

## POSTANOWIENIE

Warszawa, 27 czerwca 2025 r.

### Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Chudzik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym 27 czerwca 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 6 czerwca 2025 r. przez wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa – Dzielnicę Białąłęką, uczestnik po stronie Odwołującego: Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

### postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

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:.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa – Dzielnica Białąłęką – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Budowa pływalni przy ul. Ostródzkiej*. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27 maja 2025 r. pod numerem 340262-2025.

Wykonawca Budimex S.A. wniósł 6 czerwca 2025 r. odwołanie wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie warunku doświadczenia wymaganego od wykonawcy, o którym mowa w Rozdziale 3 pkt 3.3.4. lit. a) SWZ w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób dyskryminujący wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia i naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji (zarzut nr 1);
- 2) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647, art. 654, art. 5 i art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do Wzoru Umowy niespójnych i niejasnych postanowień dotyczących zasad odbioru robót budowlanych, uzależniających de facto dokonanie odbioru i wypłatę należnego wynagrodzenia od odbioru bezusterkowego, 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 (zarzut nr 2);
- 3) 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 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 3);

4)art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 473§1 KC w zw. z art. 483 KC w zw. z art. 484§2 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach projektowanych postanowień Umowy poszczególnych jednostkowych kar umownych oraz łącznej maksymalnej wysokości kar umownych o rażąco wygórowanej wysokości, co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 4);

5)art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 431 ustawy Pzp w zw. art. 353<sup>1</sup> KC, w zw. z art. 58 KC i w zw. z art. 5 KC poprzez zastrzeżenie w ramach projektowanych postanowień umowy wyłącznie jednostronnej możliwości odstąpienia od umowy przez Zamawiającego, a w szczególności możliwości odstąpienia przez Zamawiającego po nieuzgodnionym z Zamawiającym przerwaniu wykonania prac lub dostaw na okres dłuższy niż zaledwie 7 dni kalendarzowych, co stanowi wyraz wykorzystania pozycji dominującej i rażącego uprzywilejowania w treści projektowanych postanowień Umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współzycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący ponadto nadużycie prawa (zarzut nr 5).

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu następujących zmian treści SWZ:

–zmianę rozdz. 3 pkt 3.3.4 SWZ przez nadanie mu brzmienia:

- w zakresie zdolności zawodowej (doświadczenia w realizacji) - warunek ten zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaze, że w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), wykonał należycie: (...)

- co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną obejmującą swoim zakresem budowę i/lub przebudowę, rozbudowę budynku pływalni/ krytego basenu wraz z zapleczem szatniowym, sanitarnym i technicznym o powierzchni użytkowej budynku nie mniejszej niż 3 700 m<sup>2</sup> i posiadającej min. 4 tory o dł. min. 25 m każdy zakończone pozwoleniem na użytkowanie, i

- co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną obejmującą swoim zakresem budowę i/lub przebudowę, rozbudowę obiektu z pływalnią/ krytym basenem wraz z zapleczem szatniowym, sanitarnym i technicznym o powierzchni użytkowej pływalni/krytego basenu nie mniejszej niż 3 700 m<sup>2</sup> i posiadającej min. 4 tory o dł. min. 25 m każdy zakończone pozwoleniem na użytkowanie; lub

- co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną obejmującą swoim zakresem budowę i/lub przebudowę, rozbudowę budynku pływalni/ krytego basenu wraz z zapleczem szatniowym, sanitarnym i technicznym o powierzchni użytkowej budynku nie mniejszej niż 3 700 m<sup>2</sup> i posiadającej min. 4 tory o dł. min. 25 m każdy zakończone pozwoleniem na użytkowanie, i

co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną obejmującą swoim zakresem budowę aquaparku wraz z zapleczem szatniowym, sanitarnym i technicznym o powierzchni użytkowej aquaparku nie mniejszej niż 4 000 m<sup>2</sup> i posiada basen o min. 4 torach o dł. min. 25 m każdy zakończone pozwoleniem na użytkowanie; lub

- co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną obejmującą swoim zakresem budowę i/lub przebudowę, rozbudowę obiektu z pływalnią/ krytym basenem wraz z zapleczem szatniowym, sanitarnym i technicznym o powierzchni użytkowej pływalni/krytego basenu nie mniejszej niż 3 700 m<sup>2</sup> i posiadającej min. 4 tory o dł. min. 25 m każdy zakończone pozwoleniem na użytkowanie; i

co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną obejmującą swoim zakresem budowę aquaparku wraz z zapleczem szatniowym, sanitarnym i technicznym o powierzchni użytkowej aquaparku nie mniejszej niż 4 000 m<sup>2</sup> i posiada basen o min. 4 torach o dł. min. 25 m każdy zakończone pozwoleniem na użytkowanie; lub

- co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane obejmujące swoim zakresem budowę i/lub przebudowę, rozbudowę budynku pływalni/ krytego basenu wraz z zapleczem szatniowym, sanitarnym i technicznym o powierzchni użytkowej budynku nie mniejszej niż 3 700 m<sup>2</sup> i posiada min. 4 tory o dł. min 25 m każdy zakończone pozwoleniem na użytkowanie; lub

- co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane obejmujące swoim zakresem budowę i/lub przebudowę, rozbudowę obiektu z pływalnią/ krytym basenem wraz z zapleczem szatniowym, sanitarnym i technicznym o powierzchni użytkowej pływalni/krytego basenu nie mniejszej niż 3 700 m<sup>2</sup> i posiada min. 4 tory o dł. min 25 m każdy zakończone pozwoleniem na użytkowanie; lub

•co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane obejmujące swoim zakresem budowę aquaparku wraz z zapleczem szatniowym, sanitarnym i technicznym o powierzchni użytkowej aquaparku nie mniejszej niż 4 000 m<sup>2</sup> i posiada basen o min. 4 torach o dł. min. 25 m każdy, zakończone pozwoleniem na użytkowanie; (...)

–zmianę § 8 i 10 wzoru umowy, przez usunięcie „bezusterkowych” odbiorów;

–zmianę § 8A wzoru umowy w następujący sposób:

2. Strony Umowy mogą żądać zmiany Wynagrodzenia wyłącznie w przypadku, gdy wskaźnik, o którym mowa w ust. 7 poniżej zmieni się co najmniej o +/- 4-3 %, w stosunku do wysokości tego wskaźnika obowiązującego w miesiącu złożenia Oferty przez Wykonawcę; żądanie zmiany Wynagrodzenia nie może obejmować Wynagrodzenia Wykonawcy za pierwsze pełne 6 miesięcy kalendarzowych realizacji Umowy, określonego w harmonogramie rzeczowo-finansowym.

9. Maksymalna wartość zmiany Wynagrodzenia dopuszczona przez Zamawiającego w związku z zastosowaniem niniejszej klauzuli wynosi 5 10% Wynagrodzenia.

10. Po obliczeniu wysokości kwoty zwaloryzowanego na podstawie przedmiotowej klauzuli Wynagrodzenia, Strony Umowy uzgadniają (zgodnie z art. 48 ust. 2 pkt 1) ustawy z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców), iż poniosą zwiększony (poprzez waloryzację Wynagrodzenia) koszt wykonania przedmiotowego zamówienia publicznego następującej proporcji: Zamawiający – 60%, Wykonawca – 40%; oznacza to, iż Wynagrodzenie Wykonawcy określone w niniejszej Umowie zostanie zwiększone o 60% kwoty, jaka zostanie wyliczona w oparciu o klauzulę waloryzacyjną określoną w niniejszej Umowie.

11. Zmiana Wynagrodzenia w związku z zastosowaniem niniejszej klauzuli może zostać zastosowana tylko raz w trakcie realizacji Umowy.

–zmianę § 15 ust. 2 pkt 1, 2 i ust. 3 wzoru umowy w następujący sposób:

1) za każdy dzień zwłoki w wykonaniu robót budowlanych/dokumentacji powykonawczej/ decyzji pozwolenia na użytkowanie Obiektów licząc od terminu określonego odpowiednio w § 3 ust. 1 pkt. 1), 2), 3) - w wysokości 0,5 0,05% Wynagrodzenia;

2) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub ujawnionych w okresie rękojmi za wady/gwarancji jakości – w wysokości 0,5 0,05% Wynagrodzenia, których wada/usterka dotyczy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, liczonej od dnia wyznaczonego na usunięcie wad/usterek (...)

3. Strony ustalają, że łączna maksymalna wartość kar umownych nie może przekroczyć 30 10% Wynagrodzenia.

–usunięcie § 15 ust. 5 pkt 4 wzoru umowy oraz dokonanie modyfikacji w ramach § 15 ust. 5 wzoru umowy w sposób, który w sposób symetryczny odniesie uprawnienia Zamawiającego w związku z prawem odstąpienia również do Wykonawcy, tj. poprzez dodanie ustępu 5a do zaproponowanego Wzoru Umowy: 5a. Poza przypadkami określonymi przepisami prawa, Wykonawca w okresie trwania Umowy ma prawo odstąpić od Umowy w całości lub w części niewykonanej Umowy z przyczyn obciążających Zamawiającego, zgodnie z przypadkami opisanymi w ust. 5 powyżej.

Odwołujący 25 czerwca 2025 r. poinformował, że Zamawiający pismem z 20 czerwca 2025 r. dokonał zmian treści SWZ, które w przeważającej części pokrywają się z wnioskami Odwołującego. W związku z tym Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w pozostałym, nieuwzględnionym przez Zamawiającego zakresie i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że Zamawiający nie złożył oświadczenia o częściowym uwzględnieniu zarzutów odwołania, jednak skoro dokonał zmian SWZ, które – jak twierdzi sam Odwołujący – odpowiadają części żądań odwołania, to zarzuty odwołania, których dotyczą wprowadzone do SWZ zmiany, straciły swoją aktualność. W związku z tym dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego w tym zakresie stało się zbędne, zatem postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

W pozostałym postępowaniu podlega umorzeniu z uwagi na złożenie oświadczenia o cofnięciu zarzutów.

Izba, kierując się wynikiem postępowania odwoławczego, stosując odpowiednio przepis § 9 ust. 2 w zw. § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r.

poz. 2437), postanowiła znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego oraz zwrócić odwołującemu kwotę 20.000 zł uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Przewodnicząca:.....