Sygn. akt: KIO 481/21

WYROK
z dnia 31 marca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Małgorzata Matecka
Członkowie: Marek Koleśnikow
Aneta Mlącka
Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 marca 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2021 roku przez odwołującego - wykonawcę: Kapsch Telematic Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - Minister Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej

orzeka:

1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych oraz art. 38 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zarzut nr 3 i 4).

2. Zarzut naruszenia art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 oraz art. 29 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 192 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zarzut nr 1) uznaje za uzasadniony i nakazuje zamawiającemu odpowiednie odniesienie wysokości kar umownych (kwotowe lub procentowe) do poziomu wynagrodzenia odpowiednio dla części podstawowej i prawa opcji.

3.Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:

3.1)zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2)zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.) na niniejszy wyrok - 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 481/21

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający: Skarb Państwa - Minister Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na zaprojektowanie, dostosowanie, budowę i utrzymanie punktów kontroli oraz dostawę i utrzymanie przenośnych punktów kontrolnych dla systemu kontroli w systemie poboru opłaty elektronicznej Krajowej Administracji Skarbowej (SPOE KAS).Wartość ww. zamówienia przekracza kwotę, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 1086), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 20 listopada 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 227-558199. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 oraz z 2020 r. poz. 1086), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy Pzp.

I. W dniu 15 lutego 2021 r. wykonawca Kapsch Telematic Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na: niewykonaniu przez zamawiającego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, względnie (alternatywnie) określeniu we wprowadzonych przez siebie zmianach, w sposób niezgodny z prawem wskazanych poniżej treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”), w tym Istotnych Postanowień Umowy („IPU” stanowiących część SIWZ obowiązującej w toku prowadzonego przez zamawiającego postępowania, udzieleniu odpowiedzi na pytania wykonawców w sposób powodujący, że opis przedmiotu zamówienia jest wewnętrznie sprzeczny, a tym samym wycena i złożenie oferty przez wykonawców jest istotnie utrudnione lub niemożliwe oraz nieudzieleniu merytorycznej odpowiedzi na pytania wykonawców, przez co opis przedmiotu zamówienia jest niepełny, a wycena i złożenie oferty przez wykonawców jest istotnie utrudnione lub niemożliwe.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1.naruszenie art. 192 ust. 2 i 3 ustawy Pzp przez niewykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 grudnia 2020 r. sygn. akt KIO 3146/20, w związku z czym SIWZ dla postępowania nadal narusza art. 5 k.c. i art. 353(1) k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp i art. 139 ustawy Pzp oraz art. 29 ustawy Pzp z powodów wskazanych przez odwołującego w odwołaniu rozpoznawanym pod sygn. akt KIO 3146/20 [zarzut nr 1];

2.alternatywnie, na wypadek nieuznania zarzutu oznaczonego numerem 1 lub uznania go jedynie w części, naruszenie art. 5 k.c. i art. 353(1) k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp i art. 139 ustawy Pzp oraz art. 29 ustawy Pzp przez ukształtowanie IPU w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i naturą stosunku umownego, który w wyniku udzielenia zamówienia miałby zostać nawiązany, w związku z ukształtowaniem IPU w sposób, który przewiduje rażąco niewspółmierną wysokość kar umownych do wartości przedmiotu zamówienia,

w szczególności przez:

- określenie rażąco wysokiej i nieproporcjonalnej w stosunku do wynagrodzenia wykonawcy i potencjalnej szkody zamawiającego kary umownej wskazanej w § 24 ust. 10 IPU i określenie nieprecyzyjnego katalogu zdarzeń, za które kara ta może być nałożona,
- określenie rażąco wysokiej i nieproporcjonalnej w stosunku do wynagrodzenia wykonawcy i szkody zamawiającego kary umownej wskazanej w § 24 ust. 11 pkt 4 IPU,
- określenie rażąco wysokiej i nieproporcjonalnej w stosunku do wynagrodzenia wykonawcy i potencjalnej szkody zamawiającego kary umownej wskazanej w § 24 ust. 11 pkt 5 IPU,
- określenie rażąco wysokiej i nieproporcjonalnej w stosunku do wynagrodzenia wykonawcy i potencjalnej szkody zamawiającego kary umownej wskazanej w § 24 ust. 11 pkt 6a i 7a IPU,
- określenie rażąco wysokiej i nieproporcjonalnej w stosunku do wynagrodzenia wykonawcy i potencjalnej szkody zamawiającego kary umownej wskazanej w § 24 ust 11 pkt 8 IPU,
- określenie rażąco wysokiej i nieproporcjonalnej w stosunku do wynagrodzenia wykonawcy i potencjalnej szkody zamawiającego kary umownej wskazanej w § 24 ust. 11 pkt 10 i pkt 11 IPU,
- określenie rażąco wysokiej i nieproporcjonalnej w stosunku do wynagrodzenia wykonawcy i potencjalnej szkody zamawiającego kary umownej wskazanej w § 24 ust. 16 IPU,
- określenie rażąco wysokiej i nieproporcjonalnej w stosunku do wynagrodzenia wykonawcy i potencjalnej szkody zamawiającego kary umownej wskazanej w § 24 ust.19 IPU [zarzut nr 2];

3. naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz niejasne sformułowanie obowiązków wykonawcy, jakie zobligowany będzie wykonać w ramach zamówienia, co znacznie utrudnia lub uniemożliwia odwołującemu dokonanie rzetelnej wyceny przedmiotu oferty i złożenia porównywalnej oferty, przez udzielenie odpowiedzi na pytanie wykonawców numer 79 w sposób sprzeczny ze zmodyfikowanym pkt 5.6 i 5.7 Opisu Przedmiotu Zamówienia („OPZ") oraz treścią zmodyfikowanego Załącznika nr 5 do OPZ [zarzut nr 3];
4. naruszenie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieudzielenie merytorycznej odpowiedzi na pytania, a przez to naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp przez spowodowanie w następstwie, że opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz niejasne jest sformułowanie obowiązków wykonawcy, jakie zobligowany będzie wykonać w ramach zamówienia, co znacznie utrudnia lub uniemożliwia odwołującemu dokonanie rzetelnej wyceny przedmiotu oferty i złożenie porównywalnej oferty, w szczególności przez nieudzielenie lub udzielenie niewyczerpującej i sprzecznej z postanowieniami SIWZ odpowiedzi na pytania wykonawców oznaczone numerami: 221, 225, 294, 298, 324, 325, 333, 474, 79, 107, 147, 151, 216, 83, 250, 267, 307, 331, 426, 434, 227, 334, 411, 186 [zarzut nr 4].

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. zobowiązanie zamawiającego do wykonania orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 grudnia 2020 r. sygn. akt KIO 3146/20 przez zmianę wysokości kar umownych zgodnie z tym wyrokiem, to jest obniżenie kar przewidzianych w IPU do wysokości proporcjonalnej względem wartości wynagrodzenia i możliwej szkody zamawiającego, zaś w przypadku nieuwzględnienia zarzutu oznaczonego numerem 1 lub w zakresie, w jakim nie zostałby on uwzględniony, nakazanie zamawiającemu dokonanie zmian wskazanych w punktach 2-9 poniżej, tj.:
2. w § 24 ust. 10 IPU zmniejszenie kary oraz odniesienie jej procentowo do wynagrodzenia dotyczącego opcji podstawowej w wysokości 0,01% lub też zmniejszenie kary do 2 000 PLN lub usuniecie § 24 ust. 10 IPU, jeśli nie jest możliwe sprecyzowanie sytuacji, w przypadku których kara jest naliczana;
3. usunięcie § 24 ust. 11 pkt 4 IPU lub zmniejszenie kary do 2 000,00 zł;
4. w § 24 ust. 11 pkt 5 IPU zmniejszenie kary oraz odniesienie jej procentowo do wynagrodzenia dotyczącego opcji podstawowej w wysokości 0,01% lub też zmniejszenie kary do 2000 PLN;
5. w § 24.11.6 a oraz 7 a IPU zmniejszenie kary oraz odniesienie jej procentowo do wynagrodzenia dotyczącego opcji podstawowej w wysokości 0,01% lub też zmniejszenie kary do 2000 PLN;
6. w § 24 ust. 11 pkt 8 IPU zmniejszenie kary do kwoty 200 000,00 zł;
7. w § 24 ust. 11 pkt 10 i 11 IPU zmniejszenie kary oraz odniesienie jej procentowo do wynagrodzenia dotyczącego opcji podstawowej w wysokości 0,05% lub też zmniejszenie kary do 20 000 PLN oraz określenie katalogu co jest rozumiane jako nienależyte wykonanie;
8. w § 24 ust. 16 IPU zmniejszenie kary do kwoty 1 000,00 zł;
9. w § 24 ust. 19 IPU zmniejszenie kary do kwoty 100 000,00 zł;
10. nakazanie zamawiającemu jednoznacznego potwierdzenia w jakim momencie następuje osiągnięcie Kamieni Milowych 1 i 3 (to jest z chwilą przedłożenia zamawiającemu projektów, a nie ich akceptacji przez zamawiającego);
11. nakazanie zamawiającemu udzielenie odpowiedzi na pytania nr: 221, 225, 294, 298, 324, 325, 333, 474, 79, 107, 147, 151, 216, 83, 250, 267, 307, 331, 426, 434, 227, 334, 411, 186 w sposób, który umożliwi usunięcie zaistniałych wątpliwości wskazywanych w kierowanych do zamawiającego pytaniach, a w konsekwencji skalkulowanie i złożenie oferty wykonawcom.

Dodatkowe stanowisko w sprawie odwołujący przedstawił w piśmie z dnia 15 marca 2021 r. Odwołujący złożył oświadczenie o częściowym wycofaniu zarzutu nr 4, tj. w zakresie odpowiedzi udzielonych przez zamawiającego na pytania nr 221, 225, 294, 298, 324, 325, 333, 474, 151, 216, 208, 250, 307, 331, 186, 334.

Na posiedzeniu przed Izbą w dniu 29 marca 2021 r. odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu w całości zarzutów nr 3 i 4, tj. zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp (zarzut nr 3) oraz zarzutu naruszenia art. 38 ust. 1 Pzp i w konsekwencji art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp (zarzut nr 4). Ponadto odwołujący potwierdził, że w pierwszej kolejności wnosi o rozpoznanie przez Izbę zarzutu wskazanego w pkt 1 dotyczącego niewykonania wyroku Izby z dnia 21 grudnia 2020 r. sygn. akt KIO 3146/20 i w związku z tym żąda nakazania zamawiającemu wykonania tego wyroku w zakresie określonym w pkt 2 lit. m, w części dotyczącej odpowiedniego odniesienia wysokości kar (kwotowego lub procentowego) do poziomu wynagrodzenia odpowiednio dla części podstawowej i prawa opcji. Natomiast w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu wskazanego w pkt 1 wnosi o rozpoznanie alternatywnego zarzutu wskazanego w pkt 2 i w związku z tym wnosi o nakazanie zamawiającemu ustalenia wysokości kar zgodnie z przedstawionymi żądaniami.

II. Pismem wniesionym w dniu 4 marca 2021 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i w związku z tym wniósł o oddalenie odwołania w całości. Ponadto, w nawiązaniu do treści zarzutów nr 3 i 4 zamawiający poinformował, że jest w trakcie doprecyzowania odpowiedzi na pytania wykonawców i zostaną one przesłane do wiadomości Izby oraz stron postępowania niezwłocznie po ich publikacji.

Pismem z dnia 12 marca 2021 r. zamawiający poinformował o doprecyzowaniu odpowiedzi na pytania nr 79, 83, 147, 151, 208, 221, 225, 250, 267, 294, 289, 307, 324, 325, 331, 333, 334, 411, 426, 434 oraz 474 oraz wprowadzeniu zmian w treści SIWZ.

Dodatkowe stanowisko w sprawie zamawiający przedstawił w piśmie procesowym z dnia 29 marca 2021 r.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Mając na uwadze, że odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2021 r., do postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.), mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1919, z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464), dalej jako „ustawa Pzp z 2019 r.”.

Postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 3 i 4, tj.:

- zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz niejasne sformułowanie obowiązków wykonawcy, jakie zobligowany będzie wykonać w ramach zamówienia, co znacznie utrudnia lub uniemożliwia odwołującemu dokonanie rzetelnej wyceny przedmiotu oferty i złożenia porównywalnej oferty, przez udzielenie odpowiedzi na pytanie wykonawców numer 79 w sposób sprzeczny ze zmodyfikowanym pkt 5.6 i 5.7 Opisu Przedmiotu Zamówienia („OPZ”) oraz treścią zmodyfikowanego Załącznika nr 5 do OPZ [zarzut nr 3],
- zarzutu naruszenia art. 38 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieudzielenie merytorycznej odpowiedzi na pytania, a przez to naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez spowodowanie w następstwie, że opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz niejasne jest sformułowanie obowiązków wykonawcy, jakie zobligowany będzie wykonać w ramach zamówienia, co znacznie utrudnia lub uniemożliwia odwołującemu dokonanie rzetelnej wyceny przedmiotu oferty i złożenia porównywalnej oferty, w szczególności przez nieudzielenie lub udzielenie niewyczerpującej i sprzecznej z postanowieniami SIWZ odpowiedzi na pytania wykonawców oznaczone numerami: 221, 225, 294, 298, 324, 325, 333, 474, 79, 107, 147, 151, 216, 83, 250, 267, 307, 331, 426, 434, 227, 334, 411, 186 [zarzut nr 4]

podlegało umorzeniu, na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na złożenie przez odwołującego oświadczenia o wycofaniu tych zarzutów. Zgodnie z ww. przepisem Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania. Przepis ten stosuje się odpowiednio w przypadku złożenia przez odwołującego oświadczenia o wycofaniu części zarzutów podniesionych w odwołaniu.

W odniesieniu do pozostałych zarzutów Izba uwzględniła jednoznaczne stanowisko odwołującego, zgodnie z którym odwołujący wnosił o rozpoznanie przez Izbę w pierwszej kolejności zarzutu oznaczonego numerem 1, a o rozpoznanie zarzutu numerem 2 wnosił wyłącznie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu numer 1. Izba uznała zarzut numer 1 za uzasadniony i w związku z tym zarzut oznaczony numerem 2 nie wchodził w zakres rozpoznania przedmiotowej sprawy.

Rozpoznając zarzut numer 1, w treści którego odwołujący zarzucił zamawiającemu niewykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 grudnia 2020 roku sygn. KIO 3146/20, w związku z czym treść SIWZ nadal narusza przepisy art. 5 k.c i art. 353(1) k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp i art. 139 ustawy Pzp oraz art. 29 ustawy Pzp Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że zamawiający nie wykonał wyroku Izby w części dotyczącej odpowiedniego odniesienia wysokości kar umownych (kwotowego lub procentowego) do poziomu wynagrodzenia odpowiednio dla części podstawowej i prawa opcji. W pkt 2 lit. m sentencji wyroku z dnia 21 grudnia 2020 r. Izba nakazała zamawiającemu „*rozdzielenie zastrzeżonych kar umownych do wysokości zamówienia podstawowego i zamówienia w opcji oraz odpowiednie odniesienie wysokości tych kar (kwotowe lub procentowe) do poziomu wynagrodzenia odpowiednio dla części podstawowej i prawa opcji*”. Natomiast w pisemnym uzasadnieniu do ww. wyroku Izba stwierdziła, co następuje:

„*Zarzuty 3.12) do 3.19) Izba uznała w części zarzuty za zasadne*

Izba podziela rozważania Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, iż istotną zastrzeżenia kar umownych jest zapewnienie Zamawiającemu sprawnego i niezakłóconego działania zamawianego systemu. Zamawiający ma prawo oczekiwać od wybranego Wykonawcy wysokiej staranności i prawidłowego realizowania obowiązków umownych.

Tym niemniej Izba nakazała Zamawiającemu zmianę zapisów umownych poprzez odpowiednie rozdzielenie zastrzeżonych kar umownych do wysokości zamówienia podstawowego i zamówienia w opcji oraz odpowiednie odniesienie wysokości tych kar (kwotowe lub procentowe) do poziomu wynagrodzenia odpowiednio dla części podstawowej i prawa opcji. W ocenie Izby zmiana wysokości kar i ustalenie ich wysokości w odniesieniu do każdej części zamówienia ma charakter kluczowy. Jeżeli zamówienie przewidziane w opcji może nie zostać zrealizowane i nie ma charakteru świadczenia pewnego, to ustalanie wysokości kar w stosunku do wynagrodzenia za takie świadczenie należy uznać za przekroczenie uprawnień co do ustalenia przez Zamawiającego warunków umowy. Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353¹ k.c. oraz klauzula generalna z art. 5 k.c.

Kara umowna jest ściśle powiązana z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem konkretnego świadczenia. Wysokość kary powinna zatem korespondować z tym świadczeniem. Zatem jeśli wykonawca nie wykonuje lub spóźnia się z realizacją świadczeń wynikających z zamówienia podstawowego, to kara umowna powinna odpowiadać procentowej lub kwotowej wysokości szkody jaką zamawiający może ponieść w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem tej części zamówienia podstawowego. Jeśli zaś wykonawca spóźni się lub nie wykona przykładowo jednego nowego Punktu Kontrolnego, to kara za to powinna być skorelowana z wartością zamówienia opcjonalnego. W przeciwnym wypadku bowiem Zamawiający przenosiłby wartość umownego odszkodowana ponad rzeczywistą wartość szkody, którą może ponieść odrębnie w każdej części zamówienia, co należy uznać za działanie zmierzające do nadużycia pozycji Zamawiającego względem wykonawcy, który ma ograniczony wpływ na kształtowanie postanowień

umownych".

Z treści ww. wyroku wynika, że zobowiązanie nałożone na zamawiającego nie ograniczało się wyłącznie do rozdzielenia kar umownych na kary odnoszące się do zamówienia podstawowego oraz zamówienia w opcji (gdyby tak było Izba poprzestałaby wyłącznie na nakazaniu zamawiającemu dokonania tej czynności), lecz dotyczyło również odpowiedniego odniesienia wysokości kar umownych do poziomu wynagrodzenia – odpowiednio dla części podstawowej i prawa opcji. Jak wynika choćby z treści pisma zamawiającego z dnia 4 marca 2021 r. stanowiącego odpowiedź na odwołanie, zamawiający nie podjął próby wykonania wyroku Izby w zakresie odpowiedniego odniesienia wysokości kar umownych do poziomu wynagrodzenia. W piśmie tym zamawiający stwierdził, co następuje: „*Izba nie nakazała obniżenia kar umownych, wychodząc z założenia, że takie zobowiązanie jest aktualnie przedwczesne (wynika to choćby z ustnych motywów wyroku). W związku z powyższym Zamawiający doszedł do wniosku, że karami umownymi proporcjonalnymi do wynagrodzenia będą kary utrzymane na podobnym jak dotąd poziomie.*" Powyższe stwierdzenie znajduje potwierdzenie w treści projektowanych istotnych postanowień umowy w brzmieniu obowiązującym po modyfikacji zamawiającego z dnia 4 lutego 2021 r. Postanowienia te zawierają prawie tożsamą treść co postanowienia obowiązujące przed modyfikacją. Jedyne różnice dotyczą kar umownych zawartych w § 24 ust. 11 pkt 5 lit. a [obecnie pkt 6 lit. a] IPU oraz § 24 ust. 11 pkt 8 [obecnie pkt 10] IPU, jednakże nie jest wiadome czym konkretnie kierował się zamawiający dokonując w tym zakresie modyfikacji postanowień IPU.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że zamawiający nie podjął działań zmierzających do wykonania wyroku Izby w części dotyczącej odpowiedniego odniesienia wysokości kar umownych do poziomu wynagrodzenia odpowiednio dla części podstawowej i prawa opcji. Należy podkreślić, że wyrokiem wydanym przez Krajową Izbę Odwoławczą związany jest nie tylko zamawiający, ale również skład Krajowej Izby Odwoławczej rozpoznający kolejne odwołanie, który nie jest uprawniony do dokonania ponownej oceny niezmienionego stanu faktycznego, tym bardziej w sposób odmienny niż uczynił to poprzedni skład orzekający Izby. Mając to na uwadze skład orzekający rozpoznający przedmiotową sprawę nie był władny do dokonania oceny argumentacji zamawiającego przedstawionej na potwierdzenie stawianej przez niego tezy o proporcjonalnym w stosunku do wynagrodzenia poziomie kar umownych, skoro nie został on ustalony w wyniku wykonania wyroku Izby. Treść zaskarżonych uprzednio istotnych postanowień umowy prawie nie uległa zmianie. Ponieważ wyrok Izby z dnia 21 grudnia 2020 r. nie został zaskarżony, zamawiający obowiązany jest do jego wykonania. Aby Izba mogła uznać, że uprzednio wydany wyrok został przez zamawiającego wykonany, zamawiający powinien był dokonać ponownej analizy projektowanych postanowień umowy w zakresie wysokości kar umownych, wprowadzić odpowiednie modyfikacje zgodnie z wyrokiem Izby i przedstawić w odpowiedzi na odwołanie argumentację odnoszącą się do treści zmodyfikowanych postanowień. W związku z tym, że czynności te nie zostały przez zamawiającego wykonane, Izba ponownie nakazała zamawiającemu odpowiednie odniesienie wysokości kar umownych do poziomu wynagrodzenia, zgodnie z treścią wyroku wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 3146/20. Należy przy tym zauważyć, że uprzednio postawiony w tym zakresie zarzut został przez poprzedni skład orzekający uwzględniony jedynie częściowo. Izba nie była zatem uprawniona do nakazania niczego ponad to, co stanowiło treść uprzednio wydanego wyroku. Odwołujący nie zgadzając się z wyrokiem Izby uwzględniającym ten zarzut tylko w części uprawniony był do złożenia skargi na orzeczenie Izby. W zakresie przez Izbę nieuwzględnionym nie przysługuje odwołującemu wniesienie kolejnego odwołania do Izby. Należy również przypomnieć, że zgodnie z przepisem art. 554 ust. 6 ustawy Pzp z 2019 r. Izba nie może nakazać wprowadzenia do umowy postanowienia o określonej treści.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła jak w pkt 2 sentencji, na podstawie art. 553 i 554 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 pkt 1 lit. c ustawy Pzp z 2019 r.

Zgodnie z przepisami art. 557, 574 oraz 575 ustawy Pzp z 2019 r. w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postepowania odwoławczego. Do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron i uczestników postępowania odwoławczego wnoszących sprzeciw. Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Zgodnie z przepisem § 5 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) do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in.: wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych.

Zgodnie z § 7 ust. 1 ww. rozporządzenia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający. W takim przypadku Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia.

Postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 3 i 4 podlegało umorzeniu, natomiast zarzut nr 2 nie wchodził w zakres rozpoznania sprawy w związku z wnioskiem odwołującego o rozpoznanie tego zarzutu wyłącznie w przypadku uznania braku zasadności zarzutu nr 1.

W skład kosztów postępowania odwoławczego, oprócz wpisu w wysokości 15 000 zł, wchodziła również kwota wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600 zł, zgodnie ze złożonym na rozprawie rachunkiem.

Mając na uwadze powyższe, o kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie ww. przepisów ustawy Pzp z 2019 r. oraz 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.

Przewodniczący: ……

……

……