

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 9 maja 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 9 maja 2025 r.

w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu

14 kwietnia 2025 r. przez wykonawcę **MMC Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Safony 7, 03-642 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – 1 Regionalna Baza Logistyczna w Wałczu, ul. Ciasna 7, 78-600 Wałcz**

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **MMC Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Safony 7, 03-642 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **MMC Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Safony 7, 03-642 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez **Skarb Państwa – 1 Regionalną Bazę Logistyczną w Wałczu, ul. Ciasna 7, 78-600 Wałcz** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę **1 504 zł 80 gr** (słownie: jeden tysiąc pięćset cztery złote osiemdziesiąt groszy) poniesioną przez **Skarb Państwa – 1 Regionalną Bazę Logistyczną w Wałczu, ul. Ciasna 7, 78-600 Wałcz** tytułem kosztów noclegu pełnomocników i kwotę **1 018 zł 90 gr** (słownie: jeden tysiąc osiemnaście złotych dziewięćdziesiąt groszy) poniesioną przez **Skarb Państwa – 1 Regionalną Bazę Logistyczną w Wałczu, ul. Ciasna 7, 78-600 Wałcz** tytułem kosztów dojazdu pełnomocników na posiedzenie i rozprawę.

2.2. zasądza od wykonawcy **MMC Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Safony 7, 03-642 Warszawa** na rzecz **Skarbu Państwa – 1 Regionalnej Bazy Logistycznej w Wałczu, ul. Ciasna 7, 78-600 Wałcz** kwotę **6 123 zł 70 gr** (słownie: sześć tysięcy sto dwadzieścia trzy złote siedemdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów noclegu pełnomocników i kosztów dojazdu pełnomocników na posiedzenie i rozprawę.

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:

Uzasadnienie

Skarb Państwa – 1 Regionalna Baza Logistyczna w Wałczu, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego na „Dostawę mobilnych liniowych urządzeń awaryjnego hamowania samolotów (MLUAHS) w roku 2026”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 lutego 2025 r. pod nr 105038-2025.

W dniu 14 kwietnia 2025 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca MMC Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie wobec podjętych w postępowaniu, a niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynnościami zamawiającego, a polegającymi na wprowadzeniu w projekcie umowy dostawy stanowiącej Załącznik nr 2 do Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwaną dalej „SWZ”, niezgodnych z ustawą Pzp oraz innymi przepisami obowiązującego prawa zapisów dotyczących gwarancji i rękojmi na przedmiot zamówienia, przepisów wskazujących podstawy naliczania kar umownych, zabezpieczenia należytego wykonania umowy czy dotyczących zasad przyjmowania dostawy i niezmienionych pomimo złożonych zastrzeżeń do tych postanowień na etapie pytań do SWZ, tj.:

- zapisów dotyczących przesłanek odmowy dostawy - zgodnie z projektowanymi postanowieniami umowy Zamawiający może odmówić przyjęcia dostawy, w której znajdują się Wyroby z wadami lub brakami lub odmówić przyjęcia tylko tych wyrobów, które posiadają wady,
- zapisów przewidujących nieadekwatny do charakterystyki zamówienia, przedmiotu zamówienia oraz warunków rynkowych okres gwarancji i rękojmi dla poszczególnych zamawianych urządzeń oraz materiałów eksploatacyjnych,
- zapisów odnoszących się do obowiązków gwarancyjnych Wykonawcy sformułowanych w sposób nierzetelny i błędny, których to interpretacja pozwala na przyjęcie, że Wykonawca przejmuje na siebie wszelką (nieograniczoną) odpowiedzialność za funkcjonowanie i naprawę i/lub wymianę zamawianych urządzeń i ich materiałów eksploatacyjnych, niezależnie od przyczyn powstania przesłanek do naprawy i/lub wymiany urządzeń i ich poszczególnych elementów,
- zapisów dotyczących naliczania kar umownych od całej wartości umowy, która wymaga wskazania ceny łącznej dla zamówienia podstawowego (dwa urządzenia) oraz zamówienia opcjonalnego (dwa urządzenia) pomimo tego, że Zamawiający nie ma obowiązku skorzystania z zamówienia opcjonalnego,
- zapisów dotyczących naliczania kar umownych od wartości brutto przedmiotu Umowy, co prowadzi do naliczenia kar umownych o wartości podatku od towarów i usług, co jest sprzeczne z obowiązującymi przepisami prawa,
- zapisów dotyczących zasad wnoszenia zabezpieczenia liczonego od wartości brutto Umowy obejmującej nie tylko naliczanie zabezpieczenia od części wartości stanowiącej podatek od towarów i usług (VAT), ale również od części umowy, która z uwagi na nieskorzystanie przez Zamawiającego z opcji (zamówienia opcjonalnego) może nie być w części w ogóle realizowana, a pomimo tego wartość tego zamówienia będzie podstawą wyliczenia zabezpieczenia.

Odwolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie w szczególności następujących przepisów:

- 1.Art. 16 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 612 kodeksu cywilnego, zwanego dalej „k.c.”, i art. 565 k.c. poprzez wprowadzenie do projektowanych postanowień umowy (Załącznik nr 2 do SWZ) zapisów postanowień umożliwiających zamawiającemu odmowę przyjęcia dostawy wszystkich Wyrobów (czterech urządzeń) w sytuacji, gdyby się okazało, że tylko jeden z tych Wyrobów ma wady. Biorąc pod uwagę rodzaj dostarczanych urządzeń, ich wartość; fakt, iż każde z nich jest niezależnym urządzeniem, oraz fakt, iż postępowanie to dotyczy udzielenia zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, a urządzenia te są niezbędne dla zachowania bezpieczeństwa lotnictwa wojskowego, wprowadzanie takich postanowień umowy jest sprzeczne z ww. przepisami ustawy Pzp, przepisami art. 565 k.c., ale również zasadami logiki.
- 2.Art. 16 pkt. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3531 k.c. w zw. z art. 5 k.c., z art. 577 § 1 k.c. w zw. z art. 578 k.c. oraz art. 556 k.c. i 5561 § 1 k.c. poprzez wprowadzenie do projektu umowy dostawy stanowiącej Załącznik nr 2 do SWZ zapisów przewidujących sprzeciwiający się treści i celowi odpowiedzialności z rękojmi oraz gwarancji, nieadekwatny do charakterystyki zamówienia, przedmiotu zamówienia oraz warunków rynkowych okres gwarancji i rękojmi dla zamawianych urządzeń oraz ich poszczególnych elementów; obciążając tym samym Wykonawcę nieadekwatnym i nadmiernym ryzykiem oraz obowiązkami umownymi, naruszając przy tym zasady współzycia społecznego, zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności.
- 3.Art. 16 pkt. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3531 w zw. z art 5 k.c., w zw. z art. 577 § 1 w zw. z art. 578 oraz art. 556 i 5561 § 1 k.c. poprzez wprowadzenie do projektu umowy dostawy stanowiącej Załącznik nr 2 do SWZ zapisów odnoszących się do obowiązków gwarancyjnych i z rękojmi sformułowanych w sposób nierzetelny, nieprzejrzysty i błędny, których to interpretacja pozwala na przyjęcie, że Wykonawca przyjmuje na siebie wszelką (nieograniczoną) odpowiedzialność za funkcjonowanie i naprawę i/lub wymianę zamawianych urządzeń i ich poszczególnych elementów eksploatacyjnych, niezależnie od przyczyn powstania przesłanek do naprawy i/lub wymiany urządzeń i ich poszczególnych elementów eksploatacyjnych, naruszając tym samym zasady współzycia społecznego, zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zasadę przejrzystości oraz zasadę proporcjonalności.
- 4.Art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 387 § 1 k.c. i art. 58 k.c., poprzez wprowadzenie do projektu umowy dostawy stanowiącej Załącznik nr 2 do SWZ sprzecznych z ustawą oraz zasadami współzycia społecznego, niewykonalnych i niemożliwych do spełnienia warunków gwarancji i rękojmi, których nie może zapewnić na rynku żaden rzetelny wykonawca i które mogą zostać uznane za nieważne w świetle prawa, a tym samym naruszając priorytet zachowania najlepszej jakości dostaw, uzasadnionej charakterem zamówienia oraz uzyskania najlepszych warunków zamówienia.
- 5.Art. 16 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 483 § 1 k.c. i 484 § 1 i § 2 k.c. poprzez wprowadzenie do projektowanych postanowień umowy (Załącznik nr 2 do SWZ) zapisów pozwalających naliczać karę umowną od całej wartości umowy w sytuacji, gdy umowa przewiduje zamówienie podstawowe oraz zamówienie opcjonalne, które nie musi zostać zgłoszone przez zamawiającego, co w takiej sytuacji powodowałoby naliczanie kar umownych nieproporcjonalnych do wartości realizowanej umowy, dwukrotnie wyższych; bowiem w ramach zamówienia

podstawowego wykonawca ma dostarczyć dwa urządzenia, w ramach zamówienia opcjonalnego ewentualne kolejne dwa urządzenia.

6.Art. 16 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 483 § 1 k.c. i 484 § 1 i § 2 k.c. poprzez wprowadzenie do projektowanych postanowień umowy (Załącznik nr 2 do SWZ) zapisów, według których zamawiający naliczać będzie kary umowne według wartości brutto i do wysokości 15% wartości brutto umowy, co jest nieuzasadnione ekonomicznie, nieproporcjonalne względem naruszenia, a ponadto sprzeczne z przepisami obowiązującego prawa, zgodnie z którymi karę umowną można zastrzec jedynie na wypadek niewykonania zobowiązania pieniężnego, a podatek od towarów i usług (VAT) obliczany od kwoty netto, dający razem z nią kwotę brutto jest świadczeniem pieniężnym, za które kara umowna nie przysługuje.

7.Art. 16 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 483 § 1 k.c. i 484 § 1 i § 2 k.c. poprzez wprowadzenie do projektowanych postanowień umowy (Załącznik nr 2 do SWZ) zapisów, według których Wykonawca zobowiązany jest wnieść zabezpieczenie w wysokości 3% wartości brutto umowy, co jest nieuzasadnione ekonomicznie, nieproporcjonalne, a ponadto sprzeczne z przepisami obowiązującego prawa, że zabezpieczenie liczone jest również od części wynagrodzenia stanowiącego podatek od towarów i usług oraz w niniejszym przypadku liczone od całej wartości umowy w sytuacji, gdy część tej umowy z uwagi na brak skorzystania przez zamawiającego z prawa opcji może nie być w ogóle realizowana.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu zmiany umowy dostawy stanowiącej Załącznik nr 2 do SWZ, zwana dalej „Umowa”, poprzez:

- 1)Dokonanie zmiany treści postanowienia § 6 ust. 19 zdanie pierwsze Umowy o brzmieniu: “Odbiorca może odmówić przyjęcia dostawy, w której znajdują się Wyroby z wadami lub brakami lub odmówić przyjęcia tylko tych Wyrobów, które posiadają wady i żądać wymiany na Wyrób wolny od wad – według własnego uznania.” w sposób, który będzie uprawniał Odbiorcę (zamawiającego) do odmowy przyjęcia tylko (wyłącznie) tych Wyrobów, które posiadają wady lub braki.
- 2)Dokonanie zmiany treści postanowienia § 8 ust. 1 lit. B do słów “określonych wg diagramów” Umowy o brzmieniu: „b. taśmy – na okres 48 miesięcy użytkowania, lub 64 wychwyceń obliczeniowych (...)” w sposób, który będzie przyznawał gwarancję na określony czas 24 miesięcy, liczony od momentu rozpoczęcia użytkowania taśm, jednak na okres nie dłuższy niż 64 wychwyceń obliczeniowe.
- 3)Dokonanie zmiany treści postanowienia § 8 ust. 1 lit c) zdanie pierwsze Umowy tj.: „c. lina stalowa – na okres 36 miesięcy użytkowania, liczony od daty zamontowania liny na dostarczonym urządzeniu.” w sposób, który będzie przyznawał gwarancję na określony czas od momentu rozpoczęcia użytkowania, nie dłuższy niż 24 miesiące.
- 4)Usunięcie treści postanowienia § 8 ust. 20 Umowy tj.: „W przypadku wystąpienia dwóch napraw mobilnego linowego urządzenia awaryjnego hamowania samolotu MLUAHS (tego samego egzemplarza Wyrobu) w okresie trwania gwarancji, Wykonawca zobowiązany jest do wymiany Wyrobu na nowy i dostarczenia go na własny koszt do wskazanego Odbiorcy”.
- 5)Usunięcie treści postanowienia § 8 ust. 21 Umowy tj.: „W przypadku uszkodzenia liny i taśm w okresie trwania gwarancji, Wykonawca zobowiązany jest do wymiany Wyrobu na nowy oraz dostarczenia go na własny koszt do wskazanego Odbiorcy”.
- 6)Zastąpienie treści postanowień § 11 ust. 2 Umowy tj.: „Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których Zamawiający może dochodzić od Wykonawcy wynosi 15% wartości brutto przedmiotu Umowy określonej w 3 ust. 1 Umowy.”, w sposób, który będzie określał łączną maksymalną wysokość kar umownych, których zamawiający może dochodzić od Wykonawcy jako 15% procent wartości netto przedmiotu Umowy określonej w 3 ust. 1 Umowy, liczonej jednak tylko od wartości netto realizowanego zamówienia (zamówienia podstawowego lub zamówienia w opcji).
- 7)Zmiana treści postanowień § 11 ust. 3 Umowy, zdanie pierwsze Umowy tj.: “Kary umowne oblicza się według wartości brutto określonej w Umowie.” w sposób, który będzie określał, że kary umowne oblicza się według wartości netto określonej w Umowie, uwzględniając wartość realizowanego zamówienia (zamówienia podstawowego lub zamówienia w opcji).

Ponadto Odwołujący wniósł o obciążenie zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego, tj. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów wpisu od odwołania w wysokości 15.000,00 zł wraz z uzasadnionymi kosztami postępowania, w tym wynagrodzeniem pełnomocnika wg norm przepisanych na podstawie faktur, które zostaną przedłożone do akt sprawy na rozprawie.

Zamawiający w dniu 8 maja 2025 r. (pismem z tej samej daty) złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp a więc jako wniesionego po upływie terminu przewidzianego ustawą Pzp. Zamawiający wskazał, m.in. że informacja o czynnościach zamawiającego stanowiących podstawę wniesienia odwołania została przekazana wykonawcom w dniu 12 marca 2025 r. W tym dniu została

udostępniona wykonawcom SWZ wraz z załącznikami, w tym z treścią projektowanych postanowień umowy, stanowiących załącznik nr 2 do SWZ. Żaden z Komunikatów Publicznych przekazanych wykonawcom nie zmienił treści SWZ w zakresie kwestionowanym przez odwołującego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający informację o czynności będącej podstawą wniesienia odwołania, tj. treść SWZ wraz z załącznikami, w tym z treścią projektowanych postanowień umowy, stanowiących załącznik nr 2 do SWZ, przekazał wykonawcom w dniu 12 marca 2025 r. za pomocą platformy zakupowej:

Odwołanie wpłynęło do Izby w dniu 14 kwietnia 2025 r.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa, której wartość jest równa i przekracza progi unijne, co oznacza – zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp – że, *„odwołanie wnosi się: w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie: 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, (...)”*.

Informacja o czynnościach zamawiającego stanowiących podstawę wniesienia odwołania została przekazana wykonawcom w dniu 12 marca 2025 r. W tym dniu została bowiem udostępniona wykonawcom SWZ wraz z załącznikami, w tym z treścią projektowanych postanowień umowy, stanowiących załącznik nr 2 do SWZ.

Istotnie zamawiający odpowiadał na pytania wykonawców, modyfikował treść SWZ i załączników do SWZ (Komunikat nr 3, 4 i 6). Niemniej jednak – jak wynika z treści pisma zamawiającego z dnia 24 kwietnia 2025 r., jak i treści odpowiedzi na odwołanie – zamawiający przywołanymi komunikatami nie dokonał wyjaśnień i modyfikacji w zakresie kwestionowanym przez odwołującego. Odwołujący w treści odwołania odwołał się bowiem do Komunikatu Publicznego nr 3 i nr 4 z dnia 3 kwietnia 2025 r. wskazując jednocześnie że tymi komunikatami „zamawiający odpowiednio udzielił odpowiedzi na zadane pytania oraz zmieniał SWZ, ale nie we wskazanym w odwołaniu zakresie”. Natomiast kolejny przywołany przez odwołującego Komunikat Publiczny nr 6 z dnia 8 kwietnia 2025 r. zmienił jedynie – jak wskazał odwołujący – „termin składania i otwarcia ofert na dzień 28 kwietnia 2025 r.”. Co więcej sam odwołujący przyznał na posiedzeniu z udziałem stron, że zamawiający odnośnie zarzutu nr 1, 2, 3, 4 i 5 nie dokonał żadnej modyfikacji kwestionowanych postanowień umowy, natomiast w zakresie zarzutu nr 6 i 7 modyfikacje nie dotyczyły tej treści, która obecnie jest kwestionowana.

Nie sposób więc nie zauważyć, że zamawiający w wyniku odpowiedzi udzielonych na wnioski wykonawców nie dokonał żadnej zmiany postanowień SWZ, w tym postanowień umowy w zakresie kwestionowanym przez odwołującego.

Nie sposób i nie podnieść, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest postępowaniem sformalizowanym. Wymaga więc bezwzględnego stosowania przepisów ustawy Pzp, w tym zachowania terminów na wniesienie odwołania.

Termin na wniesienie odwołania na postanowienia projektu umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w przypadku postępowań unijnych (równych lub przekraczających progi unijne) a z takim postępowaniem mamy do czynienia w niniejszym stanie faktycznym wynosi 10 dni od dnia przekazania informacji, która jest podstawą jego złożenia. W tym przypadku termin ten jest liczony od dnia przekazania wykonawcom SWZ wraz z załącznikami w tym projektu umowy. Postanowienia projektu umowy w takim zakresie na jaki wskazał odwołujący w treści wniesionego odwołania nie były przedmiotem dokonanych przez zamawiającego modyfikacji (na okoliczność tę wskazał zamawiający i okoliczność tę przyznał także sam odwołujący). Nie miały one miejsca w kwestionowanym zakresie zarówno w komunikacie publicznym nr 3, 4 i 6, na które wskazał odwołujący w treści odwołania. Stąd też termin na wniesienie odwołania należało liczyć od dnia otrzymania SWZ z projektem umowy. „Za odwołanie spóźnione zostanie uznane takie, które w rzeczywistości dotyczy pierwotnej treści SWZ, tj. w wyniku odpowiedzi na wniosek odwołującego zamawiający nie dokonał żadnej zmiany postanowień SWZ ani nawet ich interpretacji”. (postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lutego 2019 r., sygn.. akt KIO 212/19)

Tym samym termin na wniesienie odwołania należało liczyć od dnia przekazania wykonawcom informacji o czynnościach zamawiającego stanowiących podstawę wniesienia odwołania, tj. od dnia udostępnienia wykonawcom SWZ wraz z załącznikami, w tym z treścią projektowanych postanowień umowy, stanowiących załącznik nr 2 do SWZ a więc od dnia 12 marca 2025 r. Termin ten nie został przez odwołującego zachowany.

W konsekwencji powyższego odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Izby w dniu 14 kwietnia 2025 r. należy uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje konicznością jego odrzucenia zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), oraz w oparciu o przepisy § 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).

Przewodniczący: