

WYROK

Warszawa, dnia 19 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2024 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia

IMPEL S.A. we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Tauron Dystrybucja S.A. w Krakowie, TAURON Wytwarzanie S.A. w Jaworznie, TAURON Ciepło Sp. z o.o. w Katowicach, TAURON Sprzedaż Sp. z o.o. w Krakowie, TAURON Obsługa Klienta Sp. z o.o. we Wrocławiu, TAURON Ekoenergia Sp. z o.o. w Jeleniej Górze, Kopalnia Wapienia Czatkowice Sp. z o.o. w Krzeszowicach, TAURON Serwis Sp. z o.o. w Jaworznie, TAURON Inwestycje Sp. z o.o. w Będzinie, TAURON Nowe Technologie S.A. we Wrocławiu, w imieniu których działa pełnomocnik TAURON Polska Energia S.A. w Katowicach

orzeka:

Oddala odwołanie;

Kosztami postępowania odwoławczego w całości obciąża odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego koszty: 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania oraz poniesione przez odwołującego i zamawiającego koszty po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika oraz poniesione przez odwołującego koszty dojazdu w kwocie 890 zł 10 gr (słownie: trzydzieści cztery złote zero groszy);

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Tauron Dystrybucja S.A. w Krakowie, TAURON Wytwarzanie S.A. w Jaworznie, TAURON Ciepło Sp. z o.o. w Katowicach, TAURON Sprzedaż Sp. z o.o. w Krakowie, TAURON Obsługa Klienta Sp. z o.o. we Wrocławiu, TAURON Ekoenergia Sp. z o.o. w Jeleniej Górze, Kopalnia Wapienia Czatkowice Sp. z o.o. w Krzeszowicach, TAURON Serwis Sp. z o.o. w Jaworznie, TAURON Inwestycje Sp. z o.o. w Będzinie, TAURON Nowe Technologie S.A. we Wrocławiu, w imieniu których działa pełnomocnik TAURON Polska Energia S.A. w Katowicach (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U.2023.1605 z późn. zm.) (dalej Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usług sprzątania w Grupie TAURON”, nr postępowania: PZP/TPE/09726/2023; ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dz. U. S. Wyd. 38/2024 pod nr. 112018-2024 (dalej również: Postępowanie). Zasady, warunki i przedmiot zamówienia opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej również: SWZ), której załącznik nr 6 stanowi wzór umowy (dalej: Umowa).

W dniu 4 marca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy IMPEL S.A. we Wrocławiu (dalej Odwołujący) ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Postępowania.

Odwołujący wniósł odwołanie od zapisów Umowy zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 433 pkt. 4 Pzp poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego do projektu umowy (§ 8 pkt 10 Umowy) w sprawie zamówienia publicznego postanowień abuzywnych, dotyczących możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron;

2)art. 436 pkt. 4 b) Pzp poprzez wadliwe określenie przez Zamawiającego zasad waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze zmianą wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne oraz zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (§ 9 ust. 9, 15, 16, 18 Umowy),

3)art. 439 ust. 1 i 2 Pzp poprzez wadliwe opisanie przez Zamawiającego w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego (por. postanowienie § 9 ust. 10, 15, 16 Umowy) zasad waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez Odwołującego postanowień SWZ w zakresie i brzmieniu zaproponowanym przez Odwołującego w odwołaniu.

Zamawiający wnosil o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Strony powoływały się na dokumenty postępowania SWZ – załącznik nr 6 wzór umowy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała również, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba oddaliła odwołanie wobec nie wykazania przez Odwołującego, sprzeczności kwestionowanych postanowień SWZ z Ustawą.

Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony i oparła się na dokumentacji Postępowania (Umowie). Izba uwzględniła stanowiska i oświadczenia stron zaprezentowane w pismach procesowych i na rozprawie.

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie stan faktyczny Postępowania nie był nie sporny. Spór dotyczył oceny wybranych postanowień Umowy w świetle Ustawy.

Izba w oparciu o zebrany w sprawie materiał dowodowy stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał istnienia sprzeczności postanowień Umowy z Ustawą.

Izba ustaliła, że zgodnie z SWZ i Umową:

- 1.zakres usług realizowanych w ramach Umowy został określony w Załączniku nr 3 do Umowy, natomiast lokalizacje Zamawiającego, w których realizowany będzie przedmiot umowy, zostały wskazane w Załączniku nr 2 do Umowy a cennik usług określany jest w formularzu cenowym będącym załącznikiem do SWZ a następnie oferty, stanowiącym podstawę do uzupełnienia załącznika nr 1 do oferty (formularz cenowy wypełniany jest przez wykonawcę w zakresie zryczałtowanych cen jednostkowych netto i brutto oraz wartości całkowitej, podczas gdy jednostki miary (roboczogodzina, m2, m3 oraz ilości przewidziane dla okresu obowiązywania Umowy określone zostały przez Zamawiającego)
- 2.rzeczywiste wynagrodzenie wykonawcy ustalane jest za każdy miesiąc realizacji przedmiotu umowy stosownie do zakresu faktycznie świadczonych w danym miesiącu usług i odpowiada iloczynowi miary danych usług wykonanych i stawki określonej cennikiem będącym załącznikiem do Umowy i oferty wykonawcy;
- 3.zakres usług objętych przedmiotem umowy obejmuje usługi podstawowe dotyczące utrzymania czystości wewnątrz budynku (pomieszczeń Zamawiającego, wymienionych w pozycjach 1-11 Załącznika nr 1 do Umowy, realizowane z częstotliwością wskazaną w Załączniku nr 3 do Umowy konkretnie lub zależną od aktualnych potrzeb i nie rzadszą niż określona w Załączniku nr 3 do Umowy) oraz dodatkowe usługi oznaczone przez Zamawiającego w cenniku jako pozycje 12-28 realizowane w zależności od zapotrzebowania Zamawiającego i dające wykonawcom możliwość uzyskania dodatkowych przychodów w ramach świadczenia tychże (co Izba ustaliła dając wiarę niekwestionowanym wyjaśnieniom Zamawiającego oraz w oparciu o Umowę);
- 4.usługi podstawowe stanowią, wg szacunku Zamawiającego około 66-67 % wartości całości zamówienia (co Izba ustaliła dając wiarę niekwestionowanym wyjaśnieniom Zamawiającego i w świetle zapisów Umowy);
- 5.na usługi podstawowe zgodnie z wyjaśnieniem Zamawiającego i treścią Umowy składają się: 1. Świadczenie usług w zakresie utrzymania czystości - pomieszczenia biurowe Premium, 2. Świadczenie usług w zakresie utrzymania

czystości - pomieszczenia biurowe Standard, 3. Świadczenie usług w zakresie utrzymania czystości - pomieszczenia biurowe Podstawowy, 4. Świadczenie usług w zakresie utrzymania czystości - pomieszczenia komunikacyjne ogólnodostępne (korytarze, klatki schodowe, windy) w obiektach biurowych, 5. Świadczenie usług w zakresie utrzymania czystości - sale konferencyjne w obiektach biurowych, 6. Świadczenie usług w zakresie utrzymania czystości - pomieszczenia sanitarne w obiektach biurowych, 7. Świadczenie usług w zakresie utrzymania czystości - pomieszczenia socjalne, aneksy kuchenne, kuchnie, 8. Świadczenie usług w zakresie utrzymania czystości - pomieszczenia przemysłowe, 9. Świadczenie usług w zakresie utrzymania czystości - pomieszczenia biur dyspozytorów, wagowni etc. w obiektach przemysłowych, 10. Świadczenie usług w zakresie utrzymania czystości - pomieszczenia socjalne (szatnie, przebieralnie, suszarnie odzieży, łazienki itp.) w obiektach przemysłowych, 11. Świadczenie usług w zakresie utrzymania czystości - pomieszczenia magazynowe, archiwa, hale garażowe, myjnia samochodowa itp.

6. Na usługi dodatkowe zgodnie z wyjaśnieniem Zamawiającego i treścią Umowy składają się: 12. Świadczenie usług w zakresie utrzymania czystości terenu zewnętrznego - trawniki małopowierzchniowe, klomby, kwietniki, żywopłoty - w okresie letnim, 13. Świadczenie usług w zakresie utrzymania czystości terenu zewnętrznego - trawniki małopowierzchniowe, klomby, kwietniki, żywopłoty - w okresie zimowym, 14. Świadczenie usług w zakresie utrzymania czystości terenu zewnętrznego - place manewrowe, parkingi, chodniki oraz pozostałe tereny utwardzone - w okresie letnim, 15. Świadczenie usług w zakresie utrzymania czystości terenu zewnętrznego - place manewrowe, parkingi, chodniki oraz pozostałe tereny utwardzone - w okresie zimowym, 16. Zimowe utrzymanie terenów zewnętrznych w formule "Na wezwanie", 17. Pranie wykładzin tekstylnych, 18. Polimerowanie posadzek z wstępnym doczyszczaniem i polerowaniem, 19. Świadczenie usług w zakresie mycia okien wraz z ramami wewnątrz oraz zewnątrz w przypadku gdy okna się otwierają i są dostępne (cena mycia jednostronnego), 20. Świadczenie usług w zakresie mycia elewacji szklanej (cena mycia jednostronnego), 21. Świadczenie usług w zakresie odśnieżania dachu, 22. Świadczenie usług w zakresie usuwania oblodzenia (sople), 23. Świadczenie usług w zakresie wywozu śniegu;

7. Zamawiający zastrzegł sobie możliwość zmiany zakresu świadczonych usług objętych przedmiotem umowy, z zastrzeżeniem postanowień § 8 pkt 10) Umowy; przy czym o zmianach Zamawiający powiadamiać ma wykonawcę niezwłocznie, nie później jednak, niż na 30 dni przed zmianą i zmiana nie stanowi zmiany Umowy i nie wymaga zawarcia aneksu. Zamawiający ograniczył możliwość zmniejszenia usługi w zakresie usług podstawowych do co najmniej 70% powierzchni obiektów oraz wskazał przesłanki zmniejszania powierzchni;

8. Na ostateczny zakres świadczonych w ramach Umowy usług utrzymania porządku - zarówno z koszyka podstawowego (tj. poz. 1-11 Cennika), jak i dodatkowego (poz. 12-28 Cennika) wpływ mogą mieć takie czynniki określone zakwestionowanym § 8 pkt. 10) Umowy (co Izba ustaliła dając wiarę niekwestionowanym wyjaśnieniom Zamawiającego oraz w oparciu o Umowę);

9. Zgodnie z zakwestionowanym odwołaniem postanowieniem Umowy §8. ZOBOWIĄZANIA ZAMAWIAJĄCEGO Zamawiający zobowiązuje się do: (...) 10) zlecenia Wykonawcy usług utrzymania czystości w obiektach o powierzchni wynoszącej co najmniej 70% powierzchni przekazanej z chwilą zawarcia Umowy, wynikającej z Załącznika nr 2 do Umowy, w zakresie pozycji 1-11 określonych w Załączniku nr 1 do Umowy (Cennik), wyliczanej po zakończeniu realizacji Umowy. Na zmniejszenie powierzchni, z zachowaniem limitu, o którym mowa w zdaniu poprzednim, mogą wpłynąć niemożliwe do przewidzenia lub oszacowania na dzień zawarcia Umowy zmiany własnościowe lub organizacyjne po stronie Zamawiającego, a nadto:

- a) sprzedaż, łączenie czy podział Spółek, na rzecz których realizowane są przedmiotowe usługi,
- b) sprzedaż lub wyłączenie z eksploatacji poszczególnych obiektów lub ich części, w których świadczone będą usługi utrzymania czystości,
- c) awarie poszczególnych obiektów lub ich części uniemożliwiające świadczenie usług sprzątnięcia w sposób zapewniający pracownikom Wykonawcy bezpieczne i higieniczne warunki pracy zgodnie z przepisami BHP i z zakresu ochrony przeciwpożarowej.

10. Podstawą określenia wartości gwarantowanych w Umowie była przeprowadzona przez Zamawiającego analiza potrzeb i przedmiotu zamówienia oraz stopnia realizacji dotychczasowych kontraktów (co Izba ustaliła biorąc pod uwagę niekwestionowane wyjaśnienia Zamawiającego także w świetle przedłożonych dowodów w postaci comiesięcznych raportów w zakresie usług zrealizowanych przez Impel Facility Services sp. z o.o. od czerwca 2022 r. do grudnia 2023 r., potwierdzających stopień realizacji zbieżny z założeniami umowy).

Izba stwierdziła w odniesieniu do zarzutu pierwszego, że Odwołujący nie kwestionował sposobu opisu zakresu usług objętych przedmiotem zamówienia, w tym także w odniesieniu do sposobu ujęcia ich w formularzach cenowych stanowiących załączniki do SWZ i cennikach będących załącznikami do Umowy. Odwołanie sprowadzało się do:

- przywołania zakwestionowanego brzmienia § 8 pkt 10) Umowy,

- wskazania, że pozycje 1-11 Załącznika nr 1 do Umowy dotyczą powierzchni wewnętrznych, podczas co daje gwarancję realizacji przedmiotu zamówienia tylko w odniesieniu do powierzchni wewnętrznych, z pozostawieniem całkowitej dowolności modyfikacji usług w pozostałym zakresie, co wobec osobnej wyceny każdego rodzaju powierzchni, tj.: utwardzone lato i zima, zielone lato i zima, w sytuacji ograniczenia lub zawieszenia wykonania świadczenia na daną powierzchnię spowoduje realizację usługi z rażącą stratą.

Odwołanie opiera się na założeniu, że norma art 433 pkt. 4 Ustawy wyłącza dopuszczalność możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności w zakresie w tym przypadku wszystkich metraży podlegających pracy stałej rodząc obowiązek zagwarantowania przez Zamawiającego realizacji usług z określoną częstotliwością i metrażem powierzchni zewnętrznych i terenów zielonych, ze względu na konieczność wliczenia w cenę ofertową w tych pozycjach zarówno kosztów wynagrodzenia personelu, jak i przygotowania i zagwarantowania sprzętu, itp., wobec zatrudniania przez Odwołującego personelu dedykowanego do wykonania usługi i z odpowiednim wyprzedzeniem zdobycia niezbędnego sprzętu i wyposażenia, co generuje określone koszty, zatem w sytuacji niezamówienia usługi - poniesie z tego tytułu stratę.

Odwołujący przywołał okoliczność dokonania przez Zamawiającego w poprzednim postępowaniu ograniczenia o 80% przedmiotu zamówienia w zakresie terenów zewnętrznych, co naraziło wykonawców na poważne problemy finansowe.

Stąd Odwołujący żądał wprowadzenia zmiany postanowienia Umowy poprzez wskazanie przez Zamawiającego realnej, minimalnej wartości zamówienia na poziomie najmniej 85% powierzchni przekazanej z chwilą zawarcia Umowy, wynikającej z Załącznika nr 2 do Umowy, za wyjątkiem pozycji: 1) Zimowe utrzymanie terenów zewnętrznych w formule "Na wezwanie", 2) Świadczenie usług w zakresie odśnieżania dachu, 3) Świadczenie usług w zakresie usuwania oblodzenia (sople), 4) Świadczenie usług w zakresie wywozu śniegu, określonych w Załączniku nr 1 do Umowy (Cennik), wyliczanej po zakończeniu realizacji Umowy.

Izba stwierdza, że zgodnie z art. 433 pkt. 4) Ustawy projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

W ocenie Izby Umowa nie narusza powyższego przepisu. Umowa przewiduje możliwość ograniczenia zakresu zamówienia ze wskazaniem minimalnej wielkości świadczenia stron. Takie ukształtowanie wzajemnych praw i obowiązków stron uzasadnione jest charakterem przedmiotu zamówienia, na którego kształtowanie w wymiarze czasu ma wpływ aktualne zapotrzebowanie Zamawiającego zależne od wielu czynników zewnętrznych, w tym także niezależnych od stron umowy. W ocenie Izby nie stanowi naruszenia Ustawy wprowadzenie minimalnej gwarantowanej wielkości wykonania poprzez odniesienie jej do części przedmiotu zamówienia. Zamawiający przewidując postanowienie pozwalające na ograniczenie przedmiotu objętego usługą jest zobowiązany ustalić gwarantowaną wielkość, co uczynił. Taki sposób ukształtowania Umowy nie narusza zakazu ustawowego i nie wyklucza możliwości skalkulowania ceny oferty i ryzyk. Ponad to przesłanki uzasadniające zmniejszenie wielkości świadczenia podstawowego (z wyłączeniem wielkości gwarantowanej usługi podstawowej) i dodatkowego nie mają charakteru uznaniowego wobec dookreślenia ich w paragrafie 8 ust. 10) Umowy i uzależnienia zmiany zakresu usług od niemożliwych do przewidzenia lub oszacowania na dzień zawarcia Umowy zmian własnościowych lub organizacyjnych po stronie Zamawiającego, a nadto:

a) sprzedaży lub restrukturyzacji spółek Zamawiającego,

b) sprzedaż lub wyłączenie z eksploatacji poszczególnych obiektów lub ich części, w których świadczone będą usługi utrzymania czystości,

c) awarii poszczególnych obiektów lub ich części uniemożliwiających świadczenie usług sprzątania w sposób zapewniający pracownikom Wykonawcy bezpieczne i higieniczne warunki pracy zgodnie z przepisami BHP i z zakresu ochrony przeciwpożarowej.

Ponad to Odwołujący nie wykazał, że przyjęte rozwiązanie w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją kształtuje prawa i obowiązki stron umowy, ani że przerzuca wszystkie ryzyka realizacji zamówienia na wykonawcę. Zamawiający wskazał, że przyjęte rozwiązanie uzasadnione jest i poprzedzone było analizą przedmiotu zamówienia i potrzeb Zamawiającego w tym specyfiką, rodzajem, wartością i sprawną realizacją zamówienia, czemu Izba dała wiarę. .

Odwołujący nie przedłożył dowodów dla wykazania twierdzeń.

Dalej Izba ustaliła, że zgodnie z SWZ i Umową:

11. Wykonawca zobowiązany jest kierować do realizacji przedmiotu zamówienia osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę w wymiarze nie mniejszym niż ilość czasu przeznaczanego na faktyczne wykonywanie usługi [każda roboczogodzina świadczenia usługi musi być świadczona w ramach stosunku pracy w rozumieniu art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy] w odniesieniu do realizacji usługi podstawowej - ciągłego utrzymania czystości wewnątrz budynków oraz osoby niepełnosprawne (§ 7 ust. 11 i 12)
12. Cena, w tym także ceny jednostkowe określone ofertą wykonawcy obejmują między innymi koszty osobowe, narzędzi, materiałów i inne niezbędne do wykonania usługi, przy czym jednym z głównych czynników kosztotwórczych oferty są koszty osobowe (co Izba ustaliła uwzględniając stanowiska stron oraz SWZ także wyciąg ze Sprawozdania finansowego Impel Facility Services sp. z o.o. za rok 2022 przywołany przez Zamawiającego)
13. Zgodnie z postanowieniem Umowy §9 WYNAGRODZENIE WYKONAWCY, którego część postanowić zakwestionował Odwołujący:

9. Zamawiający przewiduje, zgodnie z art. 436 pkt 4) lit. b) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, waloryzację wynagrodzenia w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Waloryzacja wynagrodzenia z przyczyny wskazanej powyżej będzie dokonywana przy zastosowaniu wskaźnika waloryzacji (dalej: „Wskaźnik waloryzacji”), obliczonego według następującego wzoru oraz w oparciu o zasady wskazane w ustępach 11-16 i 18 poniżej:

$W(X) = (\text{obecne stawki z cennika} * \text{wskaźnik \% wzrostu płacy minimalnej}) * 0,8$

W(X) - wskaźnik waloryzacji za rok X, gdzie X jest rokiem obowiązywania zwaloryzowanych stawek

- o ile zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

W celu wykazania wpływu ww. zmian na koszty wykonania przedmiotu zamówienia, Wykonawca zobowiązany będzie do pisemnego przedstawienia kalkulacji udziału kosztów pracowniczych niezbędnych do wykonania przedmiotu Umowy w kosztach realizacji usługi.

10. Zamawiający przewiduje, zgodnie z art. 439 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych,

waloryzację wynagrodzenia poczynawszy od początku kolejnego roku kalendarzowego następującego po zawarciu Umowy, z zastrzeżeniem ust. 15 poniżej, przy zastosowaniu wskaźnika waloryzacji (dalej: „Wskaźnik waloryzacji”), obliczonego według następującego wzoru oraz w oparciu o zasady wskazane w ustępach 11-17 poniżej:

$W(X) = (\text{obecne stawki z cennika} * W_{An}) * 0,15$
gdzie:

$W(X)$ - wysokość waloryzacji pozycji z cennika,

W_{An} - Wskaźnik waloryzacji za wskazany okres liczony według wzoru:

$W_{An} = [(M)100 * W_{1100} * 142100 * W_n100 - 1] * 100\%$

gdzie:

W_0 - miesiąc bazowy w odniesieniu do którego liczona jest zmiana = 100,00

$W_1, \dots, W_n$ - Wskaźniki cen i usług konsumpcyjnych (OGÓŁEM) w kolejnych miesiącach odczytane z tabeli Szybkiego szacunku cen towarów i usług Głównego Urzędu Statystycznego za dany miesiąc (kolumna wskazująca zmianę w odniesieniu do miesiąca poprzedniego)

W_{An} - wskaźnik aktualny wzrostu cen w miesiącu „n” w odniesieniu do miesiąca bazowego

11. Zastosowanie mechanizmów waloryzacji opisanych w ust. 9 i 10 (zmiana wynagrodzenia) dokonywane jest w drodze pisemnego oświadczenia Wykonawcy, do którego winien załączyć obliczenia i wynikające z nich proponowane stawki wynagrodzenia. Zamawiający ma prawo odrzucić (z uzasadnieniem) oświadczenie Wykonawcy w przypadku, gdy wskazane wyliczenia będą niezgodne z zapisami niniejszej Umowy.(...)

15. Do końca roku kalendarzowego, w którym Umowa została zawarta wynagrodzenie nie podlega waloryzacji, o której mowa w ust. 9 i 10.

16. Waloryzacja wynagrodzenia, o której mowa w ust. 9 i 10 może zostać przeprowadzona w odstępach czasu nie krótszych, niż po upływie kolejnych 12 miesięcy - z zastrzeżeniem ust. 18.

17. Zamawiający zastrzega, że maksymalna wysokość zmiany wynagrodzenia z tytułu realizacji Umowy na skutek waloryzacji, o której mowa w ust. 10, nie może przekroczyć kwoty stanowiącej równowartość pięciokrotności średnich miesięcznych wynagrodzeń netto z poprzednich 12 miesięcy obowiązywania Umowy.

18. Jeżeli zmiana wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, o której mowa w ust. 9 powyżej, nastąpi częściej niż jeden raz w roku na podstawie obowiązujących przepisów prawa w tym zakresie, wówczas Zamawiający dokona takiej waloryzacji w oparciu o zasady opisane w ust. 9, jednakże nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy obowiązywania umowy.

14. Zamawiający przewidział w § 16. WYPOWIEDZENIE I ZMIANY UMOWY ust. 2 każdej ze stron przysługuje prawo wnioskowania o dokonanie zmian w Umowie za porozumieniem Stron, w przypadku m.in.: 1) zmiany powszechnie obowiązujących przepisów prawa w zakresie mającym wpływ na realizację przedmiotu zamówienia, 2) zmiany stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego. W takim przypadku wysokość wynagrodzenia należnego Wykonawcy ustalana jest każdorazowo z uwzględnieniem aktualnej stawki podatku VAT obowiązującej na dzień powstania obowiązku podatkowego. 3) zmiany 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. poz. 2215 oraz z 2019 r. poz. 1074 i 1572), 4) zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne - jeżeli zmiany te będą mieć wpływ na koszty wykonania Zamówienia przez Wykonawcę (...)

i dalej, ust. 4. Przedmiotem zmian Umowy w wyniku wystąpienia okoliczności wymienionych w ust. 2 mogą być: wysokość i termin zapłaty wynagrodzenia, zakres przedmiotu Umowy, termin realizacji Umowy. ust. 5. Warunki zmiany Umowy są następujące: każda ze Stron w celu dokonania zmiany Umowy powinna złożyć drugiej Stronie pisemny wniosek o dokonanie zmiany Umowy. We wniosku tym Strona jest zobowiązana szczegółowo wykazać wystąpienie okoliczności, o których mowa w ust. 2, i ich wpływ na realizację Umowy. Strony przystępują do negocjacji warunków Umowy i w przypadku ustalenia wspólnego stanowiska, zawrą aneks do Umowy.

15. Uzasadnieniem dla uregulowania kwestii wprowadzania zmian Umowy wywołanych zmianami zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne oraz zmianami zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych w drodze porozumienia stron na wniosek którejkolwiek była niemożność przewidzenia charakteru zmian w stopniu umożliwiającym określenia precyzyjnych zasad ich wprowadzania do Umowy (co Izba ustaliła uwzględniając stanowisko Zamawiającego znajdujące oparcie w zasadach logiki i doświadczenia życiowego)

16. Zamawiający ustalił indeks waloryzacji na poziomie 0,8 na podstawie analizy czynników cenotwórczych, które będą mieć odzwierciedlenie w składanych w Postępowaniu ofertach; Zamawiający przed wszczęciem Postępowania przeprowadził wstępne konsultacje rynkowe (RFI/TPE/01372/2023) (dalej jako „Konsultacje Rynkowe”), w ramach których m.in.: pytał potencjalnych wykonawców o akceptowalne zapisy waloryzacyjne. W ten sposób Zamawiający pozyskał odpowiedzi od 5 wykonawców, z czego 3 z nich zaakceptowało mechanizm waloryzacyjny w kształcie odpowiadającym zapisom § 9 ust. 9 Wzoru Umowy. Impel Facility Services sp. z o.o. (spółka z grupy kapitałowej Odwołującego) w ramach Konsultacji Rynkowych wskazała, iż satysfakcjonującym dla tej spółki przelicznikiem byłby przelicznik 0,9 (zamiast aktualnie przyjętego 0,8) a dodatkowym motywem wprowadzenia wskaźnika było przyspieszenie procesu zmiany wynagrodzenia (co Izba ustaliła uwzględniając nie kwestionowane wyjaśnienia Zamawiającego oraz w oparciu o dowód Zapytanie o informacje (Konsultacje Rynkowe) – wyciąg);

17. W analogicznie do opisanego w punkcie powyżej wskaźnika Zamawiający oszacował indeks waloryzacji wywołanej zmianami gospodarczymi na 0,15 do waloryzacji „inflacyjnej” (co Izba ustaliła uwzględniając nie kwestionowane wyjaśnienia Zamawiającego oraz w oparciu o dowód Zapytanie o informacje (Konsultacje Rynkowe) – wyciąg, SWZ a także wyciąg ze Sprawozdania finansowego Impel Facility Services sp. z o.o. za rok 2022 przywołany przez Zamawiającego);

Odwołujący uzasadniając zarzut naruszenia art. 436 pkt. 4 lit. b) Ustawy wskazywał, na:

- bezprawność ograniczenia zakresu waloryzacji płacowej o przelicznik 0,8 w stosunku do należnego wynagrodzenia / ceny ofertowej;

- zaniechanie wskazania informacji, kiedy nastąpi pierwsza waloryzacja płacowa w sytuacji, gdy zmiana minimalnego wynagrodzenia za pracę będzie następować 1 raz w roku („Zamawiający określa jedynie termin pierwszej waloryzacji płacowej w sytuacji, gdy płaca minimalna będzie się zmieniać częściej, niż jeden raz w roku oraz, że żadnej waloryzacji nie przewiduje w roku zawarcia umowy.”)

- zaniechanie wskazania informacji, kiedy nastąpi pierwsza waloryzacja dotycząca innych zmian kosztów, niż koszty płacy minimalnej, o których mowa w art. 436 pkt. 4b, tj. przesłanki dot. ZUS i PPK - wiadomo tylko, że odstępy czasowe pomiędzy kolejnymi waloryzacjami to minimum 12 miesięcy.

Odwołanie opierało się na założeniu, że norma art. 436 pkt. 4 lit. b) Ustawy wyłącza dopuszczalność określania przez Zamawiającego tego, na jakich warunkach nastąpi zmiana wynagrodzenia wykonawcy w razie zmiany stawki podatku od towarów i usług, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne oraz zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych, w szczególności poprzez wprowadzenie przelicznika 0,8 oraz poprzez zastrzeżenie, że kolejne waloryzacje tj. druga będą następować każdorazowo po upływie 12 miesięcy, co oznacza, że w 2025r. od stycznia aż do kwietnia (może nawet maja) Wykonawca nie będzie mógł ubiegać się o waloryzację płacową.

Odwołujący uzasadniając zarzut naruszenia art. 439 Ustawy wskazywał, na:

- zaniechanie wskazania momentu, kiedy nastąpi pierwsza waloryzacja materiałowa. Z umowy wynika tylko, że Zamawiający nie przewiduje żadnej waloryzacji materiałowej w roku zawarcia umowy, co jest nadmiernym ograniczeniem na gruncie przepisu art. 439 Ustawy

- brak informacji, który miesiąc będzie miesiącem bazowym, o którym mowa we wzorze waloryzacyjnym (miesiąc oznaczony jako W~0~).

- niezasadność 12-miesięczna częstotliwość waloryzacji materiałowej, skoro sam ustawodawca, odpowiadając na dynamiczne zmiany rynkowe - zmienił przepis art. 439 Pzp – wskazując na obowiązek umieszczania klauzul waloryzacyjnych w umowach trwających powyżej 6 miesięcy, co oznacza to, że ustawodawca dostrzegł potrzebę aktualizacji wynagrodzenia umownego w związku ze zmianą cen materiałów i innych kosztów minimum co 6 miesięcy.

Izba stwierdza, że:

Zgodnie z art. 436 pkt. 4 lit. b) Ustawy w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy umowa zawiera postanowienia określające w szczególności zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany:

-wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

-zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,

-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. z 2020 r. poz. 1342 oraz z 2022 r. poz. 1079)

- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Zgodnie z 439 Ustawy 1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 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;

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutu drugiego i trzeciego Odwołujący nie wykazał, by kwestionowane postanowienia Umowy naruszały Ustawę.

Obie normy przywołane odwołaniem wprowadzone zostały w celu zapewnienia zapisów umownych aktualizujących wynagrodzenie w sytuacji zmian wysokości wynagrodzenia lub stawek minimalnych, zasad podlegania ubezpieczeniom, PPK a także zmian cen materiałów lub kosztów związanych z wykonaniem zamówienia. Pierwszy reguluje obowiązek wprowadzenia zapisów aktualizujących wynagrodzenia w razie wystąpienia relewantnych okoliczności na skutek zmian przepisów prawa. Drugi zachowanie równowagi ekonomicznej stron zaburzonej zmianami stosunków gospodarczych. Wprowadzenie zmian w obu przypadkach uzależnione jest od zaistnienia wpływu opisanego Ustawą czynnika na koszty wykonania zamówienia, co wykazane zgodnie z Umową winno być przez stronę zainteresowaną waloryzacją. Izba zwraca tutaj uwagę, że ustawodawca nie przewidział w Ustawie zasady ponoszenia ryzyka zmian przepisów i gospodarczego wyłącznie przez zamawiających.

Norma art. 436 Ustawy nie doprecyzowuje elementów ani sposobu określenia zasad waloryzacji statuując obowiązek ich wprowadzenia w odniesieniu do umów zawieranych na czas dłuższy niż 12 miesięcy.

Norma art. 439 Ustawy wskazuje na obowiązek wprowadzenia do umowy określonych elementów nie narzucając sposobu ich doregulowania w odniesieniu do umów zawieranych na czas dłuższy niż 6 miesięcy.

Izba zwraca uwagę, że w niniejszej sprawie Umowa, wyłączając automatyzm, przewiduje rozpoczęcie procesu zmiany wynagrodzenia od złożenia wniosku przez stronę zainteresowaną i wykazania wpływu czynnika na zmianę wynagrodzenia.

Izba wskazuje, że w przypadku zmian wynagrodzenia i stawek minimalnych sposób przeliczenia zmiany wynagrodzenia ustalony został i skonkretyzowany zapisami umownymi - działaniem matematycznym przewidującym zmianę całości należnego wynagrodzenia o wzrost wynagrodzenia minimalnego z zastosowaniem indeksu 0,8, co nie jest sprzeczne z Ustawą.

Odwołujący domagał się tutaj zmiany polegającej na usunięciu indeksu pomniejszającego należnąwyżkę wynagrodzenia wyliczonego o wskaźnik waloryzacji, a więc podwyższenia całości wynagrodzenia o wysokość waloryzacji. Odwołujący nie wykazał bezprawności zastosowania indeksu 0,8, ani nawet odrealnienia przez jego zastosowanie instytucji waloryzacji. Jednocześnie Izba stwierdza, że indeks ten urealnia waloryzację wynagrodzenia w związku z uwzględnieniem bezspornej okoliczności objęcia zgodnie z SWZ przez wykonawców wynagrodzeniem, w tym również cenami jednostkowymi, oprócz kosztów osobowych (na które składać mogą się koszty personelu zatrudnionego w ramach stosunku pracy lub zatrudnionego na innej podstawie lub w stosunku do których nie zajdzie potrzeba podwyższenia płacy wobec tego, że przekracza ona kwotę wynagrodzenia minimalnego) także innych elementów kosztotwórczych.

Dalej Izba wskazuje także, że wbrew twierdzeniu odwołania Umowa reguluje terminy i częstotliwość waloryzacji w związku ze zmianą wysokości wynagrodzenia i stawki minimalnej, przewidując jej wyłączenie do końca roku kalendarzowego i częstotliwość nie większą niż co 12 miesięcy, z wyłączeniem waloryzacji będącej następstwem zmiany wysokości wynagrodzenia i stawki minimalnej dokonywanej przez ustawodawcę częściej niż jeden raz w roku, gdzie Umowa dopuszcza waloryzację z większą częstotliwością niż co 12 miesięcy (§9 ust. 15, 16, 18), wyłączając ją jednak na okres 12 miesięcy licząc do dnia trwania umowy. Jednocześnie wyżki wynagrodzenia i stawek minimalnych za rok 2024 są znane i wykonawcy mogą i powinni je uwzględnić w kalkulacji ceny ofertowej. Tym samym stwierdzić należy, że zarzut w tym zakresie opierał się na błędnym – nie znajdującym oparcie w brzmieniu Umowy – założeniu, co Izba ustaliła biorąc pod uwagę wyjaśnienia Zamawiającego, co do wykładni postanowień Umowy i opierając się na brzmieniu Umowy.

Izba wskazuje również, że Ustawa nie nakłada na zamawiających bezwzględnego obowiązku wskazania w zakresie waloryzacji wynikającej ze zmiany przepisów wskazania terminu pierwszej zmiany wynagrodzenia. Kwestia ta zależy od woli ustawodawcy i ewentualny obowiązek czy prawo stron zaktualizuje się dopiero z chwilą wprowadzenia zmian przepisów mających wpływ na wysokość wynagrodzenia.

Odwołujący nie wykazał, by Umowa w zakwestionowanym zakresie naruszała Ustawę.

Izba stwierdza, że zgodnie z normą art. 439 Pzp ustawodawca nałożył na zamawiających obowiązek określenia zasad, wskazując na pewne elementy, których doregulowania oczekuje w umowie.

Przepis nie nakłada na Zamawiającego obowiązku skonkretyzowania w sposób pozytywny terminu pierwszej waloryzacji wywołanej zmianami gospodarczymi. Odwołujący nie wykazał zaś by doregulowanie terminu poprzez określenie minimalnego okresu, po którym waloryzacja ta będzie dopuszczalna naruszała Ustawę. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, jakoby art. 439 Pzp nakładał obowiązek waloryzacji nie rzadziej niż co 6 miesięcy lub nie

później niż po upływie 6 miesięcy trwania umowy. Tym samym nie można uznać za zasadną ocenę naruszenia Ustawy poprzez wprowadzenie zasady, że waloryzacja, do której referuje art. 439 Ustawy dopuszczalna będzie po upływie 12 miesięcy trwania umowy.

Dalej Izba stwierdza, że treść Umowy uzasadnia przyjęcie, jako miesiąca bazowego pierwszego miesiąca trwania umowy a następnie miesięcy, w których doszło do waloryzacji, co stanowi o wykonaniu obowiązku ustawowego wskazania początkowego terminu waloryzacji (co Izba ustaliła uwzględniając wyjaśnienia Zamawiającego znajdujące oparcie w treści Umowy).

Reasumując Izba stwierdza, że waloryzacja wynagrodzenia, w zakresie kwestionowanym odwołaniem została opisana Umową w sposób nienaruszający Ustawy.

Przyjęte wskaźniki zmniejszające waloryzację wynagrodzenia zostały ukształtowane w sposób racjonalny, nie uznaniowy, z uwzględnieniem faktu że na wynagrodzenie wykonawcy składa się szereg różnych elementów. Podważane odwołaniem kwestie nie wykluczają waloryzacji wynagrodzenia. Moment pierwszej waloryzacji, odstępy jej dokonywania są określone w sposób wystarczający. Miesiąc bazowy możliwy jest do ustalenia w oparciu o treść Umowy.

W odniesieniu do wszystkich zarzutów Izba podkreśla, że w świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”, zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W niniejszej sprawie, odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”, co nie zostało wykazane odwołaniem. Jednocześnie poczynione w sprawie ustalenia przeczą założeniom opisanym w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 z uwzględnieniem art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego oraz koszty postępowania poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocników i obciążyła nimi Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca :.....