

POSTANOWIENIE
z dnia 17 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu 17 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2021 r. przez odwołującego: **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** (ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PGE Energia Ciepła S.A. z siedzibą w Warszawie** (ul. Złota 59, 00-120 Warszawa,

- zgłaszający przystąpienie po stronie odwołującego: **CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie** (ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków),

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** (ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa) kwoty **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem 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 2019 r., poz. 2019 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**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 8 marca 2021 r. przez wykonawcę: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (Odwołujący) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: PGE Energia Ciepła S.A. z siedzibą w Warszawie, którego przedmiotem jest: „Zaprojektowanie i budowa instalacji kotłów wodnych gazowo-olejowych w PGE EC S.A., Oddział Elektrociepłownia w Lublinie Wrotków”. Numer referencyjny: POST/PEC/PEC/ZSR/01920/2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 26 lutego 2021 r. Numer: 2021/S 040-100805.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie w szczególności następujących przepisów: (...) *art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 5 i 353(1) KC w związku z art. 647 KC w zw. z art. 654 KC poprzez wprowadzenie do wzoru umowy (załącznik nr 2 do SWZ - projekt umowy, dalej również jako „Umowa”) postanowienia uzależniającego dokonanie odbioru i (w konsekwencji) wypłatę należnego wynagrodzenia od usunięcia nieistotnych wad (usterek) zidentyfikowanych w ramach odbioru częściowego i/lub końcowego, co godzi w istotę i naturę 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”.*

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Wykonawca wskazał, że *„W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp 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. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w*

uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania”.

Wskazał ponadto, że „Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 lutego 2021 r. Tego samego dnia opublikowana została przez Zamawiającego Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami. Biorąc pod uwagę powyższe, 10-dniowy termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w przepisie art. 515 ust. 2 ustawy Pzp, został zachowany. Odwołujący uścił wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu”.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpił w piśmie z dnia 12 marca 2021 r. wykonawca CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie wnosząc także o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 16 marca 2021 r. oświadczył, że uwzględnił w całości zarzuty odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2021 r. przez Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie. W tym piśmie podał, że: (...) działając na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.), zwanej dalej „Ustawą PZP”, informuje o uwzględnieniu zarzutów odwołania wniesionego w niniejszym postępowaniu w dniu 08.03.2021 r. przez Odwołującego tj. Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie. Uwzględnienie zarzutów następuje w całości tj. Zamawiający uwzględnia zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 Ustawy PZP w związku z art. 5 i art. 3531 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (zwany dalej „KC”) w związku z art. 647 KC w zw. z art. 654 KC związany z określonymi w § 6 ust. 6.4. projektu umowy (załącznik nr 2 do SWZ) zasadami dokonywania odbiorów w ten sposób, że dokona zmiany ww. postanowienia umownego poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„6.4. W przypadku stwierdzenia Wad Limitujących Zamawiający może odmówić podpisania Protokołu Odbioru. W przypadku stwierdzenia wad innych niż Wady Limitujące, Zamawiający będzie zobowiązany do podpisania Protokołu Odbioru – w tym przypadku Protokół Odbioru będzie zawierał zestawienie stwierdzonych wad innych niż Wady Limitujące wraz z terminami ich usunięcia przez Wykonawcę, do usunięcia których Wykonawca jest zobowiązany”.

W związku z powyższym, Zamawiający - wskazując na art. 522 ust. 1 Ustawy PZP oraz fakt, że do postępowania po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca - wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła,

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.) [dalej: ustawa Pwu), do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. (dalej: ustawa Pzp), wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) (dalej: nPzp).

Odwołanie w niniejszej sprawie zostało wniesione w dniu 8 marca 2021 r. Izba zatem wydając postanowienie w niniejszej sprawie, stosowała w postępowaniu odwoławczym przepisy nPzp z dnia 11 września 2019 r., a mianowicie art. 522 ust.1 tej ustawy.

W przedmiotowej sprawie informacja o wniesionym odwołaniu wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia zostały skierowane do wykonawców w dniu 9 marca 2020 r. Do dnia 12 marca 2021 r., w którym upływał termin na zgłoszenie przystąpień, takiego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie zgłosił żaden z wykonawców.

Izba działając na podstawie wskazanego art. 522 ust. 1 n_ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie.

Zgodnie z art. 522 ust. 1 n_ustawy Pzp: „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.”

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza wzięła pod uwagę okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie stosownie do § 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. z 2020 r., poz. 2437), orzekając w tym zakresie o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

.....