

Sygn. akt: KIO 2955/22

POSTANOWIENIE
z dnia 16 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik – Zawalska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 16 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2022 r. przez wykonawcę:

STRABAG Sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków)

ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa)

postanawia:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze.**
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego kwoty **20.000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (tj.: 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:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) (dalej: „Ustawa” lub „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa) (dalej: „Zamawiający”) dla zadania o nazwie „Prace na linii kolejowej nr 26 Łuków – Radom Główny na odc. Łuków Łapiguz – Dęblin” Projekt planowany do realizacji ze środków Krajowego Programu Odbudowy i Zwiększania Odporności (Numer ogłoszenia: 2022/S 209-598808 z dnia 28 października 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, Numer referencyjny: 0221/IZ04GM/19682/05406/22/P) (dalej: „Postępowanie”) w dniu 7 listopada 2022 r. odwołanie wniósł wykonawca STRABAG Sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) (dalej również: „Odwołujący” lub „Wykonawca”).

Odwołanie złożone zostało wobec od czynności lub zaniechań Zamawiającego polegających na:

a) zastrzeżeniu przez Zamawiającego w § 11 ust. 18 Wzoru Umowy prawa odmowy przyjęcia Robót objętych danym odbiorem w przypadku stwierdzenia jakichkolwiek wad, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami Zamawiający jest uprawniony do odmowy odbioru prac jedynie w przypadku wad istotnych;

b) zastrzeżeniu przez Zamawiającego w § 10 ust. 7 Wzoru Umowy, że podstawę do wystawienia faktury przez wykonawcę stanowić będzie oryginał Protokołu z dokonanego odbioru częściowego danego Etapu, potwierdzający wykonanie prac objętych tym Etapem, niestwierdzający wad, bez wskazania na wady istotne, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami Zamawiający jest uprawniony do odmowy odbioru prac i podpisania protokołu odbioru, a w konsekwencji do odmowy zapłaty wynagrodzenia, jedynie w przypadku wad istotnych;

a w powiązaniu z powyższym

c) zastrzeżeniu przez Zamawiającego w § 15 ust. 4 Wzoru Umowy, że Zamawiający zwróci wykonawcy zabezpieczenie należytego wykonania Umowy w wysokości 70% w ciągu 30 dni od dnia wykonania przedmiotu Umowy i uznania przez Zamawiającego za należycie wykonany, co zostanie potwierdzone protokołem odbioru końcowego bez wad, podczas gdy

Zamawiający nie jest uprawniony do uzależnienia zwolnienia zabezpieczenia należytego wykonania Umowy od podpisania protokołu odbioru końcowego bez wad.

Zaskarżonym czynnościami Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 353/1 i art. 647 Kodeksu cywilnego (dalej „KC”) w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp, poprzez przyznanie Zamawiającemu w § 11 ust. 18 i § 10 ust. 7 Wzoru Umowy prawa do odmowy dokonania odbioru i w konsekwencji odmowy zapłaty wynagrodzenia w sposób sprzeczny z przepisami Kodeksu cywilnego, tj. w każdym przypadku wystąpienia jakichkolwiek wad, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami uprawnienie do odmowy odbioru, a w konsekwencji odmowy zapłaty wynagrodzenia, powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych,

a w związku z tym

2. art. 453 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez zastrzeżenie w § 15 ust. 4 Wzoru Umowy, że Zamawiający zwróci wykonawcy zabezpieczenie należytego wykonania Umowy w wysokości 70% po podpisaniu protokołu odbioru końcowego bez wad, pomimo że Zamawiający nie jest uprawniony do uzależnienia zwolnienia zabezpieczenia od podpisania protokołu odbioru końcowego bez wad.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. ustalenie we Wzorze Umowy (§ 11 ust. 18 i § 10 ust. 7), że Zamawiający może odmówić odbioru i w konsekwencji zapłaty jedynie w przypadku wad istotnych,
2. zmianę § 15 ust. 4 Wzoru Umowy poprzez ustalenie, że zwrot zabezpieczenia (70%) nastąpi w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane, bez warunku w postaci podpisania protokołu odbioru końcowego bez wad.

W piśmie z dnia 15 listopada 2022 r. Zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty odwołania.

W postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Izba stwierdziła, iż w świetle oświadczenia Zamawiającego o uznaniu zarzutów i nie zgłoszenia przystąpienia do postępowania po stronie Zamawiającego przez wykonawcę zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt. 3 w związku z art. 522 ust. 1 Ustawy z konsekwencją obowiązku wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w Postępowaniu przez Zamawiającego zgodnie z żądaniem zawartym

w odwołaniu.

Orzekając o kosztach w oparciu o przepisy § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) 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 nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego kwotę wpisu uiszczonego w pełnej wysokości.

Przewodniczący: