

POSTANOWIENIE

z dnia 23 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu **23 sierpnia 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2016 r.

przez wykonawcę: **„Impel Cleaning” sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Usługa kompleksowego sprzątnia Szpitala Giżyckiego Sp. z o.o.* (nr postępowania PN/11/0716)

prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Giżycki sp. z o.o. z siedzibą w Giżycku**

przy udziale wykonawcy: **Clar System S.A. z siedzibą w Poznaniu** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz: „Impel Cleaning” sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu kwoty 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej przez powyższego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Giżycki sp. z o.o. z siedzibą w Giżycku – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Usługa kompleksowego sprzątnia Szpitala Giżyckiego Sp. z o.o.* (nr postępowania PN/11/07/16). Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 30 lipca 2016 r. pod nr 2016/S_146-264842, z tym że 25 lipca 2016 r. Zamawiający wysłał ogłoszenie do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej. Zamawiający zamieścił także ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń, a także na swojej stronie internetowej {www.zozgiz.pl}, na której od 27 lipca 2016 r. udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {zwaną również dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

8 sierpnia 2016 r. Odwołujący – „Impel Cleaning” sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu {dalej również: „Impel Cleaning”} – wniósł w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 7 ust. 1 – przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ.
2. Art. 142 ust. 5 – przez zaniechanie określenia w treści SIWZ postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany dotychczasowego brzmienia § 15 załącznika nr 5 do SIWZ pn. „Umowa o świadczenie usług sprzątnia nr PN/I 1/07/16” w taki sposób, aby jego dotychczasowe brzmienie zastąpić następującymi regulacjami:

postanowień wzorów umów (załączników nr 6) w następującym brzmieniu:

1. *Strony postanawiają, iż dokonają w formie pisemnego aneksu zmiany wynagrodzenia w wypadku wystąpienia jednej ze zmian przepisów wskazanych w art. 142 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, tj. zmiany: a) stawki podatku od towarów i usług, b) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego*

na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, c) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.

- 2. Zmiana wysokości wynagrodzenia obowiązywać będzie od dnia wejścia w życie zmian o których mowa w ust. 1.*
- 3. W wypadku zmiany, o której mowa w ust. 1 lit. a) wartość netto wynagrodzenia Wykonawcy nie zmieni się, a określona w aneksie wartość brutto wynagrodzenia zostanie wyliczona na podstawie nowych przepisów.*
- 4. W przypadku zmiany, o której mowa w ust 1 lit. b) wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy wynikającą ze zwiększenia wynagrodzeń osób bezpośrednio wykonujących zamówienie do wysokości aktualnie obowiązującego minimalnego wynagrodzenia, z uwzględnieniem wszystkich obciążeń publicznoprawnych od kwoty wzrostu minimalnego wynagrodzenia.*
- 5. W przypadku zmiany, o którym mowa w ust 1 lit. b) wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy, jaką będzie on zobowiązany dodatkowo ponieść w celu uwzględnienia tej zmiany, przy zachowaniu dotychczasowej kwoty netto wynagrodzenia osób bezpośrednio wykonujących zamówienie na rzecz Zamawiającego.*
- 6. Za wyjątkiem sytuacji o której mowa w ust. 1 lit. a), wprowadzenie zmian wysokości wynagrodzenia wymaga uprzedniego złożenia przez Wykonawcę oświadczenia o wysokości dodatkowych kosztów wynikających z wprowadzenia zmian, o których mowa w ust. 1 litera b) i c).*
- 7. Zmiany treści umowy wymagają zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności.*

Dodatkowo odwołujący sprecyzował powyższe zarzuty przez wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych, które jego zdaniem uzasadniają wniesienie odwołania.

W szczególności z uzasadnienia odwołania wynika, że regulacja § 15 *Zmiana Umowy, w zakresie wynagrodzenia Wykonawcy* {która została zacytowana w odwołaniu} załącznika nr 5 do s.i.w.z.) jest niezgodna z art. 142 ust. 5 pzp, gdyż:

- zmiana wysokości wynagrodzenia wykonawcy jest uzależniona od czasu trwania umowy (Zamawiający w § 15 ust. 1 pkt 2 uzależnia możliwość zwaloryzowania wynagrodzenia od upływu roku trwania umowy), podczas gdy na mocy przywołanego przepisu waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy jest obligatoryjna od daty wejścia w życie przepisów, na podstawie których zwiększają się koszty wykonania przedmiotu zamówienia;
- uzależnienia podwyższenie ceny od tego, czy niepodwyższenie ceny na skutek podwyższenia stawki VAT groziłoby wykonawcy rażącą stratą, podczas gdy przywołany przepis nakazuje

Sygn. akt KIO 1487/16

w umowie ustalić wprost zasady wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy, a wysokość waloryzacji ma być zależna od wzrostu obciążeń publicznoprawnych, bez uzależniania jej od wykazania przez wykonawcę zagrożenia rażąco wysoką stratą;

– wykonawca nie ma pewności, czy wysokość jego wynagrodzenia ulegnie modyfikacji, gdyż zgodnie z postanowieniami umowy z powodu zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę zmiana taka może nastąpić po upływie każdego kolejnego roku trwania umowy, a nie z chwilą wejścia w życie przepisów na podstawie, których zmiana ta nastąpiła;

– nie został poprawnie opisany termin, od którego będzie obowiązywało zwaloryzowane wynagrodzenie, gdyż wskazano tylko, że datę należy podać we wniosku, co dopuszcza obowiązywanie zmian od terminu późniejszego niż data wejścia w życie ustawy na podstawie której wynagrodzenie wykonawcy zostanie zwaloryzowane.

11 sierpnia 2016 r. wpłynęło do Prezesa Izby w formie pisemnej zgłoszenie przez Clar System S.A. z siedzibą w Poznaniu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

19 sierpnia 2016 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie, której Zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty sformułowane w odwołaniu i tym samym wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie 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. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów

odwołania.

Zamawiający w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia w całości zarzutów zawartych w odwołaniu.

Izba zważyła, że dla wywarcia skutku w postaci umorzenia postępowania odwoławczego konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego. Tym niemniej należy odnotować, że art. 186 ust. 2 zd. drugie ustawy pzp nakazuje w takim przypadku Zamawiającemu wykonać w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia czynność zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a po jego stronie nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron i Przystępującego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: