

WYROK
z dnia 6 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 4 maja 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2022 r. przez **wykonawcę Remondis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Zawodzie 18** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta Stołecznego Warszawy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Obozowa 43**

przy udziale **wykonawcy ZUO International spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kunowicach, ul. Słubicka 50** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1048/22 po stronie odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Remondis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Zawodzie 18** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Remondis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Zawodzie 18** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **wykonawcę Remondis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Zawodzie 18** na rzecz **zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta Stołecznego Warszawy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Obozowa 43** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu

wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. 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**.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na „Zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 295 000 Mg zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczony w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 kwietnia 2022 r. za numerem 2022/S 070-185537.

W dniu 19 kwietnia 2022 r Remondis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 7 maja 2021 r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta odwołującego ujawnionych w KRS i upoważnionych do reprezentacji. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 19 kwietnia 2022 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1 art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy w zw. z art. 16 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia oraz prowadzący do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencyjności postępowania i naruszający uczciwą konkurencję w zakresie, w jakim w Części II SWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia („OPZ”) w pkt 17 w zakresie Zadania 1 (2.1) i Zadania 2 (2.2) oraz w zakresie Zadania 3 (4) i Zadania 4 (7) zamawiający wymaga, aby w przypadku, gdy instalacja do przetwarzania odpadów „bio” i „odpadów zielonych” zlokalizowana będzie w odległości większej niż 40 km od granic dzielnic Zadania, wykonawca posiadał stację przeładunkową dla tych odpadów znajdującą się w odległości do 40 km od granic dzielnic zadania.

2 art. 439 ust. 1 w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1) i 4) ustawy w zw. z art. 353 1 oraz art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy przez określenie warunków zamówienia w sposób naruszający ww. przepisy i prowadzący do naruszenia równowagi stron umowy oraz nieumożliwiający zapewnienia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i zniwelowania ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego w zakresie, w jakim:

a. w § 3 ust. 12 Części IV SWZ - wzór umowy dla Zadania 1 (2.1), Zadania 2 (2.2) oraz Zadania 3 (4) i Zadania 4 (7) (dalej jako: „Umowa”) zastrzeżono, że wysokość maksymalna zmiany wynagrodzenia wykonawcy w wyniku waloryzacji może wynieść 2% wartości brutto umowy mimo, że z uwagi na aktualny poziom inflacji jest wysoce prawdopodobne, że wzrost kosztów związanych z wykonaniem Zamówienia przekroczy zakładany przez zamawiającego próg, co przy utrzymaniu ww. ograniczenia, pozbawiałoby wykonawcę prawa do waloryzacji umowy, co jest wprost sprzeczne z dyspozycją art. 439 ust. 1 ustawy;

b. w § 3 ust. 12 umowy (dla wszystkich Zadań), wskazano możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku wzrostu cen rzeczywiście ponoszonych kosztów, gdy wielkość wzrostu wartości wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, publikowanego przez prezesa GUS mierzona w cyklu miesięcznym i odpowiadająca temu samemu miesiącowi w roku poprzednim, przekroczy 5,5%, co stanowi próg zbyt wysoki dla faktycznej skuteczności zastosowania waloryzacji i prowadzi do niezgodności z dyspozycją art. 439 ust. 1 ustawy;

c. w § 3 ust. 13 umowy (dla wszystkich Zadań), zamawiający zastrzegł, że wykonawca ma prawo ubiegać się o zmianę wysokości wynagrodzenia (waloryzację ze względu na poziom inflacji) dopiero po upływie 12 miesięcy od dnia podpisania umowy oraz dopuszcza tylko jednorazową możliwość waloryzacji wynagrodzenia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany warunków zamówienia, w sposób uwzględniający argumentację odwołania zawartą w Uzasadnieniu, w zakresie dotyczącym każdego z Zadań, tj.:

Zmianę pkt 17 OPZ (oraz §2 ust. 7 umowy i odpowiednio pozostałych postanowień SWZ) przez usunięcie wymagania, aby: „W przypadku, gdy instalacja do przetwarzania odpadów „bio” i „odpadów zielonych” zlokalizowana będzie w odległości większej niż 40 km od granic dzielnic Zadania, zamawiający wymaga, aby wykonawca posiadał stację przeładunkową dla tych odpadów znajdującą się w odległości do 40 km od granic dzielnic zadania. ”;

2. Zmianę zasad przeprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy (waloryzacja) przewidzianego w §3 ust. 12 i 13 umowy w sposób umożliwiający rzeczywistą realizację wymagań ustawowych dotyczących obowiązku przewidzenia możliwości zmiany wynagrodzenia, w szczególności przez:

a. zwiększenie wysokości maksymalnej zmiany wynagrodzenia wykonawcy w wyniku waloryzacji do 30% wartości brutto umowy,

b. obniżenie poziomu wielkości wzrostu wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, publikowanego przez prezesa GUS mierzona w cyklu miesięcznym i odpowiadająca temu samemu miesiącowi w roku poprzednim, którego przekroczenie uprawnia do zmiany wynagrodzenia wykonawcy (waloryzacji) do 2%;

c. zmianę § 3 ust. 13 umowy przez określenie, iż wykonawca ma prawo ubiegać się o zmianę wysokości wynagrodzenia, o której mowa w ust. 12, po upływie 6 miesięcy od dnia podpisania umowy

oraz przez usunięcie zastrzeżenia, że „Zamawiający dopuszcza jednorazową możliwość waloryzacji wynagrodzenia w trakcie Okresu obowiązywania umowy” i określenie, że zmiana wynagrodzenia na podstawie § 3 ust. 12 umowy może być dokonywana w trakcie Okresu obowiązywania umowy nie częściej niż co 6 miesięcy.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęta odwołaniem czynność zamawiającego (ukształtowane w postępowaniu warunki zamówienia) uniemożliwia odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia i przygotowanie prawidłowej oferty, a tym samym wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia może okazać się niemożliwe. Wskazał, iż uwzględnienie odwołania doprowadzi do eliminacji dokonanej przez zamawiającego nadmiernie rygorystycznego i nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców, w tym odwołującego, którzy będą mogli złożyć ofertę z realną szansą na uzyskanie zamówienia. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczna z ustawą ww. czynność zamawiającego w sposób negatywny oddziałuje na możliwość uzyskania przed odwołującym przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący przedstawił poglądy doktryny i orzecznictwa co do znaczenia prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia oraz rozkładu ciężaru dowodowego w zarzucie wadliwego opisu przedmiotu zamówienia.

Zarzut dotyczący stacji przeładunkowych dla „odpadów zielonych” i „bio” (III. 1)

W odniesieniu do każdego z Zadań objętych zamówieniem, zamawiający ustanowił w opisie przedmiotu zamówienia (pkt 17) szczególne wymaganie (powtórzone również w postanowieniach wzoru umowy) dla usługi zagospodarowania odpadów „bio” i „odpadów zielonych”. W przeciwieństwie do pozostałych frakcji odpadów, wykonawcy zobowiązani są wskazać w ofercie instalacje przetwarzania odpadów lub stacje przeładunkowe znajdujące się w obrębie 40 km od granicy zadania.

Zamawiający nie przewidział możliwości transportu tych odpadów w obrębie danego zadania do stacji przeładunkowych lub instalacji innych niż położone w odległości 40 km od granicy zadania (w linii prostej), wskazując również wyraźnie w pkt 20.4.2 części I SWZ, że transport ten nie będzie generował kosztów transportu zgodnie z ustalonym przez zamawiającego sposobem obliczania ceny oferty.

Jednocześnie, zgodnie z pkt 17 OPZ, w przypadku odpadów „bio” i „odpadów zielonych” stacja przeładunkowa musi spełniać wymagania art. 23 ust. 10 pkt 3 ustawy o odpadach, tj. zgodnie z brzmieniem tego przepisu: stacja przeładunkowa musi być prowadzona przez prowadzącą instalację do przetwarzania bioodpadów.

Oznacza to, że nawet jeśli wykonawca może wskazać instalację przetwarzania dla tych frakcji odpadów odległą o więcej niż 40 km od granicy danego zadania, w dalszym ciągu zobowiązany jest do zapewnienia stacji przeładunkowej w tym obszarze i stacja ta musi funkcjonować w związku z posiadanymi uprawnieniami instalacji do przetwarzania bioodpadów.

Tak określone wymaganie powoduje daleko posunięte ograniczenie kręgu wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia i w sposób istotny utrudnia uczciwą konkurencję i fawory-

zuje tych wykonawców, którzy posiadają instalacje do przetwarzania bioodpadów w odległości 40 km od granic danego zadania, gdyż w tym obszarze takich instalacji, z których wykonawcy mogliby korzystać jest zaledwie kilka.

Wymóg posiadania stacji przeładunkowej w odległości 40 km od granicy zadania nie został określony w odniesieniu do pozostałych frakcji odpadów podlegających zagospodarowaniu w ramach tego zamówienia. Jednocześnie, udział frakcji „bio” „odpadów zielonych”, zgodnie z szacunkami zamawiającego przedstawionymi w pkt 13 OPZ, jest w każdym z Zadań niewielki - na poziomie nie przekraczającym 14% w ramach Zadań 1 (2.1) i 2 (2.2) oraz jeszcze niższy (do 10%) w Zadaniach 3 (4) i 4 (7).

Powoduje to, że o kręgu wykonawców, którzy mogą zrealizować zamówienie w każdym z Zadań, decyduje wymaganie odnoszące się do zaledwie ułamkowej części całego zamówienia. Dodatkowo wskazał, że przedmiotowy wymóg posiadania stacji przeładunkowej lub instalacji w odległości 40 km od granicy zadania, nie występował w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia obejmującym analogiczny zakres usług dla dzielnic Ursynów i Wilanów. Natomiast w postępowaniu z 2020 r. na zagospodarowanie odpadów z dzielnic Ochota, Ursus, Włochy, gdzie zawarto podobne ograniczenie, złożono wyłącznie dwie oferty, z których jedna została zweryfikowana negatywnie pod kątem spełniania tego wymagania, zaś druga nie podlegała weryfikacji pod kątem zgodności z wymaganiami zamawiającego (postępowanie unieważniono ze względu na przekroczenie budżetu przewidzianego na sfinansowanie zamówienia).

W takich okolicznościach, wymaganie odnośnie posiadania stacji przeładunkowej odpadów „bio” i „odpadów zielonych” w promieniu 40 km od granicy zadania należy uznać za nadmierne i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. W szczególności, biorąc także pod uwagę okoliczności rynkowe i udział tych frakcji odpadów w całości szacowanego strumienia odpadów objętych usługą w każdym z Zadań. W związku z powyższym, wnosimy o usunięcie wymagania posiadania stacji przeładunkowej dla odpadów „bio” i „odpadów zielonych” zlokalizowanej w odległości nie większej niż 40 km od granicy danego zadania, w sytuacji gdy instalacja przetwarzania odpadów znajduje się w większej odległości niż 40 km od tej granicy.

Zarzut dotyczący klauzul waloryzacyjnych (111.2 a-c).

Zamawiający w § 3 ust. 12 i 13 wzoru umowy dla każdego z Zadań objętych postępowaniem przewidział klauzulę waloryzacyjną, ustalając jej warunki w następujący sposób:

„12. Zamawiający wskazuje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku wzrostu cen rzeczywiście ponoszonych kosztów, gdy wielkość wzrostu wartości wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, publikowanego przez prezesa Głównego Urzędu Statystycznego mierzona w cyklu miesięcznym i odpowiadająca temu samemu miesiącowi w roku poprzednim, przekroczy 5,5 %. W takim przypadku wykonawca może zwrócić

się o zmianę wynagrodzenia w wysokości różnicy wzrostu wartości ww. wskaźnika i wartości wskazanej przez zamawiającego w zdaniu poprzedzającym. Zamawiający zastrzega, że wysokość maksymalna zmiany wynagrodzenia wykonawcy może wynieść 2% wartości brutto umowy.

13. Zamawiający zastrzega, że wykonawca ma prawo ubiegać się o zmianę wysokości wynagrodzenia, o której mowa w ust. 12, po upływie 12 miesięcy od dnia podpisania umowy. Zamawiający dopuszcza jednorazową możliwość waloryzacji wynagrodzenia w trakcie Okresu obowiązywania umowy. ”

Wskazany przez zamawiającego próg waloryzacji, tj. poziom wzrostu inflacji umożliwiający jej zastosowanie, jak i limit zmiany wynagrodzenia oraz możliwość wyłącznie jednorazowej waloryzacji po upływie 12 miesięcy od dnia podpisania umowy, zostały ustalone na poziomach faktycznie uniemożliwiających realizację celów waloryzacji i zapewnienie ekwiwalentności świadczeń umowy w warunkach zmiennego otoczenia. W związku z powyższym, mimo pozornego wypełnienia wymagań ustawowych, zawarta w Umowie klauzula waloryzacyjna narusza art. 439 ustawy.

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 jednostronnego ponoszenia ryzyka 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. ”

Określenie poziomu zmiany wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych (potocznie zwanego „inflacją”) uprawniającego wykonawcę do waloryzacji na poziomie 5,5% nie pozwala na zrealizowanie celu art. 439 ust. 1 ustawy, bowiem nie zapewnia równowagi stron na wystarczającym poziomie. Opisane powyżej zasady waloryzacji wynagrodzenia powodowałyby bowiem, że wykonawca mógłby liczyć na zmianę wynagrodzenia dopiero po tym, gdy koszty związane z realizacją umowy wzrosną o ponad 5,5% w stosunku do poziomu wskaźnika w danym miesiącu w roku poprzednim. Taki poziom zmian kosztów oznacza, że przed możliwą waloryzacją, dojdzie do „pochłonięcia” niemalże całej marży zakładanej przez wykonawców w tego rodzaju kontraktach, bez możliwości uzyskania rentowności kontraktu nawet już po wykonaniu waloryzacji (świadczenie zatem „po kosztach” albo poniżej ich aż do końca obowiązywania umowy). Tym bardziej, że dochodzone zwiększenie wynagrodzenia dotyczy wyłącznie wartości stanowiącej różnicę między faktycznym poziomem wzrostu wskaźnika, a wartością ustaloną przez zamawiającego.

Oznaczałoby to więc, wbrew intencji ustawodawcy, przerzucenie całego lub istotnej części ryzyka związanego ze wzrostem kosztów realizacji zamówienia na Wykonawcę. Jest więc oczywiste, że takie uwarunkowanie zasad waloryzacji wynagrodzenia nie pozwala na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy o zamówienie oraz nie niweluje ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, ponieważ przy aktualnym poziomie inflacji oraz poziomie marżowości kontraktów na zagospodarowanie odpadów komunalnych, zmiana ww. wskaźnika o wartość wynoszącą nawet 1% w bardzo istotny sposób przekłada się na utrzymanie rentowności wykonania umowy. Z uwagi na powyższe okoliczności, zasadne jest dokonanie przez zamawiającego zmiany poziomu zmiany wskaźnika, która uzasadniać będzie uruchomienie mechanizmu waloryzacji zgodnie z wnioskiem zawartym w petitum odwołania. Odwołujący podkreślił, że mechanizm ten będzie korzystny również dla zamawiającego, który w przypadku deflacji będzie mógł liczyć na obniżenie cen z tytułu realizacji zamówienia. Poza tym, zgodnie z przytaczanymi powyżej poglądami, spowoduje to obniżenie cen ofertowych, gdyż wykonawcy nie będą zakładać z góry konieczności przyjęcia zdecydowanie wyższego poziomu marży (potencjalnie wyższego niż wzrost wynagrodzenia, który nastąpiłby w wyniku zastosowania waloryzacji) w celu pokrycia wzrostu kosztów i zabezpieczenia w ten sposób rentowności kontraktu.

Poza ww. poziomem, od jakiego stosuje się mechanizm waloryzacji wynagrodzenia, zamawiający wskazał, że maksymalna zmiana wartości wynagrodzenia wykonawcy w związku z zastosowaniem postanowień dotyczących waloryzacji może wynieść 2% wartości brutto umowy. Tymczasem, biorąc pod uwagę, aktualny poziom inflacji, jest bardzo możliwe, że konieczna będzie zmiana na wyższym poziomie, gdyż już w pierwszych miesiącach rozpoczęcia świadczenia usługi (co nastąpi zgodnie z aktualnymi przewidywaniami dopiero za 4-6 miesięcy) zmiana kosztów może przewyższyć ustalony przez zamawiającego limit i wzrost o tak niewielki procent nie zniweluje utraty rentowności kontraktu ze względu na wzrost inflacji. Utrzymanie ograniczenia zmiany wynagrodzenia do zaledwie 2%, pomimo wzrostu kosztów uzasadniających znacznie wyższą waloryzację, faktycznie pozbawiałoby wykonawcę prawa do waloryzacji i jest wprost sprzeczne z dyspozycją art. 439 ust. 1 ustawy.

Ograniczenie maksymalnej zmiany wartości wynagrodzenia musi być dokonane z uwzględnieniem aktualnej i przewidywanej sytuacji rynkowej, oraz mieć charakter realny i rzeczywiście kompensujący wykonawcy zmiany w otoczeniu biznesowym, tak aby wprowadzone klauzule waloryzacyjne nie miały jedynie na celu zachowania pozornej zgodności z przepisami ustawy. Odwołujący wniósł zatem o zmianę ograniczenia wskazanego w §3 ust. 12 umowy z 2% na 30% wartości umowy.

Dodatkowo, możliwość waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy ograniczono w §3 ust. 13 umowy, przez dopuszczenie wyłącznie jednokrotnej waloryzacji w czasie obowiązywania umowy i to nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od dnia jej zawarcia. Ograniczenie to, podobnie jak powyższe, świadczy o pozorności przestrzegania wymagań ustawowych i zapewnienia ekwiwalentności świadczeń i podziału ryzyka wykonywania umowy. Należy bowiem wziąć pod uwagę zarówno dynamiczne i bezprecedensowe zmiany sytuacji rynkowej (wzrost kosztów), jak również terminy obowiązywania umowy. W zależności od Zadania, przy ofertach składanych obecnie (tj. na początku maja) i umowy zawieranej w maju, do rozpoczęcia realizacji zamówienia dojdzie w sierpniu lub październiku tego roku, przez kolejne ponad 1,5 roku (20 miesięcy). Już okres pomiędzy wyceną kosztów zamówienia a rozpoczęciem świadczenia usługi może charakteryzować się istotnym wzrostem kosztów realizacji zamówienia.

Przy czym, wyłącznie jednokrotna możliwość ubiegania się o waloryzację w przeciągu całego okresu obowiązywania umowy, powoduje, iż faktycznie to wykonawca przez cały okres wykonywania umowy ponosi ryzyko i ciężar finansowy świadczenia usług po zdecydowanie wyższych kosztach. Wykonawca nie może bowiem przewidzieć, kiedy dojdzie do kolejnego gwałtownego wzrostu wskaźnika i konieczności waloryzacji wynagrodzenia, zatem zmuszony jest „zachować” możliwość złożenia wniosku o waloryzację do ostatnich miesięcy realizacji usługi. Przez ten czas, ekwiwalentność wynagrodzenia nie jest zapewniona i wykonawca sam ponosi cały ciężar finansowy, mogąc liczyć wyłącznie na późniejszą akceptację wniosku

o zmianę wynagrodzenia przez zamawiającego. Powoduje to utratę korzystnych efektów, jakie miało przynieść wprowadzenie do ustawy obowiązków w zakresie waloryzacji wynagrodzenia, i to szczególnie po stronie zamawiającego, gdyż wykonawcy uwzględnią konieczność zapewnienia sobie pokrycia finansowego wzrastających kosztów realizacji przez okres aż do momentu waloryzacji wynagrodzenia, w zwiększonych cenach składanych przez siebie ofert, tak aby nie narażać się na ryzyko ponoszenia bieżących strat z prowadzonej działalności.

Dla wzmocnienia powołał wyrok z dnia 5 stycznia 2022 r. (sygn. akt KIO 3600/21).

W dniu 21 kwietnia 2022 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 22 kwietnia 2022 r. do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 1048/22 po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca ZUO International spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kunowicach wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Podniósł, że posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść odwołującego, tj. przez jego uwzględnienie w całości. Przystępujący prowadzi działalność polegającą m.in. za przetwarzaniu i zagospodarowaniu odpadów objętych przedmiotem zamówienia oraz prowadzi instalacje w województwie lubuskim (Kunowice), która jest położona w odległości większej niż 40 km od granicy dzielnic m. st. Warszawy. Odwołujący (podobnie jak przystępujący w samodzielnie wniesionym odwołaniu) kwestionuje postanowienia OPZ zgodnie z którymi, w przypadku instalacji do przetwarzania bio odpadów i odpadów zielonych położonej w odległości większej niż 40 km od granic dzielnic Warszawy, zamawiający wymaga posiadania stacji przeładunkowych w odległości nie większej niż 40 km od granic m. st. Warszawy. Tak sformułowane wymagania nie mają uzasadnienia ani faktycznego, ani prawnego, a jednocześnie prowadzą do ograniczenia konkurencji w postępowaniu. Ofertę w postępowaniu będą mogły złożyć wyłącznie podmioty, które posiadają lub dysponują stacją przeładunkową zlokalizowaną do 40 km od granic dzielnic m. st. Warszawy. Jednocześnie inne podmioty – w tym m.in. przystępujący, będą pozbawione możliwości złożenia oferty lub ich oferty będą niekonkurencyjne wobec innych wykonawców posiadających instalacje lub stacje przeładunkowe w zlokalizowane promieniu do 40 km. W wyniku czynności podjętych i przez zamawiającego tj. dokonanie opisu przedmiotu zamówienia oraz projektowanych postanowień umownych w sposób sprzeczny z przepisami PZP przystępujący utracił możliwość wzięcia udziału w postępowaniu oraz ubiegania się o uzyskanie zamówienia objętego postępowaniem oraz zrealizowania zakładanego zysku. W związku z powyższym przystępujący w wyniku wyżej opisanych czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu może ponieść szkodę, co oznacza, że posiada on interes w przystąpieniu po stronie odwołującego. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 19 kwietnia 2022 r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Do zgłoszenia

dołączono dowody przekazania kopii przystąpienia stronom.

W dniu 2 maja 2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie, a w przypadku wycofania zarzutu w zakresie odnoszącym się do pkt. 17 OPZ przez odwołującego o umorzenie postępowania w tej części. Wniósł o dopuszczenie dowodu z treści zmiany ogłoszenia o zmianie ogłoszenia przekazanego do publikacji w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 28 kwietnia 2022 r. oraz zamieszczonego na stronie internetowej prowadzonego postępowania w dniu 2 maja 2022 wraz z potwierdzeniem jego odbioru oraz zmienionej SWZ zamieszczonej na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Odnośnie zarzutu dotyczącego pkt 17 OPZ zamawiający poinformował, że podjął decyzję o wydzieleniu z prowadzonego postępowania przedmiotu zamówienia polegającego na zagospodarowaniu odpadów „BIO” i „odpadów zielonych” i o usunięciu wszelkich warunków zamówienia donoszących się do tych odpadów, w tym wymogów wynikających z pkt. 17 OPZ (część II) oraz par. 2 ust. 7 wzoru umowy (część IV) dotyczących wymogu posiadania punktu przeładunkowego dla tych odpadów położonego w odległości do 40 km od granicy zadania w przypadku, gdy instalacja do przetwarzania odpadów jest zlokalizowana w odległości większej niż 40 km od granic zadania. Na dzień wyznaczony jako termin rozpoznania odwołania nie istnieją sporne postanowienia pkt. 17 oraz par. 2 ust. 7 wzoru umowy i w przypadku podtrzymywania zarzutów odnoszących się do tych postanowień zamawiający wniósł o oddalenie odwołania z uwagi na brak substratu zaskarżenia. Dla wzmocnienia argumentacji zamawiający powołał orzecznictwo Izby.

Co do zarzutu dotyczącego par. 3 ust. 12 i 13 warunków umowy, to zamawiający wskazał, że dotyczą one części VI, a nie IV jak wskazał to odwołujący. Zamawiający wskazał, że przepisy ustawy regulują uprawnienia i obowiązki zamawiających dotyczące umów, w tym także obowiązku przewidzenia waloryzacji umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy – art. 439 ustawy. Skoro ustawa reguluje to zagadnienie, to nie ma podstaw do podnoszenia zarzutów opartych na przepisach kodeksu cywilnego, gdyż odesłanie z art. 8 ust. 1 ustawy dotyczy sytuacji braku uregulowania w Pzp. Wskazał, że również kognicja Izby dotyczy „niezgodności z ustawą”, zatem dla sięgnięcia poza przepisy ustawy konieczne jest stwierdzenie, że przepisy ustawy nie regulują instytucji waloryzacji umowy, a z drugiej strony, że instytucję tę regulują przepisy cywilne. Odwołujący w pierwszej kolejności podniósł zarzut naruszenia art. 439 ust. 1 w związku z art. 439 ust. 2 pkt 1 i 4 ustawy, a tym samym według zamawiającego nie ma uzasadnienia prawnego dla stosowania Kodeksu cywilnego. Zamawiający podkreślił, że stosując przepis art. 439 ustawy ma obowiązek uwzględnić zasady funkcjonujące w art. 16 ustawy. Zamawiający wniósł o odrzucenie zarzutu naruszenia

art. 5 kc oraz art. 357 (1) kc z uwagi na wadliwe sformułowanie jego podstawy prawnej i brak właściwości Izby do jego rozpoznania w świetle art. 473 ust. 1 pkt 1, art. 513 ustawy i art. 1 ustawy. Zamawiający przytoczył treść klauzul par. 3 ust. 12 i 13 wzoru umowy i podniósł, że przewidział w umowie postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, określił poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony do żądania zmiany wynagrodzenia (5,5%) oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia (dzień podpisania umowy), co w ocenie zamawiającego odpowiada obowiązkowi wynikającym z art. 439 ust. 2 pkt 1 ustawy. Zamawiający określił maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia jaką dopuszcza w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia (2% wartości brutto umowy), co odpowiada art. 439 ust. 2 pkt 4 ustawy. W ocenie zamawiającego nie naruszył on zatem art. 439 ust. 2 pkt 1 i 4 ustawy. Zamawiający dostrzegł także, że odwołujący nie oparł zarzutu o przepis art. 439 ust. 2 pkt 3 ustawy, zatem jeśli odwołujący kwestionuje prawidłowość określania częstotliwości zmiany wynagrodzenia, to taki zarzut powinien być odrzucony z uwagi na brak prawidłowej podstawy prawnej. Zamawiający wskazał również, że ustawowy obowiązek stosowania klauzul waloryzacyjnych dotyczy jedynie umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, nie jest zatem obowiązkowe stosowanie waloryzacji wynagrodzenia dla okresów krótszych, stąd żądanie odwołującego przewidzenia waloryzacji dla okresów 6 miesięcznych nie znajduje uzasadnienia w ustawie. W konsekwencji uważa, że nie można uznać sformułowanych postanowień za sprzeczne z gospodarczo-społecznym przeznaczeniem prawa, zasadami współżycia społecznego jak i zasadą swobody umów. Jednorazowa waloryzacja wynika z przyjętego okresu realizacji zamówienia, który wynosi odpowiednio na poszczególnych zadaniach 18 lub 20 miesięcy. Wprawdzie okres obowiązywania umowy jest dłuższy i wynosi 26 lub 28 miesięcy, ale wynika to z konieczności rozliczenia finansowego na co wprost wskazuje pkt. 2 OPZ Część II SWZ. Tym samym zamawiający uważa, że przepisy ustawy i okresy umowne dla których waloryzacja jest możliwa nie zobowiązują go do dokonywania przeglądów umowy dla okresów krótszych niż 12 miesięcy. Odnośnie wielkości wskaźnika wzrostu cen towarów i usług (5,5%), to zamawiający wskazuje, że stosowanie tego wskaźnika, jest rekomendowane w ustawie, a jak wynika z komunikatu Prezesa GUS ceny towarów i usług konsumpcyjnych według szybkiego szacunku w marcu 2022 w porównaniu z analogicznym miesiącem w ubiegłym roku wzrosły o 10,5%, tym samym zmiana wynagrodzenia w sytuacji 5,5% wzrostu wskaźnika jest w pełni zasadna i zapewnia skuteczność stosowania przewidzianej klauzuli waloryzacyjnej. Z kolei wzrost wynagrodzenia do 2% wartości brutto umowy wynika ze specyfiki realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawca może zwrócić się o zmianę wynagrodzenia w wysokości różnicy wzrostu wartości ww. wskaźnika i wartości wskazanej

przez zamawiającego (5,5%), przy czym ta zmiana odnosi się do ceny jednostkowej stanowiącej podstawę rozliczenia zawartej umowy. Umowa podlega rozwiązaniu w przypadku gdy przewidziana kwota wynagrodzenia za realizację umowy powiększona o maksymalnej 2% zostanie wyczerpana (par. 4 ust. 4 wzoru umowy). Tym samym na skutek zwiększenia ceny jednostkowej, umowy mogą zostać szybciej zrealizowane, co powoduje mniejsze ryzyko braku ekwiwalentności wynagrodzenia. Zamawiający brał także pod uwagę, że czynniki mające wpływ na wzrost inflacji mają ograniczony wpływ na wzrost materiałów i kosztów po stronie wykonawcy w zakresie usługi zagospodarowania odpadów. Sam fakt wzrostu inflacji zdaniem zamawiającego nie oznacza wzrostu kosztów i materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia. Głównym czynnikiem wzrostu inflacji są ceny paliw i koszty transportu. Kosztów tych nie ponosi wykonawca albowiem odpady są dowożone do instalacji wykonawcy lub do stacji przeładunkowej. Tym samym w ocenie zamawiającego wykonawca nie ponosi ryzyka wzrostu cen paliwa. Innymi czynnikami mającymi wpływ na wzrost inflacji są wzrost na rynku mieszkań i wzrost cen żywności, które to czynniki nie mają związku z zawieraną umową. Powołał w tym miejscu analizę społeczno gospodarczą kraju w I kwartale roku 2022 Źródło danych GUS. Zamawiający zauważył, że powołany w tej analizie wzrost cen w zakresie gospodarowania odpadami wyniósł 5,4%, przy czym ten wzrost był zdaniem zamawiającego znacząco wyższy w zakresie odbioru i transportu odpadów niż ich zagospodarowania. Zamawiający zauważył, że zastosowana przez niego klauzula waloryzacyjna przewiduje możliwość wzrostu ceny jednostkowej dokładnie na tym samym poziomie 10,9%-5,5% wynosi 5,4%, a więc ma odzwierciedlenie w danych gospodarczych. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał uzasadnienia dla określenia w umowie wzrostu wynagrodzenia o 30%. Jego żądanie jak i twierdzenia nie zostały oparte o jakiegokolwiek wiarygodne dane, które mogłyby stanowić podstawę do zajęcia innego stanowiska przez zamawiającego. Dla wzmocnienia argumentacji powołała wyrok Izby z 10 września 2021 r. sygn. akt KIO 2355/21.

Odwołujący na posiedzeniu z udziałem stron cofnął zarzut dotyczący pkt. 17 OPZ. Podtrzymał zarzuty w pozostałym zakresie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania to jest Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Na podstawie tego dowodu ustaliła, co następuje:

CZĘŚĆ VI SWZ - PROJEKTOWANE POSTANOWIENIA UMOWY – wzór umowy (WZÓR UMOWY DLA ZADANIA 1 (2.1*), ZADANIA 2 (2.2*))

§ 1

Przedmiot umowy

1. Przedmiotem umowy jest usługa polegająca na zagospodarowaniu odpadów komunalnych z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 75 000 Mg, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie Zadania nr, stanowiącym załącznik nr 1 do umowy oraz ceną określoną w ofercie stanowiącą załącznik nr 2 do umowy dla Zadania nr albo ceną wynikającą z ostatniego postąpienia złożonego przez Wykonawcę w trakcie aukcji elektronicznej.

14. Zamawiający deklaruje realizację zamówienia w minimalnym zakresie, tj. 45 000 Mg w okresie realizacji umowy, określonym w § 2 ust. 2 umowy. Ilość odpadów przekazywanych do zagospodarowania jest zależna od ilości odpadów wytwarzanych przez mieszkańców dzielnic Białołęka, Targówek. Wykonawcy nie przysługują żadne roszczenia odszkodowawcze w przypadku, gdy ilość przekazanych do zagospodarowania odpadów w okresie realizacji umowy będzie niższa od maksymalnej ilości określonej w ust. 1.

15. Deklaracja, o której mowa w ust. 14 nie dotyczy przypadku odstąpienia od umowy lub rozwiązania umowy lub jej zakończenia z jakiegokolwiek przyczyny przed upływem terminu, na jaki została zawarta, w tym w przypadkach określonych w §6 ust. 7-11, § 7 pkt 4 i § 9 ust. 8 umowy, jak również w przypadkach zawieszenia realizacji umowy (§ 6 ust. 14 umowy) oraz w przypadkach, gdy ograniczony zostanie zakres przedmiotowy umowy (§ 9 ust. 6b umowy) oraz przypadku wykonania zastępczego, o którym mowa w § 2 ust. 35 umowy.

§ 2

Termin i warunki realizacji umowy

1. Umowa obowiązuje od dnia jej podpisania do dnia roku (Umowa będzie obowiązywała przez okres 28 miesięcy od dnia rozpoczęcia realizacji umowy z uwagi na konieczność rozliczenia umowy (dalej: „Okres obowiązywania umowy”). Informacja ta zostanie uzupełniona w momencie przygotowania umowy do podpisu z wybranym Wykonawcą zgodnie z informacjami w tym zakresie zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia. Z uwzględnieniem ust. 3 poniżej, w przypadku gdy którakolwiek z instalacji wskazanych w ofercie stanowiącej Załącznik nr 2 do umowy, będzie się znajdowała poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, termin rozpoczęcia realizacji umowy zostanie odpowiednio dostosowany po uzyskaniu wymaganych uprawnień; na dzień zawarcia umowy termin ten zostaje określony na 38 miesięcy od zawarcia umowy (tj. 28 miesiące plus 6 miesięcy dla instalacji wymagających uzyskania ostatecznej decyzji GIOŚ, o której mowa w pkt 2 Opisu przedmiotu zamówienia tiret pierwsze) lub 34 miesiące od zawarcia umowy (tj. 28 miesiące plus 2 miesiące – dla instalacji wymagającej procedury informowania, o której mowa w pkt 2 Opisu przedmiotu zamówienia tiret drugie).

2. Termin realizacji zamówienia tj. zagospodarowanie odpadów będących przedmiotem zamówienia: do z zastrzeżeniem ust. 3 i 4 poniżej. (Przedmiot zamówienia realizowany będzie przez okres 20 miesięcy od dnia rozpoczęcia realizacji zamówienia (dalej: „Okres realizacji zamówienia”). Planowany termin rozpoczęcia Okresu realizacji zamówienia to 01.08.2022 r. Termin ten może ulec przesunięciu, gdy w wyniku przedłużenia się procedury przetargowej umowa zostanie zawarta po 01.07.2022 r. W takim przypadku termin rozpoczęcia Okresu realizacji zamówienia zostanie wskazany w umowie, z tym, że okres pomiędzy dniem zawarcia umowy a terminem rozpoczęcia Okresu realizacji zamówienia nie może być dłuższy niż 30 dni. Informacja ta zostanie uzupełniona w momencie przygotowania umowy do podpisu z wybranym Wykonawcą, zgodnie z informacjami w tym zakresie zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia. Z uwzględnieniem ust. 3 poniżej, w przypadku, gdy którakolwiek z instalacji wskazanych w ofercie, będzie się znajdowała poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, Okres realizacji zamówienia zostanie odpowiednio dostosowany po uzyskaniu wymaganych uprawnień).

2a. Umowa podlega wznowieniu (przedłużeniu) na kolejne 6 miesięcy, pod warunkiem złożenia Wykonawcy oświadczenia Zamawiającego o wznowieniu umowy nie później niż na 14 dni przed upływem Okresu realizacji zamówienia, o którym mowa w ust. 2. W okresie wznowienia umowy, Wykonawca zobowiązuje się zagospodarowywać odpady komunalne pochodzące z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej do 22 500 Mg na warunkach i w cenach jednostkowych przewidzianych dla przedmiotu umowy realizowanego w okresie przed wznowieniem umowy.

§ 3 Wartość umowy i zasady rozliczeń

1. Łączne wynagrodzenie należne Wykonawcy z tytułu realizacji niniejszej umowy nie przekroczy kwoty netto zł (słownie: zł) powiększonej o podatek od towarów i usług VAT naliczony zgodnie z przepisami obowiązującymi w dniu jego naliczenia.

2. Cena jednostkowa wskazana w ofercie stanowiącej Załącznik nr 2 do umowy albo cena jednostkowa wynikająca z ostatniego postąpienia złożonego przez Wykonawcę w trakcie aukcji elektronicznej, zawiera w sobie koszty realizacji przedmiotu zamówienia w tym koszty ubezpieczeń, opłaty celne i podatkowe oraz wszelkie inne koszty Wykonawcy. Cena jednostkowa nie może ulec zwiększeniu w Okresie obowiązywania umowy, z zastrzeżeniem postanowień ust. 10 i § 9 ust. 5 lit. a.

10. Cena jednostkowa o której mowa w ust. 2, może ulec zmianie o poniesione przez Wykonawcę koszty związane ze zmianą:

1) stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego;

2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie 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 ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne;

4) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. poz. 2215 oraz z 2019 poz. 1074 i 1572), - jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę. Ciężar udowodnienia kwoty rzeczywiście poniesionych kosztów i ich wpływu na cenę jednostkową w całości spoczywa na stronie, która się na nie powołuje.

11. W celu zmiany wynagrodzenia, o której mowa w ust. 10 powyżej każda ze stron umowy, w terminie 30 dni od dnia wejścia w życie przepisów dokonujących tych zmian, może zwrócić się do drugiej strony z wnioskiem w sprawie odpowiedniej zmiany wynagrodzenia o kwotę kosztu poniesionego przez wykonawcę, a w przypadku stawki podatku VAT od daty jego zmiany. Do wniosku należy dołączyć szczegółowy opis i wyliczenie wpływu zmian na cenę jednostkową o której mowa w ust. 2 wraz ze wskazaniem terminu ich zaistnienia. Zamawiający zastrzega sobie prawo do żądania od Wykonawcy dodatkowych wyjaśnień odnośnie wyliczonych kosztów oraz weryfikacji wyliczeń dokonanych przez Wykonawcę we własnym zakresie.

12. Zamawiający wskazuje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku wzrostu cen rzeczywiście ponoszonych kosztów, gdy wielkość wzrostu wartości wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, publikowanego przez prezesa Głównego Urzędu Statystycznego mierzona w cyklu miesięcznym i odpowiadająca temu samemu miesiącowi w roku poprzednim, przekroczy 5,5 %. W takim przypadku Wykonawca może zwrócić się o zmianę wynagrodzenia w wysokości różnicy wzrostu wartości ww. wskaźnika i wartości wskazanej przez Zamawiającego w zdaniu poprzedzającym. Zamawiający zastrzega, że wysokość maksymalna zmiany wynagrodzenia Wykonawcy może wynieść 2% wartości brutto Umowy.

13. Zamawiający zastrzega, że Wykonawca ma prawo ubiegać się o zmianę wysokości wynagrodzenia, o której mowa w ust. 12, po upływie 12 miesięcy od dnia podpisania umowy. Zamawiający dopuszcza jednorazową możliwość waloryzacji wynagrodzenia w trakcie Okresu obowiązywania umowy.

14. W celu zmiany wynagrodzenia, o której mowa w ust. 12, Wykonawca winien zwrócić się do Zamawiającego z pisemnym wnioskiem w sprawie odpowiedniej zmiany wynagrodzenia. Do wniosku należy dołączyć szczegółowy opis i wyliczenie wpływu zmian na cenę jednostkową o której mowa w ust. 2 wraz ze wskazaniem terminu ich zaistnienia. Zamawiający za-

strzeża sobie prawo do żądania od Wykonawcy dodatkowych wyjaśnień odnośnie wyliczonych kosztów oraz weryfikacji wyliczeń dokonanych przez Wykonawcę we własnym zakresie. 15. Prawo do zmiany wysokości wynagrodzenia obowiązywać będzie od dnia akceptacji przez Zamawiającego wniosku Wykonawcy (w formie aneksu), o którym mowa w ust. 11, za okres od dnia przedłożenia Zamawiającemu wniosku o zmianę wynagrodzenia, potwierdzonego przez Zamawiającego datą otrzymania wniosku w formie pisemnej.

CZĘŚĆ VI SWZ - PROJEKTOWANE POSTANOWIENIA UMOWY – wzór umowy (WZÓR UMOWY DLA ZADANIA 3 (4*), ZADANIA 4 (7*))

§ 1

Przedmiot umowy

1. Przedmiotem umowy jest usługa polegająca na zagospodarowaniu odpadów komunalnych z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej Mg (informacje te zostaną uzupełnione w momencie przygotowania umowy do podpisu z wybranym Wykonawcą odpowiednio dla danego Zadania, zgodnie z informacjami w tym zakresie zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia), zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie Zadania nr, stanowiącym załącznik nr 1 do umowy oraz ceną określoną w ofercie stanowiącą załącznik nr 2 do umowy dla Zadania nr albo ceną wynikającą z ostatniego postąpienia złożonego przez Wykonawcę w trakcie aukcji elektronicznej.

14. Zamawiający deklaruje realizację zamówienia w minimalnym zakresie, tj. Mg (informacja ta zostanie uzupełniona w momencie przygotowania umowy do podpisu z wybranym Wykonawcą odpowiednio dla danego Zadania, zgodnie z informacjami w tym zakresie zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia) w okresie realizacji umowy, określonym w § 2 ust. 2 umowy. Ilość odpadów przekazywanych do zagospodarowania jest zależna od ilości odpadów wytwarzanych przez mieszkańców dzielnic Zadania. Wykonawcy nie przysługują żadne roszczenia odszkodowawcze w przypadku, gdy ilość przekazanych do zagospodarowania odpadów w okresie realizacji umowy będzie niższa od maksymalnej ilości określonej w ust. 1.

15. Deklaracja, o której mowa w ust. 14 nie dotyczy przypadku odstąpienia od umowy lub rozwiązania umowy lub jej zakończenia z jakiegokolwiek przyczyny przed upływem terminu, na jaki została zawarta, w tym w przypadkach określonych w §6 ust. 7-11, § 7 pkt 4 i § 9 ust. 8 umowy, jak również w przypadkach zawieszenia realizacji umowy (§ 6 ust. 14 umowy) oraz w przypadkach, gdy ograniczony zostanie zakres przedmiotowy umowy (§ 9 ust. 6b umowy) oraz przypadku wykonania zastępczego, o którym mowa w § 2 ust. 35 umowy.

§ 2

Termin i warunki realizacji umowy

1. Umowa obowiązuje od dnia jej podpisania do dnia roku (Umowa będzie obowiązywała przez okres 26 miesięcy od dnia rozpoczęcia realizacji umowy z uwagi na

konieczność rozliczenia umowy (dalej: „Okres obowiązywania umowy”). Informacja ta zostanie uzupełniona w momencie przygotowania umowy do podpisu z wybranym Wykonawcą zgodnie z informacjami w tym zakresie zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia.

Z uwzględnieniem ust. 3 poniżej, w przypadku gdy którakolwiek z instalacji wskazanych w ofercie stanowiącej Załącznik nr 2 do umowy, będzie się znajdowała poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, termin rozpoczęcia realizacji umowy zostanie odpowiednio dostosowany po uzyskaniu wymaganych uprawnień; na dzień zawarcia umowy termin ten zostaje określony na 38 miesięcy od zawarcia umowy (tj. 26 miesięcy plus 6 miesięcy dla instalacji wymagających uzyskania ostatecznej decyzji GIOŚ, o której mowa w pkt 2 Opisu przedmiotu zamówienia tiret pierwsze) lub 34 miesięcy od zawarcia umowy (tj. 26 miesięcy plus 2 miesiące – dla instalacji wymagającej procedury informowania, o której mowa w pkt 2 Opisu przedmiotu zamówienia tiret drugie).

2. Termin realizacji zamówienia tj. zagospodarowanie odpadów będących przedmiotem zamówienia: do z zastrzeżeniem ust. 3 i 4 poniżej. (Przedmiot zamówienia realizowany będzie przez okres 18 miesięcy od dnia rozpoczęcia realizacji zamówienia (dalej: „Okres realizacji zamówienia”). Planowany termin rozpoczęcia Okresu realizacji zamówienia to 01.10.2022 r. Termin ten może ulec przesunięciu, gdy w wyniku przedłużenia się procedury przetargowej umowa zostanie zawarta po 01.09.2022 r. W takim przypadku termin rozpoczęcia Okresu realizacji zamówienia zostanie wskazany w umowie, z tym, że okres pomiędzy dniem zawarcia umowy a terminem rozpoczęcia Okresu realizacji zamówienia nie może być dłuższy niż 30 dni. Informacja ta zostanie uzupełniona w momencie przygotowania umowy do podpisu z wybranym Wykonawcą, zgodnie z informacjami w tym zakresie zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia. Z uwzględnieniem ust. 3 poniżej, w przypadku, gdy którakolwiek z instalacji wskazanych w ofercie, będzie się znajdowała poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, Okres realizacji zamówienia zostanie odpowiednio dostosowany po uzyskaniu wymaganych uprawnień).

2a. Umowa podlega wznowieniu (przedłużeniu) na kolejne 6 miesięcy, pod warunkiem złożenia Wykonawcy oświadczenia Zamawiającego o wznowieniu umowy nie później niż na 14 dni przed upływem Okresu realizacji zamówienia, o którym mowa w ust. 2. W okresie wznowienia umowy, Wykonawca zobowiązuje się zagospodarowywać odpady komunalne pochodzące z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej do Mg (informacja ta zostanie uzupełniona w momencie przygotowania umowy do podpisu z wybranym Wykonawcą odpowiednio dla danego Zadania, zgodnie z informacjami w tym zakresie zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia) na warunkach i w cenach jednostkowych przewidzianych dla przedmiotu umowy realizowanego w okresie przed wznowieniem umowy.

§ 3

Wartość umowy i zasady rozliczeń

1. Łączne wynagrodzenie należne Wykonawcy z tytułu realizacji niniejszej umowy nie przekroczy kwoty netto zł (słownie: zł) powiększonej o podatek od towarów i usług VAT naliczony zgodnie z przepisami obowiązującymi w dniu jego naliczenia.

2. Cena jednostkowa wskazana w ofercie stanowiącej Załącznik nr 2 do umowy albo cena jednostkowa wynikająca z ostatniego postąpienia złożonego przez Wykonawcę w trakcie aukcji elektronicznej, zawiera w sobie koszty realizacji przedmiotu zamówienia w tym koszty ubezpieczeń, opłaty celne i podatkowe oraz wszelkie inne koszty Wykonawcy. Cena jednostkowa nie może ulec zwiększeniu w Okresie obowiązywania umowy, z zastrzeżeniem postanowień ust. 10 i § 9 ust. 5 lit. a.10. Cena jednostkowa o której mowa w ust. 2, może ulec zmianie o poniesione przez Wykonawcę koszty związane ze zmianą:

1) stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego;

2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie 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 ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne;

4) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. poz. 2215 oraz z 2019 poz. 1074 i 1572), - jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę. Ciężar udowodnienia kwoty rzeczywiście poniesionych kosztów i ich wpływu na cenę jednostkową w całości spoczywa na stronie, która się na nie powołuje.

11. W celu zmiany wynagrodzenia, o której mowa w ust. 10 powyżej każda ze stron umowy, w terminie 30 dni od dnia wejścia w życie przepisów dokonujących tych zmian, może zwrócić się do drugiej strony z wnioskiem w sprawie odpowiedniej zmiany wynagrodzenia o kwotę kosztu poniesionego przez wykonawcę, a w przypadku stawki podatku VAT od daty jego zmiany. Do wniosku należy dołączyć szczegółowy opis i wyliczenie wpływu zmian na cenę jednostkową o której mowa w ust. 2 wraz ze wskazaniem terminu ich zaistnienia. Zamawiający zastrzega sobie prawo do żądania od Wykonawcy dodatkowych wyjaśnień odnośnie wyliczonych kosztów oraz weryfikacji wyliczeń dokonanych przez Wykonawcę we własnym zakresie.

12. Zamawiający wskazuje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku wzrostu cen rzeczywiście ponoszonych kosztów, gdy wielkość wzrostu wartości wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, publikowanego przez prezesa Głównego Urzędu Statystycznego mierzona w cyklu miesięcznym i odpowiadająca temu samemu miesiącowi w roku poprzednim, przekroczy 5,5 %. W takim przypadku Wykonawca może zwró-

cić się o zmianę wynagrodzenia w wysokości różnicy wzrostu wartości ww. wskaźnika i wartości wskazanej przez Zamawiającego w zdaniu poprzedzającym. Zamawiający zastrzega, że wysokość maksymalna zmiany wynagrodzenia Wykonawcy może wynieść 2% wartości brutto Umowy.

13. Zamawiający zastrzega, że Wykonawca ma prawo ubiegać się o zmianę wysokości wynagrodzenia, o której mowa w ust. 12, po upływie 12 miesięcy od dnia podpisania umowy. Zamawiający dopuszcza jednorazową możliwość waloryzacji wynagrodzenia w trakcie Okresu obowiązywania umowy.

14. W celu zmiany wynagrodzenia, o której mowa w ust. 12, Wykonawca winien zwrócić się do Zamawiającego z pisemnym wnioskiem w sprawie odpowiedniej zmiany wynagrodzenia. Do wniosku należy dołączyć szczegółowy opis i wyliczenie wpływu zmian na cenę jednostkową o której mowa w ust. 2 wraz ze wskazaniem terminu ich zaistnienia. Zamawiający zastrzega sobie prawo do żądania od Wykonawcy dodatkowych wyjaśnień odnośnie wyliczonych kosztów oraz weryfikacji wyliczeń dokonanych przez Wykonawcę we własnym zakresie. 15. Prawo do zmiany wysokości wynagrodzenia obowiązywać będzie od dnia akceptacji przez Zamawiającego wniosku Wykonawcy (w formie aneksu), o którym mowa w ust. 11, za okres od dnia przedłożenia Zamawiającemu wniosku o zmianę wynagrodzenia, potwierdzonego przez Zamawiającego datą otrzymania wniosku w formie pisemnej.

Z Szybkiego szacunku wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych w marcu 202 r. informacje GUS 1 kwietnia 2022 r. wynika, że ceny towarów i usług konsumpcyjnych w porównaniu z analogicznym miesiącem ubiegłego roku wzrosły o 10,9%, a w stosunku do poprzedniego miesiąca o 3,2%, przy czym nośniki energii wzrosły o 23,9% w stosunku rocznym i o 4,4 % w stosunku miesięcznym, a paliwa do prywatnych środków transportu o 33,5% w stosunku rocznym i 28% w stosunku miesięcznym.

Z sytuacji społeczno-gospodarczej w kraju w I kwartale 2022 wydanej przez GUS w marcu 2022 wynika, że :

dostawa wody; gospodarowanie ściekami i odpadami; rekultywacja marzec 2022 wyniosła 109,1 w stosunku do marca 2021

Wzrost cen towarów i usług związanych z mieszkaniem w skali roku wyniósł 15,4% (wobec 12,7% w lutym br.). Za użytkowanie mieszkania lub domu i nośniki energii konsumenci płacili o 17,7% więcej niż w marcu ub. roku. Najbardziej wzrosły ceny nośników energii – przeciętnie o 24,3%, w tym dużo więcej niż przed rokiem płacono za opał – o 61,3% oraz gaz – o 49,2%; wyższe w marcu ub. roku były także opłaty za energię ciepłą – o 9,1% oraz energię elektryczną – o 5,0%. Podniesiono także opłaty za wywóz śmieci – o 11,1%, usługi kanalizacyjne – o 8,4%, a także za zaopatrywanie w wodę – o 4,2%.

Wzrost cen towarów i usług w zakresie transportu w marcu br. w skali roku wyniósł 24,1% (miesiąc wcześniej ceny te wzrosły o 9,9%, a w marcu ub. roku o 5,4%). Podniesiono ceny paliw do prywatnych środków transportu – o 33,5% (przed miesiącem wzrost tych cen wyniósł 11,1%), w tym podrożał olej napędowy – o 41,4%, gaz ciekły i pozostałe paliwa do prywatnych środków transportu – o 35,3% oraz benzyna – o 29,3%. Wyższe niż w marcu ub. roku były opłaty za usługi transportowe – o 8,8% oraz ceny samochodów osobowych – o 7,6%.

W okresie styczeń–marzec br. ceny produkcji sprzedanej przemysłu wzrosły w skali roku o 17,4% (przed rokiem notowano wzrost o 2,4%), w tym najbardziej w wytwarzaniu i zaopatrywaniu w energię elektryczną, gaz, parę wodną i gorącą wodę – o 31,2%. W górnictwie i wydobywaniu ceny były wyższe o 23,6%, w przetwórstwie przemysłowym – o 15,3%, a w dostawie wody; gospodarowaniu ściekami i odpadami; rekultywacji – o 4,9%.

W marcu br. tempo wzrostu cen produkcji sprzedanej przemysłu w skali roku wyniosło 20,0% (wobec 16,1% w poprzednim miesiącu). Spośród sekcji przemysłu najbardziej wzrosły ceny w wytwarzaniu i zaopatrywaniu w energię elektryczną, gaz, parę wodną i gorącą wodę – o 37,3%. W górnictwie i wydobywaniu ceny podniesiono o 24,2%, w przetwórstwie przemysłowym – o 17,5%, a w dostawie wody; gospodarowaniu ściekami i odpadami; rekultywacji – o 5,4%.

Z Projekcji inflacji i wzrostu gospodarczego NBP opublikowanej na stronie NBP w miesiącu marcu 2022 wynika, że inflacja na koniec horyzontu projekcji tj. 4 kwartał 2024 ukształtuje się nieznacznie poniżej 4%, zaś w 2023 wyniesie 9,0%.

Z Analizy kosztów gospodarki odpadami komunalnymi Instytutu Ochrony Środowiska Państwowego Instytutu Badawczego wynika, że stosunkowo duży wpływ na koszty gospodarowania odpadami ma koszt ich przetwarzania. Tezę tę potwierdza Raport UOKiK, w którym stwierdzono, że problem wzrostu cen ma charakter systemowy, a kluczowym elementem są koszty zagospodarowania odpadów oraz zwiększenie ilości odpadów. Dodatkowo stwierdzono spadek liczby przedsiębiorców prowadzących działalność w zakresie gospodarowania odpadami. Wzrost cen ma charakter globalny i dotyczy całego kraju. Wzrost kosztów funkcjonowania instalacji wystąpił równocześnie w całym kraju, a rosnącym przychodom związanym z ze zwiększeniem ceny przyjęcia odpadów na instalację towarzyszył znaczący spadek rentowności badanych przedsiębiorstw. Rentowność sprzedaży ROS mierzona zyskiem netto spadła z poziomu 8,6- 9,2% w latach 2015-2016 do 5,9% w 2018 r. Na wzrost kosztów gospodarowania odpadami komunalnymi związanych z przetwarzaniem odpadów mają wpływ następujące czynniki: m/\. In. koszt paliwa, energii i kosztów osobowych.

Z dowodu miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych wynika, że średni poziom zmian wskaźnika (średnia arytmetyczna zmian z danego roku) wynosił w 2013 0,90, w 2014, -0,48, w 2015 – 0,93, w 2016 – 0,72, w 2017 – 1,97, w 2018 – 1,67, w 2019 – 2,31, w 2020 – 3,40 w 2021 5,10 w 2022 dane za 3 miesiące – 9,63

Z artykułu Damiana Słomki z 29 kwietnia 2022 na portalu money.pl Wzrost cen przyspieszył jeszcze bardziej. To najwyższa inflacja w XXI wieku, wynika, że Ceny dóbr i usług były w kwietniu średnio o 12,3 proc. Wyższe niż rok wcześniej – wynika ze wstępnych wyliczeń opublikowanych przez GUS. Dla ekonomistów kolejny wzrost inflacji nie jest zaskoczeniem, ale skala podwyżek przeszła najśmielsze oczekiwania. Średnia prognoz ekspertów sugerowała podwyżki cen w skali roku na poziomie około 11,5%. Skala podwyżek w Polsce kilkakrotnie przekracza poziomy akceptowane przez NBP. To właśnie bank centralny stoi na straży stabilności cen. Przypomnijmy, że celem banku jest utrzymywanie wskaźnika inflacji na poziomie 1,5- 3,5 proc. Spodziewamy się, że szczyt inflacji nastąpi w sierpniu w okolicy 13 proc” – ocenia J. R. ekspert Polskiego Instytutu Ekonomicznego. Najmocniej podrożały paliwo oraz rachunki za energię. W obydwu przypadkach ceny były ponad 27% wyższe niż rok temu.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 525 ust. 1 – 3 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy w zw. z art. 16 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia oraz prowadzący do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencyjności postępowania i naruszający uczciwą konkurencję w zakresie, w jakim w Części II SWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia („OPZ”) w pkt 17 w zakresie Zadania 1 (2.1) i Zadania 2 (2.2) oraz w zakresie Zadania 3 (4) i Zadania 4 (7) zamawiający wymaga, aby w przypadku, gdy instalacja do przetwarzania odpadów „bio” i „odpadów zielonych” zlokalizowana będzie w odległości większej niż 40 km od granic dzielnic Zadania, wykonawca posiadał stację przeładunkową dla tych odpadów znajdującą się w odległości do 40 km od granic dzielnic zadania.

Zarzut nie podlegał rozpoznaniu. Na posiedzeniu z udziałem stron odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu zarzutu. Dopuszczalność cofnięcia zarzutu została usankcjonowana w art.

522 ust. 3 ustawy, w którym wprost ustawodawca dopuścił możliwość cofnięcia odwołania w części zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego. Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. Stosownie do art. 568 pkt. 1 ustawy Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania. Wobec braku wprost regulacji dotyczącej sytuacji jednoczesnego wycofania części zarzutów i podtrzymania pozostałych zarzutów, należy zastosować odpowiednio przepis art. 520 ust. 1 i 568 pkt 1 ustawy wiążąc go z art. 555 ustawy nakładającym obowiązek rozstrzygnięcia przez Izbę o zarzutach zawartych w odwołaniu. Konsekwencją tego odpowiedniego zastosowania wskazanych wyżej przepisów jest konieczność

umorzenia postępowania w części dotyczącej wycofanego zarzutu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 439 ust. 1 w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1) i 4) ustawy w zw. z art. 353 1 oraz art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy przez określenie warunków zamówienia w sposób naruszający ww. przepisy i prowadzący do naruszenia równowagi stron umowy oraz nieumożliwiający zapewnienia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i zniwelowania ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego w zakresie, w jakim:

a. w § 3 ust. 12 Części IV SWZ - wzór umowy dla Zadania 1 (2.1), Zadania 2 (2.2) oraz Zadania 3 (4) i Zadania 4 (7) (dalej jako: „Umowa”) zastrzeżono, że wysokość maksymalna zmiany wynagrodzenia wykonawcy w wyniku waloryzacji może wynieść 2% wartości brutto umowy mimo, że z uwagi na aktualny poziom inflacji jest wysoce prawdopodobne, że wzrost kosztów związanych z wykonaniem Zamówienia przekroczy zakładany przez zamawiającego próg, co przy utrzymaniu ww. ograniczenia, pozbawiłoby wykonawcę prawa do waloryzacji umowy, co jest wprost sprzeczne z dyspozycją art. 439 ust. 1 ustawy;

b. w § 3 ust. 12 umowy (dla wszystkich Zadań), wskazano możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku wzrostu cen rzeczywiście ponoszonych kosztów, gdy wielkość wzrostu wartości wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, publikowanego przez prezesa GUS mierzona w cyklu miesięcznym i odpowiadająca temu samemu miesiącowi w roku poprzednim, przekroczy 5,5%, co stanowi próg zbyt wysoki dla faktycznej skuteczności zastosowania waloryzacji i prowadzi do niezgodności z dyspozycją art. 439 ust. 1 ustawy;

c. w § 3 ust. 13 umowy (dla wszystkich Zadań), zamawiający zastrzegł, że wykonawca ma prawo ubiegać się o zmianę wysokości wynagrodzenia (waloryzację ze względu na poziom inflacji) dopiero po upływie 12 miesięcy od dnia podpisania umowy oraz dopuszcza tylko jednorazową możliwość waloryzacji wynagrodzenia.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie podziela wprawdzie stanowiska zamawiającego co do wadliwości sformułowania zarzutów odwołania przez odwołanie się do klauzuli generalnej kodeksu cywilnego zawartej w art. 5 kc czy też do przepisów ogólnych prawa zobowiązań z art. 353 (1) kc. Zauważyć bowiem należy, że odwołujący zarzuca zamawiającemu, że przewidziana przez niego waloryzacja umowna nie zapewni ekwiwalentności świadczeń. Niewątpliwie zamówienie publiczne jest umową odpłatną zawieraną pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, do-

staw lub usług – art. 7 pkt. 32 ustawy. Jest to zatem umowa wzajemna, w której wykonawca ma, jak w niniejszej sprawie, świadczyć na rzecz zamawiającego opisaną usługę zagospodarowania odpadów, a zamawiający ma za tę usługę zapłacić umówione wynagrodzenie. Ustawa nie reguluje zasad dotyczących wzajemnych świadczeń stron umowy. Ustawodawca uregulował jedynie kwestię współdziałania stron umowy – art. 431 ustawy, jak również zasadę efektywności w art. 17 nakazując zamawiającemu zapewnienie najlepszej jakości otrzymywanych usług, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jej realizację oraz uzyskanie najlepszych efektów. Ustawa jednak nie stanowi o tym, w jaki sposób odpłatność świadczona przez zamawiającego ma odpowiadać świadczonej usłudze, o tym natomiast stanowi art. 487 par. 1 kodeksu cywilnego, który wskazuje, że umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej. Zasada ekwiwalentności świadczeń nie posiada odpowiednika na gruncie ustawy, co więcej ustawa nie reguluje też sytuacji, kiedy dojdzie do przekroczenia granic zasady ekwiwalentności skutkującego nawet nieważnością umowy. Takie uregulowanie występuje natomiast w kodeksie cywilnym w art. 388 kc, który reguluje instytucję wyzysku. Do wyzysku dochodzi bowiem wówczas, gdy jeżeli jedna ze stron, wyzyskując przymusowe położenie, niedoświetstwo lub niedoświadczanie drugiej strony, w zamian za swoje świadczenie przyjmuje albo zastrzega dla siebie lub dla osoby trzeciej świadczenie, którego wartość w chwili zawarcia umowy przewyższa w rażąco stopniu wartość jej własnego świadczenia, druga strona może żądać zmniejszenia swego świadczenia lub zwiększenia należnego jej świadczenia, a w wypadku gdy jedno i drugie byłoby nadmiernie utrudnione, może ona żądać unieważnienia umowy. Nadto od 30 czerwca 2022 r. ustawodawca zdecydował się również określić, kiedy zachodzić będzie domniemanie, świadczenia przewyższającego wartość świadczenia wzajemnego w stopniu rażąco, wskazując, że taka sytuacja będzie miała miejsce, jeżeli wartość świadczenia jednej ze stron w chwili zawarcia umowy przewyższa co najmniej dwukrotnie wartość świadczenia wzajemnego.

Na gruncie ustawy nie ma analogicznych przepisów, ale właśnie z delegacji ustawowej art. 8 ust. 1 ustawy wynika, że skoro ustawodawca nie zdecydował się uregulować odmiennie charakteru zamówienia niż reguluje to umowa wzajemna na gruncie KC, to możliwe jest odesłanie do art. 487 par. 1 kc i wskazanie na konieczność oceny umowy przez pryzmat odpowiadania sobie świadczeń wzajemnych i oceny naruszenia tej równowagi także w taki sposób, który jest sprzeczny ze społeczno – gospodarczym przeznaczeniem tego prawa i zasadami współżycia społecznego również nie pochwalamy nadużycia prawa prowadzącego do nierównej pozycji stron umowy wzajemnej. Z tego też względu Izba nie uznaje zasadności argumentacji zamawiającego, że skoro waloryzacja została uregulowana w ustawie i uregulowane zostały zasady zamówień publicznych w art. 16 ustawy, to odwołujący nie może powoływać się na przepisy kodeksu cywilnego. Przeciwnie Izba stoi na stanowisku, że skoro

ustawodawca w ustawie nie określił, że świadczenia zamawiającego i wykonawcy nie mają być ekwiwalentne, a jednocześnie nie uregulował zasady ekwiwalentności świadczeń wzajemnych w ustawie, to konieczne jest odwołanie się kodeksu cywilnego i uregulowanej w nim zasady ekwiwalentności. W przeciwnym bowiem wypadku brak byłoby jednoznacznego miernika porównywalności świadczeń zamawiającego i wykonawcy przez pryzmat, którego można byłoby ocenić czy klauzula waloryzacyjna przewidziana przez zamawiającego pozwala na zachowanie tej równowagi w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Izba nie znajduje też podstawy prawnej dla odrzucenia zarzutu, dla którego nie wskazano podstawy prawnej lub wskazano wadliwą podstawę prawną. Odrzucenie przede wszystkim reguluje art. 528 ustawy, który zawiera katalog zamknięty i odnosi się do całego odwołania, a nie poszczególnych jego zarzutów. Nadto w ocenie Izby niepodanie podstawy prawnej przy jednoznacznie określonej podstawie faktycznej zarzutu nie stanowi o braku zarzutu. Przede wszystkim art. 516 ust. 1 pkt. 8 ustawy nakłada obowiązek zwięzłego przedstawienia zarzutu, który powinien opisywać fakt, którego zaistnienie rodzi po stronie wykonawcy roszczenie o ochronę prawną. Jest to zgodne z paremią *da mihi factum, dabo tibi ius*. Oczywiście przywołanie podstawy prawnej jest celowe i świadczy o profesjonalizmie wykonawcy, jednak jeśli fakt opisany jest dostatecznie, a podstawa prawna nie została wskazana lub została wskazana błędnie, to w ocenie Izby możliwie jest nadanie odwołaniu biegu i jego rozpoznanie, co oczywiście nie oznacza, że Izba dany zarzut uzna za zasadny. Tym samym Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia zarzutu wadliwego określenia momentu powstania prawa do wystąpienia z wnioskiem o waloryzację, a także częstotliwości występowania z takim wnioskiem.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania postawionych zarzutów Izba stwierdza, że zamawiający nie uchybił obowiązkowi przewidzianemu w art. 439 ust. 1 ustawy nakazującemu wprowadzenie klauzuli waloryzacyjnej do umowy, której przedmiotem są usługi (usługa zagospodarowania odpadów), którą zamawiający projektuje zawrzeć na czas dłuższy niż 12 miesięcy. Zamawiający przewidział taką klauzulę w par. 13 ust. 12 – 14 umowy. Odwołujący tego faktu nie kwestionuje, co więcej, jak sam przyznał na rozprawie, nie kwestionuje też zastosowania przez zamawiającego wybranej przez zamawiającego metody waloryzacji, która w ocenie Izby jest metodą indeksacji uproszczonej, która zakłada jednakowy sposób zmiany wynagrodzenia za wykonanie całości jak i części przedmiotu zamówienia. Odwołujący stwierdził, że kwestionuje poziom, którego osiągnięcie uprawnia go do wystąpienia z wnioskiem o zmianę wynagrodzenia, a więc możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku wzrostu cen rzeczywiście ponoszonych kosztów, gdy wielkość wzrostu wartości wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, publikowanego przez prezesa Głównego Urzędu Statystycznego mierzona w cyklu miesięcznym i odpowiadająca temu samemu miesiącowi w roku poprzednim, przekroczy 5,5 %. Przy czym odwołujący do-

maga się obniżenia tego progu do poziomu 2%. W ocenie Izby w sytuacji, gdy zamawiający, zgodnie z art. 439 ust. 2 pkt. 1 ustawy określił poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia, to na odwołującym ciążył obowiązek wykazania, że poziom ten nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów. Art. 534 ust. 1 ustawy wskazuje, że strona jest obowiązana wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne. Odwołujący określa skutek jako nierealność waloryzacji niezapewniająca równego rozkładu ryzyk i odpowiedniości świadczeń. Odwołujący powołuje także dowody niestety z dowodów tych nie sposób ustalić, że poziom 2% jest poziomem właściwym i dobranym prawidłowo, a poziom 5,5% nie. Sam odwołujący wskazał, że z artykułu prasowego na stronie money.pl wynika, że celem Narodowego Banku Polskiego jest utrzymanie inflacji na poziomie 1,5-3,5%, a więc mogącej przekraczać 2%, co więcej odwołujący sam wyliczył w dowodzie „miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych”, że średni poziom zmian wskaźnika inflacji w roku 2022 wyniósł 5,10%, a więc był to poziom zbliżony do progu określonego przez zamawiającego, a który był do przewidzenia przez wykonawców w dacie ogłoszenia zamówienia. Izba zauważa, że odwołujący jako profesjonalista powinien w dacie składania oferty uwzględnić bieżącą sytuację rynkową, natomiast klauzule waloryzacyjne mają służyć dopuszczeniu możliwości zmiany umowy w zakresie wynagrodzenia w związku ze zmianami cen materiałów i kosztów następującymi już po dacie zawarcia umowy. Tym samym Okoliczność istnienia inflacji na poziomie ponad 5% nie jest zaskoczeniem dla odwołującego i jest to jak słusznie zauważył zamawiający poziom, który prawdopodobnie utrzyma się do końca realizacji umowy umożliwiając stronom dokonanie zmiany wynagrodzenia z uwzględnieniem przyjętego sposobu zmiany wynagrodzenia. Izba dostrzega i nie pomija argumentacji odwołującego, co do tego, że koszty wynagrodzeń, paliwa czy energii elektrycznej wzrosły znacząco, a dwóch ostatnich czynników w sposób praktycznie 3 krotnie wyższy niż poziom wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, jednak argumentacja ta, aby mogła okazać się skuteczna, powinna być poparta dowodami nie tylko na wysokość zmian tych wskazanych kosztów, ale także powinna zmierzać do wykazania, że udział tych kosztów w przedmiocie usługi jest tak istotny, że ich zmiana oddziałuje na rentowność świadczenia wykonawcy. Odwołujący nie przedstawił choćby dowodów księgowych wskazujących na wpływ tych kosztów na prowadzoną przez siebie działalność gospodarczą w zakresie objętym przedmiotem świadczenia, ani nie wykazał że w ogóle odczuł wzrost inflacji. Oczywiście Izba nie neguje tego, że zapewne taki wpływ istnieje, jednak nie może uznać zasadności roszczenia odwołującego jedynie w oparciu o jego twierdzenia. Nadto jeśli znaczący wzrost kosztów energii elektrycznej, paliwa i kosztów osobowych miałby uzasadniać zmianę poziomu zmiany cen materiałów lub kosztów, to być może wadliwe było zaniechanie przez odwołującego kwestionowania metody waloryzacji. Skoro odwołujący twierdzi,

że wzrost kosztów poszczególnych składników cenotwórczych składających się na usługę zagospodarowania odpadów powoduje konieczność urealnienia klauzuli waloryzacyjnej, to nie powinien godzić się na metodę indeksacji uproszczonej, w której nie będą wyróżnione zmiany cen poszczególnych materiałów lub kosztów, ale ulegną one spłaszczeniu zgodnie z metodyką ustalania wybranego wskaźnika inflacji. Jeśli odwołujący oczekiwał, że zamawiający skupi się na poszczególnych elementach kosztowych, właśnie z uwagi na ich istotność w całości kosztów związanych z realizowaną usługą oraz z uwagi na ich znaczące wahania wykraczające rażąco poza przyjęty wskaźnik zmiany cen, to powinien dążyć do zmiany metody albo na metodę indeksacji szczegółowej, albo indeksacji koszykowej stosowanej np. przed GDDKiA czy PKP PLK, a także wynikającej z klauzul FIDIC. Izba zatem uznała za nieudowodnioną tezę, że poziom 5,5% jest poziomem nierealnym, a prawidłowym poziomem powinien być poziom 2%.

Przechodząc do maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką zamawiający dopuszcza w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, to Izba zauważa, że zamawiający takie maksimum określił na poziomie 2% wartości brutto umowy, a odwołujący domagał się zmiany na 30% wartości brutto umowy. Zamawiający zatem przewidział zgodnie z wymogiem ustawowym art. 439 ust. 2 pkt 4 wymagane maksimum, a odwołujący kwestionował prawidłowość jego ustalenia. Ponownie Izba uznała zarzut za nieudowodniony. Nawet z przedstawionej przez odwołującego zakładanej zmiany wynagrodzenia nie wynika, że wartość urealnienia dla zapewnienia ekwiwalentności świadczeń musi wynieść 30%, bowiem wykazał, że 2% nie pokryje kosztów na poziomie ok 324 tys. złotych, co jest wartością zdecydowanie niższą niż 30% wartości brutto zamówienia. Nawet gdyby przyjąć tak jak odwołujący, że wyliczenie dotyczy połowy określonej do zagospodarowania ilości odpadów i przyjąć pozostałe założenia odwołującego, ale odnosić je do maksymalnej ilości odpadów wskazanej przez odwołującego jako 72 000 Mg, to zaniższenie nie przekroczyłoby nawet 6% wartości brutto ($72\ 000\ \text{Mg} \times 633\ \text{zł/Mg} = 45\ 576\ 000 - 43\ 200\ 000 = 2\ 376\ 000$, a $6\% \text{ z } 43\ 200\ 000 = 2\ 592\ 000$), stąd nawet symulacja sporządzona przez samego odwołującego nie uzasadnia żądania zmiany maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia do poziomu 30% wartości brutto umowy. Tym samym nie tylko nie wykazał, ale także nawet jego wyliczenia mające potwierdzać zasadność zarzutów nie wskazują, że oczekiwana przez niego wartość maksymalnego wzrostu wynagrodzenia jest prawidłowa. Nie wykazał także, że po stronie zamawiającego takie zwiększenie jest możliwe w świetle sposobu finansowania zamawiającego. Sam fakt, że niektóre elementy kosztowe jak np. energia mogą wzrastać o ponad 30% w stosunku do wcześniejszych okresów, w ocenie Izby nie powoduje, że żądanie założenia wzrostu wynagrodzenia na takim poziomie jest uzasadnione. W tym miejscu warto powołać - postanowienie SN - Izba Cywilna z dnia 24-04-2019 sygn akt I CSK 640/18, które wprowadzie

dotyczy art. 371 (1) kc, ale w sytuacji, gdy odwołujący domaga się ingerencji Izby w przyszły stosunek umowny stron wyrok ten stanowi wytyczną interpretacyjną, ajk podchodzić do oceny zaistnienia przesłanek do takiej ingerencji:

Nadzwyczajna zmiana stosunków jako podstawa ingerencji w umowę przez sąd

Hipotezą art. 357(1) KC objęte są tylko zdarzenia nadzwyczajne o charakterze powszechnym, niezależne od woli stron, wykraczające poza typowe ryzyko gospodarcze. Ocena, czy określone okoliczności przez ich wpływ na zobowiązanie umowne mogą być zakwalifikowane jako nadzwyczajna zmiana stosunków, należy każdorazowo do sądu orzekającego. Brzmienie art. 357(1) KC jednoznacznie wskazuje na to, że wystąpienie nadzwyczajnej zmiany stosunków nie musi oznaczać, iż sąd zaingeruje w stosunek zobowiązaniowy łączący strony. Ustawodawca określił bowiem dalsze przesłanki tej ingerencji, którymi są interesy obu stron oraz zasady współżycia społecznego. Te ogólne klauzule wymagają uzupełnienia konkretną treścią na gruncie poszczególnych stanów faktycznych, podlegających rozważeniu przez sądy, i trudno w odniesieniu do nich formułować rozstrzygnięcia o znaczeniu systemowym i uniwersalnym. To, że podmioty obrotu gospodarczego prowadzą działalność w celu osiągnięcia zysku, nie oznacza przy tym, że każde przedsięwzięcie, w jakim uczestniczą, musi im zagwarantować jego osiągnięcie. Przed skorzystaniem z kompetencji przewidzianych w art. 357(1) KC sąd musi rozważyć nie tylko interes powołującego się na nadzwyczajną zmianę stosunków, ale i jego kontrahenta.

Kierunek interpretacji uwzględniający także interes zamawiającego wskazuje również uzasadnienie projektu ustawy z dnia 11 września 2019r . zgodnie z którym zamawiający wprowadzając do umowy odpowiednią klauzulę ma pozostawioną swobodę określenia jej elementów, mając na względzie w szczególności: specyfikę zamówienia (np. w zakresie jakie elementy materiałów i kosztów są kluczowe i w praktyce podlegają dużym wahaniom), dostępność wiarygodnych i aktualizowanych podstaw ustalenia zmiany ceny (np. odpowiednie wskaźniki Prezesa GUS), planowane możliwości finansowe zamawiającego co do przewidywanych zmian wynagrodzenia.

Tym samym Izba musiała wziąć pod uwagę twierdzenia zamawiającego, że projektowane przez niego maksymalne zwiększenie wynagrodzenia wynika z jego planowanych możliwości finansowych, zwłaszcza, że odwołujący nie próbował nawet wykazać tezy przeciwnej.

Izba wprawdzie nie zgadza się z tezą zamawiającego, że przepis art. 439 ust. 1 ustawy zezwala mu na przewidzenie możliwości wystąpienia z wnioskiem o waloryzację dopiero po upływie 12 miesięcy obowiązywania umowy. Przepis art. 439 ust. 1 ustawy wskazuje jedynie przesłanki, obowiązkiem zamawiającego jest wprowadzenie do umowy postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmian cen materiałów lub kosztów. Te przesłanki są dwie:

- pierwsza dotyczy przedmiotu umowy – roboty budowlanej lub usługi
- druga minimalnego czasu trwania umowy – więcej niż 12 miesięcy.

Przepis ten nie określa natomiast momentu, w którym wykonawca po raz pierwszy może wystąpić z żądaniem i okresów, w których może następować taka zmiana. Przeciwnie z art. 439 ust. 2 pkt 1 wynika, że to zamawiający w umowie określa początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia i z art. 439 ust. 2 pkt 3 ustawy wynika, że zamawiający określa okresy, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy. Ustawodawca pozostawił sposób regulacji zamawiającemu. Przy czym ustawodawca nie ustanowił nakazu jednokrotności zmiany wynagrodzenia przeciwnie w art. 439 ust. 2 pkt 3 ustawy użył pojęcia okres w liczbie mnogiej, co oznacza, że dopuścił możliwość zmiany wynagrodzenia więcej niż raz. Tym samym możliwe jest zarówno szybsze określenie początkowego terminu uprawniającego do zmiany, niż upływ 12 miesięcy od zawarcia umowy – o czym świadczy choćby art. 439 ust. 3 ustawy, który wskazuje, że jeśli od upływu terminu składania ofert do momentu zawarcia umowy upłynęło 180 dni, to początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, a zamawiający może określić nawet dzień wcześniejszy. Tym samym początkowy termin uprawniający do zmiany nie musi nastąpić po podpisaniu umowy, może być terminem wcześniejszym, może być także krótszy niż 12 miesięcy (180 dni to przecież 6 miesięcy przy przyjęciu, że miesiąc liczony będzie jako 30 dni). Nie mniej jednak ustawodawca pozostawił zamawiającemu prawo do określenia tego terminu początkowego, jak i okresów, w których będzie następować zmiana wynagrodzenia. Zamawiający te terminy określił na 12 miesięcy od zawarcia umowy i jednokrotnie w tej dacie, odwołujący domaga się zaś zmiany na początek po upływie 6 miesięcy i co 6 miesięcy, jednak w żaden sposób zasadności swoich twierdzeń nie wykazał. Tym samym Izba nie miała podstaw, aby uwzględnić ten element zarzutu odwołania.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt 1 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami uiszczzonego wpisu odwołującego i zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrot kosztów postępowania obejmujących uzasadnione koszty strony obejmujące wydatki pełnomocnika w maksymalnej dopuszczalnej wysokości tj. 3 600zł., zgodnie ze złożonym rachunkiem.

Przewodniczący: