

WYROK
z dnia 16 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 marca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 marca 2015 r. przez Odwołującego – Impel Catering „Company” sp. z o.o. sp. k. z siedzibą we Wrocławiu, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – SPZOZ Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 im. prof. Tadeusza Sokołowskiego Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie, przy udziale wykonawcy Dussmann Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu wprowadzenie do treści wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy 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 oraz zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne,
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – SPZOZ Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 im. prof. Tadeusza Sokołowskiego Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – Impel Catering „Company” sp. z o.o. sp. k. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego – SPZOZ Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 1 im. prof. Tadeusza Sokołowskiego Pomorskiego Uniwersytetu

1

Medycznego w Szczecinie na rzecz Odwołującego – Impel Catering „Company” sp. z o.o. sp. k. z siedzibą we Wrocławiu kwotę 18.600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający – SPZOZ Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 im. prof. Tadeusza Sokołowskiego Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Usługa produkcji i dystrybucji posiłków dla pacjentów SPSK Nr 1 PUM” (znak sprawy OS/ZP/11/15), zwane dalej „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza

kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu (dalej: „Ogłoszenie”) zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 lutego 2015 r., pod nr 2015/S 036-061508. W tej samej dacie Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) na swojej stronie internetowej.

Treść Ogłoszenia i postanowienia SIWZ zostały zaskarżone odwołaniem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 2 marca 2015 r. przez wykonawcę Impel Catering „Company” sp. z o.o. sp. k. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący”). Zarzucił on Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp, które miało miejsce przy formułowaniu treści Ogłoszenia i postanowień SIWZ,
2. art. 22 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 4 i 5 Pzp przez ustalenie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia,
3. art. 142 ust. 5 Pzp przez zaniechanie ustalenia w treści SIWZ postanowień dotyczących zasad wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych postanowień SIWZ i treści Ogłoszenia w sposób i w zakresie określonym w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący podał, że posiada interes w złożeniu odwołania, bowiem obecne brzmienie Ogłoszenia i SIWZ narusza przepisy Pzp i uniemożliwia mu złożenie oferty zgodnej z tymi przepisami, a w konsekwencji – ubieganie się o udzielenie zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania wskazano, że w zakresie warunku związanego z wiedzą i doświadczeniem Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał, że w okresie

ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał lub wykonywał minimum 2 główne świadczenia, których przedmiotem jest:

1. realizacja usługi produkcji i dystrybucji posiłków dla pacjentów, w tym również w zakresie diet specjalistycznych (minimum 5 spośród wymienionych w załącznik nr 10 opisu przedmiotu zamówienia) i prowadzenie kuchni mlecznej – w jednostce liczącej 600 łóżek o wartości minimum 2 mln brutto rocznie.
Zamawiający dopuszcza możliwość świadczenia ww. usługi również częściowo w formie cateringu,
2. centralne zmywanie urządzeń i narzędzi służących do produkcji, przechowywania, transportu i dostarczania pacjentom posiłków.

Odwołujący stwierdził, że ww. warunek należy uznać za dyskryminujący i naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Podkreślił, że zgodnie z art. 22 ust. 4 Pzp zamawiający – formułując opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – zobligowany jest tak ustalić ww. opis, aby był związany z przedmiotem zamówienia oraz pozostawał w proporcji do przedmiotu zamówienia. Zaznaczył, że przepisy Pzp nie wymagają, aby warunki których spełnienie umożliwia wzięcie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ściśle odpowiadały przedmiotowi zamówienia. Usługa, której wykonanie (wykonywanie) należy wykazać jako spełnienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia nie musi być tożsama z usługą stanowiącą przedmiot zamówienia, ma ona być jedynie związana z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalna. Zauważył, że ustawodawca nie nałożył na zamawiających obowiązku wymagania ścisłych proporcji wykazania posiadanej wiedzy i doświadczenia wykonawcy, w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego Odwołujący podkreślił, że ustalony w Postępowaniu warunek, ze względu na ilość żądanych referencji (dwie główne usługi), uniemożliwia w sposób nieuzasadniony udział w nim wykonawcom posiadającym jednokrotne doświadczenie w kompleksowych usługach produkcji i dystrybucji posiłków na rzecz szpitali odpowiadających Zamawiającemu. Dodał, że ze względu na skalę, charakterystykę i złożoność przedmiotu zamówienia wystarczającym dla wykazania rękojmi należytego wykonania zamówienia jest

jednokrotne należyte wykonanie zamówienia o złożoności odpowiadającej przedmiotowemu postępowaniu. Wielkość i rozmiar usługi, którą wykonawca jest zobowiązany się legitymować nie jest powszechny na rynku szpitalnym. Tym samym zwielokrotnianie ww. warunku istotnie i w sposób nieuzasadniony ogranicza dostęp do Postępowania. Wymóg przedstawienia dwóch

4

referencji, zdaniem Odwołującego, nie znajduje usprawiedliwienia w realnych powodach (potrzebach Zamawiającego), które stopień ograniczenia konkurencji mogą sankcjonować i uzasadniać. Podał, że opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może eliminować wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie. Odwołujący podkreślił, że warunek proporcjonalny to taki, który w najmniejszym stopniu ogranicza prawa i interesy innych podmiotów.

Odwołujący stwierdził, że celem zapewnienia zachowania w Postępowaniu zasad wyrażonych zarówno w art. 7, jak i w art. 22 ust. 4 i 5 Pzp, niezbędna jest taka zmiana kwestionowanego warunku, która umożliwiła będzie ubieganie się o zamówienie wykonawcom posiadającym doświadczenie w realizacji usług żywienia o skali i zakresie odpowiadającej właściwościom i potrzebom Zamawiającego.

Odwołujący zauważył, że poziom wymagań ustalony w SIWZ, dotyczący wielokrotności w realizacji usług, o charakterze i zakresie odpowiadającym zamówieniu, w sposób nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, podwyższa realny i rzeczywisty poziom doświadczenia, którym wykonawca zobowiązany jest się legitymować. Jego zdaniem wykonawcą gwarantującym należyte wykonanie usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia jest taki podmiot, który przynajmniej jeden raz należycie wykonał usługę o skali i złożoności wymaganej przez Zamawiającego. Wykonawca, który prawidłowo zrealizował przynajmniej raz tak duże i złożone zamówienie daje gwarancję i rękojmię należytego wykonania zamówienia. Ponadto już jednokrotna realizacja ww. świadczenia potwierdza, że wykonawca taki jest przedsiębiorcą rzetelnym, efektywnym i posiadającym wymagane kwalifikacje oraz doświadczenie.

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący stwierdził, że warunek ustalony przez Zamawiającego nie ma na celu weryfikacji wykonawcy, o której mowa w art. 22 ust. 5 Pzp. Warunek ten stanowi bezpodstawne i nieuzasadnione ograniczenie dostępu do zamówienia, wykonawcom legitymującym się wiedzą i doświadczeń wystarczającym do właściwej i prawidłowej realizacji zamówienia.

W konsekwencji Odwołujący wniósł o modyfikację kwestionowanego warunku przez nadanie mu brzmienia:

„[...]”

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, spełniający warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 Ustawy PZP oraz nie podlegający wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1-2 Prawa zamówień publicznych, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał lub wykonuje co najmniej 1 (jedną) główną usługę, której przedmiotem była:

5

- a) produkcja i dystrybucja posiłków dla pacjentów w tym również w zakresie diet specjalistycznych (minimum 5 spośród wymienionych w załączniku nr 10 opisu przedmiotu zamówienia) i prowadzenie kuchni mlecznej – w jednostce liczącej 600 łóżek o wartości minimum 2 mln brutto rocznie. Zamawiający dopuszcza możliwość świadczenia ww. usługi również częściowo w formie cateringu.
- b) centralne zmywanie urządzeń i narzędzi służących do produkcji, przechowywania, transportu i dostarczania pacjentom posiłków.

[...]”.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 142 ust. 5 Pzp Odwołujący podkreślił, że termin realizacji umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne ustalony został przez Zamawiającego, zgodnie z pkt 12 SIWZ, na 48 miesięcy od daty początkowej obowiązywania umowy.

Następnie Odwołujący przytoczył postanowienie § 11 ust. 4 wzoru umowy i stwierdził, że Zamawiający nie wypełnił obowiązku wynikającego z dyspozycji przepisu art. 142 ust. 5 Pzp, gdyż treść SIWZ nie zawiera postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich

zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy. Przytoczył fragment uzasadnienia nowelizacji Pzp, zgodnie z którym, tu cytat: „[...]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 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.[...]”.

Wobec powyższego Odwołujący stwierdził, że wolą ustawodawcy było, aby w umowach zawartych w wyniku rozstrzygnięcia postępowań wszczętych po dniu

6

19 października 2014 r., Zamawiający określał kiedy i na jakich zasadach zwaloryzuje umowę, jeśli znajdzie jedna z przesłanek wskazanych w art. 142 ust 5 Pzp. Podkreślił, iż nie chodzi o wpisywanie konkretnych kwot waloryzacji, ale określenie jasnych mechanizmów waloryzacji w razie wystąpienia którejkolwiek z przesłanek określonych w ww. przepisie. Zaznaczył przy tym, że od obowiązku wprowadzenia takich zapisów zamawiający nie ma możliwości w żadnych przypadkach odstąpić, a ich brak stanowi kwalifikowaną wadę SIWZ, co może skutkować nawet nieważnością całego postępowania.

W konsekwencji oświadczył, że konieczne jest wprowadzenie postanowienia, zgodnie z którym wartość wynagrodzenia wykonawcy ulega zmianie z dniem zaistnienia (w szczególności w wyniku zmiany ustawy lub innego aktu prawnego) którejkolwiek ze zmian, o których mowa w art. 142 ust 5 Pzp.

W odniesieniu do zmiany stawki VAT Odwołujący wskazał, że praktyka wskazuje, iż zmiany w tym zakresie są sporadyczne, trudne do przewidzenia i wprowadzane z bardzo krótkim *vacatio legis*. Nie istnieją żadne z góry ustalone harmonogramy zmian stawek podatku od towarów i usług, ani katalog przesłanek, które taki krok mogą uzasadniać. Zmiany w tym zakresie należą do suwerennych uprawnień rządu, który wnioskuje do ustawodawcy o ich przeprowadzenie, najczęściej z ścisłym związkiem z potrzebami budżetu państwa. Odwołujący zauważył, że zmiany stawek VAT dotyczą wszystkich wykonawców w równym stopniu i nie powodują zmiany kolejności ofert cenowych oraz, że zmiana wynagrodzenia (ceny) z uwagi na zmianę stawki VAT może być w określonych warunkach faktycznych uznana za zmianę nieistotną w rozumieniu art. 144 ust. 1 Pzp.

W tym stanie faktycznym zasadne jest, zdaniem Odwołującego, dostosowanie stawek podatku od towarów i usług określanych na fakturach wystawianych przez wykonawców do zapisów umownych, co zgodne jest z zasadą gospodarnego i celowego wydatkowania środków publicznych.

Odwołujący wniósł o potwierdzenie, że na fakturach wystawianych przez wykonawcę każdorazowo uwzględniana będzie obowiązująca w momencie wystawienia faktury stawka VAT. Będzie to dotyczyć sytuacji, gdy zmiana stawki podatku, jako zdarzenie zewnętrzne i niezależne od woli stron, nie była znana lub przewidywana przez strony w chwili składania ofert. Jakkolwiek – zdaniem Odwołującego – strony mogą przewidywać samą prawną możliwość takiej zmiany, to jednak w sytuacji stabilizacji stawek tego podatku na przestrzeni kilku lat, nie muszą oczekiwać, iż ona nastąpi.

Odwołujący dodał, że w sytuacji, gdy w chwili składania ofert zmiana stawki VAT nie była znana lub planowana, wykonawcy kalkulują wysokość ceny oferty na tych samych warunkach, tj. z uwzględnieniem aktualnej stawki podatku. Z tych względów późniejsza

zmiana ceny wywołana taką zmianą nie ma wpływu na warunki konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ stawka podatku od towarów i usług stanowi jedynie czynnik cenotwórczy, który w jednakowym stopniu dotyczy wszystkich wykonawców. Tak więc gdyby w chwili składania ofert obowiązywała stawka VAT w wysokości obowiązującej w chwili dokonania zmiany umowy (zmiany ceny), wówczas oferty zostałyby skalkulowane w oparciu o ten czynnik cenotwórczy bez wpływu na wynik samego postępowania. Okoliczność ta pozostaje również bez wpływu na krąg podmiotów zainteresowanych danym zamówieniem.

Wskazując na powyższe, zdaniem Odwołującego, należy uznać, iż zmiana umowy polegająca na dokonaniu zmiany ceny (wynagrodzenia wykonawcy) w związku z podwyższeniem stawki VAT (np. o 1%) nie zaburza równowagi ekonomicznej stron kontraktu na korzyść wykonawcy i w konsekwencji nie stanowi zmiany istotnej w rozumieniu art. 144 ust. 1 Pzp.

W zakresie zmian, o których mowa w art. 142 ust. 5 pkt 2 Pzp Odwołujący stwierdził, że przy realizacji usług będących przedmiotem zamówienia koszty osobowe stanowią dominującą pozycję w ich cenie. Do tej pory wykonawcy nie mieli żadnych ograniczeń przy stosowaniu różnych form zatrudnienia i związanych z nimi kosztami.

Znowelizowana dyspozycja art. 90 ust. 1 Pzp wprowadza w zakresie badania przesłanek zaistnienia rażąco niskiej ceny domniemanie, iż koszty osobowe nie mogą być niższe niż koszty minimalnego wynagrodzenia za pracę, w przeliczeniu na jedną osobę.

Konsekwencją takiego rozwiązania jest wprowadzenie obowiązku uwzględniania przez zamawiających w SIWZ zasad waloryzowania wynagrodzeń wykonawców w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Odwołujący podał, że doświadczenia pierwszej dekady bieżącego wieku wskazują, iż nawet najbardziej ostrożni przedsiębiorcy mogą zostać zaskoczeni niespodziewanymi uregulowaniami prawnymi, które są wynikiem politycznych rachub rządu, a nie odzwierciedleniem gospodarczych wskaźników. Proponowana wyżej zmiana jest nie tylko korzystna dla Zamawiającego, ale pozwala mu też na racjonalne i kontrolowane wydatkowanie środków publicznych, a tym samym wpisuje się w podstawowe cele związane z dyscypliną finansów publicznych. Ponieważ zmiany minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalone są przez podmiot trzeci w stosunku do stron umowy oczywistym jest, iż mają charakter niezależny od ich woli. Brak uwzględnienia proponowanej zmiany w treści projektu umowy łączyć się będzie dla Zamawiającego z dwoma negatywnymi skutkami.

Po pierwsze – wykonawcy mogą oferować wykonanie usług drożej niż to wynika z faktycznych kosztów jej świadczenia w momencie składania oferty po to, aby uwzględnić

ewentualne zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia w kolejnych latach realizacji kontraktu. Efektem takiej postawy jest to, iż zamawiający od początku umowy niejako „nadpłaca” za ewentualne przyszłe koszty, nie mając pewności, iż wydatkuje posiadane środki w sposób racjonalny i gospodarczo uzasadniony. Brak uwzględnienia w projekcie umowy możliwości waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy powoduje, że kalkulując cenę oferty dla umowy długoterminowej, racjonalny wykonawca uwzględnić musi ewentualne ryzyko wzrostu wysokości minimalnego wynagrodzenia tak, aby zabezpieczyć swój interes. W rzeczywistości to Zamawiający zapłaci za ryzyko wkalkulowane przez wykonawcę do ceny oferty, które w pierwszym roku świadczenia usługi powoduje znaczny jej wzrost, a tym samym zbędne wydatki zamawiającego. Tym samym stanowić ono może zysk wykonawcy i nieuzasadniony koszt Zamawiającego, a co za tym idzie, możliwość postawienia mu zarzutu nierzetelnego wydatkowania środków publicznych.

Po drugie – w przypadku gdy wykonawcy nie uwzględnią w proponowanej ofercie skutków zwiększenia minimalnego wynagrodzenia za pracę, zamawiający otrzymuje w pierwszym okresie realną ofertę, która jednak po kilku miesiącach przestaje być powiązana z realnymi kosztami ponoszonymi przez wykonawcę. Siłą rzeczy, wykonawca nie będzie w stanie w sposób prawidłowy wykonywać przyjętych na siebie zobowiązań.

Odwołujący stwierdził, że zasadne i konieczne jest dostosowanie postanowień SIWZ do wymagań art. 142 ust. 5 pkt 2 Pzp przez dodanie następującej treści: „[...]W przypadku zmiany, o której mowa w art. 142 ust 5 pkt 2 ustawy PZP wynagrodzenie Wykonawcy ulega

zmianie o wartość wzrostu wykazanych kosztów ponoszonych przez Wykonawcę, z tego tytułu.[...]

W odniesieniu do zmian, o których mowa w art. 142 ust. 5 pkt 3 Pzp Odwołujący podał, że zaproponowane w ostatnim czasie przez rząd zmiany w przedmiocie „ozusowania” umów cywilnoprawnych rodzą trudne do przewidzenia skutki. Zmiana o której mowa zakłada, że składka emerytalna i rentowa od umów zlecenia ma być płacona od kwoty co najmniej minimalnego wynagrodzenia. Projekt nowelizacji przewiduje, że jeżeli w danym miesiącu podstawa składki będzie niższa niż kwota minimalnego wynagrodzenia, a zleceniobiorca będzie spełniał warunki do objęcia ubezpieczeniem z innego tytułu, np. umowy o pracę, składkę opłaci ze wszystkich tych tytułów. Proponowana nowelizacja zmierza więc do zwiększenia podstawy wymiaru składki na ubezpieczenie społeczne, w przypadku kiedy zleceniobiorca osiąga przychód z kilku źródeł. Wyższa podstawa wymiaru składki oznacza, że do ZUS trzeba odprowadzać wyższe kwoty tytułem składek. Uwagi wymaga także okoliczność, że wysokość wymiaru składki na ubezpieczenie społeczne jest jednym z głównych kryteriów decydujących o wysokości składki na ubezpieczenie zdrowotne. Podwyższenie jednej skutkować będzie skutkować zwiększeniem drugiej ze składek.

9

Wobec powyższego bezspornym jest, że koszty pracy, o którym mowa powyżej, z dużym prawdopodobieństwem, w wyniku zmian w przepisach prawa, będą wzrastały. Tym samym w interesie zarówno zamawiającego jak i wykonawcy jest wprowadzenie do umów o zamówienie publicznej klauzul zabezpieczających strony przed destabilizacją w realizacji umów (obniżeniem jakości, restrukturyzacją przyjętego modelu wykonania zamówienia, w skrajnych przypadkach wypowiedzenie umowy), która będzie stanowić konsekwencję istotnych i niebagatelnych zmian w wysokości kosztów pracy.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Odwołującego, zasadne i konieczne jest dostosowanie postanowień SIWZ do wymagań art. 142 ust 5 pkt 3 Pzp przez dodanie regulacji, zgodnie z którą: „[...]W przypadku zmiany, o której mowa w art. 142 ust 5 pkt 3) ustawy PZP wynagrodzenie Wykonawcy ulega zmianie o wartość wzrost wykazanych kosztów ponoszonych przez Wykonawcę, z tego tytułu.[...]”.

Odwołujący podkreślił następnie, że z art. 142 ust. 5 Pzp płynie obowiązek wprowadzenia do umowy automatycznych mechanizmów dostosowywania wynagrodzenia wykonawcy do zewnętrznych warunków. Skoro bowiem to zdarzenia zewnętrzne determinują moment wejścia w życie zmian, o których mowa w powołanej regulacji, to zasadne jest, aby konsekwencje tych zmian znalazły odzwierciedlenie w treści stosunku prawnego łączącego zamawiającego i wykonawcę w terminie, w którym zmiany te weszły w życie. Każdy inny termin wprowadzenia zmian budzić może uzasadnione wątpliwości co do tego, czy nie mamy do czynienia z niedozwolonymi negocjacjami między stronami umowy. Brak bowiem obiektywnego powodu uzasadniającego inny termin wprowadzenia zmian niż dostosowanie się stron umowy do działań legislacyjnych ustawodawcy.

W ocenie Odwołującego należy jednoznacznie wskazać reguły, według których będzie wprowadzana zmiana wysokości wynagrodzenia w przypadku nowelizacji przepisów prawa. Mając powyższe na względzie Odwołujący stwierdził, że w umowie w sprawie zamówienia publicznego należy obecnie precyzyjnie określić:

1. od jakiego momentu obowiązywania umowy wynagrodzenie wykonawcy będzie waloryzowane,
2. termin od którego będzie obowiązywało zwaloryzowane wynagrodzenie,
3. z jaką częstotliwością waloryzacja będzie dokonywana,
4. o jaką wartość lub wielkość waloryzacja będzie dokonywana,
5. jaki będzie mechanizm waloryzowania wynagrodzenia wykonawcy przewidziany w zawartej umowie.

W konsekwencji Odwołujący zażądał nakazania Zamawiającemu dodania do wzoru umowy postanowień w następującym brzmieniu:

10

„[...]”

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.
- [...]",
lub w brzmieniu równoważnym.
Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w oparciu

o przytoczoną poniżej argumentację.

W zakresie warunku udziału w Postępowaniu Zamawiający zakwestionował stanowisko Odwołującego, jakoby żądanie wykazania się wykonaniem 2 usług mogło zostać uznane za nadmierne i dyskryminujące. Zdaniem Zamawiającego postawione zostały minimalne wymagania jakie pozwalają na wybór wykonawcy, który rzetelnie wykona tak skomplikowane zamówienie. Zaznaczył, że na chwilę obecną jest podmiotem leczniczym, w którym liczba łóżek wynosi ponad 900. W sformułowanym warunku wskazano jednak, iż wystarczające jest wykazanie się przez wykonawcę realizacją usługi w jednostce, w której jest 600 łóżek, co pozwala na dopuszczenie do udziału w Postępowaniu wykonawców, którzy realizowali usługi w znacznie mniejszych jednostkach. O powyższym świadczy również okoliczność, iż w Polsce są 54 szpitale, w których liczba łóżek wynosi 600 i więcej, na dowód czego załączył do pisma wykaz podmiotów leczniczych z wyszczególnieniem jednostek, które spełniają ww. warunek. To oznacza, iż na rynku istnieje duża liczba wykonawców, którzy realizowali w przeszłości lub aktualnie realizują zamówienia podobnego rodzaju. Nie można zatem stwierdzić, iż postanowienia SIWZ w jakikolwiek sposób ograniczają uczciwą konkurencję oraz możliwość złożenia oferty przez szerszy krąg wykonawców. Dodał również, że jest największym podmiotem leczniczym w województwie zachodniopomorskim.

Zamawiający podkreślił następnie, że sporny warunek dotyczy przygotowania i dostarczania posiłków w zakresie wybranych 5 spośród 10 diet, które będą świadczone w ramach realizacji zamówienia. Stwierdził, że wymagał od wykonawców realizacji usługi o wartości minimum 2 mln brutto rocznie, podczas gdy wartość szacunkowa zamówienia to kilkanaście milionów netto, obliczona z uwzględnieniem 48 miesięcznego okresu realizacji zamówienia.

Zamawiający podał, że zamówienie ma specyficzny i skomplikowany charakter, co rodzi

konieczność zapewnienia wzięcia udziału w Postępowaniu wykonawców, którzy zagwarantują rzetelną realizację zamówienia. Zamawiający oświadczył, że jest podmiotem zlokalizowanym w czterech odrębnych obiektach, z których jeden znajduje się w innej gminie (Police), oddalanej o 20 km od siedziby Zamawiającego. Inna jednostka (Klinika Psychiatrii przy ul. Broniewskiego) jest oddalona o 5 km od siedziby Zamawiającego, co jest istotne o tyle, że obowiązkiem wykonawcy będzie zapewnienie prawidłowej dystrybucji i równoczesnego wydawania posiłków, tak aby wszystkie miały m.in. odpowiednią temperaturę. Wykonanie takiego zamówienia wymaga zatem od wykonawców posiadania odpowiedniego doświadczenia w realizacji tego typu usług. Godne podkreślenia, w ocenie Zamawiającego, jest przy tym, że nie sposób uznać, jakoby wykonanie jednej usługi oznaczało, że wykonawca posiada należyte wiedzę i doświadczenie do realizacji tego zamówienia. Należy w tym miejscu położyć nacisk na wyraz „doświadczenie”, czyli posiadanie pewnej wiedzy, którą można

12

uzyskać tylko przez wielokrotne wykonywanie pewnego rodzaju czynności. Nie sposób mówić o doświadczeniu przy założeniu, że wykonawca zrealizował należycie 1 usługę tego rodzaju. Istotna jest tutaj pewna powtarzalność, czyli te minimum w liczbie wykonania 2 usług, która daje rękojmię, iż wykonawca wykona zamówienie w sposób prawidłowy i rzetelny.

Zamawiający dodał, że przepisy Pzp zapewniają wiele instytucji i instrumentów, które pozwolą na udział w Postępowaniu szerszemu kręgowi wykonawców. Taką instytucją jest chociażby art. 26 ust. 2b Pzp, który umożliwia korzystanie z zasobów innych podmiotów, w tym również z ich wiedzy i doświadczenia. Ponadto wykonawcy mają możliwość złożenia oferty w ramach konsorcjum, co również poszerza ich dostęp do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający poddał następnie krytyce stanowisko Odwołującego odnoszące się do naruszenia przepisu art. 142 ust. 5 Pzp. Wskazał na § 11 ust. 4 wzoru umowy i na jego podstawie stwierdził, że wypełnia on całkowicie dyspozycję powołanego przepisu Pzp.

W pierwszej kolejności zakwestionował możliwość automatycznego wprowadzania zmian w zakresie wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zaistnienia jednego ze wskazanych w art. 142 ust. 5 Pzp zdarzeń. Jego zdaniem redakcja przepisu w żadnym wypadku nie narzuca takiego sposobu jego rozumienia. Przeciwnie zapatrywanie byłoby nieracjonalnym zachowaniem ustawodawcy, bowiem zakładałoby, że Zamawiający nie ma możliwości weryfikacji jaki wpływ mają wskazane zmiany na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Taki sposób rozumienia tego przepisu wyklucza bowiem zachowanie zasady równości stron umowy.

Celem wprowadzenia art. 142 ust. 5 Pzp było zapewnienie wykonawcom możliwości zmiany wynagrodzenia w przypadku wystąpienia jednej ze wskazanych tam przesłanek. Jednakże nie oznacza to, iż zmiany te miałyby wchodzić w życie automatycznie. Przepis ten mówi bowiem jedynie o obowiązku zamieszczenia zasad wprowadzania zmian, a nie przesądza z góry o waloryzacji i jej zakresie. Komentowany przepis, w ocenie Zamawiającego, nakłada na wykonawcę konieczność wykazania, że rzeczywiście istnieje wpływ zmian na koszty wykonania zamówienia. Nie sposób jest wprowadzić zmiany wynagrodzenia jedynie w oparciu o samo jednostronne oświadczenie wykonawcy. Niezbędne jest, aby Zamawiający miał prawo weryfikacji przedstawionych przez wykonawcę okoliczności.

Nie znajduje również, w ocenie Zamawiającego, uzasadnienia twierdzenie, iż to wyłącznie on jest obowiązany do całkowitego pokrycia wzrostu kosztów wykonania zamówienia w wyniku zaistnienia przesłanek określonych przepisem art. 142 ust. 5 Pzp. Strony powinny ponosić te obciążenia w uzgodnionym w drodze negocjacji stopniu. Zamawiający podkreślił, że jest jednostką sektora finansów publicznych, która ze względu na

13

specyfikę działalności nie jest nastawiona na osiąganie zysku, a koncentruje się na bilansowaniu zysków i strat. Niedopuszczalne jest, aby Zamawiający narażał swoją jednostkę na utratę płynności finansowej, a do tego mógłby przyczynić się automatyczny wzrost wynagrodzeń wykonawców zamówień publicznych, z którymi Zamawiający zawiera rocznie kilkaset umów. Podkreślenia wymaga, iż również Odwołujący musi chociażby w części wziąć na siebie ryzyko związane z realizacją zamówienia a nie obciążać nim wyłącznie zamawiającego.

Abstrahując od powyższego argumentacja Odwołującego jest w części całkowicie

bezpodstawna albowiem w § 5 ust. 1 pkt 1 projektu umowy załączonego do SIWZ, który określa wysokość wynagrodzenia wykonawcy, Zamawiający zastosował sposób ustalenia wynagrodzenia, którego wysokość jest uzależniona od obowiązującej stawki VAT.

Ponadto nie można również pominąć sposobu w jaki ustawodawca określił zasady wprowadzania zmian do umowy w przypadku zaistnienia okoliczności wymienionych w art. 142 ust. 5 Pzp, w odniesieniu do umów, które zostały zawarte przed wejściem w życie tego przepisu. Otóż w art. 4 ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych wskazano, że w takim przypadku każda ze stron umowy, w terminie 30 dni od dnia wejścia w życie przepisów dokonujących tych zmian, może zwrócić się do drugiej strony o przeprowadzenie negocjacji w sprawie odpowiedniej zmiany wynagrodzenia. W konsekwencji, zdaniem Zamawiającego, skoro sam ustawodawca określając zasady wprowadzania zmian wynagrodzenia do tych umów wspomina o negocjacjach stron, to nie sposób jest wykluczyć, aby Zamawiający nie mógł zastosować podobnego mechanizmu przy zmianach z art. 142 ust. 5 Pzp.

Ostatecznie odnosząc się do argumentów Odwołującego, iż postanowienia SIWZ mogą prowadzić do zawyżania kosztów wykonania zamówienia i w związku z powyższym do niegospodarnego wydatkowania środków publicznych Zamawiający wskazał, iż tam gdzie występuje konkurencja tam nieracjonalne byłoby zawyżanie przez wykonawców kosztów zamówienia. Celem wykonawców jest bowiem uzyskanie zamówienia, a tego nie da się osiągnąć działając w wyżej wspomniany sposób. Ponadto, jeżeli oferowane kwoty będą wyższe od kwoty którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia, to nieważni on Postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Dussmann Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Wykonawca DP”), wnosząc o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym z dnia 16 marca 2015 r. wskazał, co następuje.

Na odparcie zarzutu nieproporcjonalnego względem przedmiotu zamówienia ustalenia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia Wykonawca DP stwierdził, że analizując aspekt

proporcjonalności opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu należy zacząć od przybliżenia samego przedmiotu zamówienia. Zgodnie z pkt I Rozdziału II SIWZ („Opis przedmiotu zamówienia”) na przedmiot zamówienia składają się trzy zasadnicze rodzaje świadczeń:

- a) kompleksowe prowadzenie kuchni centralnej i mlecznej – zakup produktów i przygotowywanie posiłków na miejscu w pomieszczeniach SPSK Nr 1 PUM przy ul. Unii Lubelskiej 1 z podziałem na diety oraz przygotowanie posiłków profilaktycznych i mieszanek mlecznych (w tym zakup mieszanek gotowych) według zamówień zgłaszanych z poszczególnych jednostek szpitalnych z wykorzystaniem istniejących urządzeń i wyposażenia,
- b) obsługa kuchenek ekspedycja na oddziały, oddziałowych, posiłków dostarczenie i punktualne rozdanie posiłków pacjentom hospitalizowanym przy ul. Unii Lubelskiej i ul. Broniewskiego w Szczecinie oraz przy ul. Siedleckiej w Policach,
- c) odbiór z jednostek szpitalnych resztek pokonsumpcyjnych i usunięcie odpadów poprodukcyjnych z eksploatowanych pomieszczeń.

Z opisu przedmiotu zamówienia wynika ponadto, że usługa ma być świadczona na rzecz około 600 pacjentów, w kilku lokalizacjach (w tym dwóch na terenie Szczecina oraz jednej w Policach), z podziałem na ponad 10 rodzajów diet (w tym diety specjalistyczne oraz diety uzgadniane indywidualnie), wraz z szeregiem dodatkowych świadczeń niewystępujących rutynowo w ramach żywienia szpitalnego (w szczególności w zakresie żywienia dzieci i niemowląt). W ocenie Wykonawcy DP przedmiotowe zamówienie nie dotyczy typowej usługi cateringowej, gdzie wykonawca ma jedynie dostarczyć posiłki o określonych parametrach. Zamówienie obejmuje nie tylko prowadzenie kuchni centralnej oraz kuchni mlecznej, ale również kompleksową obsługę żywieniową Zamawiającego z wykorzystaniem ww. zasobów lokalowych. Skala zamówienia, stopień jego skomplikowania oraz zróżnicowanie świadczeń przemawiają za koniecznością odpowiedniego zweryfikowania zdolności potencjalnych wykonawców ubiegających się o jego udzielenie. Biorąc pod uwagę zarysowany opis przedmiotu zamówienia Wykonawca DP podał, że zakwestionowany przez Odwołującego

opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu nie wydaje się być nadmierny, czy nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Następnie zasygnalizował, że usługi przedstawiane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu mają polegać na produkcji i dystrybucji posiłków dla pacjentów w zakresie zaledwie 5 diet specjalistycznych spośród ponad 10 diet stosowanych przez Zamawiającego. Co więcej, Zamawiający dopuścił możliwość świadczenia ww. usług częściowo w formie cateringu, co w pełni koresponduje z charakterem niniejszego zamówienia

15

(usługa świadczona w różnych lokalizacjach). Wreszcie, usługi referencyjne mają obejmować centralne zmywanie urządzeń i narzędzi służących do produkcji, przechowywania, transportu i dostarczania pacjentom posiłków, co również jest w pełni adekwatne i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia w prowadzonym postępowaniu.

Wykonawca DP podał, że w jego ocenie dopiero wielokrotne należyte wykonanie usługi danego rodzaju może świadczyć o posiadaniu przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia. Przytoczony pogląd poparł przeglądem stanowisk z orzecznictwa Izby.

W dalszej kolejności wskazał, że w praktyce zamówień publicznych, za wyjątkiem prostych zamówień, prawie nigdy nie jest możliwe określenie warunków udziału w postępowaniu, czy opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwi niektórym wykonawcom złożenie oferty, a innych postawią w uprzywilejowanej pozycji. Oznacza to, iż zamówienie nie musi być w równym stopniu „wygodne” dla wszystkich podmiotów, czy dostosowane do profilu ich oferty i rodzaju lub przebiegu działalności. O złamaniu zasady konkurencji i równego dostępu do zamówienia nie może przesądzać sam fakt, iż na rynku istnieją podmioty które w świetle przyjętego opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu mają mniejsze szanse na uzyskanie zamówienia.

Finalnie, w zakresie omawianego zarzutu, Wykonawca DP stwierdził, że Zamawiający w żaden sposób nie ograniczył uprawnień Odwołującego do wykazania spełnienia kwestionowanego odwołaniem warunku udziału w Postępowaniu przy pomocy innego podmiotu. Przepisy Pzp dopuszczają mechanizmy pozwalające na ubieganie się o udzielenie zamówienia przez podmioty mniej doświadczone w danym segmencie rynku. Odwołujący może skorzystać zarówno z możliwości wspólnego ubiegania się o zamówienie z innym podmiotem posiadającym wymagane doświadczenie (art. 23 ust. 1 Pzp), a ponadto – wykazując spełnianie warunków udziału w Postępowaniu – może polegać na zasobach podmiotów trzecich (art. 26 ust. 2b Pzp). W sytuacji, w której Odwołujący nie jest w stanie samodzielnie wykazać spełniania warunków postawionych przez Zamawiającego jest on zatem chroniony przez ustawodawcę stosownymi mechanizmami łagodzącymi skutki wysokich (aczkolwiek usprawiedliwionych) wymagań Zamawiającego.

Analiza polskiego rynku żywienia szpitalnego pokazuje, że działają na nim wykonawcy spełniający warunki udziału w Postępowaniu. Wykonawca DP oświadczył, że dokonał przeglądu kontraktów realizowanych przez konkurencyjnych przedsiębiorców w ramach usług polegających na produkcji i dystrybucji posiłków dla pacjentów, w tym również w zakresie diet specjalistycznych i prowadzeniu kuchni mlecznej, w szpitalach liczących 600 łóżek o wartości minimum 2.000.000,00 zł brutto rocznie. Okazało się, że ISS Facility Services sp. z o.o. wykonuje co najmniej dwie usługi spełniające ww. parametry na rzecz

16

Samodzielnego Publicznego Centralnego Szpitala Klinicznego w Warszawie przy ul. Banacha (liczba łóżek 1624) oraz na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Zespołowego im. J. Śniadeckiego SPZOZ w Białymstoku (liczba łóżek 742). Z kolei Vendi Servis sp. z o.o. świadczy podobne usługi na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Radomiu (liczba łóżek 834) i Wojewódzkiego Szpitala Bródnowskiego SPZOZ w Warszawie (liczba łóżek 678). Aspen Res sp. z o.o. świadczy podobne usługi na rzecz Wojewódzkiego Szpitala im. Św. Ojca Pio w Przemyślu (liczba łóżek 711) i Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie (liczba łóżek 900). Wreszcie, NIRO sp. z o.o. świadczy podobne usługi na rzecz Samodzielnego Publicznego Specjalistycznego Zakładu Opieki Zdrowotnej „ZDROJE” w Szczecinie (liczba łóżek 825) oraz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Rybniku (liczba łóżek 700).

Odnosząc się do zarzutu związanego z zasadami waloryzacji wynagrodzenia Wykonawca DP podkreślił, że w jego interesie leży jak najszybsze uregulowanie w umowie

przypadków pozwalających na podwyższenie wynagrodzenia w warunkach wystąpienia zmian powszechnie obowiązującego prawa dotyczących wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub zdrowotnym lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne oraz zmian stawki podatku od towarów i usług. Tym niemniej, zdaniem Wykonawcy DP, aktualne postanowienia projektu umowy zapewniają w odpowiednim stopniu implementację normy prawnej wyrażonej w art. 142 ust. 5 Pzp. Nie ulega bowiem wątpliwości, że Zamawiający dopuszcza waloryzację wynagrodzenia przysługującego wykonawcy w każdym przypadku, o którym mowa w ww. regulacji, jeżeli ma to wpływ na koszty wykonania zamówienia przez niego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym Wykonawcy DP, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba, wobec spełnienia przez Wykonawcę DP (dalej również: „Przystępujący”) przesłanek określonych przepisem art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła ww. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zgłoszonego z ostrożności procesowej wniosku o odrzucenie odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

17

I. Nieproporcjonalne względem przedmiotu zamówienia ustalenie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że sporny warunek udziału w Postępowaniu sformułowany został w Rozdziale I, pkt 4.3 SIWZ. Zgodnie z jego treścią Zamawiający wymagał, aby wykonawca legitymował się wykonaniem (wykonywaniem) dwóch głównych usług obejmujących: (1) realizację usługi produkcji i dystrybucji posiłków dla pacjentów w tym również w zakresie diet specjalistycznych (minimum 5 spośród 10 wymienionych w załączniku nr 10 opisu przedmiotu zamówienia) i prowadzenie kuchni mlecznej w jednostce liczącej 600 łóżek o wartości minimum 2 mln brutto rocznie, przy czym Zamawiający dopuścił możliwość świadczenia ww. usługi również częściowo w formie cateringu oraz (2) centralne zmywanie urządzeń i narzędzi służących do produkcji, przechowywania, transportu i dostarczania pacjentom posiłków.

Przedmiotem zamówienia, zgodnie z postanowieniami Rozdziału II, pkt I SIWZ, jest: (1) kompleksowe prowadzenie kuchni centralnej i mlecznej – zakup produktów i przygotowywanie posiłków na SPSK Nr 1 PUM miejscu w pomieszczeniach przy ul. Unii Lubelskiej 1 z podziałem na diety oraz przygotowanie posiłków profilaktycznych i mieszanek mlecznych (w tym zakup mieszanek gotowych) według zamówień zgłaszanych z poszczególnych jednostek szpitalnych z wykorzystaniem istniejących urządzeń i wyposażenia, (2) obsługa kuchенок oddziałowych, ekspedycja posiłków na oddziały, i punktualne rozdanie dostarczenie posiłków pacjentom hospitalizowanym przy ul. Unii Lubelskiej i ul. Broniewskiego w Szczecinie oraz przy ul. Siedleckiej w Policach oraz (3) odbiór z jednostek szpitalnych resztek pokonsumpcyjnych i usunięcie odpadów poprodukcyjnych z eksploatowanych pomieszczeń.

Zamawiający oszacował przeciętną dzienną liczbę posiłków na 630 (Rozdział II, pkt II, ppkt 1 SIWZ) oraz określili wymagane rodzaje diet (podstawowa i 10 specjalistycznych) wraz z ich procentowym udziałem we wszystkich posiłkach (diety, z wyłączeniem diety specjalistycznej indywidualnej, opisane zostały w załączniku nr 10 do SIWZ).

Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 14.163.600,00 zł (protokół Postępowania, pkt 2, ppkt 2). Obliczył ją na podstawie „Kalkulacji kosztów żywienia pacjentów w SPSK Nr 1 PUM w Szczecinie na lata 2015-2019” sporządzonej w dniu 6 lutego 2015 r., w której założył, że po przejściu dodatkowych oddziałów liczba łóżek osiągnie poziom 875.

Rozstrzygając o przedmiotowym zarzucie Izba wzięła pod uwagę, że zgodnie z przepisem art. 192 ust. 7 Pzp, nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte

w odwołaniu. Przypomnieć należy, że istotą zarzutu odwołania jest przytoczenie okoliczności faktycznych, które podważają prawidłowość określonego sposobu postępowania zamawiającego, a zarazem rzutują na sytuację wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z odwołania wynikało że okolicznością publicznego. treści *explicite*, kwestionowaną przez Odwołującego było zwielokrotnienie wymaganego treścią warunku doświadczenia, przez odesłanie do dwóch głównych usług o określonych parametrach, nie zaś charakterystyka tych usług. Wobec powyższego nie mogły zostać uwzględnione i odnieść skutku podnoszone przez Odwołującego na rozprawie twierdzenia o nieuprawnionym zawężeniu możliwości wykazania się doświadczeniem w realizacji usług wyłącznie do świadczeń wykonanych (wykonywanych) na rzecz szpitali. Podobnie należało ocenić argument dotyczący rzekomej identyczności opisanych w treści warunku parametrów usługi (liczba łóżek i diet specjalistycznych, roczna wartość brutto usługi) z usługą stanowiącą przedmiot zamówienia. Odwołujący nie kwestionował bowiem tej części opisu treści warunku (tak co do zasady, jak i co do określonych wartości, którymi posłużył się Zamawiający). Przeciwnie – twierdził, że „[...]ze względu na skalę, charakterystykę i złożoność przedmiotu niniejszego zamówienia wystarczającym dla wykazania rękojmi należytego wykonania zamówienia jest jednokrotne należyte wykonanie zamówienia o złożoności odpowiadającej przedmiotowemu postępowaniu.[...]” (odwołanie, str. 4). Cytowane stwierdzenie oddaje, w ocenie Izby, istotę zarzutu sformułowanego przez Odwołującego – nie kwestionował on charakterystyki usług, których wykazania w ramach spornego warunku oczekiwał od wykonawców Zamawiający, a oponował li tylko wobec określonej w treści SIWZ liczby takich usług.

W konsekwencji, zgodnie z wynikającą z przepisu art. 192 ust. 7 Pzp zasadą związania Izby sformułowanymi w odwołaniu zarzutami, nie mogły zostać rozpoznane zarzuty oparte na innych okolicznościach faktycznych, choćby referowały do jednego z wymienionych w odwołaniu przepisów Pzp. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że wspomniany powyżej zarzut identyczności był chybiony, skoro porównywane przez Odwołującego parametry usług stanowiących opis warunku i opis przedmiotu zamówienia różniły się w płaszczyźnie liczby łóżek (odpowiednio: 600 do 900), liczby diet specjalistycznych (odpowiednio: 5 do 10) i wartości (odpowiednio: kwota 2.000.000,00 zł brutto porównana do wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT – 15.296.688,00 zł).

W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił, ani nawet nie uprawdopodobnił, że oczekiwanie Zamawiającego w kwestii ilości usług niezbędnych do wykazania spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia było nadmierne, czy nieproporcjonalne. Nie można wprawdzie – wbrew zapatrywaniom Zamawiającego – *a limine* wykluczyć możliwości nabycia przez wykonawcę odpowiedniego, niezbędnego do wykonania danego

zamówienia publicznego doświadczenia w następstwie realizacji jednostkowego zamówienia (będzie to dotyczyło w szczególności zamówień o największej w danej branży skali, czy najwyższym stopniu skomplikowania). Tym niemniej, co do zasady, doświadczenie wykonawcy związane jest z powtarzalnością realizowanych przez niego usług (dostaw, robót budowlanych). W konsekwencji nie sposób odmawiać zamawiającym prawa do określania liczby zamówień, których wykonanie (wykonywanie) świadczyć będzie, w ich ocenie, o należyтым przygotowaniu wykonawców. Uprawnione jest bowiem zapatrywanie, że podmiot, który legitymuje się realizacją kilku świadczeń danego rodzaju na rzecz różnych zamawiających i w różnych okolicznościach faktycznych posiada większe doświadczenie niż ten, który incydentalnie zrealizował jedno zamówienie.

Twierdzenie, że brzmienie kwestionowanego warunku ogranicza dostęp do uzyskania zamówienia niektórym wykonawcom nie mogło się ostać. Istotą warunków, o których mowa w przepisie art. 22 ust. 1 Pzp jest umożliwienie zamawiającemu przeprowadzenia selekcji wśród podmiotów, które potencjalnie mogłyby zrealizować dane zamówienie, wobec czego niejednokrotnie stanowią one zaporę przed nieograniczonym dostępem do zamówienia. Stan taki, o ile faktycznie uzasadniony jest usprawiedliwionymi potrzebami zamawiającego, jest akceptowalny i musi być respektowany przez uczestników rynku zamówień publicznych. *Ad casum* Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił twierdzenia o niespotykanym na rynku usług żywieniowych charakterze zamówienia, który uzasadniać miałby odstąpienie od

wymagania od wykonawców wykazania się realizacją dwóch usług o określonych postanowieniami SIWZ parametrach. Uzasadnieniem dla takiego zapatrywania nie może być wyłącznie okoliczność, że przedmiotowe zamówienie ma skomplikowany charakter, co *nota bene* nie było sporne między stronami. Nie sposób pominąć także i tej okoliczności, że – jak wskazano – Zamawiający nie określił parametrów oczekiwanych usług w sposób tożsamy (identyczny) z przedmiotem zamówienia, a Odwołujący nie wykazał, że usługi opisane w treści warunku również nie mają typowego charakteru.

Reasumując, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 Pzp. Co zaś dotyczy obrazu art. 22 ust. 5 Pzp Izba stwierdziła, że zarzut ten postawiono Zamawiającemu „z ostrożności” i nie został on w żaden sposób uzasadniony.

II. Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy

Zarzut zasługiwał na częściowe uwzględnienie.

W powyższy zakresie Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest usługa, która świadczona ma być przez okres 48 miesięcy od daty początkowej obowiązywania umowy (Rozdział I, pkt 12 SIWZ).

20

W § 11 ust. 4 wzoru umowy Zamawiający określił warunki waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w następujący sposób:

„[...]”

Strony przewidują ponadto możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku, gdy:

- a) dojdzie do 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, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę. Obowiązek wykazania, iż zmiany te mają wpływ na koszt wykonania zamówienia spoczywa na Wykonawcy. Zmiana umowy może dotyczyć tylko wysokości wynagrodzenia na przyszłość.
- b) ze zmiany 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. Obowiązek wykazania, iż zmiany te mają wpływ na koszt wykonania zamówienia spoczywa na Wykonawcy. Zmiana umowy może dotyczyć tylko wysokości wynagrodzenia na przyszłość.
- c) zmiany stawki podatku od towarów lub usług jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

[...]”.

Ponadto, w § 11 ust. 1 wzoru umowy Zamawiający przewidział, że wszelkie zmiany i uzupełnienia umowy mogą być dokonywane wyłącznie po uzyskaniu pisemnej zgody Zamawiającego i muszą zostać potwierdzone aneksem do umowy pod rygorem nieważności.

W § 5 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy Zamawiający wskazał, że za wykonanie usług będących przedmiotem umowy wykonawca otrzyma wynagrodzenie wynikające ze stawki uśrednionej ceny za całonocne wyżywienie jednego pacjenta w wysokości x zł netto + obowiązująca stawka podatku od towarów i usług oraz że całkowita wartość umowy wynosi x zł netto + obowiązująca stawka VAT (argument z § 5 ust. 2 wzoru umowy).

Na wstępie zauważyć należy, że przepis art. 142 ust. 5 Pzp został wprowadzony w celu przeciwdziałania negatywnym następstwom wzrostu po stronie wykonawców kosztów realizacji zamówień udzielonych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, wynikających ze zmian przepisów prawa w obszarach wyszczególnionych w pkt 1-3. Zdecydowano bowiem, że w ściśle określonych przypadkach wykonawcy będzie przysługiwało wynagrodzenie wyższe niż umówione, aby w ten sposób niwelować ryzyko spadku opłacalności (czy też zaistnienia stanu nieopłacalności) realizacji zamówień publicznych. W konsekwencji twierdzenia

21

Zamawiającego o dopuszczalności rozłożenia na strony umowy mogących pojawić się w toku jej wykonywania dodatkowych kosztów związanych z zaistnieniem jednej z objętych dyspozycją komentowanego przepisu sytuacji świadczyć mogły o niezrozumieniu jego

ratio legis. Ergo stroną, która z woli ustawodawcy ponosić będzie finansowe konsekwencje zmian legislacyjnych będzie wyłącznie Zamawiający. Użyte w komentowanym przepisie określenie „odpowiednie zmiany wysokości wynagrodzenia” należy bowiem tłumaczyć, jako „adekwatne”, czy „wprost proporcjonalne” do zmian wprowadzonych w określonych przepisach prawa.

Następnie zauważyć trzeba, że na mocy komentowanego przepisu zamawiający został zobligowany do określenia w umowie zasad wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy. Jednocześnie przyznano mu wyłączne uprawnienie określania treści i poziomu szczegółowości wspomnianych zasad. Ze względu na konieczność zapewnienia stabilności stosunków gospodarczych przyjąć należy, że owe zasady powinny precyzować kwestię waloryzacji wynagrodzenia na tyle, żeby w toku realizacji umowy strony nie toczyły sporów w tym zakresie, bądź dopiero wówczas rzeczywiście ustalały stosowne zasady.

Co istotne, art. 142 ust. 5 *in fine* Pzp zawiera zastrzeżenie, że przewidziane w umowie zasady znajdą zastosowanie wyłącznie w przypadku, gdy wypunktowane w nim zdarzenia będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Zdaniem Izby, opierając się na tym fragmencie przepisu, należy twierdzić o istnieniu spoczywającego na wykonawcy obowiązku wykazania zmiany kosztów wykonania zamówienia. Skoro bowiem regulacja ta uprzywilejowuje wykonawcę, to na nim spoczywa ciężar wykazania dopuszczalności skorzystania z jej dobrodziejstwa.

Brak jest przy tym podstaw do wyciągania wniosków, że zaistnienie jednego ze zdarzeń, o którym mowa w art. 142 ust. 5 pkt 1-3 Pzp stanowić będzie podstawę do podjęcia przez strony negocjacji w kwestii waloryzacji wynagrodzenia umownego. Zamawiający dokonał nieuprawnionego wnioskowania przez analogię zakładając, że skoro ustawodawca w art. 4 ustawy nowelizującej Pzp (ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, Dz.U.2014.1232) przewidział taką procedurę w odniesieniu do umów na okres powyżej 12 miesięcy, zawartych przed dniem wejścia w życie zmian (tj. przed dniem 19 października 2014 r.), to można ją również stosować do umów zawartych po tej dacie. W tym zakresie trafnie argumentował Odwołujący, że umowę w sprawie zamówienia publicznego zawieraną po dniu 19 października 2014 r. powinien cechować pewien automatyzm rozumiany w ten sposób, że o ile zaistnieje jedna z okoliczności z art. 142 ust. 5 pkt 1-3 Pzp, to uruchomiona zostanie przewidziana w kontrakcie procedura waloryzacji wynagrodzenia, która przebiegać będzie według określonych w niej zasad.

22

Zakładanie, że w takich okolicznościach strony miałyby najpierw prowadzić bliżej niesprecyzowane negocjacje mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której nie dojdą one do porozumienia (bądź osiągną je po upływie znacznego okresu czasu), co skutkować będzie po stronie wykonawcy spadkiem opłacalności wykonania zamówienia i zniweczy w ten sposób omówiony wcześniej cel wprowadzenia zmian w przepisach Pzp. W opisanym mechanizmie nie należy natomiast upatrywać uprawnienia do żądania przez wykonawcę automatycznego podwyższenia należnego wynagrodzenia, ponieważ – jak wspomniano – będzie to zależało od wykazania przez niego wpływu zmian ustawodawstwa na koszt wykonania zamówienia.

Przechodząc do analizy § 11 ust. 4 wzoru umowy Izba, mając na względzie poczynione dotychczas uwagi, uznała, że w zakresie okoliczności wymienionych w art. 142 ust. 5 pkt 2 i 3 Pzp Zamawiający uchybił obowiązkowi określenia zasad wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy. Ograniczył się do przepisania treści ww. przepisu, ze wskazaniem, że ciężar wykazania wpływu zmian na koszt wykonania zamówienia spoczywa na wykonawcy, co – jak uprzednio stwierdzono – wynika z prawidłowej interpretacji przepisu oraz że zmiana umowy może dotyczyć tylko wynagrodzenia na przyszłość, co z kolei wynika z samej idei waloryzacji. Jakkolwiek można twierdzić, że powyższe stanowi sformułowanie jakichś zasad wprowadzania odpowiednich zmian wynagrodzenia, tym niemniej, zdaniem Izby, intencją ustawodawcy było zobligowanie zamawiających do takiego uregulowania w umowach kwestii waloryzacji, aby w razie wystąpienia okoliczności uzasadniających uruchomienie mechanizmu waloryzacji strony nie toczyły sporów co do przebiegu tej procedury. Celu tego nie da się osiągnąć odwołując się li tylko do treści samego przepisu, ponieważ – jak wspomniano – przewiduje on swobodę w uregulowaniu kwestii mechanizmu zmiany wynagrodzenia wykonawcy. Także „zasady” odnoszące się do innych przepisów Pzp, jak chociażby stwierdzenie, że zmiany umowy wymagają formy pisemnej

ad solemnitatem, nie będą realizowały obowiązku wynikającego z art. 142 ust. 5 Pzp, ponieważ odwołują się do przepisów prawa powszechnie odwołującego i nie wymagają dalszego powielania (art. 77 § 1 K.c. w zw. z art. 139 ust. 2 Pzp).

W konsekwencji, w odniesieniu do przypadków określonych w art. 142 ust. 5 pkt 2 i 3 Pzp, Izba uznała, że Zamawiający winien wprowadzić do wzoru umowy postanowienia określające zasady dokonywania odpowiednich zmian wynagrodzenia wykonawcy, odnoszące się chociażby do terminu i sposobu ich wprowadzenia, a także obowiązków dowodowych wykonawcy, tj. od kiedy wykonawcy należne będzie wynagrodzenie w zmienionej wysokości (w tym zakresie Izba nie uwzględniła wyrażonego na rozprawie stanowiska Zamawiającego, że zmiana będzie obowiązywać od dnia podpisania aneksu, bowiem we wzorze umowy nie zawarto postanowienia o terminie na dokonanie tej czynności), czy konieczne będzie zawieranie w tym przedmiocie aneksu, czy wystarczająca będzie

23

akceptacja dowodów potwierdzających wzrost kosztów realizacji zamówienia przedstawionych przez wykonawcę oraz jakie dokumenty Zamawiający uzna za spełniające wymóg wynikający z przepisu art. 142 ust. 5 *in fine* Pzp.

Izba wskazuje, że nie uwzględniła w powyższym zakresie żądań Odwołującego, nie tylko z uwagi na brak związania tym elementem odwołania, ale ze względu na to, że były one zbyt daleko idące i nieuzasadnione. W szczególności nie było zasadne przyjęcie, że zmiany, o których mowa w art. 142 ust. 5 Pzp miałyby obowiązywać od dnia wejścia w życie zmian podatku od towarów i usług, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, zasad podlegania ubezpieczeniom, czy wysokości składek ponoszonych z tego tytułu. Postanowienie takie pomijałoby przesłankę wpływu na koszty realizacji zamówienia, uniezależniając od niej obowiązek Zamawiającego odpowiedniej zmiany wynagrodzenia za realizację zamówienia, z czym zgodzić się nie sposób. Ponadto nie jest, w ocenie Izby, wystarczające li tylko złożenie przez wykonawcę oświadczenia o wysokości dodatkowych kosztów wynikających ze zmian objętych dyspozycją przepisu art. 142 ust. 5 Pzp, ponieważ stawiałoby wykonawcę w uprzywilejowanej względem Zamawiającego sytuacji, faktycznie uniemożliwiając mu weryfikację prawdziwości twierdzeń wykonawcy. Wymaga również że żądania Odwołującego pozostawały ze sobą zauważenia, w sprzeczności, bowiem w odniesieniu do okoliczności wskazanych w art. 142 ust. 5 pkt 2 i 3 Pzp – z jednej strony – domagał się wprowadzenia do wzoru umowy postanowień uzależniających waloryzację wynagrodzenia od wykazania przez wykonawcę zwiększonych kosztów realizacji zamówienia (odwołanie, str. 10-11), a z drugiej – sformułował postulat, zgodnie z którym konieczne będzie wyłącznie złożenie oświadczenia o wysokości dodatkowych kosztów (odwołanie, str. 13). Z kolei w zakresie zmian stawki VAT wywodził, że są to zmiany nieistotne, których nie trzeba przewidywać w umowie w sprawie zamówienia publicznego (wywody zawarte na str. 8-9 odwołania), a zarazem oczekiwał uregulowania tej kwestii w precyzyjnie wskazany przez siebie sposób (odwołanie, str. 12-13).

Jednocześnie Izba odstąpiła od ujęcia w sentencji wyroku konkretnych postanowień wzoru umowy, które Zamawiający zobligowany byłby wprowadzić do niego w wykonaniu obowiązku realizacji przedmiotowego orzeczenia. Trzeba mieć bowiem na względzie, że jakkolwiek Izba uprawniona jest do kontroli wzorców umownych, to jednak musi być ona realizowana ze szczególną ostrożnością i uwzględnieniem okoliczności, że jej efektem – w przypadku uwzględnienia odwołania, którego zarzuty dotyczą tej części SIWZ – będzie ingerencja w treść przyszłego stosunku obligacyjnego pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą. Ponadto zauważyć należy, że w braku nadających się do uwzględnienia propozycji postanowień wzoru umowy Izba uznała, że nie jest jej rolą w przedmiotowej sprawie niejako wyręczenie Zamawiającego w obowiązku ustalenia zgodnej z przepisami Pzp treści

24

SIWZ, zwłaszcza w sytuacji, w której – jak wskazano – ustawodawca nie określił poziomu szczegółowości zasad, o których mowa w przepisie art. 142 ust. 5 Pzp, a ewentualne narzucanie Zamawiającemu konkretnych treści mogłoby nie uwzględniać jego intencji. Przyjęte rozwiązanie zapewni, w ocenie Izby, możliwość następczego skontrolowania legalności wprowadzonych do wzoru umowy postanowień, w przypadku ich ewentualnego kwestionowania przez wykonawcę zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego

zamówienia.

Reasumując, Zamawiający naruszył przepis art. 142 ust. 5 Pzp uchylając obowiązki zawarcia we wzorze umowy postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadkach, o których mowa w pkt 2 i 3 powołanego przepisu.

Odmienne zapatrywanie należało wyrazić na gruncie przewidzianych przez Zamawiającego we wzorze umowy zasad dotyczących zmian wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług (art. 142 ust. 5 pkt 1 Pzp). W tym zakresie Zamawiający trafnie wskazywał, że omawianą kwestię należy oceniać nie tylko przez pryzmat § 11 ust. 4, ale także § 5 wzoru umowy. Postanowienia ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 § 5 wzoru umowy wskazują na okoliczność, że Zamawiający uniezależnił zmianę wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany stawki VAT od dokonywania dodatkowych czynności przez którąkolwiek ze stron umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z ww. postanowień umowy wynika bowiem, że w razie zmiany obowiązującej stawki podatku wynagrodzenie umowne netto nie ulegnie zmianie, a jedynie zostanie do niego doliczony podatek w zmienionej wysokości. Mechanizm taki, zdaniem Izby, czyni zadość idei przyświecającej wprowadzeniu do Pzp przepisu art. 142 ust. 5 pkt 1 Pzp, ponieważ chroni wykonawcę przed negatywnymi konsekwencjami zmiany stawki podatku dotyczącej przedmiotu umowy.

Trzeba mieć również na uwadze, że odwołanie nie może służyć potwierdzeniu określonej interpretacji postanowień SIWZ, jak tego oczekiwał Odwołujący stwierdzając, że „[...]Wnosimy zatem o potwierdzenie, iż na fakturach wystawianych przez wykonawcę w niniejszym postępowaniu, każdorazowo będzie uwzględniana będzie obowiązująca w momencie wystawienia faktury stawka podatku VAT.[...]” (odwołanie, str. 8). Ewentualne wątpliwości wykonawców na tym tle powinny być co do zasady rozstrzygane w drodze stosowania instytucji wniosków o wyjaśnienia treści SIWZ, uregulowanej w przepisie art. 38 Pzp, nie zaś przez korzystanie ze środków ochrony prawnej.

Wobec tego nie jest konieczne dokonywanie w omówionym zakresie jakichkolwiek zmian w projekcie umowy, a związany z nim zarzut naruszenia art. 142 ust. 5 Pzp uznać należało za nieuzasadniony.

25

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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.2010.41.238).

Przewodniczący:

26