

## POSTANOWIENIE

Warszawa, 15 kwietnia 2025 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego 15 kwietnia 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 31 marca 2025 r. przez odwołującego: Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Narodowe Archiwum Cyfrowe z siedzibą w Warszawie przy udziale uczestnika po stronie odwołującego: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie

### **postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego - wykonawcy Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie kwoty 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem 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 1247/25

## **Uzasadnienie**

Narodowe Archiwum Cyfrowe z siedzibą w Warszawie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Przebudowa budynku przy ul. Rakowieckiej 2D na potrzeby Narodowego Archiwum Cyfrowego”, numer referencyjny: DAG.261.1.2025, (dalej: Postępowanie).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 19 marca 2025 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 178761-2025.

31 marca 2025 r. wykonawca Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. naruszenie art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt. 4 Pzp, art. 116 ust. 1 Pzp, a także art. 16 pkt. 1, 2 i 3 PZP przez ustalenie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w pkt. VI ust. 1.1.3 lit. a) SWZ w zakresie wymaganego doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika budowy, określonego w ten sposób, że Zamawiający wymaga, aby osoba pełniąca ww. funkcję legitymowała się doświadczeniem w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy przy realizacji co najmniej 1 kontraktu dotyczącego robót budowlanych związanych z budową lub przebudową lub remontem budynku zabytkowego (wpisanego do rejestru zabytków), pomimo braku jakichkolwiek przesłanek prawnych/ustawowych, nakładających obowiązek posiadania takiego doświadczenia przez Kierownika Budowy oraz brak uzasadnienia takiego wymogu przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia, a także pomijając to, iż niniejszy wymóg mógłby również być spełniony przez osobę pełniącą funkcję Kierownika robót, która zdobyła doświadczenie przy realizacji tego typu kontraktu w pełnieniu funkcji Kierownika robót, co oznacza, iż niniejszy wymóg zostały ustalone przez Zamawiającego w sposób nieproporcjonalny względem przedmiotu zamówienia oraz wykraczający poza cel warunku, jakim jest umożliwienie oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a także w sposób nadmierny i nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego oraz zawężający grono potencjalnych wykonawców, a przez to naruszający zasadę zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2. naruszenie art. 134 ust. 1 pkt. 6 PZP w zw. z art. 433 pkt. 3 PZP, art. 434 ust. 1 PZP, art. 436 pkt. 1 PZP, art. 353(1) KC, art. 58 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, art. 16 pkt. 1, 2 i 3 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 PZP przez wskazanie w SWZ (pkt. V SWZ – Termin wykonania zamówienia) terminu realizacji przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny

z wymaganiami Pzp, tj. przez wskazanie daty dziennej wykonania przedmiotu Umowy, przy jednoczesnym braku uzasadnienia przez Zamawiającego wyznaczenia terminu realizacji datą dzienną, podczas gdy zgodnie z art. 436 pkt. 1 PZP termin ten powinien być określony przez wskazanie dni, tygodni, miesięcy, lat od zaistnienia określonego zdarzenia;

3.naruszenie art. 16 pkt. 1, 2, 3 PZP, art. 99 ust. 1 PZP, art. 433 pkt. 3 PZP w związku

z art. 8 ust 1 PZP, art. 353(1) KC, art. 354 § 2 KC, art. 355 § 2 KC w zw. z art. 647 KC oraz art. 651 KC przez ukształtowanie postanowień Umowy, tj. § 4 ust. 1 Umowy,

§ 8 ust. 3 Umowy, § 8 ust. 14 Umowy oraz § 8 ust. 16 Umowy w sposób sprzeczny

z zasadami współżycia społecznego i charakterem umowy o roboty budowlane,

w związku z obarczaniem Wykonawcy ryzykami, których nie można przewidzieć oraz skalkulować na etapie składania oferty, tj. przez niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyka związanego z prawidłowością sporządzonej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej, a także odpowiedzialnością za teren budowy, przy czym to na Zamawiającym ciąży obowiązek prawidłowego opisanie przedmiotu zamówienia oraz przekazania terenu budowy nadającego się do wykonania przedmiotu umowy wskazanego w opisie przedmiotu zamówienia, a na wykonawcy spoczywa obowiązek przeanalizowania dokumentacji

i zgłoszenia błędów oraz zapoznania się z terenem budowy i zgłoszenia ewentualnych nieprawidłowości, przy czym w obu przypadkach dotyczy to kwestii, które powinien wykryć profesjonalny wykonawca robót budowlanych przy dochowaniu należytej staranności, co nie oznacza obowiązku sprawdzenia dokumentacji w celu wykrycia błędów lub też szczegółowego badania terenu budowy pod kątem wystąpienia jakichkolwiek okoliczności lub uwarunkowań mogących wpłynąć na wykonywanie Przedmiotu Umowy przez Wykonawcę, jak i realizacji Przedmiotu Umowy w zakresie, który nie wynika z dokumentacji zamówienia;

4.naruszenie art. 453 ust. 1 PZP, art. 16 pkt. 1, 2 i 3 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP

w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 643 KC, art. 647 KC oraz art. 654 KC przez:

(i) przyznanie Zamawiającemu w § 17 ust. 4 pkt. 4) i pkt. 6) Umowy prawa

do odmowy dokonania Odbioru Częściowego w razie ujawnienia jakichkolwiek wad robót, nawet nieistotnych, podczas gdy uprawnienie takie może przysługiwać Zamawiającemu jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych robót, uniemożliwiających użytkowanie przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych Zamawiający ma obowiązek dokonać odbioru robót;

(ii) przyznanie Zamawiającemu w § 17 ust. 5 pkt. 3a), 5), 6), 8), 9) i 11) Umowy prawa do odmowy dokonania Odbioru Etapu w razie ujawnienia jakichkolwiek wad robót w ramach odbieranego Etapu, nawet nieistotnych, podczas

gdy uprawnienie takie może przysługiwać Zamawiającemu jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych robót, uniemożliwiających użytkowanie przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych Zamawiający ma obowiązek dokonać odbioru robót w ramach danego Etapu;

(iii) przyznanie Zamawiającemu w § 17 ust. 6 pkt. 8), 9), 11) i 12) Umowy prawa

do odmowy dokonania Odbioru Robót Budowlanych w razie ujawnienia jakichkolwiek wad robót, nawet nieistotnych, podczas gdy uprawnienie takie może przysługiwać Zamawiającemu jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych robót, uniemożliwiających użytkowanie przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych Zamawiający ma obowiązek dokonać odbioru robót;

(iv) przyznanie Zamawiającemu w § 17 ust. 7 pkt. 3a) oraz pkt. 4) Umowy prawa

do odmowy dokonania Odbioru Końcowego w razie ujawnienia jakichkolwiek wad robót, nawet nieistotnych, podczas gdy uprawnienie takie może przysługiwać Zamawiającemu jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych robót, uniemożliwiających użytkowanie przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych Zamawiający ma obowiązek dokonać Odbioru Końcowego;

(v) uwarunkowanie w § 17 ust. 7 pkt. 2) Umowy przystąpienia przez Zamawiającego do Odbioru Końcowego od przedłożenia i zaakceptowania dokumentów,

o których mowa w § 17 ust. 7 pkt. 1) Umowy, stanowiących dokumentację powykonawczą, przy czym powyższe uwarunkowania, ich braki

lub niekompletność nie stanowią wady istotnej przedmiotu Umowy i Zamawiający ma obowiązek przystąpić do Odbioru Końcowego;

(vi)uwarunkowanie w pkt. XXIII ust. 7.1 SWZ zwrotu wniesionego przez Wykonawcę Zabezpieczenia w wysokości 70% zabezpieczenia od podpisania przez obie strony umowy protokołu odbioru końcowego bez zastrzeżeń, uzależniając

tym samym zwrot Zabezpieczenia Wykonawcy od usunięcia wszelkich wad

lub usterek w obiekcie/przedmiocie Umowy, podczas gdy uprawnienie takie może przysługiwać jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych obiektu/ przedmiotu Umowy, uniemożliwiających użytkowanie obiektu/przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem;

5.naruszenie art. 433 pkt. 4 PZP w zw. z art. 16 pkt. 1, 2 i 3 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 PZP oraz art. 353<sup>1</sup> KC przez wskazanie w § 33 ust. 1 pkt. 6 i) Umowy uprawnienia Zamawiającego do rezygnacji z części Przedmiotu Umowy, przy braku wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, co stanowi klauzulę abuzywną, o której mowa w art. 433 pkt. 4 PZP;

6.naruszenie art. 433 pkt. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt. 3 PZP, art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 353(1) KC przez ustalenie w § 31 ust. 1 pkt. 11), 12) i 19) Umowy kar umownych

za opóźnienie pomimo tego, że w ustawie PZP wyłączona została możliwość ustalenia w umowie odpowiedzialności Wykonawcy za opóźnienie, a jednocześnie Zamawiający nie wskazał, że ustalenie ww. kar umownych za opóźnienie jest uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;

7.naruszenie art. 436 pkt. 3 PZP w zw. z art. 16 pkt. 1, 2 i 3 PZP, art. 8 ust. 1 PZP, art. 134 ust. 1 pkt 20 PZP w związku z art. 353(1) KC i art. 647 KC w zw. z art. 483 KC i art. 484 § 2 KC przez wskazanie w § 33 ust. 4 Umowy rażąco wygórowanego limitu kar umownych, jakich zapłaty może żądać Zamawiający od Wykonawcy, tj. na poziomie 25% Wynagrodzenia brutto, co stanowi również ustalenie górnego limitu kar umownych przekraczającego wysokość kary umownej zastrzeżonej z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w § 31 ust. 1 pkt. 5) Umowy, która w istocie jest karą na okoliczność niewykonania zamówienia, co jest nieproporcjonalne, prowadzi do naruszenia zasad kontraktowania i bezpodstawnie wzbogaca Zamawiającego;

8.naruszenie art. 99 ust. 1 PZP, art. 16 pkt. 1, 2 i 3 PZP, art. 431 PZP, art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 5 KC, art. 58 KC, art. 354 § 2 KC, art. 395 KC oraz art. 487 § 2 KC, art. 483 KC

i art. 484 § 2 KC, art. 647 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP przez nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego i sporządzenie Umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę Stron, a także nadmiernie obciążający Wykonawcę oraz naruszający obowiązek lojalności kontraktowej i współdziałania ze strony Zamawiającego, w jakim:

(i)w § 31 ust. 5 Umowy Zamawiający przewidział, iż w przypadku odstąpienia

od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną w wysokości 5% Wynagrodzenia brutto, przy jednoczesnym braku możliwości naliczenia kary umownej, jeżeli odstąpienie

od umowy nastąpi z przyczyn, o których mowa w § 32 ust. 1 i 2 Umowy, przy czym przesłanki odstąpienia wskazane w § 32 ust. 2 są niedookreślone

w zakresie, w jakim zakładają brak możliwości nałożenia kary umownej przez Wykonawcę w przypadku odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę, przy jednoczesnym zastrzeżeniu w § 31 ust. 1 pkt. 5) na rzecz Zamawiającego kary umownej w przypadku odstąpienia od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 15 % wartości Wynagrodzenia brutto;

(ii)w § 4 ust. 8 Umowy Zamawiający przewidział, iż Biuro Budowy musi być dostępne dla Zamawiającego oraz Inwestora Zastępczego i osób przez nich upoważnionych przez cały okres trwania budowy, a dostęp do tych pomieszczeń powinien być bez ograniczeń i pozwalający na korzystanie z pomieszczeń

o dowolnej porze dnia zarówno w tygodniu roboczym jak i w weekendy, przy czym Wykonawca ma ponosić wszelkie koszty związane z utrzymaniem tychże pomieszczeń (czynsz, opłaty za media, sprzątnięcie itp.) w sytuacji, gdy taki obowiązek może powodować nieograniczony dostęp do dokumentów i danych przechowywanych przez Wykonawcę i naruszać tym samym prawa Wykonawcy jako odrębnego podmiotu gospodarczego, w zakresie nieuprawnionego dostępu Zamawiającego i osób, którymi się posługuje, do danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, danych poufnych, jak i danych osobowych;

(iii)w § 26 ust. 1 Umowy Zamawiający nakazał Wykonawcy w przypadku, gdy w toku realizacji Przedmiotu Umowy Wykonawca ujawni rozbieżności pomiędzy założeniami wynikającymi z Dokumentacji Projektowej, a stanem faktycznym oraz w przypadku stwierdzenia przez Wykonawcę wystąpienia innych okoliczności wpływających na realizację Przedmiotu Umowy, poinformować

o tym Zamawiającego oraz Inwestora Zastępczego wraz z przedstawieniem propozycji dalszego

postępowania w formie wystąpienia, w szczególności

w przypadkach o których mowa w § 33 Umowy, w terminie 3 dni roboczych

od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach, co jest terminem rażąco krótkim i mogącym powodować niewspółmiernie negatywne konsekwencje

dla Wykonawcy;

9.naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 353(1) KC i art. 5 KC w zw. 8 ust. 1 Pzp, art. 16 pkt 2 i 3 Pzpprzez sformułowanie warunków waloryzacji w § 33 wzoru umowy

w sposób uniemożliwiający dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy

w sytuacji realnej zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia przez ustalenie progu wejścia waloryzacji na poziomie nienotowanym

i niewystępującym w normalnych warunkach rynkowych. Zamawiający przewiduje waloryzację w sytuacji przekroczenia zmiany wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej robót budowlanych specjalistycznych na poziomie 5 %, co stanowi nierealny i nieosiągalny w normalnych warunkach rynkowych próg wejścia w waloryzację, nadmiernie ogranicza i ustala wyłącznie prawo od jednej waloryzacji po upływie

12 miesięcy, a ostatecznie po przekroczeniu wyżej wymienionego poziomu przewiduje waloryzację wynagrodzenia jedynie o nie więcej niż 0,5 % wynagrodzenia Wykonawcy, co stanowi o ustaleniu poziomu zmiany cen w rozumieniu art. 439 ust 2 pkt 1 Pzp

w sposób oderwany od realiów rynkowych, co czyni, że umowa zawiera jedynie pozorne i iluzoryczne, a także nieproporcjonalne i nieadekwatne do zamówienia mechanizmy waloryzacyjne.

14 kwietnia 2025 roku Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie wskazał:

„składam odpowiedź na Odwołanie, wskazując swoje stanowisko:

1.Zamawiający uwzględni odwołanie odnośnie:

a)zarzutu nr 1 w zakresie warunku udziału w postępowaniu,

b)zarzutu nr 2 dotyczącego formy określenia terminu realizacji zamówienia,

c)zarzutu nr 3 dotyczącego odpowiedzialności za dokumentację projektową i teren budowy,

d)zarzutu nr 4 w zakresie pkt (iv) i (v) – wad nieistotnych przy odbiorze końcowym

i dokumentacji powykonawczej;

e)zarzutu nr 6 dotyczącego kar umownych za opóźnienie,

f)zarzutu nr 9 dotyczącego klauzuli waloryzacyjnej,

2.Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania odnośnie zarzutów nr 5, 7, 8 w całości oraz odnośnie zarzutu nr 4 w części, w której nie uwzględnił tego zarzutu (a więc odnośnie pkt i, ii, iii, vi),

15 kwietnia 2025 r. przed otwarciem posiedzenia z udziałem stron Odwołujący w piśmie procesowym złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego.

Wobec powyższego Izba uznała, że ziszczy się przesłanki określone w art. 522 ust. 3 Pzp zgodnie z którym w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania

po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów.

W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności

w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu

w zakresie uwzględnionych zarzutów.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp

w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) 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), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: .....