

Sygn. akt: KIO 1060/16

WYROK
z dnia 1 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2016 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Impel Catering "Company" sp. z o.o. sp. k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Specjalistyczny „Inflancka” im. Krysi Niżyńskiej Zakurzonej SPZOZ, ul. Inflancka 6, 00-189 Warszawa**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **IZAN+ Sp. z o.o. ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 1060/16 po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu modyfikację treści SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu poprzez:

- usunięcie z treści warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wymagania, zgodnie z którym jeden z kucharzy winien posiadać udokumentowane odpowiednimi certyfikatami zdolności wykonywania posiłków dietetycznych dla diet medyczno-zdrowotnych oraz wyznaniowo-poglądowych (wegetariańska, wegańska, jarska, muzułmańska, koszerna),
- wprowadzenie do treści Załącznika do SIWZ - „projekt umowy” postanowień gwarantujących wykonawcy realizację prawa określonego w art. 142 ust. 5 ustawy Prawo

zamówień publicznych

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Szpital Specjalistyczny „Inflancka” im. Krysi Niżyńskiej Zakurzonej SPZOZ, ul. Inflancka 6, 00-189 Warszawa** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 0gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Impel Catering "Company" sp. z o.o. sp. k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiającego **Szpitala Specjalistycznego „Inflancka” im. Krysi Niżyńskiej Zakurzonej SPZOZ, ul. Inflancka 6, 00-189 Warszawa** na rzecz odwołującego **Impel Catering "Company" sp. z o.o. sp. k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** kwotę **18 600 zł 0 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Szpital Specjalistyczny „Inflancka” im. Krysi Niżyńskiej „Zakurzonej” SPZOZ w Warszawie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług całodobowego żywienia pacjentów w oparciu o wynajęte pomieszczenia kuchni wraz z dzierżawą wyposażenia oraz prowadzenie działalności gastronomiczno- handlowej w oparciu o wynajęte pomieszczenia bufetu.”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 109-194424.

Odwołujący zarzucił 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. 22 ust. 1 pkt. 3 i art. 22 ust. 4 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wadliwy opis przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, 3) art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego ustalenia w treści SIWZ postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy.

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

Zgodnie z Rozdziałem I § 17 pkt. 1.1.3 tiret 1 SIWZ Zamawiający wymaga „dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia: Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia: jeśli wykaże, że dysponuje (i na jakiej podstawie) co najmniej: - 2 kucharzy, z minimum 3 letnim doświadczeniem w pracy na tożsamym stanowisku, w zakresie świadczenia usługi zbiorowego żywienia pacjentów w szpitalach specjalistycznych lub ginekologiczno - położniczych, posiadających aktualną książeczkę do celów sanitarno-epidemiologicznych, przy czym minimum jeden z nich winien posiadać udokumentowane odpowiednimi certyfikatami zdolności wykonywania posiłków dietetycznych dla diet medyczno-zdrowotnych oraz wyznaniowo-poglądowych (wegetariańska, wegańska, jarska, muzułmańska, koszerna);(...). Zdaniem Odwołującego, wymóg aby jeden z kucharzy posiadał udokumentowane odpowiednimi certyfikatami zdolności wykonywania posiłków dietetycznych dla diet wyznaniowo - poglądowych (wegetariańska, wegańska, jarska,

muzułmańska, koszerna), należy uznać za nadmierny na gruncie przepisu art. 22 ust. 1 pkt. 3 ustawy prawo zamówień publicznych w związku z art. 22 ust. 4 ustawy prawo zamówień publicznych. Według tego przepisu opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z rozdziałem I § 1 SIWZ, przedmiot zamówienia stanowi wyłącznie świadczenie usług całodobowego żywienia pacjentów hospitalizowanych przez Zamawiającego realizowanego w systemie dystrybucji posiłków w oddziałach szpitalnych. Osobą przygotowującą jadłospisy i odpowiedzialną za zachowanie zasad diety w dietach medyczno - zdrowotnych stosowanych w szpitalach jest dietetyk. Osoba na stanowisku kucharza posiadająca odpowiednie wykształcenie i doświadczenie ma za zadanie realizację przygotowanych i zbilansowanych przez dietetyka jadłospisów. Posiadanie certyfikatu przez kucharza w żaden sposób nie determinuje czy wykonawca dysponuje osobami zdolnym do wykonania zamówienia. W konsekwencji żądanie przez Zamawiającego dla kucharzy certyfikatu dotyczącego diet wyznaniowo-poglądowych z oczywistych względów wykracza w sposób istotny poza tak określony opis przedmiotu zamówienia, a przez to bezsporny stanowi warunek dyskryminujący, ograniczający konkurencję w postępowaniu oraz preferuje ograniczony krąg podmiotów kosztem pozostałych.

Odwołujący wniósł o usunięcie z treści postanowienia Rozdziału I § 17 pkt. 1.1.3 tiret 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwrotu, jeden z nich winien posiadać udokumentowane odpowiednimi certyfikatami zdolności wykonywania posiłków dietetycznych dla diet medyczno-zdrowotnych oraz wyznaniowo-poglądowych (wegetariańska, wegańska, jarska, muzułmańska, koszerna)”

Zgodnie z Rozdziałem I § 5 SIWZ termin realizacji umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne ustalony został przez Zamawiającego na 3 lata od dnia podpisania umowy. Zamawiający w Załączniku do SIWZ – „projekt umowy” nie przewidział możliwości zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany: 1) stawki podatku od towarów i usług; 2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu ze prace; 3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne. Zdaniem Odwołującego, ww. opis dopuszczalnych i przewidywanych zmian wysokości wynagrodzenia Wykonawcy jest niezgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepisy przywołanej ustawy w treści obowiązującej po 19 października 2014 r. tj. w treści, którą stosuje się do przedmiotowego postępowania nakazują, aby „umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości

wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany: 1) stawki podatku od towarów i usług; 2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2001 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę; 3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne - jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonywania zamówienia przez wykonawcę.” (art. 142 ust. 5).

Mając na względzie, że termin umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne ustalony został na 36 miesięcy, a postanowienia ogłoszenia i siwz nie zawierają regulacji o warunkach zmiany wynagrodzenia wykonawcy, w zakresie wskazanym w powyższym pkt 1, 2 i 3, Odwołujący wniósł o zmianę dokumentacji postępowania poprzez dodanie pominiętych przesłanek zmiany wynagrodzenia. W ocenie Odwołującego, Zamawiający wprowadził w sposób wadliwy w § 2 ust 5 projektu umowy postanowienie zawierające zobowiązanie Wykonawcy do gwarancji niezmienności ceny przez cały okres obowiązywania umowy. Odwołujący wskazał, że ww. działania Zamawiającego stoją 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 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”.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający winien wskazać również reguły, według których będzie wprowadzana zmiana wysokości wynagrodzenia w przypadku nowelizacji ww. przepisów prawa. Odwołujący wskazał, że zawarte w treści siwz postanowienia nie realizują dyspozycji przepisu art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie zostało

opisane: 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 zaznaczył, że negocjacje nie są, w świetle art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, „mechanizmem waloryzacji” wynagrodzenia wykonawcy. Zgodnie z przywołanym przepisem art. 142 ust. 5, wykonawca w chwili składania oferty powinien mieć pewność, że kalkulacja jego ceny wykonana została 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.

Odwołujący wniósł o usunięcie z treści Załącznika do SIWZ - „projekt umowy” całego postanowienia § 2 ust. 5 zawierającego zobowiązanie Wykonawcy do gwarancji niezmienności ceny przez pełny okres obowiązywania. Wniósł o dodanie w treści Załącznika do SIWZ - „projekt umowy” następujących postanowień: 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 obowiązywać 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 i 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 litera b) i c). 7.

Zmiany treści umowy wymagają zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych uniemożliwiających jego rozpoznanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt. 3 i art. 22 ust. 4 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wadliwy opis przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający postawił warunek, aby wykonawcy wykazali, że dysponują odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Wskazał, że uzna, że Wykonawca spełnia warunek dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia: jeśli wykonawca wykaże, że dysponuje osobami (i na jakiej podstawie) co najmniej: - 2 kucharzy, z minimum 3 letnim doświadczeniem w pracy na tożsamym stanowisku, w zakresie świadczenia usługi zbiorowego żywienia pacjentów w szpitalach specjalistycznych lub ginekologiczno - położniczych, posiadających aktualną książeczkę do celów sanitarno-epidemiologicznych, przy czym minimum jeden z nich winien posiadać udokumentowane odpowiednimi certyfikatami zdolności wykonywania posiłków dietetycznych dla diet medyczno-zdrowotnych oraz wyznaniowo-poglądowych (wegetariańska, wegańska, jarska, muzułmańska, koszerna); osobą 1 dietetyka posiadającego odpowiednie uprawnienia oraz aktualną książeczkę do celów sanitarno – epidemiologicznych, z minimum 3 letnim doświadczeniem w układaniu diet dla pacjentów placówek medycznych.

Stosownie do art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby, sformułowany warunek dotyczący dysponowania odpowiednimi osobami jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że opis przedmiotu zamówienia zawarty w § 1 ust 1 SIWZ oraz w załączniku nr 2 do SIWZ, nie określa żadnych wymagań w zakresie sporządzania diet w odniesieniu do kucharza. Opis przedmiotu zamówienia nie określa, aby to kucharz miał określać rodzaje posiłków w ramach poszczególnych diet, tym bardziej, że do obowiązków wykonawców należy dysponowanie również dietetykiem. Do obowiązków kucharza powinno należeć przygotowanie posiłków zgodnie z jadłospisem określonym przez dietetyka. Tym samym warunek dysponowania kucharzem, posiadającym certyfikat wykonywania posiłków w ramach diet medyczno- zdrowotnych oraz wyznaniowo- poglądowych, wykracza poza opis przedmiotu zamówienia, a tym samym jest nieproporcjonalny ograniczający krąg podmiotów mogących wziąć udział w postępowaniu.

Zamawiający w trakcie rozprawy podkreślał, że ma dowolność w określeniu, jaki produkt chce nabyć. Wbrew twierdzeniu Zamawiającego należy podkreślić, że postawione przez Zamawiającego wymogi powinny być obiektywnie uzasadnione i zgodne z wymogami prawa. W toku niniejszego postępowania Zamawiający nie wykazał, że wymagane przez Zamawiającego certyfikaty istnieją i że możliwe jest ich uzyskanie. Zamawiający w trakcie rozprawy przyznał, że brak jest w Polsce jednostek certyfikujących w zakresie zdolności przygotowywania posiłków dietetycznych. Zamawiający co prawda twierdził, że do określania prawidłowości posiłków sporządzanych w zakresie diet wyznaniowych właściwe są gminy wyznaniowe, jednakże nie wykazał, aby przyznawały one jakiegokolwiek certyfikaty osobom przyrządzającym posiłki. Nie przedstawił żadnego certyfikatu. Przeczył twierdzeniom Odwołującego, iż w zakresie diety koszernej wydawany jest certyfikat koszerności dotyczący jedynie obiektów, a nie określonych osób, jednakże takiego certyfikatu nie okazał.

Nadto, w trakcie rozprawy Zamawiający wskazał, że w przypadku diety jarskiej, wegetariańskiej czy wegańskiej można odbyć szkolenie, po odbyciu którego przyznawany jest certyfikat ukończenia szkolenia, potwierdzający znajomość diety. Jednakże Zamawiający sam wskazał, że nie występują certyfikaty, wydawane dla co najmniej 3 ww. diet. W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał również, aby konieczne były jakiegokolwiek dodatkowe wymagania w zakresie przygotowania diety wegetariańskiej, jarskiej czy wegańskiej. Tym samym Zamawiający postawił wymogi, które nie tylko są całkowicie niezasadne, ale w odniesieniu do których Zamawiający nie wykazał również, aby możliwe było spełnienie tych wymogów zgodnie z zapisami SIWZ.

Zamawiający wyjaśnił, że wymagania takie zostały wprowadzone z uwagi na zmieniające się podejście szpitali do kwestii diety. W ocenie Zamawiającego, jest ona bardzo ważna w kwestiach leczenia. Zamawiający od pół roku przewiduje możliwość wyboru posiłków przez

pacjentów. Nadto Zamawiający podniósł, że poszukuje możliwości zwiększenia ilości pacjentów, gdyż w chwili obecnej nie ma pełnego obłożenia.

Odnosząc się do powyższych stwierdzeń podnieść należy, że Izba nie neguje uprawnień Zamawiającego do podnoszenia standardu świadczonych przez Zamawiającego usług leczniczych i podejmowania działań, mających na celu uwzględnienie wszelkich potrzeb pacjentów. Jednakże nie może to prowadzić do stawiania wykonawcom warunków nie tylko nieproporcjonalnych, ale także nie znajdujących odzwierciedlenia w prawidłowo sporządzonym opisie przedmiotu zamówienia. Trafnie zauważył Odwołujący, że nic nie stało na przeszkodzie, aby w samym opisie zamówienia Zamawiający zawarł opis sposobu przygotowania posiłków (wymagania techniczne, jakie powinny spełniać posiłki przygotowywane zgodnie z wymogami poszczególnych diet), co umożliwiłoby także większą konkurencyjność postępowania. Trafnie także zauważył Odwołujący, że to dietetyk powinien posiadać wiedzę, dotyczącą warunków, jakie powinny spełniać posiłki przygotowane zgodnie z wymaganiami poszczególnych diet. Tymczasem zgodnie z SIWZ, zakres wymagań w odniesieniu do dietetyka jest inny niż w stosunku do kucharza. Kucharz musi posiadać większą wiedzę na temat diet niż dietetyk. Jak wyżej zauważono, w samym opisie zamówienia Zamawiający mógł zawrzeć opis sposobu przygotowania posiłków, tj. wymagania techniczne, jakie powinny spełniać posiłki przygotowywane zgodnie z wymogami poszczególnych diet.

Izba za uzasadniony uznała także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego ustalenia w treści SIWZ postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Stosownie do art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany: 1) stawki podatku od towarów i usług, 2) 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, 3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne – jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Zamawiający wprowadził w § 2 ust 5 projektu umowy postanowienie zawierające

zobowiązanie Wykonawcy do gwarancji niezmienności ceny przez cały okres obowiązywania umowy. W ocenie Izby, powyższe postanowienie jest niezgodne z art. 142 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zawarte w treści SIWZ postanowienia nie realizują dyspozycji przepisu art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający dokonał modyfikacji ww. postanowienia, jednak dopiero po wniesieniu odwołania w niniejszym postępowaniu. W treści zmienionego postanowienia Zamawiający wprowadził wymaganą waloryzację. W ocenie Izby oznacza to, że Zamawiający co do zasady uznał zarzut odwołania.

Jednakże wprowadzone przez Zamawiającego nowe brzmienie § 15 wzoru umowy, nie stanowi gwarancji dokonania zmiany wysokości ceny w sytuacjach określonych w art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zmieniony przez Zamawiającego § 15 wzoru umowy zawiera zapis, że: „(...) Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmiany umowy” w sytuacjach wymienionych w treści tego paragrafu wzoru umowy. Zatem z zapisu tego wynika, że zmiana umowy jest uprawnieniem (możliwością), a nie obowiązkiem Zamawiającego. Od uznania Zamawiającego zależy więc, czy zmiana taka zostanie dokonana. Oznacza to, że zmieniony § 15 wzoru umowy nie spełnia wymogów art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, który kwestii zmiany wysokości ceny nie pozostawia dowolnemu uznaniu Zamawiającego ani negocjacom stron umowy.

Należy podkreślić, że art. 142 ust 5 ustawy Prawo zamówień publicznych ma charakter bezwzględnie obowiązujący, zatem wola stron nie jest tu elementem podstawowym, istotnym.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym wykonawca w chwili składania oferty powinien mieć pewność, że kalkulacja jego ceny wykonana została 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. Tym samym, w ocenie Izby, Zamawiający powinien wprowadzić do treści Załącznika do SIWZ - „projekt umowy” postanowień gwarantujących wykonawcy realizację prawa określonego w art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....