Sygn. akt KIO 2895/23
Sygn. akt KIO 2902/23
Sygn. akt KIO 2910/23

WYROK
z dnia 3 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska
Członkowie: Michał Pawłowski
Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 17 października 2023 r. oraz 30 października 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2023 r. przez:

1. wykonawcę **FBSERWIS WROCŁAW Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich (KIO 2895/23)**
2. wykonawcę **ENERIS EKOLOGICZNE CENTRUM UTYLIZACJI Sp. z o.o. z siedzibą w Rusku (KIO 2902/23)**
3. wykonawcę **WROCŁAWSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu (KIO 2910/23)**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa EKOSYSTEM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**

przy udziale

1. wykonawcy **WROCŁAWSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA ALBA S.A. z siedzibą we Wrocł** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2895/23 i KIO 2902/23 po stronie Odwołującego,
2. wykonawcy **CHEMEKO-SYSTEM SP. Z O.O. ZAKŁAD ZAGOSPODAROWANIA ODPADÓW z siedzibą Wrocławiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2902/23 po stronie Odwołującego,
3. wykonawcy **FBSERWIS WROCŁAW Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2902/23 i KIO 2910/23 po stronie Odwołującego.

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych nr 2,4 i 6 w *petitum* odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2902/23, wobec ich wycofania przez Odwołującego
2. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego nr 1 w *petitum* odwołania w części, w zakresie rozumienia skrótu Cjm oraz w zakresie zarzutu oznaczonego nr 2 w *petitum* odwołania w całości w sprawie o sygn. akt KIO 2910/23, wobec ich wycofania przez Odwołującego
3. Oddala odwołania w sprawach o sygn. akt: KIO 2895/23, KIO 2902/23, KIO 2910/23
4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża: wykonawcę **FBSERWIS WROCŁAW Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich** (KIO 2895/23)**;** wykonawcę **ENERIS EKOLOGICZNE CENTRUM UTYLIZACJI Sp. z o.o. z siedzibą w Rusku** (KIO 2902/23)**;** wykonawcę **WROCŁAWSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu** (KIO 2910/23) i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **45 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisów od odwołań przez:
   a) wykonawcę **FBSERWIS WROCŁAW Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich** w kwocie 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) w sprawie o sygn. akt KIO 2895/23
   b) wykonawcę **ENERIS EKOLOGICZNE CENTRUM UTYLIZACJI Sp. z o.o. z siedzibą w Rusku** w kwocie 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) w sprawie o sygn. akt KIO 2902/23
   c) wykonawcę **WROCŁAWSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu** kwocie 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) w sprawie o sygn. akt KIO 2910/23

4.2. zasądza od wykonawcy **FBSERWIS WROCŁAW Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich** na rzecz zamawiającego **Gminy Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa EKOSYSTEM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie o sygn. akt KIO 2895/23

4.3. zasądza od wykonawcy **ENERIS EKOLOGICZNE CENTRUM UTYLIZACJI Sp. z o.o. z siedzibą w Rusku** na rzecz zamawiającego **Gminy Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa EKOSYSTEM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** kwotę 4 292 zł 29 gr (słownie: cztery tysiące dwieście dziewięćdziesiąt dwa złote dwadzieścia dziewięć groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, ½ kosztów dojazdu i noclegu w sprawie o sygn. akt KIO 2902/23

4.4.zasądza od wykonawcy **WROCŁAWSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu** na rzecz zamawiającego **Gminy Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa EKOSYSTEM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** kwotę 4 292 zł 29 gr (słownie: cztery tysiące dwieście dziewięćdziesiąt dwa złote dwadzieścia dziewięć groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, ½ kosztów dojazdu i noclegu w sprawie o sygn. akt KIO 2910/23

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2023 r., poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 2895/23, KIO 2902/23, KIO 2910/23

UZASADNIENIE:

Gmina Wrocław w imieniu i na rzecz której działa EKOSYSTEM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Całoroczne utrzymanie czystości i porządku na terenie gminy Wrocław z podziałem na 5 zadań: zadanie nr 1 – Stare Miasto, zadanie nr 2 – Śródmieście, zadanie nr 3 – Krzyki, zadanie nr 4 – Fabryczna, Zadanie nr 5 – Psie Pole", numer referencyjny: 20/2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 20 września 2023 r. pod numerem 2023/S 181-566246.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp".

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

KIO 2895/23

W postępowaniu tym wykonawca FBSERWIS WROCŁAW Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich (dalej: „Odwołujący") w dniu 2 października 2023 wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści specyfikacji warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 5, art. 58 § 1 i 2 oraz art. 353^1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145; dalej: „k.c.") w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy PZP oraz w zw. z art. 7 pkt 27 i 463 ustawy PZP poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia w sposób naruszający naturę tego stosunku i sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, a tym samym naruszającym zasadę swobody umów oraz zasadę uczciwej konkurencji, tj. przez wprowadzenie w § 13 ust. 10 projektu umowy zakazu zlecania przez podwykonawców jakichkolwiek prac dalszym podwykonawcom, w sytuacji gdy takie ograniczenie nie jest uzasadnione ani przepisami prawa, ani interesem Zamawiającego (w szczególności mając na uwadze fakt, że przedmiotem zamówienia nie jest wykonywanie robót budowlanych, lecz świadczenie usług), stanowi nadmierną (nieproporcjonalną) ingerencję w stosunek prawny zawierany pomiędzy Wykonawcą a jego podwykonawcami oraz pomiędzy podwykonawcami a potencjalnymi dalszymi podwykonawcami, a nadto prowadzi do ograniczenia dostępu do zamówienia małym i średnim przedsiębiorcom, utrudnia wykonawcom ubiegającym się o zamówienie (w szczególności Odwołującemu) konkurencyjną, efektywną i korzystną dla Zamawiającego ofertę; 2. art. 5, art. 58 § 1 i 2 oraz art. 353^1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP przez ustalenie zasad wynagradzania Wykonawcy za zrealizowane prace w zakresie usuwania padłych zwierząt w sposób całkowicie oderwany od kosztów rzeczywiście ponoszonych przez Wykonawcę i uniemożliwiający dokonanie rzetelnej wyceny oferty w tym zakresie, tj. przez zaniechanie ustalenia odrębnego składnika wynagrodzenia należnego za takie prace i przyjęcie, że będę one wynagradzane w ramach stawki ryczałtowej za utrzymanie czystości terenów zewnętrznych, w sytuacji, gdy rzeczywisty zakres takich prac i tym samy koszty ich realizacji są niemożliwe do przewidzenia i cechują się daleko idącą zmiennością i nieprzewidywalnością, w szczególności w warunkach panującego na obszarze realizacji zamówienia zagrożenia epidemicznego (afrykański pomór świń – ASF), stąd też nawet orientacyjne wyliczenie wynagrodzenia należnego za te prace rozliczanego w ramach opłaty ryczałtowej nie jest możliwe, co powoduje, że z uwagi na konieczność wyceny ofert w tym zakresie w oparciu o daleko idące założenia czy wręcz domysły co do rzeczywistych kosztów usuwania padłych zwierząt, oferty składane przez Wykonawców mogą nie być porównywalne, bowiem będą skonstruowane w oparciu o odmienne założenia co do rozmiaru realizowanych prac i niezbędnych do ich wykonania nakładów.

Odwołujący wniósł o:

1.uwzględnienie odwołania w całości,
2.nakazanie Zamawiającemu wykreślenie w Projekcie Umowy postanowienia § 13 ust. 10,
3.nakazanie Zamawiającemu dodanie w Dziale VI Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia pkt 7 o treści:
„Rozliczanie wynagrodzenia za wykonanie prac interwencyjnych odbywało się będzie na podstawie kosztorysu powykonawczego, zgodnie z zasadami ustalonymi w § 7 ust. 6 Umowy"
oraz o nakazanie Zamawiającemu zmiany § 7 ust. 6 Projektu Umowy przez nadanie mu następującego brzmienia:
„Wynagrodzenie za prace interwencyjne oraz za usuwanie padłych zwierząt rozliczane będzie na podstawie kosztorysu powykonawczego, sporządzonego przez Wykonawcę w oparciu o czynniki cenotwórcze, przyjęte jako średnie ceny z „Sekocenbudu" dla miasta Wrocław z kwartału poprzedzającego kwartał wykonania prac. W przypadku kosztów niewystępujących w „Sekocenbud" np. kosztów zagospodarowania odpadów powstałych w wyniku wykonania prac interwencyjnych, koszty te rozliczane będą na podstawie faktur wystawianych przez odpowiednie podmioty lub na podstawie kalkulacji własnej Wykonawcy, sporządzonych na podstawie obowiązujących przepisów prawa.".
Ponadto wniósł o:
4.zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu (faktury), który przedłożony zostanie na rozprawie.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał m.in.:

Zarzut nr 1

Odwołujący wskazał, że Zamawiający, co do zasady, uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób najbardziej mu odpowiadający. Przytoczył treść art. 353^1 k.c. O ile jednak zasada swobody umów wymaga konsensusu obu stron, o tyle na gruncie zamówień publicznych doznaje ona ograniczenia: po pierwsze - zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po wtóre – to wyłącznie zamawiający określa zasady, na których umowę zamierza zawrzeć. Jednakże uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 KC. W ocenie Odwołującego 1, przewidziany w § 13 ust. 10 Projektu Umowy zakaz powierzania przez podwykonawców jakichkolwiek prac dalszym podwykonawcom wspomniane zasady narusza, pozostając jednocześnie w sprzeczności z naturą zobowiązań stanowiących przedmiot zamówienia udzielanego w Postępowaniu. Zobowiązania te mają bowiem charakter usług o kompleksowym charakterze, których realizacja wymaga posiadania znacznych zasobów kadrowych, sprzętowych i organizacyjnych oraz specyficznego doświadczenia (czego odzwierciedleniem jest w szczególności przyjęta przez Zamawiającego konstrukcja warunków udziału w Postępowaniu – bardzo rozbudowanych i ustalonych na stosunkowo wysokim poziomie). Specyfika usług stanowiących przedmiot zamówienia powoduje, że niezmiernie trudno jest zrealizować przedmiot zamówienia bez pomocy podwykonawców. W istocie żaden z przedsiębiorców dotychczas realizujących przedmiot zamówienia nie wykonywał wszystkich usług objętych zamówieniem samodzielnie. W tych okolicznościach przewidziany przez Zamawiającego zakaz dalszego podwykonawstwa powoduje, że podwykonawcami, którym Wykonawca powierza realizację prac objętych zamówienia, mogą być tylko podmioty zdolne do samodzielnego wykonania powierzanych im prac – a więc odpowiednio duzi przedsiębiorcy, dysponujący samodzielnie odpowiednim potencjałem (sprzętem, pracownikami, specyficznymi uprawnieniami). W praktyce wyłącza to możliwość powierzenia jakichkolwiek prac podwykonawcom mniejszym, którzy okresowo lub w pewnych specjalistycznych czynnościach (np. usuwaniu padłych zwierząt) musieliby wspomagać pomocą innych podmiotów. Odwołujący przytoczył tezę wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie o sygn. akt C 298/15 UAB 'Borta' v VĮ Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija (pkt 48 – 51 wyroku). W stanie faktycznym sprawy ograniczenie możliwości korzystania z podwykonawstwa (poprzez wprowadzenie zakazu podwykonawstwa „dalszego") w ocenie Odwołującego żadnego uzasadnionego celu nie realizuje, względnie, nawet jeśli miałoby służyć takiemu celowi, to narusza zasadę proporcjonalności (wykracza poza środki konieczne do osiągnięcia owego celu). Zauważyć należy, że umowa zawierana pomiędzy podwykonawcą zamówienia publicznego na usługi oraz podmiotem, któremu podwykonawca zamierza powierzyć prace objęte tym zamówieniem nie jest umową o podwykonawstwo w rozumieniu art. 7 pkt 27 ustawy PZP. Zgodnie bowiem z zapisaną w tym przepisie definicją, umową o podwykonawstwo jest co do zasady umowa zawierana pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą, a jedynie w przypadku zamówienia publicznego na roboty budowlane (innego niż w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa) także pomiędzy podwykonawcą i dalszym podwykonawcą lub pomiędzy dalszymi podwykonawcami. Skoro zaś umowa zawarta pomiędzy podwykonawcą zamówienia na usługi a „dalszym podwykonawcą" (podmiotem, któremu podwykonawca powierza wykonanie części zamówienia) nie jest umową o podwykonawstwo, to uznać należy, że do takiej umowy nie znajdują zastosowania żadne regulacje ustawy PZP – w szczególności takie, które uprawniałyby Zamawiającego do jakiegokolwiek ingerowania w stosunek prawny nawiązywany pomiędzy stronami takiej umowy lub też obciążałyby go odpowiedzialnością za zapłatę wynagrodzenia należnego dalszemu podwykonawcy (art. 465 ustawy PZP). W

konsekwencji na gruncie Postępowania trudno doszukiwać się jakiejkolwiek okoliczności, która uzasadniałaby wyłączenie możliwości powierzania prac dalszym podwykonawcom.

Przewidziane w § 113 ust. 10 Projektu Umowy zastrzeżenie wyłączające możliwość powierzenia prac stanowiących części zamówienia dalszym podwykonawcom jest w tym zakresie nieproporcjonalne, nieuzasadnione i narusza wyrażoną w art. 353^1 k.c. zasadę swobody umów – (zarówno w aspekcie odnoszącym się do relacji Zamawiającego z Wykonawcą, jak relacji wykonawca – podwykonawca czy też podwykonawca – „dalszy podwykonawca"). Odwołujący przytoczył tezę wyroku: Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 kwietnia 2022 r. w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 35/22; Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13 kwietnia 2022 r. w sprawie o sygn. akt XXII Zs 7/22; Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 listopada 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3283/21; KIO 3291/21; KIC 3293/21; Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 listopada 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3267/21.

Zarzut nr 2

Stosownie do postanowień Działu VI Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia wykonawca realizujący przedmiot zamówienia będzie zobowiązany do usuwania padłych zwierząt znajdujących się:

1)na terenie pasa drogowego w obrębie danego zadania,

2)na terenach zewnętrznych objętych przedmiotem zamówienia.

Usuwanie padłego zwierzęcia następować będzie w razie zaistnienia takiej potrzeby – w czasie nie dłuższym niż jedna godzina od stwierdzenia tego faktu lub powzięcia wiadomości o konieczności wykonania prac w tym zakresie. W praktyce czynności związane z usuwaniem padłych zwierząt były dotąd (i będą nadal przy realizacji zamówienia udzielanego w Postępowaniu) realizowane w trybie interwencyjnym, tj. po otrzymaniu stosownego zgłoszenia od Zamawiającego lub od odpowiednich służb miejskich. Obowiązkiem wykonawcy jest pełnienie całodobowego dyżuru dla realizacji prac związanych z usuwaniem padłych zwierząt.

Ponadto czynności związane z usuwaniem padłych zwierząt muszą być realizowane zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami sanitarno-epidemicznymi.

Co istotne, za realizację powyższych czynności wykonawca nie otrzyma odrębnego wynagrodzenia – rozliczane będą one w ramach wynagrodzenia płaconego za utrzymanie czystości pasa drogowego oraz terenów zewnętrznych. Oznacza to, że wynagrodzenie należne wykonawcy będzie niezależne od faktycznego zakresu (rozmiaru) tychże prac oraz kosztów, jakie faktycznie zostaną poniesione.

W tych okolicznościach warunkiem prawidłowego skalkulowania ceny ofertowej w zakresie odnoszącym się do prac związanych z usuwaniem padłych zwierząt będzie przede wszystkim możliwie jak najdokładniejsze oszacowanie potencjalnego zakresu tychże prac – tylko to pozwoli bowiem ustalić koszty realizacji zamówienia, które winny zostać uwzględnione w ryczałtowych stawkach jednostkowych przewidzianych za oczyszczanie pasa drogowego i terenów zewnętrznych.

Jednakże w stanie faktycznym sprawy trafne oszacowanie zakresu prac związanych z usuwaniem padłych zwierząt jest praktycznie niemożliwe z przyczyn opisanych poniżej.

Przede wszystkim zauważyć należy, że przypadki, w których będzie konieczne usuwanie padłych zwierząt mają charakter losowy. Wynikać one będę w dużej mierze z kolizji czy wypadków drogowych, różnego rodzaju infekcji czy chorób zwierzęcych czy innego rodzaju zjawisk niezależnych od wykonawcy i trudnych do przewidzenia. Ponadto, co szczególnie istotne w kontekście podnoszonego zarzutu, na faktyczne koszty usuwania padłych zwierząt wpływać mogą takie czynniki, jak np. sytuacja epidemiczna panująca na obszarze realizacji zamówienia i związane z nią obowiązki w zakresie postępowania ze znalezionymi zwłokami zwierzęcymi.

W tym miejscu należy podkreślić, że aktualnie teren Miasta Wrocławia znajduje się w obszarze skażonym (strefie objętej zakażeniem) afrykańskim pomorem świń u dzików (rozporządzenie Wojewody Dolnośląskiego z dnia 19 października 2021 r. w sprawie zwalczania afrykańskiego pomoru świń u dzików na terenie województwa dolnośląskiego (Dz. Urz. Woj. Doln. z 2021 r. poz. 4784, ze zm., w zmianą na mocy rozporządzenia nr 11 z dnia 26 maja 2023 r. Dz. Urz. Woj. Doln. z 2023 r. poz. 3460).

Okoliczność ta z jednej strony wskazuje na zwiększone prawdopodobieństwo występowania przypadków padłych dzików (wskutek zakażenia wirusem ASF, który cechuje się wysoką zakaźalnością i śmiertelnością – w zależności od formy zakażenia, śmiertelność wśród dzików zakażonych ASF może sięgać nawet do 100%) oraz wielokrotne zwiększenie kosztów usuwania padłych zwierząt.

Stosownie do postanowień rozporządzenia Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 10 sierpnia 2021 r. w sprawie środków podejmowanych w związku z wystąpieniem afrykańskiego pomoru świń (Dz. U. z 19 sierpnia 2021 r. poz. 1485) oraz wspomnianego rozporządzenia Wojewody Dolnośląskiego, z każdego dzika padłego na obszarze skażonym ASF pobierane są próbki w kierunku ASF, zaś jego zwłoki muszą być odpowiednio przechowywane oraz utylizowane przez uprawnione podmioty. Obowiązki te generują po stronie podmiotu odpowiedzialnego za realizację zamówienia koszty

wielokrotnie przekraczające koszty „standardowej" utylizacji padłego zwierzęcia.

Z uwagi na stosunkowo krótki okres obowiązywania na terenie Wrocławia wskazanych obostrzeń związanych z występowaniem ASF oraz drastyczny wzrost kosztów wynikających z tych obostrzeń, prawidłowe oszacowanie kosztów padłych zwierząt jest praktycznie niemożliwe. Wykonawcy, przystępując do oszacowania ceny ofertowej, zmuszeni będą w istocie „zgadywać", jak te koszty będą się kształtować w latach przyszłych. Koszty te zaś zależą nie tylko od tego, jaka ilość padłych dzików będzie odnajdywana, ale również i od tego, jak długo na obszar Wrocławia będzie się znajdował w strefie objętej skażeniem ASF – co jest okolicznością zupełnie niezależną od wykonawców i co do zasady niemożliwą do przewidzenia.

Nie sposób również wykluczyć możliwości pojawienia się na obszarze innych wirusów zwierzęcych (np. ptasiej grypy) – które również mogą istotnie rzutować na koszty usuwania przez Wykonawcę padłych zwierząt.

Mając na uwadze powyższe za nieuzasadnione należy uznać wymaganie od Wykonawcy, aby kalkulując ofertę uwzględnił on wszystkie koszty związane z usuwaniem padłych zwierząt w cenie ryczałtowej (w ryczałtowej stawce za utrzymanie czystości pasa drogowego i terenów zewnętrznych). Takie ukształtowanie sposobu rozliczania wynagrodzenia przenosi na wykonawcę w całości ryzyko związane oszacowaniem zakresu nakładów i kosztów związanych usuwaniem padłych zwierząt (w szczególności dzików) – które to oszacowanie jest w zasadnie niemożliwe do przeprowadzenia.

Tymczasem w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej uznaje się, że przenoszenie na wykonawcę takiego ryzyka, nad którym wykonawca nie ma żadnej kontroli stanowi naruszenie zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej i jako takie jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (por. w szczególności uzasadnienie wyroku Izby z dnia 18 maja 2015 r. sygn. akt KIO 897/15). Mając to na uwadze, celowe jest nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany modelu rozliczenia wynagrodzenia za usuwanie padłych zwierząt na taki, który będzie odzwierciedlał faktyczne koszty realizacji tych czynności.

W ocenie Odwołującego optymalnym rozwiązaniem w tym zakresie jest stosowana w przypadku rozliczania prac interwencyjnych metoda określona w § 7 ust. 6 Projektu Umowy, tj. przewidująca zapłatę wynagrodzenia na podstawie kosztorysu powykonawczego, sporządzonego przez Wykonawcę w oparciu o czynniki cenotwórcze, przyjęte jako średnie ceny z „Sekocenbudu" dla miasta Wrocław z kwartału poprzedzającego kwartał wykonania prac, a w przypadku kosztów niewystępujących w „Sekocenbud" – na podstawie faktur wystawianych przez odpowiednie podmioty lub na podstawie kalkulacji własnej Wykonawcy, sporządzonej na podstawie obowiązujących przepisów prawa.

W złożonej pismem z dnia 16 października 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów zawartych w odwołanych i wniósł o ich oddalenie w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

Zarzut nr 1

Zamawiający wskazał, że dla realizacji usługi objętej przedmiotem zamówienia konieczne jest, na każdym etapie jej realizacji, posiadanie stosownych decyzji/pozwoleń. W przypadku dalszego podwykonawstwa na usługi, Zamawiający nie posiada narzędzia wynikającego z ustawy Pzp, które dawałoby mu możliwość przeprowadzenia kontroli w zakresie wyżej opisanym. Nadto Zamawiający nie posiada też możliwości skontrolowania takiego dalszego podwykonawcy co do zatrudnienia na umowę o pracę osób wskazanych przez Zamawiającego. Zamawiający przytoczył treść § 3 ust. 5 projektu umowy. Z uwagi na fakt, że prawidłowa realizacji umowy ma istotne znaczenie z punktu widzenia bezpieczeństwa sanitarnego miasta, Zamawiający musi posiadać możliwość kontrolowania każdego z etapów realizacji umowy, a w jego ocenie pozbawiłby się możliwości takiej kontroli, gdyby dopuścił dalsze podwykonawstwo.

Zarzut nr 2

Umowa na całoroczne utrzymanie czystości i porządku na terenie gminy Wrocław jest usługą kompleksową, wolą Zamawiającego jest, aby przedmiotowa usługa usuwania padłych zwierząt nie była rozliczana odrębnie, ale jako element innych usług. Zamawiający przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 listopada 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2228/19, KIO 2249/19.

Zamawiający podkreślił, że we wszystkich wcześniejszych postępowaniach stosował identyczne rozwiązania, opierając się konsekwentnie na założeniu, że zlecana usługa ma charakter usługi kompleksowej zorientowanej na utrzymaniu określonych w SWZ dróg, chodników i miejsc w określonym standardzie, co nie oznacza jednak konieczności kalkulowania ceny oferty bez wiedzy o zakresie i przedmiocie zamówienia. W ocenie Zamawiającego brak wyszczególnienia w formularzu ofertowym ceny za jedną z rozliczanych usług składających się na cenę ofertową nie jest równoznaczne z tym, że nie jest możliwe skalkulowanie ceny ofertowej za całą usługę.

Zamawiający przedstawił zestawienie zebranych ilości odpadów i liczby padłych zwierząt w okresach: 04.2020-03.2021; 04.2021-03.2022; 04.2022-03.2023 oraz zestawienie ilościowe z określeniem udziału procentowego.

Zamawiający wskazał, że z powyższych danych wynika:

1)udział ilościowy zwłok padłych zwierząt w ogólnej ilości odpadów w latach 2020-2023 w sektorze, w których

lokalizuje się największą ilość padłych zwierząt to jedynie 0,1429%, a w sektorze o najmniejszej ilości padłych zwierząt to ledwie 0,0125%;

2)ilość odpadów i zwłok padłych zwierząt odnotowywane w latach 2020-2023 charakteryzuje względna stabilność, która pozwala z dużym przybliżeniem określić ilość padłych zwierząt w przedmiotowym zamówieniu;

3)stosunek ilości zwłok padłych zwierząt do ilości odpadów w poszczególnych sektorach charakteryzuje względna stabilność, która pozwala kwalifikować tą usługę jako element usługi kompleksowej, niewymagającej odrębnej wyceny.

Podsumowując, Odwołujący nie przedstawił skonkretyzowanych argumentów i dowodów, wskazujących na konieczność wyodrębnienia w formularzu ofertowym i odrębnego rozliczania elementu usługi kompleksowej w zakresie, w jakim dotyczy ona usuwania padłych zwierząt.

Odnosząc się do podniesionej w odwołaniu okoliczności w zakresie obszaru skażonego afrykańskim pomorem świń (ASF) u dzików, Zamawiający podniósł:

Po pierwsze, afrykański pomór świń nie stanowi żadnego novum. ASF notuje się na terenie Polski od roku 2014, a co za tym idzie w przestrzeni publicznej, materiałach szkoleniowych, informacyjnych, aktach normatywnych oraz różnego rodzaju analizach zgromadzona została olbrzymia ilość wiedzy, w tym typu know-how, która pozwala Wykonawcy na przygotowanie się do realizacji przedmiotu zamówienia. Znane są reguły i procedury sanitarne, a nadto wprowadzone są liczne działania systemowe wspierające zwalczanie ASF.

Po drugie, Wrocław już od 2021 r. objęty jest strefą skażenia, a co za tym idzie w warunkach lokalnych obserwować można skutki wpływu występowania ASF na wykonywanie przedmiotu zamówienia. Zamawiający do tej pory nie pozyskał od żadnego wykonawcy zamówienia na sprzątanie jakiegokolwiek sygnału co do komplikacji wynikających z występowania ASF na terenie Wrocławia lub wzrostu kosztów wykonania przedmiotu zamówienia.

Po trzecie, twierdzenia Odwołującego, że występowanie ASF spowoduje „wielokrotne zwiększenie kosztów usuwania padłych zwierząt" i że są to „koszty wielokrotnie przekraczające koszty standardowej utylizacji padłego zwierzęcia" nie zostały niczym potwierdzone ani uzasadnione.

Po czwarte, ASF kwalifikuje się jako chorobę sezonową, która ujawnia się z reguły w okresie od czerwca do końca września. Hipotetyczne przyrosty padłych dzików mogą nastąpić jedynie w tym okresie.

Po piąte, zwłoki padłych zwierząt dziko żyjących odnajdywane są przede wszystkim na obszarach zalesionych, w większych parkach i łąkach, które nie są objęte przedmiotem zamówienia.

Po szóste, z danych przekazywanych przez Wykonawców wynika, że ilość odnajdywanych i utylizowanych dzików w okresie od kwietnia 2022 r. do marca 2023 r. na terenie Śródmieścia, Starego Miasta i Krzyków wyniosła łącznie 3 dziki. Więcej dzików wykazywano wyłącznie na terenie Psiego Pola i Fabrycznej, gdzie w dłuższym okresie (od marca 2022 do września 2023) odnotowano odpowiednio 25 i 37 dzików. Liczby te nie wskazują na jakikolwiek przyrost lub istotną liczbę dzików.

Zamawiający podkreślił, że w sektorach, w których ze względu na ich charakter lokalizuje się największą ilość dzików (Psie Pole, Fabryczna – duże zadrzewienie, liczne obszary łąk i mało uczęszczane tereny nadrzeczne), w roku 2022 oraz w roku 2023 lokalizowano równo po 36 dzików, co dodatkowo potwierdza tezę o stabilności ilości odnajdywanych zwierząt oraz braku wpływu ASF na ilość dzików znajdowanych na obszarze objętym przedmiotem zamówienia.

Wykonawca WROCŁAWSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA ALBA S.A. z siedzibą we Wroc zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Wykonawca ENERIS EKOLOGICZNE CENTRUM UTYLIZACJI Sp. z o.o. z siedzibą w Rusku zg przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w części dotyczącej zarzutu nr 1.

KIO 2902/23

W postępowaniu tym wykonawca ENERIS EKOLOGICZNE CENTRUM UTYLIZACJI Sp. z o.o. z siedzib Rusku (dalej: „Odwołujący") w dniu 2 października 2023 wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści specyfikacji warunków zamówienia wraz z załącznikami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 99 ust. 1 ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, w tym sposobu obliczenia ceny, w części dotyczącej rozliczeń za usuwanie padłych zwierząt, w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący oraz nie uwzględniając wymagań i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty;

2.art. 16 ust. 1 w zw. z art. 214 ust. 2 ustawy PZP poprzez określenie warunków udzielania zamówienia z wolnej ręki, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7) w sposób ograniczający uczciwą konkurencję i zupełnie pozbawiający wykonawcę możliwości negocjowania w zakresie cen przyszłej umowy tj. wskazując, że ceny jednostkowe dla powtarzających się podobnych usług będą przyjęte z oferty;

3.art. 439 ust. 1 ustawy PZP poprzez brak określenia zasad waloryzacji wynagrodzenia, które spełniałyby wymagania

określone w tym przepisie tj. brak określenia zmian w postaci klauzul waloryzacyjnych (ograniczając się do opisania zmian umowy);

4.art. 438 pkt 4 lit b. ustawy PZP poprzez brak określenia zasad waloryzacji wynagrodzenia, które spełniałyby wymagania określone w tym przepisie tj. brak określenia zmian w postaci klauzul waloryzacyjnych (ograniczając się do opisania zmian umowy);

5.art. 483 § 1 k.c., 484 § 2 k.c., art. 353^1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP, przez zastrzeżenie w § 9 Wzoru umowy klauzul uprawniających Zamawiającego do naliczania kar umownych nadmiernych w stosunku do przewinienia lub szkody co powoduje, iż przekroczono granicę swobody umów i obarczono wykonawcę zbyt dużym ryzykiem związanym z niezachowaniem obowiązków umownych oraz zastrzeżono kary umowne nieadekwatne do wartości potencjalnej szkody, co prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy oraz wskazuje na nadużycie pozycji Zamawiającego jako strony samodzielnie konstruującej stosunek prawny;

6.naruszenie innych przepisów i norm prawnych wskazanych w treści uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o:

Nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji SWZ oraz załączników w sposób wskazany w treści uzasadnienia w zakresie poszczególnych zarzutów.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał m.in.:

Zarzut nr 1

Zgodnie z Rozdziałem IV pkt 7 i 9 SWZ:

7. Ceny jednostkowe powinny uwzględniać wszystkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji całego przedmiotu zamówienia w ramach danego zadania, na które składana jest oferta, w tym także koszt usuwania padłych zwierząt. 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.

9. Cena wyliczona przez Wykonawcę dla danego zadania, posłuży do wyboru najkorzystniejszej oferty w danym zadaniu, 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 dla danego zadania oznacza maksymalne wynagrodzenie Wykonawcy za cały okres obowiązywania umowy za wykonanie prac objętych przedmiotem zamówienia w ramach danego zadania.

W treści formularza ofertowego Zamawiający nie wyszczególnił stawek jednostkowych dla rozliczenia usługi związanej z usuwaniem padłych zwierząt.

W ocenie Odwołującego postanowienia SWZ zawierają fikcję, zgodnie z którą koszt usuwania padłych zwierząt został wkalkulowany w cenę oferty, ale nigdzie nie zostanie rozliczony.

Usługa ta jest niezależna od innych świadczeń, wymaga całodobowego dyżuru, specjalistycznego pojazdu i zezwoleń, na co wskazują chociażby wymaganie określone w Rozdziale IV ppkt 1.2.1.3 i 1.2.1.4 SWZ.

Odwołujący zwrócił uwagę, że usługi usuwania padłych zwierząt lub bardziej precyzyjnie pobranie, transport i utylizacja padłych zwierząt lub ich części jest bardzo często usługą zlecaną oddzielnie od usług utrzymania czystości. Wymogi stawiane wykonawcom, warunki wykonywania usług, kwestie sanitarne i inne powodują, że usługa ta jest skomplikowaną i wymagającą przygotowania sprzętowego, sanitarnego, organizacyjnego (i 24 godzinnej gotowości). Nie jest ona związana ściśle lub nawet pośrednio z żadną inną usługą zlecaną w ramach Postępowania. Najczęściej usługi te są zlecane w ramach odrębnych zamówień. Dlatego przyjęcie, że wycena tej usługi może być dokonana w jakichkolwiek stawkach jednostkowych jest nieuzasadnione i stanowi naruszenie obowiązku opisania przedmiotu zamówienia w sposób pozwalających na wycenę usługi. W tym wypadku wada ta powoduje nie tylko brak możliwości wyceny, ale i brak pewności rozliczenia usługi, pomimo obowiązku jej wykonania.

W związku z tym wymóg, aby w bliżej nieokreślonych cenach jednostkowych ujęto usługę usuwania padłych zwierząt, której kosztów nie można skalkulować „przy okazji innych usług" stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy PZP. Pozbawia Wykonawcy możliwości wyceny tych usług w sposób rzetelny w oparciu o opis przedmiotu zamówienia, obligując w zasadzie do określania szacunkowych i prognozowanych kosztów i „wkalkulowanie" i w inną pozycję kosztorysu, w sposób sztuczny ją zawyżając.

Zgodnie z § 7 ust. 2 Wzoru umowy: Wykonawca będzie otrzymywał wynagrodzenie wynikające z iloczynu zakresu i krotności wykonanych prac oraz jednostkowych cen określonych w Zestawieniu kosztów zadania stanowiącym Załącznik Nr 4 do niniejszej umowy, z zastrzeżeniem ust. 3. Oznacza to, że przy braku wyszczególnienia stawki za usuwanie padłych zwierząt w Załączniku nr 4 Wykonawca teoretycznie musiałby „wliczyć" te koszty w inną pozycję. Jednakże w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego takie działanie nie pozwala na rzetelną wycenę oferty. Wykonawca nie ma bowiem pewności, czy pozycja „do której doliczy koszty usuwania padłych zwierząt" będzie

rozliczana i czy jej rozliczenie doprowadzi do pokrycia ww. kosztów. Dodatkowo wynagrodzenie za tę czynność odbywa się nie na zasadzie cen jednostkowych, jak to wynika z Wzoru umowy, ale w sposób sztuczny poprzez wkalkulowanie w pozycje, które muszą być rozliczone, jako ryczałtowe określenie przewidywanego wynagrodzenia i „wliczenie go" do cen jednostkowych tak, aby ostatecznie usługa została rozliczona. Prowadzi to de facto do braku porównywalności ofert, gdyż oceniające oferty Zamawiający nie wie, który wykonawca, w jakiej pozycji „ukrył te koszty". Ma to wpływ również na dalsze prowadzenie postępowania w kontekście wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, porównywalności ofert itp.

Kwestia braku możliwości wyceny ww. świadczeń nie jest jedynie kwestią swobody zamawiającego w zakresie sposobu obliczenia ceny, jaki określa w SWZ, ale wiąże się wprost z kwestią nieporównywalności ofert. Mając na względzie, że wykonawca może kształtować cenę w zakresie i w ramach określonych w SWZ w kontekście formularza ofertowego (a nie swobodnie), brak jednoznacznego wskazania, gdzie i na jakich zasadach wycenić ma określone świadczenie powoduje, że wyceny takiej dokonać nie sposób. Przedmiot zamówienia został określony w taki sposób, że wycenie i rozliczeniu podlegają pozycje bardzo szczegółowo opisujące zakres i przedmiot danej części zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmianę formularza ofertowego poprzez wskazanie wyodrębnionej pozycji dla usług związanych z usuwaniem padłych zwierząt.

Zarzut nr 2

Odwołujący przywołał treść § 16 pkt 2) projektowanych postanowień umownych oraz art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP. Podkreślił, że zakres zamówienia podstawowego musi być ustalony w sposób definitywny (tj. sztywny), stosownie do wskazanych w art. 99 ust. 1 ustawy PZP zasad opisywania przedmiotu zamówienia, co będzie następnie determinowało zakres świadczenia wynikającego z umowy realizującej zamówienie podstawowe. Z uwagi jednak na to, że zamówienie udzielane na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP jest w istocie odrębnym zamówieniem, ostateczne warunki, na jakich zostanie udzielone zamówienie (w szczególności jego cena), zostaną sprecyzowane w treści umowy, która zostanie ustalona w wyniku negocjacji między Zamawiającym i wykonawcą. Przyjęcie, że Zamawiający może cenę tę określić już w ramach opisu warunków na jakich zostanie zawarta przyszła umowa, czyni w zasadzie całą instytucję zamówienia z wolnej ręki fikcyjną, skoro swoboda wykonawcy w zakresie zawarcia umowy ograniczona zostaje do decyzji o jej zawarciu bądź nie zawarciu. Tymczasem jak wynika, z idei trybu zamówienia z wolnej ręki, strony zawierają umowę po prowadzeniu negocjacji, celem których jest ustalenie warunków wykonania umowy, w tym ceny. Określenie ceny już na etapie zamówienia podstawowego stoi w sprzeczności z podstawowym elementem postępowania prowadzonego w trybie zamówieni z wolnej ręki tj. negocjacjom.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia ww. postanowienia.

Zarzut nr 3 i 4

Zgodnie z § 17 ust. 3 pkt 5) PPU:

Zamawiający przewiduje możliwość dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia w § 7 ust. 1 i ust. 12 w przypadku zmiany: (…) 5) ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, gdy nastąpi zmiana wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS (z tym jednak zastrzeżeniem, iż zmiana ta tj. cen materiałów lub kosztów pozostaje bez wpływu na wysokość wynagrodzenia Wykonawcy należnego mu z tytułu realizacji prac interwencyjnych, które będzie ustalane zgodnie z postanowieniami § 7 ust. 6 Umowy) mającej wpływ na koszty wykonania przedmiotu umowy przez Wykonawcę, po uprzednio przeprowadzonej analizie przedstawionej przez wnioskującą Stronę kalkulacji, jeżeli jedna ze stron umowy zwróciła się o wprowadzenie zmiany wynagrodzenia w terminie 30 dni od daty wejścia w życie przepisów (dotyczy punktów od 1-4) o zmianie będącej przedmiotem wniosku.

Przepis art. 438 pkt 4 lit b. ustawy PZP określa obowiązek wprowadzenia mechanizmów waloryzacji umowy, a nie możliwość dokonania jej zmiany. Różnica polega na tym, że zmiana umowy może być dokonana tylko jeśli obie strony wyrażą na nią zgodę. Wystarczy, że Zamawiający nie wyrazi zgody i waloryzacja nie będzie miała miejsca. Tymczasem przepis art. 438 pkt 4 lit b. ustawy PZP miał na celu ochronę Wykonawcy w przypadku zmian przepisów wpływających na wynagrodzenie niezależnie od tego, czy Zamawiający wyrazi na to zgodę. Kwestia ta była już przedmiotem orzekania KIO w poprzednim stanie prawnym (który jednak w tym zakresie nie uległ zmianie). Izba w wyrokach o sygn. akt: 1060/16 czy 1681/18 nakazała zmianę postanowień SIWZ w taki sposób, aby mechanizm zmiany wynagrodzenia w okolicznościach określonych w art. 438 pkt 4 lit b) ustawy PZP był mechanizmem opartym na waloryzacji wynagrodzenia w razie zaistnienia określonych okoliczności, a nie zmianie umowy zależnej od woli stron nawet jeśli te okoliczności zachodzą.

Odwołujący przywołał treść art. 439 ust. 1 ustawy PZP. Te same argumenty przemawiają za tym, aby zasady zmiany wynagrodzenia określone na podstawie tego przepisu (§ 17 ust. 1 pkt 5 PPU) oparte były o mechanizm zmiany wynagrodzenia w razie zaistnienia okoliczności, nie zmianie cen.

Co więcej w § 17 ust. 4 pkt 1 lit e) PPU, Zamawiający wskazał, że w przypadku wniosku Wykonawcy-warunki, których łączne spełnienie stanowić będzie dostateczne udokumentowanie związku zmiany kosztów związanych z

realizacją zamówienia z żądaniem zmiany wynagrodzenia, to:
• udokumentowanie przez Wykonawcę, 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 x 100% ≥ 6% gdzie:
X - średnia cena hurtowa oleju napędowego Ekodiesel na stacjach paliw w Polsce (na podstawie https://www.orlen.pl/pl/dla-biznesu/hurtowe-ceny-paliw#paliwa-archive) liczona z notowań dziennych za całych 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.orlen.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 x 100% ≥ 4,5% gdzie:
X - średnia cena hurtowa oleju napędowego Ekodiesel na stacjach paliw w Polsce (na podstawie https://www.orlen.pl/pl/dla-biznesu/hurtowe-ceny-paliw#paliwa-archive) liczona z notowań dziennych za całych 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.orlen.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, iż w porównaniu do momentu ustalenia poprzedniej wysokości wynagrodzenia nastąpiła istotna zmiana kosztów zatrudniania osób realizujących zamówienie dokumentowanej przez Wykonawcę na podstawie pełnego zestawienia porównującego wysokości wynagrodzenia zasadniczego osób zatrudnionych na umowę o pracę do realizacji przedmiotu zamówienia z momentu złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia względem punktu odniesienia, jakim jest moment ustalenia poprzedniej wysokości wynagrodzenia. Progiem istotności zmiany jest poziom ≥6 % (po upływie minimum 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy lub dnia otwarcia ofert, jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu ich składania) i ≥4,5 % (po upływie minimum kolejnych 6 miesięcy od dnia złożenia poprzedniego wniosku),
• udokumentowanie przez Wykonawcę, iż w porównaniu do momentu ustalenia poprzedniej wysokości wynagrodzenia nastąpiła zmiana stawek za zagospodarowanie odpadów, które zobowiązany jest płacić Wykonawca na rzecz instalacji komunalnej, do której transportuje odpady określone w umowie w celu ich zagospodarowania albo kosztów związanych z funkcjonowaniem własnej instalacji komunalnej. Udokumentowanie zmiany następować będzie poprzez porównanie stawek z umów zawartych przez Wykonawcę (lub w przypadku posiadania własnej instalacji udokumentowanie zmiany kosztów związanych z jej funkcjonowaniem) z momentu złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia względem punktu odniesienia, jakim jest moment ustalenia poprzedniej wysokości wynagrodzenia. Progiem istotności zmiany jest poziom ≥6 % (po upływie minimum 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy lub dnia otwarcia ofert, jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu ich składania) i ≥4,5 % (po upływie minimum kolejnych 6 miesięcy od dnia złożenia poprzedniego wniosku).

Tak sformułowane zasady zmiany wynagrodzenia, które Zamawiający oparł o trzy niezależne od siebie, ale wynikowe czynniki powoduje, że wykonawca w wielu sytuacjach nie będzie miał nawet możliwości złożenia odpowiedniego wniosku o zmianę wynagrodzenia. W ocenie Odwołującego zasady te w sposób nierówny traktują strony, co nie znajduje żadnego uzasadnienia. Wykonawca w celu rozpoczęcia procedury zmiany wynagrodzenia musi wykazać istnienie trzech dodatkowych czynników, które muszą zaistnieć łącznie, podczas, gdy każdy z nich niezależnie od siebie może powodować wzrost kosztów świadczenia usługi. Zakładając, że koszty paliw wzrastają drastycznie, znacznie przekraczać określony w umowie współczynnik 6% np. o 30%, jednak jednocześnie nie rosną od razu koszty wynagrodzeń, Wykonawca mimo, że w celu wykonywania usługi ponosi koszty znaczenie wyższe niż zakładane nie może wnioskować o zmianę wynagrodzenia. Mając na uwadze fakt, że czynniki takie jak wzrost cen paliw, koszty zagospodarowania odpadów oraz koszty pracy są pośrednio powiązane w taki sposób, że wpływają na siebie w czasie, najczęściej mamy do czynienia z sytuacją, że w okresie tych samych 6 następujących po sobie miesięcy nie będą wzrastały w tym samym tempie. Innymi słowy, jeśli ceny paliw wzrosną, to wzrost kosztów pracy instalacji może być widoczny dopiero po 3 – 4 miesiącach (czyli nie zostanie odnotowany w średniej z ostatnich 6 miesięcy), a wzrost kosztów wynagrodzeń może być widoczny jeszcze później.

Odwołujący wniósł o:
• nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany tzw. klauzul waloryzacyjnych w taki sposób, aby przewidywały

rzeczywisty mechanizm waloryzacji, a nie podstawę dającą jedynie możliwość zmiany umowy.

• nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany § 17 ust. 4 pkt 1 lit e) PPU poprzez wykreślenie zwrotów wskazujących na konieczność łącznego spełnienia i wykazania wszystkich okoliczności wymienionych w tiret jeden do trzy aby wnioskować o zmianę wynagrodzenia.

Zarzut nr 5

Odwołujący przytoczył treść art. 433 pkt 1) – 3) ustawy PZP.

Zamawiający określa istotne postanowienia dotyczące ustalania i dochodzenia kar umownych, uwzględniające obowiązujące w tym zakresie przepisy kodeksu cywilnego. Normatywną podstawę zapisu umownego w przedmiocie kary umownej stanowi art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego. Stosownie do treści powołanego przepisu można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy. Suma ta, zwana karą umowną, zgodnie z brzmieniem art. 471 Kodeksu cywilnego przysługuje wierzycielowi (zamawiającemu) w sytuacji naruszenia określonych w kontrakcie zasad realizacji zamówienia, przy czym w takim przypadku istnieje domniemanie zawinionego działania po stronie wykonawcy, od którego ten może się ekskulpować. Ponadto w myśl art. 484 § 1 Kodeksu cywilnego kara umowna należy się wierzycielowi w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości, bez względu na wysokość poniesionej szkody. W tym stanie rzeczy bardzo ważne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z jednej strony zamawiający, uwzględniając funkcje, jakie kary umowne mają realizować przy wykonywaniu przedsięwzięć publicznych, powinni tak kształtować postanowienia umowne dotyczące tego zagadnienia, aby odpowiednio zabezpieczyć interes publiczny i właściwą realizację zamówienia publicznego. Z drugiej zaś strony powinność zamawiających do należytego zabezpieczenia interesu publicznego nie może prowadzić do przerzucenia na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają oni wpływu. Niedopuszczalne jest również kształtowanie wysokości kar w sposób całkowicie dowolny, bez jakiegokolwiek racjonalnego powiązania z uszczerbkiem po stronie zamawiającego. W tym kontekście kary umowne powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody – tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach publicznych. W ocenie Odwołującego poniższe kary nie spełniają tych wymagań.

Odwołujący przytoczył treść § 9 ust. 2 pkt 2) Wzoru umowy.

Zdaniem Odwołującego powyższe kary są wygórowane, w żaden sposób nie odnoszą się do potencjalnej szkody po stronie Zamawiającego, przez co wykorzystując przewagę jako autor wzoru umowy.

Odwołujący zwrócił uwagę, że nie jest dozwolone zastrzeganie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej (tak też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2007 r. sygn. akt: I CSK 484/06). O tym, czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej, nie może sama przez się decydować jej wysokość przyjęta procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika. W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną. Kara umowna może być rażąco wygórowana już w chwili jej zastrzegania lub stać się taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary (tak też: Gudowski Jacek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania, 2013). Podobne stanowisko zajęła KIO w wyroku z dnia 05.11.2020 r. KIO 2563/20.

Odwołujący podkreślił, że powyższe kary są znacząco wygórowane w stosunku do szkody jaka może powstać w związku z niewykonaniem przedmiotu zamówienia. Dla przykładu wskazał, że w przypadku kary określonej w § 9 ust. 2 pkt 2) lit c) Wzoru umowy stawka za oczyszczanie zimowe 100 m2 jezdni w umowie zawartej w 2022 r. wynosiła 1,90 zł. Oznacza to, że cena za oczyszczanie ~20 000 m2 jezdni wynosi 380,00 zł. Tymczasem kara za brak oczyszczenia jezdni wynosi 1 200,00 zł. Podobna zasada dotyczy wszystkich ww. kar, gdzie wartość usługi jest wielokrotnie niższa niż kara przewidziana za jej niewykonanie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmniejszenie każdej z ww. kar o połowę.

W złożonej pismem z dnia 16 października 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów zawartych w odwołanych i wniósł o ich oddalenie w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

Zarzut nr 1

Uzasadnienie jak do zarzutu nr 1 w sprawie o sygn. akt KIO 2895/23.

Zarzut nr 2

Zamawiający pismem nr DZP/AW/2081/10/2023/W z dnia 16.10.2023 r. na podstawie art. 137 ust 1 ustawy zmienił treść specyfikacji warunków zamówienia, wobec czego zarzut jest bezpodstawny.

Zarzut nr 3 i 4

Na wstępie Zamawiający zauważył, że podstawa prawna wskazana w zarzucie numer 4 nie istnieje w ustawie Pzp, a z treści uzasadnienia trudno jest ustalić jaki dokładnie przepis ma Odwołujący na myśli. Zamawiający w dalszej części będzie odnosił się do podstawy prawnej zarzutu nr 3.

Zamawiający wyjaśnił, że wskazane przez niego przesłanki w § 17 ust. 4 pkt 1 lit. e) umowy, stanowią jedną z dopuszczalnych możliwości wykazania związku pomiędzy wnioskowaną kwotą zmiany wynagrodzenia umownego, a wpływem zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia na koszt wykonania zamówienia. Zapis taki wynika wprost z postanowień umowy. Twierdzenia Odwołującego, że w wielu sytuacjach nie będzie on miał nawet możliwości złożenia odpowiedniego wniosku, nie zostało poparte argumentami merytorycznymi, czy wyliczeniami.

W ocenie Zamawiającego niezasadny jest zarzut, że opisane zasady nierówno traktują strony. Opisane w umowie okoliczności, których łączne spełnienie stanowić będzie dostateczne udokumentowanie związku zmiany kosztów związanych z realizacją zamówienia a żądaniem zmiany wynagrodzenia, mają być pomocne w wykazaniu przesłanki z art. 439 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zdaniem Zamawiającego sformułowane przez Odwołującego żądania mają charakter lakoniczny i zostały tak sformułowane, że nie ma możliwości ich uwzględnienia, bowiem zapis o nakazaniu dokonania zmiany klauzuli waloryzacyjnej w taki sposób, aby przewidywał rzeczywisty mechanizm waloryzacji, nie daje możliwości ustalenia jaki mechanizm zdaniem Odwołującego przewidywałby rzeczywistą waloryzację. Drugi z wniosków nie został poparty żadnymi argumentami merytorycznymi, ani wyliczeniami opartymi na konkretnych danych.

Zamawiający przywołał tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 marca 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 508/23.

Zarzut nr 5 i 6

Zamawiający podkreślił, że wszystkie kary umowne wskazane przez Odwołującego dotyczą obowiązków związanych z kluczowymi i najbardziej zasadniczymi zadaniami objętymi przedmiotem zamówienia. Co zaś szczególnie istotne w zapisach tych określono sankcje za niewykonanie lub nienależyte wykonanie czynności związanych z letnim jak i zimowym utrzymaniem czystości. Ma to niebagatelne znaczenie dla rozważania o wysokości i zakresie ewentualnej szkody jaką ponieść może Zamawiający i wszyscy członkowie wspólnoty samorządowej.

Wysokość potencjalnych szkód na mieniu i osobach związanych z wypadkami spowodowanymi brakiem należytego zimowego utrzymania należy wówczas liczyć w tysiącach i setkach tysięcy złotych. Tymczasem zastrzeżona kara umowna za tak istotny brak wykonania umowy to jedynie 1200 zł (skądinąd w niezmienionej wysokości od co najmniej 2 postępowań). Wysokość tej kary nie jest wygórowana. W odwołaniu brak jakiejkolwiek argumentacji, która mogłaby o tym świadczyć.

Wykonawca WROCŁAWSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA ALBA S.A. z siedzibą we Wroc zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Wykonawca CHEMEKO-SYSTEM SP. Z O.O. ZAKŁAD ZAGOSPODAROWANIA ODPADÓW z siedzibą Wrocławiu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Pismem z 16 października 2023 r. zgłaszający przystąpienie odniósł się do zarzutów odwołania wnosząc o jego uwzględnienie.

Wykonawca FBSERWIS WROCŁAW Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich zgłosił przystąpienie d postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

KIO 2910/23

W postępowaniu tym wykonawca WROCŁAWSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA ALBA z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący") w dniu 2 października 2023 wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści dokumentów zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 439 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 99 ust. 1 p.z.p., art. 16 p.z.p., art. 17 ust. 1 p.z.p. oraz art. 353^1 k.c. i art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p. 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) projektu umowy, że zmiana postanowień zawartej umowy w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia wskazanej w § 7 ust. 1 i ust. 12 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 ≥6 % lub ≤–6 % w przypadku pierwszej waloryzacji i ≥4,5 % lub ≤–4,5 % w przypadku kolejnych waloryzacji, z zastosowaniem wzoru, który określa 50% współczynnik rozkładu ryzyka, z jednoczesnym zastrzeżeniem maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia do wysokości +/- 6% maksymalnej kwoty wynagrodzenia netto oraz obowiązkiem 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 instalacji komunalnej albo kosztów związanych z funkcjonowaniem własnej instalacji komunalnej w sposób i na poziomie oczekiwanym przez Zamawiającego, podczas gdy takie uwarunkowania zasad waloryzacji wynagrodzenia nie pozwalają na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niwelują ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego i czynią waloryzację wynagrodzenia iluzoryczną, 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

2)art. 112 ust. 1 p.z.p. i art. 116 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p. i art. 17 p.z.p. poprzez zaniechanie określenia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami, skierowanymi przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, czyli sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w sposób uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

uwzględnienie odwołania i 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.

Ponadto Odwołujący wniósł o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał m.in.:

Zarzut nr 1

Postanowienia projektu umowy przewidują następujące zasady dokonywania waloryzacji wynagrodzenia umownego w przypadku zmian ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

§ 17 ust. 3 pkt 5: Zamawiający przewiduje możliwość dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia w § 7 ust. 1 i ust. 12 w przypadku zmiany (…) 5) ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, gdy nastąpi zmiana wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS (z tym jednak zastrzeżeniem, iż zmiana ta tj. cen materiałów lub kosztów pozostaje bez wpływu na wysokość wynagrodzenia Wykonawcy należnego mu z tytułu realizacji prac interwencyjnych, które będzie ustalane zgodnie z postanowieniami § 7 ust. 6 Umowy), mającej wpływ na koszty wykonania przedmiotu umowy przez Wykonawcę, po uprzednio przeprowadzonej analizie przedstawionej przez wnioskującą Stronę kalkulacji, jeżeli jedna ze Stron umowy zwróciła się o wprowadzenie zmiany wynagrodzenia w terminie do 30 dni od daty wejścia w życie przepisów (dotyczy punktów od 1-4) o zmianie będącej przedmiotem wniosku.

§ 17 ust. 4 pkt 1 lit. e): 1. W przypadku zmian, o których mowa w ust. 3, Strony ustalają następujący tok postępowania:

1)w przypadku zmiany:

(…) 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 ≥6 % lub ≤-6%. W przypadku złożenia wniosku po upływie minimum 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy zastosowany będzie wzór:

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,

W_a - 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, …, 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 ≥4,5 % lub ≤-4,5 %.
W przypadku złożenia wniosku po upływie minimum kolejnych 6 miesięcy od dnia złożenia poprzedniego wniosku zastosowany będzie wzór:
(...)
gdzie:
C_{jm} – wniosku, gdzie b= 1,2,…, 6.
C_{Nn} - cena jednostkowa po następnej zmianie,
50% - współczynnik rozkładu ryzyka,
W_b - 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, …, 6,
m - numer ceny jednostkowej przed kolejną zmianą, m = 1, …, 5,
b - numer kolejnego miesiąca z okresu ostatnich 6 zakończonych miesięcy do dnia złożenia wniosku, gdzie b = 1, 2, … 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 Wykonawcy - warunki, których łączne spełnienie stanowić będzie dostateczne udokumentowanie związku zmiany kosztów związanych z realizacją zamówienia z żądaniem zmiany wynagrodzenia, to:
• udokumentowanie przez Wykonawcę, 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:
∗ 100% ≥ 6%
gdzie:
X - średnia cena hurtowa oleju napędowego Ekodiesel na stacjach paliw w Polsce (na podstawie https://www.orlen.pl/pl/dla-biznesu/hurtowe-ceny-paliw#paliwa-archive) liczona z notowań dziennych za całych 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.orlen.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).
∗ 100%/ ≥ 4,5 %
gdzie:
X - średnia cena hurtowa oleju napędowego Ekodiesel na stacjach paliw w Polsce (na podstawie https://www.orlen.pl/pl/dla-biznesu/hurtowe-ceny-paliw#paliwa-archive) liczona z notowań dziennych za całych 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.orlen.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, iż w porównaniu do momentu ustalenia poprzedniej wysokości wynagrodzenia nastąpiła istotna zmiana kosztów zatrudniania osób realizujących zamówienie dokumentowanej przez Wykonawcę na podstawie pełnego zestawienia porównującego wysokości wynagrodzenia zasadniczego osób zatrudnionych na umowę o pracę do realizacji przedmiotu zamówienia z momentu złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia względem punktu odniesienia, jakim jest moment ustalenia poprzedniej wysokości wynagrodzenia. Progiem istotności zmiany jest poziom ≥6% (po upływie minimum 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy lub dnia otwarcia ofert, jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu ich składania) i ≥4,5 % (po upływie minimum kolejnych 6 miesięcy od dnia złożenia poprzedniego wniosku),

• udokumentowanie przez Wykonawcę, iż w porównaniu do momentu ustalenia poprzedniej wysokości wynagrodzenia nastąpiła zmiana stawek za zagospodarowanie odpadów, które zobowiązany jest płacić Wykonawca na rzecz instalacji komunalnej, do której transportuje odpady określone w umowie w celu ich zagospodarowania albo kosztów związanych z funkcjonowaniem własnej instalacji komunalnej. Udokumentowanie zmiany następować będzie poprzez porównanie stawek z umów zawartych przez Wykonawcę (lub w przypadku posiadania własnej instalacji udokumentowanie zmiany kosztów związanych z jej funkcjonowaniem) z momentu złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia względem punktu odniesienia, jakim jest moment ustalenia poprzedniej wysokości wynagrodzenia. Progiem istotności zmiany jest poziom ≥6% (po upływie minimum 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy lub dnia otwarcia ofert, jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu ich składania) i ≥4,5 % (po upływie minimum kolejnych 6 miesięcy od dnia złożenia poprzedniego wniosku).
Powyższa zmiana dotyczyła będzie cen jednostkowych, o których mowa w § 7 ust.2 umowy oraz odpowiednio maksymalnej kwoty wynagrodzenia, o której mowa w § 7 ust. 1 umowy.
Zamawiający dopuszcza maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia do wysokości ± 6% maksymalnej kwoty wynagrodzenia netto, o której mowa w § 7 ust. 1 umowy.
2) Strona, której złożono wniosek, w terminie 30 dni od dnia złożenia wniosku oceni czy Strona wnioskująca wykazała rzeczywisty wpływ zmiany, o której mowa w pkt 1) na wzrost kosztów realizacji przedmiotowej umowy. Strony zastrzegają sobie możliwość wezwania wnioskodawcy do przedłożenia dodatkowych dokumentów czy wyliczeń. W przypadku zaakceptowania wniosku, Strony ustalą datę podpisania aneksu do umowy.
3) Zmiana umowy skutkować będzie zmianą wynagrodzenia, przy czym nie wcześniej niż od dnia wejścia w życie zmian przepisów prawa, o których mowa w pkt 1) lit. a) – d), w przypadku określonym w pkt 1 lit. e) od miesiąca następującego po miesiącu złożenia wniosku przez Wykonawcę.
4) Obowiązek wykazania wpływu zmian, o których mowa w pkt 1), na koszty wykonania zamówienia należy do wykonawcy pod rygorem odmowy dokonania zmiany przedmiotowej umowy przez Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego klauzula waloryzacyjna nie została sformułowana w sposób jasny i precyzyjny, gdyż Zamawiający w legendzie objaśniającej symbole użyte we wzorze określającym sposób wyliczenia ceny po waloryzacji rozwinął skrót „C_{jm}" w sposób niezrozumiały. Zamawiający wskazał, że „C_{jm}" użyte we wzorze odnosi się do – „wniosku, gdzie b = 1,2,…, 6". Takie rozwinięcie tego skrótu rodzi szereg wątpliwości. Odwołujący podejrzewa, że Zamawiającemu chodziło o cenę jednostkową podlegającą waloryzacji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści klauzuli waloryzacyjnej w sposób jasno precyzujący, jak należy rozumieć skrót „C_{jm}".

Niezależnie od powyższego uchybienia, w ocenie Odwołującego klauzula waloryzacyjna zawarta w § 17 ust. 4 pkt 1 lit. e) projektu umowy nie odpowiada wymaganiom ustawy, gdyż nie zapewnia realizacji celu, dla jakiego 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. Odwołujący przywołał treść art. 439 ust. 2 p.z.p. Zaznaczył, że ustanawiając 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. Przesłanki waloryzacji wynagrodzenia muszą być także adekwatne do przedmiotu zamówienia. 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. Tymczasem Zamawiający łączy obie wyżej wskazane podstawy, czyniąc waloryzację wynagrodzenia niemal niemożliwą. 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 i to

wyłącznie w sposób określony przez Zamawiającego, tj. poprzez łączne wykazanie wzrostu cen 3 elementów kosztotwórczych. Prowadzi to do sytuacji, w której wykonawca w cenie ofertowej skalkulować musi ryzyko wzrostu innych niż określone przez Zamawiającego elementów kosztotwórczych. 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 ≥ 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 ≥ 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 ≥4,5% w przypadku pierwszej waloryzacji i ≥3% w przypadku kolejnych waloryzacji.

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 w instalacji komunalnej na poziomie co najmniej 6% dla pierwszej waloryzacji i 4,5% dla kolejnych.

Jednocześnie maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia wynosi nie więcej niż 6% maksymalnej kwoty wynagrodzenia netto.

W ocenie Odwołującego 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 w sytuacji gdy dokonanie waloryzacji uzależnione jest od łącznego spełnienia 3 określonych przez Zamawiającego warunków, 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.

Wymagany przez Zamawiającego sposób udokumentowania zmiany kosztów nie umożliwia w praktyce skorzystania z klauzuli waloryzacyjnej i zrealizowania celu, jakiemu ma służyć przepis art. 439 p.z.p.

Zamawiający całkowicie pomija jako istotny dla udokumentowania związku zamiany kosztów związanych z realizacją zamówienia inny istotny element kosztotwórczy, tj. koszt zakupu środków przeznaczonych do zapobiegania i likwidacji śliskości zimowej – chlorku sodu (NaCl). Zakup soli drogowej ma swój udział w kosztach realizacji usługi, niezrozumiałym jest więc pominięcie tych kosztów w klauzuli waloryzacyjnej. Nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia pozostaje oczekiwanie Zamawiającego, że wykonawca musi uzasadnić wniosek wykazując łączne spełnienie określonych przez Zamawiającego warunków. Takie wymaganie jest niczym nieuzasadnione. Naruszeniem przepisów ustawy jest też to, że Zamawiający nie przewiduje waloryzacji w przypadku wzrostu innych kosztów realizacji usługi. Klauzula waloryzacyjna została sformułowana tak restrykcyjnie, że nie jest możliwe dokonanie waloryzacji wynagrodzenia: − gdy wyłącznie koszty pracy wzrosną o więcej niż 6%, − gdy wyłącznie koszty paliwa wzrosną o więcej niż 6 %, − gdy wyłącznie koszty zagospodarowania odpadów instalacji komunalnej (zmieszane odpady komunalne – 20 03 01) wzrosną o więcej niż 6%, − gdy zarówno koszty pracy i paliwa wzrosną o więcej niż 6%, − gdy zarówno koszty pracy i zagospodarowania odpadów wzrosną o więcej niż 6%, − gdy zarówno koszy paliwa i zagospodarowania odpadów wzrosną o więcej niż 6% − gdy wzrosną inne niż wymienione przez Zamawiającego istotne koszty realizacji usługi, np. koszty zakupu środków przeznaczonych do zapobiegania i likwidacji śliskości zimowej – chlorku sodu (NaCl) o więcej niż 6%.

W ocenie Odwołującego 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.

W ocenie Odwołującego zasadnym wydaje się, by uzupełnić przesłanki uznania, że dostatecznie udokumentowano związek zmiany kosztów realizacji zamówienia z żądaniem zmiany wynagrodzenia o udokumentowanie przez Wykonawcę, iż w porównaniu do momentu ustalenia poprzedniej wysokości wynagrodzenia nastąpiła istotna zmiana kosztów zakupu soli drogowej wykorzystywanej w realizacji przedmiotu umowy. Jednocześnie wymaganie łącznego wykazania zaistnienia wszystkich warunków umożliwiających dokonanie waloryzacji, należy zastąpić wymaganiem wykazania zaistnienia co najmniej 2 z 4 warunków umożliwiających dokonanie waloryzacji. W ocenie Odwołującego, waloryzacja powinna być dopuszczalna w sytuacji: − gdy koszty pracy i koszty paliwa wzrosną o więcej niż 6%, − gdy koszty pracy i koszty zagospodarowania odpadów wzrosną o więcej niż 6 %, − gdy koszty pracy i koszty zakupu soli wzrosną o więcej niż 6 %, − gdy koszy paliwa i koszty zagospodarowania odpadów wzrosną o więcej niż 6%, − gdy zarówno koszy paliwa i zakupu soli wzrosną o więcej niż 6% − gdy koszty zagospodarowania odpadów i

koszy zakupu soli wzrosną o więcej niż 6%. 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 ryzyk wzrostu cen w cenie ofertowej, zakładając faktyczną niezmienność cen jednostkowych na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, tj. przez okres 24 miesięcy. Taka sytuacja przekłada się również na ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert, gdyż każdy z wykonawców odmiennie kalkulować będzie ryzyka wzrostów w tym zakresie. 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 w praktyce dla Wykonawcy nieskuteczny. Takiego podziału ryzyk nie można więc uznać za równomierny. Nie można więc 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.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji klauzuli waloryzacyjnej, tj. postanowień § 17 ust. 3 i ust. 4 projektu umowy, poprzez:

1)sprecyzowanie, jak należy rozumieć skrót „C_{jm}” użyty we wzorze określającym sposób wyliczenia zwaloryzowanej ceny w przypadku kolejnej waloryzacji,

2)nakazanie zmniejszenia wskaźnika umożliwiającego ubieganie się o waloryzację umowy do 4,5% w przypadku pierwszej waloryzacji i 3% w przypadku kolejnych,

3)nakazanie wyraźnego i jednoznacznego dopuszczenia możliwości powołania się na zmianę kosztów zakupu soli drogowej oprócz wskazanych przez Zamawiającego kategorii kosztowych w celu uzasadnienia wniosku o waloryzację wynagrodzenia;

4)nakazanie wykreślenia obowiązku łącznego udokumentowania wzrostu cen paliwa, kosztów pracy i kosztów zagospodarowania odpadów w instalacji komunalnej w celu uzasadnienia wniosku o waloryzację wynagrodzenia z jednoczesnym dopuszczaniem wykazania wzrostu cen co najmniej 2 z 4 parametrów;

5)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 ≥4,5% i ≤4,5% dla pierwszej waloryzacji oraz ≥3% i ≤-3% dla kolejnych waloryzacji.

Zarzut nr 2

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie postawił warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do dysponowania określonym potencjałem osobowym. Określenie warunków udziału w postępowaniu winno być dokonane w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia a punktem odniesienia dla ustalenia prawidłowej konkretyzacji warunku jest przedmiot zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w kolejnych postępowaniach organizowanych przez tego samego Zamawiającego na tożsamy zakres usług związanych z utrzymaniem czystości i porządku na terenie Gminy Wrocław Zamawiający konsekwentnie stawiał warunek udziału w postępowaniu dotyczący wymagania dysponowania określonym potencjałem osobowym. Proporcjonalność warunku udziału w postępowaniu należy rozumieć jako opisanie warunku na poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Dziwi więc, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przestał dostrzegać potrzebę, którą dotychczas uznawał za uzasadnioną i konieczną.

Odwołujący przytoczył treść warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami, skierowanymi przez Wykonawcę do realizacji zamówienia w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego:

1)pn. „Całoroczne utrzymanie czystości i porządku na terenie Gminy Wrocław z podziałem na 5 zadań: zadanie nr 1 – Stare Miasto, zadanie nr 2 – Śródmieście, zadanie nr 3 – Krzyki, zadanie nr 4 – Fabryczna, zadanie nr 5 – Psie Pole” (numer referencyjny: 5/2016, ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 16.12.2016 r. pod numerem 2016/S 243-443452” (rozdziale IV pkt 1.2.3.2. SIWZ)

2)pn. „Całoroczne utrzymanie czystości i porządku na terenie Gminy Wrocław z podziałem na 5 zadań: zadanie nr 1 – Stare Miasto, zadanie nr 2 – Śródmieście, zadanie nr 3 – Krzyki, zadanie nr 4 – Fabryczna, zadanie nr 5 – Psie Pole”

(numer referencyjny:14/2019, ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 23.10.2019 r. pod numerem 2019/S 205-499934" (rozdziale IV pkt 1.2.3.2. SIWZ)

3)pn. „Całoroczne utrzymanie czystości i porządku na terenie Gminy Wrocław z podziałem na 5 zadań: zadanie nr 1 – Stare Miasto, zadanie nr 2 – Śródmieście, zadanie nr 3 – Krzyki, zadanie nr 4 – Fabryczna, zadanie nr 5 – Psie Pole" (numer referencyjny:10/2021, ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 września 2021 r. pod numerem 2021/S 169-442415) (w rozdziale IV pkt 1.2.3.2. SWZ).

Odwołujący wskazał, że tak sformułowany warunek udziału w postępowaniu był przedmiotem zarzutu odwołania wykonawcy ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. rozpoznawanym przez Krajową Izbę Odwoławczą w postępowaniu pod sygnaturą KIO 2696/21.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenie do SWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania następującymi osobami, skierowanymi przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, w następujących liczbach (w przypadku składania oferty na dwa lub trzy zadania, należy wykazać dysponowania osobami w łącznej liczbie będącej sumą liczb wymaganych na poszczególnych zadaniach, na które składana jest oferta):

6) Jeżeli oferta składana jest na zadanie nr 1 – co najmniej 18 osobami, w tym:
c) 15 kierowcami i/lub operatorami pojazdów,
d) 3 pracownikami realizującymi prace w zakresie terenów zewnętrznych,
7) Jeżeli oferta składana jest na zadanie nr 2 – co najmniej 23 osobami, w tym:
c) 16 kierowcami i/lub operatorami pojazdów,
d) 7 pracownikami realizującymi prace w zakresie terenów zewnętrznych,
8) Jeżeli oferta składana jest na zadanie nr 3 – co najmniej 26 osobami, w tym:
c) 20 kierowcami i/lub operatorami pojazdów,
d) 6 pracownikami realizującymi prace w zakresie terenów zewnętrznych,
9) Jeżeli oferta składana jest na zadanie nr 4 – co najmniej 26 osobami, w tym:
c) 22 kierowcami i/lub operatorami pojazdów,
d) 4 pracownikami realizującymi prace w zakresie terenów zewnętrznych,
10) Jeżeli oferta składana jest na zadanie nr 5 – co najmniej 23 osobami, w tym:
c) 21 kierowcami i/lub operatorami pojazdów,
d) 2 pracownikami realizującymi prace w zakresie terenów zewnętrznych.

W złożonej pismem z 16 października 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów zawartych w odwołanych i wniósł o ich oddalenie w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

Zarzut nr 1

Odnosząc się do skrótu „C_{jm}" – Zamawiający w piśmie DZP/AW/2081/10/2023/Wz dnia 16.10.2023 r., na podstawie art. 137 ust. 1 ustawy zmienił treść specyfikacji warunków zamówienia, wobec czego zarzut jest bezpodstawny.

Ad. 2 Zamawiający stoi na stanowisku, że wywody Odwołującego dotyczące „aktywatora" waloryzacji, gdy inflacja roczna >=12% a inflacja z ostatnich 6 miesięcy <6% są czysto teoretyczne, bo oczywiście może się tak zdarzyć, ale to jest mało prawdopodobne i ta teza to jedynie rozważania akademickie. Odwołujący nie przywołał żadnych faktów i wyliczeń na tę okoliczność.

Ad. 3, 4 Zamawiający realizując obowiązek z art. 439 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w treści klauzuli waloryzacyjnej opisał właśnie tę metodę w przypadku złożenia wniosku przez Wykonawcę. Zamawiający wyraźnie zaznaczył, iż wypełnienie łącznie opisanych w klauzuli warunków, stanowić będzie dostateczne udokumentowanie związku kosztów z realizacją zamówienia, dając niejako Wykonawcom wytyczne, iż przyjęcie opisanej w umowie metodologii będzie wystarczające, natomiast nie oznacza to, że Wykonawca nie może zastosować innego sposobu wykazania tej przesłanki. Jeżeli zatem Wykonawca uważa, że sposób zaproponowany przez Zamawiającego jest nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, może posłużyć się innym sposobem.

Zamawiający podkreślił, że zaproponowany przez niego koszyk trzech elementów, których wystąpienie na poziomach określonych w umowie będzie wystarczające dla wykazania wpływu zmiany cen materiałów i usług na koszt realizacji zamówienia, ma ułatwić Wykonawcy wykazanie przesłanki z art. 439 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający nie wykluczył jednak tym zapisem możliwości złożenia przez wykonawcę wniosku w oparcie o inne elementy kosztotwórcze, które wpływają na cenę realizacji zamówienia.

Koszt zakupu soli do realizacji zamówienia stanowi tylko ok. 2% ceny ofertowej, a zatem nie można stawiać tego czynnika na równi z propozycjami Zamawiającego, jako elementu, który miałby powodować wzrost całości wynagrodzenia.

Ad. 5 Odwołujący podważa zasadność wprowadzenia współczynnika rozkładu ryzyka. Zamawiający zdecydował

się na zastosowanie tego współczynnika, gdyż jego brak oznaczałby, że przy spełnieniu warunku uprawniającego do żądania zmiany wysokości wynagrodzenia, skutki finansowe niekorzystnej dla siebie zmiany w 100% ponosi wyłącznie jedna strona umowy (Zamawiający, przy istotnym wzroście cen i analogicznie Wykonawca – przy ich spadku).

Ad. 6 Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący oczekuje, zgodnie z wnioskiem na str. 11 odwołania, aby waloryzacja miała charakter niejako automatyczny. Taka propozycja nie jest jednak zgodna z art. 439 ustawy Pzp. Zamawiający przywołał tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1822/22.

Zarzut nr 2

Zamawiający wskazał, że w złożonym odwołaniu, w petitum, wskazane zostały przepisy ustawy Pzp, które rzekomo naruszył Zamawiający, natomiast już w treści samego uzasadnienia nie ma żadnej argumentów merytorycznych i wyjaśnień odnoszących się do tych podstaw prawnych.

Zamawiający podkreślił, że to na nim spoczywa obowiązek ustalenia warunków udziału proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia, a także umożliwiających weryfikację wykonawcy pod kątem możliwości realizacji zamówienia. Zamawiający przywołał tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 czerwca 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 550/20.

Zamawiający opracowując dokumentację do niemniejszego postępowania wziął pod uwagę również doświadczenia i informacje jakie uzyskał z wniosków o waloryzację wynagrodzeń składanych przez wykonawców. Zamawiający doszedł do wniosku, że stawianie wymogu dotyczącego określonej liczby osób nie jest niezbędne do zweryfikowania potencjału wykonawcy do realizacji zamówienia, a to z uwagi chociażby na okoliczności korzystania z podwykonawców, jak też pozostawania osób skierowanych do realizacji zamówienia jedynie w jakiejś części etatu na potrzeby kontraktu z Zamawiającym.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestników postępowania, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestników postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniach, odpowiedziach na odwołania, pismach procesowych a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez nich szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym:

1. wykonawcę WROCŁAWSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA ALBA S.A. z siedzibą we Wroc zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2895/23 i KIO 2902/23 po stronie Odwołującego,
2. wykonawcę CHEMEKO-SYSTEM SP. Z O.O. ZAKŁAD ZAGOSPODAROWANIA ODPADÓW z siedzibą we Wroc zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2902/23 po stronie Odwołującego,
3. wykonawcę FBSERWIS WROCŁAW Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2902/23 i KIO 2910/23 po stronie Odwołującego.

Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonymi przystąpieniami zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 2895/23 zgłosił opozycję wobec przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy ENERIS EKOLOGICZNE CENTRUM UTYLIZACJI Sp. z o.o. z siedzibą w Rusku. Wska że ww. wykonawca nie wykazał interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Izba oddaliła opozycję Odwołującego. Zgodnie z art. 526 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. W przeciwnym przypadku Izba oddala opozycję. W ocenie Izby, wykonawca ENERIS EKOLOGICZNE CENTRUM UTYLIZACJI Sp. z o.o. z siedzibą w Rusku w przystąpieniu wystarczająco uzasadnił swój interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba jednak nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę ENERIS EKOLOGICZNE CENTRUM UTYLIZACJI Sp. z o.o. z siedzibą w Rusku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2895/23 oraz po stronie Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2910/23. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie przewiduje możliwości zgłoszenia przystąpienia co do części zarzutów. Zgodnie z art. 525 ust. 4 ustawy Pzp czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił. W ocenie składu orzekającego poparcie części argumentów stoi w sprzeczności ze stanowiskiem stron, do której ww. wykonawca zgłosił

przystąpienia.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone przez:

1.Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2895/23 - faktury VAT nr: 27/07/2023, 20/07/2023, 10/07/2023, 46/05/2023, 11/02/2023, 12/10/2022, 5/01/2022, 17/09/2021

2.Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2902/23 - opracowanie własne wraz z SWZ (szt.11); przykładowe informacje z otwarcia ofert (szt. 4); zestawienie Psie Pole; zestawienie Fabryczna; szczegółowe rozliczenia prac interwencyjnych we wrześniu 2023 roku dla zadań Psie Pole oraz Fabryczna

3.Zamawiającego:

1)zestawienie wartości umów w latach 2017-2024

2)zestawienie wartości usługi i wysokość kar 2020, 2021, 2021 łącznie

a)zestawienia wartości usługi i wysokość kar 2020,2021 (ilość: 5)

3)zestawienie wartości usługi i wysokość kar 2022-2023 łącznie

a)zestawienie wartości usługi i wysokość kar 2022-2023 Stare Miasto

b)zestawienie wartości usługi i wysokość kar 2022-2023 Śródmieście

c)zestawienie wartości usługi i wysokość kar 2022-2023 Krzyki

d)zestawienie wartości usługi i wysokość kar 2022-2023 Fabryczna

e)zestawienie wartości usługi i wysokość kar 2022-2023 Psie Pole

4)przykładowe zlecenia oraz faktury za usługi usuwania martwych zwierząt

4.Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2910/23 - przykładowe scenariusze wzrostu kosztów (scenariusz nr 1, nr 2, nr 3 i nr 4); projekcja inflacji lipiec 2023 r.

Odwołujący ENERIS EKOLOGICZNE CENTRUM UTYLIZACJI Sp. z o.o. z siedzibą w Rusku na posiedzeniu dniu 17 października 2023 r. cofnął odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2902/23 w zakresie zarzutów oznaczonych nr 2,4 i 6 w *petitum* odwołania.

Odwołujący WROCŁAWSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO OCZYSZCZANIA ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu posiedzeniu w dniu 17 października 2023 r. cofnął odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2910/23 w zakresie zarzutu oznaczonego nr 1 w *petitum* odwołania w części, w zakresie rozumienia skrótu C_{jm} oraz w zakresie zarzutu oznaczonego nr 2 w *petitum* odwołania w całości.

Wobec powyższego, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie jak wyżej.

Izba ustaliła, że:

Gmina Wrocław w imieniu i na rzecz której działa EKOSYSTEM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest całoroczne utrzymanie czystości i porządku na terenie gminy Wrocław z podziałem na 5 zadań: zadanie nr 1 – Stare Miasto, zadanie nr 2 – Śródmieście, zadanie nr 3 – Krzyki, zadanie nr 4 – Fabryczna, Zadanie nr 5 – Psie Pole. Przedmiot zamówienia został określony w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (SOPZ), stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ: Dział II Oczyszczanie pasa drogowego oraz zapewnienie koszy na odpady poprzez ich wynajem i utrzymanie, Dział III utrzymanie czystości i porządku na terenach zewnętrznych, Dział IV prace interwencyjne, Dział V mycie nawierzchni kamiennych na drogach dla pieszych, placach i jezdniach, Dział VI usuwanie padłych zwierząt.

Zamawiający we wzorze umowy w § 13 ust. 10 wprowadził postanowienie zakazujące zlecania przez podwykonawców jakichkolwiek prac dalszym podwykonawcom. Zasady waloryzacji zostały opisane w § 17 ust. 3 i 4. Postanowienia dotyczące kar umownych mieszczą się w § 9 ust. 2 pkt 2). Treść powyższych postanowień została przytoczona w odwołaniach i odpowiada rzeczywistości, wobec czego za zbędne należy uznać ich powtarzanie.

Zamawiający nie ustalił odrębnego składnika wynagrodzenia należnego wykonawcy za usługę usuwania padłych zwierząt. Wskazana usługa jest rozliczana jako element innych usług w ramach których jest realizowana. W treści formularza ofertowego Zamawiający nie wyszczególnił stawek jednostkowych dla rozliczenia usługi związanej z usuwaniem padłych zwierząt.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 2895/23 zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie ustalenia odrębnego składnika wynagrodzenia należnego wykonawcy za usługi usuwania padłych zwierząt i przyjęcie, że ww. usługa będzie rozliczana w ramach stawki ryczałtowej za utrzymanie czystości terenów zewnętrznych oraz postanowienia waloryzacyjne. Odwołujący kwestionował również treść § 13 ust. 10 projektu umowy, tj. zakazu zlecania przez podwykonawców jakichkolwiek prac dalszym podwykonawcom.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 2902/23 zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp poprzez zaniechanie ustalenia odrębnego składnika wynagrodzenia należnego wykonawcy za usługi usuwania padłych zwierząt. Kwestionował również treść § 9 ust. 2 pkt 2) projektu umowy wskazując na rażące wygórowanie

zastrzeżonych kar umownych oraz § 16 pkt 2 określający zasady udzielenia zamówień z art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 2910/23 kwestionowałtreść § 17 ust. 3 pkt 5 i § 17 ust. 4 pkt 1 lit. e) oraz warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami, skierowanymi przez Wykonawcę do realizacji zamówienia

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniach, Izba stwierdziła, że odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

KIO 2895/23

Zarzut nr 1 - *art. 5, art. 58 § 1 i 2 oraz art. 3531 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145; dalej: „k.c.") w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy PZP oraz w zw. z art. 7 pkt 27 i 463 ustawy PZP poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia w sposób naruszający naturę tego stosunku i sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, a tym samym naruszającym zasadę swobody umów oraz zasadę uczciwej konkurencji, tj. przez wprowadzenie w § 13 ust. 10 projektu umowy zakazu zlecania przez podwykonawców jakichkolwiek prac dalszym podwykonawcom*
w sytuacji gdy takie ograniczenie nie jest uzasadnione ani przepisami prawa, ani interesem Zamawiającego (w szczególności mając na uwadze fakt, że przedmiotem zamówienia nie jest wykonywanie robót budowlanych, lecz świadczenie usług), stanowi nadmierną (nieproporcjonalną) ingerencję w stosunek prawny zawierany pomiędzy Wykonawcą a jego podwykonawcami oraz pomiędzy podwykonawcami a potencjalnymi dalszymi podwykonawcami, a nadto prowadzi do ograniczenia dostępu do zamówienia małym i średnim przedsiębiorcom, utrudnia wykonawcom ubiegającym się o zamówienie (w szczególności Odwołującemu) konkurencyjną, efektywną i korzystną dla Zamawiającego ofertę

Stanowisko Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 353^1 Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. Odwołujący nie wykazał, że zakaz dalszego podwykonawstwa jest sprzeczne z ustawą lub zasadami współżycia społecznego.

Zgodnie z art. 5 ustawy Kodeks cywilnynie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Art. 58 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego przewiduje nieważność czynności prawnej sprzecznej z ustawą albo mającej na celu obejście ustawy, jak również sprzecznej z zasadami współżycia społecznego. Powoływanie się na naruszenie ww. przepisów wymaga skonkretyzowania przepisów prawa z którymi czynność zamawiającego ma być niezgodna oraz wskazanie, jaka konkretna zasada została naruszona i jaka jest jej pełna treść.

Uznaje się powszechnie, żepodmiot, który korzysta z przysługującego mu prawa postępuje zgodnie z zasadami współżycia społecznego. Oczywistym jest, że kto podnosi zarzut nadużycia, musi udowodnić naruszenie zasad współżycia społecznego. W przedmiotowej sprawie Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający korzystając ze swojego prawa do określenia istotnych warunków przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego i możliwości wprowadzenia zakazu dalszego podwykonawstwa, uczynił to w sposób zgodny z zasadami współżycia społecznego.

Argumentacja Odwołującego odnosi się wyłącznie do podwykonawców, jest lakoniczna, ogólna i niepoparta dowodami. Odwołujący nie wykazał istnienia szczególnych okoliczności, które mogłoby pozwolić na zakwalifikowanie czynności Zamawiającego jako nadużycie prawa, niezasługującego na aprobatę z punktu widzenia zasad współżycia społecznego.

W ocenie Składu orzekającego powoływanie się na orzecznictwo w zakresie podwykonawstwa było niewystarczające do uwzględnienia odwołania w tym zakresie. Szczególnie w sytuacji, gdy tylko jedno orzeczenie dotyczyło dalszego podwykonawstwa. Powyższe ma istotne znaczenie, bowiem co do zasady rację ma Odwołujący, że *niezmiernie trudno jest zrealizować przedmiot zamówienia bez pomocy podwykonawców,* nie nastręcza jednak większych trudności wykonanie kompleksowej usługi utrzymania czystości i porządku bez dalszych podwykonawców. Nic nie stoi na przeszkodzie aby wykonawca zlecił część prac innym podwykonawcom.

Żądanie wykreślenia postanowienia zakazującego dalszego podwykonawstwa de facto nie zmierza do wyeliminowania działań Zamawiającego naruszających przepisy prawa, ale do nadania postanowieniom umowy treści żądanej przez wykonawcę.

Mając na uwadze powyższe, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego.

Zarzut nr 2 *- naruszenie art. 5, art. 58 § 1 i 2 oraz art. 3531 k.c." w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP przez ustalenie zasad wynagradzania Wykonawcy za zrealizowane prace w zakresie usuwania padłych zwierząt w sposób całkowicie oderwany od kosztów rzeczywiście ponoszonych przez Wykonawcę i uniemożliwiający dokonanie rzetelnej*

wyceny oferty w tym zakresie, tj. przez zaniechanie ustalenia odrębnego składnika wynagrodzenia należnego za takie prace i przyjęcie, że będę one wynagradzane w ramach stawki ryczałtowej za utrzymanie czystości terenów zewnętrznych,
w sytuacji, gdy rzeczywisty zakres takich prac i tym samy koszty ich realizacji są niemożliwe do przewidzenia i cechują się daleko idącą zmiennością i nieprzewidywalnością, w szczególności w warunkach panującego na obszarze realizacji zamówienia zagrożenia epidemicznego (afrykański pomór świń – ASF), stąd też nawet orientacyjne wyliczenie wynagrodzenia należnego za te prace rozliczanego w ramach opłaty ryczałtowej nie jest możliwe, co powoduje, że z uwagi na konieczność wyceny ofert w tym zakresie w oparciu o daleko idące założenia czy wręcz domysły co do rzeczywistych kosztów usuwania padłych zwierząt, oferty składane przez Wykonawców mogą nie być porównywalne, bowiem będą skonstruowane w oparciu o odmienne założenia co do rozmiaru realizowanych prac i niezbędnych do ich wykonania nakładów

Wyżej wskazana argumentacja dotycząca powoływania się na naruszenie art. 353^1, art. 5 i art. 58 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego ma zastosowanie również do zarzutu nr 2.

Izba nie znalazła podstaw do nakazania Zamawiającemu aby usługa usuwania padłych zwierząt miała być rozliczana odrębnie. Skład orzekający w tej sprawie w pełni aprobuje pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 października 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2696/21, że sposób obliczenia ceny, stosownie do postanowień art. 134 pkt 17 ustawy Pzp, jest kompetencją zamawiającego, którą realizuje formułując postanowienia specyfikacji warunków zamówienia. Zamawiający ma prawo oczekiwać aby przedmiotowa usługa była wykonywana w ramach całego przedmiotu zamówienia i w tych ramach skalkulowana, co zostało jednoznacznie przedstawione jako wola, by usługa usuwania padłych zwierząt nie była rozliczana odrębnie, ale jako element innych usług w ramach których jest realizowana. Wykonawca ma obowiązek skalkulować cenę za usunięcie padłych zwierząt, tak jak każdy inny odpad. Fakt, że odpad ten usuwa się inaczej nie jest wystarczającą przesłanką do stwierdzenia naruszenia przepisów przez Zamawiającego.

Inna natomiast sytuacji ma miejsce wówczas, gdy wykonawca wykona usługę usuwania padłych zwierząt w trybie interwencji (na zlecenie Zamawiającego). Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego, usługa ta rozliczana jest w ramach prac interwencyjnych. Odwołujący nie udowodnił stanowiska przeciwnego, a powinien był, skoro wywodzi z takiego faktu skutki prawne.

KIO 2902/23

Zarzut nr 1 *- naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, w tym sposobu obliczenia ceny, w części dotyczącej rozliczeń za usuwanie padłych zwierząt, w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący oraz nie uwzględniając wymagań i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty*

Art. 99 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że „*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 ocenie Izby przytoczona przez Odwołującego treść pkt 7 i 9 Rozdziału IV SWZ jest jednoznaczna i dostatecznie zrozumiała.

Odnośnie odrębnego wynagrodzenia za usługę usuwania padłych zwierząt, Skład orzekający w pełni podziela i odsyła do rozstrzygnięcia tożsamego zarzutu, tj. zarzutu oznaczonego nr 1 w sprawie o sygn. akt KIO 2895/23 podtrzymując stanowisko o niezasadności zarzutu.

Zarzut nr 3 *– naruszenie art. 439 ust. 1 ustawy PZP poprzez brak określenia zasad waloryzacji wynagrodzenia, które spełniałyby wymagania określone w tym przepisie tj. brak określenia zmian w postaci klauzul waloryzacyjnych (ograniczając się do opisania zmian umowy)*

Zgodnie z art. 439 ust. 1 ustawy Pzp umowa, której przedmiotem są roboty budowlane 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.

Biorąc pod uwagę treść § 17 ust. 1 i 4 projektu umowy Izba uznała, że klauzula waloryzacyjna ustanowiona przez Zamawiającego jest zgodna z art. 439 ust. 1 ustawy Pzp. Ustawodawca nie ustanowił żadnego minimalnego poziomu waloryzacji ani też mechanizmów waloryzacji umowy, pozostawiając zamawiającemu swobodę w doprecyzowaniu tych elementów. Już z tego względu odwołanie w tym zakresie należało oddalić.

Abstrahując od powyższego, Odwołujący nie wykazał, by klauzula miała charakter pozorny ze względu na przyjęty przez Zamawiającego mechanizm waloryzacji. Nadto, Zamawiający dopuszcza możliwość waloryzacji w przypadku wzrostu innych kosztów realizacji usługi o czym świadczy nie tylko oświadczenie złożone przez Zamawiającego w toku rozprawy ale również postanowienie umowne, tj.: „*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". Przy czym w takiej sytuacji wykonawca będzie zobowiązany wykazać/udokumentować związek pomiędzy wnioskowaną kwotą zmiany wynagrodzenia umownego a wpływem zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia na kalkulację ceny ofertowej.

***Zarzut nr 5** - naruszenie art. 483 § 1 k.c., 484 § 2 k.c., art. 353[1] k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP, przez zastrzeżenie w § 9 Wzoru umowy klauzul uprawniających Zamawiającego do naliczania kar umownych nadmiernych w stosunku do przewinienia lub szkody co powoduje, iż przekroczono granicę swobody umów i obarczono wykonawcę zbyt dużym ryzykiem związanym z niezachowaniem obowiązków umownych oraz zastrzeżono kary umowne nieadekwatne do wartości potencjalnej szkody, co prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy oraz wskazuje na nadużycie pozycji* Zamawiającego jako strony samodzielnie konstruującej stosunek prawny

Art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego stanowi, że*„Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna)."*

Zgodnie z art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego „*Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana."*

Zgodnie z art. 353[1] Kodeksu cywilnego „*Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego."*

Tytułem wstępu, kara umowna to narzędzie które ma zabezpieczać interesy zamawiającego, pełni funkcję stymulacyjną, dyscyplinującą wykonawcę do prawidłowego realizowania zamówienia publicznego. Kara umowna aby spełniała swoją funkcję powinna być odczuwalna dla wykonawców.

Argumentacja Odwołującego jest ogólna, lakoniczna i niepoparta żadnymi dowodami. Odwołujący nie przedstawił żadnego wyliczenia, że kara umowna przekroczy wysokość wynagrodzenia. W uzasadnieniu zarzutu Odwołujący przytacza treść art. 433 pkt 1)-3) ustawy Pzp, art. 483 § 1 KC, art. 471 KC, art. 484 § 1 KC. Następnie ogólnie wskazuje jak należy kształtować postanowienie umowne dotyczące kary umownej. Dalej, przytacza treść postanowień o karze umownej, orzecznictwo i stwierdza, że *powyższe kary są znacząco wygórowane w stosunku do szkody jaka może powstać w związku z niewykonaniem przedmiotu zamówienia* oraz *wartość usługi jest wielokrotnie niższa niż kara przewidziana za jej niewykonanie.*

Aby uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu nr 5 i zmniejszyć wysokość kar umownych nie jest wystarczające stwierdzenie, że kara umowna jest wygórowana. Konieczne jest ustalenie, że wygórowanie to sięga stopnia „rażącego", jest niewspółmierne do celów i założeń, jakim ma służyć to szczególne zastrzeżenie umowne.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, że wskazane w odwołaniu kary umowne są rażąco wygórowane i mogą prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego.

Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji, wskazującej na konieczność obniżenia wysokości kar umownych o 50%.

KIO 2910/23

***Zarzut nr 1** - naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 99 ust. 1 p.z.p., art. 16 p.z.p., art. 17 ust. 1 p.z.p. oraz art. 3531 k.c. i art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p. 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) projektu umowy, że zmiana postanowień zawartej umowy w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia wskazanej w § 7 ust. 1 i ust. 12 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 ≥6 % lub ≤–6 % w przypadku pierwszej waloryzacji i ≥4,5 % lub ≤–4,5 % w przypadku kolejnych waloryzacji, z zastosowaniem wzoru, który określa 50% współczynnik rozkładu ryzyka, z jednoczesnym zastrzeżeniem maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia do wysokości +/- 6% maksymalnej kwoty wynagrodzenia netto oraz obowiązkiem 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 instalacji komunalnej albo kosztów związanych z funkcjonowaniem własnej instalacji komunalnej w sposób i na poziomie*

oczekiwanym przez Zamawiającego, podczas gdy takie uwarunkowania zasad waloryzacji wynagrodzenia nie pozwalają na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niwelują ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego i czynią waloryzację wynagrodzenia iluzoryczną, 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

Co do zasady Izba zgadza się z twierdzeniami Odwołującego, że Zamawiający powinien zapewnić rzeczywistą równowagę ekonomiczną między stronami, jednocześnie winien unikać wszystkiego co taką relację może zachwiać. W ocenie Składu orzekającego Zamawiający nie nadużył swojej dominującej pozycji przy projektowaniu treści umowy. Zamawiający uwzględnił swoje interesy ale też wyważył uzasadniony interes wykonawcy, a co za tym idzie działanie Zamawiającego nie można zakwalifikować jako nadużycie prawa czy też ograniczenie swobody kontraktowania co w konsekwencji mogło prowadzić do nieważności czynności prawnej.

Odwołujący nie wykazał, że wprowadzona klauzula waloryzacyjna jest pozorna. Wykonawcy wiedzą w jakich sytuacjach waloryzacja nastąpi oraz znają poziom wskaźnika powyżej, którego waloryzacja będzie możliwa, biorąc pod uwagę sytuację i tendencje rynkową są w stanie w taki sposób skalkulować cenę oferty, aby zminimalizować ryzyko gospodarcze związane z realizacją przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący nie wykazał, dlaczego dopiero zmniejszenie współczynników waloryzacji z 6% do 4,5% - w odniesieniu do pierwszej waloryzacji i z 4,5% do 3% w odniesieniu do kolejnych waloryzacji miałoby być zgodne z przepisami ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego.

Zarzut ten był już przedmiotem wcześniejszych odwołań. Skład orzekający w tej sprawie w pełni podziela i przyjmuje za własną argumentację prawną zawartą w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2023 r. w sprawach o sygn. akt KIO 1829/23, 1830/23, 1831/23, 1832/23 podtrzymując stanowisko o niezasadności zarzutu. Izba ww. sprawach w sposób bardzo szczegółowy odniosła się do tożsamego zarzutu. Za zbędne uznać należy powielanie zawartej tam trafnej argumentacji.

W ocenie Izby, Odwołujący błędnie zinterpretował kwestionowane postanowienia wzoru umowy twierdząc, że waloryzacja będzie możliwa wyłącznie w sytuacji łącznego wzrostu 1) kosztów paliwa na podstawie wzorów określonych przez Zamawiającego, 2) kosztów zatrudnienia w sposób i na poziomie oczekiwanym przez Zamawiającego, 3) zmiany stawek za zagospodarowanie odpadów w instalacji komunalnej albo kosztów związanych z funkcjonowaniem własnej instalacji komunalnej w sposób i na poziomie oczekiwanym przez Zamawiającego. Zamawiający jedynie wskazał, że wystąpienie łącznie wskazanych wyżej elementów na poziomach określonych w umowie będzie wystarczające dla wykazania wpływu zmiany cen materiałów i usług na koszt realizacji zamówienia. Inaczej, jeżeli spełnione zostaną ww. warunki wykonawca nie musi dodatkowo wykazać wpływu zmiany cen na koszt realizacji usługi.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający dopuszcza możliwość waloryzacji w przypadku wzrostu innych kosztów realizacji usługi o czym świadczy nie tylko oświadczenie złożone przez Zamawiającego w toku rozprawy ale również postanowienie umowne, tj. : „*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”.* Przy czym w takiej sytuacji wykonawca będzie zobowiązany wykazać/udokumentować związek pomiędzy wnioskowaną kwotą zmiany wynagrodzenia umownego a wpływem zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia na kalkulację ceny ofertowej.

W konsekwencji powyższych ustaleń Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1, pkt 2 lit. a), b) i d) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca:

Członkowie: