

POSTANOWIENIE
z dnia 29 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 29 czerwca 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2020 r. przez odwołującego: Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. z Torunia (ul. Dąbrowskiego 8/24 87-100 Toruń) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Biezuń, (ul. Warszawska 2, 09-320 Biezuń),

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze;
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. z Torunia (ul. Dąbrowskiego 8/24 87-100 Toruń) kwoty 6.750 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącej 90 % kwoty uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Płocku.

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez zamawiającego: Gmina Biezuń w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Dowóz uczniów do szkół położonych na terenie gminy Biezuń na zasadzie zakupu biletów miesięcznych w roku szkolnym 2020/2021”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w BZP w dniu 16.06.2020 r. Numer: 551040-N-2020.

Wnoszący odwołanie wykonawca: Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. z Torunia (Odwołujący) podniósł zarzuty wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazując:

- 1) Ustalenie, że za wykonanie przedmiotu zamówienia, Zamawiający płacić będzie Wykonawcy wynagrodzenie miesięczne w wysokości iloczynu ceny biletu miesięcznego i liczby uczniów przy równoczesnym zastrzeżeniu w pkt 3.1 SIWZ że liczba uczniów może ulec zmianie oraz § 4 ust. 7 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 9 do SIWZ, że obniżenie liczby uczniów objętych dowozieniem nie będzie skutkować roszczeniem Wykonawcy o rekompensatę tj. zmianę cen za bilety miesięczne i wskazaniu, że zmiana ilości zamawianych biletów nie stanowi zmiany umowy, co stanowi nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego, nakłada na potencjalnego wykonawcę zbyt duże ryzyko, utrudnia prawidłowe skalkulowanie oferty i dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym w sposób prawidłowy wykonać przedmiot zamówienia;
- 2) Brak ustalenia w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, terminu złożenia zamówienia na bilety miesięczne na kolejny miesiąc co utrudnia prawidłowe skalkulowanie oferty i dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym w sposób prawidłowy wykonać przedmiot zamówienia;
- 3) Zastrzeżenie w § 4 ust. 4 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 9 do SIWZ, że w przypadku wystąpienia sytuacji, w której wprowadzone zdalne nauczanie będzie obejmowało pełen miesiąc kalendarzowy usługa nie zostanie wykonana, Wykonawcy nie będzie przysługiwało roszczenie wynagrodzenia, co stanowi nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego, gdyż oczekuje on, że Wykonawca będzie w gotowości do realizacji usługi i utrzymywania zasobów koniecznych do jej wykonania (min. kierowcy, autobusy) ale nie zakłada zapłaty za tą gotowość, tym samym Zamawiający nakłada na potencjalnego wykonawcę zbyt duże ryzyko, utrudnia prawidłowe skalkulowanie oferty i dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym w sposób prawidłowy wykonać przedmiot zamówienia.

Zdaniem Odwołującego wskazane postanowienia naruszają:

1) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy PZP oraz art- 353 [1] w zw. z art- 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny oraz utrudniający uczciwą konkurencję, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego poprzez:

- a) uzależnienie wynagrodzenia Wykonawcy od liczby uczniów objętych dowożeniem przy równoczesnym zastrzeżeniu, że zmiana liczby uczniów nie będzie prowadzić do zmiany umowy i nie będzie skutkować roszczeniem Wykonawcy o rekompensatę tj.
- b) zmianę cen za bilety miesięczne (vide: § 4 ust. 7 Wzoru Umowy) i wskazaniu, że zmiana ilości zamawianych biletów nie stanowi zmiany umowy;
- c) brak ustalenia terminu złożenia zamówienia na bilety miesięczne na kolejny miesiąc;
- d) zastrzeżenie w § 4 ust. 4 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 9 do SIWZ, że w przypadku wystąpienia sytuacji, w której wprowadzone zdalne nauczanie będzie obejmowało pełen miesiąc kalendarzowy — usługa nie zostanie wykonana, Wykonawcy nie będzie przysługiwało roszczenie wynagrodzenia;

co uniemożliwia potencjalnym wykonawcom, prawidłową kalkulację ceny oferty oraz stanowi przejaw nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego poprzez przerzucenie całego ryzyka wykonania przedmiotowego zamówienia na potencjalnego wykonawcę;

Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie i nakazanie Zamawiającemu, zmianę SIWZ w sposób następujący:

- 1) § 4 ust. 1 Wzoru Umowy poprzez wprowadzenie mechanizmu zmiany ceny jednostkowej biletu, jeśli liczba dzieci podana w SIWZ w pkt 3.1 (118 uczniów) się zmieni, poprzez określenie, że cena jednostkowa biletu miesięcznego na dany miesiąc będzie ulegać zmianie w zależności od liczby dowożonych uczniów w danym miesiącu i liczona będzie następująco: (miesięczna wartość usługi wynikająca z oferty tj. zł + liczba uczniów w danym miesiącu); ewentualnie: wprowadzenie zapisu, że zwiększenie 0 5 % i zmniejszenie 0 5 % podanej w SIWZ w pkt 3.1 (1 1 8 uczniów) liczby przewożonych dzieci/zamawianych biletów może nastąpić bez konieczności zmiany ceny jednostkowej biletu;
- 2) § 1 Wzoru Umowy poprzez wprowadzenie postanowień o terminie złożenia zamówienia na bilety miesięczne na kolejny miesiąc o następującej treści „zamówienie będzie złożone w terminie najpóźniej do 25 dnia miesiąca poprzedzającego miesiąc, na który bilety mają być wystawione. Brak przedłożenia zamówienia w powyższym terminie jest równoznaczne z zamówieniem takiej liczby biletów na kolejny miesiąc, jaka wynika z ostatniego złożonego zamówienia;
- 3) § 4 ust. 5 Wzoru Umowy i nadanie mu następującego brzmienia „w przypadku wystąpienia sytuacji, w której w danym miesiącu kalendarzowym i na cały miesiąc kalendarzowy wprowadzone zostanie zdalne nauczanie lub w trakcie roku szkolnego (w okresie obowiązywania umowy) wystąpi zamknięcie placówek oświatowych z innych przyczyn, niż wprowadzenie nauczania zdalnego na cały miesiąc kalendarzowy, utrzymanie gotowości do świadczenia usług przez Wykonawcę w danym miesiącu kalendarzowym, będzie zrekomensowane w ten sposób, że cena jednostkowa biletu miesięcznego w okresie odpowiadającym liczbie miesięcy, w których usługa nie była realizowana będzie wyższa o 70% w stosunku do ceny jednostkowej wskazanej w ofercie. W przypadku, gdy z uwagi na upływ okresu obowiązywania umowy zastosowanie lub z innych przyczyn, postanowień zdania pierwszego nie będzie możliwe w całości lub w części, to w takim zakresie wykonawca otrzyma wynagrodzenia za czas gotowości do świadczenia usług w wysokości 140% miesięcznej wartości usługi wynikającej z oferty, za każdy miesiąc pozostawania w gotowości do świadczenia usługi. ”

Wniósł także, aby Zamawiający dokonaną zmianę SIWZ przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ, oraz zamieścił zmianę SIWZ także na stronie internetowej na której SIWZ jest udostępniana; Także wniósł o przedłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach zgodnie z art. 12a ust. 1 ustawy Pzp.

Odwolujący wskazał, że niewątpliwie jest Wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. Jednak w sytuacji, gdy treść ogłoszenia o zamówieniu i postanowienia SI WZ zostały sformułowane w sposób sprzeczny z ustawą, w szczególności gdy Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i wadliwie sformułował kryteria wyboru, Odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty, Kwestionowane w odwołaniu postanowienie ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach. Powyższe niezbicie dowodzi istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Ponadto wskazał, że w wyniku naruszenia przez

Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to prawidłowo sformułowałby treść ogłoszenia o zamówieniu i postanowienia SI WZ, w szczególności co do opisu przedmiotu zamówienia, faktycznie umożliwiając Odwołującemu złożenie oferty. Tym samym oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Poprzez wskazane powyżej czynności Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia. Zamawiający doprowadził bowiem do sytuacji, w której Odwołujący nie jest w stanie złożyć prawidłowej oferty, spełniającej wszystkie wymagania SIWZ. W rezultacie Odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia i osiągnąć zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (*lucrum cessans*).

Do postępowania odwoławczego na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp nie zgłosił przystąpienia żaden z wykonawców.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 22 czerwca 2020 r.) wniósł o odrzucenie odwołania w całości. W uzasadnieniu stanowiska wskazał na następujące okoliczności:

„Wartość zamówienia w postępowaniu pn. „Dowóz uczniów do szkół położonych na terenie gminy Biezuń na zasadzie zakupu biletów miesięcznych w roku szkolnym 2020/2021”, którego dotyczy wniesione odwołanie stanowi kwotę 107 947,88 zł netto, co stanowi równowartość kwoty 25 284,68 euro. Zamawiający ustalił wartość zamówienia w dniu 15 czerwca 2020 r. biorąc pod uwagę 91,80 zł brutto - cena biletu miesięcznego w roku szkolnym 2019/2020, prognozowany koszt usługi w nadchodzącym roku szkolnym na podstawie cen biletów w poprzednim roku (91,80 x 118 liczba uczniów x 10 miesięcy 108 324,00 x 2,5 % (prognozowany średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych za rok 2020) 111 032,10 zł brutto + 5% wzrost kosztów utrzymania pracowników 116 583,71 zł brutto / 107 947,88 zł netto. Tak więc wartość zamówienia została ustalona poniżej 30.000 euro, co oznacza, że do niniejszego postępowania nie mają zastosowania przepisy ustawy Pzp. Jednocześnie Zamawiający nie prowadzi ani też nie planuje prowadzić postępowań na inne zamówienia, których wartość podlegałaby zsumowaniu z zamówieniem obecnie udzielanym. Stąd w ocenie Zamawiającego odwołanie winno zostać odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy. Zgodnie bowiem z art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, ustawy nie stosuje się do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości 30.000 euro. Wprawdzie postępowanie w niniejszej sprawie Zamawiający oparł o przepisy Prawa zamówień publicznych jednak w orzecznictwie KIO dominuje pogląd, że bez znaczenia dla uprawnień wykonawców co do możliwości składania środków odwoławczych jest fakt, że Zamawiający - nie będąc do tego zobligowanym treścią ustawy PZP - stosuje do prowadzonego postępowania określony tryb i zasady obowiązujące w ustawie Pzp. Uprawnień tych nie zmienia błędne pouczenie wykonawców w tym zakresie, jakie zamieszczono w SIWZ. W świetle orzecznictwa KIO zamieszczenie ogłoszenia w BZP oraz błędne pouczenie o środkach ochrony prawnej nie wpływa na rzeczywistą wartość tego zamówienia oraz nie rodzi uprawnień do wnoszenia środków ochrony prawnej przewidzianych dla postępowań w których stosowanie przepisów ustawy Pzp jest obligatoryjne. W konsekwencji nie uchyla także obowiązku odrzucenia odwołania przez KIO”. Wskazał także, że „czując się w obowiązku wyprowadzenia Odwołującego z błędnego przekonania, że w sprawie mają zastosowanie przepisy Pzp (pomimo, że nie mają), oraz że w postępowaniu wykonawcy mają prawo korzystania ze środków ochrony prawnej (pomimo, że takiego prawa nie posiadają) przekazał Odwołującemu w dniu 24 czerwca 2020 r. informację o wartości szacunkowej zamówienia wraz dokumentacją potwierdzającą tą wartość, aby Odwołujący ocenił czy nie jest zasadne wycofanie odwołania z uwagi na ryzyko poniesienia kosztów postępowania. Tym samym Zamawiający dołożył wszelkich starań, aby nie tylko siebie, ale również i Odwołującego uchronić od odpowiedzialności za wynik postępowania”. W załączeniu przedstawił protokół postępowania wraz z wnioskiem o wszczęcie postępowania ujawniające wartość zamówienia.

Odwołujący w piśmie z dnia 26 czerwca 2020 r. oświadczył, że na podstawie art. 187 ust.8 ustawy Pzp cofa odwołanie wniesione pismem z dnia 22 czerwca 2020 r. wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wniósł ponadto o zwrot na rachunek Odwołującego 100 % środków wniesionych tytułem wpisu od odwołania oraz obciążenie Zamawiającego i zwrot kosztów jakie poniósł Odwołujący tytułem wynagrodzenia pełnomocników o których mowa w 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania w kwocie 3600 złotych. W uzasadnieniu podał, że (...) Zamawiający w dniu 24 czerwca 2020 r. poinformował Odwołującego (pismo w załączeniu), że wartość ww. zamówienia jest poniżej 30 000 EUR. Z SIWZ wynika, że przetarg dotyczy zamówienia o wartości zamówienia poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 ustawy PZP (czyli poniżej progów unijnych, a nie poniżej kwoty 30.000 euro, w których nie stosuje się przepisów ustawy PZP. Zamawiający nie wspominał w dokumentacji przetargowej, że postępowanie na podstawie art. 4 pkt 8 ustawy PZP nie podlega przepisom prawa zamówień publicznych. W Ogłoszeniu o zamówieniu wskazano, że ogłoszenie jest obowiązkowe. Zamawiający w pkt 25 SIWZ wskazuje, pouczył, że wykonawcy przysługują środki odwoławcze

przysługujące w Dziale VI PZP. Wobec powyższego należy stwierdzić, że Odwołujący został wprowadzony przez Zamawiającego błąd. Dla zamówień nieprzekraczających wartości wskazanej (bez podatku VAT) w art. 4 pkt 8 ustawy PZP, ustawodawca zrezygnował z obowiązku stosowania ww. ustawy przez zamawiających. Tym samym nie mają zastosowania przepisy ustawy PZP również w zakresie środków ochrony prawnej (dział VI ustawy). To oznacza, że odwołanie podlegało by odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP.” Wskazał ponadto, że „Do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego. W myśl art. 103 § 1 ustawy Kodeks postępowania cywilnego, niezależnie od wyniku sprawy sąd może włożyć na stronę lub interwenienta obowiązek zwrotu kosztów, wywołanych ich niesumieinnym lub oczywiście niewłaściwym postępowaniem. Nie ulega wątpliwości, że gdyby Zamawiający prawidłowo sporządził SIWZ i wskazał, że nie mają do przedmiotowego postępowania zastosowania przepisy ustawy PZP, Odwołujący nie zdecydowałby się na wniesienie odwołania i nie poniósł by z tego tytułu kosztów.

Izba stwierdza co następuje:

Postępowanie odwoławcze w tej sprawie z uwagi na złożone przez wykonawcę oświadczenie o cofnięciu odwołania podlega umorzeniu na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy Pzp. W myśl wskazanego art. 187 ust. 8: „*Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze.*” W tej sprawie oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało złożone przed rozstrzygnięciem wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania i tym samym w pierwszej kolejności Izba rozstrzygała w przedmiocie złożonego przez Odwołującego przedmiotowego oświadczenia. KIO jest związana oświadczeniem odwołującego o cofnięciu odwołania. Odwołujący pozostaje bowiem dysponentem odwołania i jak wynika z przepisu w każdym momencie, (ale oczywiście przed wydaniem jednego z możliwych orzeczeń) aż do zamknięcia rozprawy, może je wycofać.

Izba ponadto, zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy Pzp oraz na podstawie § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), orzekła wyłącznie o zwrocie na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczanego w wysokości 7.500 zł.

W myśl wskazanego art. 187 ust. 8 zdanie drugie: „Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu”. Także wskazany § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a) pozwala na zwrot wpisu w wysokości 90 % stanowiąc, że „1. W przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli: (...) 3) odwołujący cofnął odwołanie, Izba: a) orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu, jeżeli odwołanie zostało cofnięte przed otwarciem rozprawy (...). Na marginesie Izba zauważa, że przepisy wskazanego rozporządzenia nawet w sytuacji gdy zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, jest uzasadnione wymagają złożenia rachunku. W myśl jego § 3 pkt 2 uzasadnione koszty mogą być orzekane w wysokości określonej w rachunkach przedłożonych do akt sprawy, a nie według norm przepisanych jak wnioskował wykonawca.

Uwzględniając powyższe postanowiono, jak w sentencji.