Sygn. akt KIO 471/22

POSTANOWIENIE
z dnia 15 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Magdalena Grabarczyk
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 15 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2022 r. przez wykonawcę CATERMED spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Mazowiecki Szpital Specjalistyczny Sp. z o.o. w Radomiu

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze;

2. znosi wzajemnie koszty postępowania i nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych dokonanie zwrotu na rzecz CATERMED spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi kwoty 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) poniesionej z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt KIO 471/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Mazowiecki Szpital Specjalistyczny Sp. z o.o. w Radomiu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) dalej jako „P.z.p.” albo „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Świadczenie sukcesywnej usługi całodziennego wyżywienia pacjentów przebywających na leczeniu w Mazowieckim Szpitalu Specjalistycznym Sp. z o.o. w Radomiu przy ul. Aleksandrowicza 5, na bazie wynajmowanych pomieszczeń kuchennych”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 lutego 2022 roku pod numerem 2022/S 028-071726. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

21 lutego 2022 r. wykonawca CATERMED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 433 pkt 4 P.z.p. w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 1 lit. b) P.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 P.z.p. w zw.

z art. 8 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 353^1 K.c. przez określenie możliwości ograniczenia zakresu zamówienia aż o 60% wynagrodzenia, bez wskazania warunków wprowadzenia ograniczenia zamówienia, co w efekcie świadczy o nadużyciu przez zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy, w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem instytucji minimalnej wartości zamówienia oraz wobec nieokreślenia jakichkolwiek warunków ograniczenia zakresu zamówienia;

2. art. 436 pkt 4 lit. b) P.z.p. w zw. z art. 8 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 58 § 1 i 3 K.c. przez wyłączenie możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy z powodu zmiany przepisów wpływających na koszty realizacji zamówienia w okresie pierwszych 12 miesięcy obowiązywania umowy, które to postanowienie jest nieważne;

3. art. 439 ust. 1 i 2 pkt 1 i 4 P.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 P.z.p. w zw. z art. 8 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 353^1 K.c. przez określenie zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, w sposób świadczący o nadużyciu przez zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy oraz w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem instytucji waloryzacji wartości zamówienia, bowiem:

a) wprowadzony został nieprzewidziany przepisami warunek zmiany wynagrodzenia polegający na należytej realizacji zamówienia przez wykonawcę, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i zapisami Umowy;

b) określony został zawyżony poziom zmiany ceny materiałów i kosztów, uprawniający wykonawcę do żądania zmiany wynagrodzenia;

c) określona została zaniżona maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją usług.

Odwołujący wniósł o zmianę treści załącznika nr 2 do SWZ:

1. w zakresie zarzutu nr 1 przez nadanie § 15 ust. 4 brzmienia: „Zamawiający, w wyjątkowych przypadkach, zastrzega sobie prawo do ograniczenia zamówienia w zakresie rzeczowym i ilościowym, co nie jest równoznaczne z odstąpieniem od umowy, nawet w części, z jednoczesnym zastrzeżeniem, iż ograniczenie zakresu Umowy nie przekroczy kwoty stanowiącej równowartość 20% wynagrodzenia określonego w § 5 ust. 1. Zamawiający musi wykazać Wykonawcy, że ograniczenie zamówienia w zakresie rzeczowym i ilościowym jest niezależne od Zamawiającego i nie dało się przewidzieć w chwili ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający musi poinformować Wykonawcę o planowanym ograniczeniu zamówienia w zakresie rzeczowym i ilościowym nie później niż na miesiąc przed tym ograniczeniem.”;

2. w zakresie zarzutu nr 2 przez wykreślenie § 15 ust. 8 oraz nadanie § 15 ust. 6 brzmienia: „Wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego z pisemnym wnioskiem o przeprowadzenie negocjacji w sprawie odpowiedniej zmiany cen jednostkowych w terminie 30 dni od dnia wejścia w życie przepisów dokonujących zmiany, o których mowa w ust. 2 pkt 4) - 7) lub ogłoszenia komunikatu Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, o którym mowa w ust. 5 powyżej. Wniosek powinien zawierać propozycję zmiany Umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia wraz z uzasadnieniem oraz dokumenty niezbędne do oceny przez Zamawiającego, czy zmiany, o których mowa w ust. 2 pkt 4) i 7) oraz w ust. 5 powyżej będą miały wpływ na koszty wykonania Umowy przez Wykonawcę oraz w jakim stopniu zmiany tych kosztów uzasadniają zmianę wysokości wynagrodzenia Wykonawcy określonego w Umowie, w tym:

1) przyjęte przez Wykonawcę zasady kalkulacji wysokości kosztów wykonania Umowy oraz założenia, co do wysokości dotychczasowych oraz przyszłych kosztów wykonania Umowy, wraz z dokumentami potwierdzającymi prawidłowość przyjętych założeń - takimi jak umowy o pracę lub dokumenty potwierdzające zgłoszenie pracowników do ubezpieczenia;

2) wykazanie wpływu zmian, o których mowa w w ust. 2 pkt 4) i 7) oraz w ust. 5 powyżej na koszty wykonania Umowy przez Wykonawcę;

3) szczegółową kalkulację proponowanej zmienionej wysokości wynagrodzenia Wykonawcy oraz wykazania adekwatności propozycji do zmiany wysokości kosztów wykonania Umowy przez Wykonawcę.”

3. w zakresie zarzutu nr 3 - przez nadanie brzmienia:

a. § 15 ust. 5: „Zamawiający przewiduje zmianę wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją usług objętych Umową, po każdym upływie 12 miesięcy należytej realizacji Przedmiotu Umowy. Wynagrodzenie Wykonawcy będzie podlegało zmianie na wniosek Wykonawcy, o średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych za rok poprzedni, ogłaszany w Dzienniku Urzędowym „Monitor Polski" przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego („Wskaźnik"), przy wzroście przedmiotowego Wskaźnika o co najmniej 3 % za rok poprzedzający złożenie wniosku o waloryzację. Brak wystąpienia wzrostu Wskaźnika o wskazany powyżej poziom procentowy w oznaczonym okresie czasu wyklucza uwzględnienie wniosku Wykonawcy o zmianę wynagrodzenia.";

b. § 15 ust. 9: „Zamawiający dopuszcza zmianę wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją usług objętych Umową do kwoty stanowiącej 20% wysokości wynagrodzenia brutto określonego w § 5 ust. 1 umowy."

W uzasadnieniu odwołujący w następujący sposób odniósł się do zarzutów odwołania: „Uzasadnienie zarzutu nr 1

W § 15 ust. 4 proponowanej umowy Zamawiający określił minimalny próg wykonania umowy w wysokości 60% wartości umowy. Pozostałe 40% całkowitej ceny zawartej w ofercie wybranego Wykonawcy Zamawiający wykorzysta w razie zaistnienia takiej potrzeby.

Zgodnie z art. 433 pkt 4 Pzp: „Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron."

Należy podnieść, że komentowany przepis nie daje Zamawiającemu nieograniczonej swobody w określeniu minimalnego progu wykonania umowy.

Narzucenie tak skrajnie niekorzystnych warunków zamówienia przez Zamawiającego w postaci określenia minimalnego progu wykonania umowy w wysokości 40 % wartości umowy i ograniczenia, w ten sposób, roszczeń Wykonawcy wobec Zamawiającego, jest przejawem nadużycia przez niego pozycji gospodarza postępowania. Ogranicza to krąg wykonawców, którzy mogą wziąć udział w postępowaniu. Jedynie bowiem podmiot gospodarczy o dużych zasobach finansowych może sobie pozwolić na realizację zamówienia ze stratą, byle tylko wykonać zamówienie i uzyskać z tego tytułu referencyjność, przydatną przy wykazywaniu doświadczenia w wykonaniu tego rodzaju zamówień przy ubieganiu się o kolejne zamówienia publiczne w tym sektorze. Jest to sprzeczne także z celami dyrektywy 2014/24/UE, która promuje udział małych i średnich przedsiębiorstw („MŚP") w zamówieniach publicznych w ramach celów socjalnych dyrektywy.

Ponadto, wykonawca zobowiązany jest ponieść określone koszty stałe, takie jak zatrudnienie odpowiedniej ilości pracowników, nabycie i utrzymanie określonej ilości sprzętu do wykonania usługi na podstawie długoterminowych umów z dostawcami, do tego koszty kredytu, leasingu itp., zaś nagłe ograniczenia wykonywania usługi powodują niekiedy konieczność zwolnień pracowników, i to w trybie ekonomicznym, za co, zgodnie z ustawą o zwolnieniach ekonomicznych, należne im są odprawy (art. 8 ustawy o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników). Dzieje się tak, gdyż zgodnie z teorią ekonomii, w krótkim okresie co najmniej jeden czynnik produkcji jest niezmienny, stąd pojawiają się koszty stałe, których w krótkim okresie wykonawca nie jest w stanie wyeliminować w wypadku ograniczenia wielkości przedmiotu zamówienia przez zamawiającego. Ponadto, istnieje prawidłowość ekonomiczna, zgodnie z którą im większy przedmiot zamówienia, tym niższe koszty ponosi wykonawca (tzw. ekonomiczny efekt skali - koszty nie rosną wprost proporcjonalnie do wielkości produkcji, lecz maleją), na skutek czego w takim wypadku wykonawca jest w stanie zaoferować niższą cenę. Jeśli jednak już po zawarciu umowy przedmiot zamówienia zmaleje w stopniu znacznym, okaże się, że wykonawca nie jest w stanie osiągnąć efektu skali i otrzymuje wynagrodzenie po cenach niższych od takich, jakie zaoferowałby, gdyby jeszcze przed złożeniem ofert zamawiający zmniejszył przedmiot zamówienia. W dodatku, wykonawca ponosi tzw. koszty alternatywne, czyli koszty „utraconych szans", gdyż poprzez fluktuacje wielkości przedmiotu zamówienia zobowiązany jest utrzymać w gotowości - w rezerwie - określoną ilość personelu, sprzętu i asortymentu na wypadek nagłego przywrócenia wyłączonej powierzchni do realizacji, które to zasoby mógłby wykorzystać do świadczenia usług w innym miejscu, pozostawione zaś w gotowości generują tylko koszty, zaś sprzęt dodatkowo ulega utracie wartości.

Wobec braku określenia precyzyjnych podstaw zmiany zakresu świadczenia wykonawcy, określenie minimalnego progu wykonania umowy w wysokości 40% stanowi nadużycie pozycji dominującej organizatora przetargu przez Zamawiającego przez skonstruowanie skrajnie niekorzystnego postanowienia umownego. Udzielanie zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem że zrealizowana może zostać ledwie 2/5 tego zamówienia, jest sprzeczne z istotą zamówienia publicznego. Ponadto tak sformułowana umowa uniemożliwia precyzyjne skalkulowanie oferty. Wobec braku określenia podstaw ograniczenia zamówienia, nie sposób przewidzieć ryzyka

ograniczenia zamówienia, bowiem zależy ono wyłącznie od woli Zamawiającego. Narusza to zasadę, że zmiany umowy są dopuszczalne tylko w przypadku ich przewidzenia i określenia warunków wprowadzenia zmian.

Ze względów powyższych uzasadnione jest nakazanie Zamawiającemu modyfikacji umowy poprzez zastrzeżenie, że zamówienie może zostać ograniczone o maksymalnie 20% oraz przynajmniej wymogu wykazania przez Zamawiającego, że to ograniczenie było niezależne od Zamawiającego oraz nie dało się przewidzieć w chwili ogłoszenia zamówienia.

Uzasadnienie zarzutu nr 2

W § 15 ust. 2-3 i ust. 6 proponowanej umowy Zamawiający określił zasady zmiany wysokości wynagrodzenia w przypadku zmian, o których mowa w art. 436 pkt 4 lit. b) P.z.p. Zamawiający przewidział, że z pierwszym wnioskiem waloryzacyjnym wykonawca może wystąpić dopiero po upływie pierwszych 12 miesięcy obowiązywania Umowy.

Zachodzi sprzeczność ust. 6 z ust. 3, który wskazuje, że zmiana wynagrodzenia spowodowana zmianą wysokości stawki podatku od towarów i usług nastąpi z dniem wejścia w życie aktu prawnego zmieniającego stawkę.

Ponadto czasowe ograniczenie możliwości zmiany wynagrodzenia z powodów wskazanych w art.

436 pkt 4 lit. b) P.z.p. jest niedopuszczalne. Przepis ma charakter bezwzględnie obowiązujący i stanowi dla stron gwarancję, że zmiana przepisów prawa w zakresie, w jaki wpływa na koszty realizacji zamówienia, spowoduje odpowiednią zmianę wysokości wynagrodzenia. Nie jest zatem dopuszczalne czasowe ograniczenie możliwości zmiany wynagrodzenia. Z tego powodu niedopuszczalne jest postanowienie § 5 ust. 8 proponowanej umowy.

Przepis art. 436 pkt 4 lit. b P.z.p. wiąże konieczność zmiany wynagrodzenia (pod warunkiem wykazania wpływu na koszty realizacji zamówienia) z każdorazową zmianą stanu prawnego dotyczącego okoliczności stanowiących podstawę zmiany. Sprzeczne z tym przepisem ustawy są klauzule umowne, które wprowadzają swoistą karencję i umożliwiają zmianę wynagrodzenia dopiero po upływie pewnego czasu od chwili zawarcia umowy (tak też słusznie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 4 grudnia 2015 r., KIO 2546/15, LEX nr 1954264 - na gruncie art. 142 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych). Izba zasadnie przyjęła, że: „Ustalenie zasad, w których możliwość zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy zostaje przyznana dopiero po upływie kolejnych miesięcy następujących po roku świadczenia usługi, stoi w sprzeczności z literalnym brzmieniem art. 142 ust. 5 p.z.p. Skoro ustawodawca wskazał na potrzebę uregulowania zasad zmiany wynagrodzenia w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, to zmiany te mogą okazać się konieczne już w pierwszych miesiącach po upływie roku świadczenia usługi. Jedynym ograniczeniem ustawowym możliwości dokonania zmiany wynagrodzenia, jest brak wykazania wpływu na wysokość kosztów związanych z wykonaniem umowy. Powoduje to potrzebę każdorazowego przeanalizowania zmiany przepisów i ich wpływu na realizowaną przez wykonawcę umowę. W tym znaczeniu automatyzm mechanizmu zmiany wysokości wynagrodzenia nie może być postulowany”.

Jakkolwiek pogląd ten został wyrażony pod rządami poprzednio obowiązującej ustawy, zachowuje aktualność także na gruncie postanowień art. 436 pkt 4 lit. b P.z.p. aktualnie obowiązującej (tak też słusznie Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, WKP 2021) .
Uzasadnienie zarzutu nr 3

W § 15 ust. 5-10 proponowanej umowy Zamawiający zamieścił postanowienia dotyczące zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia - w sposób niezgodny z treścią art. 439 P.z.p.:

Zgodnie z art. 439 P.z.p.:

1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

2. W umowie określa się:

1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;

2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub

b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia; 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

3. Jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, chyba że zamawiający określi termin wcześniejszy.

4. Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie.

Zamawiający wprowadził warunek należytej realizacji Umowy, który w praktyce może prowadzić do zjawiska nieograniczonego przesuwania terminu waloryzacji z uwagi na możliwość nakładania przez Zamawiającego kar umownych określonych w § 12 w następujących po sobie miesiącach. Odwołujący w takiej sytuacji może wykonać w danym miesiącu 99,9% przedmiotu zamówienia w sposób poprawny, natomiast z uwagi na nienależyte wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie 0,1 %, taka okoliczność będzie uzasadniać odmowę zmiany wysokości wynagrodzenia.

W dalszej części § 15 w ust. 6 Zamawiający ponownie uzależnił możliwość złożenia wniosku waloryzacyjnego od wzrostu Wskaźnika o co najmniej 5%.

W § 15 w ust. 9 Zamawiający zamieścił następujące postanowienie:

Zamawiający dopuszcza zmianę wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją usług objętych Umową do kwoty stanowiącej 5 % wysokości wynagrodzenia brutto określonego w § 5 ust. 1 umowy

Zastrzeżenie maksymalnej zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, w wysokości 5% wysokości wynagrodzenia brutto, jest nieuzasadnione gospodarczo oraz świadczy o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy. Warunkiem zastosowania waloryzacji jest przekroczenie wskaźnika o co najmniej 5%. Projektowane postanowienie nie wydaje się uwzględniać faktu iż zamówienie będzie realizowane przez okres 48 miesięcy, bowiem w efekcie dopuszcza jednorazową zmianę wynagrodzenia z powodu zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Nie uwzględnia również obecnego trendu - rosnących cen (w grudniu 2021 r. dynamika cen wyniosła 8,6% w stosunku do grudnia 2020 r. - dane Prezesa GUS).

Poziom, od którego będzie działać klauzula waloryzacyjna nie może być określany „z sufitu", wymaga dokonania przez Zamawiającego analizy danych historycznych, archiwalnych i na tej podstawie założenia prognozowanej zmiany tych danych w kolejnych miesiącach, kwartałach lub latach w zależności od okresu trwania umowy, ustalenie zbyt wysokiego oderwanego od danych historycznych poziomu może być uznane za próbę omijania prawa, a przygotowane postanowienie umowne za działanie „dla pozoru" (tak Gawrońska-Baran Andrzela i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, opubl. w LEX).

Wobec powyższego konieczne jest obniżenie poziomu zmiany cen lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, która uprawnia do zmiany wynagrodzenia, oraz podwyższenie limitu zmiany wynagrodzenia".

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zamawiający przed otwarciem posiedzenia Izby pismem z 3 marca 2022 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której poinformował o zmianach wzoru umowy w zakresie kwestionowanych postanowień umowy. Nie uwzględnił zarzutów odwołania. Wskazując na brak przedmiotu zaskarżenia zamawiający wniósł o odrzucenie lub o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu zamawiający wskazał:

„Ad. zarzut z pkt 1 powyżej oraz żądanie Odwołującego z punktu 4 powyżej (pkt III ppkt 1 Odwołania):

Zamawiający informuje, iż postanowienia projektu umowy, tj. § 15 ust. 4 (w brzmieniu z dnia złożenia Odwołania), tj.: „Zamawiający, w wyjątkowych przypadkach, zastrzega sobie prawo do ograniczenia zamówienia w zakresie rzeczowym i ilościowym, co nie jest równoznacznie odstąpieniem od umowy, nawet w części, z jednoczesnym zastrzeżeniem, iż ograniczenia zakresu

Umowy, nie przekroczy kwoty stanowiącej równowartość 60% wynagrodzenia określonego w § 5 ust. 1." zostało usunięte z projektu umowy na realizację zamówienia, tj. z postanowień załącznika nr 2 do SWZ.

W powyższym zakresie brak jest postanowień SWZ stanowiących przedmiot zarzutu nr 1 Odwołania. Odwołujący nie posiada interesu w podtrzymaniu przedmiotowego zarzutu Odwołania, brak jest przesłanki poniesienia szkody w wyniku naruszenia przepisów Pzp w zakresie wskazanym w Odwołaniu.

Ad. zarzut z pkt 2 powyżej oraz żądanie Odwołującego z punktu 5 powyżej (pkt III ppkt 2 Odwołania).

Odwołujący żąda wykreślenia postanowienia § 15 ust. 8 załącznika nr 2 do SWZ w brzmieniu:

„8. Zamawiający może przekazać Wykonawcy pisemny wniosek o dokonanie zmiany Umowy, w przypadku wydania przepisów wprowadzających zmiany, o których mowa w ust. 2 powyżej. Wniosek powinien zawierać co najmniej propozycję zmiany Umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia oraz powołanie zmian przepisów. Przed przekazaniem wniosku,

Zamawiający może zwrócić się do Wykonawcy o udzielenie informacji o których mowa w ust. 5 powyżej. Ustępy 6 i 7 stosuje się odpowiednio."

Zamawiający wskazuje, iż w/w postanowienia aktualnie zawarte są w 15 ust. 6 załącznika nr 2 do SWZ i otrzymały brzmienie:

„6. Zamawiający może przekazać Wykonawcy pisemny wniosek o dokonanie zmiany Umowy, w przypadku wydania przepisów wprowadzających zmiany, o których mowa w ust. 2 powyżej. Wniosek powinien zawierać co najmniej propozycję zmiany Umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia i/lub cen jednostkowych ustalonych w załączniku nr 2 i 3 do Umowy oraz powołanie zmian przepisów uzasadniających wniosek o zmianę warunków finansowych świadczenia usług objętych Umową. Przed przekazaniem wniosku, Zamawiający może zwrócić się do Wykonawcy o udzielenie, w terminie wskazanym przez Zamawiającego, nie dłuższym niż 14 dni, informacji o których mowa w ust. 4 powyżej."

Zamawiający wskazuje, iż wprowadzony zapis przyznający Zamawiającemu prawo do wnioskowania o zmiany warunków realizacji zamówienia w okolicznościach przewidzianych umową nie stanowi naruszenia przepisów Pzp. Zarzut Odwołującego jest bezzasadny, nie został wykazany jako postanowienie niezgodne z przepisami prawa. Postanowienia Pzp, które zostały wskazane przez Odwołującego w zakresie zarzutu 2 nie wprowadzają ograniczeń co do Stron, które uprawnione są do wnioskowania o zmianę. Pzp wskazuje jedynie na okoliczności, które uzasadniają dokonanie istotnych zmian warunków realizacji zamówienia. Brak jest podstaw prawnych do ustalenia, iż żądanie Odwołującego w zakresie, w którym oczekuje on wyłączenia po stronie Zamawiającego prawa do występowania o zmiany jest zasadny.

Odnosząc się do żądania zmiany postanowień § 15 ust. 6 załącznika nr 2 do SWZ, Zamawiający wskazuje, iż przedmiotowe postanowienia zostały zmienione, aktualnie stanowią one postanowienia § 15 ust. 4 załącznika nr 2 do SWZ w brzmieniu:

„4. Wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego z pisemnym wnioskiem o przeprowadzenie negocjacji w sprawie odpowiedniej zmiany wysokości maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy ustalonego Umową i/lub cen jednostkowych wskazanych w załączniku nr 2 i 3 do Umowy w terminie 30 dni od dnia wejścia w życie przepisów dokonujących zmiany, o których mowa w ust. 2 pkt 1) - 4) lub ogłoszenia komunikatu Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, o którym mowa w ust. 3 powyżej. Wniosek powinien zawierać propozycję zmiany Umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia wraz z uzasadnieniem oraz dokumenty niezbędne do oceny przez Zamawiającego, czy zmiany, o których mowa w ust. 2 pkt 1) -4) oraz w ust. 3 powyżej będą miały wpływ na koszty wykonania Umowy przez Wykonawcę oraz w jakim stopniu zmiany tych kosztów uzasadniają odpowiednio zmianę wysokości wynagrodzenia Wykonawcy określonego w Umowie i/lub wysokość cen jednostkowych wskazanych w załączniku nr 2 i 3 do Umowy, w tym:

1) przyjęte przez Wykonawcę zasady kalkulacji wysokości kosztów wykonania Umowy oraz założenia, co do wysokości dotychczasowych oraz przyszłych kosztów wykonania Umowy, wraz z dokumentami potwierdzającymi prawidłowość przyjętych założeń - takimi jak umowy o pracę lub dokumenty potwierdzające zgłoszenie pracowników do ubezpieczenia;

2) wykazanie wpływu zmian, o których mowa w ust. 2 pkt 1) - 4) oraz w ust. 3 powyżej na koszty wykonania Umowy przez Wykonawcę;

3) szczegółową kalkulację proponowanej zmienionej wysokości wynagrodzenia

Wykonawcy oraz wykazania adekwatności propozycji do zmiany wysokości kosztów wykonania Umowy przez Wykonawcę."

W powyższym zakresie brak jest postanowień SWZ stanowiących przedmiot zarzutu nr 2 Odwołania. Odwołujący nie posiada interesu w podtrzymaniu przedmiotowego zarzutu Odwołania, brak jest przesłanki poniesienia szkody w wyniku naruszenia przepisów Pzp w zakresie wskazanym w Odwołaniu.

Ad. zarzut z pkt 3 powyżej oraz żądanie Odwołującego z punktu 6 powyżej (pkt III ppkt 3 Odwołania). W ramach zarzutu nr 3 Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie postanowień Pzp z uwagi na:

- ustalony w SWZ poziom zmiany cen lub kosztów związanych z realizacją zamówienia uzasadniający zmianę warunków realizacji zamówienia;

- ustalony w SWZ poziom limitu zwiększenia wynagrodzenia w przypadku wzrostu cen lub kosztów związanych z realizacja zamówienia.

Odwołujący uznaje, iż „konieczne jest obniżenie poziomu zmiany cen lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, która uprawnia do zmiany wynagrodzenia, oraz podwyższenie limitu zmiany wynagrodzenia." w w/w okolicznościach, tj. wzrostu cen lub kosztów.

W opinii Odwołującego „Zastrzeżenie maksymalnej zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, w wysokości 5% wysokości wynagrodzenia brutto, jest nieuzasadnione gospodarczo oraz świadczy o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy. Warunkiem zastosowania waloryzacji jest przekroczenie wskaźnika o co najmniej 5%. Projektowane postanowienie nie wydaje się uwzględniać faktu, iż zamówienie będzie realizowane przez okres 48 miesięcy, bowiem w efekcie dopuszcza jednorazową zmianę wynagrodzenia z powodu zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Nie uwzględnia również obecnego trendu - rosnących cen (w grudniu 2021 r. dynamika cen wyniosła 8,6% w stosunku do grudnia 2020 r. - dane Prezesa GUS)."

W świetle powyższych okoliczności Odwołujący oczekuje zmiany postanowień umowy poprzez zwiększenie poziomu dopuszczalnej maksymalnej zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy z poziomu 5% wysokości wynagrodzenia brutto do poziomu 20% wysokości wynagrodzenia brutto.

Odwołujący oczekuje również obniżenia poziomu wzrostu cen lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, tj. średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych publikowanego w Dzienniku Urzędowym „Monitor Polski" przez Prezesa Głównego Urzędu

Statystycznego, jako okoliczności uzasadniającej zmianę warunków realizacji zamówienia z poziomu 5% do poziomu 3%.

Mając na uwadze powyższe, w tym w szczególności okoliczność podniesioną przez Odwołującego w uzasadnieniu zarzutu nr 3, w zakresie przytoczonym powyżej, Zamawiający informuje, iż zmianie uległ okres realizacji zamówienia. Zamawiający zmodyfikował postanowienia SWZ skracając okres realizacji zamówienia z 48 miesięcy do 24 miesięcy. Dodatkowo Zamawiający zmodyfikował warunki zmiany realizacji zamówienia wprowadzając możliwość zmiany nie tylko maksymalnej wysokości wynagrodzenia, ale również zmiany cen jednostkowych.

Zgodnie z aktualnym brzmieniem § 13 załącznika nr 2 do SWZ:

„1. Strony zawierają Umowę na okres 24 miesięcy liczonych do dnia.....z

zastrzeżeniem postanowień ust. 2.

2. Umowa wygasa w przypadku wcześniejszego wykorzystania kwoty, o której mowa w §5

ust. 1."

Podkreślenia wymaga, iż umowa dopuszcza co do zasady możliwość zmiany cen jednostkowych stosownie do zmian cen towarów i usług, nie wyklucza wyczerpania kwoty zaoferowanego wynagrodzenia przed przewidzianym 24 miesięcznym terminem realizacji, dopuszcza także możliwość zwiększenia wynagrodzenia maksymalnego.

W konsekwencji brak jest podstaw do ustalenia, iż warunki realizacji proponowane przez Zamawiającego są nieuzasadnione gospodarczo, jak podnosi Odwołujący, brak jest podstaw do ustalenia, iż Zamawiający nadużywa pozycji dominującej, jak wskazuje Odwołujący.

Zamawiający podkreśla, iż Odwołujący ograniczając się do powyższych argumentów (brak

uzasadnienia gospodarczego dla proponowanych warunków realizacji zamówienia, nadużywanie pozycji dominującej przez Zamawiającego) nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność naruszenia przepisów prawa stanowiących przedmiot zarzutu nr 3, tj. art.439 ust.1 i 2 pkt 1 i 4 Pzp w zw. z art.16 pkt 1Pzp w zw. z art. 8 ust.1 Pzp w zw. z art. 353^1 KC. Nie wykazał zasadności oczekiwanych zmian, o które wnosi w Odwołaniu.

Odwołujący wskazując, iż „Poziom, od którego będzie działać klauzula waloryzacyjna nie może być określany „z sufitu", wymaga dokonania przez Zamawiającego analizy danych historycznych, archiwalnych i na tej podstawie założenia prognozowanej zmiany tych danych w kolejnych miesiącach, kwartałach lub latach w zależności od okresu trwania umowy, ustalenie zbyt wysokiego oderwanego od danych historycznych poziomu może być uznane za próbę omijania prawa, a przygotowane postanowienie umowne za działanie „dla pozoru", jednocześnie sam nie przedstawił w ramach wykazania zasadności prezentowanego w Odwołaniu stanowiska, żadnej analizy, danych, prognoz.

Działania Zamawiającego w zakresie związanym z opracowaniem warunków realizacji zamówienia, zawartych w SWZ i jej załącznikach jest zgodne z obowiązującymi przepisami prawa. Pzp nie wskazuje minimalnych ani maksymalnych poziomów ustalania limitów zmiany wynagrodzenia z uwagi na wzrost cen lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, pozostawia Zamawiającym swobodę w sprecyzowaniu warunków wprowadzenia zmian z uwagi na przedmiotowe okoliczności.

Jak wskazano wprost w uzasadnieniu do ustawy Pzp „Wskazane obligatoryjne elementy klauzuli waloryzacyjnej mają pomóc zamawiającym przy konstruowaniu skutecznych i jasnych postanowień umownych. „Zamawiający wprowadzając do umowy odpowiednią klauzulę ma pozostawioną swobodę określenia jej elementów, mając na względzie w szczególności: specyfikę zamówienia (np. w zakresie jakie elementy materiałów i kosztów są kluczowe i w praktyce podlegają dużym wahaniom), dostępność wiarygodnych i aktualizowanych podstaw ustalenia zmiany ceny (np. odpowiednie wskaźniki Prezesa GUS), planowane możliwości finansowe zamawiającego co do przewidywanych zmian wynagrodzenia"

Zamawiający w sposób jednoznaczny, zgodnie z wymaganiami art. 439 Pzp określił warunki i zakres zmian wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu realizacji usług objętych zamówieniem w przypadku wzrostu cen i kosztów, w tym z uwzględnieniem planowanych i posiadanych możliwości finansowych.

Dodatkowo zmiany dokonane w SWZ, w opinii Zamawiającego powodują, iż zarzut nr 3 odwołania, analogicznie jak zarzut nr 1 i 2, podlega odrzuceniu, z uwagi na fakt, iż odnosi się do aktualnie nieistniejących warunków realizacji zamówienia, które spowodowały sformułowanie zarzutu w ramach ustawowego środka ochrony prawnej."

Na posiedzeniu z udziałem stron odwołujący wycofał zarzut nr 1, podtrzymał dwa pozostałe zarzuty. Oświadczył, że zmiany dokonane przez zamawiającego w zakresie podtrzymanych zarzutów mają charakter wyłącznie redakcyjny.

Zamawiający podtrzymał stanowisko zawarte w odwołaniu z informacją, że zmienione postanowienia wzoru umowy zostały zaskarżone w kolejnym odwołaniu wniesionym przez odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu w całości.

Oświadczenie o cofnięciu odwołania w zakresie pierwszego zarzutu skutkuje umorzeniem postępowania odwoławczego. Art. 520 ust. 1 Pzp stanowi bowiem, że odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy.

Odwołanie w odniesieniu do dwóch pozostałych zarzutów Izba uznała za bezprzedmiotowe. Nie podzielono poglądu odwołującego, że zmiany dokonane przez zamawiającego miały jedynie techniczny, redakcyjny charakter. Przeciwnie zamawiający skrócił okres obowiązywania umowy o połowę z 48 do 24 miesięcy oraz dopuścił zmianę cen jednostkowych w trakcie umowy. Powyższe tworzy fundamentalnie istotny kontekst badania zarzutów odwołania.

Ponadto - jak oświadczył zamawiający - aktualne brzmienie art. 15 ust. 6 wzoru umowy

odpowiada żądaniu odwołującego. Odwołujący nie złożył oświadczenia przeciwnego.

Wskazanie przez odwołującego na niedopuszczalność wymagania przez zamawiającego należytego wykonania umowy jako podstawy do skierowania odwołania na rozprawę nie wytrzymuje konfrontacji z żądaniem sformułowanym przez samego odwołującego. Żądał on nadania § 15 ust. 5 zdanie pierwsze brzmienia: „Zamawiający przewiduje zmianę wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją usług objętych Umową, po każdym upływie 12 miesięcy należytej realizacji Przedmiotu Umowy."

Nie bez znaczenia jest wniesienie przez odwołującego kolejnego odwołania wobec zmienionych postanowień wzoru umowy, w sytuacji, gdy odwołujący nie cofa badanego odwołania w tym zakresie, lecz przeciwnie domaga się rozpoznania zarzutu uznając go za aktualny. Po pierwsze, badanie przez Izbę odwołania w tym zakresie skutkowałoby groźbą dwukrotnego niedopuszczalnego orzekania w tym samym przedmiocie. Po drugie, wnoszenie kolejnego odwołania pośrednio potwierdza brak podstaw faktycznych zaskarżenia, co do których Izba mogłaby obecnie orzekać. Art. 568 pkt 2 Pzp nakazuje Izbie umorzenie postępowania odwoławczego w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. W ocenie Izby prowadzenie postępowania dotyczącego postanowień wzoru umowy w sytuacji, gdy zamawiający dokonał istotnej zmiany tych postanowień, a zmienione postanowienia stały się przedmiotem kolejnego odwołania, jest niedopuszczalne.

W tym stanie rzeczy Izba umorzyła postępowanie odwoławcze. Orzeczenie zapadło w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 oraz art. 568 pkt 1) i 2) Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 574 Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. 2 oraz § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: .....