

**WYROK**  
**z dnia 27 lipca 2023 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2023 r. przez odwołującego Maxus Sp. z o. o. w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Prokuraturę Okręgową w Łodzi

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 16 ust. 1-3 w zw. z art. 436 ust. 4 pkt b tiret drugi p.z.p. dotyczącego § 6 ust. 6 wzoru umowy,

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego Maxus Sp. z o. o. w Łodzi i:

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 7 500,00 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez odwołującego Maxus Sp. z o. o. w Łodzi tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od odwołującego Maxus Sp. z o. o. w Łodzi na rzecz zamawiającego Prokuratury Okręgowej w Łodzi kwotę 3 600,00 (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

**Uzasadnienie**  
**wyroku z dnia 27 lipca 2023 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1994/23**

Zamawiający – Prokuratura Okręgowa w Łodzi ul. Kilińskiego 142, 90-322 Łódź, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa ochrony osób i mienia w obiektach Prokuratury Okręgowej w Łodzi i podległych jej jednostek organizacyjnych”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 6 lipca 2023 r. pod nr 2023/BZP 00294244/01 w Biuletynie Zamówień Publicznych, dalej zwane „postępowaniem”.

Postępowanie na usługę, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych ((Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”), jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym.

W dniu 10 lipca 2023 r. odwołanie wobec treści wzoru umowy wniósł wykonawca Maxus Sp. z o. o. ul. 3-go Maja 64/66n, 93-408 Łódź (dalej zwany „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu zarzut naruszenia (pisownia oryginalna): art. 16 ust. 1-3 p.z.p. w zw. z art. 436 ust. 4 pkt b tiret drugi p.z.p. poprzez naruszenie przez zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ dotyczących postanowień w zakresie zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia lub minimalnej stawki godzinowej ustalonej na podstawie ustawy z dnia 10 października 2022 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę w sposób niezgodny z przepisami p.z.p.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany kwestionowanych postanowień SWZ poprzez usunięcie z treści wzoru umowy zapisów § 6 ust. 5 i 6 w zakresie dotyczącym zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany minimalnego wynagrodzenia oraz pozostawienie w treści umowy zapisów w/w paragrafów umowy w brzmieniu „§ 6 ust. 5 Pierwsza zmiana wynagrodzenia z powodów, o których mowa w ust. 1 pkt 1.5 po upływie 6 miesięcy obowiązywania umowy. Kolejne zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy nie będą dokonywane częściej niż co 6 miesięcy.”, „§ 6 ust. 6: „Łączna wysokość zmian wynagrodzenia z przyczyn, o których mowa w ust. 1 pkt 1.5., podczas całej realizacji Umowy, nie może być wyższa niż 10% całkowitej wartości Umowy, o której mowa w § 5 ust. 2.” lub w brzmieniu równoważnym.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. Określone przez zamawiającego we wzorze umowy zapisy dotyczące minimalnego wynagrodzenia (zmiana umowy najwcześniej po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy) stanowią naruszenie przepisów ustawy p.z.p. Zdaniem odwołującego zmiana wynagrodzenia wykonawcy, w przypadku zmiany minimalnego wynagrodzenia za pracę lub minimalnej stawki godzinowej, powinna być możliwa od momentu wejścia w życie przepisów ustanawiających nową wysokość wynagrodzenia minimalnego po odpowiednim udokumentowaniu faktu wpływu zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia na wzrost kosztów realizacji usługi. Jest to zgodne z zamierzeniem ustawodawcy, który wprowadził do ustawy obowiązek zawierania w każdej umowie zawieranej na okres dłuższy niż 12 miesięcy postanowień dotyczących zmiany wynagrodzenia wypłacanego wykonawcy w przypadku zmiany minimalnego wynagrodzenia.

Zasadniczym celem postanowień art. 436 ust. 4 lit. b p.z.p. jest ochrona wykonawcy przed stratami, jakie może on ponieść w związku z podwyższeniem ciężarów publiczno-prawnych. Analogicznie ograniczenie łącznej wysokości zmian do 10% wartości całkowitej umowy także narusza normy p.z.p., bowiem ani wykonawca ani zamawiający na dzień składania ofert nie dysponują wiedzą na temat łącznej kwoty zwiększenia kosztów realizacji umowy w związku ze zmianą minimalnego wynagrodzenia. Powyższe, w ocenie odwołującego potwierdzają wyroki Izby o sygn. akt: KIO 346/15, KIO 413/15, KIO 1681/18.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający zmienił – zgodnie z żądaniem odwołującego – treść § 6 ust. 6 załącznika nr 2 do SWZ wzoru umowy, a zatem w tym zakresie odwołanie zostało uwzględnione przez zamawiającego. Natomiast co do § 6 ust. 5 wzoru umowy wniesiono o oddalenie odwołania, zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w odpowiedzi na odwołanie.

**Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., a odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Wobec oświadczenia zamawiającego o częściowym uwzględnieniu odwołania postępowanie odwoławcze zostało częściowo umorzona na podstawie art. 522 ust. 4 w zw. z art. 568 pkt 3 p.z.p., co znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 tenoru sentencji wyroku.

Izba ustaliła, że stan faktyczny nie był między stronami sporny i został w sposób prawidłowy, mający odzwierciedlenie w materiale procesowym, przedstawiony przez odwołującego. Strony różniły się oceną prawną dotyczącą legalności § 6 ust. 5 wzoru umowy w brzmieniu „Pierwsza zmiana wynagrodzenia z powodów, o których mowa w ust. 1 pkt 1.2 - 1.4. może nastąpić najwcześniej po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy, zaś z przyczyn o których mowa w ust. 1 pkt 1.5 po upływie 6 miesięcy obowiązywania umowy. Kolejne zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy nie będą dokonywane częściej niż co 6 miesięcy.” Osią sporu było rozstrzygnięcie czy klauzula waloryzacyjna ukształtowana przez zamawiającego narusza podniesione w odwołaniu art. 16 ust. 1-3 w zw. z art. 436 ust. 4 pkt b tiret drugi p.z.p. i powinna zostać zmieniona zgodnie z żądaniem odwołującego.

Skład rozpoznający spór dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględniając zgromadzony materiał procesowy, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie zasługują na uwzględnienie, więc rozpoznawane odwołanie zostało oddalone.

Zgodnie z art. 436 ust. 4 lit. b p.z.p. – który określa obligatoryjne postanowienia umowne, w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, umowa powinna zawierać postanowienia określające zasady wprowadzenia waloryzacji wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany m.in. 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, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Zatem na podstawie tej normy zamawiający ma obowiązek wskazania w umowie warunków określających sposób zmiany wynagrodzenia wykonawcy (w tym co istotne dla rozpoznawanego sporu – początkowego terminu waloryzacji) w związku z ustawową zmianą wysokości minimalnego wynagrodzenia o pracę. Klauzule waloryzacyjne mają więc za zadanie zniwelować czynniki, które mogą negatywnie oddziaływać na ekwiwalentność świadczeń stron umowy. Co istotne, w omawianym przepisie ustawodawca posłużył się klauzulą generalną, pozostawiając zamawiającemu znaczną swobodę w kształtowaniu mechanizmu waloryzacji, wskazując określone zdarzenia, które powinny spowodować zmianę wynagrodzenia wykonawcy, o ile zdarzenia te będą miały wpływ na koszt realizacji zamówienia. Zaś na zamawiającym, jako na autorze postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, spoczywa obowiązek dokonania analizy szczegółowych warunków realizacji umowy i skonstruowanie szczegółowych postanowień dotyczących waloryzacji wynagrodzenia, które uwzględnią charakter i specyfikę danego zamówienia.

Skład orzekający zweryfikował wprowadzone przez zamawiającego postanowienia aktualizujące wynagrodzenie wykonawcy w przypadku zmiany powszechnie obowiązującego prawa dotyczącego minimalnego wynagrodzenia za pracę i uznał, że zostały one ukształtowane prawidłowo, w tym wprowadzenie pierwszej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy, nie narusza art. 436 ust. 4 lit. b p.z.p., ani żadnej z zasad naczelnych p.z.p. określonych w art. 16 p.z.p., co zarzucił odwołujący. W szczególności w żadnym miejscu ww. norm ustawodawca nie narzucił zamawiającemu terminu, w którym umowa powinna zostać zwaloryzowana wobec zajścia zdarzeń określonych w art. 436 ust. 4 p.z.p., a zamawiający w sposób obiektywny, spójny i logiczny uzasadnił przyjęty w swoim wzorze umowy początkowy termin waloryzacji, który został prawidłowo powiązany z terminem składania ofert i terminem realizacji zamówienia (od 01.09.2023 r. do 28.02.2025 r.). Innymi słowy, sporna waloryzacja wynagrodzenia może nastąpić po 1 września 2024 r. i nie ma uzasadnionej potrzeby wprowadzenia wcześniejszej waloryzacji (jak żądał odwołujący – po 6 miesiącach od dnia zawarcia umowy), ponieważ należycie działający wykonawca posiada instrumenty, aby do tego czasu przewidywaną zmianę minimalnego wynagrodzenia uwzględnić w cenie oferty, zaś odwołujący nie udowodnił okoliczności przeciwnej.

Jak wyjaśnił zamawiający, na podstawie informacji powszechnie dostępnych na stronie internetowej Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, w dniu 13 czerwca 2023 r. opublikowano propozycję minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (od 1 stycznia 2024 r. – odpowiednio 4242,00 zł i 27,70 zł, od 1 lipca 2024 r. – odpowiednio 4300,00 zł i 28,10 zł). Zatem wykonawcy, przed wyznaczonym przez zamawiającego terminem na składanie ofert, mają klarowne dane pozwalające na wkalkulowanie w cenę prognozowanych zmian ustawy dotyczących płacy minimalnej w zakresie realizacji zamówienia w roku 2024, co powoduje, że wcześniejsza waloryzacja nie jest uzasadniona. Zamawiający przedstawił ponadto dane za lata 2019 - 2022 obrazujące projekty rozporządzeń i przyjęte akty wykonawcze, z których wynika, że informacje dotyczące prognozowanych zmian prawa są bardzo zbliżone do zmian ostatecznie ogłoszonych przez ustawodawcę, a tym samym dane te mogą stanowić wiarygodną i realną podstawę do obliczenia ceny.

Izba stwierdziła zatem, że wprowadzona klauzula waloryzacyjna odpowiada warunkom świadczenia przedmiotu zamówienia, w tym uwzględnia jego specyfikę i termin realizacji. Nie ma potrzeby dokonywania pierwszej waloryzacji, w zakresie zmiany minimalnego wynagrodzenia za pracę, wcześniej niż przed upływem 12 miesięcy od zawarcia umowy, skoro już na tym etapie wykonawcy posiadają dane do wkalkulowania tego ryzyka w cenę. W konsekwencji nie dojdzie do podnoszonych przez odwołującego strat, jakie miał ponosić w związku z podwyższeniem ciężarów publicznoprawnych,

ponieważ już na tym etapie można należycie oszacować wartość oferty, uwzględniając prognozowane zmiany prawa. Powyższe potwierdza znajdujące się w aktach postępowania oszacowanie wartości zamówienia dokonane przez zamawiającego, gdzie w wartości przyszłej umowy odpowiednio uwzględniono wzrost płacy minimalnej w roku 2024.

Argumentacja podnoszona przez odwołującego budzi także poważne wątpliwości, gdyż nie można pomijać, że mamy do czynienia z podmiotem profesjonalnym, którego działania należy oceniać przez pryzmat podwyższonego miernika staranności właściwego dla przedsiębiorców działających na rynku usług ochrony (k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p.), a stawki minimalnego wynagrodzenia zmieniają się cyklicznie. Nie jest to żadna nowość, szczególnie w działalności, której koszty w znaczącej części stanowi wynagrodzenie pracowników, które – jak podnosił na rozprawie odwołujący – płacone jest przez niego głównie w wartości minimalnego wynagrodzenia za pracę. Powyższa okoliczność stanowi ryzyko kontraktowe, które powinno zostać co do zasady w kalkulowane w cenę ofertową, zgodnie z wiedzą i doświadczeniem wykonawcy, z uwzględnieniem powszechnie dostępnych danych wskazanych przez zamawiającego (por. tabela za lata 2019 - 2022 dotycząca prognozowanych/dokonanych zmian minimalnego wynagrodzenia wraz z materiałem źródłowym, komunikat Kancelarii Prezesa Rady Ministrów z 13.06.2023 r. ws. propozycji minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej w 2024 r.).

Odwołujący nie wykazał także naruszenia art. 16 pkt 1-3 p.z.p., postanowienia wzoru umowy są identyczne dla każdego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego i nie zostało w żaden sposób udowodnione, że ich kształtowanie niezasadnie preferuje niektórych wykonawców, np. takich, którzy są w stanie wziąć na siebie większe ryzyko kontraktowe. Szczególnie, że na obecnym etapie wszyscy wykonawcy dysponują podobnymi danymi. Izba w tym zakresie podziela stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie str. 2-3 i przyjmuje je za własne. Natomiast odwołanie jest w tym zakresie merytorycznie puste, a próba uzupełnienia brakujących okoliczności odwołania na rozprawie jest spóźniona.

Konkludując, rozpoznawany środek zaskarżenia ma raczej charakter postulatów, aniżeli dotyczy faktycznego naruszenia prawa przez zamawiającego. O ile odwołanie od treści dokumentacji postępowania często w praktyce może służyć do „negocjacji” treści SWZ, to nie można tracić ze wzroku, że brak udowodnienia przez odwołującego naruszenia norm p.z.p. nie przyniesie pozytywnych efektów. Zaskarżone postanowienie § 6 ust. 5 wzoru umowy nie narusza art. 16 ust. 1-3 w zw. z art. 436 ust. 4 pkt b tiret drugi p.z.p. W ustalonym stanie rzeczy nie ma uzasadnionych podstaw do zmiany terminu pierwszej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, więc odwołanie nie mogło zostać przez Izbę uwzględnione.

Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., więc odwołanie zostało przez skład orzekający oddalone.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła odwołującego, którego odwołanie zostało oddalone kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego, zasądzone zgodnie z fakturą VAT przedłożoną na rozprawie.

Przewodniczący:

.....