

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 30 grudnia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Ernest Klauziński**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 30 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2019 r. przez wykonawcę Luxury Medical Care Sp. z o.o. Sp. K z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza – Radeckiego z siedzibą we Wrocławiu,

**postanawia:**

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Luxury Medical Care Sp. z o.o. Sp. K z siedzibą w Warszawie kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza – Radeckiego z siedzibą we Wrocławiu (dalej: Zamawiający), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, dalej Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług transportu sanitarnego w zakresie transportu sanitarnego rozumianego jako przewóz pacjentów (transport na dializoterapię, konsultacje i badania diagnostyczne, przekazanie pacjenta do innego podmiotu leczniczego, transport do domu) i innych wynikających z działalności Zamawiającego przez całą dobę (24 h)/7 dni w tygodniu/ przez okres 12 miesięcy”, numer postępowania: USK/DZP/PN-376/2019.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 237-581652 w dniu 9 grudnia 2019 r.

W dniu 19 grudnia 2019 r. wykonawca Luxury Medical Care Sp. z o.o. Sp. K z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący DMK) złożył odwołanie wobec treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Dalej SIWZ) zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego (Dalej Kc) oraz art. 484 § 2, art. 5 Kc w zw. z art. 7 ust. 1, art. 14 oraz art. 139 Pzp przez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy, polegające na nałożeniu w SIWZ rażąco wygórowanych i nieadekwatnych kar umownych na wykonawcę;
2. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 5 Kc w zw. z art. 14 Pzp oraz art. 139 Pzp poprzez opisanie kar umownych w sposób niejednoznaczny i nieo określony.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. przeprowadzenie zmian w dokumentacji postępowania, które spowodują usunięcie wszystkich naruszeń wskazanych w treści odwołania, w tym w szczególności nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ oraz Ogłoszenia wraz z załącznikami przez modyfikację kar umownych i wprowadzenie adekwatnych wysokości za konkretne, opisane w umowie naruszenia zgodnie z uzasadnieniem odwołania;
3. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m. in.:

Zamawiający we wzorze umowy, stanowiącym Załącznik nr 4 do SIWZ (identyczny dla każdego pakietu) opisał w § 16 umowy kary umowne. W § 16 ust. 1 umowy Zamawiający wskazał, iż wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za nieuzasadnione niedotrzymanie warunków umowy, co do terminów realizacji świadczeń w następującej wysokości: 20% wartości poszczególnej usługi transportowej brutto za każde rozpoczęte 20 minut spóźnienia realizacji zleceń określonych w § 2 umowy.

Odwołujący podniósł, że wysokość kar umownych określonych przez Zamawiającego jest rażąco wygórowana i niedostosowana do rzeczywistej szkody, jaką potencjalnie mógłby ponieść Zamawiający w wyniku niewłaściwej realizacji zamówienia. W ocenie Odwołującego wysokość kary umownej za każde 20-minutowe opóźnienie w realizacji poszczególnego transportu ustalonej w wysokości 20% wartości poszczególnego transportu jest rażąco wygórowana przede wszystkim z uwagi na fakt, iż w sytuacji opóźnienia wynoszącego jedną godzinę (np. w przypadku niezależnej od wykonawcy sytuacji na drodze) doprowadzi do sytuacji, w której Zamawiający może obciążyć wykonawcę karą umowną o równowartości usługi już przy godzinnym opóźnieniu, natomiast w przypadku dłuższego opóźnienia, wykonawca nie tylko nie otrzymałby swojego wynagrodzenia za wykonany przejazd, ale dodatkowo w przypadku przedłużającego się opóźnienia musiałby jeszcze zapłacić karę umowną w wysokości nawet kilkakrotnie przewyższającej wartość przejazdu. Dodatkowo biorąc pod uwagę ilość transportów, które realizowane będą w ramach przedmiotowego Zamówienia oraz fakt, iż siedziba Zamawiającego znajduje się we Wrocławiu — piątym pod względem powierzchni mieście w Polsce, uznać należy, iż istnieje wysokie prawdopodobieństwo wystąpienia w 12-miesięcznym okresie obowiązywania umowy losowych i nieplanowanych opóźnień w transportach.

W ocenie Odwołującego kara umowna w tym postanowieniu winna być określona w następujący sposób: „Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za nieuzasadnione niedotrzymanie warunków umowy, co do terminów realizacji świadczeń, w tym czas, który upłynął od zleconej przez Zamawiającego godziny odbioru pacjenta do momentu fizycznego odebrania pacjenta przez Wykonawcę z miejsca wskazanego w zleceniu. Za opóźnienie w realizacji zleceń określonych w § 2 naliczana będzie za każde 20 minut opóźnienia w wysokości 20% wartości transportu i nie przekroczy wartości danej usługi”.

Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie, nie stawiał się również na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej 30 grudnia 2019 r.

Zamawiający 27 grudnia 2019 r. opublikował na swojej platformie zakupowej informację o zmianie Załącznika nr 4 do SIWZ, tj. wzoru umowy. Wprowadzona zmiana dotyczyła § 16 wzoru umowy i polegała na nadaniu § 16 ust. 1 wzoru umowy następującej treści:

„Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za nieuzasadnione niedotrzymanie warunków umowy, co do terminów realizacji świadczeń, w tym czas, który upłynął od zleconej przez Zamawiającego godziny odbioru pacjenta do momentu fizycznego odebrania pacjenta przez Wykonawcę z miejsca wskazanego w zleceniu. Za opóźnienie w realizacji zleceń określonych w § 2 naliczana będzie za każde 20 minut opóźnienia w wysokości 20 % wartości transportu i nie przekroczy wartości danej usługi”. Tym samym Zamawiający w pełni zrealizował żądanie odwołania.

W ocenie Izby zachowanie Zamawiającego świadczy o dokonaniu przez niego czynności, które de facto stanowiły uwzględnienie zarzutów odwołania w całości. Zamawiający nie skorzystał przy tym z prawa do zajęcia stanowiska wobec zarzutów odwołania, nie polemizował z twierdzeniami Odwołującego wyrażonymi w treści odwołania.

Art. 186 ust. 2 Pzp stanowi, że „W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie 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. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu”. W ocenie Izby zachowanie Zamawiającego w zakresie zarzutów odwołania daje podstawy do uznania, że Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości. Tym samym art. 186 ust. 2 Pzp ma zastosowanie.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

W tym stanie rzeczy Izba umorzyła postępowanie odwoławcze, o czym orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie Pzp. O kosztach orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty wniesionego odwołania przed rozpoczęciem posiedzenia Izby, a do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca. Zachodziły zatem podstawy do orzeczenia zwrotu odwołującemu kwoty uiszczonego wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1a Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972), który stanowi, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości przed otwarciem rozprawy – Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z art. 187 ust. 8 zdanie drugie Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a i b rozporządzenia o kosztach.

**Przewodniczący:** .....