

Sygn. akt: KIO 456/24

## POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 23 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 23 lutego 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lutego 2024 r. przez wykonawcę **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa,** w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej w Łukowie Sp. z o.o., ul. Świderska 42, 21-400 Łuków,**

**postanawia:**

**umarza postępowanie odwoławcze,**

nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa, kwoty 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), tytułem uiszczzonego wpisu.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: .....

Sygn. akt: KIO 456/24

## Uzasadnienie

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej w Łukowie Sp. z o.o., ul. Świderska 42, 21-400 Łuków, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa Ekologicznej Elektrociepłowni w Łukowie”, numer referencyjny: EEC/LUKOW/01/2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 02.02.2024 r., nr Dz.U. S: 24/2024 069721-2024.

W dniu 12.02.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym wykonawca Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa (dalej: „Odwołujący”) zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 439 ust. 1, ust. 2 i ust. 5 w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w zw. z art. 58, art. 5 i art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie w ramach wzoru umowy klauzuli waloryzacyjnej, dotyczącej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy i podwykonawcy 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 sprzeczny z celem określonym w art. 439 ustawy Pzp, determinując jej nieefektywność i nierealność i tym samym utrudniają lub wręcz uniemożliwiają dokonanie odpowiedniej waloryzacji wynagrodzenia, a jednocześnie stanowią obejście przepisów ustawy o obowiązku waloryzacji wynagrodzenia w przypadku zmiany cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc jednocześnie wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do jednostronnego kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, całkowite przerzucenie na wykonawców ryzyka z tytułu zaistnienia przyczyn, które są niezależne od wykonawcy i niemożliwe do przewidzenia na etapie składania oferty, 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, art. 473 § 1 KC, art. 484 § 1 KC, art. 5 KC i art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach postanowień Umowy odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawcy bez ograniczenia i zastrzeżenie możliwości dochodzenia odszkodowania uzupełniającego w przypadku, jeśli wysokość kar umownych nie pokryje poniesionej szkody, co w konsekwencji oznacza postanowienie wymuszające na wykonawcach konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnej kalkulacji ryzyk w ramach ceny ofertowej, stanowiące nadmierne i nieadekwatne obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców i do nadużycia prawa podmiotowego przez Zamawiającego,
- 3) art. 455 ust. 1 pkt 1, art. 218 ust. 2 w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 647 KC w zw. z art. 487 § 2 KC, art. 58 KC, art. 5 i art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do umowy postanowień ograniczających możliwość zmian wysokości wynagrodzenia umownego należnego wykonawcy w sytuacji gdy strony dokonają zmiany umowy, co stanowi wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do jednostronnego kształtowania postanowień umownych

i jego pozycji dominującej, i całkowite przerzucenie na wykonawców ryzyka z tytułu zaistnienia przyczyn, które są niezależne od wykonawcy będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasadę ekwiwalentności świadczeń oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców.

Pismem z dnia 23.02.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której poinformował o jego uwzględnieniu w części dotyczącej zarzutu nr 2 oraz wniósł o oddalenie odwołania w pozostałej części.

Pismem z dnia 23.02.2024 r. Odwołujący poinformował o wycofaniu odwołania w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego.

Zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy 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.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437): 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:

b) 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;

Wobec uwzględnienia odwołania w części przez Zamawiającego, wycofania w pozostałej części przez Odwołującego oraz braku przystąpienia jakiegokolwiek wykonawcy, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze i nakazała zwrócić Odwołującemu kwotę uiszczoną wpisu od odwołania.

Przewodnicząca: .....