

POSTANOWENIE
Z 16 czerwca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: J.G.

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym 16 czerwca 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie 23 maja 2025 r przez wykonawcę:

STRABAG Sp. z o.o. Pruszków (KRS 0000054588) ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Izba Administracji Skarbowej w Łodzi (Al. Tadeusza Kościuszki 83), przy udziale uczestnika po stronie odwołującego – wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia:

Max Bögl Polska Sp. z o.o. Wrocław (KRS 0000100599)

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego kwoty **18 000 zł 00 gr (osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90 % uiszczanego 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.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Izba Administracji Skarbowej w Łodzi (Al. Tadeusza Kościuszki 83, 90-436 Łódź) (dalej zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2024r. poz. 1320) (dalej Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości zamówienia równej lub przekraczającej progi unijne w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Budowa centralnego magazynu depozytowego na potrzeby jednostek Krajowej Administracji Skarbowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w miejscowości Charbice Górne, w formule „zaprojektuj i wybuduj” 1001-ILZ.260.18.2025; ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej: Numer publikacji ogłoszenia: 305108-2025, Numer wydania Dz.U. S: 91/2025, Data publikacji: 13/05/2025 (dalej Postępowanie).

23 maja 2025 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wniósł wykonawca STRABAG Sp. z o.o. Pruszków (ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków, nr KRS 0000054588) (dalej odwołujący) od czynności polegającej na opisanu warunków zamówienia, w tym projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy prawa.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia Max Bögl Polska Sp. z o.o. Wrocław (KRS 0000100599).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

a.art. 436 pkt 1) Pzp i art. 433 pkt. 3) Pzp, względnie art. 353/1 kc, art. 58 kc i art. 387 § 1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 16 Pzp, niemożliwego do dochowania terminu wykonania Etapu I zamówienia w zakresie Przygotowanie Dokumentacji Projektowej (w tym uzyskania pozwolenia na budowę) w terminie nie dłuższym niż 22 tygodni od daty podpisania Umowy), podczas gdy termin ten uniemożliwia prawidłowe i terminowe zrealizowanie zamówienia zważywszy, że w ciągu tego terminu wykonawca zobowiązany będzie uzyskać niezbędne pozwolenia i decyzje, między innymi operat wodno-prawny i decyzja wodno-prawną, decyzję o pozwoleniu na budowę.

b.art. 99 ust 1, art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 647 KC poprzez zawarcie w § 6 ust 10 i 11 Umowy w zakresie w jakim odnosi się do Dokumentacji Projektowej oraz § 17 ust 3,4,6,7 oraz 18 ust 1 i 2 w zakresie Robót niejasnych i nieprecyzyjnych zapisów wskazujących na bezusterkowy charakter odbioru końcowego Dokumentacji Projektowej oraz Robót, podczas gdy w świetle art. 647 KC w przypadku wystąpienia wad nieistotnych nie można mówić o niewykonaniu zobowiązania, a obowiązkiem inwestora (Zamawiającego) jest dokonanie odbioru, podczas gdy uchylenie się od tego obowiązku możliwe jest wyłącznie w przypadku, gdy przedmiot umowy obarczony jest wadami istotnymi. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych inwestor (Zamawiający) zobowiązany jest dokonać odbioru oraz wyznaczyć odpowiedni termin na usunięcie wad stwierdzonych w toku odbioru końcowego.

c. art. 16 pkt 1-3 Pzp i art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353/1 KC i art. 647 KC poprzez wskazane w § 30 ust 8 Umowy konieczności cesji na rzecz Zamawiającego odszkodowania wynikającego z umowy ubezpieczenia materiałów podczas gdy ubezpieczenie może obejmować zarówno Wykonawcę jak i Zamawiającego jako Ubezpieczonego i w zależności od tego kto poniesie szkodę otrzyma należne odszkodowanie. W przy umowach ubezpieczenia tego typu nie jest konieczne dokonywanie umowy cesji gdyż z mocy prawa i zapisów umowy ubezpieczenia Zamawiający będzie już Ubezpieczonym. Ponadto prawo własności materiałów przechodzi na Zamawiającego dopiero w momencie ich zapłaty z tytułu udzielonej zaliczki a w pozostałych przypadkach ryzyko ich utraty lub uszkodzenia jest po stronie wykonawcy dlatego też dodatkowe przeniesienie praw do odszkodowania na Zamawiającego w każdym przypadku jest oderwane od tego kto faktycznie poniesie szkodę.

d.art. 16 pkt 1-3 Pzp i art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353/1 KC i art. 647 KC w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 KC i art. 473 § 1 KC poprzez zastrzeżenie w § 35 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy kary umownej rażąco wygórowanej, nieproporcjonalnej do charakteru naruszeń obowiązków, mających funkcję represyjną, a nie prewencyjną lub mobilizującą, odbiegających od praktyki rynkowej, mogących prowadzić do nieuzasadnionego bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego.

e.art. 16 ust. 1-3 Pzp i art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 353/1 KC, art. 471 KC, art. 473 § 1 KC, art. 483 i 484 KC poprzez ustalenie w § 35 ust. 2 wzoru umowy maksymalnej wysokości (limitu) kar umownych na poziomie 30% wynagrodzenia brutto z umowy, których dochodzić może Zamawiający od wykonawcy to jest w wysokości wygórowanej, nieodpowiadającej wysokości kary umownej zastrzeżonej w § 35 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy, tj. z tytułu odstąpienia od umowy, mogącej prowadzić do nieuzasadnionego bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego kosztem wykonawcy.

f.art. 439 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 353/1 kc i art. 5 kc w zw. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 2 i 3 Pzp poprzez: sformułowanie warunków waloryzacji w § 40 wzoru umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji realnej zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia z uwagi, iż:

i. Zamawiający w sposób nieuprawniony, poprzez zapisy w §40 ustęp 6 punkt 1) oraz 5) wprowadza dodatkowe warunki dla dokonania waloryzacji, przy czym nieprecyzyjne i nieprawidłowo sformułowane wymagania pozostają niejasne i ogólnikowe, dając w rzeczy samej Zamawiającemu nieograniczone prawo do kwestionowania uprawnienia do waloryzacji pomimo spełnienia się warunków szczegółowo opisanych w pozostałych zapisach paragrafu.

ii. Zamawiający przewiduje waloryzację po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy podczas gdy brzmienie art. 439 ust. 1 PZP zakłada ,że umowy zawarte na okres dłuższy niż 6 miesięcy, powinny zawierać postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, tym samym wskazuje, że waloryzacja powinna odbyć się po okresie 6 miesięcy od daty zawarcia umowy;

iii. Zamawiający w sposób nieuprawniony, poprzez zapisy w §40 ustęp 6 punkt 4) podpunkt f) ogranicza dokonanie waloryzacji tylko do części należnego wynagrodzenia, (tutaj: składników cenotwórczych) tj. kosztów materiałów (wraz z kosztami zakupu), kosztów sprzętu (wraz z Kp – kosztami pośrednimi od sprzętu) wyłączając pozostałe składniki cenotwórcze, to jest pomija się koszty robocizny oraz pozostałe koszty pośrednie powstałe w związku z realizacją robót budowlanych, stanowiących istotny element składowy wynagrodzenia

iv. Zamawiający w sposób nieuprawniony ustanowił dopuszczalny limit waloryzacji wynagrodzenia na poziomie 5% przenosząc na Wykonawcę ryzyko zmiany cen ponad ten poziom,

v. Zamawiający w sposób błędny, niejasny i nieprecyzyjny w §40 ustęp 4 podpunkt a) i f) opisuje sposób wyliczenia waloryzacji, poprzez zastosowanie sformułowań, które przy ich literalnym zastosowaniu prowadzą do otrzymania błędnych wyników a co w efekcie prowadzi do braku możliwości zastosowania mechanizmu waloryzacji wynagrodzenia.

Odwołujący wskazał również oczekiwane do nakazania zamawiającemu zmiany.

Zamawiający w toku postępowania odwoławczego poinformował o uwzględnieniu części zarzutów i planowanych zmianach SWZ o treści wskazanej w pismach procesowych.

Odwołujący 10 czerwca 2025 r. poinformował, że wobec tego, że: „W dniu 3 czerwca 2025 roku Zamawiający przekazał stanowisko stanowiące odpowiedź na odwołanie a następnie w dniu 9 czerwca 2025 r. uzupełniające stanowisko w zakresie waloryzacji, w których uwzględnił w znacznej części zarzuty Odwołania z dnia 23 maja 2025 r. oraz zobowiązał się do dokonania modyfikacji SWZ i wzoru umowy wpisujących się w zarzuty tego odwołania. „ cofa odwołanie z 23 maja 2025r.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy. Wobec złożenia przez odwołującego oświadczenia w trybie art. 520 Ustawy o wycofaniu złożonego odwołania izba uznała, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania odwoławczego w trybie art. 568 pkt. 1 Ustawy. Na posiedzeniu niejawnym, które odbyło się bez udziału stron i uczestników w związku z § 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. poz. 2453) izba w sytuacji opisanej w art. 568 Ustawy, wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego. O kosztach postępowania odwoławczego izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 575 Ustawy w zw. z § 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), zgodnie z którym odwołującemu zwraca się 90% wpisu. Izba nakazała dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych 90 % kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Mając na uwadze powyższe izba orzekła jak w sentencji

Przewodnicząca: