Sygn. akt: KIO 1089/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 22 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Anna Wojciechowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu jawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w Warszawie w dniu 22 kwietnia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2024 r. przez **wykonawcę Optima Care sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy**w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Wojewódzki Szpital Zespolony im. dr. R.O. w Koninie z siedzibą w Koninie**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum firm: EVER Medical Care sp. z o.o., EVER Cleaning sp. z o.o. oraz EVERTEAM sp. o.o. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego - **wykonawcy „IZAN+" sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawcy Optima Care sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy** kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej 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.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 1089/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Zespolony im. dr. R.O. w Koninie z siedzibą w Koninie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp"), pn. *„Usługa sprzątania i dezynfekcji pomieszczeń, powierzchni i urządzeń Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. dr. R.O. w Koninie w dwóch lokalizacjach, tj. przy ul. Kard. S. Wyszyńskiego 1 i przy ul. Szpitalnej 45." (znak postepowania: WSZ-EP-11/2024).*Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej - Dz.U. S: 59/2024 pod numerem 173564-2024 z dnia 22 marca 2024 r.

W dniu 2 kwietnia 2024 r. odwołanie wobec treści ogłoszenia i dokumentów zamówienia wniósł wykonawca Optima Care sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy – dalej Odwołujący.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 353(1) k.c. poprzez narzucenie wykonawcom wspólnie ubiegającym się udzielenie zamówienia obowiązku wystawienia jednej faktury na podstawie postanowienia pkt. XX.2.2.1. SWZ;

2. art. 112 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy pzp w zw. z art. 116 ustawy pzp poprzez brak ustalenia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie) w postępowaniu;

3. art. 436 pkt 4 ppkt b ustawy pzp w zw. z art. 16 i 17 ustawy pzp oraz w zw. z art. 5 i art. 353(1) k.c. w zw. z art. 473 § 1 k.c. w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. poprzez sformułowanie postanowień umownych skutkujących utratą prawa do zmiany wynagrodzenia w przypadku:

a) złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenie po upływie 1 miesiąca od zdarzenia uzasadniającego wprowadzenie zmiany;

b) złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia, gdy ww. wniosek zostanie uznany za niejednoznaczny a okoliczności uzasadniające zmianę nieudowodnione, podczas, gdy w SWZ nie zostały wskazane kryteria wg., których będzie dokonywana ocena wniosku oraz nie wprowadzono żadnej procedury wyjaśnień lub uzupełnień wniosku;

4. art. 439 ustawy pzp w zw. z art. 16 i 17 ustawy pzp w zw. z art. 58 § 1 i art. 353(1) k.c. poprzez wadliwe określenie we wzorze umowy zasad dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku

zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia i nadużycie dominującej pozycji Zamawiającego przy projektowaniu treści projektu umowy polegającej na uwzględnieniu jedynie swoich interesów przy sformułowaniu umownych zasad zmian wysokości wynagrodzenia, wymaganych w myśl art. 439 ustawy pzp podczas, gdy Zamawiający powinien uwzględnić uzasadniony interes wykonawcy i zapewnić rzeczywistą równowagę ekonomiczną miedzy stronami i jednocześnie unikać wszystkiego co taką relację może zachwiać tj.:

a) poprzez określenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia jako procentu (%) od miesięcznej wartości umowy;

b) poprzez niejednoznaczne wskazanie, okoliczności uprawniającej do wystąpienia o waloryzację – z postanowień umownych nie wynika jednoznacznie, czy waloryzacja będzie dopuszczalna w przypadku podwyżki cen o 10%, czy też w przypadku, gdy wskaźnik inflacji ulegnie podwyżce o 10% ewentualnie określenie ww. wskaźnika na poziomie wygórowanym;

c) poprzez sformułowanie postanowień umownych skutkujących utratą prawa do waloryzacji wynagrodzenia w przypadku złożenia wniosku o waloryzację po upływie 14 dni od publikacji przez Prezesa GUS informacji o wskaźniku inflacji;

5. art. 8, art. 431 ustawy pzp w zw. z art. 5 i art. 353(1) k.c. poprzez ustalenie niesymetrycznych uprawnień stron do wypowiedzenia umowy tj. poprzez zastrzeżenie w projekcie umowy uprawnienia Zamawiającego do rozwiązania umowy z błahego powodu;

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu: zmianę treści SWZ i ogłoszenia poprzez np.:

1. w zakresie zarzutu 1) - usunięcie z postanowienia XX.2.2.1. SWZ zastrzeżenia, że: „oraz zawierającą upoważnienie dla jednego z Wykonawców do składania a także do otrzymywania należnych płatności (o ile nie została przedłożona wraz z ofertą)";

2. w zakresie zarzutu 2) – wprowadzenie do treści SWZ warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia;

3. w zakresie zarzutu 3):

a) usunięcie postanowień umownych skutkujących utratą prawa do zmiany wynagrodzenia w przypadku złożenia wniosku o waloryzację po upływie 1 miesiąca od zdarzenia uzasadniającego wprowadzenie zmiany tj. usunięcie postanowienia § 11 ust. 14 wzoru umowy

b) usunięcie postanowień umownych skutkujących utratą prawa do zmiany wynagrodzenia w przypadku, gdy wniosek zostanie uznany za niejednoznaczny a okoliczności uzasadniające zmianę nieudowodnione tj. usunięcie postanowienia § 11 ust. 15 wzoru umowy

lub ewentualnie

wprowadzenie do § 11 ust. 15 wzoru umowy kryteriów wg., których będzie dokonywana ocena wniosku oraz procedury wyjaśnień lub uzupełnień wniosku.

4. w zakresie zarzutu 4):

a) określenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenie jako procentu (%) od całkowitej wartości umowy wskazanej w § 2 ust. 2;

b) jednoznaczne wskazanie w SWZ, czy okolicznością warunkującą udzielenie waloryzacji jest zmiana cen o 10%, czy zmiana wskaźnika inflacji o 10% a w przypadku, gdyby ww. wskaźnik 10% nie dotyczył wzrostu cen lub kosztów niezbędnych do wykonania – obniżenie ww. wskaźnika do poziomu odpowiadającego prognozom inflacji w ujęciu rocznym na rok 2024;

c) usunięcie postanowień umownych skutkujących utratą prawa do waloryzacji wynagrodzenia w przypadku złożenia wniosku o waloryzację po upływie 14 dni od publikacji przez Prezesa GUS informacji o wskaźniku inflacji tj. postanowienia § 12 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy;

5. w zakresie zarzutu 5) – usunięcie postanowienia § 18 ust. 2 pkt 1 i 4 wzoru umowy.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosili skuteczne przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum firm: EVER Medical Care sp. z o.o., EVER Cleaning sp. z o.o oraz EVERTEAM sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – dalej Konsorcjum EVER, natomiast na korzyść Odwołującego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca „IZAN+" sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

Izba ustaliła również, że w dniu 17 kwietnia 2024 r. wpłynęła do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie w części - w zakresie zarzutów nr 1), 3) - częściowo, 4) i 5), tj. zarzutów naruszenia:

1) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 353(1) k.c. poprzez narzucenie wykonawcom wspólnie ubiegającym się udzielenie zamówienia obowiązku wystawienia jednej faktury na podstawie postanowienia pkt. XX.2.2.1. SWZ;

3) art. 436 pkt 4 ppkt b w zw. z art. 16 i 17 ustawy pzp oraz w zw. z art. 5 i art. 353(1) k.c. poprzez sformułowanie postanowień umownych skutkujących utratą prawa do zmiany wynagrodzenia w przypadku:

a) złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenie po upływie 1 miesiąca od zdarzenia uzasadniającego wprowadzenie zmiany;

b) złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia, gdy ww. wniosek zostanie uznany za niejednoznaczny a okoliczności uzasadniające zmianę nieudowodnione, podczas, gdy w SWZ nie zostały wskazane kryteria wg., których będzie dokonywana ocena wniosku oraz nie wprowadzono żadnej procedury wyjaśnień lub uzupełnień wniosku.

4) art. 439 ustawy pzp w zw. z art. 16 i 17 ustawy pzp w zw. z art. 58 § 1 i art. 353(1) k.c. poprzez wadliwe określenie we wzorze umowy zasad dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia i nadużycie dominującej pozycji Zamawiającego przy projektowaniu treści projektu umowy polegającej na uwzględnieniu jedynie swoich interesów przy sformułowaniu umownych zasad zmian wysokości wynagrodzenia, wymaganych w myśl art. 439 ustawy pzp podczas, gdy Zamawiający powinien uwzględnić uzasadniony interes wykonawcy i zapewnić rzeczywistą równowagę ekonomiczną miedzy stronami i jednocześnie unikać wszystkiego co taką relację może zachwiać tj.:

a) poprzez określenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia jako procentu (%) od miesięcznej wartości umowy;

b) poprzez niejednoznaczne wskazanie, okoliczności uprawniającej do wystąpienia o waloryzację – z postanowień umownych nie wynika jednoznacznie, czy waloryzacja będzie dopuszczalna w przypadku podwyżki cen o 10%, czy też w przypadku, gdy wskaźnik inflacji ulegnie podwyżce o 10% ewentualnie określenie ww. wskaźnika na poziomie wygórowanym;

c) poprzez sformułowanie postanowień umownych skutkujących utratą prawa do waloryzacji wynagrodzenia w przypadku złożenia wniosku o waloryzację po upływie 14 dni od publikacji przez Prezesa GUS informacji o wskaźniku inflacji;

5) art. 8, art. 431 ustawy pzp w zw. z art. 5 i art. 353(1) k.c. poprzez ustalenie niesymetrycznych uprawnień stron do wypowiedzenia umowy tj. poprzez zastrzeżenie w projekcie umowy uprawnienia Zamawiającego do rozwiązania umowy z błahego powodu.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie pozostałym, tj.:

a) w zakresie zarzutu nr 2), tj. naruszenia art. 112 ust. 1 i 2 pkt 3) w zw. z art. 116 ustawy pzp poprzez brak ustalenia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie) w postępowaniu,

b) w zakresie części zarzutu nr 3), tj. naruszenia art. 473 § 1 k.c. w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. poprzez sformułowanie postanowień umownych skutkujących utratą prawa do zmiany wynagrodzenia w przypadku: - złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenie po upływie 1 miesiąca od zdarzenia uzasadniającego wprowadzenie zmiany; - złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia, gdy ww. wniosek zostanie uznany za niejednoznaczny a okoliczności uzasadniające zmianę nieudowodnione, podczas, gdy w SWZ nie zostały wskazane kryteria wg., których będzie dokonywana ocena wniosku oraz nie wprowadzono żadnej procedury wyjaśnień lub uzupełnień wniosku.

Pismem z dnia 19 kwietnia 2024 r. Odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego.

W dniu 22 kwietnia 2024 r. odbyło się posiedzenie jawne z udziałem Stron i Uczestników postępowania, na które nikt się nie stawił. Przystępujący po stronie Zamawiającego nie złożył więc oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu co do

uwzględnienia odwołania w części, gdyż nie stawił się na posiedzenie z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, pomimo prawidłowego powiadomienia. Zgodnie z art. 549 ust. 4 ustawy pzp, niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Izba stwierdziła, że wskutek prawidłowego wezwania, Przystępujący Konsorcjum EVER miał możliwość stawienia się na posiedzeniu i bronienia swych interesów, a jego niestawiennictwo w okolicznościach wskazanych powyższej wywołuje negatywne skutki procesowe. Przystępujący nie zdecydował się skorzystać ze swojego prawa, gdyż nie stawił się na posiedzenie Izby wyznaczone na dzień 22 kwietnia 2024 r. W ocenie Izby powyższe jest równoważne z rezygnacją z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w części. Zauważyć bowiem należy, że posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania jest fazą postępowania odwoławczego, która bezpośrednio poprzedza rozprawę. Na tym etapie strony prezentują swoje ostateczne stanowiska procesowe co do podtrzymania lub cofnięcia odwołania, uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu czy wniesienia sprzeciwu wobec tej ostatniej czynności, od których to stanowisk uzależnione jest skierowanie odwołania do rozpoznania na rozprawie. Dobrowolny brak udziału w tej fazie postępowania odwoławczego należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów (tak KIO w postanowieniu z dnia 7 grudnia 2016 r., sygn. akt: 2214/16).

Wobec powyższych ustaleń, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 522 ust. 3 ustawy pzp, zgodnie z którym *„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."* Taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Zamawiający uwzględnił w części zarzuty odwołania, a Odwołujący wycofał pozostałe zarzuty. Natomiast, Wykonawca, który zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia odwołania, co wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego. Powyższe powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku 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 uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……