

Wrocław, dnia 23 stycznia 2017 r.

Prezes  
Krajowej Izby Odwoławczej  
ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

Odwołujący:  
Impel Cleaning sp. z o.o.  
ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław

Zamawiający:  
Uniwersytet Gdański,  
ul. Jana Bażyńskiego 8, 80-309 Gdańsk

#### 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 2015r. poz. 2164 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. „Kompleksowa usługa sprzątnia wraz obsługą szatni w obiektach Uniwersytetu Gdańskiego w Kampusie Oliwa i Sopot, sprzątnia i pielęgnacji terenów zewnętrznych otaczających obiekty Uniwersytetu Gdańskiego oraz prace wykonywane w ramach „akcji zima” w Kampusie Oliwa według części I – X” – w zakresie wszystkich części - (znak sprawy: A120-11-187/16/ZZ).

Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

Nr ogłoszenia 2017/S 009-013419 z dnia 13 stycznia 2017 roku.

Kompleksowa usługa sprzątnia wraz obsługą szatni w obiektach Uniwersytetu Gdańskiego w Kampusie Oliwa i Sopot, sprzątnia i pielęgnacji terenów zewnętrznych otaczających obiekty Uniwersytetu Gdańskiego oraz prace wykonywane w ramach „akcji zima” w Kampusie Oliwa według części I – X.

Wskazanie czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy oraz zwięzłe przytoczenie zarzutów:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców oraz zasad proporcjonalności i

przejrzystości przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;

- 2) art. 142 ust. 5 w zw. z art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez:
- a) ustalenie postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w zakresie węższym niż wymagany ustawą Prawo zamówień publicznych.
  - b) zaniechanie ustalenia w treści siwz postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy
  - c) zaniechanie określenia w siwz postanowień o zmianie wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadkach, o których mowa w przepisie;
  - d) zamieszczenie postanowień obligujących Wykonawcę do zaoferowania niezmienności cen przez 12 miesięcy, w sytuacji gdy zgodnie z niniejszym przepisem waloryzacja wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadkach, o których mowa w niniejszym przepisie, następuje automatycznie, a nowa wysokość wynagrodzenia powinna obowiązywać od dnia wejścia w życie nowych przepisów (od tego dnia wzrastają koszty wykonawcy).

Wniosek (żądanie) 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 poparcie.



W dniu 13 stycznia 2017 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ dotyczące przedmiotowego zamówienia.

Termin obowiązywania umowy dla każdego z zadań objętych zamówieniem przekracza 12 miesięcy i wynosi:

- 1) Część I, II, III, IV, V, VI, VII – 22 miesiące od dnia podpisania umowy,
- 2) Część VIII, IX – 21,5 miesięcy od dnia podpisania umowy.
- 3) Część X od 01.04.2017 roku do 31.01.2019 roku.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ (Załącznik nr 5, Projekt umowy dla części I – X), postanowienia waloryzacyjne, dla każdego z zadań, brzmią w następujący sposób:

### § 13

#### Zmiany postanowień zawartej umowy

#### 1. Zmiany postanowień umowy dopuszczalne są w następujących przypadkach:

(...)

7) zmiany wynagrodzenia brutto Wykonawcy w przypadku, gdy w okresie obowiązywania umowy nastąpi:

a) zmiana obowiązującej stawki VAT,

b) zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10.10.2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t. j. Dz. U. z 2015 r. poz.2008, ze zm.),

c) zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne,

- a zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę – zastosowanie mają zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, określone w postanowieniach ust. 2-7, z tym że zmiany mogą nastąpić nie wcześniej niż po 12 miesiącach obowiązywania umowy z wyjątkiem zmiany stawki podatku VAT.

2. Wykonawca najpóźniej w terminie 30 dni od dnia wejścia w życie przepisów wprowadzających zmiany, o których mowa w ust. 1 pkt 7), może wystąpić do Zamawiającego z pisemnym wnioskiem o dokonanie zmiany umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia wraz z jej uzasadnieniem oraz dokumentami niezbędnymi do oceny przez Zamawiającego, czy zmiany mają wpływ na koszty wykonania umowy przez Wykonawcę oraz w jakim stopniu zmiany tych kosztów uzasadniają zmianę wysokości wynagrodzenia Wykonawcy określonego w umowie, a w szczególności:

a) szczegółową kalkulację proponowanej zmienionej wysokości wynagrodzenia Wykonawcy oraz wykazanie adekwatności propozycji do zmiany wysokości kosztów wykonania umowy przez Wykonawcę,

b) przyjęte przez Wykonawcę zasady kalkulacji wysokości kosztów wykonania umowy oraz założenia co do wysokości dotychczasowych oraz przyszłych kosztów wykonania umowy, wraz z dokumentami potwierdzającymi prawidłowość przyjętych założeń – takimi jak np. umowy o pracę lub dokumenty potwierdzające zgłoszenie pracowników do ubezpieczeń.

3. W terminie 30 dni od otrzymania wniosku, o którym mowa w ust. 2, Zamawiający może zwrócić się do Wykonawcy o jego uzupełnienie, poprzez przekazanie dodatkowych wyjaśnień, informacji lub dokumentów (np. zażądać oryginałów do wglądu lub kopii potwierdzonych za zgodność z oryginałami).

*Łajch*

4. Zamawiający w terminie 30 dni od otrzymania kompletnego wniosku zajmie wobec niego pisemne stanowisko. Za dzień przekazania stanowiska uznaje się dzień jego wysłania na adres właściwy dla doręczeń pism dla Wykonawcy.
5. Zamawiający najpóźniej w terminie 30 dni od dnia wejście w życie przepisów wprowadzających zmiany, o których mowa w ust. 1 pkt 7), może przekazać Wykonawcy pisemny wniosek o dokonanie zmiany umowy. Wniosek powinien zawierać co najmniej propozycję zmiany umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia oraz powołanie zmian przepisów.
6. Przed przekazaniem wniosku, o którym mowa w ust. 5, Zamawiający może zwrócić się do Wykonawcy o udzielenie informacji lub przekazanie wyjaśnień lub dokumentów (oryginałów do wglądu lub kopii potwierdzonych za zgodność z oryginałem) niezbędnych do oceny przez Zamawiającego, czy zmiany, o których mowa w ust. 1 pkt 7), mają wpływ na koszty wykonania umowy przez Wykonawcę oraz w jakim stopniu zmiany tych kosztów uzasadniają zmianę wysokości wynagrodzenia. Rodzaj i zakres tych informacji określi Zamawiający. Postanowienia ust. 3 i 4 stosuje się odpowiednio, z tym że Wykonawca jest zobowiązany w każdym przypadku do zajęcia pisemnego stanowiska w terminie 30 dni od dnia otrzymania wniosku od Zamawiającego.
7. Jeżeli w trakcie procedury opisanej w ust. 2 - 6 zostanie wykazane, że zmiany, o których mowa w ust. 1 pkt 7), uzasadniają zmianę wysokości wynagrodzenia, Strony uzgodnią treść aneksu do umowy oraz podpiszą aneks, z zachowaniem zasady zmiany wysokości wynagrodzenia w kwocie odpowiadającej zmianie kosztów wykonania umowy wywołanych przyczynami określonymi w ust. 1 pkt 7).
8. Zmiany postanowień zawartej umowy, o których mowa w ust. 1 pkt. 1) – 6) wymagają dla swej ważności formy pisemnej w postaci aneksu podpisanego przez obie strony, z zastrzeżeniem § 17 ust. 2 i § 8 ust. 7 umowy. Wniosek o wprowadzenie tych zmian musi być złożony na piśmie i uzasadniony.

W ocenie Odwołującego ww. postanowienia SIWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący podnosi, że zasady waloryzacyjne zostały ustalone wadliwie gdyż:

- 1) zmiana w wysokości minimalnej stawki godzinowej nie została wymieniona wśród okoliczności stanowiących podstawę do aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy;
- 2) umowa wyłącza stosowanie art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych w pierwszych 12 miesiącach realizacji zamówienia;
- 3) umowa nie wskazuje terminu, od którego będzie obowiązywało nowe wynagrodzenie;
- 4) umowa nie zawiera regulacji umożliwiającej jej wypowiedzenie w przypadku gdy strony nie uzgodnią aneksu waloryzacyjnego.

ad. 1)

Odwołujący wskazuje, że regulacja par. 13 ust. 1 pkt 7 lit. b Projektów umów narusza przepis art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie obejmuje swoim zakresem zmian w przepisach o wysokości minimalnej stawki godzinowej. Odwołujący podkreśla, że zarówno przesłanki jak i zręby zasad waloryzacyjnych zostały ustalone w art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przesłanki i podstawy waloryzacyjne są katalogiem zamkniętym. Katalog ten nie może być ograniczony z woli Zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany stosować wprost podstawy i przesłanki waloryzacyjne opisane w ww. art. 142 ust. 5. Wobec powyższego, Odwołujący podnosi, że



umowne wyłączenie ustawowych przesłanek waloryzacyjnych jest sprzeczne w ww. art. 142 ust. 5. Klauzula waloryzacyjna, która nie obejmuje wszystkich przesłanek enumeratywnie wskazanych w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, jest klauzulą sformułowaną wadliwie i sprzecznie z prawem.

Ponadto, Odwołujący zaznacza, że ustawa Prawo zamówień publicznych, nie zawiera przepisów zwalniających Zamawiającego od stosowania wprost art. 142 ust. 5 rzeczonyj ustawy. Ograniczanie przesłanek waloryzacyjnych nie jest dozwolone tym bardziej ze względu na treść siwz. Tytułem przykładu Odwołujący podaje, że fakt, iż usługa będzie realizowana wyłącznie przez osoby zatrudnione na umowę o pracę nie zwalnia z obowiązku sformułowania klauzuli waloryzacyjnej także w odniesieniu do wysokości minimalnej stawki godzinowej. Nietrudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, gdy następuje nieistotna zmiana treści zawartej umowy, w wyniku której sposób zatrudnienia niektórych osób realizujących zamówienie przekształca się z umowy o pracę na umowę cywilnoprawną. Umowa zawarta z klauzulą waloryzacyjną w treści zaproponowanej jw. powoduje, że Wykonawca nie może wystąpić o waloryzację wynagrodzenia w zakresie dotyczącym tychże umów cywilnoprawnych. „*Przy braku zasad zmiany wynagrodzenia wykonawcy określonych w SIWZ (zasad aneksowania albo klauzul waloryzacyjnych), wynagrodzenie umowne będzie mogło zostać zmienione jedynie przez sąd na podstawie klauzul rebus sic stantibus lub w innych szczególnych przypadkach przewidzianych prawem*” (KIO 2451/15 z dnia 24 listopada 2015).

ad. 2)

Zgodnie z par. 13 Projektów umów, klauzula waloryzacja będzie stosowana najwcześniej po upływie 12 miesięcy obowiązywania umowy. Tym samym wykonawca został pozbawiony uprawnienia do wystąpienia o aktualizację wynagrodzenia przynajmniej na okres co najmniej 1 roku, w tym dwóch miesięcy obowiązywania nowych przepisów o minimalnym wynagrodzenie i minimalnej stawce godzinowej . Ponadto, biorąc pod uwagę prawdopodobne rzeczywiste warunki realizacji kontraktu, jest możliwe, że waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy nastąpi po blisko 2 latach wykonywania świadczenia, a więc niemal przed wygaśnięciem kontraktów.

Odwołujący wskazuje, że postanowienia umowne wyłączają stosowanie art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych przez pierwsze 12 miesięcy trwania kontraktów. Umowy najwcześniej rozpoczną się od marca 2017 r.. Upływ ww. okresu bezwzględnej stałości cen zakończy się w marcu 2018 r.. Zwyczajowo przepisy zmieniające wysokość minimalnego wynagrodzenia oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej wchodzi w życie z dniem 1 stycznia. Zgodnie z umową wykonawca może złożyć wniosek waloryzacyjny w terminie 30 dni od dnia wejścia w życie przepisów zmieniających. Po upływie ww. 30 dni uprawnienie wykonawcy wygasa. Wykonawca we wniosku zobowiązany jest wykazać wzrost kosztów. Mając na uwadze, że najwcześniejsza aktualizacja wypada na marzec tj. po terminie złożenia wniosku waloryzacyjnego, a niespornym i powszechnie wiadomym jest, że udowodnienie wzrostu kosztów w styczniu za marzec jest niemożliwe, to istnieje zagrożenie, że pierwsza waloryzacja wykonawcy nastąpi w 2019 r.. Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego,

zawarte w par. 13 Projektów umów klauzule aktualizacyjne są sprzeczne z dobrymi obyczajami, stanowią nadużycie przysługującego Zamawiającemu prawa do kształtowania treści umowy oraz zmierzają do obejścia przepisów prawa. Opisany powyżej sposób formułowania postanowień umownych stanowi obejście prawa ponieważ *de facto* nie gwarantuje waloryzacji wynagrodzenia na zasadach określonych w art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podnosi, że ustalony w siwz zakaz waloryzacji w okresie pierwszych 12 miesięcy realizacji kontraktu jest sprzeczny z przepisem art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wskazuje, że przepis art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych znajduje zastosowanie do umów długoterminowych i zawsze wówczas, gdy spełni się którakolwiek z przesłanek wskazanych w tymże przepisie. Norma art. 142 ust. 5 dotycząca długości umowy określa wyłącznie typ umów, w których powinny zostać zawarte postanowienia aktualizacyjne. Sformułowanie, „umowa zawarta na okres dłuży niż 12 miesięcy” nie stanowi podstawy do wyodrębnienia z całego okresu obowiązywania kontraktu, owych 12 miesięcy bezwaloryzacyjnych. Umowa o zamówienie publiczne w kontekście postanowień waloryzacyjnych jest niepodzielna. Wobec powyższego, Odwołujący wskazuje, że ustalanie w umowach długoterminowych okresów stałości cen, mimo zaistnienia okoliczności z art. 142 ust. 5 ustawy pzp, jest niezgodne z prawem. Odwołujący podkreśla, że przepis art. 142 ust. 5 ustawy pzp jest przepisem *ius cogens* i nawet czasowo nie można wyłączyć jego stosowania na mocy porozumienia stron - umowy. Odwołujący zaznacza, że bez względu na moment trwania umowy długoterminowej, obowiązek waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy następuje zawsze w przypadku zmiany prawa o VAT; wysokości płacy minimalnej lub minimalnej stawki godzinowej; albo przepisów o ZUS. Ponadto, z uwagi na okoliczność, że ww. zmiany są nieprzewidywalne, to ustalanie w klauzuli waloryzacyjnej okresów stałości cen, stanowi naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych. Podkreślanie wymaga, że celem przepisu art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, którymi jest m.in. umożliwienie prawidłowej wyceny usługi oraz ochrona Zamawiającego polegająca na gwarancji uzyskania usługi o stałej i niezmiennej jakości.

ad. 3)

SIWZ, w tym w szczególności Projekty umów, nie zawierają postanowień o terminie, od którego będzie obowiązywało zwaloryzowane wynagrodzenie. Jednym z warunków, niezbędnych dla zakwalifikowania klauzuli aktualizacyjnej jako pełnej, jest wskazanie terminu, od którego będzie obowiązywało zwaloryzowane wynagrodzenie. Obowiązek taki jest realizacją celów przepisu art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, którymi jest m.in. umożliwienie prawidłowej wyceny usługi oraz ochrona Zamawiającego polegająca na gwarancji uzyskania usługi o stałej i niezmiennej jakości. Przepis art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych nakłada na Zamawiającego obowiązek ustalenia w umowie „zasad wprowadzania 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 niniejszym postępowaniu, z uwagi na brak ww. terminu, sformułował niepełną a w konsekwencji wadliwą klauzulę. Zgodnie z przywołanym przepisem art. 142 ust. 5, Wykonawca w chwili składania oferty powinien mieć pewność, że obliczenie jego ceny wykonane zostało z uwzględnieniem wszystkich ryzyk rynkowych. Brak wskazania terminu, od którego będzie obowiązywało uaktualnione wynagrodzenie powoduje, że Wykonawca dopiero w czasie realizacji umowy, wykonawca uzyska wiedzę o ostatecznej wysokości kosztów, które zobowiązany będzie ponieść w związku z realizacją zamówienia.

ad. 4)

SIWZ, w tym w szczególności Projekty umów, nie zawierają postanowień umożliwiających rozwiązanie przez każdą ze stron umowy z zachowaniem okresu wypowiedzenia w przypadku odmowy waloryzacji. Zgodnie z art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający jest zobligowany określić w umowie szereg warunków i reguł, według których dokonywana będzie zmiana wynagrodzenia wykonawcy. Pełna klauzula waloryzacyjna zawiera również postanowienia umożliwiające zakończenie kontraktu w przypadku jeśli strony nie porozumieją w sprawie waloryzacji. Obowiązek taki jest realizacją celów przepisu art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, którymi jest m.in. umożliwienie prawidłowej wyceny usługi oraz ochrona Zamawiającego polegająca na gwarancji uzyskania usługi o stałej i niezmiennej jakości. Wykonawca w chwili składania oferty powinien mieć pewność, że obliczenie jego ceny wykonane zostało z uwzględnieniem wszystkich ryzyk rynkowych.

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący zaznacza, że celem nowelizacji przepisu art. 142 ustawy Prawo zamówień publicznych było m.in., że: „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”.

Odwołujący pozwala sobie także zaznaczyć, na temat przepisu art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, wypowiedziała się także Krajowa Izba Odwoławcza (wyrok z dnia 9 marca 2015 r. (KIO 346/15)). Zgodnie, z przywołanym wyrokiem: „(...) 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 uwzględniać również przy kalkulowaniu ceny oferty. Dokonywanie w tym zakresie zmian przez ustawodawcę może zatem wpłynąć na koszt wykonania zamówienia przez wykonawcę. Celem 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 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 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 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 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 świetle powyższego proponuje się uzupełnić przepis art. 142 ustawy Pzp o nowy ust. 5 poprzez wprowadzanie obowiązku zawierania w umowach trwających powyżej 12 miesięcy zapisów dotyczących zmiany odpowiedniej wysokości wynagrodzenia, w ściśle określonych przypadkach. Zgodnie z treścią proponowanego przepisu art. 142 ust. 5 ustawy, umowa





musiałaby zawierać postanowienie o odpowiedniej zmianie wysokości wynagrodzenia wykonawcy w razie 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”, wynikające wprost z zaistniałej zmiany przepisów prawa. Kwota o jaką zmienione zostanie wynagrodzenia, 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. (...)”.

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 siwz nie zawierają regulacji o warunkach zmiany wynagrodzenia wykonawcy, w zakresie opisanym i wymaganym przepisem art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, Odwołujący wnosi o zmianę dokumentacji postępowania w następujący sposób:

#### **żądanie:**

Odwołujący wnosi o zmianę postanowień siwz, w tym w szczególności we wzorze umowy polegających na zmianie postanowień par. 13 ust. 1 pkt 7 i nast. w następujący sposób:

#### *§ 13*

#### *Zmiany postanowień zawartej umowy*

1. *Zmiany postanowień umowy dopuszczalne są w następujących przypadkach:*

*(...)*

- 7) *zmiany wynagrodzenia brutto Wykonawcy w przypadku, gdy w okresie obowiązywania umowy nastąpi:*
  - d) *zmiana obowiązującej stawki VAT,*
  - e) *zmiany 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,*



- f) zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne,  
- a zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę – zastosowanie mają zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, określone w postanowieniach ust. 2-9.
2. Wykonawca najpóźniej w terminie 30 dni od dnia wejścia w życie przepisów wprowadzających zmiany, o których mowa w ust. 1 pkt 7), może wystąpić do Zamawiającego z pisemnym wnioskiem o dokonanie zmiany umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia wraz z jej uzasadnieniem oraz dokumentami niezbędnymi do oceny przez Zamawiającego, czy zmiany mają wpływ na koszty wykonania umowy przez Wykonawcę oraz w jakim stopniu zmiany tych kosztów uzasadniają zmianę wysokości wynagrodzenia Wykonawcy określonego w umowie, a w szczególności:
    - c) szczegółową kalkulację proponowanej zmienionej wysokości wynagrodzenia Wykonawcy oraz wykazanie adekwatności propozycji do zmiany wysokości kosztów wykonania umowy przez Wykonawcę,
    - d) przyjęte przez Wykonawcę zasady kalkulacji wysokości kosztów wykonania umowy oraz założenia co do wysokości dotychczasowych oraz przyszłych kosztów wykonania umowy, wraz z dokumentami potwierdzającymi prawidłowość przyjętych założeń – takimi jak np. umowy o pracę lub dokumenty potwierdzające zgłoszenie pracowników do ubezpieczeń.
  3. W terminie 30 dni od otrzymania wniosku, o którym mowa w ust. 2, Zamawiający może zwrócić się do Wykonawcy o jego uzupełnienie, poprzez przekazanie dodatkowych wyjaśnień, informacji lub dokumentów (np. zażądać oryginałów do wglądu lub kopii potwierdzonych za zgodność z oryginałami).
  4. Zamawiający w terminie 30 dni od otrzymania kompletnego wniosku zajmie wobec niego pisemne stanowisko. Za dzień przekazania stanowiska uznaje się dzień jego wysłania na adres właściwy dla doręczeń pism dla Wykonawcy.
  5. Zamawiający najpóźniej w terminie 30 dni od dnia wejścia w życie przepisów wprowadzających zmiany, o których mowa w ust. 1 pkt 7), może przekazać Wykonawcy pisemny wniosek o dokonanie zmiany umowy. Wniosek powinien zawierać co najmniej propozycję zmiany umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia oraz powołanie zmian przepisów.
  6. Przed przekazaniem wniosku, o którym mowa w ust. 5, Zamawiający może zwrócić się do Wykonawcy o udzielenie informacji lub przekazanie wyjaśnień lub dokumentów (oryginałów do wglądu lub kopii potwierdzonych za zgodność z oryginałem) niezbędnych do oceny przez Zamawiającego, czy zmiany, o których mowa w ust. 1 pkt 7), mają wpływ na koszty wykonania umowy przez Wykonawcę oraz w jakim stopniu zmiany tych kosztów uzasadniają zmianę wysokości wynagrodzenia. Rodzaj i zakres tych informacji określi Zamawiający. Postanowienia ust. 3 i 4 stosuje się odpowiednio, z tym że Wykonawca jest zobowiązany w każdym przypadku do zajęcia pisemnego stanowiska w terminie 30 dni od dnia otrzymania wniosku od Zamawiającego.
  7. Jeżeli w trakcie procedury opisanej w ust. 2 - 6 zostanie wykazane, że zmiany, o których mowa w ust. 1 pkt 7), uzasadniają zmianę wysokości wynagrodzenia, Strony uzgodnią treść aneksu do umowy oraz podpiszą aneks, z zachowaniem zasady zmiany wysokości wynagrodzenia w kwocie odpowiadającej zmianie kosztów wykonania umowy wywołanych przyczynami określonymi w ust. 1 pkt 7).
  8. Zmiany postanowień zawartej umowy, o których mowa w ust. 1 pkt. 1) – 6) wymagają dla swej ważności formy pisemnej w postaci aneksu podpisanego przez obie strony, z zastrzeżeniem § 17 ust. 2 i § 8 ust. 7 umowy. Wniosek o wprowadzenie tych zmian musi być złożony na piśmie i uzasadniony.
  9. Zmiana wysokości wynagrodzenia obowiązywać będzie od dnia wejścia w życie zmian o których mowa w ust. 1 pkt 7.
  10. każda ze stron ma prawo wypowiedzieć umowę z zachowaniem 3 miesięcznego okresu wypowiedzenia

*Chafgaro Ręgaro*