

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 25 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 25 marca 2025 r.

w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2025 r. przez wykonawcę TORPOL Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie,

przy udziale uczestników po stronie odwołującego:

- A. Wykonawcy BUDIMEX Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie
- B. Wykonawcy PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie
- C. Wykonawcy STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie
- D. Wykonawcy TRAKCJA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie
- E. Wykonawcy ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy TORPOL Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu kwoty 18 000 zł 00 gr (osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczonego 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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 814/25

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej nr 7 odcinek Warszawa Wawer – Otwock w ramach Projektu pn.: „Prace na linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa – Dorohusk na odcinku Warszawa – Otwock – Dęblin – Lublin, etap IIb” (Warszawa Wawer – Otwock)*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 października 2024 r., pod numerem 2024/S 194-599935.

W dniu 6 marca 2025 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca TORPOL Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu, zwany dalej „Odwołującym” lub „wykonawcą TORPOL”, wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści SWZ w sposób naruszający przepisy ustawy PZP i Kodeksu Cywilnego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 353¹ w zw. z art. 647 i art. 651 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 16, art. 99 ust. 1 i 4, art. 103 ust. 2 i art. 433 pkt 3 ustawy PZP poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający zasadę proporcjonalności oraz efektywności postępowania, z przekroczeniem granic swobody kontraktowania w zakresie odnoszącym się do:

– redukcji należnego wykonawcom wynagrodzenia w wydłużonym terminie realizacji umowy w części dotyczącej ponoszonych kosztów zarządu – we wzorze wskazanym w § 9 ust. 16 warunków przyszłej umowy, tj. we wzorze (1) – redukcja do 50% i wzorze (2) – redukcja do 20%, nieuwzględnienie możliwości sporządzania przez wykonawców, zgodnie z art. 47 ust. 4 ustawy o rachunkowości, rachunku zysku i strat metodą porównawczą, ograniczenie wartości wskaźnika Kosztów ogólnych zarządu (dalej KOZ) do 1% w przypadku wykonawców, który nie opracowują rachunku

zysków i strat metodą kalkulacyjną, nieuwzględnienie terminów sporządzania sprawozdań finansowych wynikających z ustawy o rachunkowości i pominięcie konieczności ustalenia daty odniesienia dla ustalenia wartości KOZ,

– ograniczenie w § 12 ust. 4 pkt 4 warunków przyszłej umowy wartości Narzutu możliwego do doliczenia przez wykonawców do kosztów podzleconych Robót do 10 % (zarzut nr 1),

2) art. 353¹ w zw. z art. 537 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający zasadę proporcjonalności oraz efektywności postępowania, z przekroczeniem granic swobody kontraktowania, tj. poprzez zastosowanie elementów ceny maksymalnej – określenie maksymalnej wysokości Narzutu wskazanego w § 12 ust. 4 pkt 3 warunków przyszłej umowy jako elementu ceny, w sytuacji w której nie obowiązuje określenie ceny maksymalnej przepisem rangi ustawowej lub aktem prawnym wydawanym na podstawie delegacji ustawowej (zarzut nr 2),

a w konsekwencji naruszeń wskazanych w zarzucie nr 1 i 2:

3) art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy PZP i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy PZP poprzez uchybienie zasadom uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz uchybienie zasadzie przejrzystości i proporcjonalności, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji, w szczególności wobec (a) niezgodnego z przywołanymi wyżej przepisami ukształtowania warunków przyszłej umowy i tym samym uniemożliwienie wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia złożenia porównywalnych ofert (b) nieproporcjonalnego ograniczenia w § 12 ust. 4 pkt 4 warunków przyszłej umowy wartości Narzutu możliwego do doliczenia przez wykonawców do kosztów podzleconych Robót do 10% (zarzut nr 3).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji warunków przyszłej umowy poprzez:

1) zmiany treści § 9 ust. 16 warunków przyszłej umowy poprzez:

- usunięcie ze wzorów wskaźnika redukcji 50 % i wskaźnika redukcji 20 %,
- uwzględnienie możliwości opracowania przez wykonawców, zgodnie z przyjętymi zasadami (polityką) rachunkowości, zgodnymi z ustawą o rachunkowości, rachunku zysków i strat metodą porównawczą,
- usunięcie zapisu, zgodnie z którym wykonawcy, który nie sporządza sprawozdania finansowego metodą kalkulacyjną otrzymują wynagrodzenie z tytułu KOZ z zastosowaniem wskaźnika 1 % lub ewentualnie zastosowanie wobec tych wykonawców średnich wskaźników publikowanych przez Główny Urząd Statystyczny,
- ustalenie, że dla ustalenia KOZ będą brane pod uwagę dane wynikające ze sprawozdania finansowego z okresu trzech pełnych okresów sprawozdawczych poprzedzających datę pierwotnego terminu realizacji umowy,

2) zmiany treści § 12 ust. 4 pkt 3 warunków przyszłej umowy poprzez usunięcie wartości Narzutu 10 % ze wzoru służącego obliczeniu wartości zmiany Wynagrodzenia netto w przypadku podzlecenia Robót lub nakazanie zmiany wartości tego narzutu na 32,7 %.

Z informacji przekazanej przez Zamawiającego Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 marca 2025 r. wynika, że kopia odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego (Platforma Zakupowa) w dniu 7 marca 2025 r. Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosili wykonawcy: BUDIMEX Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, TRAKCJA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie. Izba na posiedzeniu niejawnym stwierdziła skuteczność wszystkich zgłoszonych przystąpień.

Następnie w dniu 17 marca 2025 r. Odwołujący złożył pismo, w którym podał, że w dniu 13 marca 2025 r. Zamawiający dokonał modyfikacji treści SWZ w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący wskazał, że istotne z punktu widzenia tego postępowania odwoławczego są punkty 5, 6 i 7 pisma modyfikującego SWZ. Zamawiający dokonał w nich zmiany w zakresie § 9 ust. 14 i 16 TOM II SWZ (wzoru umowy), co Odwołujący uznaje za tożsame z częściowym uwzględnieniem odwołania. W związku z tym Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w pozostałym, nieuwzględnionym przez Zamawiającego zakresie oraz na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy PZP w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego i wzajemne zniesienie kosztów.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zgodnie z regulacją art. 568 pkt 2 ustawy PZP Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia,

w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Poza tym zgodnie z art. 568 pkt 1 ustawy PZP Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania. Cofnięcie odwołania stanowi uprawnienie odwołującego, który może cofnąć swoje odwołanie aż do czasu zamknięcia rozprawy. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 13 marca 2025 r. dokonał modyfikacji treści dokumentacji postępowania zmieniając m. in. § 12 ust. 4 pkt 3, § 9 ust. 14 i § 9 ust. 16 wzoru umowy. W związku z tym bezprzedmiotowy stał się zarzut nr 2 odwołania i częściowo zarzut nr 1 odwołania. W pozostałym zakresie Odwołujący cofnął swoje odwołanie. Mając powyższe na uwadze Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zmaterializowały się przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 i art. 568 pkt 1 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku tego postępowania na podstawie regulacji art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a w zw. z § 5 pkt 1 i 2 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). Z uwagi na to, że zaszły przesłanki do umorzenia tego postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy PZP Krajowa Izba Odwoławcza nakazała zwrócić Odwołującemu kwotę 18 000 zł 00 gr z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania. Jednocześnie Izba nie znalazła podstaw do zastosowania § 9 ust. 1 pkt 1 lit. b 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, albowiem do czasu wydania postanowienia przez Izbę Zamawiający nie złożył oświadczenia o uwzględnieniu w jakimkolwiek zakresie zarzutów odwołania wykonawcy TORPOL.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....