Sygn. akt: KIO 1582/23

POSTANOWIENIE

z dnia 15 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 15 czerwca 2023 r.
w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu
2 czerwca 2023 r. przez wykonawcę Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego 109 Szpital Wojskowy z Przychodnią SPZOZ w Szczecinie

postanawia:

1.Umarza postępowanie odwoławcze.

2.Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych, zero groszy) tytułem kwoty uiszczonego wpisu na rzecz wykonawcy Impel Facility Services sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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 1582/23

UZASADNIENIE

109 Szpital Wojskowy z Przychodnią SPZOZ w Szczecinie dalej jako: „Zamawiający" – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisu ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), dalej jako: „ustawa PZP", którego przedmiotem jest świadczenie kompleksowej usługi utrzymania czystości i porządku wraz z pomocą przy pacjencie na terenie 109 Szpitala Wojskowego z Przychodnią SPZOZ w Szczecinie z podziałem na dwa zadania (znak postepowania: RPoZP 19/2023).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 maja 2023 r. pod numerem 2023/S 098 – 306559.

Dnia 2 czerwca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy Impel Facility Services sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako: „Odwołujący"), w zakresie dwóch zadań. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1) art. 433 pkt 4 Ustawy w zw. z art. 8 Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez ustalenie w treści projektu umowy postanowień umożliwiających ograniczenie zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez jednoczesnego wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron;

2) art. 436 pkt 4 ppkt b w zw. z art. 16 i 17 Ustawy oraz w zw. z art. art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez ustalenie w projekcie umowy maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką Zamawiający dopuszcza w efekcie zastosowania klauzuli waloryzacyjnej, o której mowa w art. 436 pkt 4 ppkt b Ustawy;

3) art. 439 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy i w zw. art. 58 ustawy Kodeks cywilny oraz art. 431 Ustawy poprzez ustalenie postanowień ustalenie w treści projektu umowy pozornych postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia podczas, gdy przepis art. 439 Ustawy wymaga sformułowania racjonalnej, skutecznej i pozbawionej wad prawnych klauzuli w przedmiocie zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia dla umów o usługi, których termin realizacji przekracza 6 miesięcy;

4) art. 8, art. 431 Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez ustalenie niesymetrycznych uprawnień stron do rozwiązania umowy tj. poprzez zastrzeżenie w projekcie umowy uprawnienia Zamawiającego do odstąpienia od umowy z błahego powodu;

5) przepisów art. 436 pkt 3 Ustawy w zw. z art. 8, art. 431, art. 16, art. 17 Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z art. 473 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. poprzez ustanowienie w treści projektu umowy maksymalnej wysokości kar umownych w wysokości odpowiadającej 30% wartości wynagrodzenia brutto.

6) art. 112 ust. 1 i 2 pkt 3 w zw. z art. 116 oraz w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez ustalenie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie) w sposób nieproporcjonalny oraz poziomach zdolności wyższych niż minimalne tj. użycie w treści warunku sformułowania *o standardach sanitarno – epidemiologicznych (z podziałem na strefy sanitarne – o najwyższym poziomie dezynfekcji, ciągłej dezynfekcji oraz niskim poziomie dezynfekcji,* które to standardy są identyczne z przedmiotem zamówienia .

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SWZ i ogłoszenia poprzez:

1)w zakresie zarzutu nr 1) - dodanie do obu projektów umów postanowienia, że:
Całkowita maksymalna wielkość ograniczeń zamówienia, dopuszczalnych na podstawie postanowień niniejszej umowy nie przekroczy 15% wartości netto wynagrodzenia wykonawcy określonego w § 3 ust. 1 umowy.

2) w zakresie zarzutu nr 2 – zmianę postanowień § 7 ust. 23 obu projektów umów w następujący sposób:

Strony ustalają maksymalną wartość zmiany Wynagrodzenia w efekcie zastosowania powyższych postanowień ust. 18-22 na poziomie do 20% kwoty wynagrodzenia Wykonawcy netto określonej w § 3 ust. 1 niniejszej umowy w dniu zawarcia niniejszej umowy.

3) w zakresie zarzutu nr 3 – zmianę postanowień § 7 ust. 23 obu projektów umów w następujący sposób:

Strony ustalają maksymalną wartość zmiany Wynagrodzenia w efekcie zastosowania powyższych postanowień ust. 18-22 na poziomie do 20% kwoty wynagrodzenia Wykonawcy netto określonej w § 3 ust. 1 niniejszej umowy w dniu zawarcia niniejszej umowy.

4) w zakresie zarzutu nr 4 - usunięcie postanowienia § 8 ust. 5 lit. a) obu projektów umów tj. usunięcie postanowienia, że:

Niezależnie od przypadków wymienionych w ustawach Kodeks cywilny oraz Prawo zamówień publicznych Zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od niniejszej umowy lub jej niezrealizowanej części, gdy:

a) Wykonawca co najmniej trzykrotnie nie wykonał należycie usługi stanowiące przedmiot niniejszej umowy

5) w zakresie zarzutu nr 5 – zmianę postanowień § 6 ust. 2 obu projektów umów w następujący sposób:

Łączna wysokość kar umownych naliczonych każdej ze stron niniejszej umowy nie może przekroczyć 15 % kwoty łącznego wynagrodzenia brutto za wykonanie przedmiotu niniejszego umowy określonego w § 3 ust. 1 niniejszej umowy

6) w zakresie zarzutu nr 6 – zmianę postanowień rozdz. XXll pkt 1 ppkt 2 lit. a) SWZ na przykład w następujący sposób:

W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - w tym zakresie Wykonawca spełni warunek, gdy wykaże, że:

- w okresie ostatnich trzech lat należycie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje usługi (minimum 2 usługi) o podobnym charakterze, czyli odpowiadających swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia:

w przypadku oferty złożonej na zadanie nr 1 – Zamawiający uzna za usługi o podobnym charakterze usługi wykonywane przez okres co najmniej 12 miesięcy w ramach jednego kontraktu polegającą na wykonywaniu czynności służących profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia oraz transporcie wewnątrzszpitalnym, które były realizowane w szpitalu (z podziałem na strefy sanitarne – o najwyższym poziomie dezynfekcji, ciągłej dezynfekcji oraz niskim poziomie dezynfekcji) i liczbie łóżek powyżej 80, oraz łącznej powierzchni sprzątanych obiektów co najmniej 8.000m² oraz o wartości nie mniejszej niż 3 500 000 zł rocznie każda

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

Izba stwierdziła, że nie ma podstaw do odrzucenia odwołania, a także istnienie interesu do wniesienia odwołania.

Izba ustaliła, że nie miało miejsca żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 12 czerwca 2023 r. Zamawiający oświadczył, że *„uwzględniam co do zasady zarzut sformułowany w pkt 1 odwołania, tj. (…) ale nie uwzględniam w całości żądania Odwołującego i modyfikuję projektowane postanowienia umowy poprzez dodanie do projektów umów, jako § 7 ust. 16[1] postanowienia, że: Całkowita maksymalna wielkość ograniczeń zamówienia, dopuszczalnych na podstawie postanowień niniejszej umowy nie przekroczy 30% wartości netto*

wynagrodzenia Wykonawcy określonego w § 3 ust. 1 umowy."

Zamawiający wniósł w tym zakresie o umorzenie postępowania.

Ponadto Zamawiający oświadczył, że: *„uwzględniam zarzut sformułowany w pkt 4 odwołania, tj. naruszenia art. 8 i art. 431 PZP w zw. z art. 5 i art. 353[1] k.c. i żądanie usunięcia postanowienia § 8 ust. 5 lit. a) obu projektów umów w brzmieniu:*

Niezależnie od przypadków wymienionych w ustawach Kodeks cywilny oraz Prawo zamówień publicznych Zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od niniejszej umowy lub jej niezrealizowanej części, gdy:

a)Wykonawca co najmniej trzykrotnie nie wykonał należycie usługi stanowiące przedmiot niniejszej umowy."

Zamawiający wniósł w tym zakresie o umorzenie postępowania.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako oczywiście bezzasadnego w pozostałej części, tj. w odniesieniu do zarzutów sformułowanych w pkt 2, 3, 5 i 6.

Pismem z dnia 14 czerwca 2023 r. Odwołujący oświadczył, że: *„wycofuję odwołanie w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Świadczenie kompleksowej usługi utrzymania czystości i porządku wraz z pomocą przy pacjencie na terenie 109 Szpitala Wojskowego z Przychodnią SPZOZ w Szczecinie z podziałem na dwa zadania (znak postepowania: RPoZP 19/2023) – w zakresie zadań nr 1 i 2."*

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Zdaniem Izby zaistniały okoliczności do umorzenia postępowania w oparciu o art. 568 pkt 3 ustawy PZP, zgodnie z którym Izba umarza postępowanie w formie postanowienia, w przypadku o którym mowa w art. 522.

Zgodnie z ust. 3 ww. przepisu 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.

Zdaniem Izby zaistniała na tle postępowania sytuacja wpisuje się w treść ww. przepisu, pomimo, że Zamawiający wskazał na zmianę postanowień umownych kwestionowanych w ramach zarzutu nr 1 odmiennie, niż wskazywał w żądaniu odwołania Odwołujący. Pomimo tego, sposób uwzględnienia żądania odwołania okazał się dla Odwołującego satysfakcjonujący, co skutkowało wycofaniem odwołania w pozostałej części. Z tego względu postępowanie należało umorzyć w formie postanowienia.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy PZP oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), z którego wynika, że jeżeli 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.

Przewodniczący:……