

Sygn. akt: KIO 1428/17

POSTANOWIENIE
z dnia 18 lipca 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

po rozpoznaniu w dniu 18 lipca 2017 roku w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2017 roku przez wykonawcę **SKANSKA Spółka Akcyjna w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Gdańsku**

postanawia

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego na rzecz wykonawcy **SKANSKA Spółka Akcyjna w Warszawie** kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej równowartość uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.), na niniejsze postanowienie, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą P.z.p.”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest rozbudowa drogi krajowej nr 22 na odcinku Czarlin – Knybawa.

W dniu 10 lipca 2017 roku wykonawca Skanska SA w Warszawie (odwołujący) wniósł odwołanie na niezgodne z przepisami ustawy P.z.p. czynności zamawiającego polegające na:

a) udzieleniu odpowiedzi na pytania wykonawców w trybie art. 38 ust. 2 ustawy P.z.p. stanowiących odmowę uwzględnienia wniosku wykonawcy o doprecyzowanie stanowiska zamawiającego oraz

b) udzieleniu odpowiedzi na pytania wykonawców w trybie art. 38 ust. 2 ustawy P.z.p., stanowiących zaniechanie dokonania wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.), tj. udzieleniu odpowiedzi, które wyjaśnień nie stanowią, w wyniku których złożenie odwołania na te odpowiedzi stało się konieczne, to jest na odpowiednio:

1) Odpowiedź napytanie nr 86 (odpowiedzi z dnia 30.06.2017 r.) o treści: „W nawiązaniu do treści subkl. 13.8 SWK prosimy o skorygowanie wzoru, na podstawie którego obliczany będzie wskaźnik waloryzacji (Pn), w taki sposób, aby wzór ten uwzględniał rzeczywiste uwarunkowania zmiany kosztów realizacji przedmiotu umowy, w tym w szczególności następujące dane:

a) Współczynnik przedstawiający urealniony udział elementu kosztu odnoszącego się do realizacji robót,

b) Precyzyjne określenie wskaźników Wd i Wn poprzez wskazanie kolumny raportu GUS,

c) Metodę ustalenia wysokości odpowiednich wskaźników Wd i Wm wg biuletynu GUS obowiązujących na Datę Odniesienia,

d) Cezurę czasową, dla której ustalone będą wysokości odpowiednich wskaźników Wd i Wm dla danego Świadczenia Płatności (np. określenie jej jako okres obejmujący miesiące

kalendaryzowe, w których wykonywane były Roboty objęte danym Świadectwem Płatności), Albowiem aktualne brzmienie klauzuli waloryzacyjnej budzi poważne wątpliwości interpretacyjne z uwagi na brak wskazania jednoznacznych i obiektywnych danych oraz czytelnego mechanizmu stosowania waloryzacji. Dowolność interpretacji rodzaju wskaźników korekcyjnych oraz swoboda w ustalaniu ich aktualnej wysokości na datę rozliczenia prowadzi do uznania, że wysokość wynagrodzenia wykonawcy może być ustalana w sposób jednostronny przez Zamawiającego, co jest skrajnie niekorzystne dla wykonawcy i sprzeczne z naturą stosunku obligacyjnego. Wysokość wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych jest elementem *essentialia negotii* umowy o roboty budowlane i musi być uregulowana w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości poprzez określenie kwoty wynagrodzenia bądź jednoznacznych podstaw i sposobu obliczenia tej kwoty. Przedmiotowa klauzula nie spełnia ww. wymagań i może zostać uznana za nieważną na mocy art. 58 w zw. z art. 3531 kc.”

Odpowiedź nr 86: „Zamawiający informuje, że Warunki Szczególne Kontraktu pozostają bez zmian.”

2) Odpowiedź na pytanie nr 87 (odpowiedzi z dnia 30.06.2017 r.) o treści: „W nawiązaniu do treści subkl. 13.8 SWK prosimy o skorygowanie wzoru, na podstawie którego obliczany będzie wskaźnik waloryzacji (Pn), w taki sposób, aby wzór ten uwzględniał zasadę, że waloryzacji będą podlegały kwoty płatne za dany miesiąc, odnoszone do wartości wskaźników ustalonych na Datę Odniesienia, a nie narastająco”.

Odpowiedź nr 87 „Zamawiający informuje, że Warunki Szczególne Kontraktu pozostają bez zmian.”

Pismem z dnia 14 lipca 2017 r. zamawiający oświadczył, że uwzględnia zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba zważyła, co następuje:

Art. 186 ust. 2 zd. pierwsze ustawy P.z.p. stanowi, iż w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie 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.

Tym samym stwierdzić należy, iż na skutek uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu, jak i okoliczności, iż po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca Izba uznała, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron, zgodnie z przepisem art. 186 ust. 2 zd. pierwsze ustawy P.z.p.

Rozstrzygając o kosztach postępowania odwoławczego, Izba uwzględniła okoliczność, iż koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy P.z.p., orzekając o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczonego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: