

Sygn. akt: KIO 602/23

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 21 marca 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Aleksandra Patyk  
**Członkowie:** Elżbieta Dobrenko  
Małgorzata Jodłowska  
  
**Protokolant:** Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 21 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2023 r. przez wykonawcę **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojskową Akademię Techniczną im. Jarosława Dąbrowskiego w Warszawie**

przy udziale:

- A. wykonawcy **PORR S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- B. wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- C. wykonawcy **SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- D. wykonawcy **Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- E. wykonawcy **Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

**postanawia:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego – wykonawcy **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie** kwoty 18 000

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 (t.j. 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:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Wojskowa Akademia Techniczna im. Jarosława Dąbrowskiego w Warszawie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na *budowę Centrum Innowacji i Cyberbezpieczeństwa Wydziału Cybernetyki* (znak postępowania: 12/DIB/2023).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 lutego 2023 r. pod numerem nr 2023/S 038-112213.

W dniu 6 marca 2023 r. wykonawca BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie wobec dokumentów zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp 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. 453 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do projektu umowy (załącznik nr 3 do SWZ, dalej jako „umowa”) niejasnych postanowień dotyczących zasad odbioru robót budowlanych, uzależniających dokonanie odbioru robót i wypłatę należnego wynagrodzenia, a także rozpoczęcie biegu okresu gwarancji i rękojmi oraz zwrot 70% kwoty zabezpieczenia od usunięcia wszelkich wad zidentyfikowanych w ramach przedmiotu umowy, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;
2. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 647 KC poprzez przyznanie Zamawiającemu w ramach § 9 ust. 6 pkt 3 umowy prawa do odstąpienia od umowy w sytuacji zidentyfikowania wad uniemożliwiających użytkowanie obiektu zgodnie z przeznaczeniem bez uwzględnienia możliwości ich usunięcia i działań podejmowanych przez wykonawcę, a także finalnego wpływu na możliwość wykonania inwestycji, co prowadzi do niespójności postanowień umownych oraz niestabilności stosunku zobowiązaniowego i w konsekwencji nakłada na wykonawcę zbyt duże ryzyka kontraktowe, niemożliwe do oszacowania przy uwzględnieniu uznaniowości wdrożenia przez Zamawiającego tego mechanizmu;
3. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp 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 Pzp poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach umowy kar umownych i ich górnego

- limitu o 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;
4. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego nieadekwatnych terminów usuwania wad zidentyfikowanych w okresie gwarancji bez odniesienia się do czasu technologicznie możliwego właściwego dla danej wady i bez jakiegokolwiek zdefiniowania pojęć awarii i wad, z którymi skorelowane są poszczególne terminy, co nakłada na wykonawcę zbyt duże ryzyka kontraktowane, niemożliwe do oszacowania przy uwzględnieniu uznaniowości kwalifikacji każdego z przypadków.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany dokumentów zamówienia w sposób określony w treści odwołania.

Izba ustaliła, że wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

W dniu 20 marca 2023 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo, w którym oświadczył, że cofa odwołanie z dnia 6 marca 2023 r. i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego. Izba stwierdziła, że oświadczenie o wycofaniu odwołania zostało złożone przez osobę uprawnioną do reprezentowania Odwołującego.

Wobec powyższych ustaleń Izba wskazuje, że na skutek cofnięcia odwołania wystąpiła przesłanka do umorzenia postępowania odwoławczego, o której mowa w art. 520 ust. 1 i 2 oraz art. 568 pkt 1 ustawy Pzp. Stosownie do treści art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby (art. 520 ust. 2 ustawy Pzp). Z kolei w myśl art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie

szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), nakazując zwrot na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczanego w wysokości 20 000,00 zł.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....