Sygn. akt: KIO 2176/22

POSTANOWIENIE
z dnia 2 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 2 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2022 r. przez odwołującego: Impel System Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Szpital Miejski w Zabrzu Sp. z o.o. (ul. Zamkowa 4, 41-803 Zabrze),

- wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego: Izan + Sp. z . o.o. z siedzibą w Krakowie (ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków)

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: Impel System sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław) kwoty 13.500 zł 00 gr (słownie: trzynaście 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 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.

Sygn. akt: KIO 2176/22

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 19 sierpnia 2022 r. przez odwołującego: Impel System sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Szpital Miejski w Zabrzu na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021r. poz. 1129 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Świadczenie usługi czystościowo- porządkowej, higieniczno-sanitarnej wraz transportem wewnętrznym na terenie szpitala miejskiego w Zabrzu sp. z o.o. przy ul. Zamkowej 4”. Numer referencyjny: 3/UPN/22. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dz. Urz. UE pod numerem 2021/S 152-434828 w dniu 9.08.2022 r.

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

1) art. 99 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego w sposób niepełny, nieuwzględniający wszystkich

wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty tj. zaniechanie podania danych dotyczących pracowników, w sytuacji zobowiązania do przejęcia tych pracowników na zasadzie art. 23^1 kodeksu pracy;

2) art. 99 ust. 1 i ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych w zw. z art. 5 ust. 1 lit c) RODO w związku z art. 16 ust. 1-3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wadliwe żądanie przez Zamawiającego udostępnienia przez Wykonawcę danych osobowych;

3) art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu

zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję w związku z przepisem art. 41 ust. 2 i art. 146 pkt 2 ustawy 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług w związku z art. 62 ustawy z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karnoskarbowy - poprzez nieprawidłowe określenie stawek podatkowych, zgodnie z którymi Wykonawcy winni wystawiać faktury za wykonanie przedmiotu zamówienia,

4) art. 433 pkt. 4 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego do projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowień abuzywnych, dotyczących możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron,

5) art. 436 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych w związku z art. 3531 kc, art. 484 § 2 kc i art. 483 kc w związku z art. 8 ust. 1 poprzez wadliwe określenie przez Zamawiającego wysokości kar umownych,

6) 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 po stronie odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca Izan + Sp. z . o.o. z siedzibą w Krakowie wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 29 sierpnia 2022 r.) wskazując na art. 521 ustawy Pzp oświadczył, że:

(...) Zamawiający uznaje zarzuty odwołania w części obejmującej pkt 1, 2 i 4 odwołania. W konsekwencji Zamawiający dokona modyfikacji Specyfikacji Warunków Zamówienia zgodnie z żądaniami odwołującego się. W pozostałym zakresie Zamawiający wnosi o: 1. oddalenie odwołania, 2. zasądzenie od odwołującego się na rzecz zamawiającego kosztów postępowania".

W uzasadnieniu stanowiska podał:

W ocenie Zamawiającego odwołanie Wykonawcy w nieuznanej części nie zasługuje na

uwzględnienie.

ad 3 odwołania

Zarzut podniesiony w pkt 3 odwołania dotyczący rzekomego narzucenie stawki VAT na usługę, stanowiącą przedmiot zamówienia, jest bezpodstawny. Bezspornym jest, że w załączniku nr 1 do SWZ w tabeli dotyczącej oferowanego wynagrodzenia w poszczególnych rubrykach wpisana jest cyfra „0". Taki stan rzeczy nie jest wynikiem próby jakiegokolwiek narzucenia stawki podatku VAT, czy też innych składników ceny. Zamawiający wskazuje, że

formularz sporządzony jest w programie EXEL i zasada działania tego programu wymaga, że aby możliwe było automatyczne przeliczanie wpisywanych przez wykonawcę wartości konieczne było wypełnienie poszczególnych rubryk w tabeli. Wskazać należy, że

Zamawiający w przedmiotowe tabeli wpisał cyfrę „0" nie tylko w rubryce dotyczącej stawki VAT. Cyfra taka widnieje również w rubrykach dotyczących wysokości wynagrodzenia za miesiąc oraz łącznego netto i brutto. Równie dobrze mógł zatem odwołujący się stwierdzić,

że Zamawiający narzuca mu wysokość oferowanego wynagrodzenia - w kwocie „0". Zamawiający ponownie podkreśla, że wypełnienie tabeli wynika wyłącznie z zasady działania tzw. formuł w programie EXEL i w praktyce ma usprawnić przygotowanie oferty - dzięki temu program automatycznie przelicza wpisaną przez wykonawcę wartość. Przedstawiony stan rzeczy potwierdza również jednoznaczna treść Specyfikacji Warunków Zamówienia. W pkt

16.3, 16.4 i 16.7 SWZ widnieją zapisy o treści:

„16. 3 Załącznik nr 1 do SWZ jest formularzem cenowym, który stanowi równocześnie kalkulator oferty, w którym podane są wszystkie ilości oraz parametry przedmiotu zamówienia."

16.4. Kalkulator samoczynnie zsumuje wartość netto i brutto, po wpisaniu przez Wykonawcę ceny jednostkowej netto za 1 miesiąc oraz stawki VAT."

„16.7 Prawidłowe ustalenie podatku VAT należy do obowiązków Wykonawcy."

Oczywistym jest zatem, że Zamawiający w żaden sposób nie ogranicza możliwości

wykonawcy ustalenia właściwej stawki podatki VAT, a co więcej nakłada na niego taki obowiązek. Oczywistym jest również, że Zamawiający w sposób wyczerpujący wyjaśnił wykonawcom zasady działania przedmiotowej tabeli. Ewentualne wątpliwości odwołującego się mogły wynikać zatem wyłącznie z niedokładnego zapoznania się z treścią SWZ.

W ocenie Zamawiającego zarzuty Odwołującego się jakoby treść tabeli miała charakter dyskryminujący, czy też naruszający uczciwą konkurencję są zatem bezpodstawne. Zamawiający za zupełnie nieuzasadniony uznaje wniosek wykonawcy zmierzający do umożliwienia wykonawcom samodzielnego podziału świadczonych usług ze względu na stawki podatku VAT. Zamawiający uprawniony jest do takiego ukształtowania zapisów SWZ, aby rozliczenie następowało w oparciu o jedną fakturę obejmującą świadczone usługi. Nawet jeżeli na przedmiot usług składają się czynności o różnych stawkach podatku VAT to rozwiązanie takie jest w pełni dopuszczalne na gruncie przepisów podatkowych i powszechnie stosowane w praktyce.

ad 5 odwołania

Z treści odwołania wynika, że Odwołujący się kwestionuje określający limit kar umownych, jakich Zamawiający będzie mógł dochodzić w oparciu o zapisy umowy na poziomie 50 % wynagrodzenia wykonawcy. W ocenie Zamawiającego odwołanie w tej części nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z treścią art. 436 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych „Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności^...)

3) łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony

Z treści powołanego przepisu wynika jednoznacznie, że obowiązkiem zamawiającego jest zawarcie w umowie o wykonanie zamówienia zapisu określającego maksymalną wysokość kar umownych, jakich mogą dochodzić strony na podstawie umowy. Bezspornym jest, że w niniejszej sprawie Zamawiający ów obowiązek wykonał. Jednocześnie przepisy ustawy w żaden sposób nie określają wysokości lub sposobu określenia owej maksymalnej wysokości kar możliwych do dochodzenia. Oczywistym jest zatem, że wskaźnika takiego brak. W konsekwencji możliwe jest zatem ustalenie we wzorze umowy owej wartości w sposób, który w ocenie Zamawiającego odpowiednio zabezpiecza należyte wykonanie umowy. Twierdzenie takie uzasadnia treść art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych i wynikająca z kodeksu cywilnego zasada swobody umów. Przedstawione stanowisko potwierdza także doktryna prawa: (...) po 1.01.2021 r, określenie limitu kary umownej na poziomie 50% czy nawet 90% nie będzie stanowić o nieważności takiego postanowienia umownego." (R. Forotyński, K. Tempińska, Obowiązek limitowania kary umownej w zamówieniach publicznych, LEX 2020); „Omawiany przepis stanowi o łącznej wysokości kar umownych, ale już nie o limitach poszczególnych kar umownych przewidzianych w umowie. (.)brak [jest] ustawowego określenia wysokości maksymalnej kar umownych zastrzeżonych w umowie w sprawie zamówienia publicznego. Z formalnoprawnego punktu widzenia nawet limit kar umownych wielokrotnie wyższy niż kwota wynagrodzenia będzie zgodny z ustawą (.)" (.). Powyższe zaakceptowała również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 września 2021 r. (sygn. akt KIO 2340/21). Uzasadniając powołany wyrok Izba wskazała, że: „Zgodnie

z art. 436 pkt 3 PrZamPubl, obligatoryjnym elementem umowy w sprawie zamówienia publicznego jest łączna maksymalna wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony. Ustawodawca w powyższym przepisie nie określił górnej granicy wysokości kar umownych. Odnosząc się do ww. zarzutu wskazać należy, iż lektura odwołania prowadzi do wniosku, że podniesiony zarzut nie został uzasadniony. Odwołujący w istocie w zakresie przedmiotowego zarzutu poprzestał na stwierdzeniu, że ustanowiony przez Zamawiającego łączny limit kar umownych na poziomie 50 % wynagrodzenia jest rażąco wygórowany. Odwołujący się Wykonawca nie wyjaśnił dlaczego oczekuje obniżenia limitu kar umownych do poziomu 20 %. Wykonawca nie dokonał przy tym żadnej analizy przedmiotowego kontraktu, tylko niejako automatycznie uznał przewidziany przez Zamawiającego limit kar umownych za rażąco zawyżony. Wskazać również należy, iż brak jest po stronie wykonawcy przeszkód w odpowiednim skalkulowaniu ceny oferty, w sytuacji gdy zamawiający wskazuje w postanowieniach umowy łączną maksymalną wysokość kar umownych." Cytowane stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zachowuje również aktualność w niniejszej sprawie. Odwołujący się również nie dokonał żadnej analizy umowy, nie wykazał przyczyn, dla których limit kar uznał za wygórowany i dlaczego ów limit winien zostać określony na poziomie 25% wynagrodzenia. Tożsame stanowisko z przedstawionym przez

Zamawiającego zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku w sprawie sygn. akt KIO 1553/22. Przedstawione powyżej stanowisko Zamawiającego potwierdza również wykładania celowościowa przepisu art. 436 pkt 3 ustawy. Przypomnieć należy, że w pierwotnej wersji projektu ustawy zamierzone było wprowadzenie sztywnego limitu wysokości kar umownych, jakich strony mogłyby dochodzić na podstawie umowy. W toku prac nad ustawą ustawodawca świadomie zrezygnował z owego zapisu pozostawiając określenie maksymalnej wysokości kar decyzji zamawiających i specyfice zamówienia. Tym samym prezentowane przez Zamawiającego stanowisko odpowiada celowi, dla którego ustawodawca nadał omawianemu przepisowi obecną treść. W tym miejscu podkreślić należy, że usługa stanowiąca przedmiot zamówienia ma dla Zamawiającego kluczowe znaczenie i konieczne jest takie ukształtowanie umowy, aby zapewnić wykonanie jej na oczekiwanym poziomie. Należyte wykonanie przedmiotowej usługi, w sposób ściśle określony w opisie przedmiotu zamówienia, ma często decydujące znaczenie dla właściwego udzielania świadczeń zdrowotnych. Co oczywiste przedmiotowa usługa ma kluczowe znaczenie dla zapewnienia właściwego poziomu higieny oraz zapobiegania rozprzestrzenianiu się chorób i przypadków zakażeń szpitalnych. Każdy przypadek nienależytego wykonania przedmiotowej usługi decydować może o życiu i zdrowiu pacjenta. Tym samym Zamawiający musi w najlepszy dopuszczalny prawem sposób zabezpieczyć należyte wykonywanie umowy. W ocenie Zamawiającego taki cel pozwalają osiągnąć przewidziane wzorem umowy kary oraz ich maksymalna wysokość. Proponowane przez odwołującego się wysokości i przesłanki nałożenia kar umownych interesu Zamawiającego i pacjentów Szpitala w żaden sposób nie zabezpieczają.

ad 6 odwołania

Odwołujący się w obszernym uzasadnieniu zarzutu stwierdza, że proponowana przez Zamawiającego treść § 8 ust. 6 wzoru umowy narusza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz kodeksu cywilnego. Bezspornym jest, że Zamawiający zawarł w projekcie umowy przewidziane przepisem art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych zapisy dotyczące zasad waloryzacji wynagrodzenia. Podkreślić należy, że odwołujący się nie kwestionuje mechanizmu waloryzacji zaproponowanego przez Zamawiającego - zarzut dotyczy możliwej częstotliwości waloryzacji oraz jej wskaźników procentowych. Ustawodawca w treści przepisu art. 439 ustawy w żaden sposób nie określił wymagań dotyczących zmiany kosztu wykonania usługi uprawniającego do waloryzacji wynagrodzenia,

jak również częstotliwości, z jaką ewentualna waloryzacja winna być dokonywana. W wyroku (...) (sygn. akt KIO 1085/22) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: Poszczególni zamawiający mają swobodę w ukształtowaniu klauzuli waloryzacyjnej uwzględniającej specyfikę danego zamówienia. Oznacza to, że zamawiający oceniając specyfikę danego zamówienia, po pierwsze ma obowiązek zastosowania klauzuli waloryzacyjnej (sformułowanie przepisu "zawiera"), po drugie musi być ona dostosowana do charakteru zamówienia, a nie że może być w ogóle wyłączona ze stosowania. W wyroku (...) (sygn. akt KIO 235/22) Izba orzekła: „Z analizy przepisu art. 439 p.z.p. wynika, że ustawodawca pozostawił zamawiającym swobodę co do sposobu określenia zmiany wynagrodzenia, który nie musi być oparty o wskaźniki GUS. Z powyższego przepisu nie można jednak wyprowadzić wniosku, iż zamawiający winien być obarczony ryzykiem związanym ze zmianą cen materiałów lub kosztów w pełnym zakresie." Podobnie orzekła Izba w wyroku (.) (sygn. akt KIO 230/22). Przepis art. 439 ust. 2 pkt 4 p.z.p. pozostawia do decyzji Zamawiającego, jaka powinna być wartość zmiany wynagrodzenia, którą dopuszcza Zamawiający. Ustawodawca nie narzucił żadnych dodatkowych wymogów. W szczególności powyższy przepis nie nakłada na Zamawiającego wymogu oddania w waloryzacji pełnego zakresu zmian cen. Mając na uwadze powyższe zasadnym jest zatem stanowisko, że przewidziany projektem umowy mechanizm waloryzacji jest w pełni zgody z ustawą.

Proponowane przez odwołującego się zapisy prowadziłyby w praktyce do przerzucenia na Zamawiającego całego ryzyka gospodarczego związanego ze zmianą cen. Taki skutek miałaby waloryzacja kwartalna przy zmianie kosztu o 1% o co wnioskuje odwołujący się. Niezależnie od powyższego wskazać należy, że odwołujący się w żaden sposób nie uzasadnił treści wnioskowanych zapisów, nie wskazał przyczyn, dla których ocenia proponowaną waloryzację jako adekwatną do przedmiotu zamówienia i realiów jego wykonywania. Zamawiający dodatkowo podnosi, że specyfika zamówienia powoduje, iż głównym składnikiem kosztowym przy realizacji umowy są koszty osobowe. W praktyce zatrudniani do wykonywania tego rodzaju umów są pracownicy o niskich kwalifikacjach otrzymujący minimalne wynagrodzenie za pracę. Tym samym każdorazowy wzrost tego wynagrodzenia skutkował będzie waloryzacją wynagrodzenia na innej podstawie prawnej, co Zamawiający uwzględnił konstruując omawiane zapisy projektu umowy.

Odwołujący w piśmie z dnia 1 września 2022 r. skierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej podał: „Na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r.- Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oświadczamy, że wycofujemy złożone odwołanie w przedmiotowej sprawie.”

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 520 ust. 1 i 2 ustawy Pzp: „1.Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. 2. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby”.

W niniejszej sprawie ma zastosowanie wskazany przepis, albowiem Odwołujący w piśmie z dnia 1 września br, pomimo częściowego uwzględnienia przez Zamawiającego

zarzutów we wskazanej odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 sierpnia 2022 r. [(...)uznaje zarzuty odwołania w części obejmującej pkt 1, 2 i 4 odwołania. W konsekwencji Zamawiający dokona modyfikacji Specyfikacji Warunków Zamówienia zgodnie z żądaniami odwołującego się. W pozostałym zakresie Zamawiający wnosi o: 1. oddalenie odwołania (.)], jednoznacznie oświadczył, że wycofuje odwołanie. W tym przypadku do zamknięcia posiedzenia w dniu 2 września br powyższe oświadczenie nie zostało przez Odwołującego zmienione.

Zatem przedmiotowe odwołanie zostało na podstawie wskazanego art. 520 ust. 1 ustawy Pzp skutecznie wycofane w całości przed otwarciem posiedzenia z udziałem stron i rozprawy dla których termin został wyznaczony na dzień 2 września 2022 r.

Zgodnie z art. 568 pkt 1 cytowanej ustawy, Izba postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego. Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 3 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 90% kwoty wpisu uiszczonego od odwołania w wysokości 15.000 zł.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.