Sygn. akt: KIO 1889/23

POSTANOWIENIE
z dnia 17 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 17 lipca 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lipca 2023 r. przez: **wykonawcę Hospital Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. A. Słonimskiego 1** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **105 Kresowy Szpital Wojskowy z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Żarach, ul. Domańskiego 2**

postanawia:

1. **Umorzyć postępowanie,**
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz **wykonawcy Hospital Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. A. Słonimskiego 1** tytułem zwrotu 90% wpisu 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 1889/23

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Świadczenie usług w zakresie specjalistycznego sprzątania obiektów szpitalnych zamawiającego, współdziałania z personelem medycznym w zakresie opieki nad pacjentami, utrzymania w czystości terenów zewnętrznych oraz świadczenie usług w zakresie transportu wewnątrzszpitalnego w 105 Kresowym Szpitalu Wojskowym z Przychodnią SP ZOZ w Żarach zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 119 – 378161 z dnia 22.06.2023 r.

W dniu 3 lipca 2023 r. odwołanie wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) wniósłwykonawca Hospital Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. A. Słonimskiego 1. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 29 czerwca 2023 r. udzielonego przez prokurenta samoistnego, zgodnie z zasadami reprezentacji wynikającymi z KRS. Do odwołania dołączono dowód przekazania odwołania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 436 pkt 4 ppkt b w zw. z art. 16 i 17 U\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;

2)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;

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu
dokonanie zmiany treści SWZ i ogłoszenia poprzez:

1)w zakresie zarzutu nr 1 - zmianę postanowień § 10 ust. 9 i 10 obu projektów umów w następujący sposób:

9.Maksymalna wartość wszystkich zmian wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia tj. postanowień niniejszego paragrafu 10 ust. 5 - 8 to 15% wynagrodzenia, o którym mowa w § 2 ust. 1 umowy.

10.Postanowień umownych w zakresie waloryzacji, o których mowa w niniejszym paragrafie 10 ust. 5 - 8 nie stosuje się od chwili osiągnięcia limitu, o którym mowa w ust. 9 niniejszego paragrafu.

2)w zakresie zarzutu nr 2 - zmianę postanowień § 10 ust. 5 i 6 obu projektów umów w następujący sposób:
5.Wynagrodzenie wykonawcy określone w § 2 ust. 1 umowy będzie podlegać podwyższeniu lub obniżeniu, jeżeli ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia na moment dokonania zakupu odpowiednio wzrosną lub spadną w okresie 6 następujących po sobie miesięcy co najmniej o 8 %.
6.W sytuacji wzrostu ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia o 8% Wykonawca jest uprawniony złożyć zamawiającemu pisemny wniosek o zmianę umowy w zakresie zmiany wynagrodzenia określone w § 2 ust. 1 umowy oraz cen wymienionych w formularzu asortymentowo - cenowym. Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie umowy. Wyliczenia kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie umowy dokonuje się poprzez powiększenie obowiązującego wynagrodzenia o wynik mnożenia obowiązującego wynagrodzenia o wskaźnik wzrostu towarów i usług konsumpcyjnych w ujęciu rocznym ogłoszony przez Prezesa GUS- u w Monitorze Polskim w roku, w którym jest dokonywana waloryzacja tj. zgodnie z następującym wzorem:
Wa = Wd + (Wd x Wir)
Gdzie:
Wa - wynagrodzenie zaktualizowane;
Wo - wynagrodzenie obowiązujące;
Wir - wskaźnik wzrostu towarów i usług konsumpcyjnych w ujęciu rocznym ogłoszony przez Prezesa GUS- u w Monitorze Polskim w roku, w którym jest dokonywana waloryzacja.
IV.Wskazanie interesu odwołującego:
Odwołujący oświadczył, iż ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie oferty i ubieganie się o przedmiotowe zamówienie. Tym samym, w wyniku naruszenia przez zamawiającego powyżej wskazanych przepisów ustawy, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, a ponadto jest narażony na szkodę polegającą na pozbawieniu odwołującego realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji niniejszego zamówienia.
W dniu 4 lipca 2023 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.
Termin na skuteczne zgłaszanie przystąpień upłynął w dniu 7 lipca 2023 r. Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.
W dniu 17 lipca 2023 r. odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie.
Termin posiedzenia z udziałem stron był wyznaczony na dzień 19 lipca 2023 r.
Izba zważyła, co następuje:
Zgodnie z art. 520 ust. 1 i ust. 2 ustawy odwołujący może cofnąć odwołanie aż do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania.

Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt. 3 lit. a) 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) w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy - odwołującemu zwraca się 90% wpisu. W związku z powyższym odwołujący spełnił warunki do zwrotu wpisu. Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości i skoro odwołujący uiścił wpis w wysokości 15 000,00 zł., to do zwrotu pozostała kwota 13 500,00 zł. o czym orzeczono w pkt. 2 sentencji postanowienia. Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania, gdyż wycofanie odwołania nastąpiło na dzień przed wyznaczonym terminem posiedzenia to jest zgodnie z par. 9 ust. 1 pkt 3 lit. a cyt. Rozporządzenia.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……..