

Sygn. akt: KIO 752/22

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 28 marca 2022 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Kurowska**

po rozpoznaniu w dniu 28 marca 2022 roku w Warszawie, na posiedzeniu bez udziału stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 marca 2022 r. przez wykonawcę **Impel S.A. z siedzibą we Wrocławiu,**

w postępowaniu prowadzonym przez **BIONAPARK sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi,**

**postanawia:**

**1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**

2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego na rzecz wykonawcy Impel S.A. z siedzibą we Wrocławiu kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej równowartość uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 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

Zamawiający – Bionanopark Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi - (dalej jako „**Zamawiający**”) prowadzi postępowanie pn. „Świadczenie usług ochrony osób, mienia, terenu i obiektów należących do „Bionanopark” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, przy ul. Dubois 114/116, 93-465 Łódź” (dalej „**Postępowanie**”).

W dniu 17 marca 2022 roku wykonawca **Impel S.A.** z siedzibą we Wrocławiu (dalej „**Odwolujący**”) wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 436 pkt 4, art. 431, art. 99, art. 16 i 17 Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez brak ustalenia w projekcie umowy postanowień o łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony;
- 2) 2) art. 439 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez zaniechanie przez Zamawiającego ustalenia w treści SWZ postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia należnego, o których mowa w przepisie.

Odwolujący wniósł o:

1. ustalenie maksymalnej wysokości kar umownych poprzez dodanie w załączniku nr 4 do SWZ w § 6 postanowienia o treści: „łączna wysokość należności, jakie Wykonawca będzie zobowiązany zapłacić Zamawiającemu z tytułu kar umownych, o których mowa w ust. § 6 Projektu umowy nie może przekroczyć 15% wynagrodzenia brutto, wskazanego w § 5 ust. 1 Projektu Umowy. Naliczenie kar umownych nastąpi po uprzednim pisemnym zgłoszeniu Wykonawcy zastrzeżeń w ramach postępowania reklamacyjnego niezwłocznie od momentu stwierdzenia przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Brak niezwłocznego usunięcia przez Wykonawcę stwierdzonych przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania umowy winien być stwierdzony w formie protokołu reklamacyjnego przez komisję z udziałem przedstawicieli Zamawiającego. Niezwłocznie od momentu stwierdzenia zastrzeżeń, określony zostanie zakres naruszenia oraz wnioski pokontrolne. Po spełnieniu powyższego Zamawiającego uprawniony będzie do nałożenia kary umownej”;

2. zmianę § 9 projektu umowy w zakresie postanowień zgodnych z art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. klauzuli, na podstawie, której wprowadzane będą zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia poprzez dodanie postanowień o treści:
  1. Strony postanawiają, że w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów, związanych z realizacją przedmiotu umowy, maksymalne wynagrodzenie netto i brutto Wykonawcy oraz ceny jednostkowe netto i brutto, ustalone w umowie (dalej wynagrodzenie), waloryzuje się na zasadach, o których mowa w ust. 2 - 6 poniżej.
  2. Zmiana ceny materiałów lub kosztów będzie ustalana kwartalnie na podstawie Wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem (kwartał do poprzedniego kwartału), ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (dalej: GUS) w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski” za każdy kwartał roku kalendarzowego, w którym realizowana jest umowa.
  3. Zmiana wynagrodzenia Wykonawcy będzie następować jeden (1) raz na kwartał kalendarzowy, z zastrzeżeniem, że pierwsza zmiana wynagrodzenia nastąpi nie wcześniej, niż po upływie kwartału kalendarzowego realizacji umowy oraz gdy Wskaźnik, o którym mowa w ust. 2, przekroczy 0,2% w stosunku do Wskaźnika z kwartału kalendarzowego, w którym przypadał termin składania ofert. Każda kolejna zmiana wynagrodzenia Wykonawcy nastąpi w przypadku, gdy Wskaźnik, o których mowa w ust. 2, przekroczy 0,2% w stosunku do wskaźnika z kwartału, w którym nastąpiła ostatnia zmiana wynagrodzenia wykonawcy.
  4. Wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy będzie równa wzrostowi Wskaźnika wskazanego w ust. 2.
  5. Wynagrodzenie Wykonawcy ulega waloryzacji od pierwszego dnia miesiąca następującego po dniu publikacji komunikatu Prezesa GUS – z uwzględnieniem postanowień ust. 3.
  6. Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia wynosi łącznie 15% w stosunku do wartości wynagrodzenia brutto Wykonawcy, ustalonego w dniu zawarcia Umowy

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Izba ustaliła, że w dniu 23 marca 2022 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, że uwzględni odwołanie w następujący sposób:

1. w odniesieniu do zarzutu 1 dotyczącego naruszenia art. 436 punkt 4 Pzp zarzut uwzględniamy poprzez zmianę Specyfikacji Warunków Zamówienia polegającą na dodaniu do projektu umowy stanowiącego zał. 4 punktu 6.8. w następującym brzmieniu (zgodnym z propozycją Odwołującego się):

„Łączna wysokość należności, jakie Wykonawca będzie zobowiązany zapłacić Zamawiającemu z tytułu kar umownych, o których mowa w niniejszym paragrafie nie może przekroczyć 15% wynagrodzenia brutto, wskazanego w § 5 ust. 1 Umowy. Naliczenie kar umownych nastąpi po uprzednim pisemnym zgłoszeniu Wykonawcy zastrzeżeń w ramach postępowania reklamacyjnego niezwłocznie od momentu stwierdzenia przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Brak niezwłocznego usunięcia przez Wykonawcę stwierdzonych przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania umowy winien być stwierdzony w formie protokołu reklamacyjnego przez komisję z udziałem przedstawicieli Zamawiającego. Niezwłocznie od momentu stwierdzenia zastrzeżeń, określony zostanie zakres naruszenia oraz wnioski pokontrolne. Po spełnieniu powyższego Zamawiający uprawniony będzie do nałożenia kary umownej.”

Na potwierdzenie powyższego Zamawiający przedłożył załącznik nr 4 do SWZ opublikowany na platformie prowadzonego postępowania.

2. W zakresie zarzutu nr 2 Zamawiający oświadczył, że zgadza się ze stanowiskiem, iż wobec faktu, że pierwotny termin realizacji umowy o zamówienie publiczne zakładał realizację przez okres dwóch lat, Zamawiający winien był wprowadzić postanowienia dotyczące zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów powiązanych z realizacją zamówienia. W związku z powyższym Zamawiający zmienił zapisy SWZ w taki sposób, że termin realizacji określił na okres jednego roku: od dnia 15 kwietnia 2022 r. do dnia 14 kwietnia 2023 r.

Zamawiający wskazał, że powyższa zmiana prowadzi do bezprzedmiotowości podniesionego zarzutu z uwagi na fakt, że art. 439 ustawy Pzp nie stosuje się do umów, których termin realizacji jest krótszy niż 12 miesięcy.

Na potwierdzenie powyższego Zamawiający przedłożył nowy załącznik nr 4 do SWZ opublikowany na platformie postępowania.

Izba uznała, że Zamawiający uwzględnił zarzut oznaczony numerem II.1 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 436 pkt 4 ustawy Pzp, art. 431 ustawy Pzp, art. 99 ustawy Pzp, art. 16 ustawy Pzp oraz art., 17 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) Kodeksu cywilnego. Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że w przedmiotowym zakresie zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania odwoławczego i, zgodnie z przepisem art. 522 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, umorzyła postępowanie odwoławcze.

W odniesieniu do zarzutu oznaczonego numerem II.2 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 439 ustawy Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ustawy Pzp Izba uznała, że Zamawiający dokonał modyfikacji kwestionowanej treści SWZ w taki sposób, że obecnie nie istnieje już substrat orzekania stanowiący podstawę odwołania, a zatem wypełniła się przesłanka umożliwiająca umorzenie postępowania odwoławczego, o której mowa w art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią ww. przepisu, Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

W ocenie Izby działanie Zamawiającego polegające na zmianie terminu realizacji zamówienia powoduje, że zarzut Odwołującego wskazany w punkcie II.2 odwołania stał się bezprzedmiotowy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczególnych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....