

**Sygn. akt: KIO 1011/23**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 24 kwietnia 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 24 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Zielonej Górze przy udziale wykonawcy Porr spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie kwoty 20 000 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczonej tytułem wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 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 dniu 6 kwietnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wobec treści dokumentów zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej oraz wykonanie robót budowlanych zadanie nr 24024 pn. „Przebudowa mostu kolejowo-drogowego na rzece Bóbr i dróg dojazdowych w ciągu” Świątoszów w Pstrąże Numer referencyjny: 1/PN/24024/2023”, prowadzonym przez Skarb Państwa – Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Zielonej Górze (dalej jako „Zamawiający”).

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- „1) art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647, art. 654, art. 5 i art. 3531 KC poprzez uzależnienie w ramach projektowanych postanowień Umowy dokonania końcowego rozliczenia prac od podpisania przez strony protokołu końcowego odbioru robót bez wad (bezusterkowy odbiór robót), również w przypadku stwierdzenia wad nadających się do usunięcia, nawet jeśli wady lub usterki mają charakter nieistotny, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniami niekorzystnymi dla wykonawców, naruszającymi bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzi do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 1);
- 2) art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie w ramach wzoru umowy klauzuli waloryzacyjnej, dotyczącej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia wbrew literalnym wymaganiom dyspozycji art. 439 ustawy Pzp, w sposób wypaczający ideę waloryzacji i będący sprzeczny z celem określonym w art. 439 ustawy Pzp, determinując jej nieefektywność i nierealność (zarzut nr 2).”.

Odwołujący wniósł o: „1) uwzględnienie odwołania, 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ i ogłoszenia w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania”.

W dniu 21 kwietnia 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia zarzuty przedstawione w ww. odwołaniu w części; jak wynika z tej odpowiedzi – w zakresie dotyczącym § 3 ust. 9, § 5 ust. 2 i § 25 ust. 10 (według numeracji po zmianie) [ust. 9 (według numeracji przed zmianą)] wzoru umowy stanowiącego załącznik

nr 3 do specyfikacji warunków zamówienia www. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W dniu 24 kwietnia 2023 r. Odwołujący złożył pismo, w którym oświadczył, że cofa ww. odwołanie w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego.

Zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”), „w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, 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 albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.”.

Mając na uwadze, że Zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu, a pozostałe zarzuty Odwołujący cofnął, co wypełnia hipotezę normy wynikającej art. 522 ust. 3 Pzp, Izba uznała za uzasadnione umorzenie postępowania odwoławczego, w związku z czym orzeczono jak w punkcie 1 postanowienia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 2) lit. b) 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. Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do § 9 ust. 1 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia „w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości, koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu - w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu”.

Zgodnie z tymi przepisami w punkcie 2 postanowienia Izba nakazała dokonanie zwrotu na rzecz odwołującego kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: .....