Sygn. akt: KIO 1440/22

POSTANOWIENIE
z dnia 13 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu 13 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 maja 2022 r. przez odwołującego: Impel S.A. z siedzibą we Wrocławiu (ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Główny Inspektorat Transportu Drogowego w Warszawie (al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa),

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: Impel S.A. z siedzibą we Wrocławiu (ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław) kwoty 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącą kwotę uiszczonego wpisu od odwołania.

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 2021 r., poz. 1129 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.

Sygn. akt: KIO 1440/22

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 30 maja 2022 r. przez odwołującego: Impel S.A. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Główny Inspektorat Transportu Drogowego w Warszawie na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], w przedmiocie zamówienia publicznego na: Świadczenie usług sprzątania. Numer referencyjny: BDG.ZPB.230.5.2022. Ogłoszenie zostało opublikowane w BZP pod nr 2022/BZP 00177195 z dnia 2022-05-25.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów, które - zdaniem wykonawcy - ma wpływ na wynik postępowania w sprawie zamówienia publicznego:

1) art. 16 ust. 1-3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia,

2) art. 436 pkt. 4 b) ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wadliwe określenie przez Zamawiającego zasad waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze zmianą wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne oraz zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych,

3) art. 439 ust. 1 i 2 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego określenia w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego zasad waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez Odwołującego postanowień SWZ w zakresie i brzmieniu zaproponowanym przez Odwołującego w odwołaniu.

Odwołujący oświadczył, że (...) ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, a w

konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie oferty zgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie".

Do postępowania odwoławczego nie zostały zgłoszone przystąpienia po żadnej ze stron. Termin na zgłoszenie przystąpień upłynął 3 czerwca 2022 r.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 9 czerwca 2022 r.) wniósł

o: (...)

1. umorzenie postępowania w zakresie:

1) zarzutu nr 2 dotyczącego naruszenia art. 436 pkt 4 lit b Pzp poprzez wadliwe określenie przez Zamawiającego zasad waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze zmianą wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne oraz zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Zamawiający dokonał modyfikacji umownych klauzul waloryzacyjnych);

2) zarzutu nr 3 dotyczącego naruszenia art. 439 ust. 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego określenia w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego zasad waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów w części w jakiej Zamawiający uznał żądanie Odwołującego (Zamawiający dokonał

modyfikacji umownych klauzul waloryzacyjnych);

2. oddalenie odwołania w pozostałym zakresie;

3. obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego".

W uzasadnieniu stanowiska podał: (...)

„Odnosząc się do zarzutu Odwołującego:

1. naruszenie art. 16 ust. 1-3 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej

konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o

zamówieniu oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia:

W ocenie Zamawiającego zarzut ten jest nieprecyzyjnie sformułowany i jako samodzielnie występujący nie pozwala na identyfikację ewentualnych naruszeń.

W komentarzu do art. 555 ustawy - Prawo zamówień publicznych Gawrońska-Baran Andrzela i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany (LEX/el. 2022) czytamy: „Izba jest związana zarzutami odwołania i nie może wyjść poza ich zakres. Jednoznacznie wskazuje to zatem na konieczność ich przemyślanego i precyzyjnego formułowania przez odwołującego. Możliwość stawiania zarzutów upływa z terminem na wniesienie odwołania." Zatem skoro Odwołujący sformułował w petitum zarzut ogólny bez powiązania z konkretnym naruszeniem, to zarzut taki nie spełnia wymogu precyzyjnego sformułowania. Wobec braku możliwości ustosunkowania się do konkretnego naruszenia Zamawiający pragnie podkreślić, że:

1) ogłoszenie o zamówieniu i SWZ uwzględnia zapisy jednakowe dla wszystkich wykonawców, nie ograniczając ani nie poszerzając praw bądź obowiązków w stosunku do wybranego kręgu wykonawców, a zatem zarzut naruszenia przez Zamawiającego zasady zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji nie jest uzasadniony (art. 16 pkt 1 część pierwsza Pzp). Jak wskazuje Dzierżanowski Włodzimierz, Jaźwiński Łukasz, Jerzykowski Jarosław, Kittel Marta w Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz (WKP 2021): „Zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, co oznacza, że jest on zobowiązany do stworzenia warunków do uczciwego konkurowania przez wykonawców o uzyskanie zamówienia, jak też do eliminowania zachowań sprzecznych z prawem lub etyką. Obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji przez zamawiającego zarówno na etapie przygotowania, jak i prowadzenia postępowania znajduje wyraz w przepisach dotyczących poszczególnych instytucji i rozwiązań ustawowych. W szczególności warto zwrócić uwagę na regulacje odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia i warunków stawianych wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Na etapie ich określania przez zamawiającego może dojść do próby ograniczenia konkurencji przez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji. W zakresie przedmiotu zamówienia takie ograniczenie, nieuzasadnione celem udzielania zamówienia, może polegać na wskazaniu wąskiej grupy produktów lub usług. Zachowaniu uczciwej konkurencji służy też wiele rozwiązań mających na celu dotarcie z informacją o wszczynanym postępowaniu do kręgu wykonawców mogących je wykonać, takich jak publikacja ogłoszeń o zamówieniu w określonych publikatorach, a w przypadku dopuszczalnego ograniczenia konkurencji przez zastosowanie trybów nieprzetargowych - określenie minimalnej liczby wykonawców, których zamawiający powinien zaprosić do postępowania. Ustawa wyraźnie wskazuje, że ograniczenie konkurencji jest wyjątkiem od generalnej reguły i może mieć miejsce tylko w przypadkach określonych przez Prawo zamówień publicznych - np. podaje zamkniętą listę okoliczności, w których zamawiający może zastosować niekonkurencyjny tryb zamówienia z wolnej ręki. Zasada uczciwej konkurencji oznacza również, że zamawiający jest obowiązany eliminować z postępowania wykonawców dopuszczających się względem siebie czynów nieuczciwej konkurencji przez odrzucanie złożonych przez nich ofert, jak też wykluczenie z postępowania.". Należy zauważyć przy tym, że Odwołujący nie zarzucił Zamawiającemu naruszenia zasady równego traktowania Wykonawców, a te dwie zasady (zasada zapewniająca zachowanie uczciwej konkurencji i zasada równego traktowania wykonawców) nie są wymienione obok siebie w art. 16 pkt 1 Pzp bez powodu, bowiem jedna ma wpływ na drugą, w związku z czym zarzut Wykonawcy wydaje się nieprzemyślany i chybiony;

2) Zamawiający prowadzi postępowanie w sposób czytelny, zrozumiały oraz umożliwiający ocenę i kontrolę, czego dowodem jest wniesione w sprawie odwołanie, a zatem zarzut

naruszenia przez Zamawiającego zasady przejrzystości (art. 16 pkt 2 Pzp) nie jest

uzasadniony - podobnie Dzierżanowski Włodzimierz, Jaźwiński Łukasz, Jerzykowski Jarosław, Kittel Marta w Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz (WKP 2021): „Przejrzystość odgrywa rolę służebną wobec reguł postępowania, takich jak zasada równego traktowania, uczciwej konkurencji i proporcjonalności, a jej celem jest zapewnienie możliwości weryfikacji czynności zamawiającego. W wyroku z 6.11.2014 r., C-42/13, Cartiera dell'Adda SpA v. CEM Ambiente SpA, EU:C:2014:2345, Trybunał stwierdził, iż „obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Wymaga on, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, pozwolić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, by umożliwić instytucji zamawiającej

rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia (zob. podobnie wyrok Komisja/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, pkt 108-111)". Z kolei w wyroku z 11.12.2014 r., C-440/13, Trybunał odniósł się do zasady przejrzystości w kontekście prawa do zaskarżania decyzji instytucji zamawiających i podkreślił, że „wymóg podania uzasadnienia decyzji o odwołaniu przetargu wynika z chęci zagwarantowania minimalnego poziomu przejrzystości w postępowaniach w sprawie udzielania zamówień publicznych, do których zastosowanie znajdują przepisy prawa Unii, i w rezultacie zagwarantowania poszanowania zasady równego traktowania, która leży u podstaw tych przepisów. Jak wynika z powyższego, dochowanie zasadzie przejrzystości przez zamawiającego wymaga przede wszystkim udokumentowania czynności podejmowanych w postępowaniu wskazania podstaw podejmowania decyzji oraz zapewnienia dostępu do tych informacji.". Ponadto zasada ta jest realizowana gdy Zamawiający podejmuje czynności na podstawie wcześniej przyjętych

zasad - wyrok SO w Szczecinie z dnia 2 września 2014 r., sygn. akt VIII Ga 432/13;

3) wymagania stawiane wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia są adekwatne do rodzaju i zakresu zamówienia - proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a zatem zarzut naruszenia przez Zamawiającego zasady proporcjonalności nie jest uzasadniony (art. 16 pkt 3 Pzp). W komentarzu do art. 16 ustawy - Prawo zamówień publicznych Gawrońska-Baran Andrzela i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany (LEX/el. 2022) wskazano: „Generalną zasadą obowiązującą w systemie zamówień publicznych jest również zasada proporcjonalności. Jej istotą jest konieczność dołożenia należytej staranności przez zamawiającego polegającej na podejmowaniu wyłącznie takich działań i stawianiu takich wymogów, bez których nie będzie możliwe osiągnięcie zamierzonego celu, jakim jest udzielenie danego zamówienia. „Postępowanie o udzielenie zamówienia jest procedurą sformalizowaną, nie powinno to jednak prowadzić do zbędnego zbiurokratyzowania tego procesu. Stąd zamawiający, który weryfikuje zarówno zdolność wykonawcy do wykonania zamówienia, jak i zgodność oferowanych przez niego usług, dostaw czy robót budowlanych z wymogami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia i innych postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie może przekraczać granic wyznaczonych przez ustawodawcę"." - por. wyrok SA w Poznaniu z 20.05.2010 r., I ACa 357/10, LEX nr 756566;

4) przywołane w uzasadnieniu odwołanie do postanowień PPU jest chybione w kontekście przestrzegania przez Zamawiającego wynikających z art. 16 ust. 1-3 Pzp zasad przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

2. naruszenie art. 436 pkt 4 lit b Pzp poprzez wadliwe określenie przez Zamawiającego zasad waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze zmianą wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne oraz zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych: Dalej w uzasadnieniu Wykonawca wskazał na postanowienie ust. 20 PPU:

1) pkt 1 i zakwestionował termin możliwej waloryzacji z tego tytułu po upływie 12 miesięcy od

dnia zawarcia umowy;

2) pkt 2 i zakwestionował ustalenie „wskaźnika waloryzacji";

3) pkt 4 i zakwestionował ograniczenie waloryzacji wynagrodzenia do progu 10%

wynagrodzenia netto.

Zamawiający w powyższym zakresie w dniu 07.06.2022 r. zmodyfikował SWZ, zmieniając termin wejścia w życie zmian wynagrodzenia z dniem wejścia w życie zmian przepisów przywołanych w art. 436 pkt 4 lit b Pzp, wykreślił wskaźnik waloryzacji i ograniczenie

waloryzacji wynagrodzenia do progu 10% wynagrodzenia netto;

3. naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego określenia w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego zasad waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów:

Zamawiający w powyższym zakresie w dniu 07.06.2022 r. zmodyfikował SWZ. Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że przepis art. 439 ust. 2 Pzp określa obligatoryjne elementy klauzuli waloryzacyjnej. W ramach wskazanych zasad Zamawiający ma swobodę kształtowania postanowień umownych, mając na względzie specyfikę zamówienia, jak i planowane możliwości finansowe co do przewidywanych zmian wynagrodzenia. Z tych względów, pomimo uznania zarzutu Odwołującego, powiązane z nim żądanie w zaproponowanym brzmieniu nie zostało uwzględnione. Poprzez dokonaną modyfikację Zamawiający określił wskaźnik waloryzacji, początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia oraz maksymalną wartość zmiany kierując się uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, który jako podmiot uprawniony do wydatkowania środków publicznych winien również uwzględniać planowane możliwości finansowe, co ma istotne znaczenie z perspektywy finansów publicznych. W ramach przysługującej Zamawiającemu swobody kształtowania klauzul waloryzacyjnych, z poszanowaniem podstawowych zasad przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający określił zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w modyfikacji z dnia 07.06.2022 r.. Zamawiający przyjął klauzulę indeksową, uznając wskaźnik inflacji za niezależny od stron umowy i adekwatny do sytuacji rynkowej. W ocenie Zamawiającego sposób ukształtowania klauzul waloryzacyjnych jest zgodny z Pzp, a przede wszystkim zapewnia dostępność wiarygodnych i aktualizowanych podstaw ustalenia zmiany ceny.

Reasumując powyższe, podkreślić należy, że „zamawiający jako gospodarz postępowania określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel, jaki zamierza osiągnąć. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia, nie ma obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku danej branży" - wyrok KIO z 27 marca 2017 r., KIO 387/17. Zamawiający może przy tym samodzielnie kształtować postanowienia umowne, zaś wykonawca ma prawo nie złożyć oferty na proponowanych warunkach. Niezadowolenie Odwołującego z treści klauzul waloryzacyjnych nie może stanowić zatem podstawy do zarzucania Zamawiającemu naruszenia ogólnych zasad postępowania. Stanowczo wskazać należy, w ślad za orzecznictwem KIO, że wykonawca w trybie postępowania odwoławczego nie może podejmować próby negocjacji postanowień umownych w celu doprowadzenia do korzystniejszych warunków udzielenia zamówienia. W niniejszym postępowaniu, w zakresie w jakim Zamawiający nie uznał żądań Odwołującego, nie doszło do naruszenia przepisów

Pzp".

Odwołujący w piśmie z dnia 10 czerwca 2022 r. wskazując na art. 520 ust.1 ustawy

Pzp podał, że (...) w związku z uwzględnieniem w dniu 08.06.2022 r. przez Zamawiającego zarzutu nr 2 dotyczącego naruszenia art. 436 pkt 4 lit b ustawy prawo zamówień publicznych oraz zarzutu nr 3 dotyczącego naruszenia art. 439 ust. 1 i 2 ustawy prawo zamówień publicznych z naszego odwołania, oświadczamy, że wycofujemy zarzut nr 1 dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 16 ust. 1-3 ustawy prawo zamówień publicznych. Mając powyższe na względzie, z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów, wnosimy o umorzenie przedmiotowego postępowania odwoławczego".

Izba zważyła, co następuje:

Postępowanie odwoławcze w przedmiotowej sprawie podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych. W myśl tego przepisu: „3.

W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze 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 albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.".

W niniejszej sprawie Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał na

uwzględnienie zarzutu opisanego w punkcie 2 i 3 odwołania (zarzut nr 2 i 3 - według

oznaczeń Odwołującego) i jednocześnie, co do zarzutu nr 3 podał w jaki sposób „Zamawiający w powyższym zakresie w dniu 07.06.2022 r. zmodyfikował SWZ". Nie uwzględnił natomiast zarzutu opisanego w punkcie 1 odwołania (wg oznaczeń Odwołującego zarzut nr 1).

Odwołujący w piśmie z dnia 10 czerwca br jednoznacznie wyraził swoje stanowisko oświadczając, że wycofuje odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 i wniósł - jak podał - z uwagi

(...) na uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów (...) o umorzenie przedmiotowego postępowania odwoławczego".

Wobec złożonych oświadczeń stron Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie ma zastosowanie wskazany art. 522 ust.2 ustawy Pzp i na jego podstawie postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) 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 (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) i uwzględniając wskazane przepisy, nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego kwotę wpisu uiszczonego od odwołania w całości.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.