

Sygn. akt KIO/W 17/23

POSTANOWIENIE

z dnia 12 września 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza-w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 12 września 2023 roku w Warszawie wniosku z dnia 8 września 2023 roku o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Zamawiającego – Ośrodek Leczenia Odwykowego w Woskowicach Małych z siedzibą w Woskowicach Małych

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, którego przedmiotem jest „Usługa kompleksowego sprzątnia dwóch obiektów: OLO w Woskowicach Małych oraz sprzątnie pomieszczeń i klatki schodowej Wojewódzkiego Ośrodka Terapii Uzależnienia i Współuzależnienia w Opolu” (publikacja ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2023/BZP 00376206/01 z dnia 31 sierpnia 2023 r.).

postanawia:

odmówić uchylenia zakazu

Uzasadnienie

Zamawiający Ośrodek Leczenia Odwykowego w Woskowicach Małych z siedzibą w Woskowicach Małych prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, którego przedmiotem jest „Usługa kompleksowego sprzątnia dwóch obiektów: OLO w Woskowicach Małych oraz sprzątnie pomieszczeń i klatki schodowej Wojewódzkiego Ośrodka Terapii Uzależnienia i Współuzależnienia w Opolu” (publikacja ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2023/BZP 00376206/01 z dnia 31 sierpnia 2023 r.).

W dniu 5 września 2023 roku w przedmiotowym postępowaniu wniesiono odwołanie na postanowienia SWZ, w tym postanowienia wzoru umowy.

W dniu 8 września 2022 roku Zamawiający wniósł o uchylenie zakazu zawarcia umowy w prowadzonym postępowaniu, przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Zamawiający we wniosku podniósł, że wniosek opiera na przesłance ważnego interesu publicznego wynikającego z charakteru zlecanej usługi. Jak podkreśla się w dotychczasowym orzecznictwie KIO, wobec braku zdefiniowania pojęcia interesu publicznego w p.z.p., przyjmuje się, że za interes publiczny należy uznać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciężących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświatą, kultury, porządku publicznego. Wskazane powyżej przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy zamawiający obowiązany jest wykazać w treści złożonego wniosku (tak: postanowienie z dnia 14 stycznia 2022 r., KIO/W 1/22).

Zamawiający zaznaczył, że jednostka to podmiot leczniczy udzielający świadczeń zdrowotnych o charakterze stacjonarnym. Usługa sprzątnia należy więc do kręgu usług mających dla Zamawiającego i pacjentów znaczenie krytyczne. Brak możliwości podpisania umowy może (w razie wyboru oferenta) doprowadzić do paraliżu działania Ośrodka Leczenia Odwykowego. Obecna umowa bowiem obowiązuje do dnia 30.09.2023 r. i choć ogłoszenie o zamówieniu uwzględniło „bufor” czasu na całą procedurę, to zasadne jest minimalizowanie ryzyka związanego z koniecznością szczegółowego rozpoznania wywiedzionego odwołania. Zamawiający po otrzymaniu odwołania dokonał SWZ w zakresie kierunkowo zgodnym z postulowanymi w odwołaniu. Charakter zaś zarzutów, które nie zostały uwzględnione przez

Zamawiającego wskazuje, że są one wyłącznie polemiczne i wynikają z subiektywnie i źle postrzeżanego przez Odwołującego systemu kar umownych.

Zamawiający wniósł o skierowanie sprawy na posiedzenie niejawne Krajowej Izby Odwoławczej celem wydania postanowienia w przedmiocie uchylenia zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przed rozstrzygnięciem odwołania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W dniu 31 sierpnia 2023 roku Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w odpowiedni publikatorze na udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Usługa kompleksowego sprzątnia dwóch obiektów: OLO w Woskowicach Małych oraz sprzątnie pomieszczeń i klatki schodowej Wojewódzkiego Ośrodka Terapii Uzależnienia i Współuzależnienia w Opolu”.

W dniu 5 września 2023 roku wykonawca Optima Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu złożył odwołanie wobec treści SWZ, w tym postanowień umownych.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) Art. 433 pkt 4 ustawy Pzp przez wprowadzenie do projektu umowy postanowień abuzywnych ze względu na dopuszczenie do dowolnego kształtowania przez Zamawiającego wielkości zamówienia i zaniechanie ustalenia w treści SWZ minimalnej wartości zamówienia lub wielkości świadczenia stron;
- 2) Art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez wprowadzenie do projektu umowy postanowień dopuszczających nieograniczoną wielkość zmiany oraz brak jednoznacznego opisu zakresu zmiany;
- 3) Art. 8, art. 431, art. 16 i art. 17 ustawy Pzp w związku z art. 353 (1) kodeksu cywilnego w związku z art. 484 § 1 i art. 58 przez:
 - umieszczenie w projekcie obowiązku uiszczenia kar umownych oderwanych od możliwości poniesienia uszczerbku majątkowego w razie zaistnienia naruszeń, na wypadek który zostały one zastrzeżone, prowadzący do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego;
 - zastrzeżenie kar w wysokości rażąco wygórowanej, nieadekwatnej do naruszeń i prowadzących do bezpodstawnego wzbogacenia się Zamawiającego;
- 4) art. 439 w związku z art. 16 i art. 17 ustawy Pzp poprzez brak ustalenia w SWZ w treści postanowień umownych dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości

wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia;

- 5) art. 8 i art. 431 ustawy Pzp w związku z art. 5 i art. 353 (1) kodeksu cywilnego przez

ustalenie niesymetrycznych uprawnień stron do wypowiedzenia umowy, tj. zastrzeżenie kary umownej na wypadek wypowiedzenia umowy przez wykonawcę z ważnych powodów wskazanych w umowie.

Odwołujący wnosił o:

- 1) Określenie minimalnego zakresu zamówienia i dodanie w projekcie umowy dla zadań

1 i 2 postanowienia o treści: „Zmniejszenie zakresu usług (sprzątanej powierzchni) i wynagrodzenia wskazanego w par. 8 ust. 1 w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w par. 8 ust. 9 lit. b nie może w trakcie trwania umowy, wynosić więcej niż 10% wartości zamówienia”;

- 2) zmianę postanowienia § 10 projektu umowy dla zadania 1 i 2 przez dodanie

w załączniku 2 do SWZ „Projektu umowy” dla Zadania 1 i 2 postanowienia o treści: „Naliczanie kar umownych nastąpi po uprzednim pisemnym zgłoszeniu wykonawcy zastrzeżeń w ramach postępowania reklamacyjnego – niezwłocznie po stwierdzeniu przez Zamawiającego przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

Brak niezwłocznego usunięcia przez Wykonawcę stwierdzonych przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, winien być stwierdzony w formie protokołu reklamacyjnego przez komisję z udziałem przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy. Niezwłocznie od momentu stwierdzenia zastrzeżeń, określony zostanie zakres naruszenia oraz wnioski pokontrolne. Po spełnieniu powyższego, Zamawiający uprawniony będzie do nałożenia kary umownej;

- 3) wykreślenie postanowienia § 10 ust. 6 o treści: „kary umowne, zastrzeżone

w niniejszym paragrafie są należne niezależnie od faktu poniesienia szkody przez Zamawiającego”;

- 4) obniżenie kar umownych wskazanych w § 10 o 50%;

- 5) dodanie klauzuli z art. 439 ustawy Pzp o następującej treści:

1. Strony zobowiązują się dokonać zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, o którym mowa w § 10 ust. 1 i 2 umowy w formie pisemnego aneksu, każdorazowo w przypadku zmiany cen materiałów i kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, na podstawie następujących zasad:

- a) Zmiany dokonywane będą w oparciu o kwartalne wskaźniki wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych, ogłaszane w komunikatach Prezesa GUS;

- b) Zmiany mogą być wprowadzone na wniosek Stron nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy, przy czym zmiana jest dopuszczalna –

w przypadku pierwszej indeksacji – jeśli wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych, o którym mowa w ppkt a) za kwartał, poprzedzający kwartał złożenia wniosku o indeksację, wzrośnie lub spadnie o min. 0,2% w stosunku do

wskaźnika z kwartału, w którym przypadał termin składania ofert. W przypadku każdej kolejnej indeksacji – jeśli wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych, o którym mowa w pkt a) za kwartał poprzedzający kwartał złożenia wniosku o indeksację, wzrośnie lub spadnie o min. 0,5% w stosunku do wskaźnika z kwartału, w którym nastąpiła ostatnia indeksacja;

- c) Strony mogą występować z wnioskami o indeksację nie częściej niż jeden raz na 3 miesiące;
- d) Suma zmian wynagrodzenia Wykonawcy w wyniku indeksacji, wprowadzonych w trakcie obowiązywania umowy, nie może przekroczyć 25% wynagrodzenia, o którym mowa w § 10 ust. 1.
- 6) Usunięcie § 10 ust. 5 wzoru umów obu części zamówienia.

W aktach sprawy odwoławczej do wydania niniejszego postanowienia nie ujawniono zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po żadnej ze stron.

W sprawie odwoławczej Odwołujący został w dniu 8 września 2023 roku wezwany do uzupełnienia braków formalnych odwołania w postaci dokumentu potwierdzającego umocowanie do działania osoby podpisującej odwołanie, upoważnionej do reprezentowania Odwołującego. Termin na uzupełnienie braków formalnych upływał w dniu 11 września 2023 roku.

Termin rozpoznania złożonego wniosku o uchylenie zakazu upływał w dniu 13 września 2023 roku.

Zamawiający poza wnioskiem o uchylenie zakazu, złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o:

- 1) umorzenie postępowania w części, tj. co do zarzutów II pkt 1) - 2) i pkt 4), bowiem zostały usunięte potencjalne naruszenia wskazane w odwołaniu, mogące powodować niezgodność z przepisami ustawowymi;
- 2) oddalenie odwołania w pozostałym zakresie w zakresie zarzutów II pkt 3) i pkt 5).

Zamawiający wyjaśnił, że w trybie autokontroli uwzględnił żądanie Odwołującego co do częściowej zmiany zakwestionowanych postanowień w dokumentacji przetargowej, w zakresie projektowanych postanowieniach umownych. W dniu 07.09.2023 r. opublikowano na stronie prowadzonego postępowania oraz stronie internetowej Zamawiającego stosowne zmiany zawarte w informacji o zmianie SWZ oraz projektowanych postanowieniach umowy do

części 1 oraz części 2, jak również ostrożnościowo w ogłoszeniu pod numerem 2023/BZP 00386661/01 z dnia 07.09.2023 r., wydłużono termin składania ofert gwarantując oferentom możliwość zapoznania się z aktualnym brzmieniem umowy oraz podjęcie decyzji o ofertowaniu.

Izba, mając na uwadze okoliczności wskazane w treści wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, w szczególności zadania jakie mogą być realizowane przy użyciu przedmiotu usług uznała, że wniosek nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 578 ust. 2 ustawy Pzp Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli:

- 1) niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 2) zamawiający uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Z art. 578 ust. 5 ustawy Pzp wynika, że Izba umarza, w formie postanowienia, postępowanie wszczęte na skutek złożenia wniosku, o którym mowa w ust. 1, w przypadku: 1) ogłoszenia przez Izbę orzeczenia przed rozpoznaniem wniosku;

- 2) cofnięcia wniosku;
- 3) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Izba badając przesłanki możliwości uchylenia zakazu zawarcia umowy z wniosku Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, uznała, że wniosek nie jest zasadny. Celem rozpoznania wniosku o uchylenie zakazu jest umożliwienie zawarcia umowy realizującej przedmiot zamówienia, a jej realizacja ma uniemożliwić wystąpienie negatywnych skutków dla interesu publicznego.

W ocenie Izby wskazane przez wnioskodawcę okoliczności nie uzasadniają w sposób dostateczny, że brak zawarcia umowy mógłby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zamawiający we wniosku przywołał jedynie kilka okoliczności, które w ocenie Izby nie dają możliwości uchylenia zakazu. Jak wskazuje sam Zamawiający, umowa na wykonywanie usług będących przedmiotem zamówienia obowiązuje do 30

września 2023 roku. Z dużym prawdopodobieństwem można założyć, iż do tego czasu Izba wyda rozstrzygnięcie w przedmiotowej sprawie, czy to o charakterze formalnym, czy merytorycznym. Ponadto, Zamawiający, jak sam podkreślił, skoro przewidział „bufor” czasowy, to winien on uwzględniać również możliwość korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej na każdym z etapów prowadzonego postępowania. Innych okoliczności, poza takimi, które odnoszą się do każdej jednostki organizacyjnej, Zamawiający nie przywołał.

Przed wszystkim zaś, Zamawiającemu umyka, iż postępowanie odwoławcze dotyczy okoliczności związanych z ogłoszeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i ustalenia kształtu warunków umownych. Zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej, co więcej nie otrzymał nawet ofert. Tym samym, na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i na etapie postępowania odwoławczego nie istnieje podmiot, z którym Zamawiający mógłby zawrzeć umowę. Nieznany jest krąg wykonawców, którzy będą ubiegali się o to zamówienie, nie jest wiadomym jakie oferty Zamawiający otrzyma i czy możliwa będzie ich ocena. A jak celnie zauważył sam Zamawiający do 30 września 2023 roku interesy jednostki, którą reprezentuje pozostają zabezpieczone w zakresie wykonywania usług sprzątania. Na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wynika, by możliwość zawarcia ważnej umowy była w jakikolwiek sposób zagrożona. Tym samym odpada przesłanka wystąpienia negatywnych skutków dla interesu publicznego, gdyby umowa nie została zawarta. Zamawiający we wniosku przywołał jedynie definicję interesu publicznego, wynikającą ze stanowiska doktryny i orzecznictwa. Nie wykazano jednak, że elementy charakterystyczne dla tej definicji w sytuacji Zamawiającego wystąpiły, by działalność prowadzona przez jednostkę Zamawiającego była zagrożona przez negatywne rozpoznanie wniosku.

Z uwagi na powyższe Izba na podstawie art. 578 ust. 4 ustawy Pzp postanowiła jak w sentencji.

Zgodnie z art. 578 ust. 4 zdanie 2 ustawy Pzp na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: