

Sygn. akt: KIO 2818/22

POSTANOWIENIE

z dnia 3 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 3 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 października 2022 r. przez wykonawcę: **CARSTONE P. Z. z siedzibą w Radziszewie**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **POLREGIO S.A. z siedzibą w Warszawie**

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: CARSTONE P. Z. z siedzibą w Radziszewie kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący :

Uzasadnienie

POLREGIO S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp” pn. Agencyjna sprzedaż biletów, znak sprawy PZP1.240.977.2022 - dalej „postępowanie” lub „zamówienie”. Zamówienie zostało podzielone na 63 zadania.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 października 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 197-56082.

W dniu 24 października 2022 r. przez wykonawcę: **CARSTONE P. Z. z siedzibą w Radziszewie** (dalej: „Odwołujący”) zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu w zakresie treści dokumentów zamówienia, w tym projektowanych postanowień umowy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów:

1. art. 431 i art. 99 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ i art. 354 oraz art. 5 i art. 395 oraz art. 58 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 16 ustawy Pzp oraz art. 471 k.c., art. 483 § 1 k.c., w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaburzenie równowagi stron umowy, sprowadzenie jej do umowy adhezyjnej, jednostronnej, nadto poprzez brak poszanowania interesów drugiej strony umowy, wbrew naturze stosunku, obowiązującym przepisom i zasadom współżycia społecznego, poprzez: a) wprowadzenie do projektowanych postanowień umowy zapisu § 1 ust. 6 załącznika nr 12 do SWZ (dalej „Umowa agencyjna”), na stronie 52, w którym wskazano, że: „Zamawiający ma prawo zmienić godziny otwarcia oraz zamknięcia okienek kasowych wskazane w załączniku nr 1 do Umowy, przy czym zobowiązany jest do zachowania: 1) łącznej liczby godzin w tygodniu; 2) proporcji liczby godzin pracy w dni powszednie i święta (w tym w niedziele)” - bez wskazania dodatkowej gwarancji zachowania pierwotnej, bo wynikającej z dokumentów zamówienia, proporcji godzin nocnych, które w zakresie danego zadania występują lub pierwotnie nie występują, co jest niezbędne, aby oszacować prawidłowo cenę oferty, ze względu na różnicę wysokości stawek wynagrodzeń (za pracę w dzień oraz za pracę w nocy) jakie wykonawca jest zobowiązany ponieść w związku z realizacją przedmiotu zamówienia oraz niezbędne w zakresie doboru, selekcji i przydatności zawodowej osób

- skierowanych do wykonania zamówienia, biorąc pod uwagę wynikające z przepisów prawa ograniczenia w zatrudnianiu w porze nocnej pracowników o szczególnych uprawnieniach; b) wprowadzenie w treści Umowy agencyjnej, na stronie 62, postanowienia w § 20 ust. 1 pkt 2b tj. kary umownej za opóźnienie, co jest niezgodne dodatkowo z art. 433 ust. 1 oraz wprowadzenie wygórowanej wysokości tej kary na poziomie 10% miesięcznego wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia; c) wprowadzenie w treści Umowy agencyjnej postanowienia w § 8 ust. 4, czyli przeniesienia wszystkich ryzyk umownych na wykonawców, co jest niezgodne dodatkowo z art. 431 ustawy Pzp wskazującym, że zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia zobowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w celu należytej realizacji zamówienia oraz przy uwzględnieniu zasad kalkulacji oferty znanych w dniu jej sporządzania, a ponadto art. 433 ustawy Pzp, który określa w jakich sytuacjach nie można przenosić odpowiedzialności na wykonawców;
2. art. 433 pkt 3 ustawy Pzp poprzez przewidzenie w § 17 ust. 3 Umowy agencyjnej terminu płatności czynszu dotyczącego faktur Zamawiającego wystawianych wykonawcy za dzierżawę urzędnego fiskalnego udostępnionego do wykonywania czynności kasowych, który ma być liczony od daty wystawienia faktury przez Zamawiającego, podczas gdy termin ten winien być liczony od dnia jej doręczenia wykonawcy, a ponadto analogicznie poprzez przewidzenie w § 2 ust. 5, na stronie 93 oraz w § 2 ust. 10, na stronie 94 czyli w postanowieniach załącznika nr 7 do Umowy agencyjnej (załącznika regulującego podnajem lokalu kasowego) takiego samego sposobu liczenia terminu płatności;
 3. art. 433 pkt 3 ustawy Pzp poprzez przewidzenie w § 4 ust. 2 załącznika nr 7 do Umowy agencyjnej (załącznika regulującego podnajem lokalu kasowego), na stronie 96, zrzeczenia się przez wykonawcę, będącego podnajemcą, na potrzeby wykonania zamówienia, roszczeń z tytułu wad fizycznych mogących się ujawnić w okresie eksploatacji lokalu;
 4. art. 433 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 431 ustawy Pzp, poprzez przewidzenie w § 1 i § 3 ust. 4 oraz w konsekwencji ust. 5 do 7 załącznika nr 7 do Umowy agencyjnej (załącznika regulującego podnajem lokalu kasowego), na stronie 93 i 95, nieograniczonej możliwości wypowiedzenia stosunku najmu, które to świadczenie gwarantowane przez Zamawiającego jest nierozzerwalne z charakterem usługi, ale zarazem wymienne (lokal zastępczy), co pominięto przy projektowaniu umowy;
 5. art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, niejednoznaczny,

niewyczerpujący i nie uwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz prowadzący do nieporównywalności ofert, co prowadzi również do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości prowadzenia postępowania w zakresie braku wskazania w § 2 ust. 9 załącznika nr 7 do umowy, na stronie 99, wysokości średniego kosztu miesięcznych opłat za dostarczane media z PKP S.A., za które wykonawca będzie zobowiązany uiszczać opłaty (lub ewentualnie dopuszczalnej maksymalnej ilości zużycia tych mediów finansowanej przez Zamawiającego), pomimo faktu że jest to czynnik mający wpływ na cenę oferty, przy czym informację tą pozostawiono wykropkowaną, a podanie jej na etapie zawierania umowy będzie spóźnione, a tym samym nieużyteczne;

6. art. 16 i 17 ust. 2, art. 449 i 450 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 431 ustawy Pzp poprzez przewidzenie w § 2 ust. 12-19 załącznika nr 7 do umowy agencyjnej, na stronie 94, konieczności wnoszenia "kaucji" jako dodatkowego zabezpieczenia pieniężnego, nieznanego Ustawie Pzp, a ponadto żądanie jego wniesienia wyłącznie w formie pieniądza, niezależnie od ustalonego w § 17 SWZ, na stronie 20, obowiązku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz w konsekwencji poprzez przewidzenie sankcji za niewniesienie tejże kaucji, opisanych w § 3 ust. 1 pkt 2, zdublowanych w § 2 ust. 14 tegoż załącznika do umowy.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu: dokonania zmiany warunków zamówienia, w sposób uwzględniający treść odwołania, tj. odpowiednio uzupełnienie lub zmianę treści w zakresie: 1. a) wprowadzenia w §1 ust. 6 Umowy agencyjnej punktu 3 o treści „proporcji liczby godzin w porze dziennej i nocnej” lub innej o tożsamym znaczeniu tj. dodatkowego ograniczenia dla Zamawiającego gwarantującego brak zachwiania kalkulacji oferty oraz dezorganizacji kadrowej wykonawcy, albo alternatywnie - wprowadzenie w treści Umowy Agencyjnej współczynnika określającego stawkę za zapewnienie świadczenia usługi w porze nocnej, nieprzewidzianą lub ponad przewidzianą w dokumentach zamówienia, która odbywałaby się za zgodą wykonawcy, na poziomie minimum 120% stawki (tj. +20%) określonej w kolumnie I załącznika nr 1A do umowy agencyjnej (strona 70) w związku z § 26 ust. 1 pkt 3 oraz ust. 2 umowy agencyjnej, czyli w odniesieniu do mającego miejsce postanowienia umownego dopuszczającego zmianę wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany przez zamawiającego liczby godzin otwarcia, jeżeli zmieni się opisana proporcja; b) zmiany postanowienia §20 ust. 1 pkt 2b Umowy agencyjnej tj. 1) zmiany podstawy naliczenia kary przewidzianej w § 6 pkt 2), określonej dotąd jako za każdy dzień opóźnienia w zakresie każdej kasy biletowej, której dotyczy opóźnienie, na karę za zwłokę, zgodnie z art. 433 pkt 1 ustawy Pzp, czyli wprowadzenie odpowiedzialności wykonawcy

za opóźnienie oraz 2) zmiany wysokości przewidzianej kary umownej na 3% za każdy dzień zwłoki w wysłaniu przesyłki z dokumentacją miesięczną, o której mowa w § 6 pkt 2 Umowy agencyjnej); c) zmiany § 8 ust. 4 Umowy agencyjnej poprzez wprowadzenie ograniczenia odpowiedzialności wykonawcy jedynie do skutków zdarzeń, które przy dołożeniu należytej staranności były możliwe do przewidzenia, czyli zwolnienie z odpowiedzialności w przypadkach określonych w art. 433 ustawy Pzp, oraz do wprowadzenia możliwości zmiany wynagrodzenia w przypadkach określonych w umowie i przypadkach określonych w niniejszym odwołaniu; 2. zmiany § 17 ust. 3 Umowy agencyjnej, a ponadto analogicznie w § 2 ust. 5 oraz w § 2 ust. 10 załącznika nr 7 do Umowy agencyjnej poprzez ustalenie terminu płatności czynszu za urządzenie, czynszu za podnajem lokalu i świadczeń za media, liczonego od daty doręczenia faktur, czyli od chwili, kiedy wykonawca (będący dłużnikiem) mógł się zapoznać z ich treścią i podjąć działania służące spełnieniu świadczenia; 3. wykreślenia § 4 ust. 2 załącznika nr 7 do Umowy agencyjnej ze względu na jego niezgodność z ustawą Pzp i brak możliwości pełnego przewidzenia znaczenia tego postanowienia przy zawieraniu umowy. 4. wykreślenia § 1 i § 3 ust. 4-7 załącznika nr 7 do Umowy agencyjnej, ze względu na jego niezgodność z ustawą Pzp albo ewentualną modyfikację poprzez zapewnienie przez zamawiającego pomieszczenia zastępczego dla świadczenia usługi sprzedaży, przy czym za szczególnie rażące naruszenie Ustawy Pzp należy uznać wyrażenie zawarte w ust. 5 o treści „Jednocześnie rozwiązaniu ulega Umowa nr CRU (...)” czyli Umowa agencyjna, przy czym zmiana miejsca świadczenia usługi, bez względu na to czy będzie w obrębie tej samej posesji czy też w pobliżu, będzie pozostawała w zgodzie z możliwością przewidzianą w § 26 ust. 1 pkt 1 Umowy agencyjnej (strona 64), 5. wskazania w § 2 ust. 9 załącznika nr 7 do Umowy agencyjnej wysokości średniego kosztu miesięcznych opłat za dostarczane media z PKP S.A., za które wykonawca będzie zobowiązany uiszczać opłaty oraz dopuszczenia możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku gdy miesięczne opłaty za dostarczane media z PKP S.A. będą wyższe od średniego kosztu podanego przez zamawiającego z alternatywą zmiany sposobu przedstawienia zużycia mediów na ilościowe limity jednostek poboru (np. wody, energii elektrycznej) za które finansowanie będzie odbywało się ze środków zamawiającego, a powyżej których to limitów koszty ponosi wykonawca, a jednocześnie przedstawienie tych danych w taki sposób, aby oszacowanie kosztów mediów było możliwe w najbardziej realnych wolumenach, co jest istotne przy kalkulacji oferty, 6. wykreślenia obowiązku przewidzianego w § 2 ust. 12-19 załącznika nr 7 do Umowy agencyjnej w zakresie kaucji, jako pojęcia nieznanego Pzp, a zarazem wprowadzonego z przekroczeniem uprawnień ustawowych, umożliwiających żądanie wniesienia wymienionego w Pzp jednego rodzaju zabezpieczenia i kilku form tego zabezpieczenia.

Izba ustaliła, że Zamawiający 26 października 2022 r. zamieścił informację

o wniesieniu odwołania i wezwał wykonawców do zgłoszenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, żaden wykonawca nie przystąpił do toczącego się postępowania odwoławczego.

W dniu 26 października 2022 r. Zamawiający złożył pismo procesowe - odpowiedź na odwołanie, w którym poinformował, że uwzględnia przedmiotowe odwołanie w całości. Pismo zostało złożone drogą elektroniczną i podpisane przez osobę upoważnioną do reprezentowania Zamawiającego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia, zgodnie z art. 568 pkt 3 tejże ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 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), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący :