Sygn. akt: KIO 2481/23

POSTANOWIENIE
z dnia 4 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Elżbieta Dobrenko
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu w dniu 4 września 2023 r. w Warszawie na posiedzeniu z udziałem stron, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę **„Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim" Sp. z o. o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Wrocław – Urząd Miejski Wrocławia**

postanawia:

1.umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty**15.000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **„Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Mazowieckim" Sp. z o. o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim,** stanowiącej wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……..……

Sygn. akt: KIO 2481/23

U z a s a d n i e n i e

Gmina Wrocław-Urząd Miejski Wrocławia, zwany dalej *„Zamawiającym*", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego organizowanego przez Gminę Wrocław na terenie Wrocławia oraz Gmin Wisznia Mała, Długołęka i Czernica. Numer referencyjny: ZP/PN/44/2023/WTR".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 9 sierpnia 2023 r. pod numerem: 2023/S 012-032020.

W dniu 21 sierpnia 2023 r. wykonawca „Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej
w Grodzisku Mazowieckim" sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim, zwany: *„Odwołującym*" wniósł odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia opublikowanych przez Zamawiającego - Gminę Wrocław - Urząd Miejski Wrocławia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 99 ust 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty w zakresie opisania przewozów specjalnych,
2) art. 95 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zobowiązanie Wykonawcy do zatrudnienia, na dzień podpisania umowy, kierowców do wykonywania przewozów na okres równy okresowi realizacji zamówienia możliwość zobowiązania Wykonawcy do trwania umowy, bez wskazywania trwania okresu umów o pracę,
3) naruszenie art. 353^1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny („KC") w zw. z art. 16 pkt 3) Pzp poprzez nieproporcjonalne ukształtowanie warunków umowy w zakresie postanowień dotyczących możliwości odstąpienia przez Zamawiającego od umowy w przypadku ziszczenia się naruszeń o skali i wadze naruszenia nieadekwatnej do skutków lub opisania tych naruszeń w sposób subiektywny lub nieprowadzący do należytego wykonania zamówienia,
4) naruszenie przepisów art. 431 i art. 439 ust. 1 i 3 Pzp, w zw. z art. 16 pkt 3) Pzp,

w zw. z art. 17 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353^1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny („KC"), poprzez ukształtowanie warunków umowy wskazujących, iż wynagrodzenie będzie waloryzowane co 6 miesięcy, począwszy od 12 pełnego miesiąca od rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych co nastąpi do 11 miesięcy od dnia podpisania umowy ale nie wcześniej niż 01.06.2024 roku a co stanowi obejście przepisów Pzp dotyczących obowiązkowych umownych klauzul waloryzacyjnych wynagrodzenia wykonawcy zawartych w art. 439 ust. 1 i 3 Pzp i prowadzi do niedopuszczalnego zachwiania równowagi kontraktowej stron umowy o zamówienie publiczne poprzez nieproporcjonalne przerzucenie na wykonawcę ryzyk związanych ze wzrostem cen na rynku usług przewozów autobusowych w okresie ok. 30 miesięcy liczonych od dnia złożenia oferty oraz ryzykiem ustalenia podstawy waloryzacji,

5) naruszenie przepisów art. 439 ust. 2 pkt 3) Pzp, w zw. art. 433 pkt 3) Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353^1 KC, poprzez ukształtowanie postanowień umowy w zakresie waloryzacji wynagrodzenia w ten sposób, że:
a) przyjęto w ramach wskaźnika waloryzacji proporcję 0,85 % co podważa rzeczywisty koszt zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia przyjęty jako podstawa ustalenia zwaloryzowanego wynagrodzenia,
b) nie doprecyzowano, w zakresie objętym uzasadnieniem, podstaw sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia (wskaźników ujętych w załączniku nr 9),
c) nie ujęto wszystkich okoliczności mających wpływ na zmiany cen materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia,
d) nie doprecyzowano przepisów zobowiązujących Zamawiającego do wiążącego przekazania Wykonawcy informacji jakich danych ujętych w punkcie 1 Załącznika nr 9 do Umowy nie ma lub są błędnie przez Wykonawcę wyliczone co ma wpływ na zakres i termin wypłaty zwaloryzowanego wynagrodzenia, co, w konsekwencji, powoduje iż Zamawiający nieproporcjonalnie przerzuca na wykonawców wszystkie ryzyka związane z wahaniami cen na rynku przewozów autobusowych oraz prowadzi do oderwania wynagrodzenia od rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia przez Wykonawcę w okresie, w którym powinna nastąpić waloryzacja,
6) naruszenie przepisu art. 439 ust 1 w związku z art. 455 ust 1 ustawy Pzp poprzez brak opisania w przesłankach istotnych zmian umowy okoliczności skutkującej zmianą wynagrodzenia należnego Wykonawcy przypadku wprowadzenia nowych opłat/podatków powszechnie obowiązujących a mających wpływ na koszt wykonania zamówienia,
7) naruszenie przepisu art. 433 pkt 1 i 2) Pzp w zw. z art. 16 pkt 3) Pzp w związku z art. 353^1 KC, oraz art. 436 pkt 3) ustawy Pzp poprzez:
a) wprowadzenie do projektowanych postanowień umowy (załącznik nr 8) instrumentu
(a w istocie kary umownej), który pozwala na pomniejszenie wynagrodzenia wykonawcy,
z powodu okoliczności za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności (opóźnienie) lub ustanawia wartość instrumentu na poziomie nieadekwatnym do przewinienia (kwestia ramek, lub niezrozumiałej, bądź błędnej (nieodpowiadającej trasie przejazdu) zapowiedzi głosowej;
b) omijanie regulacji dotyczących maksymalnej wysokości kar umownych, które mogą dochodzić strony ponieważ instrument pomniejszania wynagrodzenia będący w istocie karami umownymi nie wchodzi w zakres maksymalnej wysokości kar umownych,
8) naruszenie art. 241 ust 1 w związku z art. 239 ust 2 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie kryterium procent autobusów tego samego producenta wśród wszystkich autobusów typu D i De (wszystkie podstawowe i rezerwowe), które nie jest związane z przedmiotem zamówienia i w żaden sposób nie wpływa na jakość świadczonych usług oraz narusza zasadę uczciwej konkurencji ograniczając w sposób niezasadny rynek.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i zmianę Projektowanych Postanowień Umowy wraz z załącznikami zgodnie z treścią żądań przywołanych każdorazowo przy opisie każdego z zarzutów.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych, został uiszczony od niego wpis, nie zaistniały również przesłanki określone w art. 528 ustawy Pzp, których skutkiem byłoby odrzucenie odwołania.

Ustalono także, że do Prezesa Izby w ustawowym terminie nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W odpowiedzi na odwołanie (pismo z 31 sierpnia 2023 r.) Zamawiający oświadczył, iż uwzględnia zarzut nr 1 i nr 2 w całości, zarzut nr 3 i nr 4 uwzględnia częściowo, nie uwzględnia natomiast zarzutu nr 5, 6 i 7.

Odwołujący cofnął wszystkie zarzuty nieuwzględnione przez Zamawiającego, w tym także zarzuty częściowo uwzględnione, lecz wyłącznie w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego (pismo z 1 września 2023 r.) i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w oparciu o art. 522 ust. 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem, *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.

Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.*

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 3 i art. 568 pkt
3 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba orzekła o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania odwoławczego oraz nakazała zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu
§ 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r.
w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), *w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości koszty, o których mowa*
w , znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu - w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Uwzględniając powyższe, postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący: **……..……..……..……..……**