

Sygn. akt: KIO 1781/22

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 12 lipca 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 12 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2022 r. przez wykonawcę **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Radomiu,**

**orzeka:**

1. odrzuca odwołania;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Radomiu, działający w imieniu i na rzecz Gminy Miasta Radomia oraz PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Przebudowa wiaduktu w ul. Żeromskiego w Radomiu nad torami PKP wraz z infrastrukturą towarzyszącą*. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 24 czerwca 2022 r. pod nr 2022/S 120-337020.

W dniu 5 lipca 2022 r. wykonawca Budimex S.A. wniósł odwołanie wobec postanowień SWZ, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 647 KC w zw. z art. 577§4 KC w zw. z art. 568§1 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez przyznanie Zamawiającemu we wzorze Umowy (Załącznik nr 12 do SWZ) prawa do odmowy dokonania odbioru robót oraz wypłaty wynagrodzenia do czasu usunięcia wad w każdym przypadku ich wystąpienia, nawet jeśli wady mają charakter nieistotny, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;
- 2) art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 58 k.c. w zw. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp poprzez sformułowanie projektu umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane została zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, a tym samym poprzez wprowadzenie pozornego mechanizmu liczenia waloryzacji z uwagi na uzależnienie waloryzacji od wzrostu wartości wskaźnika zmiany cen produkcji budowlano – montażowej o co najmniej 5% kwartalnie tj. co najmniej 20% rocznie oraz ograniczenie wartości waloryzacji do 5% wartości wynagrodzenia Wykonawcy wskazanej w ofercie, a jednocześnie poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji, w szczególności wobec ustalenia

warunków Umowy w sposób niezgodny z przywołanymi wyżej przepisami i tym samym uniemożliwienie wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia złożenia porównywalnych i rzetelnych ofert.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp. Ww. przepis stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W rozpoznawanej sprawie termin obowiązywał 10-dniowy termin na wniesienie odwołania, który rozpoczął swój bieg 24 czerwca 2022 r., tj. w dacie publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz zamieszczenia SWZ na stronie internetowej Zamawiającego. Wynika to z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne. Izba ustaliła, że ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 czerwca 2022 r. i w tej dacie SWZ została udostępniona na stronie Zamawiającego. Jest to okoliczność przyznana przez Odwołującego, który w treści odwołania wskazał, że publikacja ogłoszenia nastąpiła 24 czerwca 2022 r. oraz że obowiązywał w tej sprawie 10-dniowy termin na wniesienie odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba ustaliła, że określony 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp termin na wniesienie odwołania upłynął 4 lipca 2022 r. (poniedziałek). Tymczasem odwołanie wpłynęło do Prezesa Izby 5 lipca 2022 r., tj. po upływie ustawowego terminu (nr kancelaryjny Dzk-KIO-14481/22). W związku z tym odwołanie należało odrzucić na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i § 8 ust. 1 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. z 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym, na podstawie art. 529 ust. 1 ustawy Pzp.

**Przewodniczący:** .....