Sygn. akt: KIO 2512/22

WYROK

z 7 października 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie 7 października 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 26 września 2022 r. przez odwołującego: IMPEL S.A. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Kancelarię Prezesa Rady Ministrów z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1 odwołania.

2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 i nakazuje zamawiającemu wprowadzenie do projektu umowy postanowień dotyczących zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy zgodnie z art. 439 Pzp.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Kancelarię Prezesa Rady Ministrów z siedzibą w Warszawie:

   3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

   3.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 11 880 zł 74 gr (słownie: jedenaście tysięcy osiemset osiemdziesiąt złotych siedemdziesiąt cztery grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia i dojazdu pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2512/22

Kancelaria Prezesa Rady Ministrów z siedzibą w Warszawie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2021 poz. 1129, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn.: „Usługa ochrony osób i mienia oraz obsługa recepcji", numer referencyjny: TP-38/2022.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 19 września 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00352982.

26 września 2022 r. wykonawca IMPEL S.A. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie wobec treści postanowień specyfikacji warunków zamówienia, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie:

1. art. 112 ust. 1 i 2 Pzp przez wadliwy opis przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w SWZ,

2. art. 439 ust. 1 i 2 Pzp przez zaniechanie określenia przez Zamawiającego w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego zasad waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych postanowień SWZ w zakresie i brzmieniu zaproponowanym przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania.

5 października 2022 r. w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględnia zarzut nr 1. Zamawiający wskazał przy tym sposób, w jaki zmieni kwestionowane postanowienie SWZ.

W uzasadnieniu zarzutu nr 2 Odwołujący wskazał m. in.:

W projekcie umowy Zamawiający na gruncie przepisu art. 439 ust. 1 i ust. 2 Pzp zaniechał opisania zasad waloryzacji wynagrodzenia umownego Wykonawcy. Stanowiło to naruszenie art. 439 Pzp.

Art. 439 ust. 1 i ust. 2 Pzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący (ius cogens), co oznacza, że ustawodawca nie przewidział, aby w projekcie umowy Zamawiający mógł samodzielnie dokonywać jakichkolwiek skutecznych prawnie ograniczeń jego stosowania. Tym samym Zamawiający był obowiązany do wprowadzenia zasad zmiany wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego w przypadku zaistnienia przesłanek waloryzacyjnych. Odwołujący wniósł o wprowadzenie do projektu umowy następujących postanowień zgodnie z poniższym brzmieniem lub równoważnym:

„Strony zobowiązują się dokonać zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy każdorazowo w przypadku zmiany cen materiałów i kosztów, związanych z realizacją przedmiotu umowy (dalej także jako „indeksacja wynagrodzenia"), na następujących zasadach:

a) zmiany dokonywane będą w oparciu o kwartalne wskaźniki wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych, ogłaszane w komunikatach Prezesa GUS.

b) zmiany mogą zostać wprowadzone na wniosek Strony nie wcześniej niż po upływie 3 miesięcy od dnia zawarcia Umowy, przy czym zmiana jest dopuszczalna:

- w przypadku pierwszej indeksacji - jeśli wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych, o którym mowa w ppkt. a) za kwartał, poprzedzający kwartał złożenia wniosku o indeksację wynagrodzenia, wzrośnie lub spadnie o min. 1% w stosunku do wskaźnika z kwartału, w którym przypadał termin składania ofert;

- w przypadku każdej kolejnej indeksacji - jeśli wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych, o którym mowa w ppkt. a) za kwartał poprzedzający kwartał złożenia wniosku o indeksację wynagrodzenia, wzrośnie lub spadnie o min. 1% w stosunku do wskaźnika z kwartału, w którym nastąpiła ostatnia indeksacja;

c) Strony mogą występować z wnioskami o indeksację wynagrodzenia nie częściej, niż jeden raz na 3 miesiące;

d) Suma zmian wynagrodzenia Wykonawcy w wyniku indeksacji, wprowadzonych w takcie obowiązywania Umowy, nie może przekroczyć 15 % ceny kontraktowej netto określonej w dniu zawarcia umowy.

e) Zmiany umowy wymagają zachowania formy pisemnego aneksu pod rygorem nieważności".

5 października 2022 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie. W zakresie zarzutu nr 2 Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i wskazał m. in.:

Z literalnego brzmienia przepis art. 439 ust. 2 Pzp jednoznacznie wynika, że podstawą potencjalnej zmiany wynagrodzenia jest zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Ustawodawca podkreślił więc, że tylko zmiana kosztów związanych z realizacją zamówienia może mieć wpływ na możliwość zastosowania klauzuli waloryzacyjnej. Na inne

niż koszt materiału koszty realizacji zamówienia mogą składać się ceny wykonywania robót - pracy fizycznej, usług innych niż roboty budowlane (najem szalunków, sprzętu, urządzeń) lub należności publicznoprawne. Analizując treść art. 439 ust. 2 Pzp należy mieć na uwadze treść art. 436 pkt 4 lit. b Pzp, stanowiący odrębną przesłankę zmiany wysokości wynagrodzenia ze względu na wzrost minimalnego wynagrodzenia lub minimalnej stawki godzinowej. Dokonując wykładni wskazanych przepisów należy zatem stwierdzić, że w kosztach związanych z realizacją zamówienia nie mieszczą się należności publicznoprawne wskazane w art. 436 pkt 4 lit. b Pzp. Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy jedynym kosztem jaki Wykonawca ponosi w toku realizacji zamówienia jest koszt wynagrodzenia pracowników. Na koszt wynagrodzenia pracowników może mieć natomiast wpływ zmiana minimalnego wynagrodzenia lub minimalnej stawki godzinowej oraz zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu

lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne oraz zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych. Możliwość zmiany wynagrodzenia na skutek tych zmian została w umowie uregulowana. Brak jest przy tym innych kosztów, które wpływałyby na możliwość waloryzacji wynagrodzenia w oparciu o at. 439 ust. 2 Pzp. Zaproponowana przez Odwołującego klauzula waloryzacyjna oparta o wskaźnik wzrostu cen

i usług towarów konsumpcyjnych ogłaszanych w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego pozostaje bez związku z kosztami związanymi realizacją zamówienia ponoszonymi przez Wykonawcę, prowadziłaby wyłącznie do wyłącznie do wzbogacenia się Wykonawcy, przy jednoczesnym obarczeniem Zamawiającego ryzykiem związanym ze zmianą cen materiałów

lub kosztów w pełnym zakresie.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu i wyrażone

ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Wobec faktu uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu nr 1 odwołania postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu.

W zakresie zarzutu nr 2 Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest Usługa ochrony osób i mienia oraz obsługa recepcji realizowana zgodnie z potrzebami Zamawiającego w budynku biurowym położonym w Warszawie przy ul. Królewskiej 27 będącym w trwałym zarządzie Kancelarii Prezesa Rady Ministrów.

Zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia:

Przedmiot Umowy składa się z dwóch części:

- część A - usługa ochrony osób i mienia
- część B - obsługa recepcji

W zakresie Części A Zamawiający wymagał m. in.:

10. Wykonawca w ramach realizacji usługi zapewni:.

1) środki przymusu bezpośredniego, w tym:

a) kajdanki - 4 szt.,

b) ręczny miotacz gazu w żelu - 4 szt.,

c) pałkę teleskopową - 4 szt.,

d) przenośny sygnalizator napadu - 3 szt.,

e) latarkę typu mini Maglite lub równoważną, w pokrowcu - 4 szt.;

2) środki łączności bezprzewodowej do kontaktu między pracownikami - 4 szt.;

3) zestaw słuchawkowy kompatybilny ze środkami łączności bezprzewodowej (każdy pracownik ochrony otrzymuje zestaw jako wyposażenie indywidualne) - 12 szt., plus 2 szt. zapasowe;

4) telefon komórkowy - 1 szt.;

5) jednolite (schludne, czyste, wyprasowane, nieposiadające śladów zużycia lub zniszczenia) umundurowanie osób wykonujących usługę ochrony, uzgodnione

z Zamawiającym przed rozpoczęciem realizacji usługi, tj:

a) galowe (2 kpl.) - ciemna marynarka z logo Wykonawcy, ciemne spodnie, koszula jasna z długim rękawem, koszula jasna z krótkim rękawem, krawat w stonowanym kolorze, ciemne obuwie wizytowe, ciemny pas,

b) polowe (2 kpl.) - ciemne spodnie, ciemna bluza typu polar lub softshell, ciemna koszulka typu polo, obuwie, ciemna kurtka z logo Wykonawcy, czapka, rękawiczki, ciemny pas,

c) identyfikator z imieniem, nazwiskiem pracownika ochrony i logo Wykonawcy;

d) W przypadku zniszczenia lub zużycia części umundurowania Wykonawca niezwłocznie dokona wymiany na nowe.

6) instalację Systemu Antynapadowego w pomieszczeniu ochrony w siedzibie

Zamawiającego.

W zakresie Części B Zamawiający wprowadził następujące wymagania od wykonawcy:

4. Wykonawca zapewni pracownikom realizującym usługę obsługi recepcji jednolity

uniform firmowy (2 komplety) uzgodniony z Zamawiającym przed rozpoczęciem realizacji usługi, składający się z:

1) jasnej koszuli, ciemnej spódnicy lub spodni, ciemnej marynarki lub żakietu, ciemnego obuwia wizytowego, ciemnego paska (krawat w stonowanym kolorze dla mężczyzn);

2) identyfikatora z imieniem, nazwiskiem pracownika recepcji i logo Wykonawcy; W przypadku zniszczenia lub zużycia części uniformu firmowego Wykonawca niezwłocznie dokona wymiany na nowe.

We wzorze umowy Zamawiający przewidział następujący zakres możliwych zmian:

„§ 11.

1. Strony są uprawnione do dokonania zmian Umowy o łącznej wartości mniejszej niż 10% łącznego maksymalnego wynagrodzenia określonego w § 8 ust. 1, niezależnie od innych przypadków zmian dozwolonych przepisami tejże ustawy lub postanowieniami Umowy.

2. Zamawiający przewiduje możliwość wprowadzenia do Umowy następujących zmian:

1) zmiany powszechnie obowiązujących przepisów prawa w zakresie mającym wpływ na realizację Umowy;

2) zmiany terminu rozpoczęcia realizacji Umowy przy zachowaniu 24-miesięcznego okresu jej wykonywania z przyczyn nieleżących po stronie Wykonawcy;

3. W przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług (VAT), kwota netto wynagrodzenia Wykonawcy pozostanie niezmieniona, a odpowiedniej zmianie ulegnie kwota wynagrodzenia brutto. W przypadku, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym Wykonawca zobowiązany jest do wskazania w wystawianych fakturach podatku VAT w wysokości zgodnej z obowiązującymi przepisami, przy czym powyższa zmiana będzie miała zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do części Wynagrodzenia objętego fakturami wystawionymi po dniu wejścia w życie zmiany przepisów prawa wprowadzających nowe stawki podatku od towarów i usług.

4. W przypadku zmian:

1) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2077), lub

2) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu, lub

3) wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, lub

4) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. 2020 r. poz. 1342, z późn. zm.),Strony wprowadzą zmianę wysokości wynagrodzenia odpowiednią do kwoty, o jaką wskutek tych zmian zmianie ulegnie koszt wykonania Umowy przez Wykonawcę. W celu wykazania wpływu powyżej wskazanych zmian na koszty wykonania Umowy Wykonawca przedstawi Zamawiającemu szczegółową kalkulację kosztów według stanu sprzed danej zmiany oraz szczegółową kalkulację kosztów według stanu po wprowadzeniu zmiany, oraz wskaże kwotę, o jaką Wynagrodzenie powinno ulec zmianie. Zamawiający niezwłocznie ustosunkuje się do przedstawionych kalkulacji, w szczególności poprzez zaakceptowanie wskazanej przez

Wykonawcę kwoty lub poprzez zgłoszenie zastrzeżeń i żądanie wyjaśnień co do poszczególnych elementów kalkulacji.

5. W celu uniknięcia wątpliwości Strony potwierdzają, że z żądaniem zmiany

Wynagrodzenia może wystąpić także Zamawiający - w takim przypadku Wykonawca zobowiązany będzie do przedstawienia wskazanych w tym postanowieniu szczegółowych kalkulacji niezwłocznie po otrzymaniu żądania Zamawiającego.

6. Zmiana wysokości Wynagrodzenia nastąpi od momentu jej wprowadzenia przez

Strony, przy czym jeżeli zmiana kosztów Wykonawcy nastąpiła przed dokonaniem zmiany Umowy, zmiana wysokości Wynagrodzenia będzie uwzględniała także zmianę wysokości kosztów ponoszonych po dacie zmiany odpowiednich przepisów prawa,

a przed datą dokonania zmiany Umowy".

Wobec powyższego nie było wątpliwości, że poza zasadami zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w zależności od zmian pracowniczych kosztów realizacji przedmiotu zamówienia Zamawiający nie wprowadził do umowy klauzuli waloryzacyjnej określonej w art. 439 ust. 1 i 2 Pzp, zgodnie z którym:

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.

Nie potwierdziło się przy tym twierdzenie Zamawiającego, że jedyny koszt wykonawcy przedmiotu zamówienia to koszty osobowe, tj. koszty zatrudnienia pracowników. Z przytoczonych wyżej postanowień OPZ jasno wynika, że to na wykonawcy spoczywa m. in. obowiązek zapewnienia umundurowania i innego wyposażenia. Środki tego rodzaju podlegają normalnemu zużyciu, co powoduje, że wykonawca - wbrew twierdzeniu Zamawiającego, ponosił będzie również inne koszty, niż tylko te wynikające z zatrudnienia pracowników.

W konsekwencji lzba uznała, że wskazany przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie powód, dla którego Zamawiający odstąpił od sformułowania klauzuli waloryzacyjnej zgodnej

z art. 439 Pzp jest nietrafny. Odwołujący słusznie wskazał, że przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący, a zatem wobec wypełnienia się jego przesłanek Zamawiający obowiązany jest zastosować się do dyspozycji tego przepisu.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....