

Sygn. akt: KIO 1169/23

## POSTANOWIENIE

z dnia 9 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Rams**

**Protokolant: Oskar Oksiński**

po rozpoznaniu w dniu 9 maja 2023 roku w Warszawie na posiedzeniu z udziałem stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o., z siedzibą w Piasecznie,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Gminę Piaseczno - Urząd Miasta i Gminy Piaseczno,**

przy udziale wykonawcy **AG-COMPLEX Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

### **postanawia:**

1. odrzucić odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o., z siedzibą w Piasecznie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za

pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 1169/23**

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający – Gmina Piaseczno - Urząd Miasta i Gminy Piaseczno prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na utrzymanie porządku i czystości na terenie Gminy Piaseczno (dalej „Postępowanie”).

Postępowanie jest oznaczone numerem 23/2022 i zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 21.03.2022 pod numerem 2022/S 056-146881.

W dniu 26 kwietnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o., z siedzibą w Piasecznie (dalej: „Odwołujący”) od czynności podjętej przez Zamawiającego w trakcie Postępowania polegającej na bezpodstawnej odmowie wprowadzenia klauzuli waloryzacyjnej do umowy.

Zdaniem Odwołującego, wskutek wskazanej powyżej czynności Zamawiającego doszło do naruszenia art. 439 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia do projektu umowy klauzuli waloryzacyjnej zgodnej z art. 439 ust. 1 Pzp oraz spełniającej funkcje stawiane przed klauzulami waloryzacyjnymi.

Odwołujący wskazał, że informację o czynnościach Zamawiającego stanowiących podstawę wniesienia odwołania Odwołujący otrzymał w dniu 25.04.2023 roku, a zatem odwołanie zostało złożone w terminie.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający wszczął postępowanie 21.03.2022 r. Termin składania ofert upłynął 04.05.2022 r. Przedmiotem zamówienia jest utrzymanie porządku i czystości na terenie Gminy Piaseczno przez okres 12 miesięcy. W terminie wszczynania postępowania art. 439 ust. 1 Pzp nakazywał: 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.

Zamawiający, przewidując zawarcie umowy na okres 12 miesięcy, nie miał obowiązku wprowadzania do jej treści postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, czyli klauzul waloryzacyjnych. Jednocześnie obowiązujący zarówno ówczesnie, jak i obecnie ustęp 3 tego samego artykułu stanowi: Jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, chyba że zamawiający określi termin wcześniejszy.

W ocenie Odwołującego ratio legis przepisu nie budzi wątpliwości: wykonawcy powinni uwzględnić w swoich ofertach zmiany cen i kosztów przez okres realizacji zamówienia oraz czas prowadzenia postępowania od terminu składania ofert do dnia zawarcia umowy, jednak nie dłuższy, niż 180 dni. Odwołujący uwzględnił w swoich cenach powyższe okoliczności. Niestety, od dnia składania ofert do dziś upłynęło niemal 360 dni, a więc okres dwukrotnie dłuższy. W normalnych okolicznościach Odwołujący powinien realizować przedmiotowe zamówienie od dziesięciu miesięcy. Byłby związany swoimi cenami jeszcze ok. 2-3 miesięcy. Tymczasem umowa wciąż nie została zawarta.

Odwołujący wskazał, że zwrócił Zamawiającemu uwagę na konieczność uwzględnienia obu ustępów art. 439 Pzp pismem z 20.03.2023 r. Ponownie Odwołujący wskazał i uzasadnił swoje stanowisko w piśmie z 14.04.2023 r. stanowiącym przystąpienie do postępowania odwoławczego, w którym zostało wydane postanowienie o odrzuceniu odwołania innego wykonawcy (KIO 933/23). Także w odpowiedzi na maila wzywającego do przesłania danych do zawarcia umowy (pismo z dnia 24.04.2023 r. przekazane drogą elektroniczną - Załącznik nr 5 do niniejszego odwołania) Odwołujący ponownie wniósł o uwzględnienie waloryzacji w treści umowy. Odpowiadając na wniosek Odwołującego, Zamawiający pismem z dnia 25.04.2023 r. (Załącznik nr 6) dał jednoznacznie do zrozumienia, że nie zamierza uwzględnić przepisów ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził w tym piśmie, że „podtrzymuje swoje stanowisko w zakresie waloryzacji przedstawione w odpowiedzi na odwołanie z dnia 15.04.2023 r. w sprawie sygn. akt KIO 933/23”. Zamawiający stwierdzał w tym piśmie, że „z samego faktu wnioskowania przez Wykonawcę o wprowadzenie do umowy klauzul waloryzacyjnych nie sposób wyprowadzić wniosku, że cena zaoferowana przez Wykonawcę nosi znamiona rażąco niskiej”, z czym Odwołujący oczywiście się zgadza. Zamawiający stwierdził również, że w kwestii wniosku z dnia 20 marca 2023 r. o przedłożenie projektu umowy uwzględniającego przepisy art. 439 ust. 1 i 3 Pop wskazać należy, iż był to jedynie wniosek, z którym wykonawca (PUK) mógł wystąpić oraz, że wniosek ten nie został w żaden sposób przez Zamawiającego uwzględniony.

Odwołujący wskazał, że na dzień 15.04.2023 r., w kontekście toczącego się postępowania przed KIO (odpowiedź na odwołanie dotyczące rażąco niskiej ceny - sygn. KIO 933/23) było to stwierdzenie uzasadnione, ale odnosiło się do Odwołania w sprawie sygn. KIO 933/23 (ust. waloryzacja a rażąco niska cena, str. 15) i nie stanowiło jednak rozstrzygnięcia Zamawiającego w odpowiedzi na wniosek Odwołującego z 20.03.2023 r. Za takie stanowisko, należy uznać dopiero pismo z 25.04.2023 r. (Załącznik nr 6 do niniejszego odwołania).

W ocenie Odwołującego, w świetle analizy ust. 1 i 3 artykułu 439 Pzp wprowadzenie klauzuli waloryzacyjnej do umowy mającej trwać 12 miesięcy zawartej po upływie 180 dni od dnia składania ofert jest obowiązkiem Zamawiającego. Wykonawcy zobowiązani byli kalkulować ceny z uwzględnieniem 12-miesięcznego okresu realizacji zamówienia, lecz nie musieli uwzględniać niemal 12-miesięcznego okresu jaki już upłynął od złożenia oferty do zawarcia umowy.

Zdaniem Odwołującego, w świetle przywołanego przepisu, ponieważ od dnia składania ofert upłynęło znacznie więcej, niż 180 dni, Zamawiający musi przyjąć jako datę odniesienia dzień otwarcia ofert. Ponieważ od dnia otwarcia ofert wkrótce upłynie okres 12-miesięczny, a od sporządzenia Formularza cenowego złożonego przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu upłynął już okres 12-miesięczny (Załącznik nr 7 do niniejszego Odwołania), Zamawiający jest zobowiązany wprowadzić do umowy waloryzację wynagrodzenia wykonawcy. Nie jest to żadna zmiana warunków przetargu, lecz zasada zapisana jednoznacznie w przepisach ustawy Pzp. Niezależnie od tego, kto uzyska jakie zamówienie i czy w umowie znalazła się klauzula waloryzacyjna, czy nie – wprowadzenie waloryzacji w zaistniałej sytuacji jest obligatoryjne. Jest to tym ważniejsze, że w międzyczasie doszło do istotnych zmian kosztów prowadzenia działalności, w tym kosztów świadczenia przedmiotowych usług. Zadaniem klauzuli waloryzacyjnej jest przywrócenie równowagi ekonomicznej stron umowy wzajemnej. Dlatego Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia do umowy mechanizmu zapewniającego równowagę stron poprzez uwzględnienie zmiany kosztów świadczenia usług przy zastosowaniu wskaźnika lub koszyka wskaźników najlepiej odzwierciedlającego te zmiany.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:**

Zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w

terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej. Stosownie zaś do treści przepisu art. 528 pkt 3 Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W przedmiotowej sprawie postępowanie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 marca 2022 pod numerem 2022/S 056-146881. W tym dniu Zamawiający udostępnił wykonawcom Specyfikację Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”), wraz ze wzorem umowy.

Zdaniem Izby analiza treści odwołania wniesionego przez Odwołującego w sposób jednoznaczny wskazuje, że dotyczy ono postanowień wzoru umowy, stanowiącego załącznik do SWZ. Odwołujący dąży zatem do zmiany postanowień zawartych we wzorze umowy, a więc *de facto* do zmiany postanowień SWZ po upływie ustawowego terminu wynikającego z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Potwierdza to sam Odwołujący w treści odwołania oświadczając: „Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia do umowy mechanizmu zapewniającego równowagę stron poprzez uwzględnienie zmiany kosztów świadczenia usług przy zastosowaniu wskaźnika lub koszyka wskaźników najlepiej odzwierciedlającego te zmiany”.

Izba nie zgada się z Odwołującym, że termin na wniesienie odwołania należy liczyć od dnia 25 kwietnia 2023 r. a więc od dnia otrzymania odpowiedzi na zapytanie wykonawcy dotyczące możliwości wprowadzenia we wzorze umowy klauzuli waloryzacyjnej. Stanowisko Odwołującego stanowi nieuprawnioną próbę przewrócenia terminu do wniesienia odwołania. Należy wskazać, że Zamawiający udzielił odpowiedzi na zapytanie Odwołującego co do możliwości zmiany postanowień umownych. Okoliczność, iż Odwołujący nie jest zadowolony ze stanowiskiem Zamawiającego i ma odmienne zdanie co do możliwości zmiany wzoru umowy nie przywraca w żaden sposób możliwości kwestionowania przez wykonawcę postanowień zawartych we wzorze umowy po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Gdyby dopuścić taką możliwość, to w każdym postępowaniu przez podpisaniem umowy wykonawcy wnioskowaliby o zmianę jej treści, aby dostosować jej zapisy do zmieniającej się rzeczywistości gospodarczej. Takie działanie stanowiłoby jaskrawe naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Wzór umowy był udostępniony wszystkim wykonawcom w takiej samej treści i to na jego podstawie wykonawcy decydowali czy złożą ofertę w postępowaniu czy nie. Umożliwienie obecnie dostosowanie umowy do oczekiwań Odwołującego tuż przed jej podpisaniem jest, zdaniem Izby, niedopuszczalne. Stanowiłoby naruszenie naczelnej zasady postępowania tj. zasady równego traktowania wykonawców.

Izba podkreśla, że ustawodawca nowelizując przepis ustawy Pzp w dniu 7 października 2022 r. określił w sposób jednoznaczny w art. 75, iż do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepis ustawy w brzmieniu dotychczasowym. Zatem Zamawiającego nie był i nie jest zobowiązany do wprowadzenia klauzul waloryzacyjnych w kształcie obecnie obowiązującym w art. 439 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Nie był również zobowiązany do wprowadzenia klauzul waloryzacyjnych w brzmieniu obowiązującym przed w/w nowelizacją ustawy Pzp.

Zdaniem Izby Odwołujący poprzez skierowanie zapytania do Zamawiającego w dniu 14 kwietnia 2023 r. próbuje przewrócić sobie termin do wniesienia odwołania co do postanowień SWZ – wzoru umowy i dostosować postanowienia wzoru umowy do przepisów ustawy Pzp, które nie są obowiązujące wobec Zamawiającego w tym Postępowaniu. Izba podkreśla, że terminy na wniesienie odwołania są terminami zawitymi i podlegają przywrócenia z uwagi na zmiany legislacyjny w sytuacji, gdy ustawodawca nie dopuścił takiej możliwości.

Reasumując, należało uznać, że odwołanie które wpłynęło w dniu 26 kwietnia 2023 r. było odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 528 pkt 3 Pzp. Termin na wniesienie odwołania ma bowiem charakter terminu zawitego, niepodlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Stosowanie do art. 553 Pzp o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Zgodnie natomiast z art. 529 ust. 1 Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....