

WYROK

Warszawa, dnia 22 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2024 r. przez wykonawcę RDF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Nieporęt

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwoty po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiące koszty wynagrodzenia pełnomocników stron;

2.2. zasądza od RDF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce na rzecz Gminy Nieporęt kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 2699/24

Uzasadnienie

Gmina Nieporęt (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. - dalej „ustawa Pzp” lub „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu gminy Nieporęt oraz z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych w Nieporęcie* numer referencyjny: ZF.271.33.2024 Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 lipca 2024 r. pod numerem: 389474-2024. Zmienione przez Zamawiającego dokumenty zamówienia zostały zamieszczone na stronie internetowej w dniu 19 lipca 2024 r.

Wykonawca RDF sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 522 ust. 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego (dalej: „k.c.”) w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez wprowadzenie w § 7 ust. 5 Wzoru Umowy nieograniczonego prawa Zamawiającego do wstrzymania płatności w celu weryfikowania faktury, protokołu i innych załączonych do nich dokumentów, co stanowi nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego do kształtowania warunków umowy, a nadto jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane np. z wielokrotnym występowaniem Zamawiającego z wątpliwościami, z nieuzasadnionym przedłużaniem weryfikacji dokumentów, tym samym pozbawiając wykonawcę prawa do należnego mu wynagrodzenia pomimo prawidłowego wykonania usługi - w sytuacji, gdy Zamawiający uwzględnił odwołanie pod sygn. akt KIO 2439/24 w całości;

2) art. 522 ust. 1 Pzp w zw. art. 439 ust. 1 Pzp w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 5 k.c. w

zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez ukształtowanie warunków zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia w ten sposób, że w § 14 ust. 1 pkt 7, 8 i 9 Wzoru Umowy stronom przyznane zostało uprawnienie do żądania zmiany wynagrodzenia wykonawcy ograniczone do 20% zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia - natomiast należy wykazać „za pomocą aktualnego średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, ogłoszonego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, wysokość żądanej zmiany wynagrodzenia” - co jest na tyle nieprecyzyjne, że wykonawca nie wie, czy waloryzacja będzie dokonywana na podstawie wskaźnika GUS, czy wzrostu kosztów realizacji umowy, a dodatkowo globalnie ograniczono maksymalną łączną wartość zmiany wynagrodzenia do 10% wynagrodzenia brutto, gdy tymczasem poziom ten jest zbyt niski, aby urzeczywistniał cel klauzuli, co powoduje, że postanowienia umowne zastosowane przez Zamawiającego w ramach tzw. klauzuli waloryzacyjnej tylko iluzorycznie realizują obowiązek wynikający z art. 439 ustawy Pzp, zatem są użyte przez Zamawiającego wadliwie i w rzeczywistości nie gwarantują realizacji waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy - w sytuacji, gdy Zamawiający uwzględnił odwołanie pod sygn. akt KIO 2439/24 w całości.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany warunków zamówienia w sposób uwzględniający argumentację zawartą w odwołaniu, w szczególności polegającą na dokonaniu:

- 1) Ad. zarzut z pkt 1 – wprowadzenia w § 7 ust. 5 Wzoru umowy dodatkowego zdania: Zamawiający wezwie wykonawcę do wyjaśnienia lub skorygowania dokumentów jednokrotnie, w terminie 7 dni od przekazania faktury, protokołu i innych załączonych do nich dokumentów. Zamawiający zweryfikuje wyjaśnienia i dokumenty otrzymane od wykonawcy w ciągu 7 dni i wypłaci mu wynagrodzenie nie później niż w terminie 30 dni od dnia otrzymania faktury, chyba, że okres 7 dni weryfikacji dokumentów wykracza poza te 30 dni, wówczas wypłaci wynagrodzenie nie później niż w terminie 7 dni od dnia otrzymania wyjaśnień i dokumentów otrzymanych od wykonawcy;
- 2) Ad. zarzut z pkt 2 - zmiany § 14 ust. 1 pkt 7, 8 i 9 Wzoru Umowy poprzez zmianę klauzuli waloryzacyjnej i mechanizmu jej wprowadzania tak, aby urzeczywistniał on cel klauzuli i pozwalał na dostosowanie Umowy do zmieniającej się sytuacji gospodarczej, tj.:
 - a) poprzez doprecyzowanie wartości waloryzacji i wskazanie, że wynagrodzenie zostanie zmienione o wartość średniej arytmetycznej ogłaszanych przez GUS miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych z ostatnich 12 miesięcy;
 - b) zwiększenie maksymalnego limitu zmiany wysokości wynagrodzenia do 20% wynagrodzenia brutto.

Odwołujący zaznaczył, że żądania co do zakresu zmian SWZ obejmują także zmiany dokumentacji przetargowej niewskazane wprost w żądaniu, ale będące konsekwencją żądanych zmian.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał w szczególności, że w dniu 11 lipca 2024 r. wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i dokumentów zamówienia, w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), w tym projektowanych postanowień umowy (dalej: „Wzór Umowy”). W odwołaniu Odwołujący zarzucił m.in.:

- naruszenie przepisu art. 99 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez wprowadzenie w § 7 ust. 5 Wzoru Umowy nieograniczonego prawa Zamawiającego do wstrzymania płatności w celu weryfikowania faktury, protokołu i innych załączonych do nich dokumentów, co stanowi nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego do kształtowania warunków umowy, a nadto jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego, narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane np. z wielokrotnym występowaniem Zamawiającego z wątpliwościami, z nieuzasadnionym przedłużaniem weryfikacji dokumentów, tym samym pozbawiając wykonawcę prawa do należnego mu wynagrodzenia pomimo prawidłowego wykonania usługi;
- naruszenie art. 439 ust. 1 Pzp w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez ukształtowanie warunków zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia w ten sposób, że w § 14 ust. 1 pkt 7, 8 i 9 Wzoru Umowy stronom przyznane zostało uprawnienie do żądania zmiany wynagrodzenia wykonawcy ograniczone do 20% zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia - natomiast należy wykazać „za pomocą aktualnego średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, ogłoszonego w komunikacie Prezesa

Głównego Urzędu Statystycznego, wysokość żądanej zmiany wynagrodzenia" – co jest na tyle nieprecyzyjne, że wykonawca nie wie, czy waloryzacja będzie dokonywana na podstawie wskaźnika GUS, czy wzrostu kosztów realizacji umowy, a dodatkowo globalnie ograniczono maksymalną łączną wartość zmiany wynagrodzenia do 10% wynagrodzenia brutto, gdy tymczasem poziom ten jest zbyt niski, aby urzeczywistniał cel klauzuli, co powoduje, że postanowienia umowne zastosowane przez Zamawiającego w ramach tzw. klauzuli waloryzacyjnej tylko iluzorycznie realizują obowiązek wynikający z art. 439 ustawy Pzp, zatem są użyte przez Zamawiającego wadliwie i w rzeczywistości nie gwarantują realizacji waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy

oraz postawił m.in. żądania:

- wprowadzenia w § 7 ust. 5 Wzoru umowy dodatkowego zdania: Zamawiający wezwie wykonawcę do wyjaśnienia lub skorygowania dokumentów jednokrotnie, w terminie 7 dni od przekazania faktury, protokołu i innych załączonych do nich dokumentów. Zamawiający zweryfikuje wyjaśnienia i dokumenty otrzymane od wykonawcy w ciągu 7 dni i wypłaci mu wynagrodzenie nie później niż w terminie 30 dni od dnia otrzymania faktury, chyba, że okres 7 dni weryfikacji dokumentów wykracza poza te 30 dni, wówczas wypłaci wynagrodzenie nie później niż w terminie 7 dni od dnia otrzymania wyjaśnień i dokumentów otrzymanych od wykonawcy;
- zmiany § 14 ust. 1 pkt 7, 8 i 9 Wzoru Umowy poprzez zmianę klauzuli waloryzacyjnej i mechanizmu jej wprowadzania tak, aby urzeczywistniał on cel klauzuli i pozwalał na dostosowanie Umowy do zmieniającej się sytuacji gospodarczej, tj.:
 - a. poprzez doprecyzowanie wartości waloryzacji i wskazanie, że wynagrodzenie zostanie zmienione o wartość średniej arytmetycznej ogłaszanych przez GUS miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych z ostatnich 12 miesięcy;
 - b. zwiększenie maksymalnego limitu zmiany wysokości wynagrodzenia do 20% wynagrodzenia brutto.

Odwołujący podał, że Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości i w dniu 19 lipca 2024 r. opublikował na swojej stronie internetowej zmienione dokumenty, w których nie uwzględnił elementów:

- w zakresie żądania zwiększenia maksymalnego limitu zmiany wysokości wynagrodzenia do 20% wynagrodzenia brutto, lecz ustalił ten limit na poziomie 11%;
- nie wykonał żądania wprowadzenia w § 7 ust. 5 Wzoru umowy dodatkowego zdania: *Zamawiający wezwie wykonawcę do wyjaśnienia lub skorygowania dokumentów jednokrotnie, w terminie 7 dni od przekazania faktury, protokołu i innych załączonych do nich dokumentów. Zamawiający zweryfikuje wyjaśnienia i dokumenty otrzymane od wykonawcy w ciągu 7 dni i wypłaci mu wynagrodzenie nie później niż w terminie 30 dni od dnia otrzymania faktury, chyba, że okres 7 dni weryfikacji dokumentów wykracza poza te 30 dni, wówczas wypłaci wynagrodzenie nie później niż w terminie 7 dni od dnia otrzymania wyjaśnień i dokumentów otrzymanych od wykonawcy, a w to miejsce nadał § 7 ust. 5 Wzoru Umowy brzmienie: „W przypadku gdy faktura dostarczona przez Wykonawcę jest wystawiona bezpodstawnie, nieprawidłowo lub dostarczona bez wymaganych prawidłowo wystawionych załączników określonych w ust. 4, wówczas Zamawiający ma prawo do wstrzymania jej płatności odpowiednio do czasu usunięcia przez Wykonawcę wszelkich niezgodności oraz uzupełnienia wszystkich wymaganych załączników, a także w razie potrzeby do otrzymania faktury lub noty korygującej VAT; wstrzymanie płatności z przyczyn określonych powyżej zawiesza termin zapłaty, co oznacza że Zamawiający nie pozostaje w opóźnieniu z zapłatą za ten okres, skutkującym obowiązkiem zapłaty odsetek za opóźnienie w zapłacie. Zamawiający wezwie Wykonawcę do wyjaśnienia lub skorygowania dokumentów jednokrotnie, w terminie 14 dni od przekazania faktury, projektu protokołu i innych załączonych do nich dokumentów. Zamawiający zweryfikuje wyjaśnienia i dokumenty otrzymane od Wykonawcy w ciągu 14 dni i wypłaci, po podpisaniu protokołu, mu wynagrodzenie nie później niż w terminie 30 dni od dnia otrzymania faktury, chyba, że okres 14 dni weryfikacji dokumentów wykracza poza te 30 dni, wówczas wypłaci wynagrodzenie nie później niż w terminie 14 dni od dnia otrzymania wyjaśnień i dokumentów otrzymanych od Wykonawcy”.*

Następnie, w uzasadnieniu wspólnie dał obydwu zarzutów Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2024 r., sygn. akt KIO 1499/24 i wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykonania żądań sformułowanych przez niego w odwołaniu z dnia 11 lipca 2024 r., sygn. akt KIO 2439/24, które Zamawiający uwzględnił w całości.

W zakresie zarzutu nr 1, Odwołujący podał w szczególności, że Zamawiający w § 7 ust. 5 Wzoru Umowy wprowadził następujące zasady: *„W przypadku gdy faktura dostarczona przez Wykonawcę jest wystawiona bezpodstawnie, nieprawidłowo lub dostarczona bez wymaganych prawidłowo wystawionych załączników określonych w ust. 4, wówczas Zamawiający ma prawo do wstrzymania jej płatności odpowiednio do czasu usunięcia przez Wykonawcę wszelkich niezgodności oraz uzupełnienia wszystkich wymaganych załączników, a także w razie potrzeby do otrzymania faktury lub*

noty korygującej VAT; wstrzymanie płatności z przyczyn określonych powyżej zawiesza termin zapłaty, co oznacza że Zamawiający nie pozostaje w opóźnieniu z zapłatą za ten okres, skutkującym obowiązkiem zapłaty odsetek za opóźnienie w zapłacie". Zamawiający w dniu 19 lipca 2024 r. zmodyfikował powyższe zapisy i wprowadził maksymalne okresy trwania procedury weryfikacyjnej, jednak znacznie dłuższe niż te, których żądał Odwołujący w uwzględnionym odwołaniu. Tym samym wprowadzono nieograniczone prawo dla Zamawiającego do wstrzymania płatności w celu weryfikowania faktury, protokołu i innych załączonych do nich dokumentów „w nieskończoność”, nawet bez merytorycznego uzasadnienia. Powyższe, zdaniem Odwołującego, stanowi nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego do kształtowania warunków umowy, a nadto jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane np. z wielokrotnym występowaniem Zamawiającego z wątpliwościami, z nieuzasadnionym przedłużaniem weryfikacji dokumentów, tym samym pozbawiając wykonawcę prawa do należnego mu wynagrodzenia pomimo prawidłowego wykonania usługi. Z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp wynika, że Zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty i wykonanie umowy. Zdaniem Odwołującego oferty składane przy OPZ o aktualnej treści będą nieporównywalne, ponieważ każdy wykonawca inaczej wyceni ryzyko. Ponadto, zasada proporcjonalności postępowania wymaga, aby, Zamawiający był w stanie wykazać celowość i efektywność środków, które podejmuje w celu opisanego przedmiotu zamówienia i aby osiągnięty w ten sposób efekt uzasadniał ograniczenie wykonawcom sposobu realizacji zamówienia. Zasadom tym przeczy sytuacja, w której wykonawcy muszą wycenić w ofercie ryzyka multiplikowane niepotrzebnie przez Zamawiającego. Tym samym, sposób ukształtowania § 7 ust. 5 Wzoru Umowy, abstrahujący od pozostałych postanowień umowy oraz reguł odpowiedzialności obowiązującej na gruncie kodeksu cywilnego, skutkuje przekroczeniem przez Zamawiającego granicy swobody kontraktowej, o której mowa w art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c. Zamawiający nadużywa pozycji dominującej w Postępowaniu poprzez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów. Zamawiający naruszył zasadę uczciwości kupieckiej, będącą jedną z podstawowych zasad współżycia społecznego, bowiem pozbawia wykonawcy możliwości uzyskania zapłaty za prawidłowo wykonane usługi, wprowadzając nieograniczone możliwości tworzenia pretekstów do wstrzymania płatności należnego wykonawcy wynagrodzenia poprzez np. wielokrotne wezwania do wyjaśnień czy sztuczne przedłużanie weryfikacji dokumentów. W niniejszej sprawie występują okoliczności, które uzasadniają powołanie przez Odwołującego w zarzucie także przepisu art. 5 k.c. Zamawiający bowiem dopuszcza się naruszenia uczciwości, sprawiedliwości kupieckiej, lojalności.

W zakresie zarzutu nr 2, Odwołujący podał w szczególności, że zgodnie z § 14 ust. 1 pkt 7-9 pierwotnego brzmienia Wzoru Umowy: *Strony dopuszczają zmiany istotnych postanowień Umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy: (...)*

- 7) *Zamawiający dopuszcza zmianę wynagrodzenia w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia uprawniający Strony Umowy do żądania zmiany wynagrodzenia ustala się na 20% w stosunku do poziomu cen tych samych materiałów lub kosztów z dnia zawarcia umowy. Początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia ustala się na dzień zaistnienia przesłanki w postaci wzrostu wynagrodzenia ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia o 20%. Zmiana może być dokonana na wniosek Zamawiającego lub Wykonawcy, za zgodą obu Stron i zostanie wprowadzona do Umowy aneksem, po sporządzeniu protokołu konieczności, z którego wynikać będzie wpływ zmiany cen materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia. Wraz z wnioskiem o zmianę wynagrodzenia Strona zobowiązana jest wykazać za pomocą aktualnego średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, ogłoszonego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, wysokość żądanej zmiany wynagrodzenia;*
- 8) *w przypadku zaistnienia przesłanki będącej podstawą zmiany wynagrodzenia, o której mowa w pkt 7, określa się następujące okresy, w których Wykonawca może zwrócić się w formie pisemnej do Zamawiającego o zmianę wynagrodzenia: po upływie 6 miesięcy licząc od dnia zawarcia umowy, przy czym zmiana wynagrodzenia nie może być dokonywana częściej niż co 6 miesięcy;*
- 9) *maksymalna łączna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień określonych w pkt 7, o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia stanowi 10% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w niniejszej umowie.*

Zamawiający w dniu 19 lipca 2024 r. zmodyfikował powyższe zapisy jednak wprowadził maksymalną łączną wartość zmiany wynagrodzenia na poziomie 11%, a nie 20% jak żądał tego Odwołujący w uwzględnionym odwołaniu. Odwołujący wnosi o doprecyzowanie wartościowego „wzoru”, który pozwoliłby wykonawcy na etapie składania ofert

oszacować, w jaki sposób wzrost kosztów realizacji zamówienia przełoży się na zwiększenie jego wynagrodzenia, wskazując, że taki efekt Zamawiający osiągnie poprzez wskazanie, że wynagrodzenie zostanie zmienione o wartość średniej arytmetycznej ogłaszanych przez GUS miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych z ostatnich 12 miesięcy. W innym wypadku Zamawiający naruszy zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż każdy wykonawca inaczej interpretuje klauzulę waloryzacyjną i nie wie, jakie ryzyko wycenić w ofercie. W ocenie Odwołującego założenia Zamawiającego nie przystają do zmieniającej się rzeczywistości gospodarczej. Zgodnie z komunikatami GUS z 2022 r. średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych dla gospodarstw domowych emerytów i rencistów w 2022 r. w stosunku do 2021 r. wyniósł 114,8 (wzrost cen o 14,8%), a w roku 2023 wynosił 111,4%. Odwołujący podkreśla, że inflacja na poziomie nawet 6-10% w skali roku, to nadal bardzo wysoki poziom wzrostu cen, zwłaszcza jeżeli weźmie się pod uwagę czas trwania przedmiotowego zamówienia – z założenia 24 miesiące świadczenia usługi. Dokonując waloryzacji np. co 6 miesięcy, w ostatnim roku może nie wystarczyć środków na dokonanie kolejnych zmian wynagrodzenia, kiedy Zamawiający ograniczył globalną wartość zmiany ceny do 10% ceny oferty brutto – a każda zmiana będzie np. na poziomie 5-10%. Poziom inflacji w poszczególnych miesiącach 2023 roku i pierwszych 5 miesiącach bieżącego roku wygląda następująco:

Odwołujący wyjaśnił, że przywołuje dane zawarte w tabeli „Miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych od 1982 roku” w części „Analogiczny miesiąc poprzedniego roku = 100” prezentowanej na stronie GUS w zakładce „Obszary tematyczne” i dalej „Ceny. Handel” w tabeli „Wskaźniki cen” po to, aby zobrazować sytuację w roku 2024 r. pomimo braku danych dotyczących średniorocznego wzrostu cen w roku 2024 r. (Dowód: strona internetowa GUS: <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny/handel/wskazniki-cen/wskazniki-cen-towarow-i-uslug-konsumpcyjnych-pot-inflacja/-miesieczne-wskazniki-cen-towarow-i-uslug-konsumpcyjnych-od-1982-roku/>)

Odwołujący zwrócił uwagę na niespójność samego Zamawiającego, który z jednej strony warunkuje możliwość ubiegania się o waloryzację od zaistnienia sytuacji, w której nastąpiły 20% zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, a z drugiej strony ogranicza maksymalny (w skali 2-letniego kontraktu) poziom waloryzacji do zaledwie 10%. Zakładając więc, że w każdym półroczu ceny wzrastałyby np. o 6%, to w ostatnim półroczu wykonawca nie miałby już możliwości w pełnym zakresie dostosować wysokość wynagrodzenia do wzrastających cen. W ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien konsekwentnie przewidywać odpowiednio zwiększone maksymalne poziomy waloryzacji, tj. na poziomie ok. 20%. Zdaniem Odwołującego obecna klauzula waloryzacyjna ma charakter pozorny, tzn. z jednej strony wskaźnik inflacji ustalony jest na stosunkowo wysokim poziomie, a z drugiej strony są niskie limity maksymalnej waloryzacji, czyli jeżeli ceny wzrastałyby jednak rok do roku znacząco, to wykonawca i tak nie miałby możliwości uzyskania pełnej rekompensaty związanej z wzrostem kosztów realizacji kontraktu. Wykonawca nie wie i obiektywnie nie ma możliwości pozyskania wiedzy co do tego, w jaki sposób, przez cały okres realizacji zamówienia, kształtować się będzie poziom cen, zwłaszcza że w kraju doszło do zmiany władzy, a nowy rząd dopiero krystalizuje swoją politykę, więc wszelkie rozważania co do sytuacji gospodarczej w kraju w najbliższych latach są mocno niepewne. Mając na uwadze dynamicznie zmieniającą się sytuację gospodarczą, ale też okres realizacji zamówienia, Odwołujący stoi na stanowisku, że Zamawiający powinien być wziąć pod uwagę powyższe okoliczności i stworzyć Wzór Umowy w taki sposób, aby umowa mogła zostać elastycznie dostosowana do aktualnej rzeczywistości gospodarczej. W ocenie Odwołującego reakcja ta powinna być „naturalna”, tj. odpowiadająca faktycznym wahaniom cen, a nie sztucznie uzależniona od przekroczenia procentowego progu zmiany ceny i w sposób skrajnie niekorzystny dla wykonawcy limitowana (stąd postulat podniesienia limitu maksymalnej waloryzacji do poziomu 20%). Odwołujący zaznaczył, że ma świadomość, że Zamawiający musi wskazać we Wzorze Umowy poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz maksymalny poziom waloryzacji, ale poziom ten musi być adekwatny do sytuacji rynkowej a nie sztucznie zawyżony po to, aby unicestwić zmianę wynagrodzenia umownego z uwagi na wzrost cen. Zdaniem Odwołującego ideą waloryzacji powinno być nie to, żeby ją maksymalnie utrudnić wykonawcy, ale żeby uelastyczyć umowy o zamówienie publiczne i dostosowywać je do zmieniającej się rzeczywistości gospodarczej po to, żeby wykonawcy nie musieli (w momencie składania ofert) zawyżać cen jednostkowych na wypadek większych wzrostów cen. Nie chodzi więc o to, żeby maksymalnie zawyżać minimalne poziomy wzrostu cen, które będą umożliwiały ubieganie się przez wykonawcę o waloryzację, jak również nie chodzi o to, żeby tę mocno limitować, bowiem takie działania ze strony zamawiających tylko zmuszają wykonawcę do tego, aby już w momencie składania ofert zawyżał swoją cenę ofertową, mając świadomość tego, że zmiana tej ceny w trakcie realizacji umowy będzie bardzo trudna. Intencją klauzul waloryzacyjnych, o których mowa w przepisie art. 439 Pzp było to, żeby jej zapisy ułatwiały, a nie utrudniały dostosowanie umów do zmieniającej się rzeczywistości gospodarczej. Stąd, minimalny poziom cen wzrostu cen powinien być realny (oparty na aktualnie dostępnych wskaźnikach, a nie na historycznych), a maksymalne poziomy waloryzacji muszą być na tyle wysokie, żeby wykonawca miał gwarancję, że nawet jeżeli w trakcie realizacji kontraktu ceny wzrosną znacząco (np. w przypadku wyjątkowo pesymistycznego

scenariusza wzrostu cen na poziomie np. 8-10% rocznie), to strony dostosują umowę do aktualnej sytuacji gospodarczej. Klauzula, o której mowa w art. 439 ustawy Pzp, ma kluczowe znaczenie dla ustalenia ostatecznej wysokości wynagrodzenia wykonawcy zamówienia, zatem jej postanowienia powinny być nie tylko precyzyjne, ale też adekwatne do celu, jakemu klauzula ma służyć. Aktualne brzmienie klauzuli waloryzacyjnej nie służy celowi jej wprowadzenia i świadczy o zachwianiu równowagi stron. Projektowana przez Zamawiającego klauzula waloryzacyjna nie jest dostosowana do realiów kontraktu i zmieniającej się rzeczywistości gospodarczej, w ocenie Odwołującego nie odpowiada ona tym samym wymogom art. 439 ustawy Pzp, jest sprzeczna z celem tego przepisu i stanowi przejaw uchylania się Zamawiającego od obowiązków określonych w tym przepisie, a co najmniej stanowi o pozornym ich wypełnianiu. Przywołany przepis zobowiązuje Zamawiającego do rzeczywistej i racjonalnej partycypacji w zwiększonych kosztach realizacji zamówienia. Formułowanie postanowień umownych, których celem jest uniknięcie przez Zamawiającego ponoszenia ciężarów wzrostu kosztów, a co najmniej dążenie do maksymalnego ograniczenia takich sytuacji kosztem wykonawcy, stanowi nadużycie przysługującego mu prawa do formułowania postanowień umownych, co jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i stanowi naruszenie przepisu art. 353¹ k.c. i 5 k.c.

Odwołujący podniósł również, że Zamawiający ma obowiązek prowadzić postępowanie z zachowaniem zasady proporcjonalności, efektywności oraz poszanowania uczciwej konkurencji. Naruszenie zasady proporcjonalności Odwołujący wiąże z przerzuceniem na wykonawcę zbyt dużego ryzyka gospodarczego wzrostu cen materiałów i kosztów, co nie jest akceptowane na gruncie aktualnej ustawy Pzp ani k.c. Bezpośrednią konsekwencją omawianych naruszeń jest także naruszenie zasady poszanowania uczciwej konkurencji oraz zasady efektywności. Istotą zasady efektywności jest osiąganie najlepszych efektów za jak najniższą cenę. Czynności i zaniechania Zamawiającego, które skutkują podniesieniem cen przez wykonawców z uwagi na konieczność wycenienia ryzyka, naruszają tę zasadę. Zamawiający, utrudniając wykonawcom przygotowanie ofert, w praktyce utrudnia im również uczciwe konkurowanie, gdyż przedmiotem konkurowania między wykonawcami staje się sposób wyceny ryzyka wzrostu kosztów realizacji umowy. W §11 Wzoru Umowy Zamawiający zamieścił zamknięty katalog okoliczności, które będą umożliwiały stronom dokonanie zmian umowy. W ocenie Odwołującego odmowa wprowadzenia realnej i odpowiadającej istniejącym warunkom rynkowym klauzuli waloryzacyjnej, stanowi próbę przenoszenia na wykonawcę odpowiedzialności za niemożność realizacji umowy lub jej nienależyte wykonanie w warunkach siły wyższej, co jest działaniem moralnie nagannym i nieetycznym, całkowicie naruszającym zasadę równości stron postępowania, a w konsekwencji sprzecznym z zasadami współżycia społecznego. Zamawiający ma obowiązek prowadzić postępowanie z zachowaniem zasady przejrzystości oraz poszanowania uczciwej konkurencji. Przejrzystość oznacza nie tylko jawność postępowania, ale przede wszystkim powinnoś ustalania jasnych, zrozumiałych zasad postępowania, rozumianych jako jednoznaczny opis przedmiotu zamówienia i warunków zamówienia. Zasada przejrzystości, w kontekście treści postanowień SWZ, interpretowana jest jako obowiązek Zamawiającego do sformułowania dokumentacji postępowania z uwzględnieniem zawodowego, profesjonalnego charakteru działalności prowadzonej zarówno przez wykonawcę, jak i zamawiającego. Poszanowanie uczciwej konkurencji oznacza nie tylko równe traktowanie różnych wykonawców, ale również zapewnienie możliwości konkurowania w ogóle, tj. działanie w taki sposób, by wykonawca miał rzeczywistą możliwość rzetelnego skalkulowania, przygotowania i złożenia oferty w Postępowaniu oraz oszacowania kosztów realizacji ze świadomością zapewnienia ich pokrycia przez Zamawiającego w przypadku niezależnych od wykonawcy wzrostów poszczególnych istotnych kosztów realizacji umowy.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska w odniesieniu do zarzutu nr 1 Zamawiający podał m.in., że każdej miesięcznej fakturze za wykonanie usługi towarzyszy kilkakset załączników w postaci dokumentów, które należy zweryfikować, i tak dla przykładu z 2024 roku fakturom za:

- 1)styczeń 2024 roku towarzyszyło 469 dokumentów;
- 2)luty 2024 roku towarzyszyły 433 dokumenty;
- 3)marzec 2024 roku towarzyszyły 823 dokumenty;
- 4)kwiecień 2024 roku towarzyszyły 663 dokumenty;
- 5)maj 2024 roku towarzyszyło 565 dokumentów;
- 6)czerwiec 2024 roku towarzyszyło 596 dokumentów.

Powyższe liczby dokumentów opisane są w każdym protokole z wykonania usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu gminy Nieporęt oraz z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych zlokalizowanego w Nieporęcie. Na przykładzie stycznia 2024

roku (pkt 1) Zamawiający przedstawił rodzaje dokumentów, które podlegają weryfikacji przez niego przed podpisaniem protokołu odbioru, stanowiącego podstawę do wystawienia faktury:

- 1) dowody ważenia odpadów komunalnych odebranych z terenu gminy Nieporęt (z wagi, o której mowa w § 3 ust. 14 Wzoru Umowy oraz z wagi zlokalizowanej na terenie instalacji/podmiotu, do której przekazywane są odpady) - 292 szt. - za okres od 1 do 31 stycznia 2024 r.;
- 2) wykaz nieruchomości nie wypełniających obowiązku selektywnej zbiórki odpadów komunalnych (niesegregujących odpadów) sporządzony na podstawie przekazywanych powiadomień, o których mowa w pkt 4 ppkt 12 OPZ, stanowiącego załącznik Nr 2 do Umowy - 1 szt. - za okres od 1 do 31 stycznia 2024 r.;
- 3) wykaz nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy i powstają odpady komunalne, a które nie są ujęte w bazie danych prowadzonej przez Zamawiającego, sporządzony na podstawie przekazywanych informacji, o których mowa w pkt 4 ppkt 13 OPZ, stanowiącego załącznik Nr 2 do Umowy - 1 szt. - za okres od 1 do 31 stycznia 2024 r.;
- 4) sprawozdanie z miejsc odbioru worków z odpadami niesegregowanymi (zmieszanymi) dostawianych do pojemników przeznaczonych na tego rodzaju odpady (adres i ilości dostawionych worków) - 1 szt. - za okres od 1 do 31 stycznia 2024 r.;
- 5) potwierdzenia odbioru odpadów komunalnych z kontenerów KP-7 lub pojemników zlokalizowanych na terenie PSZOK podpisanych przez osoby upoważnione (pracownika Wykonawcy oraz pracownika Urzędu Gminy Nieporęt) - 28 szt. - za okres od 1 do 31 stycznia 2024 r.;
- 6) karty przekazania odpadów komunalnych (KPOK) lub karty przekazania odpadów (KPO) wraz z informacją nt. instalacji, do której odpady komunalne zostaną przekazane - 146 szt. - za okres od 1 do 31 stycznia 2024 r.

Ww. dokumenty podlegają weryfikacji:

- 1) sprawdzane są ze zgłoszeniami kontenerów KP-7 lub z pojemników (dot. PSZOK-u) wysyłanych do Wykonawcy celem weryfikacji terminowości realizacji usługi (czy zostały one odebrane z terenu PSZOK-u w wyznaczonym w zgłoszeniu terminie);
- 2) dowody ważenia z wagi przy PSZOK (z wagi, o której mowa w § 3 ust. 14 Umowy) - sprawdzane są z protokołami kontroli ww. wagi sporządzanymi podczas ważenia;
- 3) sprawdzane są pod kątem prawidłowości ich wystawienia - np.: czy dotyczą właściwej gminy, czy kody odpadów i ilości się zgadzają, czy instalacje się zgadzają, czy KPO lub KPOK mają prawidłowy status np. potwierdzenie transportu, czasami trzeba również zwrócić uwagę na nr rejestracyjne pojazdów czy są prawidłowe, czy daty odbioru i ważenia się zgadzają itp.;
- 4) sprawdzana jest sama prawidłowość wystawienia faktury, tj. czy ilość odpadów jest prawidłowa i zgodna z materiałami źródłowymi, ceny i wartości brutto czy odpowiadają cenom wynikającym z umowy.

Zamawiający stwierdził, że w praktyce nie zdarza się, aby otrzymywane dokumenty podsumowujące miesiąc wykonywania usługi były kompletne, prawidłowe i wolne od błędów. Najczęstsze błędy, problemy i utrudnienia przy weryfikacji faktury wraz z załącznikami to:

- 1) niekompletność dokumentów – mająca charakter notoryczny,
- 2) dokumenty nie są ułożone w porządku tematycznym, co przy takiej ilości powoduje konieczność w pierwszej kolejności przygotowania ich do weryfikacji - nie zgromadzone i przygotowane odpowiednio tj. KPOK lub KPO, dowód ważenia z wagi przy PSZOK (z wagi, o której mowa w § 3 ust. 14 Wzoru Umowy) i dowód ważenia z wagi zlokalizowanej na terenie instalacji/podmiotu, do której przekazywane są odpady), nie ułożone kodami odpadów i datami odbioru i ważenia - co utrudnia pracę przy weryfikacji,
- 3) nieprawidłowy status KPOK lub KPO np. zamiast „potwierdzenie transportu” (prawidłowe), jest potwierdzenie: „Potwierdzenie wygenerowane” lub „Zrealizowane przejęcie” (nieprawidłowe) - należy wówczas wszystkie przypadki wyjaśnić lub poprawić błędy - i ponownie zweryfikować,
- 4) ponadto w KPO lub KPOK - nieprawidłowa nazwa gminy, nieprawidłowy rok, nieprawidłowa instalacja, nieprawidłowa ilość odpadów - należy wówczas każdy taki przypadek wyjaśnić lub poprawić błędy - i ponownie zweryfikować,
- 5) w dowodach ważenia - nieprawidłowa instalacja, nieprawidłowa data ważenia, nieprawidłowa ilość odpadów - należy każdy przypadek wyjaśnić lub poprawić błędy - i ponownie zweryfikować,
- 6) odnotowywane są różnice w ilościach odpadów - Zamawiający musi zwrócić się o wyjaśnienie różnic w ilościach

odebranych odpadów (waga przy PSZOK-u), a przekazanych odpadów (waga na instalacji i KPO lub KPOK) - bardzo dużo przypadków,

7) brak podpisów na dokumentach,

8) nieprawidłowo wypełnione dokumenty np. data, rodzaj kontenera, brak wypełnienia dokumentu - dot. to głównie potwierdzenia odbioru odpadów komunalnych z kontenerów KP-7 lub pojemników zlokalizowanych na terenie PSZOK lub dowodów ważenia wystawianych odrębnie,

9) nieprawidłowości w określeniu okresu wykonania usługi na wykazach i sprawozdaniach.

Wykonawca składa również wyjaśnienia, które następnie należy ponownie zweryfikować (dotyczy to głównie nieodebrania odpadów w terminie z PSZOK-u oraz różnic w ilościach odpadów pomiędzy wagami na PSZOK i na instalacji). Wielokrotnie zdarzały się przypadki, gdzie pomimo poinformowania Wykonawcy o nieprawidłowościach, dokumenty nadal składane były niekompletnie lub nieprawidłowo i wymagały ponownej weryfikacji. Dopiero po skompletowaniu dokumentów ich ponownej weryfikacji oraz weryfikacji złożonych wyjaśnień spisywany jest protokół wykonania usług, który musi być zgodny z wystawioną fakturą. Z tych względów Zamawiający nie widzi podstaw do uznania zarzutu nr 1, proponując jednocześnie modyfikację treści Wzoru Umowy przedstawioną na wstępie pisma.

W odniesieniu do zarzutu nr 2, Zamawiający podał m.in., iż pismem informującym o zmianie treści SWZ, opublikowanym w dniu 19 lipca 2024 r., zmniejszył z 20 % do 15 % poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, uprawniający Strony Umowy do żądania zmiany wynagrodzenia, a zatem o ¼, a ponadto zwiększył z 10% na 11 % kwoty wynagrodzenia brutto maksymalną łączną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza w efekcie zastosowania procedury zmiany wynagrodzenia, tj. o 1/10. Wskazane zmiany są korzystne dla Wykonawców. Zamawiający stwierdził, że nie może wskutek istnienia obostrzeń prawnych i ekonomicznych brać na siebie pełni finansowych ryzyk kontraktu, związanych z jego realizacją, w tym ryzyka zmiany cen materiałów lub kosztów. Zamawiający jest jednostką sektora finansów publicznych dysponującą środkami publicznymi, w związku z czym obowiązany jest do przestrzegania przepisów dotyczących finansów publicznych, w tym ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych oraz podlega sankcjom na podstawie ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Kierując się przepisami tej ustawy Zamawiający ustalił maksymalną łączną wartość zmiany wynagrodzenia brutto wynikającego z umowy na poziomie 11%, do czego był uprawniony.

Izba przyjęła złożoną przez Zamawiającego dokumentację postępowania oraz dopuściła w poczet materiału dowodowego złożony na posiedzeniu przez Zamawiającego wydruk ze strony NBP *Projekcja inflacji i PKB – lipiec 2024 r.*

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie oddaleniu.

Stosownie do art. 522 ust. 1. ustawy Pzp: *W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.*

Zgodnie z 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp 1. *Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.* 2. *Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.*

W myśl k.c.: Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Ak.c. stanowi: Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Zgodnie z art. 439 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy Pzp: 1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. 2. W umowie określa się: 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;

Art. 8 ust. 1 ustawy Pzp stanowi: Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. , i oraz z 2023 r.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

W myśl art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, 3) proporcjonalny.

W okolicznościach analizowanej sprawy, Zamawiający po uwzględnieniu zarzutów uprzednio wniesionego przez Odwołującego odwołania, dokonał zmian zaskarżonych postanowień SWZ, jednak uczynił to w sposób, który nie odpowiada wprost treści postawionych przez Odwołującego żądań. Odwołujący domaga się wprowadzenia dokładnie takich zmian, jakich żądał w odwołaniu.

W związku z tym na wstępie wskazania wymaga, że uwzględnienie zarzutów odwołania jest czynnością proceduralną skutkującą w postępowaniu odwoławczym umorzeniem postępowania, w następstwie czego zamawiający, stosownie do ustaw Pzp zdanie ostatnie, „powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu”. Brak wykonania przez zamawiającego zaskarżonych czynności lub wprowadzenie przez Zamawiającego innych zmian niż wnioskowane przez odwołującego w uwzględnionych przez zamawiającego zarzutach uprzednio wniesionego odwołania, uprawnia wykonawcę do wniesienia kolejnego odwołania podlegającego merytorycznemu rozpatrzeniu przez Izbę.

Z uwagi na różnorodność możliwych zarzutów odwołań oraz stawianych w nich żądań, nie sposób przyjąć, aby w każdym przypadku uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów odwołania, przesądzało, że powtórzone czynności doprowadzą do podjęcia wszystkich czynności objętych żądaniem uprzedniego odwołania, dokładnie w taki sposób jak tego żądał odwołujący, np. nie przesądza, że w wyniku powtórzenia czynności badania i ceny ofert, to oferta odwołującego zostanie wybrana za najkorzystniejszą, pomimo, iż takie było jedno z żądań uwzględnionego w całości odwołania. Zamawiający powtarzając w postępowaniu czynności uprzednio zaskarżone, wykonuje je mając na uwadze w szczególności przepisy ustawy i warunki postępowania ustalone i sformułowane w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, a w przypadku zmian SWZ, także cel wprowadzania określonych postanowień.

W świetle argumentacji przedstawionej w odwołaniu, w tym dotyczącej pozorności działań Zamawiającego, rozstrzygnięcia Izby wymaga:

- 1) czy dla uwzględnienia odwołania wystarczy to, że Zamawiający w zakwestionowanym w odwołaniu zakresie, inaczej dokonał zmian Wzoru Umowy, niż tego żądał Odwołujący, a więc jakkolwiek powtórzył czynność, to jednak nie zastosował się ściśle do wniosku Odwołującego co do treści żądanych zapisów Wzoru Umowy,
- 2) czy ocenie po względem zgodności z przepisami prawa powinny podlegać również nowe postanowienia SWZ, a zatem, czy Odwołujący powinien wykazać, że nowowprowadzone postanowienia SWZ naruszają wskazane przez niego w odwołaniu przepisy prawa.

Zauważenia wymaga, że stosownie do art. 554 ust. 1 pkt 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy.

Stosownie do art. 554 ust. 3 pkt 1 Pzp, Uwzględniając odwołanie, Izba może nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

W związku z tym, w ocenie Izby, w okolicznościach analizowanej sprawy, dla uwzględnienia zarzutów odwołania, nie wystarczy samo wskazanie, że zmienione zapisy umowy nie odpowiadają literalnie żądaniom postawionym w uwzględnionym przez Zamawiającego odwołaniu, lecz konieczne było wykazanie przez Odwołującego, że treść

zakwestionowanych przez niego aktualnie istniejących postanowień umowy, jest niezgodna z przepisami wskazanymi w odwołaniu.

W ocenie Izby nie zostało wykazane przez Odwołującego, chociaż to na nim spoczywał ciężar dowodu, aby w wyniku dokonanych przez Zamawiającego zmian kwestionowanych przez niego postanowień Wzoru Umowy, doszło do naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów.

Ad. § 7 ust. 5 Wzoru Umowy dotyczący płatności

Nie ma sporu pomiędzy stronami, że § 7 ust. 5 Wzoru Umowy przed wniesieniem przez Odwołującego pierwszego odwołania był określony w brzmieniu: *W przypadku gdy faktura dostarczona przez Wykonawcę jest wystawiona bezpodstawnie, nieprawidłowo lub dostarczona bez wymaganych prawidłowo wystawionych załączników określonych w ust. 4, wówczas Zamawiający ma prawo do wstrzymania jej płatności odpowiednio do czasu usunięcia przez Wykonawcę wszelkich niezgodności oraz uzupełnienia wszystkich wymaganych załączników, a także w razie potrzeby do otrzymania faktury lub noty korygującej VAT; wstrzymanie płatności z przyczyn określonych powyżej zawiesza termin zapłaty, co oznacza że Zamawiający nie pozostaje w opóźnieniu z zapłatą za ten okres, skutkującym obowiązkiem zapłaty odsetek za opóźnienie w zapłacie, jak też, że Odwołujący w uprzednim odwołaniu wnosił o dodanie w nim: Zamawiający wezwie wykonawcę do wyjaśnienia lub skorygowania dokumentów jednokrotnie, w terminie 7 dni od przekazania faktury, protokołu i innych załączonych do nich dokumentów. Zamawiający zweryfikuje wyjaśnienia i dokumenty otrzymane od wykonawcy w ciągu 7 dni i wypłaci mu wynagrodzenie nie później niż w terminie 30 dni od dnia otrzymania faktury, chyba, że okres 7 dni weryfikacji dokumentów wykracza poza te 30 dni, wówczas wypłaci wynagrodzenie nie później niż w terminie 7 dni od dnia otrzymania wyjaśnień i dokumentów otrzymanych od wykonawcy.*

Nie ma też sporu, że Zamawiający 19 lipca 2024 r. nadał temu postanowieniu treść: *W przypadku gdy faktura dostarczona przez Wykonawcę jest wystawiona bezpodstawnie, nieprawidłowo lub dostarczona bez wymaganych prawidłowo wystawionych załączników określonych w ust. 4, wówczas Zamawiający ma prawo do wstrzymania jej płatności odpowiednio do czasu usunięcia przez Wykonawcę wszelkich niezgodności oraz uzupełnienia wszystkich wymaganych załączników, a także w razie potrzeby do otrzymania faktury lub noty korygującej VAT; wstrzymanie płatności z przyczyn określonych powyżej zawiesza termin zapłaty, co oznacza że Zamawiający nie pozostaje w opóźnieniu z zapłatą za ten okres, skutkującym obowiązkiem zapłaty odsetek za opóźnienie w zapłacie. Zamawiający wezwie Wykonawcę do wyjaśnienia lub skorygowania dokumentów jednokrotnie, w terminie 14 dni od przekazania faktury, projektu protokołu i innych załączonych do nich dokumentów. Zamawiający zweryfikuje wyjaśnienia i dokumenty otrzymane od Wykonawcy w ciągu 14 dni i wypłaci, po podpisaniu protokołu, mu wynagrodzenie nie później niż w terminie 30 dni od dnia otrzymania faktury, chyba, że okres 14 dni weryfikacji dokumentów wykracza poza te 30 dni, wówczas wypłaci wynagrodzenie nie później niż w terminie 14 dni od dnia otrzymania wyjaśnień i dokumentów otrzymanych od Wykonawcy.*

Powyższe wskazuje, że nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że Zamawiający wprowadził nieograniczone prawo do wstrzymania płatności w celu weryfikowania faktury, protokołu czy innych dokumentów. Odwołujący sam w odwołaniu przyznał, podkreślając ten fragment, że Zamawiający w dniu 19 lipca 2024 r. wprowadził maksymalne okresy trwania procedury weryfikacyjnej. Ponadto Zamawiający zgodnie z życzeniem Odwołującego przewidział jednokrotne wezwanie. To, że termin weryfikacji obecnie przyjęty przez Zamawiającego jest dłuższy niż żądał Odwołujący w uprzednim odwołaniu, tj. wynosi 14 dni a nie 7 dni, nie oznacza nieograniczonego prawa do wstrzymania płatności w celu weryfikowania faktury.

Zauważenia wymaga, że Odwołujący nie zakwestionował stanowiska Zamawiającego, z którego wynika, że dla uruchomienia płatności konieczne jest podpisanie protokołu odbioru usług, któremu towarzyszy wiele, powyżej wskazanych w odpowiedzi na odwołanie, podlegających weryfikacji załączników. W ocenie Izby nie można zgodzić się z Odwołującym, że liczba dokumentów nie ma znaczenia. Przeciwnie, ilość dokumentów podlegających weryfikacji z reguły przekłada się na czas niezbędny dla jej należytego wykonania. W związku z tym konieczne było wykazanie przez Odwołującego, że zakreślony przez Zamawiającego termin, jest nadmierny przy tej liczbie dokumentów, która to liczba powinna być znana wykonawcy jako profesjonalście, który realizuje tego rodzaju usługi, jak też powinien być mu znany skutek ewentualnych nieprawidłowości w składanych dokumentach. Wykonawca nie powinien zakładać, iż rolę Zamawiającego jest pomijanie tych nieprawidłowości i wypłacanie wynagrodzenia pomimo ich istnienia. W wykonywaniu obowiązków wynikających z umowy strony powinny ze sobą współdziałać.

W ocenie Izby nie zostało wykazane, aby na skutek wprowadzonej przez Zamawiającego zmiany § 7 ust. 5 Wzoru Umowy, składane oferty miałyby być nieporównywalne. Jak wyżej wskazano, Odwołujący nie kwestionuje nałożonych przez Zamawiającego obowiązków co do rodzaju i liczby składanych dokumentów, niezbędnych dla

podpisania protokołu odbioru usługi, który to jest konieczny dla uruchomienia płatności. Obowiązki w tym zakresie zostały przekazane wszystkim wykonawcom na tych samych zasadach. Wykonawcy, znając specyfikę tego rodzaju zamówienia, mogą zatem dokonać rzetelnej wyceny swoich ofert.

Z odwołania wynika, że naruszenia przez Zamawiającego zasady uczciwości kupieckiej, będącej jego zdaniem jedną z podstawowych zasad współżycia społecznego, Odwołujący upatruje np. w wielokrotnym wzywaniu do wyjaśnień, czy sztucznym przedłużaniu weryfikacji dokumentów. Tymczasem, jak wyżej wskazano Zamawiający obecnie, zgodnie z oczekiwaniami Odwołującego, przewidział jednokrotne wezwanie, a Odwołujący nie wykazał, że 14 dni na weryfikację kilkuset dokumentów, to czas nadmierny.

Ad. § 14 pkt 7, 8, 9 Wzoru Umowy dotyczący waloryzacji

Niezgodność z przepisami wskazanymi w odwołaniu nie została wykazana także w odniesieniu do § 14 pkt 7, 8, 9 Wzoru Umowy.

W sprawie nie ma sporu, że § 14 pkt 7, 8, 9 Wzoru Umowy został wcześniej przedstawiony przez Zamawiającego w brzmieniu: *Strony dopuszczają zmiany istotnych postanowień Umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy: (...)*

7) *Zamawiający dopuszcza zmianę wynagrodzenia w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia uprawniający Strony Umowy do żądania zmiany wynagrodzenia ustala się na 20% w stosunku do poziomu cen tych samych materiałów lub kosztów z dnia zawarcia umowy. Początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia ustala się na dzień zaistnienia przesłanki w postaci wzrostu wynagrodzenia ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia o 20%. Zmiana może być dokonana na wniosek Zamawiającego lub Wykonawcy, za zgodą obu Stron i zostanie wprowadzona do Umowy aneksem, po sporządzeniu protokołu konieczności, z którego wynikać będzie wpływ zmiany cen materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia. Wraz z wnioskiem o zmianę wynagrodzenia Strona zobowiązana jest wykazać za pomocą aktualnego średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, ogłoszonego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, wysokość żądanej zmiany wynagrodzenia;*

8) *w przypadku zaistnienia przesłanki będącej podstawą zmiany wynagrodzenia, o której mowa w pkt 7, określa się następujące okresy, w których Wykonawca może zwrócić się w formie pisemnej do Zamawiającego o zmianę wynagrodzenia: po upływie 6 miesięcy licząc od dnia zawarcia umowy, przy czym zmiana wynagrodzenia nie może być dokonywana częściej niż co 6 miesięcy;*

9) *maksymalna łączna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień określonych w pkt 7, o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia stanowi 10% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w niniejszej umowie.*

Odwołujący obecnie domaga zmiany § 14 ust. 1 pkt 7, 8 i 9 Wzoru Umowy poprzez:

1) doprecyzowanie wartości waloryzacji i wskazanie, że wynagrodzenie zostanie zmienione o wartość średniej arytmetycznej ogłaszanych przez GUS miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych z ostatnich 12 miesięcy;

2) zwiększenie maksymalnego limitu zmiany wysokości wynagrodzenia do 20% wynagrodzenia brutto.

W tym zakresie zwraca uwagę, że w odwołaniu, Odwołujący, jakkolwiek stwierdził, że Zamawiający w dniu 19 lipca 2024 r. zmodyfikował powyższe postanowienia Wzoru Umowy, jednak w odwołaniu ograniczył się do wskazania tylko jednej zmiany, tj. wprowadzenia maksymalnej łącznej wartości zmiany wynagrodzenia na poziomie 11%, a nie 20% jak żądał tego w uprzednim odwołaniu.

Tymczasem, jak wynika z odpowiedzi na odwołanie, czemu Odwołujący nie zaprzecza, 19 lipca 2024 r. Zamawiający dokonał dwójakiego rodzaju zmian, tj. nie tylko nastąpiło zwiększenie łącznej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania procedury zmiany wynagrodzenia z 10% na 11% kwoty wynagrodzenia brutto, ale też nastąpiło zmniejszenie poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, uprawniającego strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia z 20% do 15%. Nadto Odwołujący nie kwestionuje stanowiska Zamawiającego, że obecnie Wzór Umowy nie wymaga aby na potrzeby procedury waloryzacji wykazać wysokość żądanej zmiany wynagrodzenia „za pomocą aktualnego średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, ogłoszonego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego”, lecz wymaga aby wykazać wysokość żądanej zmiany wynagrodzenia „za pomocą ogłaszanych przez GUS miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych z ostatnich 12 miesięcy”.

W związku z tym za niezasadne należy uznać zarzuty i żądania Odwołującego, odnoszące się do nieistniejącego brzmienia § 14 ust. 1 pkt 7, 8 i 9 Wzoru Umowy. Odwołujący nie wykazał przy tym, że mili się Zamawiający twierdząc, iż wprowadzone przez niego ww. zmiany SWZ są korzystne dla wykonawców, gdyż oznaczają przeniesienie szerszego zakresu ryzyk z Wykonawcy na Zamawiającego.

Dodania wymaga, że w odwołaniu Odwołujący podał m.in., że *minimalny poziom cen wzrostu cen powinien być realny (oparty na aktualnie dostępnych wskaźnikach, a nie na historycznych)*, natomiast na rozprawie stwierdził, że w zakresie inflacji opiera się na danych historycznych i to z tych danych wywodzi, że inflacja będzie wyższa, niż obecne 6-10%. Nadto w odwołaniu Odwołujący wskazał na obiektywny brak możliwości pozyskania wiedzy co do tego, w jaki sposób przez cały okres realizacji zamówienia kształtować się będzie poziom cen. Oznacza to, że Odwołujący, wbrew temu co sam twierdzi, stawia zarzuty, Zamawiającemu, których zasadności nie wykazuje.

Zważywszy na wskazywany przez Odwołującego na rozprawie obecny poziom inflacji, który jego zdaniem wynosi 6% -10% oraz trendy co jej kształtowania się w kolejnych dwóch latach, wskazane przez Zamawiającego w złożonym wydruku ze strony NBP, dotyczącym projekcji inflacji i PKB z 5 lipca 2024, z którego wynika, że inflacja będzie zdecydowanie niższa niż 10%, tj. w 2024 r. - 3,7%, w 2025 r. - 5,2%, w 2026 r. - 2,7%, co do których Odwołujący nie zgłosił zastrzeżeń i nie wykazał bezzasadności projekcji, oraz mając na uwadze, że okres obowiązywania umowy w sprawie omawianego zamówienia publicznego wynosi 24 miesiące, za niewykazane należy uznać, iż określony obecnie przez Zamawiającego próg 11% powoduje naruszenie zasad określonych we wskazanych w odwołaniu przepisach Kodeksu cywilnego, w tym przekroczenie zasady swobody umów.

Celem zastosowania art. 439 ustawy Pzp jest umożliwienie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Odwołujący nie wykazał, aby obecne postanowienia SWZ uniemożliwiały osiągnięcie tego celu, jak też, że obecne postanowienia Wzoru Umowy całkowicie wyłączają Zamawiającego z partycypacji w zwiększonych kosztach realizacji zamówienia na skutek wzrostu cen materiałów lub kosztów.

Wszyscy wykonawcy na równych zasadach zostali poinformowani o dokonanych przez Zamawiającego zmianach Wzoru Umowy. Nie zostało wykazane przez Odwołującego, aby za sprawą tych postanowień została wyłączona konkurencja w postępowaniu, czy możliwość złożenia porównywalnych ofert.

W podsumowaniu należy stwierdzić, że w okolicznościach analizowanej sprawy, zostało wykazane, że Zamawiający, uwzględniając uprzednio wniesione przez Odwołującego odwołanie, dokonał powtórzenia zaskarżonych czynności, do czego był zobowiązany. Izba nie dopatrzyła się pozoorności w działaniu Zamawiającego. To, że Zamawiający dokonał zmian Wzoru Umowy z uwzględnieniem nie tylko literalnego brzmienia żądań uwzględnionego odwołania, ale też wniosków płynących z analizy tych postanowień i celu ich formułowania, nie oznacza, że wprowadzone zmiany są pozorne. Nie zostało wykazane przez Odwołującego, aby obecne brzmienie Wzoru Umowy było mniej korzystne dla wykonawców, niż pierwotne, jak też, aby nie zapewniało ono równowagi ekonomicznej pomiędzy stronami, aby ją ograniczało na niekorzyść wykonawcy.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdza naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie zostało stwierdzone naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W związku z tym odwołanie podlegało oddaleniu.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.*

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: