

Sygn. akt KIO 153/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 2 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 2 lutego 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2024 r. przez wykonawcę Benedykta Nowaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą B. N. N. TRANSPORT w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Wałbrzych – Miasto na Prawach Powiatu - Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu przy udziale uczestnika postępowania po stronie Odwołującego RELOBUS TRANSPORT POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Toruniu

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy B. N. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą B. N. N. TRANSPORT kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 153/24

UZASADNIENIE:

Zamawiający – Gmina Wałbrzych – Miasto na Prawach Powiatu - Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Świadczenie usług przewozowych w zakresie regularnego przewozu osób na liniach komunikacyjnych miejskich”, numer referencyjny: DU.260.42.2023.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych zwanej dalej „Pzp” lub „ustawa”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 stycznia 2024 r. pod numerem 00003826-2024.

W postępowaniu tym wykonawca B. N. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą B. N. N. TRANSPORT (dalej jako „Odwołujący”) w dniu 15 stycznia 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec postanowień specyfikacji warunków zamówienia, w tym projektowanych postanowień umowy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. Naruszenie treści art. 439 ust. 2 pkt 2 PZP oraz art. 17 ust. 2 PZP, art. 353¹ k.c., w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, poprzez określenie sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia w części dotyczącej kosztów osobowych i pochodnych, w sposób nie uwzględniający faktycznych zmian tych kosztów po stronie wykonawcy,
2. Naruszenie treści art. 16 pkt 3 PZP, art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, art. 439 ust. 1 PZP, poprzez brak wprowadzenia zasady automatycznej zmiany wynagrodzenia wykonawcy w oparciu o zmiany wskaźników zewnętrznych określonych w umowie.
3. Naruszenie treści art. 439 ust. 1, ust. 2 pkt 4 PZP w zw. z art. 16 ust. 3, art. 17 ust. 1 w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, poprzez ograniczenie maksymalnej wartości waloryzacji do poziomu 115% wynagrodzenia wykonawcy, brak wprowadzenia limitu dla obniżenia wynagrodzenia wykonawcy w wyniku zastosowania zasad waloryzacji,
4. Naruszenie treści art. 433 pkt 3 PZP, art. 16 pkt 3 PZP w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art.

8 ust. 1 PZP poprzez obciążenie odpowiedzialnością wykonawcy za brak dostępności lub niewystarczającą wydajność stacji tankowania paliwa wodorowego,

5. Naruszenie treści art. 16 pkt 1 PZP, art. 99 ust. 1 PZP, poprzez mogące ułatwiać nieuczciwą konkurencję opisanie wymagań przedmiotowych dotyczących zaplecza technicznego po okresie przejściowym, w zakresie konsekwencji umownych, niedostosowania się do tych wymagań przez wykonawcę.

6. Naruszenie treści art. 353¹ k.c. i art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez zróżnicowanie na korzyść zamawiającego terminów płatności czynszu dzierżawy pojazdów zamawiającego, płaconego przez wykonawcę w terminie do 14 dni, w stosunku do wynagrodzenia należnego za wykonanie zamówienia, płaconego przez zamawiającego w terminie do 30 dni.

Odwolujący wniośł o:

– nakazanie Zamawiającemu modyfikacji specyfikacji warunków zamówienia i projektowanych postanowień umowy, stosownie do wskazań zawartych w uzasadnieniu odwołania tj.

1. zmiany pkt 4 pod tabelą zamieszczoną w §19 ust. 8 projektu umowy poprzez nadanie mu brzmienia:

„wskaźnik zmiany przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia brutto, wyliczony jako stosunek przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia brutto w sektorze przedsiębiorstw w sekcji Transport i gospodarka magazynowa dla Polski za rok poprzedni do przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia brutto w sektorze przedsiębiorstw w sekcji Transport i gospodarka magazynowa dla Polski za rok poprzedzający rok poprzedni, publikowane przez Główny Urząd Statystyczny (GUS)” 2.

- usunięcia ostatniego akapitu zawartego w §19 ust. 8 projektu umowy,
- nadania następującego brzmienia §19 ust. 10 projektu umowy:

„Zmiana wynagrodzenia należnego wykonawcy zostanie wprowadzona przy zastosowaniu wskaźników przewidzianych w ust. 8 i przypisaniu im wag tożsamych z udziałami poszczególnych grup kosztowych, wskazanymi przez wykonawcę w złożonej wraz z ofertą szczegółowej kalkulacji stawki wynagrodzenia w załączniku nr 1A do formularza ofertowego (Sposób wyliczenia stawki za wzkm). Na żądanie zamawiającego wykonawca przedstawi dowody wskazujące, że zmiana wskaźników określonych w ust. 8, przekłada się na zmianę ponoszonych przez wykonawcę kosztów realizacji zamówienia.”

- dodanie w §19 ust. 12 projektu umowy o następującej treści:

„Zmiana wynagrodzenia należnego wykonawcy oparta o wskaźniki przewidziane w ust. 8 nastąpi na podstawie powiadomienia wykonawcy przez zamawiającego w formie pisemnej i nie wymaga sporządzenia aneksu do umowy.”

3. nadania §19 ust. 11 projektu umowy następującego brzmienia:

„Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień §19 ust. 8 i n. wynosi w skali każdego kolejnego okresu 12 miesięcznego 125% dotychczasowego wynagrodzenia w przypadku podwyższenia

wynagrodzenia wykonawcy i 75% dotychczasowego wynagrodzenia w przypadku obniżenia wynagrodzenia należnego wykonawcy.

W przypadku pierwszej kwartalnej waloryzacji cen paliwa w pierwszym roku realizacji umowy wartość łącznego wynagrodzenia dla Wykonawcy osiągnie poziom 105 % względem

pierwotnie przewidzianego wynagrodzenia umownego brutto dla kolejnych 3 miesięcy.” 4.

- dodanie §2 ust. 10 projektu umowy o następującej treści:

„Wykonawca będzie wolny od odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu niniejszej Umowy, w zakresie w jakim niewykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu umowy wynika z niedostępności na terenie Wałbrzycha i gmin ościennych możliwości tankowania wodoru do pojazdów zasilanych wodorem, lub jeśli niewykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu umowy wynika z niewystarczającej wydajności stacji paliwa wodorowego, która nie zapewnia możliwości tankowania w takiej ilości i w takim czasie, które są wymagane dla prawidłowej realizacji usług przewozowych pojazdami zasilanymi wodorem udostępnionymi przez zamawiającego.”

- dodanie do SWZ postanowień określających warunki dostępu do mobilnej stacji ładowania wodoru, w zakresie niezbędnym do ustalenia kosztów korzystania ze stacji mobilnej po stronie wykonawcy, pominiawszy koszt samego paliwa.

5. modyfikacji postanowień załącznika nr 12 do SWZ poprzez zastąpienie dotychczasowej treści pkt 8 i 9 tego załącznika następującym brzmieniem oraz dodanie pkt. 10 o następującej treści:

„8. Wykonawca zobowiązany będzie okazać Zamawiającemu na 7 dni roboczych przed rozpoczęciem świadczenia usług, zaplecze techniczne spełniające przewidziane na okres przejściowy wymogi określone w niniejszym załączniku wraz z niezbędnym wyposażeniem zaplecza technicznego. Nadto Wykonawca zobowiązany będzie okazać Zamawiającemu na 7 dni przed upływem 12 miesięcy od dnia podpisania umowy, zaplecze techniczne wraz z

niezbędnym wyposażeniem spełniające docelowe wymagania obowiązujące po okresie przejściowym (tj. w terminie nie dłuższym niż 12 miesięcy od daty podpisania umowy).

9. W przypadku braku zaplecza technicznego na terenie Wałbrzycha bądź na terenie innych gmin, leżącego od granicy Wałbrzycha w odległości nie większej niż 15 km lub gdy zaplecze techniczne wyposażone jest niezgodnie z danymi zawartymi w niniejszym załączniku, w odniesieniu do wymagań przewidzianych na okres przejściowy począwszy od pierwszego dnia realizacji umowy, Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy wraz z naliczeniem kary umownej.

10. W przypadku braku zaplecza technicznego na terenie Wałbrzycha bądź na terenie innych gmin, leżącego od granicy Wałbrzycha w odległości nie większej niż 15 km lub gdy

zaplecze techniczne wyposażone jest niezgodnie z danymi zawartymi w niniejszym załączniku, w odniesieniu do wymagań obowiązujących po okresie przejściowym, począwszy od dnia, w którym upływa 12 miesięcy od daty zawarcia umowy, Zamawiającemu przysługuje prawo do rozwiązania umowy oraz naliczenia kary umownej w wysokości tożsamej jak wskazana w §20 ust. 8 umowy, po bezskutecznym upływie terminu dodatkowych 14 dni wyznaczonych wykonawcy na spełnienie wymagań obowiązujących po okresie przejściowym."

6. Modyfikację postanowień §7 ust. 3 projektu umowy dzierżawy, poprzez wydłużenie terminu płatności czynszu dzierżawy do 30 dni.

Wykonawcy - RELOBUS TRANSPORT POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Toruniu oraz "PRZEDSIĘBIORSTWO KOMUNIKACJI SAMOCHODOWEJ W GRODZISKU MAZ" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawców. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawcy skutecznie zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się Uczestnikami postępowania odwoławczego.

W dniu 1 lutego 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający uwzględnił odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 5 i 6 w petitum odwołania.

W dniu 1 lutego 2024 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo, w którym oświadczył, że cofa odwołanie w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że oświadczenie o wycofaniu odwołania zostało złożone przez osobę uprawnioną do reprezentowania Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 522 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu, 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 tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 ww. ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) 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), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczony tytułem wpisu.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: