

Sygn. akt: KIO 1783/21

POSTANOWIENIE

z dnia 6 lipca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu w dniu 6 lipca 2021 r. w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron i uczestników postępowania odwoławczego, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 czerwca 2021 r. przez wykonawcę **Mobilis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Bydgoszcz – Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy**

przy udziale:

- A. wykonawcy **BP Tour Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,**
- B. wykonawcy **Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego**

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Mobilis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą**

w Warszawie kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 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:

Sygn. akt: KIO 1783/21

Uzasadnienie

Zamawiający Miasto Bydgoszcz - Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pt: „Świadczenie usług przewozowych na liniach autobusowych w Bydgoszczy w latach 2023 - 2031” dalej zwane „Postępowaniem”.

Postępowania prowadzone są w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) zwanej „ustawą Pzp” lub „Pzp” – jako zamówienie o wartości przekraczającej progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2021/S 105-276710 z dnia 2 czerwca 2021 r.

W dniu 14 czerwca 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Mobilis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako Odwołujący), wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego polegającej na ukształtowaniu projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy ustawy dotyczące umów o zamówienie publiczne, w szczególności waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy oraz postanowień dotyczących kar umownych z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania, czy zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił:

- 1) naruszenie przepisów art. 431 i art. 439 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 3531 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny („KC”) poprzez zawarcie umowy w okresie wynikającym z Pzp z datą wejścia w życie 1 stycznia 2023 roku oraz określeniem, że pierwsza waloryzacja wynagrodzenia zostanie dokonana ze skutkiem na 1 stycznia 2024 roku, co stanowi obejście przepisów Pzp dotyczących obowiązkowych umownych klauzul waloryzacyjnych wynagrodzenia wykonawcy zawartych w art. 439 ust. 1 i 3 Pzp, a co za tym idzie, prowadzi do niedopuszczalnego zachwiania równowagi kontraktowej stron umowy poprzez przerzucenie ryzyk związanych z wahaniami cen na rynku usług

autobusowych w przedmiotowym okresie oraz ryzykiem ustalenia podstawy waloryzacji na wykonawcę;

- 2) naruszenie przepisów art. 433 pkt 3 Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 Pzp w zakresie odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, tj. określenie daty wejścia w życie umowy po upływie ponad roku od dnia złożenia oferty, zaś pierwszej waloryzacji wynagrodzenia po upływie około 2,5 roku od dnia złożenia oferty, co skutkuje przerzuceniem wszystkich ryzyk z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia na wykonawcę, co przeczy zasadzie efektywności;
- 3) naruszenie przepisów art. 436 pkt 3) Pzp w zw. z art. 483 § 1 KC poprzez zawarcie w umowie postanowień dotyczących zmniejszenia wynagrodzenia, w sytuacjach, które stanowią podstawę do naliczenia kar umownych, a co za tym idzie obejście przez Zamawiającego przepisów Pzp dotyczących maksymalnej wysokości kar umownych oraz wprowadzenie do umowy postanowienia stanowiącego waloryzację kar umownych z tytułu nienależytego wykonania umowy, co prowadzi do sytuacji, w której wysokość kar umownych nie jest z góry określona przez Zamawiającego;
- 4) naruszenie przepisu art. 449 ust. 3 Pzp poprzez zobowiązanie wykonawcy do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy przed dniem zawarcia umowy o zamówienie publiczne na okres od dnia podpisania umowy do końca okresu świadczenia usługi, tj. na okres co najmniej o rok dłuższy niż świadczona usługa, pomimo iż zabezpieczenie ma zabezpieczyć roszczenia zamawiającego, które w 2022 roku nie będą wykonywane, a co za tym idzie, nie byłoby podstaw do skorzystania z tego zabezpieczenia.

W oparciu o przedstawione zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) zmianę projektowanych postanowień umowy i nadanie im brzmienia lub dodanie postanowienia w brzmieniu:
 - a) zmianę § 2 ust. 4 Umowy i nadanie mu brzmienia: „Ceny netto jednego wozokilometra w latach 2023 — 2031 będą waloryzowane i wprowadzane corocznym aneksem do umowy, z mocą obowiązującą od 01.01. danego roku o :
 - a. średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych za rok kalendarzowy poprzedzający termin waloryzacji ogłoszony przez Prezesa GUS w odniesieniu do 75% ceny wozokilometra,
 - b. średnioroczny wskaźnik cen oleju napędowego (liczony z dokładnością do setnych części procenta) ustalony na podstawie danych Polskiej Izby Paliw

Płynnych

za rok kalendarzowy poprzedzający termin waloryzacji w stosunku do roku poprzedniego, w odniesieniu do 25% ceny wozokilometra,”

lub dodanie w § 2 projektowanych postanowień umowy postanowienia w brzmieniu: „Pierwsza waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy zostanie dokonana zgodnie z zasadami określonymi w § 2 ust 4 Umowy, przy czym będzie ona skuteczna od 1 stycznia 2023 roku (pierwszego dnia realizacji przedmiotu Umowy);

b) dodanie w § 2 projektowanych postanowień umowy postanowienia w brzmieniu: „W przypadku, gdy aneks dotyczący waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy zostanie zawarty po 1 stycznia danego roku kalendarzowego, Wykonawca będzie uprawniony do powiększenia kwoty wynagrodzenia za pierwszy okres rozliczeniowy przypadający po podpisaniu aneksu o różnicę pomiędzy stawką wynagrodzeniem za wozokilometr z roku poprzedzającego i wynagrodzeniem zwaloryzowanym. Wynagrodzenie zostanie obliczone jako iloczyn zrealizowanych wozokilometrów do dnia zawarcia aneksu

i stawki stanowiącej różnicę pomiędzy wynagrodzeniem określonym od 1 stycznia danego roku, a obowiązującym w poprzednim roku kalendarzowym ”;

c) zmianę postanowienia § 2 ust. 5 zd. 2 projektowanych postanowień umowy postanowienia i nadanie im brzmienie: „W przypadku zmiany tych wskaźników, powodującej zwiększenie maksymalnej wielkości nominalnej umowy zmiana ta musi zostać wprowadzona aneksem do umowy, zmiana maksymalnej nominalnej wielkości umowy polegająca na jej zmianie poprzez zmniejszenie może zostać wprowadzona do umowy aneksem. W przypadku obniżenia wysokości maksymalnej nominalnej wielkości umowy należy brać pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy”;

d) zmianę postanowienia § 6 ust. i projektowanych postanowień umowy postanowienia i nadanie mu brzmienia: „Wynagrodzenie netto należne wykonawcy podlega zmniejszeniu z powodu niewłaściwej jakości wykonywanych usług (kara umowna z tytułu nienależytego wykonania), odpowiednio za każdy stwierdzony przypadek: (...)” (katalog kar zgodnie z tabelą);

e) dodanie do § 6 projektowanych postanowień umowy postanowienia w brzmieniu: „Do postanowień § 6 ust. i Umowy zastosowanie ma § 10 ust. 10 Umowy dotyczący łącznego limitu odpowiedzialności z tytułu kar umownych”;

f) wykreślenie postanowienia § 6 ust. 2 projektowanych postanowień umowy postanowienia;

2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany rozdziału XVI ust. 4 SWZ poprzez wskazanie, że „Zabezpieczenie wykonawca wnosi w całości najpóźniej na 30 dni przed

dniem rozpoczęcia świadczenia usług. Nie wniesienie zabezpieczenia w terminie stanowi podstawę do odstąpienia od Umowy”.

g) zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

W dniu 18 czerwca 2021 roku do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienie po stronie Odwołującego wykonawca BP Tour Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie oraz wykonawca

Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim Sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim.

W dniu 25 czerwca 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której Zamawiający poinformował, że uwzględni odwołanie w zakresie zarzutów wymienionych w pkt 1-3, natomiast nie uwzględni odwołania w zakresie zarzutu wymienionego w pkt 4 i wnosi o oddalenie odwołania w zakresie nieuwzględnionego zarzutu.

W dniu 2 lipca 2021 r do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Odwołującego, w którym Odwołujący wycofał zarzut wymieniony w pkt 4.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) 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.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w pozycjach 1-3, natomiast Odwołujący również w sposób niebudzący wątpliwości wycofał zarzut z pozycji 4 odwołania. Ponadto, do postępowania odwoławczego nie przystąpił po stronie Zamawiającego żaden

z wykonawców.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zgodnie z art. 522 ust. 3 oraz art. 568 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaistniały przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego.

Izba wskazuje, że zgodnie z treścią ww. przepisu, w przypadku umorzenia postępowania przez Izbę na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez Odwołującego, Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

W tym stanie rzeczy, Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła okoliczność, że uwzględnienie w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu oraz wycofanie przez Odwołującego pozostałych zarzutów nastąpiło przed otwarciem rozprawy, zatem z mocy ustawy koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) 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: