Sygn. akt: KIO 837/25

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 26 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Ewa Sikorska
Protokolantka:Wiktoria Ceyrowska

na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 26 marca 2025 r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 marca 2025 r. przez wykonawcę **STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wPruszkowie,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Zielonej Górze**

Uczestnik postępowania odwoławczego po stronie odwołującego: wykonawca **ATLAS WARD Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz: wykonawcy **STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie** kwoty **18 000 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 837/25

Uzasadnienie

Zamawiający – Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Zielonej Górze – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest budowa obozowiska kontenerowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą w Trzebieniu w systemie „zaprojektuj i wybuduj".

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 roku, poz. 1320), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 7 marca 2025 r. wykonawca STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie na niezgodną z przepisami czynność zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na ustaleniu treści projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy Kodeksu cywilnego (K.c.).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 647 K.c. poprzez zawarcie w treści § 17 Wzoru umowy zapisów, które nie obligują zamawiającego do odbioru w przypadku braku wad istotnych i tym samym dają pole do oczekiwania przez zamawiającego odbiory bezusterkowego, brak ustalenia czasu trwania Odbioru Końcowego gdyż:

1) w § 17 ust. 5 wzoru umowy zamawiająca zastrzega: „(…) sobie prawo odrzucenia, w terminie 10 dni roboczych, zawiadomienia Wykonawcy o dokonanie odbioru robót i odbioru końcowego, jeżeli uzna, że roboty nie zostały wykonane i/lub zakończone niezgodnie z zawartą umową i nie dostarczono kompletu dokumentów (…)" pod czas gdy każda wada nawet nieistotna może mieć postać niezakończenia jakiegoś elementu tzw. drobna zaległa praca jak też każda wada w tym nieistotna jest wykonaniem niezgodnym z umową. Nieistotne braki w dokumentach również nie powinny blokować możliwości przeprowadzenia odbioru.

2) W § 17 ust. 6 wzoru umowy Zamawiający wskazuje, w jakim terminie powoła komisję odbiorową i przystąpi do odbioru jednak nie wskazuje jak długo będą trwały czynności odbiorowe.

2. naruszenie art. 433 pkt 4 ustawy P.z.p. poprzez zastrzeżenie w §19 ust. 8 – 10 wzoru umowy uprawnienia zamawiającego do podjęcia decyzji o rezygnacji z wykonania części zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości zamówienia, które pozostanie w zakresie wykonawcy, co jest niedopuszczalne w świetle wyżej przywołanego przepisu ustawy P.z.p.

3. naruszenie art. 436 pkt 3 ustawy w zw. z art. 16 pkt. 1 - 3 i art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 353^1 i art. 647 w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 i art. 473 § 1 K.c. ze względu na zastrzeżenie w § 22 ust. 1 pkt 2 lit. a) i b) wzoru umowy kary umownej, za zwłokę w wykonaniu robót budowlanych względem każdego z terminów wskazanych w

harmonogramie rzeczowo-finansowy. Na etapie składania oferty nie wiadomo, które z terminów realizacji umowy będą zagrożone karami umownymi a zastrzeżenia kar od wszystkich terminów z harmonogramu rzeczowo-finansowego stanowi nadużycie swobody zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, uniemożliwiający wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz mogący prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się zamawiającego.

4. art. 439 ust. 1, 2 i 4 ustawy P.z.p. w zw. z art. 353^1 i art. 5 K.c. w zw. 8 ust. 1, art. 16 pkt 2 i 3 ustawy P.z.p. poprzez: sformułowanie warunków waloryzacji w § 25 wzoru umowy w sposób 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. Zamawiający nie wskazał początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia, przewiduje waloryzację z użyciem nieadekwatnego wskaźnika. Ponadto zamawiający ustalił łączną maksymalną wartość wszystkich zmian wynagrodzenia na skutek na poziomie 5% wynagrodzenia netto, wskazanego w ofercie przy jednoczesnym poziomie aktywacji waloryzacji po przekroczeniu 10% wzrostu cen, co stanowi o ustaleniu poziomu zmiany cen w rozumieniu art. 439 ust 2 pkt 1 ustawy P.z.p. 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. Przygotowany przez zamawiającego wzór umowy zawiera niejasne i nieprecyzyjne zapisy uniemożliwiające lub znacznie utrudniające obliczenie przyszłej waloryzacji a tym samy ustalenie jak będzie kształtowało się wynagrodzenie wykonawcy po „aktywacji" waloryzacji.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 24 marca 2025 roku zamawiający oświadczył, że uwzględnia częściowo zarzuty odwołania i wnosi o oddalenie odwołania w pozostałej części.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca ATLAS WARD Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu. Postanowieniem z dnia 26 marca 2025 roku wydanym na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy ATLAS WARD Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

Do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie wykonawca TRONUS Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie. Postanowieniem z dnia 26 marca 2025 roku wydanym na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego Izba stwierdziła nieskuteczność przystąpienia wykonawcy TRONUS Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie do postępowania odwoławczego z uwagi na brak określenia strony, po której wykonawca przystąpił, oraz brak wykazania interesu w zgłoszeniu przystąpienia.

W dniu 25 marca 2025 roku, przed rozprawą, odwołujący cofnął odwołanie z dnia 7 marca 2025 roku i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy P.z.p. oraz o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego.

Izba zważyła, co następuje:

Ze względu na fakt, że odwołanie można cofnąć w każdym czasie do zamknięcia rozprawy, jego cofnięcie zgodnie z art. 520 ust. 1 i 2 P.z.p. oznacza, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu, stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy P.z.p.

Dlatego też postanowiono jak w sentencji.

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt. 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu w wysokości stanowiącej 90% jego wartości.

Przewodnicząca:……...…….