

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 7 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Paprocka

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 7 sierpnia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2024 r. przez wykonawcę CTL Północ Sp. z o.o. w Gdyni

w postępowaniu prowadzonym przez PGE Energia Ciepła S.A. w Warszawie

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy CTL Północ Sp. z o.o. w Gdyni, kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% wartości kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

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 2660/24

Uzasadnienie

Zamawiający, PGE Energia Ciepła S.A. w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na obsługę bocznic kolejowych oraz urządzeń rozładowniczych w PGE Energia Ciepła oddział Wybrzeże w Gdańsku. Wewnętrzny identyfikator: POST/PEC/PEC/UZK/00524/2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 lipca 2024 r., pod nr: 2024/S 139-433224. Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne.

W dniu 29 lipca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy CTL Północ Sp. z o.o. w Gdyni wobec czynności Zamawiającego polegającej na nieprecyzyjnym, niekompletnym i uniemożliwiającym prawidłową wycenę oferty opisanemu przedmiotowi zamówienia, a także opisanemu przedmiotowi zamówienia w sposób nieprzejrzysty, naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz zasadę proporcjonalności w zakresie dotyczącym postanowienia § 4 pkt 4.1 Załącznika nr 2 do specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) – Projekt umowy oraz § 20 pkt 20.3 Załącznika nr 2 do SWZ – Projekt umowy; zaniechanie polegające na braku przewidzenia przez Zamawiającego w ogłoszeniu o Zamówieniu lub dokumentach Zamówienia warunków zmiany umowy polegającej na ograniczeniu wielkości (wartości) realizowanego Zamówienia z zachowaniem wymogów określonych w przepisach; ewentualnie zaniechanie polegające na braku przewidzenia przez Zamawiającego w ogłoszeniu o Zamówieniu lub dokumentach Zamówienia prawa opcji polegającego na możliwości ograniczenia wielkości (wartości) realizowanego Zamówienia z zachowaniem wymogów określonych w przepisach.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm., dalej jako „PZP”), tj.:

- 1.art. 433 pkt 4) w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 1 PZP i art. 16 pkt 2 PZP poprzez wprowadzenie możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania - w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych - warunków wprowadzenia zmian („Zarzut 1”); ewentualnie
- 2.art. 433 pkt 4) w zw. z art. 441 PZP i art. 16 pkt 2 PZP poprzez wprowadzenie możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia o korzystaniu przez Zamawiającego z prawa opcji oraz bez opisanie wszystkich wymaganych przepisami warunków skorzystania z prawa opcji („Zarzut 2”);
- 3.art. 99 ust. 1 i 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP poprzez nieprecyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia w postępowaniu, w sposób który nie uwzględnia wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty oraz utrudnia uczciwą konkurencję i jednocześnie w sposób nie spełniający zasad równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz proporcjonalności („Zarzut 3”);
- 4.art. 742 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 750 Kodeksu cywilnego, art. 354 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego, art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 PZP, art. 431 PZP, art. 7 pkt 32 PZP, art. 433 pkt 3 PZP przez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego polegające na wprowadzeniu do projektu umowy postanowień pozwalających Zamawiającemu na

jednostronne ograniczanie wartości realizowanego Zamówienia aż o 70%, bez jednoznacznego określenia warunków takiej zmiany, co stanowi przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności za działania Zamawiającego i w konsekwencji może doprowadzić do ponoszenia przez wykonawcę wydatków na wykonanie zamówienia bez zwrotu ich wartości przez Zamawiającego („Zarzut 4”).

Podnosząc wskazane zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu, aby dokonał zmiany treści SWZ poprzez usunięcie treści akapitu 4 z § 4 pkt 4.1 oraz zdania ostatniego z pkt 20.3 Załącznika nr 2 do SWZ – Projekt umowy lub modyfikacji tych postanowień w zakresie, w jakim nie określają one w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny warunków zmiany umowy co do ograniczenia wartości umowy o zamówienie.

Jak uzasadnił w odwołaniu, Zamawiający opisał przedmiot Zamówienia w sposób, który zezwala mu na jednostronne (bez zgody wykonawcy), dowolne ograniczanie zakresu wykonania umowy o zamówienie w przedziale pomiędzy 100% a 30% wartości przedmiotu zamówienia, bez konieczności zmiany umowy o zamówienie i wystąpienia przesłanek do takiej zmiany. Taki opis jest nieprawidłowy i stanowi naruszenie wskazanych w Zarzucie 1 przepisów. Ponadto, jego zdaniem de facto ww. postanowienie stanowi prawo opcji i jego wprowadzenie nastąpiło z naruszeniem art. 433 pkt 4) PZP w zw. z art. 441 i art. 16 pkt 2 PZP (Zarzut 2), skoro Zamawiający nie przewidział prawa opcji ani w ogłoszeniu o Zamówieniu, ani w dokumentach zamówienia i nie określił także okoliczności, w jakich może nastąpić ograniczenie wartości zamówienia (tj. okoliczności skorzystania z prawa opcji). Odnośnie Zarzutu 3, podniósł, że wprowadzenie przez Zamawiającego do SWZ postanowienia § 4 pkt 4.1 akapitu 4 PU oraz zdania ostatniego w pkt 20.3 PU spowodowało, że opis przedmiotu zamówienia nie został opisany w sposób jednoznaczny i nie pozwala wykonawcom, w tym Odwołującemu, na dokonanie rzetelnej wyceny ofert. Ponadto, wprowadzenie ww. postanowień spowodowało naruszenie przez Zamawiającego zasad przejrzystości, zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalności. W ocenie Odwołującego, Zamawiający, wykorzystując swoją pozycję dominującą organizatora przetargu, rażąco uprzywilejował w treści projektu umowy pozycję Zamawiającego, czym naruszył art. 742 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 750 Kodeksu cywilnego, art. 354 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego, art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 PZP, art. 431 PZP, art. 7 pkt 32 PZP, art. 433 pkt 3 PZP, co stanowi uzasadnienie Zarzutu 4.

Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie.

Do postępowania odwoławczego nie wpłynęło zgłoszenie przystąpienia.

Pismem z dnia 2 sierpnia 2024 r. Odwołujący cofnął wniesione odwołanie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości.

Odwołujący, przed wyznaczonym terminem rozprawy, oświadczył na piśmie, że cofa w całości odwołanie.

Wobec powyższego, w świetle brzmienia art. 568 pkt 1) PZP, konieczne stało się umorzenie niniejszego postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 520 PZP, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, zaś cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 574 PZP oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a 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. poz. 2437 ze zm.), z których wynika, że jeżeli postępowanie zostało umorzone na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego - odwołującemu zwraca się 90% wpisu.

Przewodnicząca: