

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Wrocław

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego: wykonawcy Chemeko – System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu 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, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od odwołującego Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu na rzecz zamawiającego Gminy Wrocław kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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:.....

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Wrocław (dalej jako „Zamawiający”), w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na usługi pn. „Usuwanie padłych zwierząt z terenu Gminy Wrocław” (wewnętrzny identyfikator: 2/2024). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 17 kwietnia 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S: 76/2024 pod numerem 227250-2024. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 29 kwietnia 2024 r. wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie w ww. postępowaniu wobec treści dokumentów zamówienia, zarzucając naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16, art. 17 ust. 1 i w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 353¹ k.c., art. 5 k.c., art. 487 § 2 k.c., art. 388 § 11 k.c., poprzez nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego i sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, skutkujący uniemożliwieniem rzetelnej kalkulacji ceny oferty oraz ukształtowanie postanowień Wzoru Umowy co do sposobu wynagrodzenia usługi stanowiącej przedmiot zamówienia w sposób, który nie przewiduje wypłaty wynagrodzenia w zamian za istotną część świadczenia Wykonawcy, tj. przewidzenie wypłaty wynagrodzenia wyłącznie za wykonane prace objęte przedmiotem umowy (iloczyn liczby usuniętych padłych zwierząt w zależności od rodzaju usuniętego padłego zwierzęcia oraz ceny jednostkowej za usunięcie zwierzęcia danej kategorii wagowej) i brak wynagrodzenia za pełnienie całodobowych dyżurów/pogotowia, zapewniającego ciągłą gotowość pozwalającą wykonywać czynności określone przedmiotem umowy, co stanowi naruszenie zasady

ekwiwalentności świadczeń, zasady współżycia społecznego oraz podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych oraz zaniechanie określenia minimalnej gwarantowanej wartości lub wielkości świadczenia stron, gdyż wartość świadczenia należnego wykonawcy pozostaje całkowicie uzależniona od faktycznej ilości zgłoszeń dokonywanego przez wskazane w umowie podmioty co do konieczności usunięcia padłego zwierzęcia, przy jednoczesnym oczekiwaniu przez Zamawiającego, by Wykonawca realizował istotną część usługi niezależnie od tych warunków, tj. by przez cały okres realizacji usługi Wykonawca pozostawał w gotowości technicznej oraz pełnił całodobowe dyżury całkowicie za darmo;

2.art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, skutkujący uniemożliwieniem rzetelnej kalkulacji ceny oferty z uwagi na wskazanie że, w danym miesiącu realizacji usługi wystąpią 42 interwencje usuwania padłych zwierząt do 10 kg, 10 interwencji usuwania padłych zwierząt powyżej 10 kg i do 30 kg, 3 interwencje usuwania padłych zwierząt powyżej 30 kg do 50 kg i 3 interwencje usuwania padłych zwierząt powyżej 50 kg, w sytuacji gdy Zamawiający nie przedstawił żadnych historycznych danych o ilościach padłych zwierząt na obszarze objętym przedmiotem zamówienia w ubiegłych latach;

3.art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16, art. 17 ust. 1 ustawy Pzp i art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w zakresie w jakim Zamawiający oczekuje, że usunięcie padłego zwierzęcia w rozumieniu pkt 2 pkt 4 SOPZ nastąpi w 2 godziny lub w krótszym czasie – zgodnie z kryterium oceny ofert;

4.art. 439 ust. 1 i 2 w zw. z art. 99 ust. 1, art. 16, art. 17 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353¹ k.c. i art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny oraz sprzeczny z ww. przepisami, polegające na zastrzeżeniu w § 17 ust. 3 pkt 5 i § 17 ust. 4 pkt 1 lit. e) projektów umów dla poszczególnych zadań, że zmiana postanowień zawartej umowy w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia wskazanej w § 7 ust. 1 i ust. 12 (ust. 9) projektów umów w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia jest możliwa po upływie minimum 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy, w przypadku, gdy wystąpiła zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, a suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS za 6 ostatnich zakończonych miesięcy będzie $\geq 6\%$ lub $\leq -6\%$ w przypadku pierwszej waloryzacji i $\geq 4,5\%$ lub $\leq 4,5\%$ w przypadku kolejnych waloryzacji, z zastosowaniem wzoru, który określa 50% współczynnik rozkładu ryzyka, z jednoczesnym zastrzeżeniem maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia do wysokości +/- 8 % maksymalnej kwoty wynagrodzenia netto oraz co do zasady w celu uzyskania waloryzacji obowiązku łącznego wykazania spełnienia warunków uznawanych przez Zamawiającego za dostateczne udokumentowanie związku zmiany kosztów związanej z realizacją zamówienia w postaci: 1) udokumentowania istotnej zmiany kosztów paliwa na podstawie wzorów określonych przez Zamawiającego, 2) udokumentowania istotnej zmiany kosztów zatrudnienia w sposób i na poziomie oczekiwanym przez Zamawiającego, 3) udokumentowania zmiany stawek za zagospodarowanie odpadów w albo kosztów związanych z funkcjonowaniem własnej instalacji w sposób i na poziomie oczekiwanym przez Zamawiającego, ewentualnie konieczności wykazania istotności innych kosztów realizacji usługi zgodnie ze wzorem określonym przez Zamawiającego na poziomie co najmniej 10% udziału w całkowitych przychodach netto z realizacji zamówienia, podczas gdy takie uwarunkowanie zasad waloryzacji wynagrodzenia czyni waloryzację iluzoryczną i nie pozwala na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niweluje ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia, zaś wprowadzenie ww. zapisów projektu umowy musi być uznane za naruszające zasady uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego, a także zasady efektywności udzielania zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści specyfikacji warunków zamówienia w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania. Wniosek ten obejmuje także zmiany dokumentacji postępowania wprost w żądaniu nie wskazane, ale konieczne do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania wykonawcy – tj. zmiany będące konsekwencją żądanych zmian.

Uzasadniając zarzut nr 1 Odwołujący podniósł w szczególności, iż Zamawiający nie będzie płacił Wykonawcy za pełnienie całodobowego dyżuru i pozostawanie w gotowości do świadczenia usług, podczas gdy są to stałe koszty realizacji usługi, które wykonawca musi ponieść niezależnie od tego, czy w danym miesiącu zostaną dokonane jakieś zgłoszenia, czy też nie. Takie ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia oraz sposobu wynagradzania za świadczenie stanowiące przedmiot zamówienia prowadzi w ocenie Odwołującego do sytuacji, w której świadczenia stron

nie są ekwiwalentne. W skrajnym przypadku, tj. w przypadku braku padłych zwierząt w okresie realizacji zamówienia Zamawiający może otrzymać świadczenie w postaci zabezpieczenia na wypadek zaistnienia padłych zwierząt do usunięcia bez konieczności zapłaty jakiegokolwiek wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy. Odwołujący podkreślił, iż niezależnie od faktycznej potrzeby usunięcia padłych zwierząt, Wykonawca realizujący przedmiotową usługę jest zobligowany do zapewnienia określonego w OPZ sprzętu, materiałów i pracowników, ponosi szereg kosztów stałych związanych z realizacją usługi, w tym zapewnienia co najmniej kilku etatów dla należytej realizacji przedmiotowej usługi. Odwołujący wskazał także na szereg obowiązków wynikających z OPZ (w tym, że czas rozpoczęcia akcji to maksimum 2 h, że dyżur musi być pełniony przez Wykonawcę całodobowo, że Wykonawca musi zabezpieczyć odpowiedni sprzęt w pełnej gotowości, że Wykonawca musi ponosić koszty stałe organizacji realizacji usługi, zatrudnienia pracowników, obsługi administracyjnej, koszty ubezpieczenia) podnosząc, że Zamawiający oczekuje, że w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia istotną część usługi Wykonawca będzie *de facto* realizował za darmo, bez jakiegokolwiek wynagrodzenia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień dokumentów zamówienia, w tym formularza „Zestawienie kosztów zadania” oraz postanowień umowy poprzez: 1) nakazanie wprowadzenia w § 7 projektu umowy, że wynagrodzenie obejmować będzie także ryczałtową miesięczną stawkę wynagrodzenia za pełnienie całodobowego dyżuru i pozostawania w gotowości do świadczenia usług, 2) nakazanie wprowadzenia w załączniku III – zestawienie kosztów zadania pozycji wyceny za 1 miesiąc pełnienia całodobowego dyżuru i pozostawania w gotowości do świadczenia usług.

Uzasadniając zarzut nr 2 Odwołujący podniósł, iż w sytuacji usług o charakterze incydentalnym, niezależnym od Zamawiającego, istnieją trudności w precyzyjnym określeniu zakresu przedmiotu zamówienia pod względem ilościowym. W ocenie Odwołującego niezbędnym jest wskazanie danych historycznych o ilości padłych zwierząt podlegających usunięciu z terenu objętego zamówieniem w ubiegłych latach. Pozwoli to na właściwą ocenę ryzyk związanych z tym, że wynagrodzenie obmiarowe odnosi się do szacowanych ilości padłych zwierząt.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie danych historycznych o ilości padłych zwierząt podlegających usunięciu na obszarze objętym przedmiotem zamówienia w okresie 3 ostatnich lat.

Uzasadniając zarzut nr 3 Odwołujący podniósł, iż biorąc pod uwagę zakres czynności niezbędnych do usunięcia padłych zwierząt i brak wynagrodzenia za pełnienie całodobowego dyżuru, oczekiwany czas usunięcia padłego zwierzęcia może okazać się dłuższy niż oczekuje tego Zamawiający. W zgłoszeniach o konieczności usunięcia padłych zwierząt zdarzają się błędne informacje co do rodzaju i wielkości padłego zwierzęcia podlegającego usunięciu, co często wymaga wysłania drugiego pojazdu wyposażonego w HDS. Często też zwierzę jest rozczłonkowane na znacznym obszarze, co wymaga dezynfekcji większego obszaru i jest zdecydowanie bardziej czasochłonne. Opis przedmiotu zamówienia nie różnicuje czasu reakcji z uwagi na obowiązek zachowania szczególnych wymagań weterynaryjnych czy sanitarno-epidemiologicznych, które mogą mieć zastosowanie z uwagi na ASF, ptasią grypę czy inne choroby i szczególne uwarunkowania. Opis przedmiotu zamówienia nie dokonuje także rozróżnienia na godziny wzmożonego ruchu pojazdów na terenie Gminy Wrocław. Z uwagi na natężenie ruchu dojazd w określone rejony miasta w godzinach szczytu może być znacząco wydłużony. Z uwagi na powyższe okoliczności zasadnym zdaniem Odwołującego jest, by czas usuwania padłych zwierząt odnosił się do czasu przystąpienia do usuwania padłego zwierzęcia a nie czasu wykonania usługi zgodnie z pkt 2 ppkt 4 SOPZ. Należy wziąć pod uwagę, że obowiązek usunięcia padłych zwierząt w czasie, o którym mowa w § 1 ust 4 projektu umowy, od otrzymania zlecenia obwarowany został karą w wysokości 500 zł za każdorazowy przypadek nieusunięcia padłego zwierzęcia przez wykonawcę za każde rozpoczęte 60 minut po upływie terminu, jeżeli skrócono w ofercie czas usuwania padłych zwierząt albo w wysokości 1000 zł za każdorazowy przypadek nieusunięcia padłego zwierzęcia przez wykonawcę w czasie wskazanym w § 1 ust. 4 projektu umowy za każde rozpoczęte 30 minut po upływie terminu, jeżeli wykonawca zadeklarował czas 2h.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji dokumentów zamówienia i określenia, że czas usuwania padłych zwierząt odnosi się do czasu przystąpienia do usuwania padłego zwierzęcia a nie do czasu wykonania usługi zgodnie z pkt 2 ppkt SOPZ.

Uzasadniając zarzut nr 4 Odwołujący wskazał, iż w jego ocenie klauzula waloryzacyjna zawarta w § 17 ust. 4 pkt 1 lit. e) projektu umowy nie odpowiada wymaganiom ustawy, gdyż nie zapewnia realizacji celu, dla którego ustawodawca wprowadził obowiązek zawarcia klauzuli waloryzacyjnej w umowie o zamówienie publiczne, tj. przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy zachwianej przez zdarzenia, które mogą mieć miejsce w trakcie realizacji umowy. Wymagania niezbędne dla dokonania waloryzacji wynagrodzenia są nieadekwatne do prognoz rynkowych i przewidywanych realiów gospodarczych na etapie realizacji przedmiotu zamówienia. Ustawodawca

zobligował Zamawiającego do takiego określenia przesłanek zmiany wynagrodzenia w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, by realne było zwiększenie (lub zmniejszenie) ustalonej w umowie wysokości wynagrodzenia. Obowiązek ten nie może być realizowany przez Zamawiającego wyłącznie poprzez formalne umieszczenie klauzuli waloryzacyjnej odpowiadającej wymaganiom konstrukcyjnym, o których mowa w art. 439 ust. 2 ustawy Pzp w treści umowy. Odwołujący przywołał treść ww. przepisu, podnosząc, że wprowadzając obowiązek wprowadzenia do umowy odpowiedniej klauzuli waloryzacyjnej, ustawodawca pozostawił Zamawiającemu swobodę w doprecyzowaniu jej elementów, to jednak swoboda ta nie ma bezwzględnego charakteru. Przy formułowaniu klauzuli waloryzacyjnej zastosowanie mają zasady udzielania zamówień publicznych. Oznacza to, że klauzula waloryzacyjna musi być sformułowana w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców, przejrzysty, proporcjonalny, a także zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów. Chodzi o to, by już na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia dla wykonawców wiadome było, w jakich okolicznościach nastąpi waloryzacja wynagrodzenia oraz by wynagrodzenie było adekwatne do warunków ekonomicznych istniejących na etapie realizacji umowy. Przesłanki waloryzacji wynagrodzenia muszą być także adekwatne do przedmiotu zamówienia. W świetle powyższego, uznać należy, że formułując klauzulę waloryzacyjną, Zamawiający zobligowany jest uwzględnić specyfikę danego zamówienia, w szczególności to, jakie materiały lub koszty będą kluczowe na etapie realizacji zamówienia lub ceny jakich materiałów oraz jakie koszty podlegają zmianom i w konsekwencji będą wpływać na równowagę ekonomiczną stron umowy. Zasadniczo sposób ustalania zmiany wynagrodzenia powinien następować albo z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego albo poprzez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający łączy obie wyżej wskazane podstawy, czyniąc waloryzację wynagrodzenia całkowicie iluzoryczną i uzależnioną od woli Zamawiającego, który zachowuje pełną dowolność co do uznania czy wykazano w sposób dostateczny związek pomiędzy wnioskowaną kwotą zmiany wynagrodzenia umownego a wpływem zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia na kalkulację ceny ofertowej. Zgodnie z postanowieniami § 17 projektu umowy dopiero inflacja na poziomie przekraczającym 6% w skali 6 kolejnych miesięcy, umożliwia złożenie wniosku o waloryzację wynagrodzenia, w którym wykonawca wykazać musi faktyczny wzrost kosztów realizacji usługi – co do zasady w sposób określony przez Zamawiającego, tj. poprzez łączne wykazanie wzrostu cen 3 elementów kosztotwórczych lub poprzez wykazanie, że spełniony został tzw. poziom istotności. Prowadzi to do sytuacji, w której wykonawca w cenie ofertowej skalkulować musi ryzyko wzrostu innych niż określone przez Zamawiającego elementów kosztotwórczych oraz elementów kosztotwórczych nie przekraczających progu istotności. Odwołujący podniósł, iż mamy do czynienia z klauzulą dwuetapową, co powoduje, że oszacowanie prawdopodobieństwa waloryzacji na etapie realizacji umowy jest niezwykle utrudnione. Możliwość złożenia wniosku o waloryzację powstaje wyłącznie, jeżeli inflacja wyniesie co najmniej 6% w skali kolejnych 6 miesięcy realizacji przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że nawet inflacja na poziomie 12% w skali roku może nie uzasadniać waloryzacji wynagrodzenia, jeżeli miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych w kolejnych 6 miesiącach przed złożeniem wniosku nie będą $\geq 6\%$. Również próg dla możliwości dokonania kolejnej waloryzacji określono na niezwykle wysokim poziomie, gdyż suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych za 6 ostatnich zakończonych miesięcy przekraczać będzie $\geq 4,5\%$. Biorąc pod uwagę aktualne wskaźniki inflacji oraz prognozy na najbliższe dwa lata zasadnym jest zmniejszenie wartości wskaźników umożliwiających ubieganie się o waloryzację umowy do $\geq 1,5\%$ w przypadku pierwszej waloryzacji i $\geq 1,5\%$ w przypadku kolejnych waloryzacji. Następnie Odwołujący wskazał na szacunki NPB z marca 2024 r. - projekcja inflacji na najbliższe lata.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający uzależnia dokonanie waloryzacji wynagrodzenia od łącznego wykazania: 1) wzrostu kosztów paliwa na poziomie co najmniej 6% dla pierwszej waloryzacji i 4,5% dla kolejnych, 2) kosztów zatrudniania osób realizujących zamówienia na poziomie co najmniej 6% dla pierwszej waloryzacji i 4,5% dla kolejnych, 3) kosztów zagospodarowania odpadów na poziomie co najmniej 6% dla pierwszej waloryzacji i 4,5% dla kolejnych. Zamawiający dopuszcza przy tym możliwość udokumentowania w inny sposób przez Wykonawcę wniosku o zmianę wynagrodzenia na skutek ewentualnej zmiany innych kluczowych składowych kosztów świadczonej usługi, jednakże pod warunkiem wykazania ich istotności dla łącznego kosztu realizacji zamówienia. Jednocześnie maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia wynosi nie więcej niż 8% maksymalnej kwoty wynagrodzenia netto. Narzucony przez Zamawiającego poziom zmiany kosztów, którego przekroczenie otwiera stronom możliwość ubiegania się o dokonania

zmiany wynagrodzenia wykonawcy na poziomie co najmniej 6% - dla pierwszej waloryzacji oraz 4,5% dla kolejnych waloryzacji narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i w nieproporcjonalny sposób przenosi na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. Tylko klauzula waloryzacyjna sformułowana w sposób precyzyjny, z poszanowaniem interesów stron publicznego, pozwoli ochronić interesy finansowe wykonawcy, zaś Zamawiającemu zapewni należyłą, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego.

Zdaniem Odwołującego wymagany przez Zamawiającego sposób udokumentowania zmiany kosztów uniemożliwia w praktyce skorzystanie z klauzuli waloryzacyjnej na etapie realizacji zamówienia i zrealizowania celu, jakiemu ma służyć przepis art. 439 ustawy Pzp. Zamawiający uzależnia możliwość dokonania waloryzacji od łącznego wykazania wzrostu cen paliwa ON, kosztów pracy oraz kosztów zagospodarowania odpadów. Co do zasady Zamawiający określa wyłącznie trzy kategorie kosztów. W ocenie Odwołującego całkowicie nieproporcjonalne pozostaje oczekiwanie Zamawiającego, że wykonawca musi uzasadnić wniosek wykazując spełnienie określonych przez Zamawiającego warunków według wzorów zakładających przyjęte arbitralnie poziomy wartości, chyba że dany obszar kosztów nie przekracza udziału 10 % w całkowitych przychodach z realizacji zamówienia. Odwołujący wskazał, iż postawiony przez Zamawiającego warunek, aby wzrost kosztów paliwa, wynagrodzeń pracowników i koszt zagospodarowania odpadów w instalacji komunalnej został spełniony łącznie jest trudny do prognozowania. Utrudnia to lub wręcz czyni niemożliwym oszacowanie, czy w ogóle waloryzacja będzie możliwa, a jeśli tak to, kiedy i na jakim poziomie. Odwołujący podniósł ponadto, że historia zmian cen oleju napędowego Ekodiesel w 2023 roku, tj. spadek cen o około 8% względem cen ze stycznia 2023 przy równoczesnym dalszym wzroście inflacji o ponad 5% w tym samym okresie, wskazuje, że oczekiwanie wystąpienia obu tych wskaźników na poziomie zakładanym przez Zamawiającego może być całkowicie nieprzystające do faktycznej sytuacji i rosnących kosztów realizacji usługi. Przy zastosowaniu klauzuli waloryzacyjnej w brzmieniu zaproponowanym w projekcie umowy wykonawca nie będzie mógł wnioskować o waloryzację wynagrodzenia zgodnie z realnie rosnącymi kosztami realizacji zamówienia. Spodziewać się bowiem można, że nie zostaną przekroczone wskaźniki GUS umożliwiające samo złożenie wniosku o zmianę wysokości wynagrodzenia. Nie wspominając już o konieczności łącznego wykazania wzrostu 3 elementów kosztotwórczych na oczekiwanym przez Zamawiającego poziomie, jeżeli wartości te odpowiadają za co najmniej 10% udziału w przychodach.

Klauzula waloryzacyjna ma zdaniem Odwołującego jedynie charakter iluzoryczny. Określone przez Zamawiającego uwarunkowania dotyczące zasad dokonywania waloryzacji wynagrodzenia umownego nie pozwalają na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niwelują ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego. Narusza to podstawowe zasady udzielenia zamówień publicznych, w tym zasadę efektywności, gdyż wykonawcy zmuszeni będą do skalkulowania ryzyka wzrostu cen w całości w cenie ofertowej, zakładając faktyczną niezmiennosc cen jednostkowych na etapie realizacji przedmiotu zamówienia. Taka sytuacja przekłada się również na ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert, gdyż każdy z wykonawców odmiennie kalkulować będzie ryzyka wzrostów w tym zakresie, zwłaszcza wobec konieczności przyjęcia takich samych stawek jednostkowych dla zamówienia podstawowego i zamówienia objętego prawem opcji, a więc w odniesieniu do 30 miesięcy realizacji usługi. W nieproporcjonalny sposób został określony współczynnik rozkładu ryzyka – każdorazowo kiedy suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych jest wyższa od 6% ryzyko rozkładane jest równomiernie, ale w sytuacji gdy suma tych wskaźników będzie niższa od 6% - całość ryzyka spoczywa na wykonawcy. Przewidziany przez Zamawiającego mechanizm waloryzacji sprawia, iż całość ryzyka wzrostu kosztów w przypadku inflacji na poziomie do 6% (i odpowiednio 4,5% w późniejszym okresie) ponosi Wykonawca. Dodatkowe ograniczanie możliwości kompensaty wyższych kosztów poprzez jej 50% redukcję sprawia, iż mechanizm waloryzacji staje się dla Wykonawcy całkowicie nieskuteczny. Takiego podziału ryzyka nie można więc uznać za równomierny. Nie można uznać, że Zamawiający uwzględnił w klauzulach waloryzacyjnych współczynnik rozkładu ryzyka, w wyniku którego ryzyko niemożliwego do przewidzenia wzrostu kosztów niezbędnych do wykonania umowy będzie równomiernie rozłożone na obie strony umowy. Należy mieć na uwadze, że wartość sumy miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych, których przekroczenie uzasadnia wnioski o waloryzację, Zamawiający określił na zbyt wysokim poziomie. W ocenie Odwołującego należałoby zmniejszyć ich wartość do $\geq 1,5$ % zarówno w przypadku pierwszej waloryzacji, jak i w przypadku kolejnych waloryzacji. Ewentualnie w celu urealnienia należnego wykonawcy wynagrodzenia, poprzez dostosowanie go do warunków rynkowych, należałoby rozważyć nadanie całkowicie nowego brzmienia klauzuli waloryzacyjnej poprzez jej uproszczenie i uzależnienie waloryzacji od osiągnięcia w okresie kolejnych 6 miesięcy realizacji usługi przez wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z Komunikatem Prezesa GUS poziomu $\geq 1,5$ i $\leq -1,5$ % dla pierwszej waloryzacji oraz $\geq 1,5$ % i $\leq -1,5$ % dla kolejnych waloryzacji. W ten sposób waloryzacja miałaby niejako automatyczny charakter, tj. stawki za realizację usług były aktualizowane zgodnie ze wskaźnikami GUS.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji klauzuli waloryzacyjnej, tj. postanowień § 17 ust. 3 i ust. 4 projektu umowy, poprzez: 1) nakazanie zmniejszenia wskaźnika umożliwiającego ubieganie się o waloryzację umowy do 1,5 % w przypadku pierwszej i kolejnych waloryzacji, 2) nakazanie wykreślenia obowiązku łącznego udokumentowania wzrostu cen paliwa, kosztów pracy i kosztów zagospodarowania odpadów w instalacji komunalnej w celu uzasadnienia wniosku o waloryzację wynagrodzenia; 3) nakazanie wykreślenia obowiązku wykazania poziomu istotności zgodnie z wzorem określonym przez Zamawiającego w celu uznania za wniosek o zmianę wynagrodzenia za udokumentowany, 4) wykreślenie współczynnika rozkładu ryzyka 50% pomiędzy Zamawiającego i Wykonawcę. Ewentualnie o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia klauzuli waloryzacyjnej w obecnym brzmieniu, tj. postanowień § 17 ust. 3 i ust. 4 projektu umowy i nakazanie wprowadzenia w jej miejsce klauzuli waloryzacyjnej uzależniającej dokonanie waloryzacji od osiągnięcia w okresie kolejnych 6 miesięcy realizacji usługi przez wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z Komunikatem Prezesa GUS poziomu $\geq 1\%$ i $\leq -1\%$ dla pierwszej i kolejnych waloryzacji.

W dniu 20 maja 2024 r. pismo procesowe w sprawie złożył wykonawca Chemeko – System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako „Przystępujący”), popierając stanowisko Odwołującego i wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający w dniu 20 maja 2024 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przez wykonawcę Chemeko – System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, jako podmiot bezpośrednio zainteresowany ubieganiem się o udzielenie zamówienia i złożeniem oferty w przedmiotowym postępowaniu, dążący do wyeliminowania wymagań, które w jego ocenie naruszają przepisy ustawy Pzp wpływając negatywnie na możliwość złożenia oferty i realizację umowy, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, formularz oferty (załącznik nr I), zestawienie kosztów zadania (załącznik nr III), Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1) oraz Projekt umowy (załącznik A). Izba ponadto dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów:

– złożonych przez Odwołującego na rozprawie:

1. symulacja kosztów gotowości technicznej dla usuwania padłych zwierząt na terenie Wrocławia;
2. zestawienie dotyczące ilości padłych zwierząt zebranych z sektora nr 2 Śródmieście w okresie 2019-2023;
3. wydruk ze strony internetowej stat.gov.pl – Miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych wg danych GUS (lata 2002-2024);
4. prezentacja relacji pomiędzy poziomem inflacji a cenami oleju napędowego (grudzień 2022-czerwiec 2023);
5. pismo pełnomocnika Zamawiającego z dnia 26.03.2024 r. – odmowa akceptacji wniosku waloryzacyjnego dot. umowy nr 3/22/2022/G;
6. wniosek waloryzacyjny Odwołującego do ZOM Warszawa z dnia 18 maja 2023 r. dot. umowy nr ZOM/UM/37/22/ZM-LM-158W oraz nr ZOM/UM/38/22/ZM-LM-158W; zaproszenie do zawarcia aneksu oraz aneks nr 1 do umowy nr ZOM/UM/37/22/ZM-LM-158W;
7. wyciąg z umowy nr ZOM/UM/37/22/ZM-LM-158W (strona pierwsza oraz par. 12 Waloryzacja wynagrodzenia);

– złożonych przez Zamawiającego na rozprawie:

1. zestawienia zawierające przykładowe czasy reakcji i wykonania czynności usunięcia padłego zwierzęcia oraz uprzątnięcia terenu w kwietniu 2024 r. realizowane na terenie sektora Fabryczna (dołączone także do odpowiedzi na odwołanie), na terenie sektora Krzyki, na terenie sektora Stare Miasto, na terenie sektora Psie Pole, na terenie sektora Śródmieście;
2. zestawienia ilości zgłoszeń dotyczących usunięcia padłych zwierząt (odpowiednio dla wykonawców WPO Alba, Eneris, FB Serwis);
3. zestawienie masy padłych zwierząt wg sprawozdań wykonawców w okresach 04.2022-03.2023, 04.2023-03.2024 i

łącznie 04.2022-03.2024;

na okoliczności wynikające z treści tych dokumentów, powołane przez Strony.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z Rozdziałem III SWZ przedmiotem zamówienia jest usuwanie padłych zwierząt z terenu Gminy Wrocław. Szczegółowo przedmiot zamówienia został określony w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (SOPZ), stanowiącym załącznik nr 1. Czas trwania zamówienia: zgodnie z § 2 ust. 1 umowy (18 miesięcy). Zamawiający przewidział ponadto możliwość korzystania z prawa opcji polegającego na przedłużeniu okresu realizacji usług o okres maksymalnie 12 miesięcy, nie później niż do wyczerpania maksymalnej wartości opcji, o której mowa w § 7 ust. 1 lit. b) umowy, na zasadach określonych w umowie.

W Rozdziale XIV SWZ zawarto sposób obliczenia ceny wskazując m.in., iż Wykonawca w Formularzu oferty podaje cenę ofertową brutto, za wykonanie wszystkich prac objętych przedmiotem zamówienia, obliczoną na podstawie załącznika nr III Zestawienie kosztów zadania. Cena ofertowa brutto stanowi sumę kwot za wykonanie: 1) podstawowego przedmiotu zamówienia – suma netto powiększona o wartość podatku VAT, wyliczona w oparciu o określone w Zestawieniu kosztów zadania: a) podane przez Wykonawcę ryczałtowe ceny jednostkowe netto, b) zakres prac, c) okres trwania zamówienia w miesiącach, 2) opcjonalnego przedmiotu zamówienia – suma netto powiększona o wartość podatku VAT, wyliczona w oparciu o określone w Zestawieniu kosztów zadania: a) podane przez Wykonawcę ryczałtowe ceny jednostkowe netto, b) zakres prac, c) okres trwania zamówienia w miesiącach. Zamawiający w punkcie 6 wskazał, iż ceny jednostkowe powinny uwzględniać wszystkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji całego przedmiotu zamówienia zgodnie z OPZ, w tym także koszt usuwania padłych zwierząt, koszty dojazdu na wskazane miejsce wraz z transportem padłych zwierząt do zakładu utylizacji i koszty utylizacji, zebranie padłej zwierzyny, załadunek na środek transportu, uprzątnięcie i dezynfekcja miejsca, sporządzenie dokumentacji fotograficznej i wymaganej dokumentacji do rozliczenia, kosztów materiałów, a także ewentualnego badania laboratoryjnego i składowania. Koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, muszą uwzględniać wszystkie elementy – czynności określone w przedmiocie zamówienia, a ponadto wszystkie inne koszty wynikające z zapisów SWZ i postanowień zawartych w projekcie umowy będącej integralną częścią SWZ. Zgodnie z pkt 8 Cena wyliczona przez Wykonawcę posłuży do wyboru najkorzystniejszej oferty, natomiast do rozliczeń miesięcznych za realizację przedmiotu zamówienia stosowane będą ceny jednostkowe określone przez Wykonawcę w Zestawieniu kosztów zadania, zgodnie z warunkami zawartymi w projekcie umowy. Cena oferty oznacza maksymalne wynagrodzenie Wykonawcy za cały okres obowiązywania umowy za wykonanie prac objętych przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z Rozdziałem XV SWZ w postępowaniu ustalono dwa kryteria oceny ofert: cena brutto – 60% oraz czas usuwania padłych zwierząt – 40%. Kryterium „Czas usuwania padłych zwierząt” (U) punktowane będzie na podstawie czasu usuwania padłych zwierząt (w rozumieniu określonym w SOPZ pkt 2 ppkt 4) od momentu otrzymania zgłoszenia (telefonicznie lub po przekazaniu informacji drogą mailową), wskazanego przez Wykonawcę w ofercie w pkt 5, w następujący sposób: a) w przypadku, gdy Wykonawca zaoferuje czas usuwania padłych zwierząt 2 godziny, otrzyma 0 pkt, b) w przypadku, gdy Wykonawca zaoferuje czas usuwania padłych zwierząt 1,5 godziny, otrzyma 5 pkt, c) w przypadku, gdy Wykonawca zaoferuje czas usuwania padłych zwierząt 1 godzinę, otrzyma 10 pkt, d) jeżeli Wykonawca nie wpisze jakiegokolwiek wartości w pkt 5 „Formularza oferty” lub poda czas dłuższy niż 2 godziny, to Zamawiający przyjmie, że został podany czas 2 godziny, zgodnie z zapisami SWZ, e) w przypadku, gdy Wykonawca poda czas usuwania padłych zwierząt poprzez wskazanie czasu w niepełnej godzinie innej niż 1, 1,5 lub 2 godziny, Zamawiający dokona zaokrąglenia w górę do najbliższego progu, tj. do 1 godziny lub 1,5 godziny lub 2 godzin, f) w przypadku, gdy Wykonawca poda czas usuwania padłych zwierząt równy 0, Zamawiający dokona zaokrąglenia do 1 godziny.

W Zestawieniu kosztów zadania (Załącznik nr III) w kolumnie „Zakres prac” wskazano: dla poz. 1 Usuwanie padłych zwierząt do 10kg - 42 szt., dla poz. 2 Usuwanie padłych zwierząt powyżej 10 kg do 30 kg – 10 szt., dla poz. 3 Usuwanie padłych zwierząt powyżej 30 kg do 50 kg – 3 szt., dla poz. 4 Usuwanie padłych zwierząt powyżej 50 kg – 3 szt. Okres trwania zamówienia podstawowego określono na 18 miesięcy. Okres trwania zamówienia opcjonalnego - 12 miesięcy.

W SOPZ, w punkcie 2 – opis przedmiotu zamówienia, wskazano m.in.:

- Świadczenie przedmiotowej usługi będzie polegało na usuwaniu padłych zwierząt wraz z ich załadunkiem, likwidacją zanieczyszczeń powstałych w wyniku usuwania padłych zwierząt, dezynfekcją miejsca zdarzenia oraz wywozem do miejsca utylizacji i zapewnieniem utylizacji w zakładzie posiadającym stosowne zezwolenie.
3. (...) Usunięcie padłego zwierzęcia, w rozumieniu określonym w ppkt 4, musi nastąpić w czasie nie dłuższym niż 2 godziny od momentu otrzymania zgłoszenia. (...)
4. Przez usunięcie padłego zwierzęcia rozumie się załadunek zwierzęcia na środek transportu, zebranie wszystkich pozostałości i szczątków zwierzęcych oraz dezynfekcję miejsca, w którym zwierzę poniosło śmierć oraz

miejsca/miejsc, w których zwierzę się znajdowało do momentu jego usunięcia.

7. Wykonawca ma obowiązek pełnić całonocowo (w tym w soboty i dni wolne od pracy) dyżury dla realizacji prac związanych z usuwaniem padłych zwierząt.

Ponadto Izba ustaliła, iż zgodnie z § 2 ust. 4 Projektu umowy (załącznik A) w sytuacji, gdy w oparciu o przeprowadzoną przez Zamawiającego kalkulację wynagrodzenia należnego Wykonawcy, wynagrodzenie należne Wykonawcy osiągnie kwotę określoną w § 7 ust. 1 pkt a) lub w § 7 ust. 1 pkt b), Zamawiający pisemnie poinformuje Wykonawcę o dacie zakończenia realizacji usług, o których mowa w ust. 1 pkt 1 z zachowaniem 1-miesięcznego okresu uprzedzenia (dotyczy to zarówno zamówienia podstawowego, jak i zamówienia opcjonalnego).

Zgodnie z § 7 ust. 1 Projektu umowy maksymalne wynagrodzenie Wykonawcy za realizację przedmiotu umowy ustalone w oparciu o załącznik nr III do oferty Zestawienie kosztów zadania (stanowiący załącznik nr 2 do niniejszej umowy) wynosi zł netto (słownie złotych: zł netto), plus podatek VAT według obowiązującej stawki i na dzień zawarcia niniejszej umowy stawka podatku VAT wynosi 8 %, w związku z tym maksymalne wynagrodzenie brutto wynosi zł, (słownie złotych: zł brutto), w tym: a) dla zamówienia podstawowego ustalone w oparciu o Zestawienie kosztów zadania wynosi zł netto (słownie złotych: zł netto), plus podatek VAT według obowiązującej stawki i na dzień zawarcia niniejszej umowy stawka podatku VAT wynosi 8% (prace, o których mowa w § 1 ust. 2), w związku z tym maksymalne wynagrodzenie brutto wynosi zł (słownie złotych: zł brutto), b) dla zamówienia opcjonalnego, o którym mowa w § 1 ust. 8 (przedłużenie okresu realizacji usług) – ustalone w oparciu o Zestawienie kosztów zadania wynosi zł netto (słownie złotych: zł netto), plus podatek VAT według obowiązującej stawki i na dzień zawarcia niniejszej umowy stawka podatku VAT wynosi 8%, w związku z tym maksymalne wynagrodzenie brutto wynosi zł (słownie złotych: zł brutto). W ust. 2 wskazano, iż Wykonawca będzie otrzymywał wynagrodzenie obliczone jako iloczyn liczby usuniętych padłych zwierząt z zależności od rodzaju usuniętego padłego zwierzęcia oraz jednostkowych cen określonych w Zestawieniu kosztów zadania, z zastrzeżeniem ust. 3. Zgodnie z ust. 5 Wykonawca otrzyma wynagrodzenie wyłącznie za wykonane prace objęte przedmiotem umowy. W § 7 ust. 8 wskazano, iż ostateczna wysokość wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotowej umowy nie może przekroczyć kwoty, określonej w ust. 1 pkt a) – odnośnie zamówienia podstawowego lub określonej w ust. 1 pkt b) – odnośnie zamówienia opcjonalnego. Z kolei w § 7 ust. 9 wskazano m.in., że Zamawiający zobowiązuje się do zlecenia prac o wartości minimum 50% wartości umowy dla zamówienia podstawowego. Zgodnie z ust. 10 w wynagrodzeniu określonym w ust. 1 mieszczą się wszystkie koszty wykonania przedmiotu umowy, w tym m.in. koszty dojazdu na wskazane miejsce wraz z transportem padłych zwierząt do zakładu utylizacji i koszty utylizacji, zebranie padłej zwierzyny, załadunek na środek transportu, uprzątnięcie i dezynfekcja miejsca, sporządzenie dokumentacji fotograficznej i wymaganej dokumentacji do rozliczenia, kosztów materiałów, a także ewentualnego badania laboratoryjnego i składowania, koszty utrzymania sprzętu, oznakowania, pracy w godzinach nadliczbowych i dni wolne od pracy, koszty dowozu pracowników, koszty transportu, koszty związane z parkowaniem pojazdów na terenie miasta Wrocławia, koszty wynagrodzeń, koszty utrzymania mienia Wykonawcy i Zamawiającego w stanie wymaganym niniejszą umową, koszty ubezpieczenia, itp.

Zgodnie z § 17 ust. 3 pkt 5 Projektu umowy Zamawiający przewiduje możliwość dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia w § 7 ust. 1 i ust. 7 w przypadku zmiany: ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, gdy nastąpi zmiana wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS. Zgodnie z ust. 4 pkt 1 lit. e) zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia:

Strona umowy składa pisemny wniosek o zmianę przedmiotowej umowy w zakresie płatności wynikających z faktur obejmujących płatności dotyczące usług wykonanych po upływie minimum 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy w przypadku, gdy wystąpiła zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, a suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS za 6 ostatnich zakończonych miesięcy będzie $\geq 6\%$ lub $\leq -6\%$. W przypadku złożenia wniosku po upływie minimum 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy zastosowany będzie wzór:

$$C_{N1} = C_{j0} \times (1 + 50\% \frac{\Sigma(Wa - 100\%)}{100\%})$$

gdzie:

C_{j0} - cena jednostkowa z oferty (przed zmianą),

C_{N1} - cena jednostkowa po pierwszej zmianie (po upływie minimum 6 miesięcy),

50% - współczynnik rozkładu ryzyka,

Wa - miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS z ostatnich 6 zakończonych miesięcy od dnia złożenia wniosku, wyrażone w %,

a - numer kolejnego miesiąca z okresu ostatnich 6 zakończonych miesięcy, gdzie $a = 1, 2, \dots, 6$.

Zmiana wynagrodzenia możliwa będzie po upływie minimum 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy, a jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania

ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia będzie dzień otwarcia ofert. Kolejne wnioski o zmianę możliwe są po upływie kolejnych 6 miesięcy od dnia złożenia poprzedniego wniosku, w przypadku, gdy wystąpiła zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, a suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS za 6 ostatnich zakończonych miesięcy będzie $\geq 4,5\%$ lub $\leq -4,5\%$.

W przypadku złożenia wniosku po upływie minimum kolejnych 6 miesięcy od dnia złożenia poprzedniego wniosku zastosowany będzie wzór:

$$C_{Nn} = C_{jm} \times (1 + 50\% \frac{\sum(Wb - 100\%)}{100\%})$$

gdzie:

C_{jm} - cena jednostkowa przed następną zmianą,

C_{Nn} - cena jednostkowa po następnej zmianie,

50% - współczynnik rozkładu ryzyka,

Wb - miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS z ostatnich 6 zakończonych miesięcy od dnia złożenia wniosku, wyrażone w %,

n - numer zmiany, gdzie $n = 2, \dots, 4$,

m - numer ceny jednostkowej przed kolejną zmianą, $m = 1, \dots, 4$,

b - numer kolejnego miesiąca z okresu ostatnich 6 zakończonych miesięcy do dnia złożenia wniosku, gdzie $b = 1, 2, \dots, 6$.

Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i prawne, dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie umowy oraz dokumenty potwierdzające konieczność wprowadzenia ww. zmiany. W szczególności strona będzie zobowiązana wykazać związek pomiędzy wnioskowaną kwotą zmiany wynagrodzenia umownego a wpływem zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia na kalkulację ceny ofertowej. Wniosek powinien obejmować jedynie te analizowane koszty realizacji zamówienia, które wykonawca obowiązkowo ponosi w związku ze zmianą ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

W przypadku wniosku warunki, których łączne* spełnienie stanowić będzie dostateczne udokumentowanie związku zmiany kosztów związanych z realizacją zamówienia z żądaniem zmiany wynagrodzenia, to:

–udokumentowanie przez Wykonawcę lub Zamawiającego, iż w porównaniu do momentu ustalenia poprzedniej wysokości wynagrodzenia nastąpiła istotna zmiana kosztów paliwa wykorzystywanego w realizacji przedmiotu umowy, udokumentowana na podstawie wzrostu wskaźnika średniej ceny hurtowej oleju napędowego na stacjach paliw w Polsce. Weryfikacja podanego warunku brzegowego następować będzie wedle poniższych wzorów:
 $(X-Y)/Y * 100\% \geq 6\%$

gdzie:

X - średnia cena hurtowa oleju napędowego Ekodiesel na stacjach paliw w Polsce (na podstawie <https://www.orklen.pl/pl/dla-biznesu/hurtowe-ceny-paliw#paliwa-archive>) liczona z notowań dziennych za cały okres od momentu zawarcia umowy (lub dnia otwarcia ofert, jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu ich składania) do dnia złożenia wniosku o waloryzację.

Y - średnia cena hurtowa oleju napędowego Ekodiesel na stacjach paliw w Polsce (na podstawie <https://www.orklen.pl/pl/dla-biznesu/hurtowe-ceny-paliw#paliwa-archive>) liczona z notowań dziennych za sześć ostatnich miesięcy poprzedzających dzień zawarcia umowy (lub dnia otwarcia ofert, jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu ich składania).

$$(X-Y)/Y * 100\% \geq 4,5\%$$

gdzie:

X - średnia cena hurtowa oleju napędowego Ekodiesel na stacjach paliw w Polsce (na podstawie <https://www.orklen.pl/pl/dla-biznesu/hurtowe-ceny-paliw#paliwa-archive>) liczona z notowań dziennych za cały okres od dnia ustalenia poprzedniego wynagrodzenia do dnia złożenia wniosku o jego ponowną waloryzację.

Y - średnia cena hurtowa oleju napędowego Ekodiesel na stacjach paliw w Polsce (na podstawie <https://www.orklen.pl/pl/dla-biznesu/hurtowe-ceny-paliw#paliwa-archive>) liczona z notowań dziennych za sześć ostatnich miesięcy poprzedzających dzień złożenia wniosku o waloryzację wynagrodzenia.

–udokumentowanie przez Wykonawcę lub Zamawiającego (na podstawie prawa do żądania

przedłożenia stosownej dokumentacji przez Wykonawcę), iż w porównaniu do momentu ustalenia poprzedniej wysokości

wynagrodzenia nastąpiła istotna zmiana kosztów zatrudniania osób realizujących zamówienie weryfikowana na podstawie następujących wzorów:

$$(X-Y)/Y * 100\% \geq 6\%$$

gdzie:

X – średniomiesięczny w przeliczeniu na 1 etat poziom wynagrodzeń zasadniczych pracowników wykonujących bezpośrednio czynności w przedmiocie zamówienia, ustalony za cały okres od momentu ustalenia poprzedniej wysokości wynagrodzenia do momentu złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia,

Y – poziom wynagrodzeń zasadniczych w przeliczeniu na 1 etat pracowników, które Wykonawca ponosił w celu realizacji umowy podczas pierwszego miesiąca świadczenia usług. Wykonawca po podpisaniu umowy, w terminie nie dłuższym niż 30 dni po zakończeniu pierwszego miesiąca trwania umowy, przedstawi wykaz kosztów zatrudniania ww. osób wraz z dokumentami potwierdzającymi przedstawione koszty, tj. umowy o pracę, zabezpieczone zgodnie z wymogami RODO.

$$(X-Y)/Y * 100\% \geq 4,5\%$$

gdzie:

X – średniomiesięczny w przeliczeniu na 1 etat poziom wynagrodzeń zasadniczych pracowników wykonujących bezpośrednio czynności w przedmiocie zamówienia, ustalona za cały okres od dnia ustalenia poprzedniego wynagrodzenia do dnia złożenia wniosku o jego ponowną waloryzację,

Y – średniomiesięczny w przeliczeniu na 1 etat poziom wynagrodzeń zasadniczych pracowników wykonujących bezpośrednio czynności w przedmiocie zamówienia ustalony na potrzeby poprzedniego wniosku o zmianę wynagrodzenia.

–udokumentowanie przez Wykonawcę lub Zamawiającego (na podstawie prawa do żądania przedłożenia stosownej dokumentacji przez Wykonawcę), iż w porównaniu do momentu ustalenia poprzedniej wysokości wynagrodzenia nastąpiła zmiana stawek za utylizację padłych zwierząt, które zobowiązany jest płacić Wykonawca na rzecz instalacji/zakładu, do której transportuje padłe zwierzęta w celu ich utylizacji albo kosztów związanych z funkcjonowaniem własnej instalacji/zakładu. Udokumentowanie zmiany następować będzie na podstawie następujących wzorów:

$$(X-Y)/Y * 100\% \geq 6\%$$

gdzie:

X – średniomiesięczny poziom kosztów zagospodarowania odpadów ustalony za cały okres od momentu ustalenia poprzedniej wysokości wynagrodzenia do momentu złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia,

Y – poziom kosztów zagospodarowania odpadów, które Wykonawca poniósł w celu realizacji umowy podczas pierwszego miesiąca świadczenia usług. Wykonawca po podpisaniu umowy, w terminie nie dłuższym niż 30 dni po zakończeniu pierwszego miesiąca trwania umowy, przedstawi wykaz poniesionych kosztów zagospodarowania odpadów na podstawie otrzymanych faktur oraz treści umów lub innego stosunku prawnego stanowiącego podstawę do ich wystawienia.

$$(X-Y)/Y * 100\% \geq 4,5\%$$

gdzie:

X – średniomiesięczny poziom kosztów zagospodarowania odpadów, ustalony za cały okres od dnia ustalenia poprzedniego wynagrodzenia do dnia złożenia wniosku o jego ponowną waloryzację,

Y – średniomiesięczny poziom kosztów zagospodarowania odpadów ustalony na potrzeby poprzedniego wniosku o zmianę wynagrodzenia.

** Strona składająca wniosek może pominąć konieczność udowodnienia zmian w zakresie jednego lub dwóch podanych powyżej wskaźników pod warunkiem wykazania, iż wynikający z danego wskaźnika obszar kosztów nie przekracza udziału 10% w całkowitych przychodach z realizacji zamówienia na podstawie pomiaru wykazywanego za okres od rozpoczęcia umowy do momentu złożenia wniosku waloryzacyjnego. Ustalonym w tym zakresie progiem istotności jest mniejszy niż 10% udział w całkowitych przychodach netto z realizacji zamówienia, wykazywany na podstawie pomiarowego wzoru:*

$$(A/B) * 100\% < 10\%$$

gdzie:

A – łączna wartość z danego obszaru kosztu świadczonej usługi w przedmiocie zamówienia za okres od rozpoczęcia umowy do momentu złożenia wniosku waloryzacyjnego,

B – łączna wartość przychodów netto uzyskanych z realizacji zamówienia kalkulowanych na podstawie wystawionych przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego faktur za okres od rozpoczęcia umowy do momentu złożenia wniosku waloryzacyjnego.

Powyższa zmiana dotyczyła będzie cen jednostkowych, o których mowa w § 7 ust. 2 oraz odpowiednio maksymalnej kwoty wynagrodzenia, o której mowa w § 7 ust. 1 lit. a), a w przypadku uruchomienia zamówienia opcjonalnego

odpowiednio maksymalnej kwoty wynagrodzenia, o której mowa w § 7 ust. 1. Zamawiający dopuszcza maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia do wysokości +/-8% maksymalnej kwoty wynagrodzenia netto, o której mowa w § 7 ust. 11 lit. a), a w przypadku uruchomienia zamówienia opcjonalnego odpowiednio maksymalnej kwoty wynagrodzenia, o której mowa w § 7 ust. 1.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Za bezzasadny Izba uznała zarzut nr 1 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16, art. 17 ust. 1 i w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 353¹ k.c., art. 5 k.c., art. 487 § 2 k.c., art. 388 § 1 k.c. (w odwołaniu wskazano art. 388 § 11 k.c. co Izba uznała za omyłkę pisarską) dotyczący braku przewidzenia wynagrodzenia za pełnienie dyżurów i ciągłą gotowość do realizacji przedmiotu zamówienia

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Art. 17 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów. Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy 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.

W myśl art. 8 ust. 1 ustawy Pzp co 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. poz. 1360, 2337 i 2339 oraz z 2023 r. poz. 326), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z art. 5 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. Art. 353¹ k.c. wskazuje, iż 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. Art. 388 § 1 k.c. stanowi, iż jeżeli jedna ze stron, wyzyskując przymusowe położenie, niedołęstwo, niedoświadczenie lub brak dostatecznego rozeznania drugiej strony co do przedmiotu umowy, 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 według swego wyboru żądać zmniejszenia swego świadczenia lub zwiększenia należnego jej świadczenia albo unieważnienia umowy. Zgodnie z art. 487 § 2 k.c. umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej.

Izba nie stwierdziła, aby sposób ukształtowania wynagrodzenia za usługi stanowiące przedmiot zamówienia, naruszał wskazane wyżej przepisy prawa. Odwołujący okoliczności takiej nie dowiódł, w szczególności zaś nie wykazał, aby zachodził w tym przypadku brak ekwiwalentności świadczeń stron umowy i że nie jest możliwe dokonanie właściwej wyceny związanej z obowiązkiem pełnienia dyżurów w cenie za usuwanie padłych zwierząt, tak jak wszelkich innych kosztów związanych z realizacją zamówienia. Odwołujący poprzestał zasadniczo na wyrażeniu własnej opinii, że wydaje się zasadnym wprowadzenie osobnego wynagrodzenia za pełnienie całodobowych dyżurów, ponieważ są to stałe koszty realizacji usługi, niezależne od tego czy zostaną dokonane jakieś zgłoszenia, co prowadzi do sytuacji, w której świadczenia stron nie są ekwiwalentne. Powyższe nie stanowi wykazania zasadności zarzutów. Odwołujący nie przedstawił żadnej analizy dlaczego taki sposób ukształtowania wynagrodzenia faktycznie miałby naruszać wskazane przepisy prawa, mimo, że w petitum odwołania przywołał szereg przepisów, w tym nawet art. 388 k.c. odnoszący się do wyzysku, wykorzystania przymusowego położenia, niedołęstwa, niedoświadczenia lub braku dostatecznego rozeznania drugiej strony co do przedmiotu umowy.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, iż konieczność pełnienia dyżurów jest integralnie związana z głównym obowiązkiem umownym, czyli usuwaniem padłych zwierząt, na co wprost wskazuje treść OPZ: „Wykonawca ma obowiązek pełnić całodobowo (w tym w soboty i dni wolne od pracy) dyżury dla realizacji prac związanych z usuwaniem padłych zwierząt.” Siłą rzeczy tego rodzaju zdarzenia nie są możliwe do przewidzenia, więc dyżur taki jest niezbędny dla

prawidłowej realizacji zadań. Niemniej jest to jeden z wielu obowiązków wykonawcy, podobnie jak koszty związane z pełnieniem tego dyżuru stanowią jeden z wielu kosztów, jakie należy uwzględnić w kalkulacji ceny oferty. Sam fakt, iż obowiązek pełnienia dyżurów generuje koszty stałe, nie powoduje, że powinny być one rozliczane odrębnie od kosztów interwencji. Zgodnie z postanowieniami SWZ kalkulacja wszystkich kosztów niezbędnych do prawidłowej realizacji wszystkich obowiązków umownych ma nastąpić w cenie ryczałtowej za usunięcie 1 sztuki padłego zwierzęcia (zróżnicowanej ze względu na wagę). W SWZ wprost wskazano, że koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia muszą uwzględniać wszystkie elementy – czynności określone w przedmiocie zamówienia, a ponadto wszystkie inne koszty wynikające z zapisów SWZ i postanowień zawartych w projekcie umowy będącej integralną częścią SWZ. Postanowienia SWZ są w tym zakresie jednoznaczne, a wynagrodzenie umowne obejmuje wszelkie koszty, w tym koszty pełnienia dyżurów.

Nie można w tym stanie faktycznym zgodzić się z Odwołującym iż istotną część usługi (pełnienie dyżurów) wykonawca będzie realizował za darmo, bez jakiegokolwiek wynagrodzenia. Wynagrodzenie za pełnienie dyżurów wykonawca ma obowiązek ująć w cenie za usunięcie sztuki padłego zwierzęcia. W przypadku zaistnienia zdarzenia wymagającego interwencji Zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie za usunięcie padłego zwierzęcia, które obejmować będzie także odpowiednio rozłożony koszt pełnienia dyżuru (pozostawania w gotowości). Powoływanie się przez Odwołującego na skrajny przypadek, że w danym miesiącu może nie być żadnych interwencji, Izba uznała za nieuzasadnione – prawdopodobieństwo zaistnienia takiej sytuacji jest znikome, o czym świadczą chociażby zestawienia liczby zgłoszeń w kwietniu 2024 r. w poszczególnych sektorach, złożone przez Zamawiającego. Co więcej, sam Odwołujący popadł tu w sprzeczność, gdyż podczas rozprawy, referując do zarzutu nr 2, podnosił, że szacunki przedstawione przez Zamawiającego w Zestawieniu kosztów zadania dotyczące liczby zwierząt są zaniżone i to znacząco. Ponadto Izba miała na względzie, że Zamawiający jednoznacznie wskazał, iż w ramach umowy zleci wykonawcy usługi co najmniej 50% wartości umowy, wykonawca wie zatem jakie minimalne wynagrodzenie może uzyskać. Zamawiający przewidział także prognozowaną liczbę zwierząt do usunięcia w okresie realizacji umowy, wyznaczającą maksymalną wartość umowy, wykonawca jest w stanie zatem bez większych trudności oszacować koszty i ryzyka związane z realizacją usług. Odwołujący nie wskazał żadnych okoliczności pozwalających stwierdzić, iż nie może on dokonać prawidłowej wyceny kosztów związanych z pełnieniem dyżurów w cenie ryczałtowej za usunięcie 1 sztuki zwierzęcia. Złożony przez Odwołującego dowód w postaci symulacji kosztów gotowości technicznej dla usuwania padłych zwierząt na terenie Wrocławia nie potwierdza okoliczności, że sposób ukształtowania wynagrodzenia przez Zamawiającego narusza prawo, lecz co najwyżej wskazuje na poziom kosztów, jakie mogą wiązać się z pełnieniem całodobowych dyżurów.

Izba podkreśla, że okoliczność, iż dla wykonawcy korzystniejsze byłoby uzyskiwanie stałego miesięcznego wynagrodzenia za pełnienie dyżurów, nie powoduje, że mamy do czynienia z naruszeniem przepisów prawa. W orzecznictwie jednolicie wskazuje się, że rolą środków ochrony prawnej nie jest udogadnianie wykonawcom procesu ofertowania i warunków realizacji zamówienia, lecz konwalidacja sprzecznych z prawem działań lub zaniechań Zamawiającego. Tego rodzaju sprzeczności Odwołujący nie dowieść.

Izba uznała za niezasadny również drugi zarzut, tj. zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, skutkujący uniemożliwieniem rzetelnej kalkulacji ceny oferty z uwagi na wskazanie że, w danym miesiącu realizacji usługi wystąpią 42 interwencje usuwania padłych zwierząt do 10 kg, 10 interwencji usuwania padłych zwierząt powyżej 10 kg i do 30 kg, 3 interwencje usuwania padłych zwierząt powyżej 30 kg do 50 kg i 3 interwencje usuwania padłych zwierząt powyżej 50 kg, w sytuacji gdy Zamawiający nie przedstawił żadnych historycznych danych o ilościach padłych zwierząt na obszarze objętym przedmiotem zamówienia w ubiegłych latach.

W ocenie Izby już tylko fakt przedstawienia przez Odwołującego wyłącznie lakonicznego, hasłowego uzasadnienia dla tego zarzutu uniemożliwiało jego uwzględnienie. Cała argumentacja zawarta w odwołaniu sprowadzała się jedynie do wyrażenia przez Odwołującego opinii, że aby dokonać właściwej oceny ryzyk związanych z tym, że wynagrodzenie odnosi się do szacowanych ilości padłych zwierząt, niezbędnym jest podanie przez Zamawiającego danych historycznych o liczbie padłych zwierząt podlegających usunięciu w latach ubiegłych. Stanowisko to ani nie zostało szerzej rozwinięte, ani niczym poparte. Nie przedstawiono też żadnej argumentacji wykazującej naruszenie przez Zamawiającego powołanych przepisów ustawy Pzp. Odwołujący nie wyjaśnił dlaczego dane historyczne miałyby być

niezbędne dla sporządzenia oferty i właściwej wyceny ryzyk. Odwołujący nie wskazał nawet jakich konkretnie danych historycznych się domaga (statystyk rocznych, miesięcznych, dziennych, etc.). Izba stwierdziła, iż Zamawiający, a zatem podmiot mający pełną wiedzę o ilości interwencji związanych z usuwaniem padłych zwierząt na terenie Gminy Wrocław, dokonał precyzyjnego określenia zakresu prac, jaki należy wycenić, czemu dał wyraz w Zestawieniu kosztów zadania wskazując ilość sztuk dla poszczególnych kategorii zwierząt (Załącznik nr III). W dokumentach zamówienia jednoznacznie też uregulowano, że do rozliczeń miesięcznych za realizację przedmiotu zamówienia stosowane będą ceny jednostkowe określone przez Wykonawcę w Zestawieniu kosztów zadania, a ostateczna wysokość wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu realizacji umowy nie może przekroczyć wynagrodzenia maksymalnego (ceny oferty). Zamawiający zobowiązał się ponadto do zlecenia prac o wartości minimum 50% wartości umowy dla zamówienia podstawowego. Wykonawcy dysponują zatem wiedzą o minimalnym i maksymalnym zakresie zamówienia, jak i prognozowaną ilością padłych zwierząt, jakie w ramach umowy trzeba będzie usunąć, z podziałem na kategorie wagowe. Informacje te zdają się być w zupełności wystarczające dla prawidłowej kalkulacji ceny ofertowej. Odwołujący okoliczności przeciwnej nie wykazał. Co więcej, jak wykazało postępowanie odwoławcze, Odwołujący dysponuje wiedzą o ilości padłych zwierząt, co najmniej tych zebranych z sektora nr 2 Śródmieście w okresie 2019-2023, sam przedstawił bowiem jako dowód zestawienie tego dotyczące. Odnosząc się do ww. zestawienia należy dodać, iż dowód ten został złożony w celu podważenia miarodajności prognoz przyjętych przez Zamawiającego w Zestawieniu kosztów zadania, podczas gdy okoliczność ta nie była w ogóle objęta zakresem zarzutów odwołania. W treści odwołania nie wskazano, iż założenia przyjęte przez Zamawiającego są nieprawidłowe, w szczególności, że zostały one znacznie zaniżone. Argumentację podniesioną w tym zakresie na rozprawie uznać należy za spóźnioną.

Za niewykazany Izba uznała zarzut nr 3 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16, art. 17 ust. 1 ustawy Pzp i art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w zakresie w jakim Zamawiający oczekuje, że usunięcie padłego zwierzęcia w rozumieniu pkt 2 ppkt 4 SOPZ nastąpi w 2 godziny lub w krótszym czasie.

Izba stwierdziła, iż stanowisko Odwołującego koncentrowało się na tym, że określony maksymalny czas reakcji - 2 godziny na usunięcie padłego zwierzęcia, może nie być wystarczający do przeprowadzenia wymaganych działań. Po pierwsze, powyższe nie stanowi naruszenia art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż postanowienia SWZ w przedmiotowym aspekcie są jednoznaczne, precyzyjne i wyczerpujące. Po drugie, Odwołujący wyraził w treści odwołania jedynie swoje obawy związane z dochowaniem wymaganego czasu reakcji, niemniej nie przedstawił żadnych miarodajnych wyliczeń i danych, które podważyłyby w sposób obiektywny możliwość usunięcia padłego zwierzęcia w czasie 2 godzin bądź które przynajmniej wskazywałyby na to, że jest to bardzo trudne. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie ani twierdzeń, ani dowodów, które wykazałyby, że przewidziany przez Zamawiającego czas reakcji nie był ustalony na racjonalnym, możliwym do zachowania przy dołożeniu należytej staranności poziomie. Tymczasem z dowodów złożonych przez Zamawiającego podczas rozprawy (zestawienia zawierające przykładowe czasy reakcji i wykonania czynności usunięcia padłego zwierzęcia oraz uprzątnięcia terenu w kwietniu 2024 r. realizowane na terenie sektora Fabryczna, sektora Krzyki, sektora Stare Miasto, sektora Psie Pole, sektora Śródmieście) wprost wynika, że czas usunięcia padłych zwierząt był standardowo dużo krótszy niż wymagane dwie godziny, rzadko kiedy osiągał nawet półtorej godziny. Powyższe pozwala stwierdzić, że Zamawiający ustalił wymagany maksymalny czas reakcji w oparciu o wiarygodne dane, zapewniając wykonawcom odpowiedni bufor czasowy. Faktem notoryjnym jest przy tym to, że szybkie usunięcie padłych zwierząt, zwłaszcza znajdujących się w pasie drogowym, ma istotne znaczenie dla bezpieczeństwa ruchu, nie mówiąc o względach sanitarnych.

Odnosząc się zaś do podnoszonej podczas rozprawy przez Odwołującego okoliczności, iż dotychczas usługa realizowana była w ramach zamówień na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów w poszczególnych sektorach, Izba stwierdziła, że nie została ona wskazana w odwołaniu. Ponadto w ocenie Izby okoliczność ta nie wpływa na racjonalność założenia przyjętego przez Zamawiającego, gdyż profesjonalny wykonawca niewątpliwie powinien być w stanie tak zorganizować pracę, aby wymaganego czasu reakcji dochować, chociażby poprzez rozlokowanie odpowiednich jednostek interwencyjnych w różnych częściach miasta. Nawet gdyby konieczność taka przekładała się na wzrost kosztów realizacji usługi, to nie jest to okoliczność wskazująca na naruszenie przepisów ustawy Pzp. Odnosząc się do treści żądania sformułowanego przez Odwołującego Izba zgodziła się z Zamawiającym, że przystąpienie wykonawcy do realizacji prac a usunięcie padłego zwierzęcia to dwie różne kwestie. Z perspektywy uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, tj. zapewnienia bezpieczeństwa mieszkańców, kluczowe jest skuteczne usunięcie zagrożenia,

a zatem w pełni zrozumiałe i zasadne jest odniesienie wymaganego czasu reakcji właśnie do tego momentu.

Nie potwierdził się również zarzut nr 4, tj. zarzut naruszenia art. 439 ust. 1 i 2 w zw. z art. 99 ust. 1, art. 16, art. 17 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353¹ k.c. i art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp dotyczący sposobu sformułowania klauzul waloryzacyjnych w projekcie umowy.

Zgodnie z art. 439 ust. 1 ustawy Pzp 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. W myśl ust. 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; 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia: a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia; 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy; 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

W orzecznictwie i doktrynie nie budzi wątpliwości okoliczność, że klauzule waloryzacyjne mają za zadanie dążenie do równowagi stron stosunku umownego w zamówieniach publicznych w sposób uwzględniający zmiany okoliczności, mających wpływ na wynagrodzenie wykonawcy w toku realizacji świadczenia. Dostosowanie cen materiałów i kosztów wykonania zamówienia do ich rzeczywistych wartości zmniejsza również ryzyko nienależytej realizacji świadczenia. Należycie sformułowana klauzula waloryzacyjna sprzyja zwiększeniu konkurencyjności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie wykonanie obowiązku z art. 439 ustawy Pzp powinno odbywać się z uwzględnieniem specyfiki danego przedmiotu zamówienia, ale również możliwości finansowych zamawiającego w sposób nieprowadzący do wypaczenia celu ww. przepisu. Nie należy utożsamiać obowiązku wprowadzenia klauzul waloryzacyjnych wynikającego z ww. przepisu z całkowitym wyeliminowaniem ryzyka kontraktowego po stronie wykonawców. Art. 439 Pzp nie zobowiązuje Zamawiającego do nadania postanowieniom umowy takiej treści, aby uprawnienie do żądania zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy powstawało w każdym przypadku, gdy nastąpi zmiana ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Jak słusznie zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, klauzule waloryzacyjne nie mają niwelować normalnego ryzyka związanego ze zmianami kosztów, które wykonawca powinien wziąć pod uwagę składając ofertę, lecz przywracać zaburzoną równowagę ekonomiczną w przypadku istotnych zmian cen i kosztów w stosunku do tych prognozowanych w chwili składania oferty.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby ustalone przez Zamawiającego zasady waloryzacji naruszały przepisy prawa. Klauzula waloryzacyjna spełniała wszystkie wymogi enumeratywnie wymienione w art. 439 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający konstruując jej treść uwzględnił swoje interesy, ale też wyważył uzasadniony interes wykonawcy, a co za tym idzie działania Zamawiającego nie można zakwalifikować jako nadużycie prawa czy też ograniczenie swobody kontraktowania. Postanowienia § 17 ust. 3 pkt 5 oraz § 17 ust. 4 pkt 1 lit. e) Projektu umowy są jednoznaczne, a zatem wykonawca składając ofertę ma świadomość, w jakich okolicznościach nastąpić może waloryzacja wynagrodzenia w przypadku zmian cen materiałów lub kosztów. Klauzule waloryzacyjne odnoszą się do kategorii kosztów, których istotność nie była przedmiotem wątpliwości Odwołującego. Wbrew stanowisku Odwołującego nie sposób stwierdzić naruszenia przepisów w działaniu Zamawiającego polegającym na tym, że klauzula waloryzacyjna odsyła do wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS, a w dalszej części do zmian poszczególnych kategorii kosztów (paliwa, zatrudnienia, zagospodarowania odpadów). Klauzula waloryzacyjna odnosi się co do zasady do wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS. Natomiast wskazanie przez Zamawiającego w dalszej części na zmiany cen oleju napędowego, kosztów zatrudnienia, kosztów zagospodarowania odpadów stanowi jedynie umowne potwierdzenie, że łączne spełnienie opisanych tam warunków będzie traktowane za dostateczne udokumentowanie związku zmiany kosztów związanych z realizacją zamówienia z żądaniem zmiany wynagrodzenia. Nawet jednak, gdyby uznać, że tego rodzaju kumulowanie podstaw ma w niniejszym przypadku miejsce, to postępowanie takie jest zgodne z art. 439 ust. 2 pkt 2) lit. a) i b), ustawodawca użył bowiem w treści tego przepisu alternatywy łącznej „lub”, czyli dopuszczającej także koniunkcję. Odwołujący nie wykazał, aby taki sposób ukształtowania klauzuli waloryzacyjnej czynił miał ją iluzoryczną czy zależną od woli Zamawiającego. Złożone jako dowód pismo pełnomocnika Zamawiającego z dnia 26.03.2024 r. – odmowa akceptacji wniosku waloryzacyjnego dot. umowy nr 3/22/2022/G (dowód nr 5) bynajmniej nie dowodzi arbitralności czy uznaniowości decyzji Zamawiającego – w jego treści wskazano na przyczyny odmowy, wobec zaś braku przedstawienia jakichkolwiek dalszych informacji i dokumentów związanych z tą sytuacją nie jest możliwe jej dokładne prześledzenie. Tym samym przedmiotowy dowód

ma dla sprawy znikomą przydatność.

Dalej należy wskazać, iż nie jest prawidłowe stanowisko Odwołującego, że Zamawiający uzależnia dokonanie waloryzacji od łącznego wykazania wzrostu kosztów paliwa, kosztów zatrudnienia oraz kosztów zagospodarowania odpadów. Owszem, łączne wykazanie wzrostu ww. kosztów będzie – jak wskazano wyżej - traktowane jako dostateczne udokumentowanie związku zmiany kosztów związanych z realizacją zamówienia z żądaniem zmiany wynagrodzenia. Innymi słowy, jeżeli spełnione zostaną ww. warunki wykonawca nie musi dodatkowo wykazać wpływu zmiany cen na koszt realizacji usługi. Na powyższe zwrócono uwagę m.in. w wyroku z dnia 3 listopada 2023 r., sygn. akt KIO 2895/23, KIO 2902/23, KIO 2910/23. Nie oznacza to jednak braku możliwości udokumentowania konieczności waloryzacji wynagrodzenia w inny sposób. Zgodnie z postanowieniami Projektu umowy „Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i prawne, dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie umowy oraz dokumenty potwierdzające konieczność wprowadzenia ww. zmiany. W szczególności strona będzie zobowiązana wykazać związek pomiędzy wnioskowaną kwotą zmiany wynagrodzenia umownego a wpływem zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia na kalkulację ceny ofertowej. Wniosek powinien obejmować jedynie te analizowane koszty realizacji zamówienia, które wykonawca obowiązkowo ponosi w związku ze zmianą ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.” Wykonawca może zatem wnioskować o waloryzację wynagrodzenia umownego również w inny sposób dokumentując/wykazując związek pomiędzy wnioskowaną kwotą zmiany wynagrodzenia umownego a wpływem zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia na kalkulację ceny ofertowej. Odwołujący miał świadomość, że istnieje możliwość udokumentowania w inny sposób wniosku waloryzacyjnego, pod warunkiem wykazania istotności danej kategorii kosztów dla łącznego kosztu realizacji zamówienia, na co wskazano na str. 16 odwołania. Tym samym za bezzasadne Izba uznała żądanie wykreślenia obowiązku łącznego dokumentowania wzrostu cen i kosztów. Z analogicznego względu bez znaczenia dla rozstrzygnięcia pozostawał dowód nr 4 w postaci prezentacji relacji pomiędzy poziomem inflacji a cenami oleju napędowego. Odnosząc się zaś do ustalonego na 10% poziomu istotności danej kategorii kosztów dla łącznego kosztu realizacji zamówienia, Izba wskazuje, iż w odwołaniu nie przedstawiono żadnych argumentów, które podważyłyby proporcjonalność tak ustalonego poziomu.

Izba za niezasadne uznała również stanowisko Odwołującego, iż współczynnik rozkładu ryzyka został określony w sposób nieproporcjonalny. W Projekcie umowy Zamawiający uwzględnił w klauzulach waloryzacyjnych współczynnik rozkładu ryzyka, w wyniku którego ryzyko niemożliwego do przewidzenia wzrostu kosztów niezbędnych do wykonania umowy będzie równomiernie rozłożone na obie strony umowy (50%). Trudno stwierdzić, by tego rodzaju postanowienie umowne świadczyło o nieproporcjonalności rozkładu ryzyka. Odwołujący poza wskazaniem, że w takim przypadku – przy uwzględnieniu pozostałych elementów przewidzianych w Projekcie umowy – mechanizm waloryzacji staje się nieskuteczny, nie wykazał w żaden sposób zasadności takiego wniosku. Jednocześnie Odwołujący domagał się całkowitego wykreślenia współczynnika rozkładu ryzyka, co prowadziłoby do sytuacji, w której skutki finansowe niekorzystnej zmiany cen materiałów lub kosztów w 100% ponosiłaby wyłącznie jedna strona umowy (Zamawiający, przy istotnym wzroście cen i analogicznie Wykonawca przy ich spadku). Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił, dlaczego taki rozkład ryzyka – poza tym, że siłą rzeczy byłby korzystniejszy z punktu widzenia wykonawcy, jako że ryzyko wzrostu cen byłoby w całości przerzucone na Zamawiającego – miałby wyeliminować rzekomą nieproporcjonalność, nierównomierność tego współczynnika.

Reasumując, Izba stwierdziła, iż stanowisko Odwołującego sprowadzało się w dużej mierze do przedstawienia hipotez i wyrażenia obaw, że ryzyko związane ze zmianą cen materiałów i kosztów jest trudne do prognozowania, które jednak nie zostały poparte wiarygodną argumentacją i dowodami. Odwołujący nie przedstawił też przekonującego uzasadnienia dla stawianych żądań. W szczególności nie wykazał dlaczego zmniejszenie współczynników waloryzacji z odpowiednio 6% i 4,5% do bardzo niskiego poziomu – 1,5% miałyby być uzasadnione realiami gospodarczymi i prowadziłoby do konwalidacji sprzecznych (w opinii Odwołującego) z przepisami ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego postanowień umownych. Izba stwierdziła przy tym, iż Odwołujący w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego konsekwentnie dąży do obniżania współczynników waloryzacji – jeszcze w połowie 2023 r. w sprawach o sygn. akt KIO 1829/23, KIO 1830/23, KIO 1831/23, KIO 1832/23 postulował poziom 6% i następnie 4,5% (a zatem taki jaki obecnie stosowany przez Zamawiającego), jesienią 2023 r. w sprawie KIO 2910/23 już poziom odpowiednio 4,5% i 3%, a obecnie poziom 1,5%, podczas gdy trudno uznać (a przynajmniej Odwołujący tego nie dowiódł), aby w ww. okresie realia gospodarcze istotnie się zmieniły. W ocenie Izby Odwołujący poprzez żądanie zmniejszenia ww. współczynnika, a jednocześnie usunięcie obowiązku wykazania poziomu istotności oraz usunięcie współczynnika rozkładu ryzyka, w istocie dążył do eliminacji normalnego ryzyka gospodarczego istniejącego po stronie wykonawcy i przeniesienia ryzyka związanego ze wzrostem cen w całości na Zamawiającego, co nie było w żadnej mierze uzasadnione. Ponieważ Odwołujący nie wykazał, aby zawarte w Projekcie umowy klauzule waloryzacyjne naruszały wskazane przepisy prawa,

w konsekwencji nie było zasadne także żądanie wprowadzenia proponowanego, całkowicie nowego brzmienia klauzuli waloryzacyjnej, nadającego jej praktycznie automatyczny charakter. Izba ponownie podkreśla, iż klauzule waloryzacyjne należy formułować z uwzględnieniem specyfiki danego przedmiotu zamówienia, ale również możliwości finansowych zamawiającego, w sposób nieprowadzący do wypaczeniu celu ww. przepisu. Dlatego okoliczność, iż inni zamawiający formułują klauzule waloryzacyjne w postulowany przez Odwołującego sposób i akceptują wnioski waloryzacyjne (dowody nr 6 i 7 złożone przez Odwołującego), nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b 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). Z uwagi na oddalenie odwołania w całości Izba kosztami postępowania obciążyła Odwołującego, zasądzając od niego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodnicząca:.....