

Sygn. akt: KIO 2650/22

POSTANOWIENIE
z dnia 20 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik – Zawalska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 20 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 7 października 2022 r. przez wykonawcę:

Impel S.A. (ul. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław)

ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Uniwersytet Warszawski (ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa)

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego kwotę 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90 % należnego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust.1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710) 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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Uniwersytet Warszawski (ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa) (dalej: „Zamawiający”) pn. „Sprzątanie pomieszczeń w budynku przy ul Dobrej 55 w Warszawie o powierzchni 30 629,97 m² oraz wykonanie prac uzupełniających” (numer ogłoszenia: 2022/S 187-529573 z dnia 28 września 2022r., numer referencyjny: DZP-361/105/2022) (dalej: „Postępowanie”) w dniu 7 października 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wniesione zostało odwołanie przez wykonawcę, którym jest Impel S.A. (ul. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław) (dalej: „Odwołujący” lub „Wykonawca”).

Wykonawca wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710) (dalej: „Ustawa” lub „Pzp”) treści postanowień specyfikacji warunków zamówienia – Rozdziału III – wzór umowy - skutkujących naruszeniem przepisów Ustawy:

1. art. 433 pkt. 4 Ustawy poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego do projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowień abuzywnych, dotyczących możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego jednostronnie i bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron - postanowienie § 17 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy zgodnie z którym: „Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmiany Umowy w przypadkach określonych w Umowie, a także w razie: 1) zmniejszenia zakresu usług Zamawiający może dokonać zmniejszenia zakresu usług sprzątania o usługi określone w załączniku nr 2 do Umowy -ust. 5 - Prace uzupełniające oraz powierzchni do sprzątania określonej w § 1 ust. 1 Umowy. Wartość zmniejszonego zakresu zamówienia wyliczona będzie podstawie kosztu sprzątania 1 m odniesionego do 1 miesiąca lub prac uzupełniających.” gdzie postulował zastąpienie ww postanowienia następującym lub równoważnym: „Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmiany Umowy w przypadkach określonych w Umowie, a także w razie:
1) zmniejszenia zakresu usług. Strony mogą wspólnie w formie pisemnego aneksu dokonać zmniejszenia zakresu usług sprzątania o usługi określone w załączniku nr 2 do Umowy- ust 5 - Prace uzupełniające oraz powierzchni do sprzątania określonej w § 1 ust. 1 Umowy. Ograniczenie zakresu zamówienia, o którym mowa w zdaniu pierwszym, nie może skutkować zmniejszeniem łącznej wartości brutto usług, stanowiących przedmiot umowy, do wartości niższej niż 90% kwoty, o której mowa w § 2 ust. 1”
2. art. 436 pkt 3 Ustawy w związku z art. 353/1 kc, art. 484 § 2 kc i art. 483 kc w związku z art. 8 ust. 1 poprzez wadliwe określenie przez Zamawiającego łącznej

wysokości kar umownych na poziomie wynagrodzenia umownego brutto – postanowienie § 13 ust. 6) wzoru umowy, zgodnie z którym: „łączna maksymalna wysokość kar umownych, których mogą dochodzić Strony nie może być wyższa niż kwota brutto podana w § 2 ust. 1 Umowy”, gdzie postulował zastąpienie ww postanowienia następującym lub równoważnym: równoważnym: „łączna maksymalna wysokość kar umownych, których mogą dochodzić Strony nie może być wyższa niż 10% kwoty brutto podanej w § 2 ust. 1 Umowy”.

3. art. 439 ust. 1 i 2 Ustawy poprzez wadliwe określenie przez Zamawiającego w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego zasad waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów uprawniającej do jednostronnej zmiany Zamawiającego, oparcia się o roczny wskaźnik inflacji zamiast kwartalnego, stosowanie 12 miesięcznego okresu waloryzacji, zbyt niskiego proggu ograniczającego zmianę w wyniku waloryzacji – postanowienie § 3 ust. 13) wzoru umowy, zgodnie z którym w przypadku waloryzacji dotyczącej zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia będzie obowiązywać następująca procedura: „13. W przypadku zmiany, o której mowa w ust. 1 pkt 5: 1. Strony uprawnione będą do żądania zmiany wynagrodzenia w przypadku wzrostu wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego o co najmniej 4,0% w porównaniu z analogicznym miesiącem poprzedniego roku z miesiącem, w którym otwarto oferty w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, w wyniku którego podpisano Umowę; 2. wysokość Wynagrodzenia należnego Wykonawcy ulegnie waloryzacji o wartość zmiany wskaźnika cen towarów i usług ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego; 3. waloryzacja wynagrodzenia następuje po raz pierwszy w kolejnym roku kalendarzowym licząc od końca roku kalendarzowego, w którym przypada data rozpoczęcia wykonywania Umowy, w taki sposób, że początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień, który swoją nazwą odpowiada dniowi rozpoczęcia wykonywania Umowy, w którym waloryzacja następuje po raz pierwszy. Waloryzacja będzie wyliczona jako iloczyn ceny pozostałej do zapłaty i wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w porównaniu z analogicznym miesiącem poprzedniego roku z miesiącem, w którym otwarto oferty w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, w wyniku którego podpisano Umowę; 4. w przypadku likwidacji wskaźnika, o którym mowa w pkt. 1 lub zmiany organu, który urzędowo go ustala, mechanizm, o którym mowa w pkt. 1 stosuje się odpowiednio do wskaźnika i organu, który zgodnie z odpowiednimi przepisami prawa zastąpi wskaźnik lub organ, o których

mowa w pkt. 1; 5. Wykonawca będzie uprawniony do waloryzacji wynagrodzenia wyłącznie w sytuacji wykazania Zamawiającemu, że wzrost wskaźnika, o którym mowa w pkt. 1 ma wpływ na cenę materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia będących podstawą opracowania przez Wykonawcę oferty; 6. Wykonawca jest obowiązany powiadomić Zamawiającego o podstawie do dokonania waloryzacji w terminie 14 dni od daty zaistnienia przesłanek, nie później niż miesiąc przed terminem, o którym mowa w § 10 ust. 1 Umowy. W tym terminie, Wykonawca ma obowiązek wykazać okoliczności potwierdzające zmianę i przedłożyć kalkulację nowej wysokości wynagrodzenia; 7. wynagrodzenie będzie podlegało waloryzacji maksymalnie do 2,0% wynagrodzenia, brutto określonego w § 2 ust. 1 Umowy i nie częściej niż co jeden rok; 8. postanowień ust. 1 pkt 5 i ust. 13 Umowy w zakresie waloryzacji nie stosuje się od chwili osiągnięcia limitu, o którym mowa w pkt. 7; 9. przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie; 10. Wykonawcą którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z ust. 1 pkt 5 oraz ust 13 pkt 1 - 8 zobowiązany jest do proporcjonalnej zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, niewywiązanie się z obowiązku, o którym mowa w pkt. 10 będzie skutkowało naliczeniem kary umownej, o której mowa w § 13 ust. 2 pkt 16 Umowy. " gdzie postulował zastąpienie ww postanowienia następującym lub równoważnym: „Strony zobowiązują się dokonać zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy każdorazowo w przypadku zmiany cen materiałów i kosztów, związanych z realizacją przedmiotu umowy (dalej także jako „indeksacja wynagrodzenia”), na następujących zasadach: a) zmiany dokonywane będą w oparciu o kwartalne wskaźniki wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych, ogłaszane w komunikatach Prezesa GUS. b) zmiany mogą zostać wprowadzone na wniosek Strony nie wcześniej niż po upływie 3 miesięcy od dnia zawarcia Umowy - przy czym zmiana jest dopuszczalna: w przypadku pierwszej indeksacji - jeśli wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych, o którym mowa w ppkt. a) za kwartał, poprzedzający kwartał złożenia wniosku o indeksację wynagrodzenia, wzrośnie lub spadnie o min. 1% w stosunku do wskaźnika z kwartału, w którym przypadał termin składania ofert; w przypadku każdej kolejnej indeksacji - jeśli wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych, o którym mowa w ppkt. a) za kwartał poprzedzający kwartał złożenia wniosku o indeksację wynagrodzenia, wzrośnie lub spadnie o min. 1% w stosunku do wskaźnika z kwartału, w którym nastąpiła ostatnia indeksacja; c) Strony mogą

występować z wnioskami o indeksację wynagrodzenia nie częściej, niż jeden raz na 3 miesiące; d) Suma zmian wynagrodzenia Wykonawcy w wyniku indeksacji, wprowadzonych w trakcie obowiązywania Umowy, nie może przekroczyć 15 % ceny kontraktowej netto określonej w dniu zawarcia umowy. e) Zmiany umowy wymagają zachowania formy pisemnego aneksu pod rygorem nieważności. "

Zamawiający pismem z dnia 17 października 2022 r. poinformował o dokonaniu zmian w SWZ.

Wykonawca pismem z dnia 18 października 2022 r. cofnął odwołanie.

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 o wycofaniu złożonego odwołania Izba uznała, że zostało ono skutecznie wycofane przed otwarciem rozprawy zgodnie z art. 520 Ustawy przewidującym, że: „1. Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. 2. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa .” i zgodnie z art. 522 ust. 3 Ustawy.

Wobec powyższego Izba uznała, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania 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. 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), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych 90 % kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji

Przewodniczący: