

WYROK

z dnia 4 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 maja 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 kwietnia 2022 r. przez **Impel S.A., ul. Ślężna 118; 53-111 Wrocław**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne - Łódź sp. z o.o., ul. Tramwajowa 6; 90-132 Łódź**,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu wprowadzenie do projektu umowy postanowień waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy zgodnie z przepisem art. 439 ustawy Pzp.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne - Łódź sp. z o.o., ul. Tramwajowa 6; 90-132 Łódź** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Impel S.A., ul. Ślężna 118; 53-111 Wrocław**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego - Łódź sp. z o.o., ul. Tramwajowa 6; 90-132 Łódź** na rzecz **Impel S.A., ul. Ślężna 118; 53-111 Wrocław**, kwotę **19 380 zł 74 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzysta osiemdziesiąt złotych, siedemdziesiąt cztery grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, kosztów dojazdu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne - Łódź sp. z o.o., prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Świadczenie usług w zakresie ochrony mienia, w tym obiektów, terenów, taboru w MPK – Łódź sp. z o.o.*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 kwietnia 2022 r., pod nr 2022/S 073-196843.

Dnia 20 kwietnia 2022 roku, Impel S.A. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści postanowień specyfikacji warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 ust. 1-3 ustawy Pzp, poprzez naruszenie przez zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ,
2. art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przez zamawiającego określenia w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów.

Odwołujący wniósł o wprowadzenie przez zamawiającego do projektu umowy postanowień waloryzacji wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia – zgodnie z poniższym brzmieniem lub równoważnym:

1. Strony postanawiają, że w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów, związanych z realizacją przedmiotu umowy, maksymalne wynagrodzenie netto i brutto Wykonawcy oraz ceny jednostkowe netto i brutto, ustalone w umowie (dalej wynagrodzenie), waloryzuje się na zasadach, o których mowa w ust. 2 – 6 poniżej.

2. Zmiana ceny materiałów lub kosztów będzie ustalana kwartalnie na podstawie Wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem (kwartał do poprzedniego kwartału), ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (dalej: GUS) w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski” za każdy kwartał roku kalendarzowego, w którym realizowana jest umowa.

3. Zmiana wynagrodzenia Wykonawcy będzie następować jeden (1) raz na kwartał kalendarzowy, z zastrzeżeniem, że pierwsza zmiana wynagrodzenia nastąpi nie wcześniej, niż po upływie kwartału kalendarzowego realizacji umowy oraz gdy Wskaźnik, o którym mowa w ust. 2, przekroczy 0,2% w stosunku do Wskaźnika z kwartału kalendarzowego, w którym przypadał termin składania ofert. Każda kolejna zmiana wynagrodzenia Wykonawcy nastąpi w przypadku, gdy Wskaźnik, o których mowa w ust. 2, przekroczy 0,2% w stosunku do wskaźnika z kwartału, w którym nastąpiła ostatnia zmiana wynagrodzenia wykonawcy.

4. Wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy będzie równa wzrostowi Wskaźnika wskazanego w ust. 3.

5. Wynagrodzenie Wykonawcy ulega waloryzacji od pierwszego dnia miesiąca następującego po dniu publikacji komunikatu Prezesa GUS – z uwzględnieniem postanowień ust. 3.

6. Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia wynosi łącznie 15% w stosunku do wartości wynagrodzenia brutto Wykonawcy, ustalonego w dniu zawarcia Umowy.

Odwołujący wskazał, że ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ obecne postanowienia SWZ naruszają przepisy ustawy Pzp, a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie oferty zgodnej z przepisami ustawy Pzp i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający w projekcie umowy w Załączniku nr 13 (por. postanowienie § 7 ust. 11) wskazał, że: *„Strony zgodnie postanawiają, że z uwagi na okoliczność, iż do realizacji niniejszej umowy Wykonawca nie wykorzystuje dających się precyzyjnie wyselekcjonować kosztów i materiałów stałych niezbędnych do realizacji zamówienia, nie znajdzie zastosowania klauzula waloryzacyjna wynagrodzenia należnego Wykonawcy na podstawie art. 439 Pzp”*.

W ocenie odwołującego takie brzmienie postanowienia § 7 ust. 11 umowy narusza przepis art. 16 ust. 1-3 ustawy Pzp, poprzez złamanie przez zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności przy formułowaniu postanowień SWZ.

Zamawiający na gruncie przepisu art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, zaniechał opisanie zasad waloryzacji wynagrodzenia umownego wykonawcy. Zgodnie z art. 439 ustawy Pzp:

1. *Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.*

2. *W umowie określa się:*

1) *poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;*

2) *sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:*

a) *z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub*

b) *przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany*

wynagrodzenia; 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Odwołujący podkreślił, że przepis art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, ma charakter bezwzględnie obowiązujący (*ius cogens*), co oznacza, iż polski ustawodawca nie przewidział dla zamawiającego podstaw prawnych, aby w projekcie umowy zamawiający mógł samodzielnie dokonywać jakichkolwiek skutecznych prawnie ograniczeń stosowania dyspozycji przepisu art. 439 ustawy Pzp. W myśl przepisu art. 439 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający jest obowiązany do wprowadzenia zasad zmiany wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego w przypadku zaistnienia przesłanek waloryzacyjnych. Na gruncie art. 439 ust. 2 ustawy Pzp, zmiany wskaźników ogłaszane są przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. Oznacza to, że wykonawcy nie mają żadnego wpływu na ich wysokość. Wykonawcy nie mają również wiedzy przy kalkulowaniu ceny oferty na temat planowanej wysokości zmian w/w wskaźników. Celem wskazanego przepisu art. 439 ustawy Pzp, jest zatem prawna możliwość zminimalizowania przez strony umowy negatywnych dla wykonawcy skutków zmian wskaźników cen materiałów i kosztów, związanych z realizacją zamówienia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W ocenie zamawiającego treść kwestionowanego przez odwołującego postanowienia umownego jest prawidłowa i nie stanowi naruszenia wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy Pzp. Ponadto zamawiający wskazał, iż odwołujący składając odwołanie nie ma prawa żądać od KIO wydania wyroku nakazującego wprowadzenie postanowienia umownego o konkretnej treści — zatem żądanie odwołującego jest w tym zakresie jest wadliwe. Zamawiający wskazał na kilka istotnych argumentów przemawiających za prawidłowością działania zamawiającego oraz zasadnością oddalenia odwołania odwołującego w niniejszym postępowaniu.

Analizując niniejsze zagadnienie należy zwrócić uwagę na element jakim jest określenie przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi ochrony mienia zamawiającego. Treść załączonego do odpowiedzi na odwołanie - dokumentu w postaci Opisu Przedmiotu Zamówienia wskazuje, iż świadczenie usługi ochrony fizycznej osób i mienia na rzecz zamawiającego, związane jest *de facto* wyłącznie z pracą osób zatrudnionych przez wykonawcę. Elementem cenotwórczym jest praca personelu - wynagrodzenie za ich czas pracy. Wykonawca, aby realizować niniejszą usługę nie musi dokonywać zakupów określonych materiałów. Trudno w tym zakresie jest wyselekcjonować

koszt materiałów (innych niż czas pracy personelu), który jest niezbędny do realizacji niniejszej usługi i który to wzrost ceny materiałów mógłby stanowić podstawę do waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy. Biorąc zatem pod uwagę szczegółowo opisany przedmiot zamówienia w OPZ, gdzie jasno wskazano, iż usługą nie dot. konwojowania, usługą nie jest objęty tabor znajdujący się w ruchu miejskim, lecz usługą objęta jest całodobowa ochrona w poszczególnych posterunkach znajdujących się na terenie MPK Łódź sp. z o.o. trudno uznać, iż w zakresie niniejszej usługi wykonawca może wyselekcjonować materiały lub koszty związane z realizacją zamówienia - inne niż praca personelu. W OPZ mamy szczegółowo opisany zakres obowiązków personelu wykonawcy - jest to typowy outsourcing w zakresie usługi ochrony, obsługi portierni poszczególnych lokalizacji. W harmonogramie świadczenia usługi wyszczególnione są ilości osób jakie wykonawca ma zapewnić do realizacji usługi w danej lokalizacji oraz zakres czynności. W ocenie zamawiającego przedmiot zamówienia przemawia zatem za uznaniem, iż w niniejszej usłudze trudno jest wyselekcjonować materiały i koszty (inne niż praca personelu), które mogłyby być związane z realizacją zamówienia. W ocenie zamawiającego wprowadzenie klauzuli z art. 439 pzp stanowiłoby sztuczny twór bowiem samo odniesienie się do wskaźnika zmiany cen towarów i usług konsumpcyjnych nie ma odniesienie do faktycznych materiałów, kosztów niezbędnych do realizacji tego konkretnego zamówienia.

Biorąc pod uwagę analizę przedmiotu zamówienia dokonaną powyżej - wskazać należy, iż w ocenie zamawiającego bez wątplenia najistotniejszym elementem cenotwórczym w ramach analizowanego przedmiotu zamówienia - jest praca personelu wykonawcy - tj. praca osób wykonujących usługę ochrony. Biorąc pod uwagę przedmiotowy element - przypomnieć należy, iż w tym zakresie istnieje osobna podstawa waloryzacji wynagrodzenia, która oczywiście jest zastosowana przez zamawiającego w § 7 ust. 2 pkt 5, 6, 7 oraz ust. 3-10 projektu umowy w związku z art. 436 pkt. 4 podpkt b ustawy pzp.

Zamawiający przewidział procedurę waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy - w sytuacji zmiany wysokości wynagrodzenia minimalnego za pracę oraz stawki godzinowej, zmiany zasad podlegania pod ubezpieczenie społeczne, zdrowotne lub wysokości tych składek, a także zmiany zasad grodzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych.

Okolicznością powszechnie znaną dla zamawiających i zapewne dla Krajowej Izby Odwoławczej jest fakt, iż wykonawcy realizujący usługę ochrony - podpisują umowy o pracę i umowy zlecenia ze swoimi pracownikami/zleceniobiorcami - opierając się o minimalne wynagrodzenie i minimalną stawkę godzinową oraz wprowadzają regulamin premiowania, którym w ten sposób podwyższają wynagrodzenie. Zatem wykonawcy działający w branży usługi ochrony mienia - usługi obsługi portierni, posługują się w obrocie z pracownikami umowami o pracę/umowami zlecenia ze stawkami minimalnymi. Ustawowa podwyżka wynagrodzenia minimalnego/stawki godzinowej minimalnej - jest zatem podstawą dla

wykonawcy do wnioskowania o waloryzację wynagrodzenia wykonawcy celem rekompensaty zwiększonych kosztów wynagrodzenia pracowników/zleceniobiorców.

W rozumieniu art. 436 ustawy Pzp - wykonawca taki uprawniony jest przedłożyć wobec zamawiającego listę zatrudnionego personelu wraz z kopiami umów o prace/zlecenia, z których wynika zatrudnienie na podstawie minimalnego wynagrodzenia i minimalnej stawki godzinowej. Z tego też powodu wykonawca w sytuacji spełnienia przesłanek z § 7 ust. 2 pkt. 5, 6, 7 umowy - jest wtedy uprawniony do waloryzacji wynagrodzenia w związku ze zmianą stawek wynagrodzenia minimalnego za pracę/stawek godzinowych.

W ocenie zamawiającego - biorąc pod uwagę ten rodzaj usługi oraz mechanizm w oparciu o jaki działają firmy realizujące usługę ochrony, takie jak odwołujący żądanie klauzuli waloryzacyjnej opartej o art. 439 ustawy pzp *de facto* sprowadzałoby się do podwójnej waloryzacji. Wykonawca uzyskałby dwa razy waloryzację wynagrodzenia - pomimo, iż należałoby zrekompensować jedynie wzrost elementu cenotwórczego jakim jest praca personelu wykonawcy W tym miejscu powstaje pytanie czy intencją ustawodawcy było ustalenie mechanizmu podwójnej waloryzacji dla usług tego typu, czy też instytucja opisana w art. 439 ustawy pzp miała zrekompensować wzrost innych kosztów realizacji zamówienia, niż praca personelu.

Na przykład w usłudze cateringowej mamy pracę osób obsługujących kuchnię oraz pracę osób dostarczających wyżywienie, a poza tym elementem cenotwórczym jest cały towar i asortyment niezbędny do realizacji usługi, np. artykuły spożywcze, gaz, prąd i woda do gotowania i obróbki żywności, koszty codziennego transportu cateringu. W ocenie zamawiającego art. 439 ustawy pzp ma właśnie na celu zrekompensowanie wartości niezwiązanych z kosztami pracy personelu, lecz innymi wartościami cenotwórczymi, np. wzrost kosztów artykułów spożywczych.

W ocenie zamawiającego, zamawiający wskazując w § 7 ust. 11 projektu umowy informację, iż zakres niniejszego postępowania nie umożliwia wyselekcjonowania kosztów, które uzasadniałby stosowanie art. 439 ustawy pzp był prawidłowy, w szczególności biorąc pod uwagę treść uzasadnienia projektu nowej ustawy pzp.

Jak wynika z Uzasadnienia (Druk sejmowy Nr 3624, VIII kadencja) do nowelizacji: „*W art. 439 ust. 1 projektu ustawy wprowadza się obowiązek zawarcia w umowie, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawartej na okres dłuższy niż 12 miesięcy, postanowień*

o zasadach wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Mając świadomość ogromnego zróżnicowania poszczególnych umów, z uwagi chociażby na wielkość czy przedmiot zamówienia, przepis ustawowy nie może być nadmiernie kazuistyczny. W ramach tego obowiązku poszczególni zamawiający mają swobodę,

oczywiście z poszanowaniem ustawowych zasad określających relacje między stronami, w ukształtowaniu klauzuli waloryzacyjnej uwzględniającej specyfikę danego zamówienia”.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne. Izba w całości podziela stanowisko odwołującego.

Zgodnie z przepisem art. 439 ust. 1 ustawy Pzp, umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

W myśl wyżej wskazanego przepisu, ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek zawarcia w postanowieniach umownych zasad związanych ze zmianą wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w innych przypadkach niż w tych określonych przepisem art. 436 ustawy Pzp. Podkreślić należy, iż obowiązek taki wynika wprost z treści omawianego przepisu. Ustawodawca nie posłużył się bowiem sformułowaniem „miękkim”, np. „może zawierać” ale wprost wskazał, że umowa ma zawierać (zawiera) odpowiednie postanowienia. Brak takich postanowień umownych jest działaniem, w ocenie Izby, *contra legem*.

Tym samym argumentacja odwołującego stanowić może jedynie postulat *de lege ferenda* dla ustawodawcy. Jeżeli ustawodawca wyłączyłby stosowanie postanowień przepisu art. 439 ustawy Pzp do określonych rodzajów usług lub robót budowlanych, tak jak to uczynił w

przypadku dostaw, gdyż dostawy zostały wyłączone z obowiązku „waloryzacji” z art. 439 ustawy Pzp, to winien te wyłączenia konkretnie wskazać. Na dzień wyrokowania, brzmienie przepisu jednakże takiego wyłączenia, względem usług i robót budowlanych nie przewiduje. Oznacza to, że w każdym przypadku, w którym mamy do czynienia z robotą budowlaną lub usługą, a umowa zawierana jest na okres dłuższy niż 12 miesięcy, musi zawierać postanowienia „waloryzacyjne” z przepisu art. 439 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby, ww. przepis *de facto* odnosi się do poziomu inflacji, czyli wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, odmiennie niż postanowienia przepisu art. 436 ustawy Pzp. Dlatego też słusznym, zasadnym, a co za tym idzie obowiązkowym jest dostosowanie projektowanych przez zamawiającego postanowień umownych do bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp.

Argumentacja, na którą powołuje się zamawiający, odnosząc się do uzasadnienia do projektu ustawy w zakresie art. 439 ustawy Pzp, nie daje podstaw do twierdzenia, że zamawiający ma swobodę w kształtowaniu postanowień umownych dotyczących subiektywnej oceny możliwości wyłączenia zasad wynikających z przepisu art. 439 ustawy Pzp. Z uzasadnienia wynika bowiem, że poszczególni zamawiający mają swobodę w ukształtowaniu klauzuli waloryzacyjnej uwzględniającej specyfikę danego zamówienia. Oznacza to, że zamawiający oceniając specyfikę danego zamówienia, po pierwsze ma obowiązek zastosowania klauzuli waloryzacyjnej (sformułowanie przepisu „zawiera”), po drugie musi być ona dostosowana do charakteru zamówienia, a nie że może być w ogóle wyłączona ze stosowania.

Zdaniem Izby, uchybienie zamawiającego w zakresie omawianego przepisu stanowi naruszenie zasad określonych w art. 16 ust. 1-3 ustawy Pzp, a także art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: