

Wyrok

z dnia 25 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 24 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2016 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław**

w postępowaniu prowadzonym przez **Stadion w Zabrze Sp. z o.o., ul. F. Roosevelta 81, 41-800 Zabrze.**

orzeka:

1. A. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia polegającej na dodaniu w postanowieniach wzoru umowy postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadkach i na zasadach określonych w art. 142 ust. 5 pkt 1 – 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.
B. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

2. kosztami postępowania obciąża **Stadion w Zabrze Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu**

i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania;

2.1. zasądza od zamawiającego - **Stadion w Zabrzu Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu** na rzecz **Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (15 000 zł) i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (3 600 zł).

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 Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Stadion w Zabrzu sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług w zakresie obsługi technicznej, zabezpieczenia obiektu i utrzymania czystości na Stadionie im. Ernesta Pohla w Zabrzu - ARENA ZABRZE i w obiektach administrowanych przez „Stadion w Zabrzu” Sp. z o.o.”. Znak sprawy SZ/ZP/1/2016.

Odwołujący: Impel Cleaning sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy formułowaniu w siwz - warunków udziału w postępowaniu oraz opisie sposobu oceniania ich spełnienia oraz przy żądaniu dokumentów na potwierdzenie ich spełnienia,
- 2) art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp poprzez nadmiernie rygorystyczne, nieuzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego określenie sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania doświadczenia i wiedzy, co uniemożliwia uczciwą konkurencję na rynku tego konkretnego zamówienia publicznego.
- 3) art. 22 ust. 4 ustawy pzp poprzez wprowadzenie warunków udziału w postępowaniu oraz opisu ich spełniania na poziomie nieproporcjonalnym do opisu przedmiotu zamówienia,
- 4) art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 1 ustawy pzp przez nieprawidłowe dokonanie opisu przedmiotu zamówienia polegające na zaniechaniu wskazania w opisie przedmiotu zamówienia powierzchni, na jakiej ma być świadczona usługa, a który to parametr opisu przedmiotu zamówienia stanowi punkt wyjścia dla Zamawiającego do kalkulacji ceny oferty,
- 5) art. 29 ust. 2 ustawy pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, polegający na nieuprawnionym, rażącym uprzywilejowaniu pozycji Zamawiającego w stosunku Wykonawcy oraz nieuwzględnienie specyfiki przedmiotu zamówienia,
- 6) art. 353.1 kc oraz art. 484 § 2 k.c oraz art. 5 kc w związku z art. 14 i 139 ust. 1 PZP poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego w stosunku do Wykonawcy, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, polegające na przyznaniu Zamawiającemu kar umownych za naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, które są nieuzasadnione, niezależne od skali, okoliczności i przyczyn uchybienia, nawet w

przypadku, gdy po stronie Zamawiającego nie powstanie żadna szkoda, co stanowi uprawnienie rażąco nieproporcjonalne i za daleko idące w stosunku do przesłanek skorzystania z tego uprawnienia,

7) art. 142 ust. 5 ustawy pzp poprzez, zaniechanie ustalenia w treści SIWZ postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy.

W związku z zarzutami Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w zakresie i brzmieniu zaproponowanym przez Odwołującego w odwołaniu.

Odwołujący oświadcza, iż obecne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ naruszają przepisy ustawy pzp i uniemożliwiają mu złożenie oferty zgodnej z przepisami ustawy i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

W dniu 23 kwietnia 2016 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ dotyczące przedmiotowego zamówienia. W ocenie Odwołującego postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ naruszają przepisy ustawy pzp.

Odwołujący podnosi:

Warunki udziału i opis przedmiotu zamówienia:

Zamawiający w pkt 3.3.2 zawarł następujące postanowienie:

„Wykonawca udokumentuje doświadczenie w przygotowaniu i kontroli stanu infrastruktury stadionowej oraz organizacji imprez — meczów piłki nożnej szczebla centralnego”.

W ocenie Odwołującego wymóg narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji w postępowaniu. Wymóg jako nadmierny narusza również przepis art. 22 ust. 1 i ust. 4 ustawy pzp, według którego opis warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wskazując, że „Wykonawca udokumentuje doświadczenie w przygotowaniu i kontroli stanu infrastruktury stadionowej oraz organizacji imprez - meczów piłki nożnej szczebla centralnego poprzez złożenie oświadczenia” w sposób nieuzasadniony, nadmierny ogranicza krąg Wykonawców, a być może powoduje, że tylko jeden z działających na rynku wykonawców nie będzie w stanie złożyć ważnej oferty. Zatem nie może być tak, a żeby opis sposobu oceny warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia faworyzował jednego wykonawcę uniemożliwiając innym skuteczne wzięcie udziału w postępowaniu. Warunek ten jest nadmierny, zbyt rygorystyczny, nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami zamawiającego.

Warunki udziału w postępowaniu ustalone powinny przez zamawiającego w sposób niedyskryminujący ze szczególnym uwzględnieniem zasady proporcjonalności, o której

mowa w art. 22 ust. 4 ustawy pzp. Zasada proporcjonalności stanowi, że warunek udziału musi być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny tzn. niezbyt wygórowany np. ze względu na poziom wymaganego doświadczenia i wiedzy, ale dający rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia. W niniejszej sprawie zasada ta została złamana poprzez zastosowanie nadmiernego warunku udziału przez Zamawiającego, co w konsekwencji doprowadzi do ograniczenia kręgu Wykonawców w sposób nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego.

Odwołujący wnosi o zmianę rozdziału zapisu pkt 3.3.2 SIWZ w taki sposób, aby wykreślone z jego treści zostało zdanie:

„ Wykonawca udokumentuje doświadczenie w przygotowaniu i kontroli stanu infrastruktury stadionowej oraz organizacji imprez - meczów piłki nożnej szczebla centralnego”.

Opis przedmiotu zamówienia:

Zamawiający w treści specyfikacji w załączniku nr 1 do siwz i umowy, załączniku nr 2 do umowy wykaz stref objętych zamówieniem tj. kompleksowym utrzymaniem czystości, załączniku nr 3 do umowy standaryzacja usług sprzątnia wskazuje, że usługa ma być świadczona na powierzchni do obsługi, bez wskazania jej obmiaru.

Dane te, dla Wykonawcy są niezbędne celem przygotowania wyceny usługi utrzymania czystości w ogóle. Zatem konieczne jest wskazanie maksymalnej pojemności osobowej stadionu oraz powierzchni w podziale na powierzchnię poziomą (po podłodze) w odniesieniu do pomieszczeń wskazanych w zał. nr 2 do umowy, a także w podziale na tereny zewnętrzne zielone i utwardzone. Ponadto w odniesieniu do usług świadczonych okresowo, niezbędna do wyceny jest powierzchnia okien w ujęciu dwustronnym wraz z określeniem jej dostępności oraz powierzchnia wykładzin dywanowych przeznaczonych do prania.

Zgodnie z treścią wyroku KIO 857/15 : „Art. 29 ust. 1 Pzp zobowiązuje zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Istota tego przepisu sprowadza się, więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców, co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić należy, że wycena ryzyk związanych z

wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można, bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ. Innymi słowy nie może wyliczyć rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia.”

Odwołujący podaje, że wskazane braki w opisie przedmiotu zamówienia mają charakter kluczowy, istotny — stanowiący punkt wyjścia w procesie kalkulacji ceny oferty, dlatego też Zamawiający naruszył przepisy art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy pzp. Aby w ogóle możliwe stało się złożenie ofert przez zainteresowanych Wykonawców konieczne jest doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia. Gdyby Zamawiający tego nie uczynił doszłoby do tego, że Wykonawcy przyjmowali by różne podstawy do przeprowadzenia kalkulacji ceny ofertowej i oferty te nie byłyby porównywalne co w konsekwencji narusza zasadę uczciwej konkurencji pomiędzy Wykonawcami.

Odwołujący podnosi, że przepis art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy pzp wprowadza zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. „Zakazane jest dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, lecz także takiego, który hipotetycznie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Zakaz ten nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno, co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymagania w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie”, (komentarz do ustawy pzp red. M. Stachowiak). Zamawiający precyzując swoje wymagania ma tylko jedno ograniczenie - jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji. Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 11 sierpnia 2006 r., IX Ga 137/06, pisząc o granicach swobody opisu przedmiotu zamówienia, podkreślił: "Prawo zamówień publicznych chroni, bowiem z jednej strony interes Zamawiającego (interes publiczny), z drugiej nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Formułując SIWZ, Zamawiający musi mieć na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy rozwiązaniami preferującymi poszczególne interesy". Zgodnie ze stanowiskiem SO w Zielonej Górze w wyroku z 13 maja 2005 r., II Ca 109/05, niepubl.: „Decydująca dla oceny poprawności sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia winna być perspektywa wykonawcy”.

Odwołujący wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do wskazania maksymalnej pojemności osobowej stadionu oraz powierzchni w podziale na powierzchnię poziomą (po podłodze) w odniesieniu do pomieszczeń wskazanych w załączniku nr 2 do umowy, a także w podziale na tereny zewnętrzne zielone i utwardzone. Ponadto w odniesieniu do usług świadczonych okresowo, niezbędna do wyceny jest powierzchnia okien w ujęciu dwustronnym wraz z określeniem jej dostępności oraz powierzchnia wykładzin dywanowych przeznaczonych do prania.

Opis przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w zał. 2 do SIWZ, w § 7 ust. 7 wskazał, kary umowne „§ 7. KARY UMOWNE.

7. Udostępnienie danych oraz informacji objętych tajemnicą przez Zamawiającego 1000 zł za każde naruszenie. ”

Art. 29 ust. 2 ustawy pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, polegający na nieuprawnionym, rażącym uprzywilejowaniu pozycji Zamawiającego w stosunku Wykonawcy oraz nieuwzględnienie specyfiki przedmiotu zamówienia,

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający wykorzystuje pozycję dominującą organizatora przetargu i w sposób rażący uprzywilejował swoją stronę w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego w stosunku do Wykonawcy. Stanowi to naruszenie zasad współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, polegające na przyznaniu Zamawiającemu kar umownych za naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, które są nieuzasadnione, niezależne od skali, okoliczności i przyczyn uchybienia, nawet w przypadku, gdy po stronie Zamawiającego nie powstanie żadna szkoda, co stanowi uprawnienie rażąco nieproporcjonalne i za daleko idące w stosunku do przesłanek skorzystania z tego uprawnienia. Odwołujący podaje, że w zakresie odpowiedzialności Stron za naruszenie zasad poufności wynikających z zawartej umowy powinna obowiązywać odpowiedzialność wyłącznie w przypadku wyrządzenia drugiej stronie rzeczywistej i udowodnionej szkody w związku z ujawnieniem informacji poufnych - odpowiedzialność powinna być oparta na zasadzie winy. Nie ma podstaw, aby odpowiedzialność Wykonawcy regulowana była w tym zakresie w trybie kar umownych. Należy pamiętać, że kary umowne można naliczać niezależnie od faktu powstania jakiegokolwiek szkody po stronie Zamawiającego - istotne jest, bowiem samo naruszenie konkretnego postanowienia umowy.

Odwołujący wnosi o Zobowiązanie Zamawiającego do wykreślenia postanowień zawartych w § 7 ust. 7 załącznika nr 2 do SIWZ.

Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy.

Termin realizacji umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne ustalony został na okres od daty zawarcia do dnia 31.03.2018 r. czyli na okres powyżej 12 miesięcy.

Zamawiający w postanowieniach SIWZ, w żadnym miejscu dokumentacji przetargowej nie przewidział możliwości waloryzacji wynagrodzenia zgodnie z dyspozycją art. 142 ust. 5 ustawy pzp, pomimo, że jest do tego zobowiązany z mocy ustawy.

Odwołujący podnosi, że wskazane w SIWZ regulacje nie realizują dyspozycji przepisu art. 142 ust. 5 ustawy pzp, gdyż:

- 1) zmiana wysokości wynagrodzenia Wykonawca jest w ogóle pominięta w warunkach przetargu zatem nieobowiązkowa - uzależniona od zgodnej woli stron, podczas gdy na mocy przywołanego przepisu ustawy waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy jest obligatoryjna;
- 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 Prawo zamówień publicznych, nakazuje w umowie ustalić wprost zasady wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy;
- 3) zamawiający w postanowieniach umownych zaniechał wskazania terminu, od którego będzie obowiązywała wynagrodzenia wykonawcy w zmienionej wysokości.

Odwołujący wskazuje, że przepis 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 zmiana waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający w ww. opisie dopuszczalnych zmian do umowy nie zawarł żadnych regulacji dot. 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 pzp, co jest niedopuszczalne zgodnie z art. 142 uzp. Zasady prowadzenia waloryzacji nie zostały przez zamawiającego opisane, co uniemożliwia prawidłową kalkulację ceny ofertowej. Z daleko idącej ostrożności Odwołujący zaznacza również, że „mechanizmem waloryzacji” wynagrodzenia wykonawcy, w świetle art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych nie mogą być dowolnie prowadzone przez strony rokowania. Zgodnie z przywołanym przepisem art. 142 ust. 5, wykonawca w chwili składania oferty powinien mieć pewność, że obliczenie jego ceny wykonanej zostało z uwzględnieniem wszystkich ryzyk rynkowych.

W związku z powyższym, Odwołujący, a także każdy z wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie publiczne wbrew wykładni przepisu 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,

Zmiana do przedmiotowej umowy w ww. zakresach nie jest w dokumentacji przetargowej przewidziana. Brak postanowień określających zasady waloryzacji jest niezgodne z obowiązującą ustawą Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z przepisem art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych wysokość waloryzacji powinna być wprost zależna od wzrostu obciążeń publicznoprawnych wykonawcy z tytułów, o których mowa powyżej.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że zawarte w treści siwz postanowienia nie realizują dyspozycji przepisu 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 umowie:

Odwołujący podkreśla, iż ww. działania Zamawiającego stają w sprzeczności z celem nowelizacji przepisu art. 142 ustawy pzp. Uzasadnieniem nowelizacji przywołanego przepisu art. 142 ustawy było m.in., 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 określonymi 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 zaznacza, że ww. działania Zamawiającego stają także w sprzeczności, ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku z 9 marca 2015 r. (KIO 346/15), zgodnie, z którym: „(...) wymienione w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp stawki podatku VAT, kwoty minimalnego wynagrodzenia oraz zasady i stawki obowiązujące w ubezpieczeniach społecznych i zdrowotnych są regulowane przez akty prawne o charakterze bezwzględnie obowiązującym. Oznacza to, że wykonawcy nie mają żadnego wpływu na ich wysokość i muszą je uwzględniać również przy kalkulowaniu ceny oferty. Dokonywanie w tym zakresie zmian przez ustawodawcę może zatem wpłynąć na koszt wykonania zamówienia przez wykonawcę. Celem wskazanego przepisu jest możliwość uniknięcia przez wykonawcę negatywnych dla niego skutków zmian legislacyjnych.

Wniosek taki wynika z uzasadnienia projektu ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 roku, gdzie wskazano, że w dzisiejszej praktyce zamawiających właściwie nieobecne jest włączanie do wzorów umów tzw. Klauzul waloryzacyjnych. Przygotowana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwala na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących obciążeń publicznych. W efekcie, przy niewysokich marżach, pozornie niewielka zmiana np. podatku od towarów i usług (VAT) powoduje utratę marży, a w konsekwencji prowadzi do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Powyższe prowadzi do znacznego ograniczenia przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. Wyżej wskazane sytuacje odnoszą się przede wszystkim do umów wieloletnich, w trakcie trwania, których wykonawcy są zaskakiwani zmianami ciężarów publicznych 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. W świetle powyższego proponuje się uzupełnić przepis art. 142 ustawy Pzp o nowy ust. 5 poprzez wprowadzanie obowiązku zawierania w umowach trwających powyżej 12 miesięcy zapisów dotyczących zmiany odpowiedniej wysokości wynagrodzenia, w ściśle określonych przypadkach. Zgodnie z treścią proponowanego przepisu art. 142 ust. 5 ustawy, umowa

musiałaby zawierać postanowienie o odpowiedniej zmianie wysokości wynagrodzenia wykonawcy w razie zmiany:

- stawki podatku od towarów i usług;
- wysokości min. wynagrodzenia za pracę, ustalonego na podstawie odrębnych przepisów;
- wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne.

Z art. 142 ust. 5 ustawy Pzp wynika, że wynagrodzenia wykonawcy winno zostać odpowiednio zmienione. Zmiana powinna być „adekwatna”, wynikające wprost z zaistniałej zmiany przepisów prawa. Kwota, o jaką zmienione zostanie wynagrodzenia, nie powinna być ani niższa, ani wyższa niż to wynika ze zmiany przepisów prawa.

Powyższe argumenty uzasadniają również konieczność dokonania zmiany wynagrodzenia wykonawcy od dnia wejścia w życie zmian przepisów prawa. (...)”.

Mając powyższe na uwadze:

Odwołujący wnosi o dodanie w § 11 załącznika nr 2 do SIWZ „Projekt Umowy” następujących postanowień:

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.

Zmiana wysokości wynagrodzenia obowiązywać będzie od dnia wejścia w życie zmian o których mowa w ust. 1.

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.

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.

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.

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 b i c).

Zmiany treści umowy wymagają zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności.

W trakcie rozprawy strony przedstawiły stanowiska.

Odwołujący podtrzymał odwołanie w całości. Wskazał, że postanowienie pkt 3.3.2. SIWZ dyskryminuje innych wykonawców, gdyż uprzywilejowuje tylko obecnego wykonawcę; a zakres przedmiotu zamówienia nie uzasadnia postawienia wymogu w zakresie doświadczenia w świadczeniu usług związanych z organizacją meczów szczebla centralnego. Podtrzymał zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp stwierdzając, że Opis Przedmiotu Zamówienia jest sporządzony przez zamawiającego a nie przez wykonawców. Wizja lokalna nie zastępuje takiego opisu. Podtrzymując zarzut co do kwestionowanej kary umownej stwierdził, że zgodnie z art. 139 ust. 3 ustawy Pzp umowy są jawne. Podtrzymuje zarzut o braku postanowień waloryzacyjnych. Stwierdził, że przepisy art. 142 ust. 5 ustawy Pzp są bezwzględnie obowiązujące i pozostają bez związku z bieżącymi pracami legislacyjnymi, jak również bez związku z charakterem wynagrodzenia za przedmiot zamówienia. Postanowienie § 11 ust. 1 wzoru umowy wskazane przez zamawiającego ocenił jako niewystarczające do uznania za wywiązanie się z postanowień przepisów ustawy.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że zarzuty przywołane w pkt 1 - 7 są nieczytelne.

Stwierdził, że postawiony wymóg doświadczenia - w szczególności zawarty w kwestionowanym pkt 3.3.2 SIWZ, jest uzasadniony.

Odnosnie kar umownych opisanych w § 7 ust. 7 wzoru umowy stwierdził, że tajemnica handlowa jest istotnym dobrem przedsiębiorcy wymagającym ochrony. W obrocie gospodarczym kary umowne w podobnych wypadkach, są według wiedzy zamawiającego wielokrotnie wyższe i oscylują np. na poziomie 50 tys. zł.

W zakresie zarzutu opartego na naruszeniu art. 142 ust. 5 ustawy Pzp zauważył, że do umowy, jaka zostanie zawarta z wykonawcom mają zastosowanie przepisy Kodeksu Cywilnego – w tym art. 357¹ zawierający klauzulę *rebus sic stantibus*. Żądanie odwołującego

w tym zakresie ocenia jako związane z przewidywanymi przepisami dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Odnosnie zarzutu dot. niedostatecznie sprecyzowanego Opisu Przedmiotu Zamówienia stwierdził, że dane jakich żąda odwołujący, przedstawione wykonawcom, prowadziłyby do ich odmiennego rozumienia. W związku z tym zamawiający wybrał inne rozwiązanie, tj. zorganizował dla potencjalnych wykonawców oględziny obiektu. W oględzinach uczestniczyło ok. 20 wykonawców - w tym odwołujący; mogli oni zapoznać się ze stanem obiektu w celu umożliwienia przygotowania oferty.

Wskazuje także na art. 355 § 2 Kodeksu Cywilnego określający próg staranności w stosunkach cywilnoprawnych.

Stwierdził, że przed wniesieniem odwołania wykonawca złożył zamawiającemu pismo o treści analogicznej do treści odwołania.

Wskazał na treść § 11 ust. 1 wzoru umowy, określający sytuację dopuszczenia zmian umowy. Stwierdził, że wobec takiej treści wprowadzenie wprost żądanych klauzul art. 142 ust. 5 ustawy Pzp byłoby zbędne. Przypomniał, że zgodnie z § 3 umowy wynagrodzenie za przedmiot zamówienia jest ryczałtowe, co oznacza, iż ewentualna zmiana jego wysokości wymagałaby orzeczenia Sądu.

Potwierdził celowość przeprowadzenia wizji lokalnej i poinformował, że na otrzymanych szereg pytań dotyczących postępowania przygotowuje odpowiedzi.

Stwierdził także, że na stronie internetowej zamawiającego cały czas jest dostępna dokumentacja projektowa obiektu przydatna do sporządzenia oferty.

Wskazał, że wymóg określający szczebel centralny jest powszechnie używany dla rozgrywek w trzech najwyższych ligach Polski i oznacza konieczność wykazania się doświadczeniem o szczególnym poziomie bezpieczeństwa. Wskazał na postanowienia art. 13 ust. 1 ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych. Przypomniał stanowisko dot. Opisu Przedmiotu Zamówienia – w tym dokumentację projektową i przeprowadzone oględziny. Ponownie wskazuje na postanowienia umowy umożliwiające ewentualną ich zmianę.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, wzięciu pod uwagę stanowisk stron przedstawionych na piśmie i do protokołu, uwzględniając także dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie objętym zarzutami odwołania zważyła, co następuje.

Odwołujący niewątpliwie ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego zdefiniowanym w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, a w konsekwencji ma legitymację czynną do wniesienia odwołania.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie wskazanym w pkt 1.A. sentencji wyroku. Skład orzekający zauważa, że postanowienia o tzw. klauzulach waloryzacyjnych wprowadzone przez art. 1 pkt 16 ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. (Dz. Z 2014 r., poz. 1232) są przepisem bezwzględnie obowiązującym. Przepis art. 142 ust. 5 ustawy zobowiązuje zamawiających do umieszczenia w umowach zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy postanowień określających zasady zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy jeśli zmianie ulegną:

- a) stawki podatku VAT
- b) wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę
- c) zasady podlegania ubezpieczeniem społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne.

Obowiązek zamieszczenia w umowie postanowień o charakterze waloryzacyjnym uzależniony jest od spełnienia pozytywnej przesłanki – zmiana powyższych wartości musi pośrednio lub bezpośrednio wpływać na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Oznacza to, iż zamawiający nie jest zobowiązany do umieszczenia w umowach z wykonawcami postanowień o charakterze waloryzacyjnym jeśli okres ich trwania jest krótszy niż 12 miesięcy oraz zmiana czynników określonych w art. 142 ust. 5 nie wpłynie na koszty wykonania zamówienia.

W ocenianych postanowieniach wzoru umowy stanowiącego część siwz jako jej załącznik zamawiających nie sformułował zasad wprowadzania ewentualnych zmian wysokości wynagrodzenia po myśli wskazanego wyżej przepisu ustawy. W stosunku do wymogu wynikającego z przywołanego przepisu wskazane przez zamawiającego postanowienia § 11 ust. 1 wzoru umowy są w przedmiotowym zakresie niewątpliwie niewystarczające jako zbyt ogólnikowe. Izba nie podziela przy tym poglądu zamawiającego jakoby dla przepisu art. 142 ust. 5 ustawy pzp alternatywę stanowił art. 357¹ kodeksu cywilnego zawierający tzw. klauzulę *rebus sic stantibus*. Czym innym jest bowiem nadzwyczajna zmiana stosunków jako przesłanka zastosowania przepisu kodeksowego, a ponadto jest to przepis poddający jego stosowanie rozstrzygnięciu sądu, a nie stron umowy.

W świetle dokonanego ustalenia Izba nakazała dokonanie zmiany postanowień siwz.

Odnośnie pozostałych zarzutów odwołania skład orzekających uznał, że są one niezasadne.

Warunek udziału w postępowaniu wraz wymaganym doświadczeniem sformułowany w pkt 3.3.2 siwz o treści: „Wykonawca udokumentuje doświadczenie w przygotowaniu i kontroli stanu infrastruktury stadionowej oraz organizacji imprez — meczów piłki nożnej szczebla centralnego” w ocenie składu orzekającego nie narusza zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu. Oczywiście jest że warunek dotyczy każdego wykonawcy. Jest też związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zakres usług stanowiących przedmiot zamówienia i miejsce ich świadczenia jest niesporny, opisany między innymi w pkt. 5 siwz i dotyczy również imprez masowych organizowanych przez zamawiającego z przywołaniem przepisów PZPN i Ekstraklasy, które to imprezy, na obiekcie zamawiającego są prowadzone. Jest to okoliczność niesporna i objęta notorią powszechną.

Brak w opisie przedmiotu zamówienia obmiarów obiektu nie jest w ocenie Izby okolicznością prowadzącą do wniosku o niemożności złożenia oferty na świadczenie usług. Należy zauważyć, że w niniejszym postępowaniu przeprowadzono obowiązkową wizję lokalną dla wykonawców, jak również zamawiający deklaruje udzielanie wyjaśnień i odpowiedzi na zadawane pytania, a nadto udostępnia dokumentację projektową obiektu. Wydaje się, że dla profesjonalnego wykonawcy taki zakres informacji będzie wystarczający do przygotowania oferty.

W § 7 ust. 7 wzoru umowy zawarto postanowienie: „Udostępnienie danych oraz informacji objętych tajemnicą przez Zamawiającego 1000 zł za każde naruszenie.”

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu do wykreślenia tych postanowień.

Stwierdzić należy, że cytowane postanowienie o karze umownej za naruszenie tajemnicy zastrzeżonej przez stronę nie narusza żadnego przepisu prawa; przeciwnie jest postanowieniem stosowanym w obrocie gospodarczym. Tym samym zarzut jest niezasadny. Izba zauważa przy tym, że nie jest uprawniona do modyfikowania postanowień umownych w kierunku zmierzającym do zapewnienia równowagi stron. Izba może nakazywać dokonywanie określonych czynności zamawiającemu, o ile wynikają one z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. W takim też zakresie zapadło niniejsze rozstrzygnięcie.

Z uwagi na powyższe orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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: