

POSTANOWIENIE

z dnia 20 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu **20 lutego 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2015 r.

przez wykonawcę: **„Impel Cleaning” sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonywanie usług polegających na sprzątaniu i utrzymaniu w ciągłej czystości pomieszczeń w budynkach i lokalach Urzędu Miasta Krakowa* (nr postępowania OR-10.271.134.2014)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Miejska Kraków – Urząd Miasta Krakowa**

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz: „Impel Cleaning” sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu kwoty 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej przez powyższego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Miejska Kraków – Urząd Miasta Krakowa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”}, postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Wykonywanie usług polegających na sprzątaniu i utrzymaniu w ciągłej czystości pomieszczeń w budynkach i lokalach Urzędu Miasta Krakowa* (nr postępowania OR-10.271.134.2014). Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 31 stycznia 2015 r. pod nr 2015/S_022-036134. Zamawiający zamieścił także ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń, a także na swojej stronie internetowej {www.bip.krakow.pl}, na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {zwaną również dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

10 lutego 2015 r. Odwołujący: „Impel Cleaning” sp. z o.o.z siedzibą we Wrocławiu {spółka zwana również dalej w skrócie „Impel Cleaning”} wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści ogłoszenie o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 7 ust. 1 – przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ.
2. Art. 142 ust. 5 – przez zaniechanie określenia w treści SIWZ postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień wzorów umów (załączników nr 6) w następującym brzmieniu:

1. *Strony postanawiają, iż dokonają zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w wypadku wystąpienia zmiany: a) stawki podatku od towarów i usług, b) 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 którym mowa w ust 1 lit. b) 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.*
5. *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).*

Dodatkowo odwołujący sprecyzował powyższy zarzut przez wskazanie następujących okoliczności faktyczne i prawne, które jego zdaniem uzasadniają wniesienie odwołania.

Odwołujący podał, że Zamawiający we wzorach umów (załączniki nr 6 do SIWZ) przewidział:

{w § 4 ust. 4-6}

4. *Zamawiający dopuszcza możliwość podwyższenia wynagrodzenia określonego w § 6 ust. 1 z powodu zwiększenia wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, ogłoszonego corocznie w drodze Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie wysokości płacy minimalnej, w następujący sposób: z dniem 1 stycznia 2016 i 2017 roku o różnicę pomiędzy wysokością minimalnego wynagrodzenia z daty odpowiednio 1 stycznia 2015 i 2016 roku a wysokością minimalnego wynagrodzenia obowiązującego w 2016 i 2017 roku.*
5. *Waloryzacji podlegać może jedynie kwota wyliczona w oparciu o „wartość robocizny brutto pracowników zatrudnionych na umowę o pracę” (określona w § 6 ust. 2 umowy) na dzień waloryzacji, a wartość umowy nie przekroczy... kwoty złotych brutto (w tym waloryzacja ... złotych).*
6. *Waloryzacja wymaga złożenia przez Wykonawcę pisemnego wniosku obejmującego imienny wykaz pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę wraz z dowodami tego zatrudnienia. Zamawiający dokona waloryzacji w terminie do 30 dni od dnia złożenia wniosku przez Wykonawcę, o ile przedstawiony wniosek wraz z dowodami nie będzie budził wątpliwości co do zasadności waloryzacji.*

{w § 14 ust. 2 i 3}

Istotne zmiany treści umowy mogą wynikać z następujących okoliczności:

- a) *zmian regulacji prawnych obowiązujących w dniu podpisania umowy np. gdy ulegnie zmianie stawka podatku VAT określona w § 6,*
- b) *w przypadku określonym w § 2 ust. 2 i § 6 ust. 4-6 niniejszej umowy,*
- c) *w przypadku zmiany numeru konta bankowego określonego w § 7 ust. 6,*

d) w przypadku zmiany podwykonawców, o których mowa w § 4 ust. 6-8.

3. Zmiany treści umowy dopuszczone w ust 2 nie mogą prowadzić do zwiększenia wynagrodzenia za realizację przedmiotu niniejszej umowy, o którym mowa w § 6 ust. 1, z zastrzeżeniem postanowień § 6 ust. 4-6.

Odwołujący zarzucił, że powyższy opis przewidywanych zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy jest niezgodny z obowiązującym od 19 października 2014 r. brzmieniem art. 142 ust. 5 pzp, zgodnie z którym: *Umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany: 1) stawki podatku od towarów i usług, 2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, 3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne – jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.*

Odwołujący podniósł, że uzasadnieniem nowelizacji w powyższym zakresie 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 sprecyzował, że ponieważ Zamawiający dopuścił zmianę umowy w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług (podatek VAT), pod warunkiem że wysokość wynagrodzenia wykonawcy nie ulegnie zwiększeniu, wykonawca – wbrew literalnej wykładni art. 142 ust. 5 pzp oraz sprzecznie z jego celem – nie uzyskał pewności,

Sygn. akt KIO 256/15

że: po pierwsze – wysokość jego wynagrodzenia ulegnie modyfikacji, gdyż zmiana jest dopuszczalna, a nie obligatoryjna; po drugie – odpowiednio do wzrostu obciążeń publicznoprawnych podwyższeniu ulegnie wartość wynagrodzenia brutto wykonawcy.

Odwołujący zarzucił również, że Zamawiający nie wskazał również reguł, według których będzie wprowadzana zmiana wysokości wynagrodzenia w przypadku nowelizacji ww. przepisów prawa.

Ponadto Odwołujący zarzucił, że Zamawiający nie przewidział również możliwości zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne. W konsekwencji nie zostały również określone warunki takiej zmiany.

Zamawiający w piśmie z 13 lutego 2015 r. poinformował Izbę, że 11 lutego 2015 r. kopię odwołania zamieścił na swojej stronie internetowej, a także przekazał kopię odwołania dwóm wykonawcom uczestniczącym w wizji lokalnej budynków.

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

19 lutego 2015 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie, której Zamawiający oświadczył, że działając na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy pzp, uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów

Sygn. akt KIO 256/15

odwołania.

Zamawiający w piśmie z 19 lutego 2015 r. w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia w całości zarzutu zawartego w odwołaniu.

Izba zważyła, że dla wywarcia skutku w postaci umorzenia postępowania odwoławczego konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego. Tym niemniej należy odnotować, że art. 186 ust. 2 zd. drugie ustawy pzp nakazuje w takim przypadku Zamawiającemu wykonać w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia czynność zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a po jego stronie nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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: