



PIERÓG & Partnerzy

— KANCELARIA PRAWNA —

Warszawa, dnia 3.10.2022 r.

Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

Zamawiający: Gmina Nasielsk
ul. Elektronowa 3, 05-190 Nasielsk,
NIP: 5311607468, REGON: 130377899,
um@nasielsk.pl

Odwołujący: MS-EKO Sp. z o.o.
Ul. Modlińska 129 lok. U7
03-186 Warszawa
KRS 0000390936
reprezentowany przez:
r.pr. Michał Szczodry
Kancelaria Prawna PIERÓG & Partnerzy
ul. Nowogrodzka 42 lok. 41,
00-695 Warszawa
fax: (22) 598 93 33
e-mail: kancelaria@pierog.pl

Dotyczy:

„Odbieranie i zagospodarowanie (odzysk lub unieszkodliwianie) odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Gminy Nasielsk oraz odpadów zbieranych w Punkcie Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w Nasielsku w 2023 roku”
dalej jako „**Postępowanie**”.

Ogłoszenie o zamówieniu: Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z dnia 23 września 2022 r., o nr 2022/S 184-520243, dalej jako „**Ogłoszenie o zamówieniu**”

Dokumenty zamówienia opublikowane w dniu 23 września 2022 roku

Postępowanie prowadzone na platformie zakupowej

<https://platformazakupowa.pl/transakcja/667479>

ODWOŁANIE

1. Działając na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2022 poz. 1710 z późn. zm.), dalej jako „**ustawa PZP**” w imieniu wykonawcy **MS-EKO Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie, dalej: „**Odwołujący**”, wnoszę odwołanie wobec warunków zamówienia ustalonych w specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „**SWZ**”) oraz Ogłoszeniu o zamówieniu przez Zamawiającego – Gminę Nasielsk z siedzibą w Nasielsku, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, pn. „Odbieranie i zagospodarowanie (odzysk lub unieszkodliwianie) odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Gminy Nasielsk oraz odpadów zbieranych w Punkcie Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w Nasielsku w 2023 roku”, Numer referencyjny: : IR.271.1.10.2022 dalej jako „**Postępowanie**” i/lub **Zamówienie**”.
2. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 23 września 2022 roku pod numerem 2022/S 184-5202433, dalej jako „**Ogłoszenie o zamówieniu**”. Dokumenty zamówienia, w tym SWZ zostały opublikowane na stronie prowadzonego Postępowania na platformie zakupowej w dniu 23 września-2022 roku.
3. Odwołanie wnoszę od następujących niezgodnych z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego, podjętych oraz zaniechanych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego tj.
 - 1) Ustanowienie niezgodnych z ustawą PZP zapisów SWZ i Wzoru Umowy poprzez brak wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron;
 - 2) Nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego, oraz zasady równego traktowania wykonawców poprzez ustalenie terminu realizacji Umowy w sposób niekorespondujący z obowiązkami wykonawcy poprzez brak ustanowienia okresu przygotowawczego, mimo, że zgodnie z OPZ wykonawca musi przygotować infrastrukturę przed realizacją Zamówienia co faworyzuje obecnego wykonawcę dyskryminuje pozostałych wykonawców;
 - 3) Nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nadmiernie uciążliwy i z naruszeniem granic swobody umów i zasad odpowiedzialności Wykonawcy w zakresie regulacji prawa odstąpienia przez Zamawiającego przewidzianych w § 12 Wzoru Umowy w szczególności ust. 1 pkt 4 oraz kwestii reklamacji w § 3 ust. 1 pkt 7.
 - 4) Nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego, przerzucenie na wykonawcę wszelkich ryzyk kontraktowych poprzez brak postanowień o waloryzacji wynagrodzenia mimo iż z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że umowa mimo jej literalnego brzmienia będzie realizowana ponad 12 miesięcy, gdyż zgodnie z OPZ, wykonawca jest obowiązany do realizacji czynności przygotowawczych.
4. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, naruszenie następujących przepisów ustawy PZP:

1) art. 433 pkt 4 ustawy PZP w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP oraz art. 8 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 353¹ kc w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego poprzez nieprecyzyjne i niejednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia, brak określenia minimalnej wartości zamówienia, co utrudnia wykonawcom kalkulacje oferty, co może mieć wpływ na sporządzenie oferty i może być czynnikiem ograniczającym krąg wykonawców zainteresowanych wykonaniem Zamówienia;

2) lit. a

art. 353¹ kc oraz art. 99 ust. 4 w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy PZP i art. 436 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP oraz art. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez sformułowanie postanowień umowy i dokumentów zamówienia w sposób wzajemnie sprzeczny z przekroczeniem granic swobody umów, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagi rozłożenia ryzyka kontraktowego między stronami oraz w sposób nieuwzględniający rzeczywistych możliwości realizacji usługi oraz w sposób uprzywilejowujący aktualnego wykonawcę i dyskryminujący pozostałych wykonawców przez wadliwe ustalenie okresu realizacji umowy na 12 miesięcy tj. od 1 stycznia 2023 do 31 grudnia 2022 r., bez uwzględnienia okresu przygotowawczego, pomimo tego, że wykonawca, żeby realizować umowę od 1 stycznia 2023 r. musi przygotować konieczną do tego i opisaną w OPZ infrastrukturę co oznacza, że umowa będzie realizowana przez okres dłuższy niż wskazuje na to literalne brzemienie SWZ co uprzywilejowuje aktualnego wykonawcę;

lit. b

art. 353¹ kc oraz art. 99 ust. 1 i 2 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP oraz art. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez sformułowanie postanowień umowy i dokumentów zamówienia w sposób wzajemnie sprzeczny, z przekroczeniem granic swobody umów, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagi rozłożenia ryzyka kontraktowego między stronami oraz w sposób nieuwzględniający rzeczywistych możliwości realizacji usługi poprzez wadliwe ustalenie kwestii reklamacji w § 3 punkt 7 Wzoru Umowy oraz rozdziału 3 SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) co jest nadużyciem pozycji dominującej Zamawiającego;

lit. c

art. 433 pkt 1 ustawy PZP w zw. z art. 353¹ kc oraz art. 99 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP oraz art. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez sformułowanie postanowień umowy i dokumentów zamówienia w sposób wzajemnie sprzeczny, z przekroczeniem granic swobody umów, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagi rozłożenia ryzyka kontraktowego między stronami oraz w sposób nieuwzględniający rzeczywistych możliwości realizacji usługi poprzez wadliwe określenie podstaw do odstąpienia przez Zamawiającego w § 12 Wzoru Umowy ust. 1 pkt 4 co pozwala na arbitralność Zamawiającego w kwestii odstąpienia

od Umowy i ustanawia odpowiedzialność wykonawcy również za okoliczności za które nie ponosi odpowiedzialności.

- 3) art. 439 ust. 1 i 2 ustawy PZP w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP oraz art. 8 ust. 1 ustawy PZP, poprzez brak zawarcia w § 11 umowy postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia pomimo tego, że umowa będzie obowiązywała przez okres dłuższy niż 12 miesięcy pomimo literalnej treści zapisów SWZ.
5. Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ, Opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) oraz projektowanych postanowień umowy (wzoru umowy) w zakresie i w sposób określony poniżej przy uwzględnieniu argumentacji wskazanej w dalszej części odwołania, przy czym wprowadzane modyfikacje muszą skutkować dostosowaniem wszystkich dokumentów zamówienia, wobec których jest to niezbędne w celu zapewnienia ich spójności.
- 1) Wprowadzenia do SWZ i Wzoru Umowy wartości minimalnej zamówienia poprzez skazanie, że minimalna wartość zobowiązania Zamawiającego stanowiącej 80% wartości wynagrodzenia określonego w § 9 ust. 2 wzoru umowy.;
 - 2) Wprowadzenie do Rozdział IV SWZ oraz § 2 ust. 1 Wzoru Umowy zapisu że *„przedmiot umowy w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów będzie realizowany przez 12 miesięcy po upływie okresu przygotowawczego do wykonywania tych usług który będzie obejmował co najmniej 2 miesiące. Skrócenie okresu przygotowawczego może nastąpić tylko za zgodą Wykonawcy”*.
 - 3) Zmiana w OPZ oraz we Wzorze Umowy poprzez wskazanie, że realizacja reklamacji nastąpić ma w ciągu 1 dnia roboczego liczonego od kolejnego dnia roboczego od otrzymania zawiadomienia od Zamawiającego (zgodnie z zasadą opisaną powyżej), a kara umowna może być naliczona po przekroczeniu tego terminu i tylko za dni robocze.
 - 4) Zmiany § 12 ust. 1 pkt 4 umowy i nadanie mu brzmienia *„Wykonawca zaniechał realizacji umowy, tj. w sposób nieprzerwalny nie realizuje jej przez kolejnych 7 dni kalendarzowych przy czym brak realizacji umowy wynika z powodów zawinionych i zależnych od Wykonawcy”*.
 - 5) *„Dodanie do Wzoru Umowy klauzuli waloryzacyjnej zgodnie z poniższym ” Zgodnie z przepisem art. 439 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, Strony dopuszczają możliwość żądania zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, tj. w zakresie wysokości wynagrodzenia określonego w § 9 ust. 2 Umowy oraz cen jednostkowych, o których mowa w § 9 ust. 1 pkt 1 i 2 Umowy w przypadku zmiany kosztów związanych z realizacją Umowy (klauzula waloryzacyjna), na następujących warunkach:
-Zmiana wynagrodzenia, o której mowa wyżej może mieć miejsce w sytuacji kiedy wzrost lub spadek wskaźnika inflacji podawany przez GUS przekroczy poziom 5%. Waloryzacja będzie dokonana poprzez zmianę wysokości wynagrodzenia określonego w § 9 ust. 2 Umowy oraz cen jednostkowych, o których mowa w § 9 ust. 1 Umowy o wysokości*

opublikowanego wskaźnika inflacji przez GUS obowiązującego na dzień podpisania aneksu. Za podstawę do żądania zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy i określenia wysokości takiej zmiany, Strony Umowy przyjmują wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych publikowany przez Prezesa GUS na podstawie ustawy z dnia 2 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawy o poręczeniach i gwarancjach udzielanych przez Skarb Państwa oraz niektóre osoby prawne, ustawy o Banku Gospodarstwa Krajowego oraz niektórych innych ustaw. (Dz. U. Nr 65, poz. 545, z późn. zm.) - zwany dalej wskaźnikiem GUS; początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia stanowi data zawarcia Umowy;

-Pierwsza waloryzacja może nastąpić po 6 miesiącach. Ewentualna druga i następne waloryzacje będą możliwe na analogicznych warunkach jak w pkt poprzedzających, w przypadku gdy wzrost lub spadek wskaźnika inflacji podawany przez GUS przekroczy poziom 5%.

maksymalna zmiana wartości wynagrodzenia w wyniku dokonywanych waloryzacji nie może przekroczyć 20% wysokości cen jednostkowych, o których mowa w § 9 ust. 1 Umowy oraz całości wynagrodzenia o której mowa w § 9 ust. 2 ;

-Waloryzacji podlegać będą ceny za odbiór i zagospodarowanie odpadów wskazane w § 9 ust. 1 i 2 Umowy również w przypadku zmiany (wzrostu) cen paliwa w postaci oleju napędowego (Ekodiesel), określonej przez spółkę PKN Orlen S.A., w zamieszczonym na jej stronie internetowej komunikacie dotyczącym hurtowej ceny tego paliwa, a przekraczającej 15% w stosunku do ceny określonej w takim komunikacie w dniu, w którym upływał termin składania ofert w postępowaniu. W przedmiotowej sytuacji Zamawiający nie ogranicza maksymalnej waloryzacji wynagrodzenia, ani liczby możliwych zmian umowy na tej podstawie ani terminów jej dokonania, przy czym w przypadku kolejnych wniosków dot. waloryzacji wynagrodzenia na tej podstawie, każda kolejna zmiana wynagrodzenia powinna być możliwa w przypadku wzrostu cen za paliwo o minimum 15% w porównaniu do cen za paliwo obowiązujących w dniu złożenia przez Wykonawcę wniosku o poprzednią waloryzację na tej podstawie, na podstawie którego to wniosku doszło do zawarcia poprzedniego aneksu.”

6. Zachowanie terminu

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 września 2022 roku pod numerem 2022/S 184-520243, dalej jako „Ogłoszenie o zamówieniu”. Dokumenty zamówienia, w tym SWZ zostały opublikowane na stronie prowadzonego Postępowania na platformie zakupowej w dniu 23 września 2022 roku. Odwołanie wnoszone w dniu 3.10.2022 roku jest wnoszone z zachowaniem 10 dniowego terminu na jego wniesienie (w zw. z art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp). Odwołujący uścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

7. Interes i szkoda

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęta odwołaniem czynność Zamawiającego uniemożliwia Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia na warunkach zgodnych z obowiązującymi przepisami

prawa, a tym samym wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia może okazać się niemożliwy. Odwołujący wskazuje także, iż uwzględnienie odwołania doprowadzi do zgodności warunków zamówienia z prawem i ubiegania się o zamówienie bez ryzyka dla ważności zawartej umowy. Ponadto Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczna z Pzp ww. czynność Zamawiającego w sposób negatywny oddziałuje na możliwości udziału Odwołującego w Postępowaniu. Warunki zamówienia zaskarżone niniejszym odwołaniem utrudniają Odwołującemu dostęp do niniejszego zamówienia, tj. opracowanie i złożenie korzystnej i konkurencyjnej oferty, a w konsekwencji uzyskania niniejszego zamówienia (wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2016 r. KIO 443/16). Objęta odwołaniem czynność Zamawiającego prowadzi do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu ubiegania się o zamówienie na zgodnych z prawem i uczciwą konkurencją warunkach i uzyskania zamówienia, a zatem uzyskania zysku z tytułu jego wykonania.

Uzasadnienie

8. Ad zarzut 1

Brak minimalnej gwarantowanej części zamówienia

W OPZ oraz umowie Zamawiający określił zakres prac Wykonawcy. Równocześnie Zamawiający nie wprowadził żadnej minimalnej wartości realizacji przedmiotu zamówienia, co pozostaje w sprzeczności z art. 99 ust. 1 ustawy PZP, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny. KIO w jednym z wyroków wskazała, że: *„Zamawiający nie opisując wielkości gwarantowanych stosuje praktykę, która pozostawia wykonawcę w niepewności co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz uniemożliwia właściwą kalkulację ceny umownej. W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy”* (patrz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 33/07). Wyrok ten zachował w pełni aktualność. Wręcz uzyskał wzmocnienie w postaci regulacji art. 433 pkt 4 ustawy PZP, z której jednoznacznie wynika, że przewidywane postanowienia umowy nie mogą zawierać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Na Zamawiającym spoczywa zatem każdorazowo obowiązek określenia minimalnej wartości lub wielkości przedmiotu świadczenia.

Należy podkreślić, że jeszcze przed wejściem w życie nowej ustawy PZP w orzecznictwie ukształtowała się zasada, zakazująca redagowania postanowień umowy o zamówienie publiczne w taki sposób, że zakres czy wolumen zamówienia zależy w całości od zdarzeń przyszłych i niepewnych (tak. min. wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 r., o sygn. akt KIO 2177/14 i wyroku z dnia 13 września 2005 sygn. akt V Ca 1110/04.

Wskazane wyżej postanowienia Wzorca umowy dopuszczające właściwie dowolną zmianę zakresu wykonywanej usługi sprzeciwia się zasadzie pewności obrotu. Warto w tym miejscu posłużyć się wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie w wyroku z dnia 13 września 2005 sygn. akt V Ca 1110/04, zgodnie z którym wykonawca: *„Musi mieć zatem pewność, że zrealizuje w przyszłości (...) zamówienie w pewnym minimalnym zakresie. Dlatego też sąd uznał, że zapisy projektu umowy winny być zmodyfikowane w taki sposób, aby dostawca, stosując zasadę pewności*

obrotu i możliwości zaplanowania sprzedaży na określonym poziomie, miał pewność, że zawarta umowa pozwoli mu sprzedać co najmniej określoną część zamówionej ilości towaru".

Jeśli Zamawiający przewiduje możliwość jednostronnego ograniczenia zakresu zamówienia winien określić minimalną wartość lub wielkość świadczenia stron umowy. W ten sposób zamawiający zapewnia realizację zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 16 pkt 1 ustawy PZP. Ponadto, takie działanie stanowi wypełnienie obowiązku wynikającego z art. 99 ust. 1 ustawy PZP i umożliwi wykonawcom prawidłowe sporządzenie ofert.

Wprowadzenie postanowień w kształcie proponowanym przez Wykonawcę, korzystnie wpłynie na wykonanie zamówienia przez każdego potencjalnego wykonawcę. Brak tych zapisów stanowi kolejne ryzyko którym niepotrzebnie jest obciążony każdy potencjalny wykonawca.

Stanowisko Odwołującego jest zgodne z orzecznictwem. W świetle wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 listopada 2021 r. o sygn. akt KIO 3233/21 *„Odnosząc się do ww. zarzutu wskazać należy, iż za prawidłowe Izba uznała stanowisko Odwołującego, który podnosił, że w dokumentach zamówienia Zamawiający winien określić minimalną wielkość lub wartość zobowiązania, które zostanie zlecone wykonawcy. W okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający podał jedynie dane szacunkowe dotyczące liczby mieszkańców, przewidywanej ilości gospodarstw domowych, czy też dane historyczne dotyczące rodzaju i ilości odebranych odpadów komunalnych oraz odpadów przekazanych przez mieszkańców do PSZOK. Na podstawie danych historycznych zawartych w tabelach nr 5 i 6 SWZ dotyczących ilości odpadów odebranych w 2021 r. wykonawca obowiązany był oszacować cenę oferty. W ocenie Izby z postanowień SWZ, w tym wzoru umowy, nie wynika jednak minimalny gwarantowany zakres świadczenia należnego wykonawcy z tytułu realizacji zamówienia. Innymi słowy, w dokumentach zamówienia Zamawiający nie podał gwarantowanego zakresu zamówienia (jego ram) co do zakresu/liczby poszczególnych rodzajów odpadów, które wykonawca realizujący umowę w sprawie zamówienia publicznego zobowiązany będzie odebrać i zagospodarować. Powyższe rozważania dotyczą także §13 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy, w którym Zamawiający przewidział ograniczenie zakresu umowy, nie precyzując minimalnego zakresu zobowiązania Zamawiającego, co pozostaje wprost w sprzeczności z art. 433 pkt 4 ustawy Pzp. Ww. postanowieniu umownym Zamawiający zastrzegł możliwość odstąpienia od realizacji części zamówienia i związanej z tym zmiany wynagrodzenia, pod warunkiem wystąpienia obiektywnych okoliczności, których Zamawiający nie mógł przewidzieć na etapie przygotowania postępowania, a które powodują, że wykonanie przedmiotu zamówienia bez ograniczenia zakresu zamówienia powodowałoby dla Zamawiającego niekorzystne skutki z uwagi na zamierzony cel realizacji przedmiotu zamówienia i związane z tym racjonalne wydatkowanie środków publicznych. **W świetle powyższego przedmiotowy zarzut zasługiwał na uwzględnienie, wobec czego Izba nakazała Zamawiającemu zmianę postanowień dokumentów zamówienia poprzez wprowadzenie minimalnej wielkości lub wartości zobowiązania Zamawiającego, do którego zrealizowania Zamawiający będzie zobowiązany (gwarantowanej części przedmiotu zamówienia)."***

Odnosnie żądania ustalenia minimalnej wartości na poziomie 80 %, Odwołujący podnosi, że tą wartość uzasadnia inwestycje jakie musi poczynić Odwołujący w ramach przygotowania do realizacji Zamówienia.

Żądanie:

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu określenia, w jakiej części Zamawiający gwarantuje wykonanie zamówienia poprzez uzupełnienie dokumentów zamówienia, w tym umowy, o określenie minimalnej wielkości lub wartości zobowiązania Zamawiającego, do którego zrealizowania Zamawiający będzie zobowiązany (gwarantowana część przedmiotu zamówienia), wskazując, że warunkach przedmiotowego zamówienia adekwatne jest wskazanie minimalnej wartości zobowiązania Zamawiającego stanowiącej 80% wartości wynagrodzenia określonego w § 9 ust. 2 wzoru umowy.

9. Ad zarzut 2 lit. a

Termin zamówienia nie uwzględnia koniecznych prac przygotowawczych

W § 2 ust. 1 umowy Zamawiający przewidział: „Wykonawca będzie świadczył usługi określone w umowie od dnia 01 stycznia 2023 roku do dnia 31 grudnia 2023 roku.”.-Należy zwrócić uwagę, że przedmiot umowy obejmuje także przygotowanie się do jej świadczenia czyli opracowanie harmonogramu, zamówienie, zmontowanie i rozstawienie pojemników. Zamawiający wymaga od Wykonawcy podstawienia około 24950 pojemników do odbioru odpadów oraz dodatkowych 2000 do końca stycznia 2023 r. (pierwszy miesiąc obowiązywania umowy na terenach działkowych). Jeśli chodzi o podstawienie pojemników na zabudowę jednorodzinną, wielorodzinną i gniazda muszą one być rozstawione przed odbiorem odpadów, czyli przed 01.01.2023 r.. Rozstawienie prawie 25 tysięcy pojemników to ciężka i długa praca, a wcześniej trzeba je jeszcze zamówić i skompletować, czyli dokonać ich montażu (zamontować kółka oraz klapy). Złożenie 1 pojemnika trwa kilka minut. W ciągu jednej godziny da się podstawić maksymalnie 30 pojemników. W ciągu jednego dnia roboczego jedna ekipa może podstawić maksymalnie 240 pojemników. Przy założeniu, że cztery ekipy będą się tym zajmować można rozstawić maksymalnie 720 pojemników dziennie, co zajmie ponad 27 dni roboczych. Zakładając, że złożenie jednego pojemnika trwa 5 minut to złożenie 24950 pojemników potrwa 124750 min czyli ponad 2079 godzin- 259,9 dni roboczych. Jeśli do takiej pracy zostanie skierowanych 10 pracowników, to samo złożenie potrwa 26 dni.

Zgodnie wyrokiem KIO z dnia 19 listopada 2019 r. sygn. akt: KIO 2219/19 LEX nr 2750805: „Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego ale należy w tym aspekcie uwzględnić zasadę swobody umów wyrażoną w art. 353¹ k.c. Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. Uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma jednak 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 k.c., zgodnie z którą nie można czynić ze

swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Podkreślenia również wymaga, że obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego, tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie można jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą”. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 30 maja 2017 r. sygn. akt KIO 880/17, LEX nr 2313125: „Okres przygotowania się do świadczenia usługi jest okresem, który stanowi element niezbędny do umożliwienia wykonawcom podjęcia się świadczenia usługi. Od jego długości zależy także czy wykonawca w ogóle jest w stanie podjąć się realizacji zadania. Termin zbyt krótki może powodować, że będzie to bariera dostępu do zamówienia i dojdzie do ograniczenia konkurencji, a z kolei taki opis elementu przedmiotu zamówienia jest niedopuszczalny z uwagi na treść art. 29 ust. 2 p.z.p.”

Brak okresu przygotowawczego faworyzuje dotychczasowego wykonawcę. Jest to sprzeczne z art. 99 ust. 4 ustawy PZP.

Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Cel regulacji z art. 99 ust. 4 ustawy PZP można zdefiniować, posługując się motywem 74 preambuły dyrektywy klasycznej, gdzie wskazano, że „specyfikacje techniczne [opis przedmiotu zamówienia] powinny być opracowywane w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych zwykle przez tego wykonawcę”.

Zasadniczo każdy opis przedmiotu zamówienia oddziałuje na konkurencję. Dyrektywa klasyczna w motywie 74 preambuły dostrzega tę okoliczność, stwierdzając, że niedopuszczalne jest zawężenie, które ma charakter „sztuczny”, tzn. faworyzuje (lub dyskryminuje) określonego wykonawcę lub produkt.

Brak okresu przygotowawczego w terminie obowiązywania umowy faworyzuje doczasowego wykonawcę. Nie będzie on ponosił kosztów przygotowania Zamówienia. Zrobi to nie jako przy okazji doczasowej realizacji usługi.

Odnośnie kwestii dowodowych, Odwołujący podnosi następująco. Zgodnie z orzecznictwem Izby np. KIO 2009/22 „Podkreślić należy, że w art. 99 ust. 4 p.z.p. mowa jest o potencjalnej możliwości utrudniania konkurencji, a zatem dla stwierdzenia naruszenia tego przepisu wystarczające jest wykazanie prawdopodobieństwa wystąpienia naruszenia konkurencji, a nie konieczności wystąpienia tego naruszenia.”

Stanowisko Odwołującego jest zgodne z orzecznictwem. W świetle wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 listopada 2021 r. o sygn. akt KIO 3233/21 „Zauważyć jednak należy, iż okresu przygotowawczego, poprzedzającego rozpoczęcie usługi właściwej, nie można utożsamiać wyłącznie z przygotowaniem harmonogramu odpadów, czy też wyposażeniem PSZOK w pojemniki i kontenery. Jak wyjaśnił w toku rozprawy Odwołujący w tzw. okresie przygotowawczym wykonawca musi podjąć szereg innych czynności niż powyższe, w tym np. zamówić worki, które muszą zostać odpowiednio oklejone, zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Jednocześnie nie zasługiwało na aprobatę stanowisko Zamawiającego, który podnosił, że wydłużony termin składania ofert dodatkowo powiększony o 19 - dniowy okres przygotowawczy umożliwił wykonawcy wykonanie prac przygotowawczych np. dotyczących opracowania wstępnego harmonogramu odbioru odpadów. Zdaniem Izby nie sposób wymagać od potencjalnego wykonawcy wykonania szeregu czynności związanych z wykonaniem umowy o zamówienie publiczne, już na etapie przygotowywania oferty, w sytuacji gdy wykonawca nie ma pewności co do uzyskania zamówienia.”

Żądanie.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 2 umowy poprzez jednoznaczne wskazanie, że przedmiot umowy w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów będzie realizowany przez 12 miesięcy po upływie okresu przygotowawczego do wykonywania tych usług który będzie obejmował co najmniej 2 miesiące. Skrócenie okresu przygotowawczego może nastąpić tylko za zgodą Wykonawcy.

10. Ad zarzut 2 lit. b

Nieodpowiednie zapisy o reklamacji

W § 3 punkt 7 Wzoru Umowy oraz rozdziale 3 SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) Zamawiający określił, że Wykonawca ma zrealizować reklamację oraz odpowiedzieć na nią w ciągu 24 godzin od otrzymania zawiadomienia telefonicznego lub mailowego od Zamawiającego.

Powyższe postanowienie jest nadmiernie uciążliwe, ponieważ termin na realizację reklamacji (zwłaszcza gdy realizacja reklamacji ma dotyczyć np. odbioru odpadów nieodebranych w terminie zgodnym z harmonogramem) jest bardzo krótki. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający przewidział na „realizację reklamacji” termin 24 godziny od otrzymania zawiadomienia telefonicznego lub e-mailem od Zamawiającego. W sytuacji zgłoszenia reklamacji np. w piątek Wykonawca nie ma obiektywnie możliwości dochowania 24 godzin na realizację reklamacji. Tym samym termin na realizację reklamacji powinien być liczony tylko dla dni roboczych i rozpoczynać się kolejnego dnia roboczego po złożeniu reklamacji. We wskazanym przykładzie termin na realizację reklamacji powinien być liczony od poniedziałku i obejmować 1 pełny dzień roboczy (posłużenie się dniami roboczymi zamiast godzin jest łatwiejsze i bardziej jednoznaczne). Uwzględnia także fakt, że w przypadku reklamacji złożonej w godzinach popołudniowych, może powstać wątpliwość od kiedy liczyć termin 24 godzin na jej realizację. Jeżeli termin ten miałby rozpoczynać się po jej złożeniu, czyli od tego samego dnia Wykonawca nie miałby realnie 24 godzin, ponieważ oczywistym jest, że nie ma możliwości całodobowego odbioru odpadów, jak również nie ma obowiązku obsługi Zamawiającego przez 7 dni w tygodniu. Faktyczny termin na realizację byłby zatem znacznie krótszy, a 24 godziny jedynie pozorne. Zamawiający przewidział

karę umowną za przekroczenie czasu realizacji reklamacji liczoną za każdą godzinę zwłoki, która także powinna być dostosowana do obiektywnych możliwości realizacji nałożonego obowiązku.

Żądanie:

Odwołujący wnosi zatem o nakazanie Zamawiającemu zmiany w OPZ oraz we Wzorze Umowy poprzez wskazanie, że realizacja reklamacji nastąpić ma w ciągu 1 dnia roboczego liczonego od kolejnego dnia roboczego od otrzymania zawiadomienia od Zamawiającego (zgodnie z zasadą opisaną powyżej), a kara umowna może być naliczona po przekroczeniu tego terminu i tylko za dni robocze.

11. Ad zarzut 2 lit. „c”

Niezgodne z prawem uregulowanie kwestii odstąpienia

W § 12 Zamawiający przewidział, że:

1. Zamawiający może odstąpić od umowy, a rozwiązanie traktuje się jak z przyczyn zależnych od Wykonawcy w przypadku gdy:

- 1) wszczęte zostało postępowanie upadłościowe w stosunku do Wykonawcy,
- 2) rozpoczęto likwidację firmy Wykonawcy,
- 3) Wykonawca stracił uprawnienia do wykonywania działalności objętej umową,
- 4) Wykonawca zaniechał realizacji umowy, tj. w sposób nieprzerwalny nie realizuje jej przez kolejnych 7 dni kalendarzowych,
- 5) Wykonawca pomimo uprzednich, pisemnych, co najmniej dwukrotnych zastrzeżeń ze strony Zamawiającego nie wykonuje usług zgodnie z postanowieniami umowy lub w istotny sposób narusza zobowiązania umowy,
- 6) W sytuacjach, o których mowa w pkt. 4 i 5 Zamawiający może odstąpić od umowy w trybie natychmiastowym bez zachowania okresu wypowiedzenia.

2. Oświadczenie o odstąpieniu od umowy powinno zostać złożone w terminie 30 dni od daty powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę odstąpienia od umowy"

Z opisu przesłanek odstąpienia w § 12 ust. 1 pkt 4 powyżej nie wynika, że dotyczy tylko okoliczności zawinionych przez Wykonawcę. Postanowienie umowne należy uznać zatem za niejednoznaczne, ponieważ przypadki odstąpienia od umowy powinny być uregulowane w sposób niebudzący wątpliwości i jednoznaczny. Odstąpienie od umowy nie może natomiast dotyczyć okoliczności niezawinionych, ponieważ taki skutek wykraczałby poza zasady odpowiedzialności z tytułu nienależytego wykonania umowy oraz stanowiłby naruszenie granic swobody kontraktowania. Niewątpliwie skutek taki należałoby uznać za nadmiernie uciążliwy i niezajdujący uzasadnienia w swobodzie kontraktowania wynikającej z art. 353¹kc. Zgodnie z art. 433 pkt 1 Pzp postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia. Przypadek, o którym mowa w pkt 4 nie stanowi takiego przypadku, zwłaszcza że opóźnienie może wynikać z braku współpracy przez Zamawiającego lub innych czynników niezależnych od Wykonawcy. Ponadto z uwagi na sankcyjny charakter pkt 4 konieczne jest uprzednie wezwanie Wykonawcy

przez Zamawiającego wraz z wyznaczeniem terminu na przystąpienie do realizacji usług nie krótszego niż 3 dni robocze (pkt 5 już przewiduje takie wezwanie). Tym samym skutek w postaci odstąpienia od umowy byłby nieproporcjonalny do naruszenia, np. w sytuacji gdyby Wykonawca zaniechał realizacji umowy z powodu czynników zależnych od Zamawiającego lub siły wyższej. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 10 lipca 2018 r. sygn. akt KIO 1266/18, LEX nr 2541866 w którym KIO odniosła się do możliwości nadużywania pozycji dominującej przez Zamawiającego: „zasada swobody umów, opisana w art. 353¹ k.c., doznaje szczególnego ograniczenia na gruncie zamówień publicznych w ten sposób, że zamawiający jest w istocie w sposób jednostronny uprawniony do kształtowania warunków przyszłej umowy, m.in. z uwagi na ograniczenie możliwości podjęcia swobodnej decyzji co do wyboru kontrahenta. Niemniej jednak, uprawnienie to nie może mieć charakteru absolutnego”.

Projektowana umowa w sprawie zamówienia publicznego nie może przewidywać postanowień dotyczących odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie.

Analiza orzecznictwa KIO jeszcze na gruncie ustawy z 2004 r. pozwala uznać, że zastrzeżenie odpowiedzialności wykonawcy tytułem opóźnienia często jest nieuzasadnione charakterem zamówienia i pociągaza sobą zbyt duże ryzyko po stronie wykonawcy. Tak min. wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1585/19

Żądanie:

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 12 ust. 1 pkt 4 zgodnie z zarzutem.

Poniżej proponowane brzmienie:

„4) Wykonawca zaniechał realizacji umowy, tj. w sposób nieprzerwalny nie realizuje jej przez kolejnych 7 dni kalendarzowych przy czym brak realizacji umowy wynika z powodów zawinionych i zależnych od Wykonawcy”.

12. Ad zarzut 3

Brak klauzuli waloryzacyjnej

W powiązaniu z podniesionym wyżej zarzutem 2 lit. a należy uznać, że skoro umowa będzie obowiązuje przez okres dłuższy niż 12 miesięcy Zamawiający powinien we wzorze umowy zawrzeć postanowienia dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Zgodnie z art. 439 ust. 1 Pzp umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 4 maja 2022 r., sygn. akt KIO 1085/22, LEX nr 3362688: *„w myśl art. 439 ust. 1 p.z.p., ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek zawarcia w postanowieniach umownych zasad związanych ze zmianą wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w innych przypadkach niż w tych określonych przepisem art. 436 p.z.p. Podkreślić należy, iż obowiązek taki wynika wprost z treści omawianego przepisu.*

Ustawodawca nie posłużył się bowiem sformułowaniem "miękkim", np. "może zawierać" ale wprost wskazał, że umowa ma zawierać (zawiera) odpowiednie postanowienia. Brak takich postanowień umownych jest działaniem contra legem". Istotą klauzuli z art. 439 p.z.p. jest określenie w umowie w sprawie zamówienia publicznego różnicy cen materiałów lub kosztów, która uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia (art. 439 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP.). *„Konstrukcja taka implikuje konieczność uwzględnienia następujących elementów składowych klauzuli:*

- 1) *po pierwsze, umowa musi określać te materiały lub koszty, których zmiana ceny będzie powodowała waloryzację wynagrodzenia. Ustawa nie narzuca zamawiającemu, jakiego rodzaju materiały lub koszty wskaże jako determinujące zmianę wynagrodzenia. W świetle przepisu art. 439 p.z.p. dopuszczalne będą zarówno klauzule określające swego rodzaju koszyk materiałów lub kosztów (np. przy robotach mostowych zmiana cen betonu towarowego i stali zbrojeniowej), jak i klauzule oparte na zmianie ceny tylko jednego materiału lub kosztu (np. przy usłudze transportowej zmiana ceny paliwa). Materiały i koszty przywołane przez zamawiającego jako podstawa określenia zmiany ich ceny muszą być materiałami i kosztami wycenionymi w ofercie. Artykuł 439 ust. 4 p.z.p. stanowi bowiem wyraźnie, że przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się zarówno wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie;*
- 2) *po wtóre, umowa powinna określać również poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia, czyli procentową wysokość zmiany ceny (lub cen) materiałów lub kosztów, która rodzi roszczenie o zmianę wynagrodzenia. Umownie określona zmiana cen kosztów lub materiałów jest zdarzeniem warunkującym zmianę wynagrodzenia należnego na podstawie umowy. Jednocześnie widać, iż ustawa pozwala konstruować takie klauzule, które doprowadzą do zmiany wynagrodzenia dopiero wówczas, gdy zmiana cen przekroczy określoną wielkość, przy czym wielkość tej różnicy została pozostawiona decyzji samego zamawiającego. Pozwala to na wprowadzenie mechanizmów eliminujących konieczność korekty wynagrodzenia, gdy wahania cen są tak nieistotne, że w istocie nie mają realnego wpływu na koszty realizacji zamówienia. Jednocześnie wprowadzenie do klauzuli z art. 439 p.z.p. postanowień uzależniających zmianę wynagrodzenia od wystąpienia znacząco dużej zmiany cen całkowicie wypacza sens i cel tego przepisu.*

Na gruncie art. 439 p.z.p. dopuszczalne jest także oznaczanie poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów poprzez umowny wskaźnik zmiany cen odejmujący zmiany cen różnych materiałów i kosztów jako elementów składowych tego wskaźnika” (tak: Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX)

W § 2 wzoru umowy błędnie określił termin realizacji umowy (szczegółowo omówione przez Odwołującego w zarzucie nr 4) - Zamawiający wskazał, że usługa odbioru i zagospodarowania odpadów realizowana będzie przez okres 12 miesięcy, do którego to okresu należy doliczyć okres przygotowawczy wynoszący co najmniej 2 miesiące od dnia podpisania umowy do dnia rozpoczęcia świadczenia usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, który jest niezbędnym, aby

Wykonawca mógł rozpocząć realizację zamówienia (przed rozpoczęciem realizacji usługi odbioru i zagospodarowania konieczne jest m. in. uzgodnienie harmonogramu, przekazanie go mieszkańcom, przekazanie worków mieszkańcom itd.). Dopiero suma w/w okresów tj. 12 miesięcy świadczenia usługi odbioru i zagospodarowania oraz 2 miesięcy okresu przygotowawczego liczonego od dnia zawarcia umowy, do dnia rozpoczęcia realizacji usługi odbioru i zagospodarowania, to faktyczny czas realizacji zamówienia, który przekracza 12 miesięcy. Przy umowach na usługi odbioru i zagospodarowania odpadów konieczne jest wyznaczenie okresu przygotowawczego i wyodrębnienie go z okresu rzeczywistej realizacji zamówienia.

Czynności, które Wykonawca musi zrealizować, aby przygotować się do świadczenia usługi, same w sobie nie realizują celów, dla jakich Zamawiający udziela zamówienia tj. nie wchodzi w okres 12 miesięcy, lecz je poprzedzają, gdyż w tym czasie faktyczna usługa odbioru i zagospodarowania odpadów nie będzie realizowana. Ponadto celem udzielenia zamówienia nie jest np. przygotowanie harmonogramu, lecz odbiór i zagospodarowanie odpadów.

W związku z powyższym, biorąc pod uwagę postanowienia art. 439 ust. 1 i 2 ustawy PZP we wzorze umowy konieczne jest przewidzenie klauzuli waloryzacyjnej, umożliwiającej zmianę wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadku zmiany przepisów prawa jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę oraz zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Odwołujący wskazuje również, że w niniejszym zamówieniu, waloryzacji podlegać powinny również ceny jednostkowe, które stanowią ceny rozliczeniowe, a nie tylko łączna wysokość wynagrodzenia. Pominięcie cen jednostkowych w ramach waloryzacji oznaczałoby, że postanowienia umowy miałyby charakter niejednoznaczny.

Ze względu na charakter realizowanego zamówienia, którego podstawą jest świadczenie usługi opartej o transport odpadów, zasadne jest przewidzenie waloryzacji w szczególności w przypadku wzrostu kosztów paliwa. Odwołujący wskazuje, że z uwagi na aktualną sytuację rynkową i polityczną nie jest możliwe do przewidzenia, w jaki sposób nastąpić będzie wzrost kosztów niezbędnych do świadczenia usługi, w szczególności kosztów paliwa. Tym samym zasadne jest w ramach prawidłowej realizacji zasady swobody umów uwzględnienie także waloryzacji wynagrodzenia i cen jednostkowych ze względu na wzrost cen paliwa. Przewidzenie takiej waloryzacji pozwala na bardziej precyzyjną kalkulację cen ofertowych i jest korzystne także dla Zamawiającego. Wykonawca nie musi bowiem uwzględniać dużego zakresu ryzyka w kalkulacji i „zawyżać” ceny oferty poprzez uwzględnienie w niej ryzyka drastycznego wzrostu ceny paliwa.

Uregulowania zawarte w art. 439 ust. 1 i 2 ustawy PZP mają charakter bezwzględnie obowiązujący, a zatem stanowią ustawowe ograniczenie swobody umów zawieranych w sprawie zamówień publicznych, które obligatoryjnie muszą zawierać klauzule waloryzacyjne. Jednocześnie, biorąc pod uwagę, że za kształtowanie postanowień tych umów odpowiedzialny jest zamawiający, który ma obowiązek przestrzegać zasady proporcjonalności, uzasadniony jest wniosek, że do natury stosunku zobowiązaniowego zawieranego w wyniku przeprowadzenia

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy zachowanie ekwiwalentności świadczeń na poziomie zbliżonym do ustalonego w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty.

Jak trafnie wskazuje się w doktrynie, stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowie w sprawie zamówienia publicznego pozwala na zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę, minimalizując ryzyko pokrzywdzenia obu stron umowy na skutek zmiany siły nabywczej pieniądza w okresie realizacji zamówienia. Klauzule te zapewniają bowiem konieczną elastyczność w kształtowaniu kosztów związanych z realizacją zamówienia w dłuższym okresie, umożliwiając jednocześnie bieżące dostosowanie stosunku zobowiązaniowego łączącego zamawiającego z wykonawcą do zmiany okoliczności. Obligatoryjne stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy zdejmuje z wykonawcy ciężar zadeklarowania w ofercie niezmienną cenę, co prowadziło do jednostronnego obciążenia wykonawcy ryzykiem późniejszej zmiany stosunków gospodarczych.

Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy jest również korzystna dla zamawiających, gdyż umożliwia ponoszenie przez nich rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, bez wliczania ryzyka ich wzrostu już w cenę oferty. Wreszcie wskazuje się, że stosowanie klauzul waloryzacyjnych zapobiega również powstawaniu sytuacji, kiedy wykonanie zamówienia przestaje być opłacalne, a tym samym sprzyja trwałości stosunku umownego, co niewątpliwie jest korzystne dla obu stron umowy [por. M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, komentarz do art. 439, Warszawa 2021 oraz A. Matusiak, Waloryzacja umów, Zamówienia Publiczne. Doradca. 2021, nr 9].

Dodatkowo, jak słusznie zwrócił na to uwagę Urząd Zamówień Publicznych, klauzule waloryzacyjne zyskują na znaczeniu zwłaszcza w aktualnej sytuacji gospodarczej, w której obserwujemy m.in. znaczny wzrost cen materiałów i robót budowlanych, braki kadrowe i sprzętowe, wstrzymanie dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu czy też w realizacji usług transportowych. Wskazane przykładowo czynniki zewnętrzne wywierają wpływ na opłacalność realizowanego zamówienia i mogą znacząco ograniczać płynność przedsiębiorstw, stąd niezmiernie istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych jest prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej. Klauzula waloryzacyjna sformułowana w sposób precyzyjny, z poszanowaniem interesów stron kontraktu publicznego, pozwoli ochronić interesy finansowe wykonawcy, zaś zamawiającemu zapewni należyta, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego.

Jak wskazano w orzeczeniu KIO 3600/21 „Skoro prawidłowo skonstruowana klauzula waloryzacyjna powinna służyć równomiernemu rozłożeniu ryzyka kontraktowego i być adekwatna do aktualnej sytuacji rynkowej, należy uznać, że Zamawiający zarówno za wysoko określił próg zmiany wskaźnika inflacji warunkującego uprawnienie do waloryzacji, jak i zbyt nisko określił maksymalną granicę zmiany wynagrodzenia wykonawcy.”

W tym przypadku doszło natomiast do rażącego naruszenia ustawy poprzez brak klauzuli waloryzacyjnej.

