Sygn. akt KIO 903/23

POSTANOWIENIE

z dnia 13 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Michał Pawłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 13 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu
30 marca 2023 r. przez wykonawcę ASSECO Poland Spółka Akcyjna z siedzibą
w Rzeszowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego z siedzibą w Warszawie w przedmiocie zamówienia publicznego na *„wsparcie techniczne infrastruktury teleinformatycznej oraz utrzymanie licencji na oprogramowanie dla Centrum Przetwarzania Danych Centrum Automatycznego Nadzoru nad Ruchem Drogowym”;* numer referencyjny: BDG.ZPB.230.1.2023

postanawia:

1.Umarza postępowanie odwoławcze.

2.Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego ASSECO Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej równowartość wniesionego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze 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 903/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalny Inspektor Transportu Drogowego działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.), zwanej dalej jako „ustawa PZP”, prowadzi postępowanie o udzieleniezamówienia publicznego na: *„wsparcie techniczne infrastruktury teleinformatycznej oraz utrzymanie licencji na oprogramowanie dla Centrum Przetwarzania Danych Centrum Automatycznego Nadzoru nad Ruchem Drogowym”.* Numer referencyjny zamówienia to BDG.ZPB.230.1.2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej
w dniu 20 marca 2023 r., pod numerem 2023/S 056-166126.

W dniu 30 marca 2023 r. Odwołujący – ASSECO Poland Spółka Akcyjna z siedzibą
w Rzeszowie wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na sformułowaniu zapisów Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”) oraz Ogłoszenia o zamówieniu niezgodnych z przepisami ustawy PZP oraz innymi szczegółowo wskazanymi w odwołaniu przepisami prawa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) w odniesieniu do wadliwych postanowień dotyczących waloryzacji wynagrodzenia zawartych w Projektowanych Postanowieniach Umowy (dalej jako „PPU”), tj. § 7 PPU „Waloryzacja” (dla części I-III zamówienia) oraz § 5 PPU „Waloryzacja wynagrodzenia” (dla cz. IV zamówienia) – art. 439 ust. 1 i 2 ustawy PZP w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy PZP oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy PZP w zw. z art. 353^1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r., poz. 1360, ze zm.), zwanego dalej „k.c.”, w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez ustalenie klauzuli waloryzacyjnej w sposób nie pozwalający na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niwelujący ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, co przy aktualnym poziomie inflacji oraz poziomie wzrostu wynagrodzeń, prowadzi do uznania PPU w niezmienionym kształcie za naruszające zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego (zarzut nr 1),

2) w odniesieniu do wadliwych postanowień dotyczących licencji i praw autorskich zawartych w PPU, tj. § 9 PPU „Licencje i prawa autorskie” (dla części I-III zamówienia) oraz § 7 PPU „Licencje i prawa autorskie” (dla części IV

zamówienia) – art. 99 ust. 1 i 4 ustawy PZP oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy PZP w zw. z art. 353^1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez określenie zasad udzielenia licencji w sposób niemożliwy do zrealizowania oraz naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego (zarzut nr 2),

3) w odniesieniu do wadliwych postanowień dotyczących gwarancji i rękojmi zawartych w PPU, tj. § 10 PPU „Gwarancja" (dla części I-III zamówienia) art. 99 ust. 1 i 4 ustawy PZP oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy PZP w zw. z art. 353^1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez określenie zasad gwarancji i rękojmi w sposób niemożliwy do zrealizowania oraz naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego (zarzut nr 3),

4) w odniesieniu do wadliwych postanowień dotyczących kar umownych zawartych w PPU, tj. § 11 ust. 1 pkt 1) a) oraz 2) „Odpowiedzialność odszkodowawcza i kary umowne" (dla części I-III zamówienia) – art. 99 ust. 1 i 4 ustawy PZP oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy PZP w zw. z art. 353^1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez określenie wysokości kary umownej w sposób nieproporcjonalny, co prowadzi do uznania PPU w niezmienionym kształcie za naruszające zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego (zarzut nr 4),

5) w odniesieniu do wadliwego określenia warunków fakturowania wynagrodzenia z tytułu wykonania Przedmiotu Umowy zawartego w PPU, tj. § 6 ust. 3, 5 i 9 PPU „Wynagrodzenie" (dla cz. I-III zamówienia) – art. 106i ust. 1 w zw. z art. 19a ust. 3 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług w zw. z art. 12 ust. 3c ustawy z dnia 17 września 2021 r. o podatku dochodowym od osób prawnych w zw. z art. 353^1 k.c. oraz w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy PZP (zarzut nr 5),

6) w odniesieniu do wadliwych postanowień dotyczących ustanawiania priorytetów zgłoszenia zawartych w p. 4.7.21 Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej jako „OPZ") i § 3 ust. 4 PPU – art. 99 ust. 1 ustawy PZP, co prowadzi do uznania PPU w niezmienionym kształcie za naruszające zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego (zarzut nr 6).

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ oraz Ogłoszenia o zamówieniu w następujący sposób:

1) W zakresie zarzutu nr 1 odwołania – zmiany klauzuli waloryzacyjnej określonej w § 7 PPU (dla cz. I-III zamówienia) oraz § 5 PPU (dla cz. IV zamówienia) w taki sposób, aby uwzględniała następujące elementy:

„1) Wynagrodzenie Wykonawcy będzie korygowane w celu oddania wzrostów lub spadków kosztów związanych z realizacją zamówienia w oparciu o wskaźniki mające wpływ na koszt realizacji zamówienia, tj. : a. wskaźnik zmiany cen towarów i usług konsumpcyjnych („□□□□") publikowane przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (zwanego dalej „Prezesem GUS").

2) Początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest Data Odniesienia, którą stanowi miesiąc następujący po miesiącu złożenia oferty.

3) Wynagrodzenie należne Wykonawcy w danym miesiącu podlegać będzie waloryzacji o współczynnik waloryzacyjny („□□□") wyliczony według wzoru:

□□□□□= □□□o/100*□□□o+1/100* (…) *□□□□/100

gdzie:

„o" – miesiąc następujący po miesiącu złożenia oferty,

„n" – miesiąc poprzedzający miesiąc wystawienia faktury za dane prace,

„□□□o" – miesięczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych (poprzedni miesiąc = 100) podany przez Prezesa GUS dla miesiąca następującego po miesiącu składania ofert,

„□□□□" – miesięczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych (poprzedni miesiąc = 100) podany przez Prezesa GUS dla miesiąca poprzedzającego miesiąc wystawienia faktury za dane prace,

„□□□□□" – wskaźnik zmiany cen towarów i usług konsumpcyjnych w okresie pomiędzy miesiącem następującym po miesiącu, w którym została złożona oferta (wartość odniesienia), a miesiącem poprzedzającym wystawienie faktury za dane prace; zaokrąglonym do czwartego miejsca po przecinku

4) Wynagrodzenie będzie podlegało waloryzacji począwszy od pierwszego miesiąca,

w którym dochodzi do zmiany cen lub kosztów.

5) Łączna wartość korekt wynikająca z waloryzacji nie przekroczy (+/-) 50 % wynagrodzenia netto. Przez łączną wartość korekt należy rozumieć wartość wzrostu lub spadku wynagrodzenia Wykonawcy wynikającą z waloryzacji".

2) W zakresie zarzutu nr 2 odwołania – usunięcie w § 9 PPU (dla cz. I-III zamówienia) oraz w § 7 PPU (dla cz. IV zamówienia) postanowień ust. 2 i 3.

3) W zakresie zarzutu nr 3 odwołania – wykreślenie w § 10 PPU ust. 5, ust. 8 i ust. 9.

4) W zakresie zarzutu nr 4 odwołania – zmianę § 11 ust. 1 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) PPU w następujący sposób:

„1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną:

1) za niedotrzymanie czasów wynikających z SLA dla usunięcia Awarii, przy czym kary naliczane będą dla każdego Incydentu z osobna:

a) Awaria krytyczna – 0,5 % - dla cz. I i II / 1% - dla cz. III wynagrodzenia brutto za trzymiesięczny okres rozliczeniowy, o którym mowa w § 6 ust. 3 Umowy, w którym doszło do incydentu, za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki;

2) za zwłokę w przywrócenia elementu Infrastruktury Sprzętowej po jego wymianie do pełnej funkcjonalności sprzed awarii – 0,5% - dla cz. I i II / 1 % - dla cz. III wynagrodzenia brutto, za trzymiesięczny okres rozliczeniowy, o którym mowa w 6 ust. 3 Umowy, w którym doszło do incydentu, za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki ponad czas wskazany w § 4 ust. 6".

5) W zakresie zarzutu nr 5 odwołania – zmianę § 6 ust. 5 PPU na następujące:

„5. Wszelkie płatności wynikające z Umowy będą dokonywane przez Zamawiającego w formie przelewu na rachunek bankowy Wykonawcy o nr [■] w terminie do 30 dni kalendarzowych od daty doręczenia prawidłowo wystawionej faktury. Za dzień zapłaty uznaje się dzień obciążenia rachunku bankowego Zamawiającego. Faktury z tytułu realizacji Przedmiotu Umowy będą wystawiane przez Wykonawcę po zakończeniu trzymiesięcznego okresu rozliczeniowego zgodnie z art. 19a ust. 3 ustawy o podatku od towarów i usług. Podstawę do wypłaty wynagrodzenia wynikającego z danej faktury VAT stanowić będzie podpisany przez Zamawiającego oryginał odpowiedniego Protokołu Odbioru zgodnie z § 8 ust. 2 i 3 Umowy. Fakturę VAT należy wystawić do 15-go dnia miesiąca następującego po danym okresie rozliczeniowym i przesyłać do Zamawiającego".

6) W zakresie zarzutu nr 6 odwołania – modyfikację p. 4.7.21 OPZ poprzez usunięcie ostatniego zdania*„Priorytet zgłoszenia ustanawia Zamawiający",* a także modyfikację § 3 ust. 4 PPU poprzez usunięcie zdania*„Priorytet zgłoszenia ustanawia Zamawiający, a Wykonawca jest nimi związany".*

Ze znajdującej się w aktach sprawy odwoławczej informacji przekazanej przez Zamawiającego Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2023 r. wynika, że informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią oraz wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego Zamawiający zamieścił na swojej Platformie Zakupowej pod adresem https://przetargigitd.ezamawiajacy.pl/servlet/HomeServlet w dniu 31 marca 2023 r.

Izba ustaliła, że termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego upłynął w dniu 3 kwietnia 2023 r. Do dnia wydania przez Izbę postanowienia na posiedzeniu niejawnym nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego – ani po stronie Zamawiającego, ani po stronie Odwołującego.

Następnie w dniu 13 kwietnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie Zamawiającego, w której wniósł on o umorzenie postępowania odwoławczego w całości z uwagi na fakt, iż Zamawiający dokonał modyfikacji zapisów SWZ i PPU zgodnie z żądaniami Odwołującego. Jednakowoż z treści odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego nie wynika, aby złożył on wyraźne oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości. W dniach 4 i 12 kwietnia 2023 r. Zamawiający dokonał zmiany treści lub usunięcia postanowień SWZ, które zostały zaskarżone odwołaniem:

a) w odniesieniu do zarzutu nr 1 odwołania – § 7 PPU (dla części I-III zamówienia) i § 5 PPU (dla części IV zamówienia),

b) w odniesieniu do zarzutu nr 2 odwołania – § 9 ust. 2 i 3 PPU (dla części I-III zamówienia) i § 7 PPU ust. 2 i 3 PPU (dla części IV zamówienia),

c) w odniesieniu do zarzutu nr 3 odwołania – § 10 ust. 5, 8 i 9 PPU,

d) w odniesieniu do zarzutu nr 4 odwołania – § 11 ust. 1 pkt 1) a) oraz pkt 2) PPU,

e) w odniesieniu do zarzutu nr 5 odwołania – § 6 ust. 5 PPU,

f) w odniesieniu do zarzutu nr 6 odwołania – p. 4.7.21 OPZ i § 3 ust. 4 PPU.

Większość z tych modyfikacji postanowień SWZ była zgodna z żądaniami Odwołującego zawartymi w jego odwołaniu, choć nie wszystkie.

Następnie w dniu 13 kwietnia 2023 r. – wobec dokonanych przez Zamawiającego zmian postanowień SWZ w dniach 4 i 12 kwietnia 2023 r. – Odwołujący na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy PZP złożył wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 903/23. Swój wniosek Odwołujący uzasadnił w ten sposób, że dokonanie przez Zamawiającego czynności zmiany SWZ realizuje całość żądań jego odwołania, a zatem przestał istnieć spór poddany pod rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, czyli przestał istnieć substrat zaskarżenia, tj. treść SWZ objęta odwołaniem.

Izba zważyła, co następuje:

Analiza materiału zgromadzonego w aktach sprawy odwoławczej doprowadziła Izbę do przekonania, że postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie stało się zbędne, albowiem Zamawiający w wyniku odwołania wniesionego przez wykonawcę ASSECO Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie dokonał modyfikacji wszystkich postanowień SWZ, których niezgodność z przepisami prawa została zarzucona w odwołaniu. Co prawda Zamawiający nie złożył wyraźnego oświadczenia o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych
w odwołaniu, to jednak zdaniem Odwołującego czynności podjęte w postępowaniu przez Zamawiającego po wniesieniu odwołania w pełni go satysfakcjonują, albowiem w całości realizują one żądania jego odwołania. Izba uznała więc, że zmiana treści postanowień SWZ lub ich wykreślenie po wniesieniu odwołaniaskutkują zniesieniem substratu zaskarżenia, tj. nie istnieją już zapisy SWZ w kształcie, jaki był na datę wniesienia odwołania.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 ustawy PZP i art. 574-576 ustawy PZPoraz w oparciu o przepis § 9 ust. 2 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. z 2020 r., poz. 2437). Z uwagi na umorzenie tego postępowania na podstawie przesłanki z art. 568 pkt 2 ustawy PZP koszty postępowania odwoławczego zostały wzajemnie zniesione między stronami. Izba orzekła też o nakazaniu zwrotu wpisu od odwołania uiszczonego przez Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:……