

Sygn. akt: KIO 2398/15

WYROK

z dnia 23 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 listopada 2015 r. przez wykonawcę **Impel Cleaning z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego Górnośląskie Centrum Medyczne im. Leszka Gieca z siedzibą w Katowicach, ul. Ziołowa 45/47, 40-635 Katowice**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Impel Cleaning z siedzibą we Wrocławiu, 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 Cleaning z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania
- 2.2. zasądza od wykonawcy **Impel Cleaning z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego Górnośląskie Centrum Medyczne im. Leszka Gieca z siedzibą w Katowicach, ul. Ziołowa 45/47, 40-635 Katowice** kwotę **1 800 zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc osiemset 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 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego Górnośląskie Centrum Medyczne im. Leszka Gieca z siedzibą w Katowicach, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zad. 1. – Świadczenie usług specjalistycznych sprzątnięcia i dezynfekcji, segregacji i transportu surowców wtórnych, odpadów medycznych i komunalnych, transportu wewnętrznego i usług pomocniczych w Szpitalu”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 października 2015 r., nr 2015/S 207-376050.

W dniu 3 listopada 2015 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 3 listopada 2015 r.) wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwaną dalej „SIWZ”, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie przez zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ
2. art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez zamawiającego ustalenia w treści SIWZ postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Jednocześnie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez odwołującego postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ - Załącznik nr 1 wzór umowy § 9 ust. 1 pkt. a) - c), 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.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż 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”; „dopuszcza się” 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 dotyczących rzeczonych zasad wprowadzania odpowiednich zmian w zakresie odpowiadającym treści art. 142 ust. 5 ustawy Pzp. Na podstawie postanowień umownych zmiana taka będzie dokonywana w oparciu o wniosek wykonawcy po przeprowadzeniu negocjacji, zasady wprowadzenia których nie zostały przez zamawiającego opisane co uniemożliwia

prawidłową kalkulację ceny ofertowej.

Nadto z daleko idącej ostrożności odwołujący podniósł, że „mechanizmem waloryzacji” wynagrodzenia wykonawcy nie są, w świetle art. 142 ust. 5 ustawy Pzp negocjacje. Zgodnie z treścią tego artykułu 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 wzrośnie wynagrodzenie wykonawcy - zgodnie z umową wysokość ewentualnego wzrostu ustalona zostanie w wyniku negocjacji.

Zmiana do przedmiotowej umowy w ww. zakresach uzależniona jest od wyniku negocjacji. Postanowienie takie jest niezgodne z obowiązującą ustawą Pzp. Zgodnie z 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 podniósł, 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) o jaką wartość lub wielkość waloryzacja będzie dokonywana;
- 2) jaki będzie mechanizm waloryzowania wynagrodzenia wykonawcy przewidziany w zawartej umowie.

Ww. działania zamawiającego stają 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 prowadzi do znacznego ograniczania przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. Wyżej wskazane sytuacje odnoszą 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”.

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 publicznoprawnych. 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 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. 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 minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalonego na podstawie odrębnych przepisów i wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Z art. 142 ust. 5 ustawy Pzp wynika, że

wynagrodzenie 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. (...)”.

W dniu 17 listopada 2015 r. (pismem z dnia 16 listopada 2015 r.) zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego, podnosząc iż w dniu 4 listopada 2015 r. dokonał zmiany SIWZ m.in. w zakresie zmiany Załącznika nr 1 do SIWZ – wzoru umowy, poprzez dodanie w § 9 projektu umowy ust. 5 i 6, dotyczących zmian w zakresie wskazanym w ust. 1 lit. b) i c).

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający zamieścił w treści projektu umowy – w § 9 „Zmiana postanowień umowy”, stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ następującą treść:

1. „Dopuszcza się zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy w zakresie zmiany wynagrodzenia
Wykonawcy:

- a) w przypadku zmiany ustawowych stawek podatków lub należności administracyjno - prawnych (w szczególności: zmiany stawki podatku VAT, cła i innych),
- b) w przypadku zmiany 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) w przypadku zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, jeśli zmiany określone w ust. 1 pkt a) do c) będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę,
 - d) a także w przypadku nadzwyczajnej zmiany warunków spełnienia postanowień umowy (w szczególności znaczącej zmiany kursów walut) co groziłoby co najmniej jednej ze stron rażąco stratą,
 - e) zmiana sposobu i terminu płatności – w przypadku, gdy konieczność takiej zmiany wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w momencie zawarcia umowy lub zmiana ta jest korzystna dla zamawiającego, pod warunkiem przedłożenia zamawiającemu pisemnego uzasadnienia konieczności wprowadzenia zmiany oraz wyrażenia zgody przez zamawiającego na tę zmianę,
2. Strony dopuszczają zmianę treści umowy jeśli w wyniku istotnej zmiany stosunków spełnianie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami lub groziłoby, co najmniej jednej ze stron znaczną stratę, a czego strony nie mogły przewidzieć przy zawarciu umowy.
3. Wszelkie zmiany niniejszej umowy wymagają formy pisemnej pod rygorem nieważności.
4. Nie stanowią istotnych zmian postanowień umowy w rozumieniu art. 144 ustawy Pzp zmiany spowodowane przyczynami organizacyjnymi, w szczególności:
- a) zmiana numeru rachunku bankowego wykonawcy,
 - b) zmiana danych teleadresowych wykonawcy,
 - c) zmiana osób zamawiającego wskazanych do nadzoru nad wykonaniem przedmiotu umowy”.

Zamawiający dokonał w dniu 4 listopada 2015 r., poprzez dodanie w § 9 projektu umowy ust. 5 i 6, następującej treści:

„5. Zmiany treści umowy w zakresie wskazanym w ust. 1 lit. b) i c) będą wprowadzane w formie pisemnego aneksu do umowy, na wniosek wykonawcy o przeprowadzenie negocjacji w sprawie odpowiedniej zmiany wynagrodzenia. Wykonawca składając odpowiedni wniosek zobowiązany jest wykazać i udokumentować bezpośredni wpływ zmiany przepisów w zakresie wskazanym w ust. 1 lit. b) i c) na:

- sumę wzrostu kosztów wykonawcy wynikających z podwyższenia wynagrodzeń poszczególnych pracowników biorących udział w realizacji pozostałej do wykonania, w momencie wejścia w życie zmiany, części zamówienia, do wysokości wynagrodzenia minimalnego obowiązującej po zmianie przepisów lub jej

odpowiedniej części, w przypadku osób zatrudnionych w wymiarze niższym niż pełen etat, lub

- sumę wzrostu kosztów wykonawcy oraz drugiej strony umowy o pracę, wynikających z konieczności odprowadzenia dodatkowych składek od wynagrodzeń osób zatrudnionych na umowę o pracę, a biorących udział w realizacji pozostałej do wykonania, w momencie wejścia w życie zmiany, części zamówienia przy założeniu braku zmiany wynagrodzenia netto tych osób.

Zmiany postanowień umowy w powyżej określonym zakresie mogą zostać dokonane w drodze negocjacji zakończonych zawarciem aneksu do umowy, w terminie 30 dni od dnia złożenia przez wnioskodawcę odpowiedniego wniosku, pod warunkiem udokumentowania przez wykonawcę w sposób wyczerpujący i precyzyjny wzrostu ponoszonych kosztów realizacji pozostałej do wykonania, w momencie wejścia w życie zmiany, części zamówienia i uznania przez zamawiającego wniosku za zasadny.

Zmiany postanowień umowy w powyżej określonym zakresie obowiązywać będą od dnia wejścia w życie zmian przepisów, o których mowa w ust. 1 lit. b) i c) jeżeli wykonawca, w terminie 30 dni od dnia wejścia w życie przepisów dokonujących tych zmianłoży odpowiedni pisemny wniosek, a jeżeliłoży po tym terminie – od chwili jego złożenia.

Łączny wzrost wysokości wynagrodzenia przysługującego wykonawcy na podstawie niniejszej umowy, na podstawie zmian postanowień umowy w trybie określonym niniejszym ustępem, nie może być wyższy niż 5% wynagrodzenia określonego w § 6 ust. 2 lit. a) umowy.

6.W przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług, o której mowa w ust. 1 lit. a), wartość netto wynagrodzenia wykonawcy określonego w umowie nie ulega zmianie, a wartość brutto wynagrodzenia zostanie ustalona zgodnie z obowiązującą po zmianie stawką podatku od towarów i usług”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje.

Art. 142 ust. 5 ustawy Pzp stanowi, iż 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.

Przepis ten nakłada na zamawiającego konieczność wprowadzania do umowy w sprawie zamówienia publicznego mechanizmów korekty wynagrodzenia z uwagi na

wystąpienie pewnych zmian stanu prawnego, dotyczących elementów kosztotwórczych wynagrodzenia wykonawcy.

Zamawiający rzeczywiście w pierwotnej treści wzoru umowy nie zamieścił postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy. Dokonał tego w dniu 4 listopada 2015 r., poprzez zmianę § 9 projektu umowy i dodanie ustępów 5 i 6, które zawierają regulacje odnoszące się właśnie do sposobu wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia. I z tak wprowadzonych zmian wynika, że waloryzacja wynagrodzenia będzie miała miejsce.

W przypadku zmiany stawki podatku VAT (ust. 1 lit. a) § 9 projektu umowy) zmiana ta nastąpi – jak to wskazał zamawiający – i jak to wprost wynika z treści ustępu 6 „w sposób automatyczny”. W tym przypadku zmianie ulegnie wyłącznie wartość brutto wynagrodzenia, przy zachowaniu dotychczasowej wartości netto zamówienia. Tak więc w odniesieniu do tych kwestii (zmiany przepisów dotyczących stawki podatku VAT) zasada wprowadzenia zmiany niewątpliwie została określona.

Natomiast sposób wprowadzenia zmian wynagrodzenia należnego wykonawcy w odniesieniu do kwestii wskazanych w ust. 1 lit. b) i c) zamawiający określił w ust. 5 tego paragrafu. Mechanizm zmian dotyczących wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę bądź dotyczących zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu, lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne na koszty wykonania zamówienia - w myśl art. 142 ust. 5 ustawy Pzp - miał działać niejako automatycznie. Niemniej jednak ustawodawca, nakładając na zamawiającego obowiązek opisanie zasad wprowadzenia zmian wynagrodzenia wykonawcy, pozostawił zamawiającemu swobodę określenia mechanizmu wprowadzenia tych zmian. Dlatego też ten oczekiwany przez ustawodawcę automatyzm musi być obwarowany pewnymi zasadami. Tak też jest w tym konkretnym stanie faktycznym. Zmiana wynagrodzenia w odniesieniu do ust. 1 lit. b) i c) faktycznie następuje. Istotnie jest ona obwarowana pewnymi obowiązkami leżącymi po stronie wykonawcy. Zmiana wysokości wynagrodzenia nie może bowiem nastąpić jedynie na podstawie oświadczenia złożonego przez wykonawcę. Wykonawca – jak słusznie wskazał zamawiający – musi bowiem wykazać, że zmiana ta będzie miała wpływ na koszt wykonania zamówienia. A skoro tak pewne dane, znane tylko wykonawcy, muszą być zamawiającemu precyzyjnie przedstawione, gdyż tylko wykonawca takimi informacjami dysponuje. Zamawiający ma bowiem prawo zweryfikowania prawidłowości wskazanych przez wykonawcę kosztów wprowadzanej zmiany, sprawdzenia czy wprowadzona zmiana jest adekwatna do zmian wprowadzonych przepisami prawa.

Równie błędnie interpretuje odwołujący użyte przez zamawiającego sformułowanie „negocjacje w sprawie odpowiedniej zmiany wynagrodzenia”. „Negocjacje” te mają bowiem dotyczyć etapu, w którym zamawiający dokonuje weryfikacji złożonej przez wykonawcę

kalkulacji, jej prawidłowości, a nie tego czy w ogóle ma dojść do zmiany wynagrodzenia. Zmiana nie jest uzależniona od przeprowadzenia negocjacji lecz wykazania zasadności żądanej przez wykonawcę kwoty, procedura weryfikacji której została przez zamawiającego określona w projekcie umowy. Wysokość kwoty żądanej przez wykonawcę musi być bowiem przez niego udokumentowana. Tak więc – wbrew twierdzeniom odwołującego – nastąpi zmiana wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, przy czym po zastosowaniu procedury przewidzianej w projekcie umowy.

Zamawiający wskazał także – w dodanym do § 9 ust. 5 projektu umowy - terminy, od których nastąpi zmiana wysokości wynagrodzenia wykonawcy, sposób waloryzacji i jej maksymalną wysokość, czyniąc tym samym zadość wątpliwościom podniesionym przez odwołującego w treści odwołania.

Tym samym Izba uznała, że zarzuty odwołującego nie potwierdziły się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania.

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 (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 1.800,00 zł., na podstawie faktury złożonej do akt sprawy.

Przewodniczący:

