

WYROK

z dnia 5 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie **31 grudnia 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **13 grudnia 2021 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **PreZero Warszawa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu pn. *Kompleksowe mechaniczne oczyszczanie jezdni ulic m.st. Warszawy w sezonie zimowym i letnim w latach 2022-2026* (nr postępowania ZOM/KP/26/21)

prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto st. Warszawa – Zarząd Oczyszczania Miasta**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego:

- A. „BYŚ” W. B., Warszawa**
- B. AG-COMPLEX sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**
- C. PARTNER sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w we Wrocławiu**
- D. Remondis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze co do wycofanych przez Odwołującego zarzutów z pkt 1., 2., 3., 7., 8. i 9. listy zarzutów (zarzuty z pkt 3. lit. a, d, e, f uzasadnienia) i związanych z nimi żądań.**
- 2. Uwzględnia odwołanie w zakresie naruszenia art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) w zw. z art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.) i nakazuje Zamawiającemu obniżenie poziomu średniej arytmetycznej ogłaszanych przez Główny Urząd Statystyczny miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych uprawniającej strony do żądania zmiany wynagrodzenia oraz podwyższenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia wykonawcy w takim zakresie, który pozwoli na zachowanie ekwiwalentności świadczeń**

obu stron umowy w okresie jej realizacji.

3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i Zamawiającego po połowie i:
 - 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 9300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) odpowiadającej połowie kosztów postępowania odwoławczego, w tym połowie uzasadnionych kosztów Odwołującego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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**.

Uzasadnienie

Zarząd Oczyszczania Miasta st. Warszawy {dalej: „ZOM” lub „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Kompleksowe mechaniczne oczyszczanie jezdni ulic m.st. Warszawy w sezonie zimowym i letnim w latach 2022-2026* (nr postępowania ZOM/KP/26/21).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 1 grudnia 2021 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/S_233 pod poz. 613967.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

14 czerwca 2021 r. PreZero Warszawa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej: „PreZero” lub „Odwołujący”} wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści powyższego ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji warunków zamówienia {dalej: „SWZ” lub „specyfikacja”} w zakresie objętym poniższymi zarzutami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów {lista zarzutów}:

1. Art. 68 ust. 3 oraz 35 ust. 2 pkt 2 i ust. 4 ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych {dalej: „UEiPA”} w brzmieniu zmienionym ustawą z dnia 2 grudnia 2021 r., której tekst został ogłoszony w Dzienniku Ustaw 9 grudnia 2021 r., w zw. art. 99 ust. 2 pzp w zw. z art. 17 ust. 2 pzp oraz art. 58 § 1 i 3 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”} w zw. z art. 8 ust. 1 pzp – przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z ww. przepisami z uwagi na nałożenie na wykonawcę w § 3 ust. 9, 11 i 12 projektowanych postanowień umowy w sprawie wykonania zamówienia publicznego {dalej: „Projekt umowy”} obowiązku zapewnienia, aby 1) od początku realizacji zamówienia dziesięć procent, 2) od 1 stycznia 2025 r. 30 % jednostek sprzętowych wykorzystywanych do wykonywania umowy stanowiły pojazdy elektryczne lub zasilane gazem ziemnym {dalej: „udział ekologicznej floty”), mimo że według znowelizowanej UEiPA wymogów zapewnienia odpowiednio dziesięcio- i trzydziestoprocentowego udziału ekologicznej floty przy wykonywaniu zamówienia publicznego nie stosuje się do zlecenia zadań dotyczących letniego i zimowego utrzymania dróg polegającego na mechanicznej metodzie oczyszczania jezdni ulic, w szczególności zmiataniu i zmywaniu oraz zapobieganiu i zwalczaniu śliskości zimowej, w tym gołoledzi i usuwaniu śniegu, czyli do zadań składających się

na przedmiot tego zamówienia.

2. Art. 68 ust. 3 oraz 35 ust. 2 pkt 2 i ust. 4 znowelizowanej UEiPA w zw. z art. 99 ust. 2 pzp w zw. z art. 17 ust. 2 pzp oraz art. 58 § 1 do 3 kc w zw. z art. 8 ust. 1 pzp – przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z ww. przepisami z uwagi na: a) nałożenie na wykonawcę obowiązku zapłaty kar umownych w przypadku niezapewnienia wymaganego udziału ekologicznej floty przy wykonywaniu zamówienia (§ 3 ust. 13 w zw. z § 7 ust. 6 pkt 2 Projektu umowy), b) przyznanie Zamawiającemu uprawnienia do rozwiązania umowy przed terminem, na jaki została zawarta, w przypadku niezapewnienia przez wykonawcę udziału ekologicznej floty przy wykonywaniu zamówienia (§ 3 ust. 13 w zw. z § 8 ust. 1 pkt 6 Projektu umowy), mimo że jest to tym bardziej nieuprawnione, skoro sam wymóg zapewnienia udziału ekologicznej floty przy wykonywaniu zamówienia jest wprost sprzeczny ze znowelizowaną UEiPA.
3. [ewentualnie na wypadek uznania przez Izbę, że Zamawiający miał prawo na zasadzie swobody umów sformułować taki wymóg] Art. 99 ust. 2 i 4 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 pzp oraz w zw. z art. 353¹ kc, art 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 pzp – przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób całkowicie nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, polegające na sformułowaniu w § 3 ust. 9, 11 i 12 Projektu umowy wymogu udziału ekologicznej floty przy wykonywaniu zamówienia – który: a) bardzo istotnie zwiększa koszty realizacji zamówienia, ograniczając krąg podmiotów mogących się o nie ubiegać, b) może okazać się wręcz niemożliwy do spełnienia, gdyż z uwagi na tryb pracy przy świadczeniu usług zimowego, mechanicznego utrzymania ulic brak jest wystarczającej infrastruktury do ładowania/tankowania pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym, a także z uwagi na ograniczoną dostępność tego rodzaju pojazdów – co w sposób niedopuszczalny ogranicza konkurencję i narzuca wykonawcom skrajnie niekorzystne warunki realizacji zamówienia, co stanowi przejaw nadużycia przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
4. Art. 439 ust. 2 pkt 1 pzp w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 pzp oraz art. 16 pkt 1 i 3 pzp w zw. z art. 353¹ kc oraz art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 pzp – przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z ww. przepisami, polegające na zastrzeżeniu w § 12 ust. 5 pkt 1 Projektu umowy, że waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy może nastąpić *w przypadku, gdy z danych Głównego Urzędu Statystycznego (dalej jako „GUS”) dotyczących 12 (dwunastu) następujących po sobie miesięcy wynika, że średnia arytmetyczna ogłaszanych miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych, określonych w pkt. 2, wynosi mniej niż 95 lub więcej niż 105*, podczas gdy takie uwarunkowanie zasad waloryzacji wynagrodzenia nie pozwala na zapewnienie

ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niweluje ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, gdyż przy aktualnym poziomie inflacji, przy braku zagwarantowania przez Zamawiającego minimalnego zakresu usług zimowego utrzymania (względnie wynagrodzenia za gotowość do świadczenia takich usług), jak również zważywszy na poziom marży dla kontraktów utrzymaniowych, zmiana ww. średniej arytmetycznej o wartość wynoszącą nawet 0,5 w bardzo istotny sposób przekłada się na utrzymanie rentowności wykonania umowy, co uzasadnia waloryzację wynagrodzenia przy dużo niższym poziomie zmiany cen materiałów lub kosztów, zaś utrzymanie ww. zapisów Projektu umowy w niezmiennym kształcie musi być uznane za naruszające zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego.

5. Art. 439 ust. 1 w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 353¹ oraz art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 pzp – przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z ww. przepisami, polegające na zastrzeżeniu w § 12 ust. 8 Projektu umowy, że maksymalna zmiana wartości wynagrodzenia wykonawcy w związku z zastosowaniem postanowień dotyczących waloryzacji *nie może przekroczyć 15% wartości wynagrodzenia łącznego, o którym mowa w § 5 ust. 1 w wysokości obowiązującej na dzień zawarcia umowy*, mimo że z uwagi na aktualny poziom inflacji oraz planowany okres realizacji zamówienia wynoszący ok. 3,5 roku jest wysoce prawdopodobne, że wzrost cen materiałów lub kosztów związanych z wykonaniem zamówienia przekroczy 15% wartości łącznego wynagrodzenia wykonawcy na dzień zawarcia umowy np. już po dwóch latach jej obowiązywania, co przy utrzymaniu ww. ograniczenia pozbawiłoby wykonawcę prawa do waloryzacji w trzecim lub czwartym roku wykonywania umowy.
6. Art. 99 ust. 1, 2 i 4 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 pzp oraz w zw. z art. 353¹ kc i art 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 pzp – przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, polegające na narzuceniu wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków w § 5 ust. 3 Projektu umowy, zgodnie z którym za wykonanie przedmiotu umowy w części dotyczącej zimowego utrzymania Zamawiający zapłaci wykonawcy jedynie wynagrodzenie kosztorysowe stanowiące iloczyn ilości faktycznie wykonanych prac potwierdzonych oraz cen jednostkowych określonych w załączniku nr 10, nie gwarantując przy tym ilości ani częstotliwości zleconych prac polegających na świadczeniu usług zimowego utrzymania oraz wymagając od wykonawcy utrzymania gotowości do świadczenia tych usług na określonym poziomie przez cały okres obowiązywania umowy o Zamówienie, bez jednoczesnego przewidzenia jakiegokolwiek

wynagrodzenia za pozostawanie przez wykonawcę w gotowości, co stanowi przejaw nadużycia przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż uniemożliwia oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty, a w efekcie powoduje, że ustalone przez Zamawiającego wynagrodzenie jest nieadekwatne do zakresu świadczenia i nie gwarantuje równowagi stron stosunku zobowiązaniowego.

7. Art. 433 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 3 oraz art. 483 § 1 kc w zw. z art. 353¹ kc oraz z art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 pzp – przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z ww. przepisami, polegające na zastrzeżeniu w § 7 ust. 1 pkt 16, ust. 2 pkt 1 i 2 oraz ust. 11 Projektu umowy kar umownych za nieterminowe wykonanie opisanych tam obowiązków, bez wskazania, że są to kary za zwłokę, co powoduje, że należy traktować je jak kary za opóźnienie, mimo że nie jest to uzasadnione okolicznościami.
8. Art. 436 pkt 3 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 pzp oraz art. 483 § 1 kc w zw. z art. 484 § 2 kc i art. 353¹ kc w zw. z art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 pzp – przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z ww. przepisami, polegający na wskazaniu w § 7 ust. 15 Projektu umowy, że maksymalna wysokość kar umownych możliwych do naliczenia wykonawcy na podstawie umowy nie przekroczy 50 % wartości maksymalnego wynagrodzenia brutto wykonawcy, co jest wartością rażąco wygórowaną i narzuca wykonawcom skrajnie niekorzystne warunki umowy, co stanowi przejaw nadużycia przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
9. Art. 134 ust. 1 pkt 6 pzp oraz art. 436 pkt 1 pzp – przez wskazanie w § 2 ust. 1 Projektu umowy oraz w pkt II.2.7) ogłoszenia daty dziennej zakończenia wykonywania umowy, mimo że zgodnie z dyspozycją drugiego z powyższych przepisów umowa o zamówienie powinna określać planowany termin realizacji w miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną, z czym w tym przypadku nie mamy do czynienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian ogłoszenia o zamówieniu lub SWZ polegających na:

1. Wykreśleniu z ogłoszenia i SWZ wymogów dotyczących zapewnienia przy realizacji umowy udziału ekologicznej floty pojazdów, o której mowa w UEiPA, w szczególności § 3 ust. 9, i 11 Projektu umowy.
2. Nadaniu § 12 ust. 5 pkt 1 Projektu umowy następującego brzmienia: *Zmiana wynagrodzenia może nastąpić z inicjatywy Zamawiającego lub na wniosek Wykonawcy w przypadku, gdy z danych Głównego Urzędu Statystycznego (dalej jako „GUS”)*

dotyczących 12 (dwunastu) następujących po sobie miesięcy wynika, że średnia arytmetyczna ogłaszanych miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych, określonych w pkt. 2, wynosi mniej niż 99 lub więcej niż 101.

3. Nadaniu § 12 ust. 8 Projektu umowy następującego brzmienia: *Maksymalna zmiana wartości wynagrodzenia Wykonawcy tj. suma wszystkich wprowadzanych zmian na podstawie ww. postanowień nie może przekroczyć 30% wartości wynagrodzenia łącznego, o którym mowa w § 5 ust. 1 w wysokości obowiązującej na dzień zawarcia umowy.*
4. Zagwarantowaniu wykonawcy minimalnego zakresu usług zimowego utrzymania, które Zamawiający zobowiązany będzie zlecić na podstawie umowy, ewentualnie dzięki zagwarantowaniu wynagrodzenia za gotowość do świadczenia usług zimowego utrzymania umożliwiającego należyte oszacowanie kosztów wykonania zamówienia, którego wartość powinna odpowiadać co najmniej siedemnastu akcjom podstawowym typu ALFA.
5. Określeniu w § 7 ust. 1 pkt 16, ust. 2 pkt 1 i 2 oraz ust. 11 Projektu umowy, że zastrzeżone tam kary umowne są karami za zwłokę, nie zaś za opóźnienie.
6. Określeniu w § 7 ust. 15 Projektu umowy, że maksymalna wysokość kar umownych możliwych do naliczenia wykonawcy na podstawie umowy nie przekroczy 20 % wartości maksymalnego wynagrodzenia brutto wykonawcy.
7. Określeniu terminu realizacji zamówienia w miesiącach.
8. Przedłużeniu terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ogłoszeniu i SWZ.

Ponadto z uzasadnienia odwołania wynikają dodatkowo w szczególności następujące okoliczności faktyczne i prawne precyzujące te zarzuty zawarte w odwołaniu, które nie zostały ostatecznie wycofane przed otwarciem rozprawy.

{ad pkt 4. i 5. listy zarzutów – pkt 3. lit. b) uzasadnienia}

Zgodnie z art. 439 ust. 1 pzp umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Art. 439 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp stanowi, że w umowie określa się poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia.

Odwołujący wywiódł, że celem, który przyświecał ustawodawcy przy wprowadzeniu do ustawy pzp art. 439 ust. 1 było umożliwienie zachowania równowagi ekonomicznej stron w przypadku realizowania świadczeń w dłuższych okresach. Praktyka rynkowa pokazywała bowiem, że zarówno z powodu przedłużających się procedur dotyczących wyłaniania wykonawców umów o zamówienia publiczne, jak i z uwagi na zmieniające się warunki rynkowe, ceny określone przez wykonawców w dacie składania ofert mogły z biegiem czasu stawać się całkowicie nieadekwatne do wartości ich świadczenia.

Jak wskazuje Urząd Zamówień Publicznych: *Zamówieniowe klauzule waloryzacyjne zyskują na znaczeniu zwłaszcza w aktualnej sytuacji gospodarczej, w której obserwujemy m.in. znaczny wzrost cen materiałów i robót budowlanych, braki kadrowe i sprzętowe, wstrzymanie dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu czy też w realizacji usług transportowych. Wskazane przykładowo czynniki zewnętrzne wywierają wpływ na opłacalność realizowanego zamówienia i mogą znacząco ograniczać płynność przedsiębiorstw, stąd niezmiernie istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych jest prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej. Klauzula waloryzacyjna sformułowana w sposób precyzyjny, z poszanowaniem interesów stron kontraktu publicznego, pozwoli ochronić interesy finansowe wykonawcy, zaś zamawiającemu zapewni należyłą, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego* [cytat za https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0014/52151/KLAUZULA-WALORYZACYJNA-W-USTAWIE-PRAWO-ZAMOWIEN-PUBLICZNYCH.pdf].

Regulacja art. 439 ust. 1 pzp ma więc pozwalać zamawiającym i wykonawcom na dostosowywanie wzajemnych świadczeń do warunków panujących w trakcie wykonywania zamówienia. Przepis ten ma również na celu zapobieganie przerzucaniu na wykonawcę całości ryzyka wynikającego ze zmieniających się stosunków gospodarczych. W ostatecznym rozrachunku jest to również korzystne dla zamawiających, gdyż stabilizuje relację kontraktową stron i w mniejszym stopniu naraża zamawiającego na ryzyko wyjścia wykonawcy z umowy przed terminem, na jaki została zawarta.

Zamawiający ukształtował zasady dotyczące waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w § 12 Wzoru umowy, w szczególności:

- w § 12 ust. 5 pkt 1 określił poziom zmian cen materiałów lub kosztów uprawniający wykonawcę do zmiany wynagrodzenia, wskazując, że waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy może nastąpić *w przypadku, gdy z danych Głównego Urzędu Statystycznego (dalej jako „GUS”) dotyczących 12 (dwunastu) następujących po sobie miesięcy wynika, że średnia arytmetyczna ogłaszanych miesięcznych wskaźników cen towarów i usług*

konsumpcyjnych, określonych w pkt. 2, wynosi mniej niż 95 lub więcej niż 105.

- w § 12 ust. 8 wskazał, że maksymalna zmiana wartości wynagrodzenia wykonawcy w związku z zastosowaniem postanowień dotyczących waloryzacji *nie może przekroczyć 15% wartości wynagrodzenia łącznego, o którym mowa w § 5 ust. 1 w wysokości obowiązującej na dzień zawarcia umowy.*

Odwołujący zarzucił, że określenie poziomu zmiany cen materiałów lub kosztów uprawniających wykonawcę do waloryzacji według ww. zasad nie pozwala na zrealizowanie celu art. 439 ust. 1 pzp, gdyż nie zapewnia wystarczającej równowagi stron. Wykonawca mógłby liczyć bowiem na zmianę wynagrodzenia dopiero wtedy, gdy koszty w ujęciu GUS wzrosną rocznie o co najmniej 5%, co z całą pewnością będzie niemalże pochłaniać marżę zakładaną przez wykonawców w tego rodzaju kontraktach. Przy czym marża ma też pokryć wszelkie ryzyka związane z ewentualnym brakiem zleceń w okresie zimowym wynikającym z braku warunków zimowych. W praktyce mogłoby to doprowadzić do sytuacji, że w okresie zimowym marża spadłaby do zera. Oznaczałoby to przerzucenie całego lub istotnej części ryzyka związanego ze wzrostem kosztów realizacji zamówienia na wykonawcę.

W konsekwencji takie uwarunkowanie zasad waloryzacji wynagrodzenia nie pozwala na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy o to zamówienie oraz nie niweluje ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania tego zamówienia, gdyż przy aktualnym poziomie inflacji oraz poziomie marży kontraktów utrzymaniowych zmiana ww. średniej arytmetycznej o wartość wynoszącą nawet 0,5 w bardzo istotny sposób przekłada się na utrzymanie rentowności wykonania umowy.

Z uwagi na powyższe oraz biorąc pod uwagę spodziewaną wartość umów na wykonanie tego zamówienia w poszczególnych częściach, zasadne jest dokonanie przez Zamawiającego zmiany poziomu zmiany cen, które uzasadnią będą uruchomienie mechanizmu waloryzacji zgodnie z wnioskiem zawartym w petitum odwołania.

Odwołujący zarzucił również, że biorąc pod uwagę aktualny poziom inflacji oraz planowany okres realizacji zamówienia wynoszący 3,5 roku, jest wysoce prawdopodobne, że wzrost cen materiałów lub kosztów związanych z wykonaniem tego zamówienia przekroczy 15% wartości łącznego wynagrodzenia wykonawcy na dzień zawarcia umowy np. już po dwóch latach jej obowiązywania, co przy utrzymaniu ww. ograniczenia pozbawiałoby wykonawcę prawa do waloryzacji w trzecim lub czwartym roku wykonywania umowy, co jest wprost sprzeczne z dyspozycją art. 439 ust. 1 pzp i powoduje konieczność zmiany tego zapisu zgodnie z wnioskiem zawartym w petitum odwołania.

{ad pkt 6. listy zarzutów – pkt 3. lit. c) uzasadnienia}

Odwołujący wskazał na następujące okoliczności faktyczne.

Po pierwsze, że przedmiot świadczenia umowy o to zamówienie należy podzielić na dwa podstawowe rodzaje tzn. mechaniczne utrzymanie w okresie letnim oraz w okresie zimowym.

Po drugie, że koszty związane ze świadczeniem usług zimowego utrzymania są niepomiaralnie wyższe od kosztów świadczenia usług letniego utrzymania, gdyż przewidziane w projekcie umowy zasady wykonywania usług z zakresu zimowego utrzymania, w tym bardzo krótkie czasy reakcji, wymagają utrzymywania przez wykonawcę w ciągłej gotowości zarówno personelu, jaki i sprzętu niezbędnych do ich wykonywania.

Po trzecie, że mimo takiego ukształtowania obowiązków wykonawcy, Zamawiający *nie przewidział ani minimalnego zakresu usług zimowego utrzymania, które zobowiązany będzie zlecić na podstawie umowy o Zamówienie, ani jakiegokolwiek wynagrodzenia za gotowość do świadczenia tego rodzaju usług.*

Odwołujący zarzucił, że taki opis przedmiotu zamówienia należy uznać za niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawca pozostaje bowiem – zarówno na moment składania ofert, jak i w okresie realizacji zamówienia – w ciągłej niepewności co do zakresu usług, jakie zostaną mu zlecone. Z uwagi na zachodzące zmiany klimatyczne, w tym coraz łagodniejsze zimy w naszym regionie geograficznym, w tym w Warszawie (co stanowi fakt notoryjny) niepewność ta staje się coraz bardziej istotna.

W konsekwencji powyższe ukształtowanie zapisów SWZ w sposób oczywisty stanowi przejaw niedopuszczalnego nadużycia przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, polegające na narzuceniu wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy.

Odwołujący powołał się na to, że Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie przesądzała o tym, że przy ustanawianiu wynagrodzenia kosztorysowego zamawiający nie mogą dowolnie zmniejszać zakresu prac, których realizację zlecają wykonawcy.

Tym bardziej więc według Odwołującego nie do pogodzenia z zasadami współżycia społecznego oraz uczciwej konkurencji jest ukształtowanie postanowień umowy o to zamówienie w sposób, który nie gwarantuje wykonawcy zlecenia nawet minimalnego zakresu prac.

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

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 pzp.

Na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępujących Odwołujący, jak oświadczył – w związku ze zmianami SWZ z 22 grudnia 2021 r, wycofał zarzuty z pkt 1., 2., 3., 7. i 8 . listy zarzutów, a także wycofał dodatkowo zarzut z pkt 9. listy zarzutów.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego w całości, sprawa – w zakresie zarzutów niewycofanych (pkt 4., 5. i 6. listy zarzutów) została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymał odwołanie, a także wniósł o wzięcie pod uwagę treści pisma procesowego z 30 grudnia 2021 r, które złożył na posiedzeniu. Przystępujący poparli jego stanowisko.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i następująco odniósł się do potrzymanych zarzutów odwołania.

{ad pkt 4. i 5. listy zarzutów i pkt 3. lit. b) uzasadnienia}

Zdaniem Zamawiającego wyrok z 8 stycznia 2021 r. w połączonych sprawach sygn. akt KIO 2128, 2137, 2145, 2146, 2148, 2152/20 zapadł w analogicznych okolicznościach faktycznych, wręcz odnośnie tych samych postanowień SWZ.

W przekonaniu Zamawiającego przewidziany przez niego mechanizm waloryzacji odpowiada wymogom prawa. Zamawiający nie ma bowiem obowiązku zdjęcia z wykonawców jakiegokolwiek ryzyka gospodarczego, a jedynie rozłożenia go z uwzględnieniem interesu obu stron. Zarówno ustalony wskaźnik, jak i maksymalna wielkość waloryzacji uwzględniają obecne realia, gdyż dla uruchomienia waloryzacji wystarczy wskaźnik 105, a aby wyczerpać jej limit, co roku musiałby być to wskaźnik 108, czyli średniorocznie 8% za każdym razem. Natomiast żądanie z jednej strony waloryzowania przy jakiegokolwiek zmianie inflacji (wskaźnik 101) i jednocześnie domaganie się, aby maksymalna zmiana wartości umowy wyniosła 30%, oznacza, że w każdym roku dokonywania waloryzacji wskaźnik wynosiłby około 116.

Przy czym branie pod uwagę średniorocznego wskaźnika inflacji jest uzasadnione tym, że odzwierciedla on określony trend, a nie skokową zmianę inflacji, która może być zarówno w górę, jak i w dół.

{ad pkt 6. listy zarzutów i pkt 3. lit. c) uzasadnienia }

Przedmiotem zamówienia jest usługa kompleksowa utrzymania zimowego i letniego, przy czym to od wykonawców zależy, w jaki sposób zbilansują cenę pomiędzy tymi elementami ofert. Według najlepszej wiedzy Zamawiającego w okresie jego 25-letniego funkcjonowania nie było takiego okresu, że umowy nie zostały w przeważającej mierze zrealizowane (na poziomie 80-90% ich wartości), co oznacza, że przynosiły dochód wykonawcom. W ostatnim okresie jest tak, że wykonanie letniego utrzymania jest w granicach 100%.

W przekonaniu Zamawiającego rzeczywistym powodem działania wykonawców nie jest obawa ponoszenia strat na wykonywaniu umów na takich warunkach, ale dążenie do zdjęcia z nich jakiegokolwiek ryzyka. W aktualnie wykonywanej umowie zawartej z Odwołującym obyło się do dnia dzisiejszego 10 z 24 przewidzianych akcji w standardzie alfa, dla której uruchomienia nie jest konieczne wystąpienie opadów śniegu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępujących, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż wskazał, że chce się ubiegać o jego udzielenie, a jednocześnie w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami, nie może tego uczynić skutecznie, w czym wyraża się możliwość poniesienia przez niego szkody.

{umorzenie w zakresie zarzutów wycofanych
z pkt 1.,2.,3, 7.,8. 9.listy zarzutów i pkt 3. lit. a), d), e), f) uzasadnienia}

Skoro według art. 520 ust. 1 pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a Izba w takim przypadku na podstawie art. 568 pkt 1 pzp umarza postępowanie odwoławcze, również w przypadku wycofania przez odwołującego odwołania w części, w takim zakresie postępowanie odwoławcze powinno zostać umorzone.

Stąd za prawidłowe należy uznać odzwierciedlenie w orzeczeniu kończącym

postępowanie odwoławcze w sprawie tego odwołania, że w zakresie zarzutów, które zostały wycofane przez Odwołującego, podlega ono umorzeniu, jak to wskazano w pkt 1. sentencji.

{zakres kognicji Izby w tej sprawie w związku z pismem procesowym Odwołującego}

W związku ze złożeniem na posiedzeniu przez Odwołującego pisma procesowego datowanego na 30 grudnia 2021 r., które w przeważającej mierze stanowiło sprecyzowanie na nowo podtrzymanych zarzutów odwołania za pomocą okoliczności faktycznych i prawnych uprzednio niezawartych w odwołaniu, na rozprawie konieczne stało się określenie granic kognicji Izby w niniejszej sprawie.

Art. 555 pzp jednoznacznie stanowi bowiem, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. W szczególności okoliczności faktyczne mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż przeważnie to one konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu, a okoliczności prawne mają znaczenie wtórne.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiedziała się w tym przedmiocie, gdyż analogiczna regulacja była zawarta w art. 192 ust. 7 poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {dalej: „ustawa pzp z 2004 r.}. W szczególności już w uzasadnieniu wyroku z 1 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1633/09 Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 ustawy pzp z 2004 r.) oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność takiego stanowiska została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

Zasada wynikająca z art. 555 pzp nie doznaje wyjątku i ma kluczowe znaczenie przy interpretacji art. 534 ust. 1 pzp i art. 535 pzp. Zgodnie z art. 534 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Z przepisu tego wywieść należy

zasadę, że ciężar dowodu spoczywa na odwołującym, który z okoliczności sprecyzowanych w odwołaniu chce wywieść określone skutki prawne. Z kolei art. 535 pzp stanowi, że dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 535 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia z urzędu przez Izbę na mocy art. 555 pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie.

Z uwagi na powyższe w niniejszej sprawie nie mogły być wzięte pod uwagę ani nowe okoliczności faktyczne, jako *de facto* precyzowanie zarzutów odwołania po upływie zawitego terminu na jego wniesienie odwołania, ani zgłoszone na rozprawie dla wykazania tych faktów dowody.

{rozpatrzenie zarzutów z pkt 4. i 5 listy zarzutów i pkt 3. lit. a) uzasadnienia}

Izba ustaliła poniższe okoliczności jako istotne.

Brzmienie § 12 ust. 5 wzoru umowy:

W przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, wynagrodzenie Wykonawcy określone w § 5 ust. 1 ulegnie zmianie (zwiększeniu lub zmniejszeniu), na zasadach określonych poniżej.

1) *Zmiana wynagrodzenia może nastąpić z inicjatywy Zamawiającego lub na wniosek Wykonawcy w przypadku, gdy z danych Głównego Urzędu Statystycznego (dalej jako „GUS”) dotyczących 12 (dwunastu) następujących po sobie miesięcy wynika, że średnia arytmetyczna ogłaszanych miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych, określonych w pkt. 2, wynosi mniej niż 95 lub więcej niż 105.*

2) *Średnia arytmetyczna, o której mowa w pkt 1) wyliczana jest na podstawie danych w tabeli „Miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych od 1995 roku [jak trafnie zauważył Odwołujący na rozprawie – powinno być od 1982 roku] w części „Analogiczny miesiąc poprzedniego roku 100” prezentowanej na stronie GUS w zakładce „Obszary tematyczne” i dalej „Ceny. Handel” w tabeli „Wskaźniki cen” w poz. „ Wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych (pot. inflacja)”.*

3) *Przy ustalaniu miesięcy, o których mowa w pkt. 1 jako pierwszy uwzględniany jest pełen miesiąc kalendarzowy następujący po miesiącu, w którym zawarto umowę.*

4) Zmiany wynagrodzenia dokonuje się na podstawie wniosku złożonego przez jedną ze stron umowy nie wcześniej niż po upływie 12 pełnych miesięcy kalendarzowych od dnia zawarcia umowy.

5) Zmiana łącznego wynagrodzenia określonego w § 5 ust. 1 będzie ustalana z uwzględnieniem zwaloryzowanych cen określonych w załączniku nr 10 obliczonych zgodnie z wzorem:

Wysokość ceny (CW) po waloryzacji stanowi:

$CW = CP \times W\%$, gdzie użyte symbole oznaczają:

CP – cena początkowa (netto) za działanie;

W – średnia arytmetyczna wskaźników cen, o której mowa w pkt. 2 określona procentowo.

6) Łączne wynagrodzenie brutto, wskazane w § 5 ust. 1 umowy, po waloryzacji cen netto określonych w załączniku nr 10, ulegnie zmianie z uwzględnieniem zaktualizowanego zakresu prac (km) i liczby akcji (w szt.) do bieżących potrzeb Zamawiającego.

Z ogłoszenia o tym zamówieniu wynika, że zamówienia ma być realizowane od 15 października 2022 r. do 30 kwietnia 2026 r. co oznacza, że pierwsza waloryzacja mogłaby nastąpić nie wcześniej niż 15 października 2023 r.

Za okoliczność notoryjną uznano, że choć aktualnie notowana inflacja jest na poziomie najwyższym od ponad 20 lat, nie można wykluczyć, że nie ulegnie dalszemu zwiększeniu, a tym bardziej nie wiadomo, jak się będzie kształtowała za rok czy za dwa, trzy, cztery czy pięć lat.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania są zasadne.

Art. 16 ustawy pzp nakazuje zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 439 ust. 1 ustawy pzp umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Przy czym z art. 439 ust. 2. ustawy pzp wynika, że w umowie określa się:

1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;

- 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego [lit. a)];
- 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;
- 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Art. 8 ust. 1 ustawy pzp stanowi w szczególności, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej

Zgodnie z art. 353¹ Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Jak trafnie wskazuje się w doktrynie, stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowie w sprawie zamówienia publicznego pozwala na zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę, minimalizując ryzyko pokrzywdzenia obu stron umowy na skutek zmiany siły nabywczej pieniądza w okresie realizacji zamówienia. Klauzule te zapewniają bowiem konieczną elastyczność w kształtowaniu kosztów związanych z realizacją zamówienia w dłuższym okresie, umożliwiając jednocześnie bieżące dostosowanie stosunku zobowiązaniowego łączącego zamawiającego z wykonawcą do zmiany okoliczności. Obligatoryjne stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy zdejmuje z wykonawcy ciężar zadeklarowania w ofercie niezmienną cenę, co prowadziło do jednostronnego obciążenia wykonawcy ryzykiem późniejszej zmiany stosunków gospodarczych. Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy jest również korzystna dla zamawiających, gdyż umożliwia ponoszenie przez nich rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, bez wliczania ryzyka ich wzrostu już w cenę oferty. Wreszcie wskazuje się, że stosowanie klauzul waloryzacyjnych zapobiega również powstawaniu sytuacji, kiedy wykonanie zamówienia przestaje być opłacalne, a tym samym sprzyja trwałości stosunku umownego, co niewątpliwie jest korzystne dla obu stron umowy [por. M. Jaworska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, komentarz do art. 439, Warszawa 2021 oraz A. Matusiak, *Waloryzacja umów, Zamówienia Publiczne. Doradca*. 2021, nr 9].

Dodatkowo, jak słusznie zwrócił na to uwagę Urząd Zamówień Publicznych, *klauzule waloryzacyjne zyskują na znaczeniu zwłaszcza w aktualnej sytuacji gospodarczej, w której obserwujemy m.in. znaczny wzrost cen materiałów i robót budowlanych, braki kadrowe i sprzętowe, wstrzymanie dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu czy też w realizacji usług transportowych. Wskazane przykładowo czynniki zewnętrzne wywierają wpływ na opłacalność realizowanego zamówienia i mogą znacząco ograniczać płynność przedsiębiorstw, stąd niezmiernie istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych jest prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej. Klauzula waloryzacyjna sformułowana w sposób precyzyjny, z poszanowaniem interesów stron kontraktu publicznego, pozwoli ochronić interesy finansowe wykonawcy, zaś zamawiającemu zapewni należyłą, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego.*

Uregulowania zawarte w art. 439 ust. 1 i 2 ustawy pzp mają charakter bezwzględnie obowiązujący, a zatem stanowią ustawowe ograniczenie swobody umów zawieranych w sprawie zamówień publicznych, które obligatoryjnie muszą zawierać klauzule waloryzacyjne. Jednocześnie, biorąc pod uwagę, że za kształtowanie postanowień tych umów odpowiedzialny jest zamawiający, który ma obowiązek przestrzegać zasady proporcjonalności, uzasadniony jest wniosek, że do natury stosunku zobowiązaniowego zawieranego w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy zachowanie ekwiwalentności świadczeń na poziomie zbliżonym do ustalonego w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty.

Skoro prawidłowo skonstruowana klauzula waloryzacyjna powinna służyć równomiernemu rozłożeniu ryzyka kontraktowego i być adekwatna do aktualnej sytuacji rynkowej, należy uznać, że Zamawiający zarówno za wysoko określił próg zmiany wskaźnika inflacji warunkującego uprawnienie do waloryzacji, jak i zbyt nisko określił maksymalną granicę zmiany wynagrodzenia wykonawcy.

{rozpatrzenie zarzutu z pkt 6. listy zarzutów i pkt 3. lit. b) uzasadnienia}

Izba ustaliła poniższe okoliczności jako istotne.

Zarzut sprecyzowany uzasadnieniu odwołania opiera się na twierdzeniu, że *Zamawiający nie przewidział ani minimalnego zakresu usług zimowego utrzymania, które zobowiązany będzie zlecić na podstawie umowy, ani jakiegokolwiek wynagrodzenia za gotowość do świadczenia tego rodzaju usług* [cytat z 3. akapitu na str. 15. odwołania]. W związku z tym w odwołaniu zostało zgłoszone alternatywne żądanie zmiany dokumentacji

postępowania, polegającej na zagwarantowaniu minimalnego zakresu usług zimowego utrzymania, które Zamawiający zobowiązany będzie zlecić na podstawie umowy w sprawie tego zamówienia albo na zagwarantowaniu wynagrodzenia za gotowość do świadczenia usług zimowego utrzymania.

Tymczasem na rozprawie niesporne okazało się, że: *W załączniku nr 1 do Wzoru umowy „Szczegółowe warunki realizacji oraz standardy jakościowe utrzymania zimowego”, w Części III – Realizacja prac – Zamawiający przewidział, że świadczenie usług zimowego utrzymania obejmuje: (...) 2) W przypadku wystąpienia odpowiednich warunków atmosferycznych, sprzątnięcie całej szerokości jezdni ulicy, wraz z powierzchniami wymienionymi w części III ust. 4 pkt 3, wg tras oczyszczania letniego. Zamawiający zleci nie mniej niż 6 akcji sprzątnięcia, a w przypadku wystąpienia warunków zimowych, zamiast sprzątnięcia akcje zapobiegania o likwidacji śliskości zimowej. Łączna wartość prac gwarantowanych w każdym sezonie zimowym jest nie niższa, niż równowartość 6 akcji sprzątnięcia [cytat z 2. akapitu na str. 11. pisma procesowego Odwołującego z 30 grudnia 20201 r.]*

W tak ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut odwołania jest niezasadny.

Biorąc pod uwagę przywołany i omówiony powyżej przepis art. 555 ustawy pzp, Izba nie mogła w tej sprawie orzekać o zarzucie sformułowanym po upływie zawitego terminu do wniesienia odwołania w piśmie procesowym, z którego jednocześnie wynika, że zarzut zawarty w odwołaniu jest bezprzedmiotowy.

Jak to trafnie uprzednio Izba wskazała w uzasadnieniu wyroku z 7 sierpnia 2014 r. sygn. akt KIO 1529/14, zarzut oparty o błędnie przywołane okoliczności faktyczne, w czym zawiera się również pominięcie takich okoliczności, należy uznać za oczywiście niezasadny, co okazało się również adekwatne w okolicznościach niniejszej sprawy. Odwołujący zaniechał bowiem ustalenia rzeczywistego stanu dokumentów zamówienia w odniesieniu do kwestii wynagrodzenia za zimowe utrzymanie, a tym samym pozbawił się możliwości skutecznego zakwestionowania postanowień, które według odwołania nie istnieją.

Z powyższych względów rozważanie szerokiej argumentacji i dowodów zgłoszonych na jej poparcie przez Odwołującego i Przystępującego Byś było zbędne dla rozpoznania zarzutu zawartego w odwołaniu.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że:

- naruszenie przez Zamawiającego art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 4 ustawy pzp w zw. z art. 16

pkt 1 i 3 ustawy pzp w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 2. sentencji;

- nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego naruszenia art. 99 ust. 1, 2 i 4 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy pzp oraz w zw. z art. 353¹ i art 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp – działając na podstawie art. 553 zd. 1 pzp – orzekła, jak w pkt 2. sentencji;

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp – jak w pkt 3. sentencji – uznając że Odwołujący i Zamawiający wygrali i przegrali ją w równym stopniu. Stąd w pierwszej kolejności na podstawie § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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. poz. 2437) zaliczono do tych kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego. W drugiej kolejności na podstawie § 5 pkt 2 lit. a, b oraz d zaliczono w poczet tych kosztów również uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, które zostały zgłoszone i poparte rachunkiem do zamknięcia rozprawy. Wreszcie zasądzono od Zamawiającego na rzecz Odwołującego połowę kosztów poniesionych przez tego ostatniego w związku z uiszczeniem wpisu oraz połowę kosztu wynagrodzenia pełnomocnika, co pozostaje w zgodzie z regulacjami wynikającymi z § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 i 2 tego rozporządzenia.