Sygn. akt: KIO 3157/25

POSTANOWIENIE

Warszawa, 3 września 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Izabela Niedziałek-Bujak

po rozpoznaniu na posiedzeniu 3 września 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 lipca 2025 r. przez odwołującego – wykonawcę **Elemont Spółka Akcyjna**, ul. Dobrzeńska 72b, 45-920 Opole w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Eco Kogeneracja Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Harcerska 15, 45-118 Opole

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy w zakresie: zarzut nr 2 w części objętej lit. b, tj. zarzut naruszenia art. art. 433 pkt 3 w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 17 ust. 1-2 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 3531 KC; zarzut nr 3 w całości, tj. zarzut naruszenia art. 433 pkt 1 w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 3531 KC; zarzut nr 4 w części objętej lit. a), b) oraz d), tj. zarzut naruszenia art. 439 ust. 1 i 2 pkt 1-4 w zw. z art. 439 ust. 4 w zw. z art. 16 ust. 1 pkt 1-3 w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 58 § 1 KC; zarzut nr 5 w całości, tj. zarzut naruszenia art. 484 § 2 w zw. z art. 3531 w z art. 58 § 1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP; zarzut nr 6 w całości, tj. zarzut naruszenia art. 431 w zw. z art. 16 pkt 3 w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 w zw. z art. 3531 w zw. z art. 483 § 1 KC;

2. Umarza postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 2 Ustawy w zakresie: zarzut nr 1 w całości, tj. zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 17 ust. 1-2 PZP; zarzut nr 2 w części objętej lit. a), tj. zarzut naruszenia art. 433 pkt 3 w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 17 ust. 1-2 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 3531 KC; zarzut nr 4 lit. c), tj. zarzut naruszenia art. 439 ust. 1 i 2 pkt 1-4 w zw. z art. 439 ust. 4 w zw. z art. 16 ust. 1 pkt 1-3 w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 58 § 1 KC.

3. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego kwoty 18000 zł 00 gr. (osiemnaście tysięcy złotych), stanowiącej 90% wpisu 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:……

Sygn. akt: KIO 3157/25

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Eco Kogeneracja Sp. z o.o. w trybie przetargu nieograniczonego na *budowa źródła wysokosprawnej kogeneracji gazowej o mocy 7,4 MWe i 7,0 MWt w Malborku*(nr postępowania: GUK II, 2.KG.2025), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 17.07.2025 r., OJ S 135/2025 465942-2025, wobec treści swz wniesione zostało 28.07.2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy Elemont S.A z/s w Opolu (sygn. akt KIO 3157/25).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

(1) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 17 ust. 1-2 PZP

poprzez zaniechanie sporządzenia OPZ w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, tj. zaniechanie wskazania w OPZ wyczerpujących informacji dotyczących równoległego prowadzenia przez podmioty trzecie robót niezwiązanych z realizacją przedmiotu Umowy na Terenie Budowy, w szczególności poprzez zaniechanie opisania przez Zamawiającego jakie podmioty, w jakim wymiarze rzeczowym oraz czasowym, a także w jakiej częstotliwości będą prowadziły na Terenie Budowy roboty budowlane, co powoduje, że Wykonawca nie posiada informacji niezbędnych do złożenia oferty w Postępowaniu, dotyczących możliwości nieprzerwanego prowadzenia przez Wykonawcę robót stanowiących Przedmiot Umowy.

Powyższe w sposób jednoznaczny wpływa na wynik Postępowania, bowiem Wykonawca nie może przewidzieć w jakim stopniu podmioty niezwiązane żadnym stosunkiem faktycznym ani prawnym z Wykonawcą i realizujące na Terenie Budowy prace na rzecz Zamawiającego będą realizować roboty, które mogą zakłócić wykonywanie przez Wykonawcę Umowy, jednocześnie zaś to ryzyko nie jest możliwe do wyliczenia podczas przygotowania ceny ofertowej, co w

konsekwencji może uniemożliwić złożenie oferty, względnie może doprowadzić do nieporównywalności ofert; 3 | S t r o n a

(2) art. 433 pkt 3 w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 17 ust. 1-2 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 3531 KC

1.1poprzez sformułowanie w § 1 ust. 18 lit. g) PPU postanowienia, które nakłada na Wykonawcę obowiązek złożenia oświadczenia, iż fakt prowadzenia robót niezwiązanych z przedmiotem Umowy przez podmioty trzecie nie wpłynie na termin realizacji Umowy, pomimo, że Wykonawca nie został zaznajomiony z zakresem rzeczowym i czasowym prac koniecznych do wykonania przez podmioty inne niż Wykonawca (por. zarzut nr 1), co obciążą Wykonawcę odpowiedzialnością za zorganizowanie i dostęp do Terenu Budowy, a zatem okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi tylko Zamawiający;

1.2poprzez sformułowanie w § 11 ust. 31 PPU postanowienia, które nakłada na Wykonawcę zobowiązanie do umożliwienia podmiotowi innemu niż Wykonawca wstępu na Teren Budowy oraz obowiązek koordynowania przez Wykonawcę prac podmiotów innych niż Wykonawca, w tym przekazanie instrukcji dotyczących korzystania przez podmiot inny niż Wykonawca z Terenu Budowy, pomimo, że Wykonawca nie został zaznajomiony z zakresem rzeczowym i czasowym prac koniecznych do wykonania przez podmioty inne niż Wykonawca (por. zarzut nr 1), co obciążą Wykonawcę odpowiedzialnością za zorganizowanie i dostęp do Terenu Budowy, a zatem za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi tylko Zamawiający;

(3) art. 433 pkt 1 w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 3531 KC

a.poprzez sformułowanie w § 2 ust. 4 PPU postanowienia przewidującego, iż jeśli po pozytywnym zaopiniowaniu przez Zamawiającego projektów wykonawczych konieczne będzie wprowadzenie jakichkolwiek zmian w wykonanych przez Wykonawcę pracach, Wykonawca wykona je w ramach wynagrodzenia ryczałtowego, zaś jakiekolwiek opóźnienie w realizacji umowy powstałe z tego tytułu będzie traktowane jako okoliczność zawiniona przez Wykonawcę, co sprawia, że postanowienie to, wbrew przepisom PZP, przewiduje odpowiedzialność Wykonawcy za niezawinione przez niego opóźnienie, podczas gdy Wykonawca może jedynie odpowiadać za zwłokę (tj. opóźnienie zawinione);

b.poprzez sformułowanie w § 16 ust. 6 PPU postanowienia, które stanowi, iż zwłoka spowodowana przez Zamawiającego w udostępnieniu Terenu Budowy, przeprowadzeniu odbioru robót lub prac, skutkować będzie przesunięciem terminu zakończenia prac o czas zwłoki Zamawiającego, co oznacza, że wszelkie opóźnienia powstałe po stronie Zamawiającego nie będą powodować przesunięcia terminu zakończenia prac, a tym samym będą w ryzyku Wykonawcy, który będzie ponosił wszelkie negatywne skutki wystąpienia opóźnień po stronie Zamawiającego, w tym brak przedłużenia terminu realizacji prac;

4) art. 439 ust. 1 i 2 pkt 1-4 w zw. z art. 439 ust. 4 w zw. z art. 16 ust. 1 pkt 1-3 w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 58 § 1 KC

a.poprzez wprowadzenie w § 6 ust. 7-13 przez Zamawiającego w PPU postanowień określających klauzulę materiałowo-kosztową dotyczącą zmiany cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia o treści niezgodnej z wymaganiami wynikającymi z przytoczonych przepisów prawa, a nadto w sposób prowadzący do wypaczenia idei oraz celów nadawanych klauzuli waloryzacyjnej, w szczególności poprzez ustalenie przez Zamawiającego:

b.w § 6 ust. 8 pkt 2 PPU, że łączna kwota waloryzacji cen materiałów (w tym urządzeń) nie może przekroczyć 10% wartości tych materiałów, wskazanych w Kosztorysie szczegółowym, podczas gdy odnoszenie ww. 10% jedynie do wartości enumeratywnie wymienionych w klauzuli waloryzacyjnej materiałów, a nie wszystkich kosztów ponoszonych przez Wykonawcę w ramach realizacji Umowy sprawia, że jest to rażąco niski pułap waloryzacji, nieproporcjonalny i nieadekwatny do realiów gospodarczych i ryzyk związanych z realizacją zamówienia tak skomplikowanego i rozbudowanego jak udzielane w Postępowaniu przez Zamawiającego;

c.w § 6 ust. 8 pkt 4 lit. a) PPU iż do zaistnienia ewentualnej podstawy do waloryzacji, jako wartości początkowe materiałów, będą przyjmowane kwoty materiałów wynikające z Kosztorysu szczegółowego po jego akceptacji przez Zamawiającego lub po jego sporządzeniu przez Zamawiającego, podczas gdy przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie;

d.w § 6 ust. 8 pkt 4 lit. b) PPU poziomu zmiany ceny materiałów, uprawniającego Strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia umownego na 15% od cen poszczególnych materiałów, wskazanych w Kosztorysie szczegółowym, podczas gdy ustalony w ten sposób próg umożliwiający uruchomienie mechanizmu waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy jest rażąco wygórowany, przez co uniemożliwia zastosowanie klauzuli waloryzacyjnej czyniąc tę

klauzulę pozorną i fikcyjną;

e.w § 6 ust. 8 pkt 4 lit. d) PPU iż możliwość wystąpienia z wnioskiem o waloryzację dopuszczalna będzie najwcześniej po upływie 12 miesięcy od zawarcia Umowy oraz nie częściej niż co 12 miesięcy, podczas gdy znajdującym jednoznaczne oparcie w przepisach prawa (w szczególności w art. 439 ust. 1 PZP) oraz realiach gospodarczych okresem karencji w możliwości wystąpienia z wnioskiem o waloryzację jest okres 6-miesięczny;

(5) art. 484 § 2 w zw. z art. 3531 w z art. 58 § 1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP

poprzez sformułowanie w § 16 ust. 14 PPU postanowienia o następującym brzmieniu: *Zgodnie z tymi założeniami została określona wysokość zastrzeżonych w umowie kar umownych, co Wykonawca akceptuje. Wykonawca jest świadomy tak określonych interesów Zamawiającego, w szczególności ich niemajątkowego charakteru i odrębności uszczerbków kompensowanych poszczególnymi karami umownymi, a kary umowne określone w niniejszej umowie uznaje za adekwatne (co do zasady i co do wysokości) do zabezpieczenia tych interesów,* które prowadzi do wyłączenia możliwości żądania przez Wykonawcę miarkowania kary umownej oraz sprowadza się do pozbawienia Wykonawcy jego ustawowych uprawnień, przez co jest nieważne, 5 | S t r o n a

(6) art. 431 w zw. z art. 16 pkt 3 w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 w zw. z art. 3531 w zw. z art. 483 § 1 KC

a.poprzez sformułowanie w § 16 ust. 7 i 8 PPU postanowienia o następującym brzmieniu: *w przypadku odstąpienia od umowy przez jedną ze Stron z przyczyn **leżących po stronie Wykonawcy**, Wykonawca, także z przyczyn odstąpienia od umowy określonych wprost w umowie, zapłaci Zamawiającemu karę umową w wysokości 15% całkowitego wynagrodzenia brutto przedmiotu umowy, określonego w § 6 ust. 1 lit. a) i b) umowy (suma obu wynagrodzeń). W przypadku odstąpienia od umowy przez Wykonawcę **z winy Zamawiającego**, z przyczyn określonych w niniejszej umowie, Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną w wysokości 15% całkowitego wynagrodzenia brutto przedmiotu umowy, określonego w § 6 ust. 1 lit. a) i b) umowy (suma obu wynagrodzeń),* w sposób naruszający zasady współdziałania stron umowy i proporcjonalności, a także zasady współżycia społecznego, poprzez kształtowanie postanowień umownych, w zakresie kar umownych, w sposób nieuzasadnienie odmienny, dla każdej ze Stron, z jednoznacznym uprzywilejowaniem Zamawiającego, który będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej jedynie w przypadku odstąpienia przez Wykonawcę od Umowy z uwagi na zawinione przez Zamawiającego okoliczności, podczas gdy Wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty analogicznej kary umownej w przypadku odstąpienia przez Zamawiającego od Umowy z jakichkolwiek przyczyn (a zatem również niezawinionych), leżących po stronie Wykonawcy;

b.poprzez zaniechanie wprowadzenia do PPU postanowień uprawniających Wykonawcę do naliczenia względem Zamawiającego kar umownych, które mobilizowałyby Zamawiającego do właściwego wykonywania zobowiązań kontraktowych, podczas gdy Umowa jednocześnie zawiera szeroki katalog kar umownych dyscyplinujących Wykonawcę, za każdy przejaw nienależytego wykonania Umowy, czym Zamawiający naruszył podstawową zasadę PZP, która nakłada na strony obowiązek współdziałania przy realizacji kontraktu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie dokonania modyfikacji dokumentów zamówienia w sposób wskazany w treści odwołania.

W piśmie z 29.08.2025 r. odwołujący wycofał część zarzutów, tj.:

- zarzut nr 2 w części objętej lit. b, tj. zarzut naruszenia art. art. 433 pkt 3 w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 17 ust. 1-2 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 3531 KC;

- zarzut nr 3 w całości, tj. zarzut naruszenia art. 433 pkt 1 w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 3531 KC;

- zarzut nr 4 w części objętej lit. a), b) oraz d), tj zarzut naruszenia art. 439 ust. 1 i 2 pkt 1-4 w zw. z art. 439 ust. 4 w zw. z art. 16 ust. 1 pkt 1-3 w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 58 § 1 KC

- zarzut nr 5 w całości, tj. zarzut naruszenia art. 484 § 2 w zw. z art. 3531 w z art. 58 § 1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP;

- zarzut nr 6 w całości, tj. zarzut naruszenia art. 431 w zw. z art. 16 pkt 3 w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 w zw. z art. 3531 w zw. z art. 483 § 1 KC;

Odwołujący podtrzymał zarzuty z pkt: zarzut nr 1 w całości, tj. zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 17 ust. 1-2 PZP; **zarzut nr 2 w części objętej lit. a)**, tj. zarzut naruszenia art. 433 pkt 3 w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 17 ust. 1-2 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 3531 KC; **zarzut nr 4 lit. c)**, tj. zarzut naruszenia art. 439 ust. 1 i 2 pkt 1-4 w zw. z art. 439 ust. 4 w zw. z art. 16 ust. 1 pkt 1-3 w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 58 § 1 KC.

Następnie w piśmie z 1.09.2025 r. odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w całości na podstawie

art. 568 pkt 2 Ustawy i nakazanie dokonania zwrotu całej kwoty wpisu.

Na podstawie § 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. *w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. poz. 2453) umorzyła postępowanie odwoławcze w sytuacji wyczerpującej przypadek wskazany w art. 568 pkt 1 i 2 Ustawy.

W ocenie składu orzekającego postępowanie odwoławcze nie mogło być umorzone w całości na podstawie art. 568 pkt 2 Ustawy, tj. jako zbędne lub niedopuszczalne. W uzasadnieniu tego wniosku odwołujący wskazał na dokonaną modyfikację swz, która faktycznie była wywodzona z odpowiedzi na pytania do swz udzielone przez zamawiającego 28 lipca 2025 r., tj. w dacie złożonego odwołania. Opisując stan faktyczny odwołujący wskazywał na znaczenie odpowiedzi dla zarzutów, których nie wycofał wnioskiem z 29.08.2025 r. W zaistniałym stanie faktycznym, dla stwierdzenia podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego znaczenie miało zarówno oświadczenia odwołującego o wycofaniu części zarzutów (których nie dotyczyły zmiany swz opisane we wniosku), jak również stanowisko odwołującego, w którym stwierdził, że odpowiedzi na pytania do swz powodują, że nie istnieje podstawa dla zarzutów pozostałych w mocy. Uwzględniając kolejność zdarzeń, Izba wskazuje, że bezprzedmiotowość orzekania w zakresie zarzutów, dla których znaczenie miała modyfikacja swz istniała od dnia 28.07.2025 r., a oświadczenie odwołującego zawarte we wniosku o umorzenie jedynie potwierdzało jej znaczenie dla rozpoznania tych zarzutów i prowadzonego postępowania odwoławczego (w tej części). Dopiero oświadczeniem z 29.08.2025 r. o wycofaniu pozostałych zarzutów odwołujący wywołał skutek dla prowadzonego postępowania odwoławczego, które w tym zakresie podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 Ustawy.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 Ustawy *Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy*.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego izba na podstawie § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a 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* (Dz. U. poz. 2437) nakazała dokonanie zwrotu 90% wpisu.

Przewodnicząca:……