

ZP/PN/2/2022

WYJAŚNIENIA TREŚCI SWZ

dot.: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Numer sprawy: ZP/PN/2/2022.

Dotyczy :

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i domków letniskowych, stadionu, z terenu miasta i gminy Chorzele oraz odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych z terenu miasta i gminy Chorzele”,

W odpowiedzi na skierowane do Zamawiającego zapytania dotyczące treści specyfikacji warunków zamówienia informujemy:

Pytanie 1.

W § 15 załącznika nr 11 do SWZ – wzór umowy, Zamawiający przewidział klauzulę waloryzacyjną. Ta klauzula jest niezgodna z art. 439 ust. 1 p.z.p., ponieważ jej konstrukcja w praktyce uniemożliwia waloryzację wynagrodzenia. Wynika to z poniższych przyczyn:

1. Klauzula waloryzacyjna znajduje zastosowanie dopiero po 20% wzroście cen materiałów/kosztów przy czym miernikiem jest tu przeciętne miesięczne wynagrodzenie brutto w sektorze przedsiębiorstw liczone od dnia zawarcia umowy.
2. W okresie trwania umowy przeciętne miesięczne wynagrodzenie brutto w sektorze przedsiębiorstwa musiałoby więc wzrosnąć o 20%. Dla porównania: przeciętne miesięczne wynagrodzenie brutto w sektorze przedsiębiorstw na podstawie danych GUS w stosunku rok do roku (listopad 2021 – listopad 2022) wzrosło o 13%. Obecne tempo wzrostu wynagrodzeń nie nadąża za wzrostem inflacji, która w listopadzie 2022 r. wyniosła 17,9%.
3. Już z tego powodu osiągnięcie 20% progu do waloryzacji umowy, przy zastosowaniu miernika opisanego w umowie, powoduje, że klauzula waloryzacyjna nie zostanie w praktyce zastosowana.
4. Co więcej, zgodnie z umową wzrost cen badany jest co 6 miesięcy, a umowa zawierana jest na rok. Klauzula waloryzacyjna odnosi się do niezrealizowanego zakresu umowy (i wywiera skutek od dnia podpisania aneksu), co w praktyce oznacza, że zwaloryzować wynagrodzenie będzie można co najwyżej raz - na koniec umowy nie zostanie wykonawcy niezrealizowany zakres umowy (mówiąc wprost: druga waloryzacja wypada).
5. Ponadto, badanie wzrostu cen co 6 miesięcy powoduje, że osiągnięcie wzrostu kosztów o 20% przy zastosowaniu miernika przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia brutto w sektorze przedsiębiorstw (liczonego od dnia podpisania umowy) jest tym bardziej nierealne, ponieważ „szansa” na 20% wzrost przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia przez 6 miesięcy jest jeszcze mniej realna niż przez okres roku.
6. Listę powyższych zarzutów uzupełnia fakt, że maksymalna waloryzacja może wynieść jedynie 5% wynagrodzenia umownego, ale za jednym razem można zwaloryzować wynagrodzenie o nie więcej niż 5% wartości niezrealizowanych usług. Narzucenie maksymalnego progu – biorąc pod uwagę, że waloryzacja, jeśli w ogóle nastąpi, może wynieść maksymalnie 5% wartości niezrealizowanych usług – stanowi więc fikcję.

7. Poza tym klauzula waloryzacyjna nie narzuca Zamawiającemu żadnych rygorów co do terminu realizacji uprawnienia do waloryzacji – Zamawiający może więc przedłużać procedurę zmiany umowy w taki sposób, że pozostały do realizacji zakres usług będzie na tyle niewielki, iż waloryzacja pozostanie bez realnego wpływu na wysokość wynagrodzenia wykonawcy.
8. Ponadto, wprowadzenie jako miernika wzrostu cen materiałów lub kosztów wskaźnika przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia brutto w sektorze przedsiębiorstw pozostaje w niewielkim związku z przedmiotem umowy. Z punktu widzenia wykonawcy, kluczowym kosztem w realizacji umowy są ceny paliwa i materiałów eksploatacyjnych oraz ceny zagospodarowania odpadów, które z kolei zależą od cen energii oraz popytu i podaży na surowce powstałe z zagospodarowania.
9. Wprowadzenie do przepisów p.z.p. obowiązku wprowadzania do postanowień umownych klauzul waloryzacyjnych, miało zapewnić równowagę stron umowy w sprawie zamówienia publicznego. Waloryzacja nie stanowi wzrostu wynagrodzenia wykonawcy, a jedynie przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej stron umowy zachwianej określonymi zdarzeniami, które mogą mieć miejsce w trakcie jej realizacji.

Sąd Okręgowy w Warszawie, w wyroku z 31.03.2022 r., sygn. akt XXIII Zs 12/22, orzekł, że:

zadaniem waloryzacji umownej jest zatem urealnienie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmian ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją kontraktu publicznego. Warto również podkreślić, iż ten mechanizm urealnienia wynagrodzenia wykonawcy w zależności od okoliczności (wzrostu lub spadku cen lub kosztów) dotyczy zarówno podwyższenia, jak i obniżenia wynagrodzenia. Zapewnia tym samym równość stron czy prawidłowy rozkład ryzyk kontraktowych.

W ocenie wykonawcy utrzymywanie tak skonstruowanej klauzuli waloryzacyjnej, jak w § 15 załącznika nr 11 do SWZ – wzór umowy, stanowi naruszenie przepisów p.z.p., co może jednocześnie stanowić naruszenie dyscypliny finansów publicznych przez Zamawiającego.

Jak bowiem wynika z wytycznych Prokuraturii Generalnej RP pt. „Zmiana umowy z uwagi na nadzwyczajny wzrost cen (waloryzacja wynagrodzenia) - podstawowe zagadnienia”, działanie zamawiającego, który uniemożliwia waloryzację wynagrodzenia wykonawcy, co zmusza go do sądowego dochodzenia zmiany wynagrodzenia umownego, może stanowić przejaw niegospodarności: Porównanie prawdopodobnych w konkretnych okolicznościach scenariuszy może prowadzić do wniosku, że działaniem, które można ocenić jako niegospodarne byłaby odmowa podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy mimo spełnienia przesłanek dopuszczalności zmiany umowy, zwłaszcza, gdy wykonawca może choćby potencjalnie, skutecznie żądać podwyższenia wynagrodzenia na podstawie klauzul rebus sic stantibus.

W ocenie wykonawcy konieczna jest modyfikacja klauzuli waloryzacyjnej z § 15 załącznika nr 11 do SWZ – wzoru umowy, w następujący sposób:

1. Na podstawie art. 439 ust. 1 pzp, Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia określonego w § 8 ust. 2 Umowy w przypadku zmiany kosztów związanych z realizacją zamówienia. Poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia uprawnijający Strony Umowy do żądania zmiany wynagrodzenia ustala się na 5% w stosunku do poziomu cen tych samych materiałów lub kosztów z dnia składania ofert. Waloryzacja wynagrodzenia określonego w § 8 ust. 2 Umowy nastąpi najwcześniej w terminie 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy.
2. W okolicznościach wskazanych w ust. 1 powyżej, Wykonawca jest uprawniony złożyć Zamawiającemu pisemny wniosek o zmianę wynagrodzenia określonego w § 8 ust. 2 Umowy w zakresie usług pozostających do realizacji na dzień złożenia wniosku o waloryzację wynagrodzenia. Wniosek o waloryzację wynagrodzenia będzie zawierał wyliczenie kwoty wynagrodzenia po waloryzacji, wskazanie zaistnienia okoliczności, o których mowa w ust. 1 powyżej, uzasadniających waloryzację wynagrodzenia Wykonawcy, a także wykazanie wzrostu kosztów związanych z realizacją zamówienia.
3. W okolicznościach wskazanych w ust. 1 powyżej, Zamawiający jest uprawniony złożyć Wykonawcy pisemny wniosek o zmianę wynagrodzenia określonego w § 8 ust. 2 Umowy w zakresie usług

pozostających do realizacji na dzień złożenia wniosku o waloryzację wynagrodzenia. Wniosek o waloryzację wynagrodzenia będzie zawierał wyliczenie kwoty wynagrodzenia po waloryzacji, wskazanie zaistnienia okoliczności, o których mowa w ust. 1 powyżej, uzasadniających waloryzację wynagrodzenia Wykonawcy, a także wykazanie obniżenia kosztów związanych z realizacją zamówienia.

4. Miernikami zmiany ceny kosztów związanych z realizacją zamówienia są:
 - a. dla kosztów zagospodarowania odpadów – cenniki instalacji do zagospodarowania odpadów, w których Wykonawca realizuje usługę zagospodarowania (w przypadku instalacji niepowiązanych kapitałowo lub osobowo z Wykonawcą);
 - b. dla pozostałych kosztów związanych z realizacją zamówienia oraz dla kosztów zagospodarowania odpadów w instalacjach powiązanych kapitałowo lub osobowo z Wykonawcą - miesięczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych publikowany przez GUS na stronie internetowej: <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/wskazniki-cen-towarow-i-uslug-konsumpcyjnych-pot-inflacja-/miesieczne-wskazniki-cen-towarow-i-uslug-konsumpcyjnych-od-1982-roku/>
5. Obowiązek wykazania związku z realizacją zamówienia kosztów ulegających wzrostowi lub obniżeniu spoczywa na stronie, która na tę okoliczność się powołuje.
6. łączna wartość zmian wynagrodzenia w ramach opisanej w tym paragrafie waloryzacji nie może przekroczyć 10% wynagrodzenia określonego w § 8 ust. 2 Umowy.
7. W przypadku zmiany wynagrodzenia w ramach opisanej w tym paragrafie waloryzacji, Wykonawca zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom kosztów dotyczącym zobowiązania podwykonawcy.
8. Zmiana wynagrodzenia, o których mowa w tym paragrafie, będzie obejmowała usługi realizowane przez Wykonawcę od dnia złożenia wniosku, o którym mowa w ust. 2 lub 3 powyżej.
9. Wszystkie zmiany i uzupełnienia Umowy wymagają formy pisemnej pod rygorem nieważności w formie aneksu, podpisanego przez obie Strony.

W związku z powyższym prosimy o wyjaśnienie treści SWZ w następującym zakresie:

1. Czy Zamawiający dopuszcza wprowadzenie modyfikacji klauzuli waloryzacyjnej, o której mowa w § 15 załącznika nr 11 do SWZ – wzór umowy, w sposób umożliwiający jej praktyczne działanie (np. w sposób określony w treści tego wniosku)?
2. W przypadku odpowiedzi przeczącej, czy wykonawcy powinni doliczyć potencjalny wzrost kosztów realizacji zamówienia do ceny składanych w tym postępowaniu ofert?

Odpowiedź:

- Ad. 1. Zamawiający dopuszcza wprowadzenie modyfikacji klauzuli waloryzacyjnej, o której mowa w § 15 załącznika nr 11 do SWZ – wzór umowy, dokonując zmian zapisów w umowie, które po zmianie otrzymują następujące brzmienie:

§ 15.

Zmiana wysokości wynagrodzenia

w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją umowy

1. Na podstawie art. 439 ust. 1 pzp, Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia określonego w § 8 ust 2 Umowy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia uprawniający Strony Umowy do żądania zmiany wynagrodzenia ustala się na 5% w stosunku do poziomu cen tych samych materiałów lub kosztów z dnia składania ofert. Waloryzacja wynagrodzenia określonego w § 8 ust.2 Umowy nastąpi najwcześniej po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

2. W sytuacji wzrostu ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia powyżej 5% Wykonawca jest uprawniony złożyć Zamawiającemu pisemny wniosek o zmianę wynagrodzenia określonego w § 8 ust. 2 Umowy w zakresie usług pozostających do realizacji na dzień złożenia wniosku o waloryzację wynagrodzenia. Wniosek o waloryzację wynagrodzenia będzie zawierał wyliczenie kwoty po waloryzacji, wskazanie zaistnienia okoliczności, o których mowa w ust. 1 powyżej, uzasadniających waloryzację wynagrodzenia Wykonawcy a także wykazanie kosztów związanych z realizacją zamówienia oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia po zmianie Umowy. Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i wskazanie podstaw prawnych oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie Umowy.
3. W sytuacji spadku ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia powyżej 5% Zamawiający jest uprawniony złożyć Wykonawcy pisemny wniosek o zmianę wynagrodzenia określonego w § 8 ust. 2 Umowy w zakresie usług pozostających do realizacji na dzień złożenia wniosku o waloryzację wynagrodzenia. Wniosek o waloryzację wynagrodzenia będzie zawierał wyliczenie kwoty po waloryzacji, wskazanie zaistnienia okoliczności, o których mowa w ust. 1 powyżej, uzasadniających waloryzację wynagrodzenia Wykonawcy a także wykazanie kosztów związanych z realizacją zamówienia oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia po zmianie Umowy. Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i wskazanie podstaw prawnych oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie Umowy.
4. Miernikiem zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia są:
 - a) dla kosztów zagospodarowania odpadów- cenniki instalacji do zagospodarowania odpadów, w których Wykonawca realizuje usługę zagospodarowania (w przypadku instalacji niepowiązanych kapitałowo lub osobowo z Wykonawcą);
 - b) dla pozostałych kosztów związanych z realizacją zamówienia oraz dla kosztów zagospodarowania odpadów w istniejących powiązanych kapitałowo lub osobowo z Wykonawcą – miesięczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych publikowany przez GUS na stronie internetowej GUS.
5. Obowiązek wykazania związku z realizacją zamówienia kosztów ulegających wzrostowi lub obniżeniu spoczywa na stronie, która na tę okoliczność się powołuje.
6. Łączna wartość zmian wynagrodzenia w ramach opisanej w tym paragrafie waloryzacji nie może przekroczyć 5 % wynagrodzenia określonego w § 8 ust.2 Umowy.
7. W przypadku zmiany wynagrodzenia w ramach opisanej w tym paragrafie waloryzacji, Wykonawca zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy.
8. Zmiana wynagrodzenia, o którym mowa w tym paragrafie, będzie obejmowała usługi realizowane przez Wykonawcę od dnia złożenia wniosku, o którym mowa w ust. 2 lub 3 powyżej.
9. Wszystkie zmiany i uzupełnienia Umowy wymagają formy pisemnej pod rygorem nieważności w formie aneksu, podpisanego przez obie Strony.

Ad.2. W przypadku odpowiedzi przeczącej, czy wykonawcy powinni doliczyć potencjalny wzrost kosztów realizacji zamówienia do ceny składanych w tym postępowaniu ofert?

Zamawiający udzielił odpowiedzi twierdzącej na pierwsze pytanie.

Pytanie 2.

W rozdziale II pkt. III 11 SWZ - Zamawiający ustanowił warunek, że **w przypadku rozbieżności pomiędzy masą wskazaną w punkcie ważenia w Chorzeliach, a masą wskazaną w punkcie firmy, za prawidłową masę ważenia będzie uznana masa ważenia w miejscowości Chorzelo.**

Przy tak skonstruowanym warunku nie sposób uniknąć rozbieżności między masą przekazywanych odpadów, a masą odpadów stwierdzaną przy przyjęciu przez posiadacza przejmującego odpady.

Przyczyną mogą być zarówno ubytki naturalne (spowodowane przykładowo parowaniem wody), ale również różne wskazania wag u obu podmiotów (co się zdarza nawet w przypadku stosowania legalizowanych wag przez oba podmioty). Obowiązujące przepisy nie zawierają procedury postępowania w przypadku powstania rozbieżności pomiędzy posiadaczami odpadów odnośnie do wagi przekazywanych/przejmowanych odpadów, a więc powinno zostać to uzgodnione przez tych posiadaczy odpadów. Przy ważeniu pojazdów pod uwagę należy wziąć czynniki o charakterze zmiennym, takie jak np. masa samochodu wraz z paliwem.

Takie ukształtowanie postanowień SWZ ma realne przełożenie na ewidencję odpadów, prowadzoną za pośrednictwem systemu BDO, co może potencjalnie narażać wykonawcę na konsekwencje administracyjne, jak i wynikające z umowy.

Te ryzyka wykonawcy muszą wziąć pod uwagę kalkulując cenę oferty w postępowaniu.

W związku z powyższym wnosimy o wyjaśnienie, czy Zamawiający dopuszcza modyfikację rozdziału II pkt. III 11 SWZ poprzez określenie domyślnego miejsca ważenia odpadów w instalacji, w której zagospodarowywane są odpady, a nie w punkcie wagowym w miejscowości Chorzele, bez względu na rodzaj odpadów.

W związku z powyższym wnosimy o zmianę wskazanego postanowienia SWZ w następujący sposób:

W przypadku rozbieżności pomiędzy masą odpadów wskazaną w punkcie ważenia w Chorzelach i w PSZOK a masą wskazaną w instalacji, do której Wykonawca przekazuje te odpady, za prawidłową masę będzie uznana masa ważenia w instalacji, do której Wykonawca przekazuje odpady, chyba że Zamawiający poweźmie uzasadnione obawy, co do rzetelności ważenia, wówczas za prawidłową masę będzie uznana masa ważenia w miejscowości Chorzele.

Odpowiedź:

Zamawiający nie dopuszcza modyfikacji w rozdziale II pkt. III 11 SWZ. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 października 2021 r, KIO 2768/21 należy rozróżnić obowiązki sprawozdawcze gminy od sposobu rozliczenia wynagrodzenia z wykonawcą realizującym zamówienie na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych. Fakt, że jednostka zamawiająca wykorzystuje karty KPOK/KPO do innych celów nie oznacza, że brak zapłaty wynagrodzenia na ich podstawie w przetargu automatycznie powoduje jakąś sprzeczność z przepisami prawa. Narzucenie zamawiającemu sposobu rozliczenia wynagrodzenia, dlatego, że wykonawca uważa dany sposób za lepszy dla przedsiębiorcy jest nieracjonalne.

Zamawiający informuje, że pytania oraz odpowiedzi na nie stają się integralną częścią specyfikacji warunków zamówienia i będą wiążące przy składaniu ofert.

Do wiadomości:

- wszyscy uczestnicy

Z up. BURMISTRZA
Regina Grzelak
mgr Regina Grzelak
ZASTĘPCA BURMISTRZA
MIASTA I GMINY CHORZELE