

POSTANOWIENIE
z dnia 14 czerwca 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa
Katarzyna Prowadzisz
Magdalena Rams

w po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania w dniu 14 czerwca 2018 roku, wobec cofnięcia w dniu 12 czerwca 2018 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 czerwca 2018 roku przez wykonawcę Vendi Servis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez Wojskowy Instytut Medyczny z siedzibą w Warszawie

postanawia:

- 1) umarza postępowanie odwoławcze;
- 2) nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Vendi Servis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojskowy Instytut Medyczny z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę społeczną pod nazwą „Usługi przygotowywania i podawania posiłków dla pacjentów WIM oraz posiłków profilaktycznych dla personelu WIM wraz z wynajmem pomieszczeń i dzierżawą maszyn i urządzeń gastronomicznych WIM” znak sprawy: P/163/2018/SMat/WIM – 70/ZP/18. Postępowanie na udzielenie zamówienia prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579 z późn. zm.) zwana dalej „ustawą” lub „Pzp”. Wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750 000 euro.

W dniu 4 czerwca 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę Vendi Servis Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (zwanego dalej Odwołującym) wobec czynności Zamawiającego, tj. zastrzeżenia we wzorze umowy w sprawie zamówienia publicznego tzw. klauzuli waloryzacyjnej w sposób niezgodny z ustawą Pzp oraz ustalenia warunków odkupu sprzętu przez Zamawiającego w sposób niezgodny z ustawą Pzp oraz z Kodeksem cywilnym (dalej: kc).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- I. art. 142 ust. 5 Pzp poprzez ograniczenie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) możliwości korzystania przez wykonawcę z wprowadzania do umowy w sprawie zamówienia publicznego odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy z powodu wzrostu wymienionych w tym przepisie kosztów, mających wpływ na koszt wykonania zamówienia publicznego, a to:
 - 1) poprzez wprowadzenie do wzoru umowy — Załącznika nr 7 do SIWZ — postanowienia § 1 ust. 5, zgodnie z którym wykonawca zobowiązuje się utrzymać stałość cen wykonywanej usługi przez wskazany w ofercie okres od dnia obowiązywania umowy, powiązaniu wzrostu ceny jednostkowej osobodnia z ceną najmu 1m² powierzchni,
 - 2) poprzez zastrzeżenie we wzorze umowy — Załączniku nr 7 do SIWZ, w postanowieniu § 1 ust. 13, że wprowadzenie do umowy odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy z powodów wskazanych w ust. 12 nastąpi po przeprowadzeniu negocjacji oraz zawarciu stosownego aneksu,

- 3) poprzez przewidzenie we wzorze umowy — Załączniku nr 7 do SIWZ, w postanowieniu § 1 ust. 6, że zmiana ceny jednostkowej brutto osobodnia nie może być wyższa od ostatniego znanego wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem , ogłaszanego przez Prezesa GUS za 12 miesięcy oraz, że w raz ze zmianą ceny jednostkowej brutto osobodnia oraz posiłku profilaktycznego , o tę sama wartość procentową zmienia się wielkość wsadu do kotła oraz cena wynajmu 1m² powierzchni.
- II. art. 2 pkt 13 Pzp w związku 139 ust.1 Pzp i art. 58 1 i 2 kodeksu cywilnego poprzez zastrzeżenie we wzorze umowy - załączniku nr 7 do SIWZ - postanowienia 40 ust. 5 oraz w pkt 120 Załącznika nr 3 do SIWZ, zgodnie z którymi w przypadku wcześniejszego rozwiązania umowy lub wskutek jej wygaśnięcia, Zamawiający odkupi od Wykonawcy zakupiony na potrzeby realizacji umowy sprzęt w postaci specjalistycznych wózków transportowych po cenie 1 zł netto za sztukę.
- III. art. 138 k Pzp poprzez kształtowanie postanowień SIWZ niezgodnie z zasadą równego traktowania i proporcjonalności polegające na nadużyciu pozycji dominującej organizatora przetargu wobec uczestników postępowania i narzucanie rozwiązań korzystnych wobec tylko jednej strony stosunku prawnego i krzywdzących pozostałych uczestników, poprzez:
- 1) ograniczenie w SIWZ możliwości korzystania przez wykonawcę z wprowadzania do umowy w sprawie zamówienia publicznego odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy z powodu wzrostu wymienionych w tym przepisie kosztów, mających wpływ na koszt wykonania zamówienia publicznego, a to:
 - a) poprzez wprowadzenie do wzoru umowy Załącznika nr 7 do SIWZ postanowienia § 1 ust. 5, zgodnie z którym wykonawca zobowiązuje się utrzymać stałość cen wykonywanej usługi przez wskazany w ofercie okres od dnia obowiązywania umowy, powiązaniu wzrostu ceny jednostkowej osobodnia z ceną najmu 1m² powierzchni,
 - b) poprzez zastrzeżenie we wzorze umowy — Załączniku nr 7 do SIWZ, w postanowieniu § 1 ust. 13, że wprowadzenie do umowy odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy z powodów wskazanych w ust. 12 nastąpi po zawarciu stosownego aneksu,
 - c) poprzez przewidzenie we wzorze umowy — Załączniku nr 7 do SIWZ w postanowieniu § 1 ust. 6, że zmiana ceny jednostkowej brutto osobodnia nie może być wyższa od ostatniego znanego wskaźnika wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem, ogłaszanego przez Prezesa GUS za 12

miesiący oraz, że w raz ze zmianą ceny jednostkowej brutto osobodnia oraz posiłku profilaktycznego, o tę sama wartość procentową zmienia się wielkość wsadu do kotła oraz cena wynajmu 1m² powierzchni,

- 2) poprzez zastrzeżenie we wzorze umowy- załączniku nr 7 do SIWZ- postanowienia § 40 ust. 5 oraz w pkt 120 Załącznika nr 3 do SIWZ, zgodnie z którymi w przypadku wcześniejszego rozwiązania umowy lub wskutek jej wygaśnięcia, Zamawiający odkupi od Wykonawcy zakupiony na potrzeby realizacji umowy sprzęt za 1 złotych netto za sztukę;
- 3) poprzez przewidzenie, że zmiana ceny jednostkowej brutto osobodnia nie może być wyższa od ostatniego znanego wskaźnika wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem , ogłaszanego przez Prezesa GUS za 12 miesięcy oraz, że w raz ze zmianą ceny jednostkowej brutto osobodnia oraz posiłku profilaktycznego, o tę sama wartość procentową zmienia się wielkość wsadu do kotła oraz cena wynajmu 1m² powierzchni.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień SIWZ poprzez zmianę Załącznika nr 7 do SIWZ (wzór umowy) w następujący sposób:

- 1) usunięcie 1 ust. 4,
- 2) zmianę § 1 ust. 5 i nadanie mu brzmienia: „Wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego z wnioskiem o podjęcie negocjacji w przedmiocie zmiany ceny jednostkowej brutto osobodnia”,
- 3) usunięcie § 1 ust. 13 pkt 3 i dodanie § 1 ust. 13a o następującym brzmieniu : „Zmiana wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadku wystąpienia okoliczności wskazanych w ust. 12 wchodzi w życie w dniu wejścia w życie przepisów wprowadzających zmianę, w wysokości odpowiadającej wzrostowi kosztów realizacji zamówienia wynikających z wejścia w życie nowej regulacji”,
- 4) Zmianę § 40 ust. 5 i nadanie mu brzmienia: „W przypadku wcześniejszego rozwiązania umowy przez którąkolwiek ze Stron lub w przypadku wygaśnięcia niniejszej umowy na skutek upływu okresu na jaki została zawarta Strony komisyjnie ustalą listę sprzętu do przekazania (sprzedaży) oraz wspólnie ustalą cenę rynkową sprzętu wymienionego w pkt 110 i pkt 111 w załączniku nr 3 do SIWZ, po czym Zamawiający odkupi od Wykonawcy za tę cenę sprzęt, wykazany na tej liście”,
- 5) zmianę pkt 120 załącznika nr 3 do SIWZ i nadanie mu brzmienia: „W przypadku wcześniejszego rozwiązania umowy przez którąkolwiek ze Stron lub w przypadku wygaśnięcia niniejszej umowy na skutek upływu okresu na jaki została zawarta Strony komisyjnie ustalą listę sprzętu do przekazania (sprzedaży) oraz wspólnie

ustalą cenę rynkową sprzętu wymienionego w pkt 110 i pkt 111 w załączniku nr 3 do SIWZ, po czym Zamawiający odkupi od Wykonawcy za tę cenę sprzęt, wykazany na tej liście”;

6) wykreślenie § 1 ust. 6.

W dniu 12 czerwca 2018 r. Odwołujący, przed otwarciem rozprawy złożył pismo, w którym oświadczył, że cofa wniesione odwołanie oraz wnosi o zwrot uiszczzonego wpisu od odwołania.

Ze względu na fakt, że odwołanie można cofnąć w każdym czasie do zamknięcia rozprawy, jego cofnięcie, zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp oznacza, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

W tym stanie rzeczy Izba – zgodnie z przepisem art. 187 ust. 8 zd. pierwsze ustawy Pzp – postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze.

Ponadto zgodnie z art. 187 ust. 8 zd. drugie ustawy Pzp oraz na podstawie § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41 poz. 238) ze zmianami wprowadzonymi rozporządzeniem zmieniającym Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2016 r. (Dz. U. z 2017 r. poz. 47) Izba orzekła o dokonaniu zwrotu na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczzonego w wysokości 15 000,00 zł.

Przewodniczący:
.....
.....