Sygn. akt: KIO 1993/25 Warszawa, 06 czerwca 2025 roku

POSTANOWIENIE

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Aneta Mlącka

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 06 czerwca 2025 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 19 maja 2025 r. przez Odwołującego Strabag sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków)w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Zarząd Dróg Miejskich w Koninie (ul. Zakładowa 4, 62-510 Konin)

przy udziale uczestnika zgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego Budimex S.A. (ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa)

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego Strabag sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) kwoty 18000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczonego 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 1993/25

Uzasadnienie

Zamawiający Zarząd Dróg Miejskich w Koninieprowadzi postępowanie w procedurze konkurencyjnej, którego przedmiotem jest: „Przebudowa mostu wschodniego nad rzeką Wartą w ciągu drogi krajowej nr 92 na Trasie Warszawskiej w Koninie realizowana w ramach zadania pn.: Przebudowa obiektów mostowych w ciągu drogi krajowej nr 92 na Trasie Warszawskiej w Konie."

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 07 maja 2025 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 88/2025 pod numerem 292496-2025.

19 maja 2025 roku Odwołujący Strabag sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 99 ust. 1 pzp i art. 439 ust. 1 i 2 pzp w zw. z art. 3531 kc i art. 5 kc w zw. 8 ust. 1 pzp, art. 16 pkt 2) i 3) pzp poprzez: a) sformułowanie warunków waloryzacji w § 13 wzoru umowy w sposób uniemożliwiający, a przynajmniej znacznie utrudniający obliczenie przyszłej waloryzacji a tym samym ustalenie jak będzie kształtowało się wynagrodzenie Wykonawcy po „aktywacji" waloryzacji, jak również uniemożliwiający dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji realnej zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia poprzez ustalenie dla każdego składanego wniosku waloryzacyjnego progu wejścia waloryzacji na poziomie nienotowanym i niewystępującym w obecnych warunkach rynkowych; b) dokonanie nadmiernego ograniczenia i ustalenia wbrew przepisowi art. 439 ust. 1 pzp prawa do waloryzacji umownej po upływie 12 miesięcy od zawarcia i nie częściej niż raz na 12 miesięcy; c) skonstruowanie klauzuli waloryzacyjnej z użyciem nieadekwatnego wskaźnika; d) obwarowanie zastosowania klauzuli waloryzacyjnej dodatkowymi, nieznanymi ustawie pzp warunkami wprowadzenia zmian wynagrodzenia w postaci (i) wykazania wpływu zmiany cen materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia (§ 13 ust. 8 wzoru umowy); (ii) uzależnienia zmiany wysokości wynagrodzenia in plus od warunku potestatywnego tj. zabezpieczenia przez Zamawiającego środków na ten cel w swoim planie finansowym (§ 13 ust. 9 wzoru umowy); e) ustalenie łącznej maksymalnej wartości wszystkich zmian wynagrodzenia na skutek waloryzacji umownej na poziomie 5% wartości wynagrodzenia pierwotnie określonego w umowie (§ 13 ust. 6 wzoru umowy), co stanowi o ustaleniu poziomu zmiany cen w rozumieniu art. 439 ust. 2 pkt 1) pzp w sposób oderwany od realiów rynkowych, a także czyni, że umowa zawiera jedynie pozorne i iluzoryczne, a także nieproporcjonalne i nieadekwatne do zamówienia mechanizmy waloryzacyjne;
- art. 436 pkt 1) pzp i art. 433 pkt. 3) pzp, względnie art. 3531 kc, art. 58 kc i art. 387 § 1 kc w zw. z art. 8 ust. 1 pzp oraz art. 16 pzp poprzez wskazanie w pkt 5.1.6. treści ogłoszenia, Rozdziale II ust. 10 SWZ oraz § 2 ust. 1 wzoru umowy terminu realizacji zamówienia (zakończenia umowy) w dacie dziennej wyznaczonej na dzień 30 kwietnia 2027 r., podczas gdy wskazanie wykonania zamówienia w konkretnej dacie narusza przepisy ustawy pzp, w zakresie w jakim nakazują one określanie terminu w latach, miesiącach, tygodniach, dniach liczonych od daty zawarcia umowy;

- art. 99 ust. 1 pzp, art. 433 pkt 3) i 4) pzp w zw. z art. 16 pkt 1) – 3) pzp, art. 5 kc, art. 3531 kc art. 647 kc w zw. z art. 8 ust 1 pzp poprzez nieuzasadnione i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę ryzyka, za które odpowiedzialność powinien ponosić Zamawiający, tj. w § 12 ust 2.1 (z wyłączeniem lit. d), 2.2 2.3, 2.4 wzoru umowy - przeniesienie na Wykonawcę odpowiedzialności finansowej realizacji umowy w przedłużonym czasie, z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy, a zawinionych przez Zamawiającego lub zależnych od jego działań, tudzież wynikających ze zdarzeń niezależnych od stron lub na wypadek zmiany sposobu czy zakresu zamówienia bez przewidzenia dla wykonawcy stosownej rekompensaty w postaci dodatkowej płatności z tytułu kosztów poniesionych przez niego w przedłużonym okresie realizacji umowy. Zamawiający przewiduje bowiem w przypadku okoliczności wskazanych w ww. postanowieniach możliwość zmiany wyłącznie terminu lub sposobu wykonania umowy bez możliwości zmiany wynagrodzenia. Oznacza to w całości przerzucenie w całości ryzyka finansowego na wykonawcę w przypadku ziszczenia się przesłanek do zmiany umowy co stanowi przejaw nadużycia pozycji dominującej przez Zamawiającego jak i jest zakazane klauzulą abuzywną art. 433 pkt 3 pzp;
- art. 99 ust. 1 pzp, art. 433 pkt 1) pzp, art. 3531 kc i art. 58 § 1 oraz 2 kc w zw. z art. 8 ust. 1 pzp poprzez przekroczenie zasady swobody kształtowania warunków umowy i naruszenie zasady równowagi stron umowy polegające na zawarciu we wzorze umowy postanowienia § 11 ust. 5, zgodnie z którym „wykonawca nie może odstąpić od umowy po przekroczeniu umownego terminu realizacji" skutkującego pozbawieniem wykonawcy uprawnienia do skorzystania zarówno z umownego, jak i ustawowego prawa do odstąpienia w sytuacji, gdy przekroczenie umownego terminu realizacji przedmiotu umowy następuje z winy Zamawiającego, jak również w sytuacji, gdy dochodzi do niego w następstwie zdarzeń niezależnych od którejkolwiek ze stron. Nadto, naruszenie ww. przepisów polega na tym, że Zamawiający podjął ww. postanowieniem § 11 ust. 5 wzoru umowy próbę ograniczenia ustawowego prawa wykonawcy do odstąpienia od umowy, co jest działaniem niedopuszczalnym, a wskazana klauzula w ww. zakresie jest nieważna jako sprzeczna z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa (art. 491 i nast. kc).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu zmian wskazanych w treści odwołania.

06 czerwca 2025 roku przed wyznaczonym terminem posiedzenia z udziałem stron i rozprawy, Odwołujący przesłał pismo, w którym oświadczył, że cofa odwołanie w całości.

Wobec powyższego, stosownie do art. 568 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r., postępowanie podlegało umorzeniu.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r. oraz § 9 ust. 1 pkt 3a 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 wysokości wpisu od odwołania, z którego wynika, że w przypadku cofnięcia odwołania w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego, Odwołującemu zwraca się 90% wpisu.

Przewodnicząca: ……..……..