

WYROK

z dnia 23 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 marca 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **6 marca 2015 r.** przez wykonawcę **Impel Cleaning sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miejską Kraków – Urząd Miasta Krakowa**

przy udziale wykonawcy **Dussmann Polska sp. z o.o.** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Gminie Miejskiej Kraków – Urząd Miasta Krakowa dokonanie zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wprowadzenie postanowień przewidujących zmianę wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na lub mających do umów ubezpieczenia społeczne zdrowotne zastosowanie cywilnoprawnych wraz z określeniem zasad zmiany wynagrodzenia wykonawcy.

2. Kosztami postępowania w sprawie obciąża zamawiającego **Gminę Miejską Kraków – Urząd Miasta Kraków i:**

1

1.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Impel Cleaning sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania;

1.2. zasądza od **zamawiającego Gminy Miejskiej Kraków – Urząd Miasta Kraków na rzecz odwołującego Impel Cleaning sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu** kwotę **19 201 zł 77 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy dwieście jeden złotych i siedemdziesiąt siedem groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosowanie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

2

UZASADNIENIE

W dniu 6 marca do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Impel Cleaning sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu (dalej „Odwołujący”) zarzucając

zamawiającemu Gminie Miejskiej Kraków - Urząd Miasta Krakowa (dalej „Zamawiający”)
naruszenie :

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”);
2. Art. 142 ust. 5 ustawy Pzp poprzez, zaniechanie ustalenia w treści SIWZ postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy;
3. Art. 186 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie zmiany treści SIWZ, po uwzględnieniu odwołania Odwołującego z dnia 10 lutego 2015 r. niezgodnie z żądaniem zawartym w tymże odwołaniu.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że w dniu 31 stycznia 2015 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ dotyczące przedmiotowego zamówienia. Na postawienia ogłoszenia oraz SIWZ wniesione zostało odwołanie. Zamawiający uwzględnił odwołanie Odwołującego. Zamawiający w związku z informacją Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącej umorzenia postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym, działając na podstawie art. 38 ust. 4 w związku z art. 186 ust. 2 in fine ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zmienił treść SIWZ w zakresie wzoru umowy dla części I i II oraz w tożsamych miejscach umowy dla części HI zamówienia. Odwołujący powziął informacji o dokonanej zmianie w dniu 26 lutego 2015 r.

W ocenie Odwołującego dokonana przez Zamawiającego zmiana treści SIWZ narusza przepis art. 145 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych a ponadto, wbrew art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, nie odpowiada żądaniu odwołania z dnia 10 lutego 2015 r., które to odwołanie zamawiający uwzględnił.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w treści SIWZ po modyfikacji wskazał, że przeliczenie wynagrodzenia wykonawcy dokonywane będzie w oparciu o wartość roboczogodziny pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę za sprzątnięcie 1

3

m² powierzchni ogółem za 1 miesiąc. W związku z powyższym, Zamawiający zrównał koszty wykonania zamówienia stanowiące konsekwencję zatrudniania na umowę o pracę z kosztami zatrudnienia dotyczącymi umów cywilnoprawnych. Odwołujący zaznaczył, że powszechnie wiadomo, iż koszty te są różne i względem siebie nieporównywalne. Różne są także obciążenia publicznoprawne, w tym w szczególności koszty pracy, wynikające z umów o pracę i umów cywilnoprawnych. Tym samym nie realizuje dyspozycji przepisu art. 142 ust. 5 ustawy Pzp takie ustalenie warunków zmiany wynagrodzenia wykonawcy, który wzrost tegoż wynagrodzenia uzależnia od wartości podstawowej (bazowej) pn.: wartość roboczogodziny pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Wartość ta nie jest jednolita i porównywalna przy różnych formach zatrudnienia.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał także, że ww. wartość określona przez Zamawiającego, nie gwarantuje, że zgodnie z postanowieniami umownymi wynagrodzenie wykonawcy będzie zwaloryzowane również o wzrost kosztów związanych ze wzrostem kosztów ZUS osób zatrudnionych na umowy cywilnoprawne. Przyjęty przez Zamawiającego model waloryzacji, powoduje, że Zamawiający nie zobowiązuje się w sposób jednoznacznie i wprost do waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy po zmianie przepisów o ZUS-ie dot. umów cywilnoprawnych. Odwołujący podkreślił, że skoro wartością względem której będzie dokonywana waloryzacja jest wartość roboczogodziny osoby zatrudnionej na umowę o pracę, to wartość ta nie dotyczy stawek osób zatrudnionych na umowy cywilnoprawne. W związku z powyższym, skoro Zamawiający określając zasady waloryzacji wynagrodzenia nie zrównał osób zatrudnionych w oparciu o umowy o prace z osobami wykonującymi zamówienie w oparciu o umowy cywilnoprawne to uzasadniona jest teza, że wykonawca nie będzie mógł dochodzić waloryzacji swojego wynagrodzenia w przypadku wzrostu składek ZUS wynikających z tychże umów, ponieważ kontrakt z Zamawiającym nie zawiera odpowiednich zasad waloryzacji. Skoro w umowie brak wartości podstawowej w oparciu, o którą dokonywana będzie waloryzacja wynagrodzenia przypadku zmiany o ZUS dotyczącej umów cywilnoprawnych, to tym samym waloryzacja taka jest niewykonalna.

Odwołujący zaznaczył również, że opis zasad waloryzacji dokonany przez Zamawiającego, wskazuje że waloryzowana będzie dokonywana wyłącznie o wzrost kosztów pracy stanowiących konsekwencję zatrudnienia na umowę o pracę.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał także, że ww. zmiana treści SIWZ jest niezgodna z żądaniem odwołania z dnia 10 lutego 2015 r. Odwołujący w odwołaniu z dnia 10 lutego 2015 r. żądał takiej zmiany SIWZ, która będzie zgodna z przepisem art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający, mimo że uwzględnił, odwołanie

4

Odwołującego dokonał takiej zmiany SIWZ, która jest niezgodna z wnioskiem Odwołującego. Postawienia umowne po zmianie SIWZ nie realizują celu określonego w art. 145 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podniósł ponadto, że ww. postanowienia umowne stoją w sprzeczności z uzasadnieniem nowelizacji przywołanego przepisu art. 142 ustawy Pzp zgodnie, z którym „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 określanymi 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”.

W związku z powyższym, mając na względzie, że termin umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne ustalony został na okres przekraczający 12 miesięcy, a postanowienia ogłoszenia i SWZ nie zawierają regulacji o warunkach zmiany wynagrodzenia wykonawcy, w zakresie wskazanym w powyżej, Odwołujący podnosi, że postanowienia SIWZ ustalone zostały niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o zmianę postanowień wzorów umów w następującym brzmieniu:

1. Strony postanawiają, iż dokonają zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w wypadku wystąpienia zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.

5

-
2. W przypadku zmiany, o którym mowa w ust 1 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.
 3. Wprowadzenie zmian wysokości wynagrodzenia wymaga uprzedniego złożenia przez Wykonawcę oświadczenia o wysokości dodatkowych kosztów wynikających z wprowadzenia zmian, o których mowa w ust 1.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego SIWZ wraz ze zmianami dokonany w dniu 26 lutego 2015 r. na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia i zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy oraz dokumentację postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 256/15.

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Wykonywanie usług polegających na sprzątnięciu i utrzymaniu w ciągłej czystości pomieszczeń w budynkach i lokalach Urzędu Miasta Krakowa”.

Zgodnie z pkt 3, ppkt 3.12 Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę (na pełny etat) przez Wykonawcę (lub podwykonawcę) co najmniej 50% personelu tj. osób wykonujących bezpośrednio czynności w trakcie realizacji zamówienia.

Zgodnie z pkt 18 Zamawiający wprowadził następujące kryteria oceny ofert: cena – 85%, wskaźnik zatrudnienia - 12%, metodologia kontroli jakości sprzątnięcia – 3%.

Izba ustaliła, że Odwołujący w dniu 10 lutego 2015 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie m.in. art. 142 ust. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie określenia w treści SIWZ postanowień o zasadach wprowadzenia odpowiednich zmian wymości wynagrodzenia należnego wykonawcy. Pismem z dnia 19 lutego 2015 r. Zamawiający oświadczył, że uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu z dnia 10 lutego 2015 r.

W dniu 26 lutego Zamawiający dokonał zmiany treści SIWZ na skutek uwzględnienia odwołania z dnia 10 lutego 2015 r.

6

W dniu 20 marca 2015 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie podniesionych zarzutów.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba ustaliła, że na skutek przekazania w dniu 6 marca 2015 r. przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przez wykonawcę Dussmann Polska sp. z o.o. Wobec dokonania zgłoszenia w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Izba zważyła co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Zarzut naruszenia art. 142 ust. 5 ustawy Pzp Izba uznała za zasadny.

Bezspornym pomiędzy stronami jest wymóg Zamawiającego określony w pkt 3.12 SIWZ tj. obowiązek zatrudnienia przez wykonawcę co najmniej 50% personelu tj. osób wykonujących bezpośrednio czynności w trakcie realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę (na pełny etat). Zamawiający pozostawił wykonawcom dowolność w wyborze podstawy zatrudnienia pozostałej części personelu, a więc dopuścił możliwość wykonania zamówienia również przez osoby, którymi wykonawca dysponuje na podstawie umów cywilnoprawnych. Bezspornym również jest to, że Zamawiający, zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert, dodatkowo punktuje ofertę wykonawcy za zatrudnienie większej niż 50% liczby osób na podstawie umowy o pracę (pełny etat).

Zamawiający w dniu 26 lutego 2015 r. dokonał zmian treści SIWZ na skutek uwzględnienia odwołania Odwołującego z dnia 10 lutego 2015 r. Zamawiający przewidział możliwość podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy w oparciu o wartość roboczogodziny pracowników zatrudnionych wyłącznie na podstawie umowy o pracę w przypadku zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. Zamawiający wyjaśnił podczas rozprawy, że możliwość zmiany wynagrodzenia należącego wykonawcy przewidział wyłącznie w przypadku wzrostu kosztów realizacji zamówienia związanych ze wzrostem kosztów ZUS osób zatrudnionych na podstawie umów o pracę. Umowy cywilnoprawne nie zostały objęte zakresem powyższej zmiany. Zamawiający wskazał zarówno w treści odpowiedzi na odwołanie jak i podczas rozprawy, że dokonując powyższej zmiany SIWZ kierował się interesem publicznym wyrażającym się w promowaniu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego. Art. 142 ust. 5 ustawy Pzp statuuje obowiązek wprowadzenia przez zamawiających do umów o udzielenie zamówienia publicznego zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy postanowień określających zasady zmian wynagrodzenia wykonawcy m.in. w sytuacji zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym, ubezpieczeniu zdrowotnemu, a także wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne bądź zdrowotne. Ustawodawca nie określił w omawianym przepisie szczegółowych zasad zmiany wynagrodzenia, uprawniających zamawiających do określenia i sprecyzowania takich zasad w SIWZ. Ustawodawca wskazał wyłącznie, iż dopuszcza się zmianę wynagrodzenia w określonych sytuacjach oraz powiązał zmianę wynagrodzenia z koniecznością wykazania, że będzie ona miała wpływ na koszty realizacji zamówienia. Nie ulega bowiem wątpliwości, że zasady zmiany wynagrodzenia mogą odmiennie kształtować się w konkretnych zamówieniach publicznych. Przełożenie zmian zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym, ubezpieczeniu zdrowotnemu, a także wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne bądź zdrowotne na warunki konkretnych umów o udzielenie zamówienia publicznego jest różne i zależne od wielu czynników w tym m.in. treści SIWZ, podstawy prawnej dysponowania osobami realizującymi zamówienie czy też chęci zapewnienia przez zamawiających określonego poziomu ochrony socjalnej.

Zamawiający wyjaśnił podczas rozprawy, że w SIWZ wprowadził zasadę odnoszącą się do zmiany wynagrodzenia wykonawcy w związku ze zmianą kosztów ubezpieczeń społecznych, ubezpieczenia zdrowotnego osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych, która to zasada stanowi, iż Zamawiający żadnej zmiany wynagrodzenia wykonawcy nie dopuszcza

i ogranicza możliwość zmiany wynagrodzenia wyłącznie w przypadku wzrostu kosztów obciążeń publicznoprawnych w omawianym zakresie związanych z umowami o pracę.

W ocenie Izby powyższa zasada nie jest właściwa i nie realizuje celu, jaki ustawodawca chciał osiągnąć wprowadzając do ustawy Pzp art. 142 ust. 5. Wskazać należy, że w uzasadnieniu nowelizacji przywołanego przepisu ustawodawca wskazał, że w dzisiejszej praktyce zamawiających właściwie nieobecne jest włączanie do wzorów umów tzw. klauzul waloryzacyjnych. Przygotowana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwala 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) powoduje utratę marży, a w konsekwencji prowadzi do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Powyższe prowadzi do znacznego ograniczania przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. (...) Zniwelowanie powyższych działań może nastąpić dzięki wprowadzeniu zasady obowiązku wprowadzania do umów zapisów dotyczących odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia w ściśle określonych przypadkach.

Ustawodawca uzasadniając wprowadzenie omawianej regulacji odwołał się do tzw.

umownych klauzul waloryzacyjnych oraz do zmiany kosztów realizacji zamówienia związanych ze zmianą wysokości obciążeń publicznoprawnych, nie rozróżniając w żaden sposób wzrostu kosztów realizacji zamówienia w związku ze zmianą obciążeń publicznoprawnych wynikających z umów o pracę czy z umów cywilnoprawnych. Zasadne jest więc przyjęcie, że klauzule waloryzacyjne winny mieć zastosowanie zarówno w przypadku wzrostu kosztów wykonania zamówienia związanych ze zmianą zasad lub stawek ubezpieczeń społecznych lub zdrowotnego mających zastosowanie zarówno do umów o pracę jak i umów cywilnoprawnych. Podkreślenia bowiem wymaga, iż wykonawca realizujący zamówienia z pomocą osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych, w tym umów zlecenia ponosi, co do zasady, koszty ubezpieczeń społecznych oraz ubezpieczenia zdrowotnego. W konsekwencji ewentualna zamiana zasad rozliczenia należnych obciążeń publicznoprawnych z tytułu ubezpieczeń społecznych i ubezpieczenia zdrowotnego może mieć wpływ na koszt realizacji zamówienia przez wykonawcę.

W ocenie Izby obecne brzmienie SIWZ dopuszczające możliwość podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy wyłącznie w przypadku zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu w zakresie wzrostu kosztów osób zatrudnionych na umowę o pracę, z wyłączeniem kosztów osób zatrudnionych na

9

podstawie umów cywilnoprawnych stanowi naruszenie art. 142 ust. 5 ustawy Pzp. Ustawodawca bowiem objął dyspozycją przywołanego przepisu zarówno wzrostu obciążeń publicznoprawnych związanych z umowami o pracę jak i z umowami cywilnoprawnymi. Zgodzić się należy z Zamawiającym, iż przysługuje mu prawo określenia zasad zmiany wynagrodzenia wykonawców, jednakże zasady te winny być zgodne z art. 142 ust. 5 i celem, jaki przyświecał ustawodawcy wprowadzając omawianą regulację. Podkreślić również wymaga, że Zamawiający dopuścił możliwość wykonania zamówienia przy pomocy personelu zatrudnionego na podstawie innego stosunku prawnego niż umowa o pracę, dopuszczając tym samym umowy cywilnoprawne. W konsekwencji za niezasadne należy uznać jednoczesne zamykanie wykonawcom drogi do skorzystania z powyższego prawa poprzez wprowadzenie braku możliwości zmiany wynagrodzenia w przypadku wzrostu obciążeń publicznoprawnych związanych z umowami cywilnoprawnymi. Skoro celem Zamawiającego jest realizacja zamówienia przez wykonawcę, którego personel jest w 100% zatrudniony na podstawie umowy o pracę, to winien dać temu jednoznaczny wyraz w SIWZ, korzystając z przysługującego mu prawa z art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp.

W konsekwencji Izba uznała za zasadne nakazanie Zamawiającemu wprowadzenie zmian w SIWZ i wprowadzenie postanowień przewidujących zmianę wynagrodzenia wykonawcy, w tym dopuszczenia możliwości jego podwyższenia, w przypadku zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne mających zastosowanie do umów cywilnoprawnych wraz z określeniem zasad zmiany wynagrodzenia wykonawcy.

Izba nakazał również określenie przez Zamawiającego zasad dokonywania powyższych zmian wynagrodzenia wykonawcy. Izba nie widzi podstaw do nakazania Zamawiającemu dokonywania zmian umowy we wskazanym wyżej zakresie jedynie na podstawie oświadczenia o wysokości dodatkowych kosztów wynikających z wprowadzenia zmian, o których mowa powyżej. Zgodnie z art. 142 ust. 5 *in fine* ustawy Pzp odpowiednie zmiany wysokości wynagrodzenia mogą mieć miejsce jedynie wówczas, gdy zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Zasadnym zatem jest zobowiązanie wykonawcy do wykazania wpływu zmiany wskazanych regulacji na koszty wykonania zamówienia. Wprowadzenie zapisu o waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy jedynie na podstawie jego oświadczenia mogłoby prowadzić do bezpodstawnego podnoszenia wynagrodzenia wykonawcy.

Co do zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp wskazać należy, że przywołana regulacja nie stanowi samodzielnej normy materialnoprawnej, której naruszenie stanowiłoby

10

podstawę do uwzględnienia odwołania. Czynności wykonane przez Zamawiającego w

sposób inny niż żądano w uwzględnionym odwołaniu, stanowią po prostu czynności inne i odrębne, od tych, których uwzględnione odwołanie dotyczyło, i jako takich norma art. 186 ust. 2 ustawy Pzp nie będzie dotyczyć. Jakkolwiek adresatem przepisu jest Zamawiający, to jednak dokonywana przez niego czynność uwzględnienia w całości zarzutów jest elementem postępowania odwoławczego prowadzonego przed Izbą, nie zaś elementem postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający, który postanowił uznać w całości zarzuty, powinien zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy Pzp uczynić zadość wszystkim żądaniom Odwołującego, a skoro tego nie uczynił, to nowe i powtórzone czynności (w części odbiegającej od żądań Odwołującego) podlegają ponownej ocenie przed Izbą, w ramach uprawnień wykonawcy do złożenia nowego środka ochrony prawnej w postaci odwołania. Izba dokonała rozpoznania nowych czynności Zamawiającego i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania w sprawie orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:

.....