

Sygn. akt: KIO 2154/23

POSTANOWENIE

z dnia 7 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 7 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2023 r. przez wykonawcę: **Impel S.A.**,

ul. Antoniego Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Bank Gospodarstwa Krajowego, Al. Jerozolimskie 7, 00-955 Warszawa**,

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: **Impel S.A., ul. Antoniego Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław** kwoty

13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczonego 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 (t.j. Dz. U. z 2022r. 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 2154/23

Uzasadnienie

Zamawiający, Bank Gospodarstwa Krajowego z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego

w przedmiocie: „Utrzymanie czystości w siedzibach 13-tu regionów BGK na terenie kraju”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 134-425318 w dniu 14 lipca 2023 r.

Wykonawca, Impel S.A. z siedzibą we Wrocławiu, w trybie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 11710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wniósł w dniu 24 lipca 2023 r. odwołanie wobec treści postanowień specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, przez zaniechanie wprowadzenia do umowy postanowień dotyczących waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w przypadku umowy zawartej na okres dłuższy, niż 12 miesięcy oraz dokonania waloryzacji wynagrodzenia, a co za tym idzie, ukształtowanie stosunku umownego w sposób naruszający podstawowe zasady prawa zamówień publicznych (zasada współdziałania), prawa cywilnego (zasada swobody umów), a także w sposób sprzeczny z dyspozycją normy art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o wprowadzenie do projektu umowy następujących postanowień zgodnie z poniższym brzmieniem lub równoważnym:

„Strony zobowiązują się dokonać zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy każdorazowo w przypadku zmiany cen materiałów i kosztów, związanych z realizacją przedmiotu umowy (dalej także jako „indeksacja wynagrodzenia”), na następujących zasadach:

a) zmiany dokonywane będą w oparciu o kwartalne wskaźniki wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych, ogłaszane w komunikatach Prezesa GUS.

b) zmiany mogą zostać wprowadzone na wniosek Strony nie wcześniej niż po upływie 3 miesięcy od dnia zawarcia Umowy -, przy czym zmiana jest dopuszczalna:

- w przypadku pierwszej indeksacji - jeśli wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych, o którym mowa w ppkt. a) za

kwartał, poprzedzający kwartał złożenia wniosku o indeksację wynagrodzenia, wzrośnie lub spadnie o min. 0,2% w stosunku do wskaźnika z kwartału, w którym przypadał termin składania ofert;

- w przypadku każdej kolejnej indeksacji - jeśli wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych, o którym mowa w ppkt. a) za kwartał poprzedzający kwartał złożenia wniosku o indeksację wynagrodzenia, wzrośnie lub spadnie o min. 0,2% w stosunku do wskaźnika z kwartału, w którym nastąpiła ostatnia indeksacja;

c) Strony mogą występować z wnioskami o indeksację wynagrodzenia nie częściej, niż jeden raz na 3 miesiące;

d) Suma zmian wynagrodzenia Wykonawcy w wyniku indeksacji, wprowadzonych w trakcie obowiązywania Umowy, nie może przekroczyć 20 % ceny kontraktowej netto określonej w dniu zawarcia umowy.

e) Zmiany umowy wymagają zachowania formy pisemnego aneksu pod rygorem nieważności."

W dniu 4 sierpnia 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wyjaśnił, że wykonał następujące czynności:

Zamawiający zawarł w projektowanych postanowieniach umowy (PPU) odpowiednie mechanizm waloryzacji wynagrodzenia, zgodny z art. 439 Pzp. Nadto, w SWZ Zamawiający umożliwił określenie zwaloryzowanych cen na poszczególne lata realizacji zamówienia (stosowne pole w formularzu oferty). Zatem każdy Wykonawca ma prawo waloryzacji cen już na poziomie prognozy biznesowej. Jeżeli jednak dynamika zmian rynkowych wykracza poza ww. prognozę, każdy wykonawca ma prawo ubiegania się o wzrost wynagrodzenia na podstawie postanowień PPU (zmiany wynagrodzenia, zmiany postanowień umowy). Jedyną różnicą jest brak automatyzmu, którego domaga się Odwołujący. W PPU Zamawiający wymaga, aby wykonawca był inicjatorem procesu i wykazał, że zmiany warunków rynkowych oraz prawnych faktycznie przekładają się na wzrost kosztów wykonania zamówienia. W tym miejscu Zamawiający podkreślił, że mechanizm ten jest stosowany w innych umowach zawartych w BGK. Stanowi on skuteczny instrument obrony przed nieuzasadnionym automatyzmem i niegospodarnością. Wobec powyższego, Zamawiający stwierdził, że Odwołujący błędnie ocenia postanowienia PPU i w nieuprawniony sposób pozwala sobie na ocenę postawy Zamawiającego jako nieliczącej z realiami rynkowymi.

Zamawiający wskazał, że jest podmiotem niezwykle ważnym dla polskiej gospodarki, zatem wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Odwołującego, doprecyzował i poszerzył postanowienia PPU w analizowanym zakresie. Zmodyfikowane PPU zostały załączone do odpowiedzi na odwołanie. W ocenie Zamawiającego, zmiana treści PPU nadmiarowo spełnia oczekiwania Odwołującego.

Konkludując, Zamawiający wyjaśnił, że:

„1. Zamawiający uznaje odwołania, bo de facto postanowienia SWZ i PPU spełniają żądania Odwołującego od dnia publikacji postępowania.

2. Zamawiający doprecyzował i poszerzył postanowienia PPU w taki sposób, by nie budziły żadnych wątpliwości i były korzystne dla Wykonawców."

Pismem z dnia 4 sierpnia 2023 r., przesłanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w tym dniu, tj. przed otwarciem rozprawy w sprawie odwoławczej, Odwołujący złożył oświadczenie, że wycofuje wniesione odwołanie.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Uwzględniając oświadczenie Odwołującego z dnia 22 marca 2023 r. o cofnięciu wniesionego odwołania, Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 1 oraz art. 553 zdanie drugie ustawy Pzp, umorzyła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie.

Na podstawie § 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), Izba orzekła o dokonaniu zwrotu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty stanowiącej 90% uiszczonego przez Odwołującego wpisu od odwołania.

Przewodniczący:.....