

Sygn. akt: KIO 941/15

## WYROK

z dnia 21 maja 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 maja 2015 roku** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 maja 2015 roku przez **Odwolującego** – Impel Catering „Company” Sp. z o.o., sp. k. z siedzibą we Wrocławiu, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Regionalny Szpital z siedzibą w Kołobrzegu

### orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **Odwolującego** - Impel Catering „Company” Sp. z o.o., sp. k. z siedzibą we Wrocławiu, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwolującego** - Impel Catering „Company” Sp. z o.o., sp. k. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Odwolującego** - Impel Catering „Company” Sp. z o.o., sp. k. z siedzibą we Wrocławiu, na rzecz **Zamawiającego** - Regionalny Szpital w Kołobrzegu, kwotę **4.753 zł 46 gr** (słownie: cztery tysiące siedemset pięćdziesiąt trzy złote czterdzieści sześć groszy) stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika i koszty dojazdu na posiedzenie Izby

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Koszalinie**.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

W dniu 8 maja 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z dnia 9 sierpnia 2013 roku, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca Impel Catering “Company” sp. z o. o. sp. k. z siedzibą we Wrocławiu, zwany dalej „Odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usług żywienia pacjentów szpitala i inne usługi gastronomiczne dla potrzeb Regionalnego Szpitala w Kołobrzegu” prowadzi Zamawiający: Regionalny Szpital w Kołobrzegu. Nr ogłoszenia 2015/S 082-146016 z dnia 28 kwietnia 2015 roku.

Odwołanie złożono wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”.

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 postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ;
- 2) art. 142 ust. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego ustalenia w treści SIWZ postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w zakresie i brzmieniu zaproponowanym przez Odwołującego w odwołaniu.

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

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, że w dniu 28 kwietnia 2015 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ dotyczące przedmiotowego zamówienia. W ocenie Odwołującego postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Termin realizacji umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne ustalony został na okres 36 miesięcy. Zamawiający w dokumentacji postępowania (Załącznik nr 8 do SIWZ § 13 ust. 4-8) przewidział, że:

*„4. W przypadku zawarcia umowy na okres dłuższy niż 12 miesięcy, wynagrodzenie Wykonawcy, o którym mowa w § 2 umowy, dotyczące niewykonanej części zamówienia;*

*będzie waloryzowane w trakcie obowiązywania umowy w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług. Warunkiem dokonania waloryzacji będzie skierowanie do Zamawiającego pisemnego wniosku Wykonawcy zawierającego uzasadnienie i szczegółowy sposób wyliczenia nowych cen, o których mowa wyżej na wynagrodzenie Wykonawcy. Waloryzacja będzie mogła nastąpić po upływie miesiąca od dnia wprowadzenia nowych stawek podatku VAT.*

*5. W przypadku zawarcia umowy na okres dłuższy niż 12 miesięcy; wynagrodzenie Wykonawcy, o którym mowa w § 2 umowy, dotyczące niewykonanej części zamówienia; będzie waloryzowane w trakcie obowiązywania umowy w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę. Warunkiem dokonania waloryzacji będzie skierowanie do Zamawiającego pisemnego wniosku Wykonawcy zawierającego uzasadnienie i szczegółowy sposób wyliczenia nowych cen oraz szczegółowe uzasadnienie wpływu zmian, o których mowa wyżej na wynagrodzenie Wykonawcy. Waloryzacja będzie mogła nastąpić po upływie miesiąca od dnia wprowadzenia nowej kwoty wynagrodzenia za pracę.*

*6. W przypadku zawarcia umowy na okres dłuższy niż 12 miesięcy, wynagrodzenie Wykonawcy, o którym mowa w § 2 umowy, dotyczące niewykonanej części zamówienia, będzie waloryzowane w trakcie obowiązywania umowy w przypadku zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. Warunkiem dokonania waloryzacji będzie skierowanie do Zamawiającego pisemnego wniosku Wykonawcy zawierającego uzasadnienie i szczegółowy sposób wyliczenia nowych cen oraz szczegółowe uzasadnienie wpływu zmian, o których mowa wyżej na wynagrodzenie Wykonawcy. Waloryzacja będzie mogła nastąpić po upływie miesiąca od dnia wprowadzenia nowych zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu.*

*7. W przypadku niewykazania przez Wykonawcę wpływu zmian, o których mowa w ust. 5 i 6 na wzrost wynagrodzenia Wykonawcy; Zamawiający ma prawo odmówić waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy do czasu przedstawienia wymaganego uzasadnienia oraz dokumentów potwierdzających żądania Wykonawcy”.*

Odwołujący podnosił, że wskazane regulacje nie realizują dyspozycji przepisu art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, gdyż:

- 1) zmiana wysokości wynagrodzenia Wykonawcy jest nieobowiązkowa - uzależniona od zgody Zamawiającego, podczas gdy na mocy przywołanego wyżej przepisu ustawy waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy jest obligatoryjna;
- 2) Zamawiający w postanowieniach umownych uzależnił zmianę wysokości wynagrodzenia od wyników przeprowadzonej przez Zamawiającego oceny przedstawionej przez Wykonawcę kalkulacji, 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 wynagrodzenia wykonawcy w zmienionej wysokości;

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 określać zasad waloryzacji w sposób fakultatywny przez stosowanie zwrotów typu „wynagrodzenie może ulec zmianie”; „wynagrodzenie może być waloryzowane”; „waloryzacja może nastąpić”; „zmiana jest dopuszczalna” lub równoważnych.

W prowadzonym postępowaniu Zamawiający stwierdza, iż waloryzacja będzie mogła nastąpić po upływie miesiąca od dnia wprowadzenia nowych stawek podatku VAT, nowej kwoty wynagrodzenia za pracę oraz nowych zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu. Wspominany przepis 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 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 będzie dokonywana w oparciu o wnioski wykonawcy po przeprowadzeniu negocjacji. Zasady prowadzenia tychże negocjacji nie zostały przez zamawiającego opisane, co uniemożliwia prawidłową kalkulację ceny ofertowej.

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący zaznaczył również, że „mechanizmem waloryzacji” wynagrodzenia wykonawcy nie są, w świetle art. 142 ust. 5 ustawy Pzp negocjacje. Zgodnie z przywołanym przepisem wykonawca w chwili składania oferty powinien mieć pewność, że obliczenie jego ceny wykonane zostało z uwzględnieniem wszystkich ryzyk rynkowych. Negocjacje takiej pewności nie gwarantują, gdyż dopiero po ich zakończeniu, a więc w czasie realizacji umowy, wykonawca uzyska wiedzę o ostatecznej wysokości kosztów, które zobowiązany będzie ponieść w związku z realizacją zamówienia.

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 dopuszczalna a nie obligatoryjna jak obliguje ustawa;

2) odpowiednio do wzrostu obciążeń publicznoprawnych wzroście wynagrodzenie wykonawcy - zgodnie z umową wysokość ewentualnego wzrostu ustalona zostanie w wyniku negocjacji.

Zmiana do przedmiotowej umowy w wymienionych zakresach uzależniona jest od wyniku negocjacji. Postanowienie takie jest niezgodne z obowiązującą ustawą Pzp. Zgodnie z przepisem art. 142 ust. 5 ustawy Pzp 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 zawartej umowie.

Odwołujący podkreśla, iż takie działania Zamawiającego stoją w sprzeczności z celem nowelizacji przepisu art. 142 ustawy Pzp. Uzasadnieniem nowelizacji przywołanego przepisu art. 142 ustawy Pzp 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 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 zaznaczył, że działania Zamawiającego stają także w sprzeczności ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w wyroku z dnia 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, (...). 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 minimalnego 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 wynagrodzenie, 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 zmianę postanowień Załącznika nr 8 do SIWZ w § 13 ust. 4-8 w następujący sposób:

„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”.*

Wobec powyższego Odwołujący wnosil jak na wstepie.

Zamawiający zložyl pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosil o oddalenie odwołania w calosci. Wskazal, ze zawarl we wzorze umowy wszystkie wymagane elementy, tj. okreslil zasady wprowadzenia odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia naleznego wykonawcy. Art. 142 ust. 5 ustawy Pzp narzuca dokonanie zmian wynagrodzenia tylko w przypadku jezeli zmiany te beda mialy wpływ na koszty wykonywania zamówienia przez wykonawcę.

Zamawiający zastrzeól, ze warunkiem dokonania waloryzacji bedzie skierowanie do Zamawiającego pisemnego wniosku zawierającego uzasadnienie i szczególowy sposób wyliczenia nowych cen oraz szczególowe uzasadnienie wpływu zmian na wynagrodzenie wykonawcy. Zasadnym jest zobowiązanie wykonawcy do wykazania wpływu zmiany wskazywanych regulacji na koszty wykonania zamówienia. Wprowadzenie zapisu o waloryzacji wynagrodzenia jedynie na podstawie jego oświadczenia mogloby prowadzić do bezpodstawnego podnoszenia wynagrodzenia.

Zamawiający podniósł, ze zasad waloryzacji, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie określono w sposób fakultatywny. Zamawiający w ust. 4, 5, 6 § 13 zapisal, ze „wynagrodzenie bedzie waloryzowane”. Okreslil rowniez sposób wprowadzania zmian i termin wprowadzenia tych zmian.

Zamawiający nie uzaleznia wzrostu wynagrodzenia od obowiazkowego przeprowadzania negocjacji, a jedynie wymaga zgodnie z zapisami umowy oraz art. 142 ust. 5 ustawy Pzp udowodnienia przez wykonawcę, ze zmiany, o których mowa w art. 142 ustawy Pzp maja wpływ na koszty wykonywania zamówienia. W doktrynie przyjmuje się ze w razie zmiany stawki podatku VAT, wysokości minimalnego wynagrodzenia czy składki na



ZUS, wykonawcy mogą zwrócić się o przeprowadzenie negocjacji w sprawie zmiany wynagrodzenia. Tymczasem pomimo tego, umowa nie nakłada obowiązku przeprowadzania negocjacji w tym zakresie. W świetle powyższego, zarzut, iż prowadzenie negocjacji jest niezgodne z przepisami, jest całkowicie bezzasadny.

Zamawiający zauważył, że na cenę oferty w przypadku świadczenia usługi żywienia nie ma wpływu jedynie wynagrodzenie pracowników czy stawka VAT, ale szereg innych czynników, np. dzierżawa, utrzymanie pomieszczeń, media. Zamawiający w takim przypadku musi żądać od wykonawcy przedstawienia kalkulacji, która będzie wskazywała, że wprowadzona zmiana ma wpływ na koszty wykonywania zamówienia przez wykonawcę.

**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, w tym wzoru umowy, ogłoszenia o zamówieniu, stanowisk i oświadczeń Stron postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności sporządzenia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, w tym ustalenie warunków umownych, a także potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Na rozprawie Strony podtrzymały stanowiska wyrażone pisemnie.

Izba ustaliła, że zgodnie z postanowieniami załącznika nr 8 do SIWZ wzoru umowy w § 13 ust. 4-8 Zamawiający przewidział, że:

*„4. W przypadku zawarcia umowy na okres dłuższy niż 12 miesięcy, wynagrodzenie Wykonawcy, o którym mowa w § 2 umowy, dotyczące niewykonanej części zamówienia; będzie waloryzowane w trakcie obowiązywania umowy w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług. Warunkiem dokonania waloryzacji będzie skierowanie do*

*Zamawiającego pisemnego wniosku Wykonawcy zawierającego uzasadnienie i szczegółowy sposób wyliczenia nowych cen, o których mowa wyżej na wynagrodzenie Wykonawcy. Waloryzacja będzie mogła nastąpić po upływie miesiąca od dnia wprowadzenia nowych stawek podatku VAT.*

*5. W przypadku zawarcia umowy na okres dłuższy niż 12 miesięcy; wynagrodzenie Wykonawcy, o którym mowa w § 2 umowy, dotyczące niewykonanej części zamówienia; będzie waloryzowane w trakcie obowiązywania umowy w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę. Warunkiem dokonania waloryzacji będzie skierowanie do Zamawiającego pisemnego wniosku Wykonawcy zawierającego uzasadnienie i szczegółowy sposób wyliczenia nowych cen oraz szczegółowe uzasadnienie wpływu zmian, o których mowa wyżej na wynagrodzenie Wykonawcy. Waloryzacja będzie mogła nastąpić po upływie miesiąca od dnia wprowadzenia nowej kwoty wynagrodzenia za pracę.*

*6. W przypadku zawarcia umowy na okres dłuższy niż 12 miesięcy, wynagrodzenie Wykonawcy, o którym mowa w § 2 umowy, dotyczące niewykonanej części zamówienia, będzie waloryzowane w trakcie obowiązywania umowy w przypadku zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. Warunkiem dokonania waloryzacji będzie skierowanie do Zamawiającego pisemnego wniosku Wykonawcy zawierającego uzasadnienie i szczegółowy sposób wyliczenia nowych cen oraz szczegółowe uzasadnienie wpływu zmian, o których mowa wyżej na wynagrodzenie Wykonawcy. Waloryzacja będzie mogła nastąpić po upływie miesiąca od dnia wprowadzenia nowych zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu.*

*7. W przypadku niewykazania przez Wykonawcę wpływu zmian, o których mowa w ust. 5 i 6 na wzrost wynagrodzenia Wykonawcy; Zamawiający ma prawo odmówić waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy do czasu przedstawienia wymaganego uzasadnienia oraz dokumentów potwierdzających żądania Wykonawcy”.*

**Biorąc pod uwagę przedmiotowe ustalenia, skład orzekający Izby uznał, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.**

Ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych dodała ust. 5 do art. 142 ustawy Pzp. Zgodnie z nowymi regulacjami prawnymi, w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy zamawiający zobowiązani są przewidzieć zasady wprowadzania odpowiednich zmian wynagrodzenia, w przypadku zmiany:

- a) stawki podatku VAT

- b) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę
- c) zasad podlegania ubezpieczeniu społecznemu lub zdrowotnemu albo wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne

jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Oznacza to, że w ściśle określonych przypadkach wykonawcy będzie przysługiwało wynagrodzenie wyższe niż umówione, aby w ten sposób niwelować ryzyko spadku opłacalności (czy też zaistnienia stanu nieopłacalności) realizacji zamówień publicznych. Jednocześnie dostrzeżenia wymaga, że ustawodawca wymaga od Zamawiającego, aby ten zbadał, czy i w jakim stopniu wymienione w ust. 5 czynniki wpłyną na ponoszone przez wykonawcę koszty realizacji zawartej umowy. Z drugiej strony, to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania wysokości zmiany kosztów wykonania zamówienia. Z tych powodów uznano, że przewidziany we wzorze umowy w przedmiotowym postępowaniu obowiązek złożenia przez wykonawcę pisemnego wniosku zawierającego uzasadnienie i szczegółowy sposób wyliczenia nowych cen oraz szczegółowe uzasadnienie wpływu zmian za działanie Zamawiającego jak najbardziej uprawnione. Nie oznacza to jednocześnie, że pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą toczyły się będą negocjacje, dopiero w wyniku których ustalona zostanie wysokość dodatkowego wynagrodzenia. Złożenie wniosku wraz z kalkulacją ma raczej w ocenie Izby charakter porządkowy dla danego kontraktu.

Z treści art. 142 ust. 5 ustawy Pzp wynika, że to Zamawiający odpowiedzialny jest za stworzenie, opisanie zasad wprowadzania zmian w wysokości należnego wykonawcy wynagrodzenia. Ani treść tych zasad, ani stopień ich szczegółowości nie zostały jednak przez ustawodawcę określone. Z uzasadnienia do projektu o zmianie ustawy oraz stanowiska doktryny i orzecznictwa wynika, że zasady te muszą być „odpowiednie”. Ze względu na konieczność zapewnienia stabilności stosunków gospodarczych przyjąć należy, że owe zasady powinny precyzować kwestię waloryzacji wynagrodzenia na tyle szczegółowo, aby w toku realizacji umowy strony niejako automatycznie, według opisanej krok po kroku procedury mogły dokonać procesu zmian. Wbrew twierdzeniom Odwołującego w przedmiotowej sprawie, takie procedury, działające w sposób automatyczny we wzorze umowy przewidział Zamawiający. Nie można zgodzić się z Odwołującym, że w tym postępowaniu waloryzacja jest fakultatywna. Obowiązkowy charakter zastosowania klauzul waloryzacyjnych wynika z brzmienia art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, takie też jest stanowisko przedstawione w piśmie procesowym i na rozprawie przez Zamawiającego. Waloryzacja będzie się odbywała obowiązkowo, kiedy regulacje prawne tego wymagają, według opisanej procedury, którą inicjował będzie pisemny wniosek wykonawcy. W opisanym mechanizmie nie należy natomiast upatrywać uprawnienia do żądania przez wykonawcę automatycznego

podwyższenia należnego wynagrodzenia, ponieważ – jak wspomniano – będzie to zależało od wykazania przez niego wpływu zmian ustawodawstwa na koszt wykonania zamówienia.

Przechodząc do analizy dalszych postanowień wzoru umowy, a w szczególności zdania, iż „(...) *Waloryzacja będzie mogła nastąpić po upływie miesiąca od dnia wprowadzenia nowych zasad (...)*” dostrzeżenia wymaga, iż Odwołujący błędnie upatruje w stwierdzeniu tym zasady, że dopiero po upływie miesiąca od zaistnienia określonych zmian będzie mu wypłacane podwyższone wynagrodzenie, co oznacza, że wykonawca nie będzie otrzymywał pełnej rekompensaty za dodatkowe obowiązki nałożone na niego przepisami bezwzględnie obowiązującymi. Nic bardziej mylnego. Zdanie to, w ocenie składu orzekającego Izby, oznacza tylko tyle, że wykonawca po upływie miesiąca będzie mógł wystąpić do Zamawiającego z umotywowanym wnioskiem zawierającym szczegółowe wyliczenie wpływu zmian na wynagrodzenie wykonawcy. Postanowienie umowne nie oznacza, iż wykonawca nie otrzyma rekompensaty wstecz w pełnej należnej mu wysokości. Taką też argumentację na rozprawie przedstawił Zamawiający, stwierdzając, że „z zapisów umowy nie wynika, że zapłata wynagrodzenia nie będzie obejmowała wynagrodzenia ze skutkiem wstecz, od dnia wprowadzenia zmian”. Powyższe postanowienie umowne określa jedynie moment początkowy, od kiedy wykonawca może domagać się zmiany wynagrodzenia. Ponadto zauważyć należy, że wykonawca w każdym wypadku zobowiązany jest wykazać wpływ zmiany na jego wynagrodzenie i dopiero w takim przypadku klauzula waloryzacyjna może znaleźć zastosowanie.

Konkludując, w ocenie Izby Zamawiający wprowadził do wzoru umowy postanowienia określające zasady dokonywania odpowiednich zmian wynagrodzenia wykonawcy, odnoszące się chociażby do terminu i sposobu ich wprowadzenia, a także obowiązków dowodowych wykonawcy na wystarczającym poziomie szczegółowości dla procedury zmian umowy.

Mając na uwadze powyższe ustalenia i stanowisko składu orzekającego, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wymienionych przez Odwołującego w petitum odwołania i orzekła jak w sentencji. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania. Zamawiający nie naruszył zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 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:**.....