022/S 073-196859.

W dniu 25.04.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: Impel S.A., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „swz”),
- 2) art. 436 pkt 4 lit. b w zw. z art. 16 i 17 ustawy Pzp w zw. z art. 58 ustawy Kodeks cywilny poprzez wadliwe ustalenie w treści projektu umowy postanowień w przedmiocie aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy poprzez ustalenie maksymalnej wartości, o jaką może zmienić się wynagrodzenie umowne,
- 3) art. 433 pkt 1 i 3 w zw. z art. 353¹ w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego poprzez sporządzenie projektu umowy, zawierającego klauzule abuzywne, które to klauzule kształtują postanowienia dotyczące kar umownych w sposób abstrahujący od winy wykonawcy, co rażąco narusza równowagę kontraktową i zniechęca wykonawców do składania ofert w postępowaniu, a w konsekwencji ogranicza uczciwą konkurencję w zakresie, w jakim przewidziano w § 8 ust. 4 karę umowną za opóźnienie zamiast za zwłokę,
- 4) art. 433 pkt 4, art. 455 ust. 1 pkt 1, art. 8, art. 99 ust. 1 i 2 oraz art. 16, art. 17 ustawy Pzp oraz art. 58 ustawy Kodeks cywilny poprzez wskazanie w treści swz, w tym również w projekcie umowy, minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron na poziomie nieracjonalnym, przenoszącym wszystkie ryzyka wykonania zamówienia na wykonawcę oraz skutkującym obejściem wymogu ustawy Pzp co do wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania określonych w odwołaniu modyfikacji projektu umowy.

Pismem z dnia 04.05.2022 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której poinformował o jego uwzględnieniu w części.

Pismem z dnia 10.05.2022 r. (przed terminem posiedzenia wyznaczonym na dzień 12.05.2022 r.) odwołujący poinformował o cofnięciu odwołania.

W przypadku uwzględnienia odwołania przez zamawiającego i jego wycofania przez odwołującego, zgodnie z ustalonym orzecznictwem Izby w tym zakresie, pierwszeństwo należy przypisać czynności dokonanej przez odwołującego jako dysponenta odwołania. Stąd też w niniejszej sprawie mają zastosowanie przepisy dotyczące cofnięcia odwołania.

Zgodnie z art. 520 ustawy 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.

Zgodnie z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Zgodnie 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):

W przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego - odwołującemu zwraca się 90% wpisu; w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczony tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości.

Dlatego też Izba orzekła jak w sentencji i nakazała zwrócić odwołującemu 90% kwoty uiszczony wpisu od odwołania.

Przewodniczący: