

L.dz 0310

Wpłynęło do Prezesa
Zamówień Publicznych

1.7.2016

Godz.

Podpis

Prezes

Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

Wrocław, dnia 15 czerwca 2016 r.

Odwołujący:

Impel Cleaning sp. z o. o.

ul. Słężna 118; 53-111 Wrocław

Zamawiający:

Uniwersytet Śląski w Katowicach

ul. Bankowa 12; 40-007 Katowice

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z dnia 9 sierpnia 2013 roku, poz. 907 ze zm.) składamy odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Usługa sprząkania i utrzymywania czystości w obiektach Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach, zlokalizowanych na terenie miast: Katowice, Sosnowiec, Chorzów, Boguchwałowice i Cieszyn”.

Oświadczenie przedmiotem zamówienia (numer ogłoszenia):

Nr ogłoszenia 2016/S 108-192575 z dnia 07 czerwca 2016 roku.

Usługa sprząkania i utrzymywania czystości w obiektach Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach, zlokalizowanych na terenie miast: Katowice, Sosnowiec, Chorzów, Boguchwałowice i Cieszyn.

Z-ca Dyrektora ds. Zamówień Publicznych
Anna Kordas-Wojcik

Wskazanie czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, której zażycie się nie zgodność z przepisami ustawy oraz zwiędzie przytoczenie zażyciów:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów, które ma wpływ na wynik postępowania w sprawie zamówienia publicznego:

1) art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;

2) art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego ustalenia w treści SIWZ postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia niezbędnego wykonawcy.

Wniosek (zażalenie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez Odwołującego postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w zakresie i brzmieniu zaproponowanym przez Odwołującego w odwołaniu.

Wskazanie Interesu Odwołującego:

Odwołujący oświadcza, iż ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie oferty zgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie.

UZASADNIENIE

Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych odwołania oraz wskazanie dowodów na ich

poprawie.

W dniu 07 czerwca 2016 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ dotyczące przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Odwołującego postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z-ca Dyrektora ds. Zamówień Publicznych
Anna Koltarz-Wojcik

Wobec powyższego Odwołujący podnosi:

Zgodnie z Rozdziałem II pkt. 3 SIWZ termin realizacji umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne ustalony został przez Zamawiającego na okres od dnia 01.01.2017 r. do dnia 31.12.2019 r.

Zamawiający w dokumentacji postępowania (Rozdział XIV Warunki zamawianej umowy ust. 2 pkt. 8-10 SIWZ oraz Załącznik nr 3 wzór umowy § 10 ust. 2 pkt. 8-10) przewidywał, że:

(...)

2. Zamawiający może wyrazić zgodę na dokonanie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy wyłącznie w przypadku:

8) zmiany stawki podatku od towarów i usług w okresie obowiązywania umowy, jeżeli Wykonawca wykaze, że zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia lub na wniosek Zamawiającego;

9) 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 Wykonawca wykaze, że zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia lub na wniosek Zamawiającego;

10) zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, jeżeli Wykonawca wykaze, że zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia lub na wniosek Zamawiającego;

Odwołujący podnosi, że wskazane regulacje nie realizują dyspozycji przepisu art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż:

1) zmiana wysokości wynagrodzenia Wykonawca jest nieobowiązkowa – uzależniona od zgodnej woli stron, podczas gdy na mocy przywołanego wyżej przepisu ustawy waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy jest obowiązkowa;

2) Zamawiający w postanowieniach umowy uzależnił zmianę wysokości wynagrodzenia od przeprowadzenia negocjacji, podczas gdy art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje w umowie ustalić wprost zasady wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy;

3) Zamawiający w postanowieniach umowy zamieścił wskazania terminu wejścia w życie znówelizowanych przepisów prawa – jako terminu, od którego będzie obowiązywało wynagrodzenia wykonawcy w zmieniłonej wysokości.

Odwołujący wskazuje, że przepis art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadza obowiązki waloryzacji wynagrodzenia, a nie uprawnienie dla stron, które miałyby

Z-ca Dyrektora ds. Zamówień Publicznych
Anna Kotlarz-Wojcik

charakter uznaniowy. W rezultacie Zamawiający nie może określać zasad waloryzacji w sposób fakultatywny przez stosowanie zwrotów typu „wynagrodzenie może ulec zmianie”, „wynagrodzenie może być waloryzowane”, „waloryzacja może nastąpić”, „zmiana jest dopuszczalna” lub równoważnych.

Przepis art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych nakłada na Zamawiającego obowiązek ustalenia w umowie „zasad prowadzenia odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy”. Tym samym Zamawiający jest zobligowany określić w umowie szereg warunków i reguł, według których dokonywana będzie zmiana waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający w ww. opisie dopuszczalnych zmian do umowy nie zawarł żadnych regulacji dot. rzeczonych zasad prowadzenia odpowiednich zmian w zakresie odpowiadającym treści przepisu art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na podstawie postanowień umownych zmiana taka będzie dokonywana w oparciu o wnioszek wykonawcy po przeprowadzeniu negocjacji. Zasadę prowadzenia tychże negocjacji nie zostały przez zamawiającego opisane co uniemożliwia prawidłową kalkulację ceny ofertowej. Z daleka idącej ostrożności Odwołujący zaznacza również, że „mechanizmem waloryzacji” wynagrodzenia wykonawcy nie są, w świetle art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych negocjacje. Zgodnie z przywołanym przepisem art. 142 ust. 5, wykonawca w chwili składania oferty powinien mieć pewność, że obliczenie jego ceny wykonanej zostało z uwzględnieniem wszystkich ryzyk rynkowych. Negocjacje takiej pewności nie gwarantują, gdyż dopiero po ich zakończeniu, a więc w czasie realizacji umowy, wykonawca uzyska wiedzę o ostatecznej wysokości kosztów, które zobowiązany będzie ponieść w związku z realizacją zamówienia.

W związku z powyższym, Odwołujący, a także każdy z wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie publiczne, wbrew wykładni przepisów art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz sprzecznie z jego celem, nie uzyskał pewności, że:

- 1) wysokość jego wynagrodzenia ulegnie modyfikacji – zmiana, zgodnie z postanowieniem umowy, jest dopuszczalna, a nie obowiązuje jak obowiązuje ustawa;
- 2) odpowiednio do wzrostu obciążeń publicznych wzrost wynagrodzenia wykonawcy – zgodnie z umową wysokość ewentualnego wzrostu ustala zostanie w wyniku negocjacji.

Zmiana do przedmiotowej umowy w ww. zakresach uzależniona jest od wyniku negocjacji. Postanowienie takie jest niezgodne z obowiązującą ustawą Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z przepisem art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych wysokość waloryzacji powinna być wprost zależna od wzrostu obciążeń publicznych wykonawcy z tytułów, o których mowa powyżej.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że zawarte w treści siwz postanowienia nie realizują dyspozycji przepisu art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zakresie dotyczącym zasad prowadzania odpowiedzi na zmian wysokości wynagrodzenia, gdyż nie został opisany:

1) termin, od którego będzie obowiązywało zwaloryzowane wynagrodzenie;

2) o jaką wartość lub wielkość waloryzacja będzie dokonywana;

3) jaki będzie mechanizm waloryzowania wynagrodzenia wykonawcy przewidziany w zawartej umowie;

Odwołujący podkreśla, iż ww. działania Zamawiającego stają w sprzeczności z celem nowelizacji przepisu art. 142 ustawy Prawo zamówień publicznych. Uzasadnieniem nowelizacji przywołanego przepisu art. 142 ustawy Prawo zamówień publicznych było m.in., że: „w praktyce zamawiających właściwie nieobecne było włączenie do wzorów umów tzw. klauzuli waloryzacyjnych. Przygotowana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwalała na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znaczących, 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 ograniczenia przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. Wyżej wskazane sytuacje odnosiły się przede wszystkim do umów wieloletnich, w trakcie trwania których wykonawcy byli zaskakiwani zmianami obciążów publicznoprawnych oraz kosztami określonymi przez przepisy prawa. Ponadto, skutki dotyczące zmian wynagrodzenia odczuwają także pracownicy, przy czym jednocześnie zamawiający są narazeni 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 zmiany wysokości wynagrodzenia w ściśle określonych przypadkach”.

Odwołujący pozwala sobie także zaznaczyć, ww. działania Zamawiającego stają także w sprzeczności, ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w wyroku z dnia 9 marca 2015 r. (KIO 346/15), zgodnie, z którym: „(...) wymienione w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp stawki podatku VAT, kwoty minimalnego wynagrodzenia oraz zasady i stawki obowiązujące w ubezpieczeniach społecznych i zdrowotnych są regulowane przez akty prawne o charakterze bezwzględnie obowiązującym. Oznacza to, że wykonawcy nie mają żadnego wpływu na ich wysokość i muszą je uwzględnić również przy kalkulowaniu ceny oferty. Dokonywanie w tym zakresie zmian przez ustawodawcę może zatem wpłynąć na koszt wykonania zamówienia przez wykonawcę. Celem

Z-ca Dyrektora ds. Zamówień Publicznych
Marek Kottarz-Wojcik
5

wskazanego przepisu jest możliwość uniknięcia przez wykonawcę negatywnych dla niego skutków zmian legislacyjnych.

Wniosek taki wynika z uzasadnienia projektu ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 roku, gdzie wskazano, że w najbliższej praktyce zawierających właśnie jest wiążące do wzorów umów tzw. Klausul waloryzacyjnych. Przygotowana przez zawierających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwala na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących obciążen publicznoprawnych. W efekcie, przy niewysokich marżach, pozorne 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 ograniczenia przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. Wyżej wskazane sytuacje odnoszą się przede wszystkim do umów wieloletnich, w trakcie trwania których wykonawcy są zaskakiwani zmianami ciężarów publicznoprawnych oraz kosztami określonymi przez przepisy prawa. Ponadto, skutki dotyczące zmian wynagrodzenia odnoszą także pracowni, przy czym jednocześnie zawierających są narazem 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 wprowadzenia do umów zapisów dotyczących odpowiedzialnej zmiany wysokości wynagrodzenia w ściśle określonych przypadkach. W świetle powyższego proponuje się uzupełnić przepis art. 142 ustawy Pzp o nowy ust. 5 poprzez wprowadzenie obowiązku zawierania w umowach trwających powyżej 12 miesięcy zapisów dotyczących zmiany odpowiedzialnej wysokości wynagrodzenia, w ściśle określonych przypadkach. Zgodnie z treścią proponowanego przepisu art. 142 ust. 5 ustawy, umowa musiałaby zawierać postanowienie o odpowiedzialnej zmianie wysokości wynagrodzenia wykonawcy

wrazie zmiany:

- stawki podatku od towarów i usług;

- wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalonego na podstawie odrębnych przepisów;

- wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne.

Z art. 142 ust. 5 ustawy Pzp wynika, że wynagrodzenia wykonawcy winno zostać odpowiednio zmienione. Zmiana powinna być „adekwatna”, wynikająca wprost z zaistniałej zmiany przepisów prawa. Kwota o jaką zmienione zostanie wynagrodzenie, nie powinna być ani niższa, ani wyższa niż to wynika ze zmiany przepisów prawa.

Powyższe argumenty uzasadniają również konieczność dokonania zmiany wynagrodzenia wykonawcy od dnia wejścia w życie zmian przepisów prawa. (...);

Mając powyższe na uwadze:

Zgądanie:

Odwołujący wnosł o zmianę postanowień SIWZ - Rozdział XIV Warunki zmiany zawartej umowy ust. 2 pkt. 8-10 SIWZ oraz Załącznik nr 3 wzór umowy § 10 ust. 2 pkt. 8-10, w następujący sposób:

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 obowiązująca 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 której 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 lit. a) i b) i c).

7. Zmiany treści umowy wynagradzają zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności.

Wobec powyższego Odwołujący wnosł jak na wstępie.

Z-ca Dyrektora ds. Zamówień Publicznych
Andrzej Koliński-Wojcik