

Sygn. akt: KIO 1151/16

**WYROK**

**z dnia 13 lipca 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lipca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2016 r. przez wykonawcę **Impel Catering „Company” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Czerniakowski SP ZOZ, ul. Stępińska 19/25, 00-739 Warszawa**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Impel Catering „Company” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Impel Catering „Company” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **Impel Catering „Company” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** na rzecz **Szpitala Czerniakowskiego SP ZOZ, ul. Stępińska 19/25, 00-739 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Szpital Czerniakowski SP ZOZ w Warszawie (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi żywienia pacjentów hospitalizowanych w Szpitalu Czerniakowskim. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 poz. 2164), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 18 czerwca 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2016/S 117-209047.

W dniu 28 czerwca 2016 r. wykonawca Impel Catering „Company” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa (dalej: „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”);
- 2) art. 142 ust. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ustalenia w treści SIWZ postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że termin realizacji umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne ustalony został na okres 48 miesięcy, czyli na czas powyżej 12 miesięcy, tymczasem zamawiający w żadnym miejscu dokumentacji przetargowej nie przewidział możliwości waloryzacji wynagrodzenia zgodnie z dyspozycją art. 142 ust. 5 ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził, że wskazane w SIWZ regulacje nie realizują dyspozycji art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, gdyż: 1) zmiana wysokości wynagrodzenia wykonawcy jest w ogóle pominięta w warunkach przetargu, zatem nieobowiązkowa - uzależniona od zgodnej woli stron, podczas gdy na mocy przywołanego wyżej przepisu ustawy waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy jest obowiązkowa; 2) zamawiający nie określił w SIWZ, ani we wzorze umowy zasad wprowadzania zmian wynagrodzenia w związku z waloryzacją, podczas gdy art. 142 ust. 5 ustawy Pzp nakazuje w umowie ustalić wprost zasady wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy; 3) zamawiający w postanowieniach umownych zaniechał wskazania terminu, od którego będzie obowiązywała zmiana wynagrodzenia wykonawcy.

Odwołujący zwrócił uwagę, że art. 142 ust. 5 ustawy Pzp wprowadza obowiązek waloryzacji wynagrodzenia, a nie uprawnienie dla stron, które miałyby charakter uznaniowy. W rezultacie zamawiający nie może w ogóle nie określać zasad waloryzacji lub określić ją w sposób fakultatywny przez stosowanie zwrotów typu „wynagrodzenie może ulec zmianie”, „wynagrodzenie może być waloryzowane”, „waloryzacja może nastąpić”, „zmiana jest dopuszczalna” lub równoważnych. Przepis art. 142 ust. 5 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek ustalenia w umowie „zasad wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy”. Tym samym, zamawiający jest zobligowany określić w umowie szereg warunków i reguł, według których dokonywana będzie waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy. Jak wskazał odwołujący, zamawiający w ww. opisie dopuszczalnych zmian do umowy nie zawarł żadnych regulacji dotyczących rzeczonych zasad wprowadzania odpowiednich zmian w zakresie odpowiadającym treści przepisu art. 142 ust. 5 ustawy Pzp. Na podstawie postanowień umownych zmiana taka w ogóle nie jest przewidziana - wręcz jest zakazana w świetle art. 144 ustawy Pzp, co jest niedopuszczalne zgodnie z art. 142 ustawy Pzp. Odwołujący dodał, że zasady prowadzenia waloryzacji nie zostały przez zamawiającego opisane, co uniemożliwia prawidłową kalkulację ceny ofertowej.

Z daleko idącej ostrożności odwołujący zaznaczył również, że „mechanizmem waloryzacji” wynagrodzenia wykonawcy, w świetle art. 142 ust. 5 ustawy Pzp nie mogą być dowolnie prowadzone przez strony rokowania. Zgodnie z art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, wykonawca w chwili składania oferty powinien mieć pewność, że obliczenie jego ceny wykonane zostało z uwzględnieniem wszystkich ryzyk rynkowych. W związku z powyższym, odwołujący, a także każdy z wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie publiczne, wbrew wykładni art. 142 ust. 5 ustawy Pzp oraz sprzecznie z jego celem, nie uzyskał pewności, że: 1) wysokość jego wynagrodzenia ulegnie modyfikacji - zmiana, zgodnie z postanowieniami umowy jest niedopuszczalna, a nie obligatoryjna, jak obliguje ustawa; 2) odpowiednio do wzrostu obciążeń publicznoprawnych wzroście wynagrodzenie wykonawcy. W dokumentacji przetargowej zmiana umowy w ww. zakresach nie jest przewidziana. Odwołujący podkreślił, że brak postanowień określających zasady waloryzacji jest niezgodny z obowiązującą ustawą Pzp.

Ponadto odwołujący wskazał, że zawarte w treści SIWZ postanowienia nie realizują dyspozycji art. 142 ust. 5 ustawy Pzp w zakresie dotyczącym zasad wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia, gdyż nie został opisany: 1) termin, od którego będzie obowiązywało zwaloryzowane wynagrodzenie; 2) o jaką wartość lub wielkość waloryzacja będzie dokonywana; 3) jaki będzie mechanizm waloryzowania wynagrodzenia wykonawcy przewidziany w zawartej umowie. Odwołujący podkreślił, iż ww. działania

zamawiającego stoją w sprzeczności z celem nowelizacji art. 142 ustawy Pzp. Odwołujący zauważył, iż w uzasadnieniu nowelizacji wskazano, że: „w praktyce zamawiających właściwie nieobecne było włączanie do wzorów umów tzw. klauzul waloryzacyjnych. Przygotowana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwalała na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących zmian wysokości obciążeń publicznoprawnych. W efekcie, przy niewysokich marżach, pozornie niewielka zmiana np. podatku od towarów i usług (VAT) powodowała utratę marży, a w konsekwencji prowadziła do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Powyższe prowadziło do znacznego ograniczania przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. Wyżej wskazane sytuacje odnosiły się przede wszystkim do umów wieloletnich, w trakcie trwania których wykonawcy byli zaskakiwani zmianami ciężarów publicznoprawnych oraz kosztami określanymi przez przepisy prawa. Ponadto, skutki dotyczące zmian wynagrodzenia odczuwają także pracownicy, przy czym jednocześnie zamawiający są narażeni na pogorszenie jakości wykonywanego zamówienia, np. przez zastąpienie materiałów potrzebnych do wykonania zamówienia materiałami tańszymi, które zazwyczaj są materiałami niższej jakości. Zniwelowanie powyższych działań może nastąpić dzięki wprowadzeniu zasady obowiązku wprowadzania do umów zapisów dotyczących odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia w ściśle określonych przypadkach”. Odwołujący powołał się również na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 marca 2015 r., sygn. akt KIO 346/15.

Odwołujący wniósł o dodanie w § 13 ust. 3 załącznika nr 7 do SIWZ „Umowy ...” o 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. c) 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.”.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, modyfikację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonaną przez zamawiającego w dniu 1 lipca 2016 r., jak również stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte po dniu 19 października 2014 r., tj. po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Uwzględniając dyspozycję art. 3 wskazanej ustawy, Izba rozpoznała niniejsze odwołanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym aktualnie.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 142 ust. 5 ustawy Pzp przez zaniechanie ustalenia w treści SIWZ postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy. Zgodnie z tym przepisem, umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany:

- 1) stawki podatku od towarów i usług,
- 2) 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,
- 3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne  
- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Przepis ten statuuje zatem obowiązek ustanowienia przez zamawiającego w umowie postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w określonych przypadkach, jeżeli umowa ma być zawarta na czas dłuższy niż 12 miesięcy. Takich postanowień nie zawierała pierwotna treść SIWZ przygotowana przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co jest okolicznością bezsporną między stronami.

Izba ustaliła, że w dniu 1 lipca 2016 r. zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ zmieniając m.in. postanowienia § 13 wzoru umowy przez dodanie ust. 3 – 8 w następującym brzmieniu:

„3. Strony przewidują możliwość wprowadzenia odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadku 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;

jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania Przedmiotu Zamówienia przez Wykonawcę.

4. W przypadku, gdy w trakcie realizacji Umowy dojdzie do zmiany:

a) określonej w ust. 3 lit. a, wysokość wynagrodzenia netto należnego Wykonawcy, zostanie powiększona o kwotę podatku od towarów i usług wyliczoną według zmienionej stawki podatku VAT;

b) określonej w ust. 3 lit. b, składnik wynagrodzenia odpowiadający kosztom pracy zostanie zwiększony o wysokość wskaźnika wzrostu minimalnego wynagrodzenia w stosunku do roku ubiegłego, pomniejszonego o 4 punktów procentowych;

c) określonej w ust. 3 lit. c, składnik wynagrodzenia odpowiadający kosztom pracy zostanie zwiększony maksymalnie o 40% wartości zmiany składek z tytułu ubezpieczeń społecznych lub ubezpieczeń zdrowotnych.

5. W przypadku zaistnienia przesłanek określonych w ust. 3, Wykonawca będzie uprawniony do złożenia pisemnego wniosku do Zamawiającego o dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia. W pisemnym wniosku Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia wyczerpującego uzasadnienia dla zmiany wynagrodzenia, w tym w szczególności do przedstawienia szczegółowego wyliczenia, z którego będzie wynikać, w jaki sposób i o ile zmiany określone w ust. 3 wpłynęły na zmianę kosztów wykonania Przedmiotu Zamówienia przez Wykonawcę. Wniosek musi również zawierać określenie kwoty, o jaką ma wzrosnąć wynagrodzenie Wykonawcy. Warunkiem zmiany wynagrodzenia jest wystąpienie Wykonawcy z wnioskiem, o którym mowa powyżej, do 30 dni od daty ogłoszenia zmian, o których mowa w ust. 3 Umowy, pod rygorem utraty prawa dochodzenia roszczeń, a następnie przeprowadzenia negocjacji z Zamawiającym w celu udowodnienia wpływu zmian, o których mowa w ust. 3 Umowy na koszt wykonania Przedmiotu Umowy przez Wykonawcę.

6. W terminie 30 dni od przedłożenia przez Wykonawcę pisemnego wniosku, o którym mowa w ust. 9 niniejszego paragrafu, Zamawiający pisemnie ustosunkuje się do niego, uwzględniając go w całości albo wnosząc swoje zastrzeżenia. W przypadku wniesienia zastrzeżeń przez Zamawiającego, Strony przystąpią do negocjacji zmiany wysokości wynagrodzenia, które powinny się zakończyć w terminie 14 dni od dnia dostarczenia Wykonawcy tych zastrzeżeń.

7. W toku weryfikacji wniosku, o którym mowa w ust. 5, Zamawiający jest uprawniony do wezwania Wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień, kopii dokumentów źródłowych



lub wyliczeń, w zakresie niezbędnym do oceny zasadności zmiany wysokości wynagrodzenia.

8. W przypadku zawarcia aneksu zmieniającego wynagrodzenie należne wykonawcy z uwagi na okoliczności, o których mowa w ust. 3, zmiany obowiązują od dnia wejścia w życie zmian z postanowienia ust. 3.”.

Dokonując ww. zmian treści SIWZ zamawiający zniwelował uchybienie w postaci braku zasad waloryzacji wynagrodzenia, na które wskazał odwołujący. Z uwagi na powyższe, mając na względzie dyspozycję art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że zasadność zarzutu postawionego przez odwołującego pozostaje bez wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a zatem na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp nie może skutkować uwzględnieniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że ocenie przez Izbę nie może podlegać treść wprowadzonych przez zamawiającego w dniu 1 lipca 2016 r. do SIWZ zmian. Zarzut postawiony przez odwołującego dotyczy naruszenia art. 142 ust. 5 ustawy Pzp przez zaniechanie wprowadzenia przez zamawiającego do projektu umowy zasad dotyczących zmiany wynagrodzenia w przypadku zaistnienia określonych okoliczności. Odwołujący w żadnej mierze w treści odwołania nie odnosił się do wprowadzonej przez zamawiającego modyfikacji treści SIWZ, co jest oczywiste, jako że miała ona miejsce po dniu wniesienia odwołania. Izba zważyła, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, a zatem nie może poddać ocenie polemiki odwołującego podjętej na rozprawie wobec treści wprowadzonych przez zamawiającego w dniu 1 lipca 2016 r. postanowień umowy. Ocena prawidłowości wprowadzonych przez zamawiającego modyfikacją treści SIWZ regulacji dotyczących waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy mogłaby być dokonana w toku innego postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem wniesionym na czynność modyfikacji treści SIWZ. Rozpatrywane w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym odwołanie czynności tej nie dotyczy.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał naruszenia przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....