

Wrocław, dnia 02 kwietnia 2015 r.

Prezes

Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

Odwołujący:

Impeł Cleaning sp. z o.o.  
ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław

Zamawiający:

Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej  
Wydział Planowania i Zamówień Publicznych  
ul. Nowogrodzka 1/3/5  
00-513 Warszawa

## ODWOŁANIE

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.) składamy odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Sprzątanie pomieszczeń w obiektach użytkowanych przez Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej, zlokalizowanych w Warszawie oraz terenu zewnętrznego”.

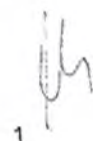
### Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

Nr ogłoszenia 2015/S 061-106743 z dnia 27 marca 2015 roku.

Sprzątanie pomieszczeń w obiektach użytkowanych przez Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej, zlokalizowanych w Warszawie oraz terenu zewnętrznego.

Wskazanie czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy oraz zwięzłe przytoczenie zarzutów:

1



Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów, które ma wpływ na wynik postępowania w sprawie zamówienia publicznego:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
- 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.

**Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:**

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

**Wskazanie interesu Odwołującego:**

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

**UZASADNIENIE**

**Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych odwołania oraz wskazanie dowodów na ich poparcie.**

W dniu 27 marca 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.

Wobec powyższego Odwołujący podnosi:

**Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy**



Zgodnie z pkt. 6 SIWZ termin realizacji umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne ustalony został przez Zamawiającego od dnia 1 sierpnia 2015 roku do dnia 31 lipca 2019 r.

Zamawiający w dokumentacji postępowania (Załącznik nr 4 projekt umowy § 3 ust. 11 pkt. 2, ust. 12 i 13) przewidział, że:

(...)

*11. Wynagrodzenia za poszczególne usługi, o których mowa w ust. 1, ulegną zmianie w następujących okolicznościach i na zasadach:*

*1) od 2017 roku – na wniosek Wykonawcy albo Zamawiającego – o średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem za rok poprzedni, ogłoszony przez Prezesa GUS w Monitorze Polskim, poczynając od następnego miesiąca po miesiącu, w którym Wykonawca albo Zamawiający złożyli stosowny wniosek; wskaźnik ten świadczy o zmianach kosztów mających pośredni wpływ na koszty wykonania przedmiotu umowy;*

*2) w przypadkach zmian:*

*a) minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.) lub*

*b) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne*

*– jeżeli Wykonawca, w terminie 30 dni od dnia wejścia przepisów dokonujących tych zmian złoży pisemny wniosek, a jeżeli złoży po tym terminie - od chwili jego złożenia, w którym Wykonawca wykaże bezpośredni wpływ tych zmian na koszty wykonania przedmiotu umowy, a Zamawiający uzna ten wniosek za zasadny.*

*12. Zmiany wynagrodzenia w okolicznościach, o których mowa w ust. 11, mogą być dokonane wyłącznie w wyniku negocjacji Stron.*

*13. Zmiany, o których mowa w ust. 11, mogą być dokonane wyłącznie drogą wprowadzenia aneksu do umowy.*

Odwołujący podnosi, że wskazane regulacje nie realizują dyspozycji przepisu art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż:

- 1) zmiana wysokości wynagrodzenia Wykonawca jest nieobowiązkowa – uzależniona od zgodnej woli stron, podczas gdy na mocy przywołanego wyżej przepisu ustawy waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy jest obowiązkowa;
- 2) Zamawiający w postanowieniach umownych uzależnił zmianę wysokości wynagrodzenia od przeprowadzenia negocjacji, 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 Prawo zamówień publicznych 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.


Przepis art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych 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 Prawo zamówień publicznych. 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 zaznacza również, że „mechanizmem waloryzacji” wynagrodzenia wykonawcy nie są, w świetle art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych negocjacje. Zgodnie z przywołanym przepisem art. 142 ust. 5, 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 Prawo zamówień publicznych 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 ww. zakresach uzależniona jest od wyniku negocjacji. Postanowienie takie 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 Prawo zamówień publicznych, w zakresie dotyczącym zasad wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia, gdyż nie został opisany:

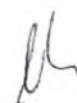
 4

- 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 ww. działania Zamawiającego stają w sprzeczności z celem nowelizacji przepisu art. 142 ustawy Prawo zamówień publicznych. Uzasadnieniem nowelizacji przywołanego przepisu art. 142 ustawy Prawo zamówień publicznych 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 pozwala sobie także zaznaczyć, ww. 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, 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 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 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 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:

#### **Żądanie:**

Odwołujący wnosi o zmianę postanowień § 3 ust. 11 pkt. 2, ust. 12 i 13 Załącznika nr 4 projekt umowy do SIWZ 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 wnosi jak na wstępie.

*Wilkens*

*M*