

WYROK

Warszawa, dnia 6 listopada 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Matecka

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 września 2025 r. przez wykonawcę [REDAKTOWANE] Sp. z o.o. z siedzibą w [REDAKTOWANE] w postępowaniu prowadzonym przez Gminę [REDAKTOWANE]

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w części zakresie zarzutu nr 1 oraz 2 oraz w części w zakresie zarzutu nr 3 i nakazuje zamawiającemu:
 - 1.1 usunięcie kary umownej, o której mowa w § 12 ust. 1 lit e) projektu umowy w zakresie dotyczącym nieosiągnięcia wymaganych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych albo zmianę tego postanowienia w ten sposób, aby kara była przewidziana za niewykonanie lub nienależyte wykonanie obowiązków umownych mających na celu umożliwienie zamawiającemu osiągnięcie wymaganych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, w szczególności obowiązków wskazanych w § 4 ust. 1 lit. k) projektu umowy;
 - 1.2 zmianę klauzuli waloryzacyjnej zawartej w § 16 projektu umowy przez obniżenie poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniającego strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy, o którym mowa w § 16 ust. 3 pkt 1 projektu umowy, przez jego obniżenie – co najmniej do poziomu 5%, z uwzględnieniem dalszych koniecznych zmian w projekcie umowy.
2. W pozostałym zakresie oddać odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciążyć odwołującego w części 1/2 oraz zamawiającego

w części 1/2 i:

- 3.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą $\frac{1}{2}$ wpisu od odwołania uiszczzonego przez odwołującego;
- 3.3. znosi wzajemnie między stronami koszty poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina [REDAKTOWANO] (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących od właścicieli zamieszkałych nieruchomości z terenu Gminy [REDAKTOWANO] w okresie od 01.03.2026 r. do 29.02.2028 r.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 19 września 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr [REDAKTOWANO].

I. W dniu 29 września 2025 r. wykonawca [REDAKTOWANO] Sp. z o.o. z siedzibą w [REDAKTOWANO] (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i treści dokumentów zamówienia, w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów, w tym przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”):

1. art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 433 pkt 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 417 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2023 r., poz. 1610 j.t. ze zm.), dalej jako „k.c.” i w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób kreujący obowiązek wykonawcy, który jest niemożliwy do zrealizowania. Obowiązkiem tym jest osiągnięcie rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych wskazanych w art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej: „poziomu recyklingu”), który ustawodawca nakłada na Zamawiającego, a który to obowiązek, na podstawie postanowień pkt § 12 ust. 1 lit. e wzoru umowy Zamawiający przenosi na wykonawcę, pomimo, że wykonawca nie jest adresatem normy prawnej określonej w ww. przepisie ustawy (nie posiada uprawnień do egzekwowania od mieszkańców prawidłowego segregowania odpadów) oraz ze wskazaniem, że naruszenie przepisu polega na tym, że w takim przypadku Zamawiający obarczył wykonawcę całkowitą odpowiedzialnością za osiągnięcie poziomów recyklingu, o których mowa w art. 3b ust. 1 u.c.p.g. pod rygorem nałożenia kary umownej, co świadczy to o nałożeniu kary umownej w oderwaniu od okoliczności,

za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi (art. 471 k.c.) oraz art. 433 pkt 2 i 3 ustawy Pzp. Ponadto z uwagi na fakt, że:

- a) poziomy recyklingu liczone są dla Zamawiającego z wielu różnych źródeł, z których jednym tylko jest umowa jaka ma być realizowana w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego przetargu, rażącym naruszeniem zasady proporcjonalności jest ustanowienia kary umownej liczonej od całości kary jaką ma zapłacić Zamawiający, a nie tylko od tej części strumienia odpadów, która stanowi przedmiot umowy,
- b) ustawa z dnia 13 lipca 2023 r. o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1852) – powoduje, że od 1 października 2025 roku ma zacząć obowiązywać system kaucyjny w Polsce, który pozbawi wykonawców przedmiotowego zamówienia odpadów, które mają kluczowe znaczenie w osiągnięciu poziomu recyklingu, natomiast Zamawiający odpady pochodzące z „systemu kaucyjnego” może wliczyć do swojego poziomu recyklingu. Wpływ wejścia w życie systemu kaucyjnego na sposób realizacji usługi jest trudny do przewidzenia, a przekłada się on na możliwości osiągnięcia poziomów recyklingu przez Wykonawcę;
- c) istnieje problem słabej jakości selektywnej zbiórki odpadów komunalnych „u źródła” – największa grupa odpadów w całym strumieniu – około 50% to odpady zmieszane, z których możliwe jest odzyskanie ok 2-3%;
- d) mieszkańcy mogą kompostować odpady ulegające biodegradacji w przydomowych kompostownikach, co bezpośrednio wpływa na ograniczenie możliwości osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu przez Wykonawcę;
- e) Wykonawca nie ma wpływu na to, jakie odpady zostaną wytworzone przez mieszkańców i właścicieli nieruchomości objętych gminnym systemem odbioru odpadów komunalnych;
- f) z najnowszych uwarunkowań prawnych w zakresie rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oraz poziomów składowania, zmienionych uwarunkowań prawnych co do metodologii wyliczenia tych poziomów, spadającego popytu na surowce,
- g) Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kary umownej za nieosiągnięcie rocznego poziomu recyklingu w sytuacji, gdy realizowane przez usługi świadczone nie będą przez czas odpowiadający rokowi kalendarzowemu, innymi słowy Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kary za nieosiągnięcie rocznego poziomu recyklingu także wtedy gdy realizował będzie usługę tylko przez np. przez 10 miesięcy w 2026 r i 2 miesiące w 2028 r. (!);

z powyżej wskazanych powodów Odwołujący wskazuje, że Zamawiający określił w §12 ust. 1 lit. e wzoru umowy obowiązek zapłaty kary umownej za niewykonanie obowiązku spoczywającego de facto na gminie, a dot. osiągnięcia rocznych poziomów recyklingu w sposób niemożliwy do zrealizowania przez wykonawcę, a do tego na podstawie postanowień §12 ust. 1 lit. e wzoru umowy ustanowił kary umowne za niewykonanie tego obowiązku w sposób rażąco wygórowany i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz ustanowił obowiązek zapłaty kary umownej za okoliczności, za które Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności, co stanowi naruszenie art. 433 pkt 2, 3 ustawy Pzp w zw. z art. 471 k.c. oraz równowagi kontraktowej stron umowy oraz zasady zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a także zasady współzycia społecznego art. 5 k.c., co uniemożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ryzyk kontraktowych i prawidłową wycenę oferty. Już tylko zestawienie określonego w §12 ust. 1 lit. e wzoru umowy opisu kary umownej w zestawieniu z obowiązkiem określonym w rozdziale 8 pkt 4 ust. 5 SWZ oraz znanym Zamawiającemu na zasadzie faktu notoryjnego stanu faktycznego, zgodnie z którym nie jest możliwe osiągnięcie poziomów recyklingu (dane z poprzednich lat), powoduje, że wykonawca obciążany został odpowiedzialnością za nienależyte wykonanie umowy oraz ryzykiem kar umownych, których podstawa nałożenia na wykonawcę powstanie nawet przy dochowaniu przez wykonawcę najwyższej staranności, z powodów całkowicie od niezależnych od Wykonawcy, co czyni zaskarżone postanowienia dokumentacji przetargowej nieproporcjonalnymi do przedmiotu zamówienia;

ewentualnie (w przypadku uznania zarzutu wskazanego w pkt 1 powyżej za niezasadny):

2. art. 433 pkt 2, 3 ustawy Pzp w zw. z art. 471 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w z art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c. przez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych za nieosiągnięcie przez wykonawcę tzw. poziomów recyklingu tj. postanowień §12 ust. 1 lit. e wzoru umowy, bez uwzględnienia przez Zamawiającego okoliczności takich jak, to że:
 - a) poziomy recyklingu liczone są dla Zamawiającego z wielu różnych źródeł, z których jednym tylko jest umowa jaka ma być realizowana w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego przetargu, rażącym naruszeniem zasady proporcjonalności jest ustanowienia kary umownej liczonej od całości kary jaką ma zapłacić Zamawiający, a nie tylko od tej części strumienia odpadów, która stanowi przedmiot umowy

- b)** ustawa z dnia 13 lipca 2023 r. o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1852) – powoduje, że od 1 października 2025 roku ma zacząć obowiązywać system kaucyjny w Polsce, który pozbawi wykonawców przedmiotowego zamówienia odpadów, które mają kluczowe znaczenie w osiągnięciu poziomu recyklingu, natomiast Zamawiający odpady pochodzące z „systemu kaucyjnego” może wliczyć do swojego poziomu recyklingu. Wpływ wejścia w życie systemu kaucyjnego na sposób realizacji usługi jest trudny do przewidzenia, a przekłada się on na możliwości osiągnięcia poziomów recyklingu przez Wykonawcę;
- c)** istnieje problem słabej jakości selektywnej zbiórki odpadów komunalnych „u źródła” – największa grupa odpadów w całym strumieniu – około 50% to odpady zmieszane, z których możliwe jest odzyskanie ok 2-3%;
- d)** mieszkańcy mogą kompostować odpady ulegające biodegradacji w przydomowych kompostownikach, co bezpośrednio wpływa na ograniczenie możliwości osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu przez Wykonawcę;
- e)** Wykonawca nie ma wpływu na to, jakie odpady zostaną wytworzone przez mieszkańców i właścicieli nieruchomości objętych gminnym systemem odbioru odpadów komunalnych;
- f)** z najnowszych uwarunkowań prawnych w zakresie rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oraz poziomów składowania, zmienionych uwarunkowań prawnych co do metodologii wyliczenia tych poziomów, spadającego popytu na surowce – wysokich wymagań recyklerów co do odpadów podlegających recyklingowi,
- g)** Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kary umownej za nieosiągnięcie rocznego poziomu recyklingu w sytuacji, gdy realizowane przez usługi świadczone nie będą przez czas odpowiadający rokowi kalendarzowemu, innymi słowy Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kary za nieosiągnięcie rocznego poziomu recyklingu także wtedy gdy realizował będzie usługę tylko przez np. przez 10 miesięcy w 2026 r i 2 miesiące w 2028 r. (!);

Na wszystkie te okoliczności wykonawca nie ma wpływu (poza podejmowaniem akcji zachęcających mieszkańców do prawidłowej segregacji, których skuteczność jest ograniczona), a mimo to Zamawiający obarczył wykonawcę całkowitą odpowiedzialnością za osiągnięcie poziomów recyklingu, o których mowa w art. 3b ust. 1 u.c.p.g. pod rygorem nałożenia kary umownej. Świadczy to o nałożeniu kary umownej w oderwaniu od okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi (art. 471

k.c.) czyli o jednoczesnym naruszeniu art. 433 pkt 2,3 ustawy Pzp. W takich okolicznościach, nałożenie na wykonawcę kary umownej w takiej wysokości jak ta, wskazana w § 12 ust. 1 lit. e wzoru umowy, stanowi nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego z uwagi na wpływ Zamawiającego na poziomy recyklingu przy jednoczesnym ograniczonym wpływie wykonawcy na osiągnięcie poziomy recyklingu i odzysku;

3. art. 439 ust. 1 i 2 pkt 2, 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 3 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353[1] KC, art. 58 § 1 i 2 KC oraz art. 5 KC przez sformułowanie w § 16 ust. 3, 4, 5, 6 wzoru umowy - klauzuli waloryzacyjnej, zgodnie z którą:

- 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający Strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy, ustala się na poziomie powyżej 15% w stosunku do cen lub kosztów obowiązujących w terminie składania oferty,
- 2) początkowy termin ustalania zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy określa się od 180 dnia od rozpoczęcia realizacji zamówienia;
- 3) Zamawiający określa maksymalną, dopuszczalną wartość zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy w całym okresie realizacji zamówienia, w wyniku zastosowania postanowień na poziomie 5% ceny wybranej oferty;
- 4) pierwsza zmiana wynagrodzenia należnego Wykonawcy może nastąpić nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od daty rozpoczęcia realizacji zamówienia - z uwzględnieniem początku okresu waloryzacji, wskazanego w ust. 3 pkt 2) powyżej. Każda kolejna waloryzacja może być dokonywana po upływie kolejnych 12 miesięcy od poprzedniej waloryzacji i będzie wyliczana jako średnia arytmetyczna ze wskaźnika publikowanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za okres, który upłynął od poprzedniej waloryzacji
- 5) nie wskazano od kiedy waloryzacja wynagrodzenia będzie obowiązywać, podczas, gdy takim momentem powinien być moment, od którego Wykonawca ponosi wyższe koszty wynagrodzenia;
- 6) Zamawiający w taki sposób ukształtował klauzulę waloryzacyjną, że nie wynika z jej treści obowiązek przeprowadzenia waloryzacji – a jedynie jak napisał Zamawiający: „przewiduje” zmiany – zatem Zamawiający w tak podanej klauzuli przewiduje możliwość, ewentualność zmiany, podczas gdy z klauzuli

waloryzacyjnej wynikać powinno, że w sytuacji zaistnienia przesłanek do zmiany wynagrodzenia – strony zobowiązane są do odpowiedniej zmiany wynagrodzenia umownego, zmiana ma charakter niejako automatyczny, bez względu na wolę stron;

W konsekwencji powyższego waloryzacja będzie możliwa, jeżeli poziom wzrostu lub spadku ceny materiałów lub kosztów przekroczy 15% w stosunku do cen lub kosztów obowiązujących w terminie składania oferty, wpłynęła na koszty wykonania zamówienia, co powoduje, że klauzula waloryzacyjna w normalnych realiach, zgodnie ze znanymi w chwili ogłoszenia Postępowania prognozami gospodarczymi, nie będzie mogła być zastosowana. Zatem tak ustalony poziom wskaźnika czyni postanowienia w § 16 ust. 3, 4, 5, 6 wzoru umowy postanowieniami pozornymi. Z tych powodów Zamawiający dokonał naruszenia wskazanych powyżej przepisów i ukształtował klauzulę waloryzacyjną w sposób uniemożliwiający dokonanie prawidłowej i zgodnej z celem przepisów ustawy Pzp zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są usługi, została zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy. Ponadto Zamawiający ukształtował warunki zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane, ze zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z regulacją ustawy Pzp. Tak sformułowana klauzula prowadzi do obejścia przepisów prawa i czyni klauzulę waloryzacyjną pozorną.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. w zakresie zarzutu nr 1 i nr 2 - wykreślenia kar umownych ustanowionych na podstawie postanowień § 12 ust. 1 lit. e wzoru umowy;

lub ewentualnie

2. W zakresie zarzutu nr 1 i nr 2 - obniżenia wysokości kar umownych ustanowionych na podstawie postanowień § 12 ust. 1 lit. e wzoru umowy do poziomu maksymalnie 25% wartości kary, jaką zapłacić ewentualnie będzie musiał Zamawiający w przypadku nieosiągnięcia poziomów recyklingu w odniesieniu tylko do tej masy odpadów, która pochodzić będzie z realizacji przedmiotu zamówienia i którą faktycznie zapłaci Zamawiający. Tak, aby warunkiem obowiązku zapłaty kary umownej było jej wcześniejsze zapłacenie przez Zamawiającego.

3. W zakresie zarzutu nr 3 - zmiany postanowień § 16 ust. 3, 4, 5, 6 wzoru umowy, tak aby odpowiadała następującym warunkom:
- 1) Ceny jednostkowe, określone w ofercie Wykonawcy, w następnych latach trwania Umowy, podlegać będą waloryzacji o wysokość wskaźnika inflacji za kwartał poprzedni (ostatni kwartał 2024 r.), opublikowanego w Monitorze Polskim przez Prezesa GUS, w przypadku gdy wysokość tego wskaźnika przekroczy 2%. Stanowić to będzie różnicę pomiędzy wskaźnikiem inflacji za kwartał poprzedni a wartością 2%. Pierwsza waloryzacja nastąpić będzie mogła po upływie pierwszych 3 miesięcy realizacji Umowy, w sytuacji, gdy inflacja za ostatni kwartał 2024 r. będzie wyższa o więcej niż 2% w stosunku do inflacji z pierwszego kwartału 2025 r.
 - 2) Zrewaloryzowane ceny jednostkowe obowiązywać będą od pierwszego dnia następnego miesiąca po urzędowym ogłoszeniu wskaźnika inflacji w Monitorze Polskim i wprowadzone zostaną aneksem do Umowy.
 - 3) Wykonawca jest zobowiązany do wystąpienia pisemnego o wprowadzenie waloryzacji. Zamawiający jest zobowiązany do dokonania waloryzacji wynagrodzenia w przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w § 8 ust. 4 Umowy.
 - 4) Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia to 20% wysokości wynagrodzenia netto.
 - 5) Wykonawca jest zobowiązany do składania wniosków o waloryzację wynagrodzenia w okresach miesięcznych. Zamawiający po otrzymaniu wniosku analizuje go i po akceptacji podnosi wartość wynagrodzenia. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione wskutek zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją umowy wraz z wnioskiem, o którym mowa powyżej składa oświadczenie o braku udziału podwykonawców w realizacji niniejszej umowy. W przypadku, gdy przy realizacji niniejszej umowy będą brali udział podwykonawcy, Wykonawca zobowiązany będzie do dokonania zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, o ile spełnione zostaną przesłanki, o których mowa w art. 439 ust. 5 ustawy. Wykonawca zobowiązany będzie do dokonania powyższej zmiany w terminie do 30 dni od dnia.
 - 6) Strona Umowy, która otrzyma wniosek o waloryzację wynagrodzenia zobowiązana będzie w ciągu 7 dni do udzielenia odpowiedzi czy wyraża zgodę

na waloryzację, czy wymaga uzupełnienia wątpliwości, brak stanowiska Strony w terminie 7 dni Strony Umowy uznają za wyrażenie zgody na wnioskowane warunki waloryzacji opisane we wniosku waloryzacyjnym. W przypadku wystąpienia wątpliwości co do zakresu wniosku waloryzacyjnego w ciągu 7 dni od jego otrzymania Strona Umowy zobowiązana jest do wskazania jakich informacji jeszcze potrzebuje, aby uwzględnić wniosek lub wskazać wątpliwości, na które druga Strona Umowy musi odpowiedzieć w ciągu 7 dni od daty otrzymania pisma z tymi informacjami. Odmowa wyrażenia zgody na waloryzację wymaga szczegółowego uzasadnienia faktycznego na piśmie. Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia na skutek waloryzacji to 20% wartości wynagrodzenia umownego brutto.

II. Pismem z dnia 20 października 2025 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zarzuty nr 1 i 2

Zamawiający przewidział następujące postanowienia SWZ, w tym projektu umowy:

[podkreślenia pochodzą od składu orzekającego Izby]

pkt 8 ust. 4 SWZ:

8.OBOWIĄZEK PROWADZENIA DOKUMENTACJI ZWIĄZANEJ Z DZIAŁALNOŚCIĄ OBJĘTĄ ZAMÓWIENIEM

4. Wykonawca podczas realizacji przedmiotu zamówienia zobowiązany jest do takiej realizacji umowy, aby umożliwić Gminie [REDAKCYJNA] osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu odbieranych odpadów komunalnych zgodnie z art. 3b i 3c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2025 r. poz. 733) oraz rozporządzeniami wykonawczymi, a w przypadku zadeklarowania i przyznania dodatkowych punktów za uzyskanie wyższego ponad ustawowy poziom recyklingu, jego uzyskanie w okresie obowiązywania umowy.

W szczególności Wykonawca zobowiązany jest do regularnej kontroli dopełniania przez posiadaczy nieruchomości, z których odbierane będą odpady komunalne, obowiązku selektywnej zbiórki odpadów.

§ 4 ust. 1 lit. k) projektu umowy

§ 4.

1. Wykonawca zobowiązuje się do:

k) działania w celu osiągnięcia, zgodnie z ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminie i rozporządzeniami wykonawczymi do ww. ustawy, założonych poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych, szkła i innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych, oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, a także ograniczenia poziomów składowania odpadów komunalnych i odpadów pochodzących z przetwarzania odpadów komunalnych, w szczególności poprzez regularną kontrolę dopełniania przez posiadaczy nieruchomości obowiązku selektywnej zbiórki odpadów i zawiadamiania Zamawiającego o wszystkich przypadkach naruszenia tego obowiązku przez posiadaczy nieruchomości,

§ 12 ust. 1 lit. e) projektu umowy

§ 12. Kary umowne

1. Zamawiającemu przysługują od Wykonawcy kary umowne w poniższych przypadkach i wysokościach:

e) w razie nieosiągnięcia wymaganych poziomów odzysku i recyklingu określonych przepisami prawa oraz ograniczenia poziomu składowania odpadów komunalnych i odpadów pochodzących z przetwarzania odpadów komunalnych, zwłaszcza w sytuacji zaniechania przez Wykonawcę prowadzenia stałej kontroli wykonywania obowiązku selektywnej zbiórki odpadów przez posiadaczy nieruchomości objętych gminnym systemem odbioru odpadów komunalnych i raportowania każdego przypadku naruszenia tego obowiązku do Zamawiającego – Zamawiający może obciążyć Wykonawcę karą umowną w wysokości równej wysokości kary pieniężnej za nieosiągnięcie wymaganych poziomów odzysku i recyklingu i/lub maksymalnych poziomów składowania, jaka może zostać nałożona na Zamawiającego;

Stanowisko Izby:

Należy na wstępie zauważyć, że uzasadnienie zarzutów nr 1 i 2 jest bardzo obszerne, jednakże zawiera mało konkretnych informacji oraz okoliczności faktycznych, a przede wszystkim Odwołujący w niewielkim zakresie wywiązał się z ciążącego na nim obowiązku dowodowego. Jako dowody w sprawie Odwołujący przedstawił Analizy stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy [REDAKTOWANE] za lata poprzednie. Jednakże, Odwołujący nie przeprowadził analizy danych zawartych w tych dokumentach. Taki stan rzeczy powinien prowadzić do oddalenia zarzutów poniesionych przez Odwołującego. Jednakże, zasadność (w części) tych zarzutów znalazła potwierdzenie w stanowisku Zamawiającego – wyrażonego już w treści postanowień SWZ (przytoczone powyżej postanowienia, ze szczególnym wskazaniem na podkreślone fragmenty), jak i treści odpowiedzi na odwołanie.

W piśmie z dnia 20 października 2025 r. Zamawiający stwierdził [*podkreślenia pochodzą od składu orzekającego Izby*]:

„Przede wszystkim, Odwołujący wychodzi z fałszywego założenia, iż Zamawiający przeniósł na Wykonawcę obowiązek osiągnięcia rocznych poziomów recyklingu, wskazanych w art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Tymczasem Zamawiający w żadnym miejscu SWZ nie dokonał takiego przeniesienia. Wręcz przeciwnie, na stronie 8 SWZ, w Rozdziale 3 „Opis przedmiotu zamówienia”, w części 8, zatytułowanej: „Obowiązek prowadzenia dokumentacji związanej z działalnością objętą zamówieniem”, Zamawiający wyartykułował w sposób nie budzący wątpliwości, że:

Wykonawca podczas realizacji przedmiotu zamówienia zobowiązany jest do takiej realizacji umowy, aby umożliwić Gminie [REDAKTOWANE] osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu odbieranych odpadów komunalnych zgodnie z art. 3b i 3c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2025 r. poz. 733) oraz rozporządzeniami wykonawczymi, a w przypadku zadeklarowania i przyznania dodatkowych punktów za uzyskanie wyższego ponad ustawowy poziom recyklingu, jego uzyskanie w okresie obowiązywania umowy. W szczególności Wykonawca zobowiązany jest do regularnej kontroli dopełniania przez posiadaczy nieruchomości z których odbierane będą odpady komunalne, obowiązku selektywnej zbiórki odpadów.

Jak wynika z powyższego sformułowania, Zamawiający ma świadomość, że obowiązek osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu spoczywa na Zamawiającym — Gminie [REDAKTOWANE]. Wykonawca ma w taki sposób realizować umowę na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, aby Zamawiający mógł wymagane od Gminy poziomy recyklingu osiągnąć. Oznacza to w szczególności, że Wykonawca ma obowiązek regularnej kontroli dopełniania przez posiadaczy nieruchomości, z których odbierane będą odpady komunalne,

obowiązku selektywnej zbiórki odpadów.

(...) Podkreślenia tutaj wymaga, że obowiązek nałożony na Wykonawcę w § 4 ust. 1 lit. k. wzoru umowy ma charakter kierunkowy („działanie w celu osiągnięcia założonych poziomów recyklingu”) a także, że sposób wykonania tego obowiązku został przez Zamawiającego doprecyzowany: „w szczególności poprzez regularną kontrolę dopełniania przez posiadaczy nieruchomości obowiązku selektywnej zbiórki odpadów i zawiadamiania Zamawiającego o wszystkich przypadkach naruszenia tego obowiązku przez posiadaczy nieruchomości”. Powyższe oznacza, że obowiązek ustanowiony w § 4 ust. 1 lit. k jest, po pierwsze, zobowiązaniem do starannego działania (w określonym celu), a po drugie, że Zamawiający od razu wskazuje, co rozumie poprzez staranne działanie: ma nim być w szczególności regularnie sprawowana kontrola dopełnienia obowiązku selektywnej zbiórki odpadów. Nałożenie obowiązku „działania w celu osiągnięcia założonych poziomów recyklingu” (który to poziom ma być osiągnięty przez Gminę, o czym SWZ stanowi wprost na stronie 8), nie jest tym samym, co nałożenie na Wykonawcę obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu (osiągnięcia określonego rezultatu). Gdyby zamiarem Zamawiającego było nałożenie na Wykonawcę obowiązku osiągnięcia rezultatu w postaci wymaganych poziomów recyklingu, to użyłby sformułowania analogicznego, jak w § 4 ust. 1 lit. „m”, który odnosi się właśnie do rezultatu, czyli do osiągnięcia wymaganego przepisami ustawy o elektromobilności udziału pojazdów emisyjnych w całkowitej liczbie pojazdów wykorzystywanych do realizacji zamówienia (§ 4 ust. 1 lit. „m”: „Wykonawca zobowiązuje się do osiągnięcia wymaganego przepisami ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1289 z późn. zm.) udziału pojazdów niskoemisyjnych w całkowitej liczbie pojazdów wykorzystywanych do realizacji zamówienia publicznego na usługę odbierania odpadów, zgodnie z określonymi w art. 68a w zw. z art. 68b pkt. 3 lit. d ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych poziomami procentowymi udziału”). Sformułowanie zawarte w § 4 ust. 1 lit. k wzoru umowy — zobowiązanie do działania w celu osiągnięcia [przez gminę] wymaganych ustawowo [od gminy] poziomów recyklingu — ma zupełnie inny wydźwięk a nadto musi być interpretowane w kontekście wcześniejszych postanowień SWZ, w których Zamawiający jasno wyartykułował, że to Gmina [REDAKTOWANE] — a nie Wykonawca — jest zobowiązana do osiągnięcia wymaganych ustawowo poziomów recyklingu, oraz w kontekście ogólnie obowiązujących przepisów prawa, z których również jasno to właśnie wynika.

Kara umowna, która ma korespondować z obowiązkiem Wykonawcy „działania w celu osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu (...) w szczególności poprzez regularną kontrolę dopełniania przez posiadaczy nieruchomości obowiązku selektywnej zbiórki odpadów i zawiadamiania Zamawiającego o wszystkich przypadkach naruszenia tego obowiązku przez posiadaczy nieruchomości” została zastrzeżona w § 12 ust. 1 lit. e) w następującym brzmieniu:

„e)w razie nieosiągnięcia wymaganych poziomów odzysku i recyklingu określonych przepisami prawa oraz ograniczenia poziomu składowania odpadów komunalnych i odpadów pochodzących z przetwarzania odpadów komunalnych, zwłaszcza w sytuacji zaniechania przez Wykonawcę prowadzenia stałej kontroli wykonywania obowiązku selektywnej zbiórki odpadów przez posiadaczy nieruchomości objętych gminnym systemem odbioru odpadów komunalnych i raportowania każdego przypadku naruszenia tego obowiązku do Zamawiającego — Zamawiający może obciążyć Wykonawcę karą umowną w wysokości równej wysokości kary pieniężnej za nieosiągnięcie wymaganych poziomów odzysku i recyklingu i/lub maksymalnych poziomów składowania, jaka może zostać nałożona na Zamawiającego. ”

Tym samym kara nie jest nakładana w sytuacji nieosiągnięcia przez WYKONAWCĘ wymaganych poziomów odzysku i recyklingu, bo taka sytuacja nie może się w ogóle zdarzyć (żadna ustawa nie wymaga od wykonawcy osiągnięcia określonych poziomów recyklingu, wymaganie to odnosi się do gminy) lecz może być nałożona „w razie nieosiągnięcia wymaganych poziomów odzysku i recyklingu” przez Zamawiającego” (co wynika z przytoczonych powyżej postanowień SWZ oraz z obowiązujących przepisów), ale tylko w sytuacji, w której Wykonawca nie działał z należytą starannością „w celu osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu” (bowiem taka jest treść obowiązku Wykonawcy zastrzeżonego w § 4 ust. 1 lit. „k” wzoru umowy”), to jest „zwłaszcza w sytuacji zaniechania przez Wykonawcę prowadzenia stałej kontroli wykonywania obowiązku selektywnej zbiórki odpadów przez posiadaczy nieruchomości objętych gminnym systemem odbioru odpadów komunalnych i raportowania każdego przypadku naruszenia tego obowiązku do Zamawiającego. Innymi słowy, Wykonawca może się zwolnić z tej kary umownej, jeśli wykaze, że działał z należytą starannością w celu osiągnięcia (przez gminę) wymaganych poziomów recyklingu, a w szczególności, że prowadził stałą kontrolę wykonywania obowiązku selektywnej zbiórki odpadów przez posiadaczy nieruchomości objętych gminnym systemem odbioru odpadów i zawiadamiał Zamawiającego o każdym przypadku naruszenia tego obowiązku przez właścicieli nieruchomości, z której odbierane były odpady. Nie jest to zatem kara umowna zastrzeżona na wypadek zdarzenia, za które odpowiedzialności nie ponosi Wykonawca, ani też kara umowna zastrzeżona na wypadek niespełnienia przez Wykonawcę obowiązku niemożliwego do spełnienia.”

Konkluzja:

Z przytoczonych powyżej postanowień SWZ wynika, że Zamawiający nie nałożył na wykonawcę obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu wymaganych przez ustawodawcę względem gminy na podstawie u.c.p.g., lecz nałożył na wykonawcę obowiązek wykonywania umowy w taki

sposób, aby umożliwić mu osiągnięcie tych poziomów (zobowiązanie do starannego działania, a nie osiągnięcia określonego rezultatu).

W związku z tym zarzuty, w zakresie w jakim Odwołujący wskazywał, że Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek osiągnięcia wymaganych ustawą poziomów recyklingu, Izba uznała za niezasadne.

Jednakże, ustanowione w umowie kary umowne muszą korespondować z treścią nałożonych na stronę obowiązków umownych.

Zgodnie z przepisem art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

Jak wynika z odpowiedzi na odwołanie, na takim stanowisku stoi również Zamawiający, co jednak nie znalazło odzwierciedlenia w projektowanych postanowieniach umownych.

W projekcie umowy wprowadzie nie został na wykonawcę nałożony obowiązek osiągnięcia określonych poziomów recyklingu, lecz zostały przewidziane kary umowne za nieosiągnięcie tych poziomów.

Na podstawie § 12 ust. 1 lit. e) projektu umowy Zamawiający może nałożyć na wykonawcę kary umowne w razie nieosiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu. Wprowadzie dodano, że może to mieć miejsce „zwłaszcza” w sytuacji zaniechania przez wykonawcę wykonywania określonych obowiązków – jednakże takie sformułowanie oznacza, że kara umowna może zostać nałożona także w innych sytuacjach, a podstawą obciążenia nią wykonawcą jest głównie fakt nieosiągnięcia przez gminę wymaganych poziomów recyklingu.

Należy zatem stwierdzić, że – być może nawet wbrew intencji samego Zamawiającego - ustanowiona w § 12 ust. 1 lit. e) projektu umowy kara umowna została uregulowana w ten sposób, że może zostać nałożona na wykonawcę nie tylko za niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez niego obowiązków umownych, ale także w sytuacji wystąpienia zdarzenia, za które może on odpowiedzialności nie ponosić.

W związku z tym, uznając w części zasadność zarzutów podniesionych przez Odwołującego, Izba nakazała Zamawiającemu:

usunięcie kary umownej, o której mowa w § 12 ust. 1 lit e) projektu umowy w zakresie dotyczącym nieosiągnięcia wymaganych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych albo zmianę tego postanowienia w ten sposób, aby kara była przewidziana za niewykonanie lub nienależyte wykonanie obowiązków umownych mających na celu umożliwienie zamawiającemu osiągnięcie wymaganych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, w szczególności

obowiązków wskazanych w § 4 ust. 1 lit. k) projektu umowy.

Zarzut nr 3

Na wstępie należy wskazać, że zarzut nr 3 został w skonstruowany w ten sposób, że w jego ramach Odwołujący przedstawił wiele twierdzeń o okolicznościach faktycznych, które same w sobie zarzutu nie kreują. Jeżeli Odwołujący przedstawia jakąś okoliczność faktyczną, ale nie wskazuje, że stanowi ona naruszenie przepisów prawa, to za zarzut tego uznać nie można.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że zarzut nr 3 dotyczy:

- 1) niewskazania od kiedy waloryzacja wynagrodzenia będzie obowiązywać, podczas gdy takim momentem powinien być moment, od którego Wykonawca ponosi wyższe koszty wynagrodzenia;
- 2) ukształtowania klauzuli waloryzacyjnej w taki sposób, że nie wynika z jej treści obowiązek przeprowadzenia waloryzacji – a jedynie jak napisał Zamawiający: „przewiduje” zmiany – zatem Zamawiający w tak podanej klauzuli przewiduje możliwość, ewentualność zmiany, podczas gdy z klauzuli waloryzacyjnej wynikać powinno, że w sytuacji zaistnienia przesłanek do zmiany wynagrodzenia – strony zobowiązane są do odpowiedniej zmiany wynagrodzenia umownego, zmiana ma charakter niejako automatyczny, bez względu na wolę stron;
- 3) określenia poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniającego strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy na zbyt wysokim poziomie (powyżej 15%), co czyni klauzulę waloryzacyjną pozorną
- 4) Ponadto, na podstawie treści uzasadnienia odwołania, można jeszcze wywieść zarzut określenia maksymalnej granicy zmiany wynagrodzenia na zbyt niskim poziomie (5%).

Postanowienie SWZ (projektu umowy):

§ 16.

Zmiana wynagrodzenia w razie zmiany ceny materiałów lub kosztów

1. Zgodnie z art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych, wysokość wynagrodzenia należnego Wykonawcy może podlegać zmianie w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia innych, niż wskazane w § 15 ust 1.
2. Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen materiałów związanych z realizacją zamówienia lub kosztów związanych z realizacją zamówienia

innych, niż koszty wskazane w § 15 ust. 1, jak i ich obniżenie względem ceny lub kosztu przyjętych dla ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie.

3. Zamawiający ustala następujące zasady, stanowiące podstawę wprowadzenia zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy:

- 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający Strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy, ustala się na poziomie powyżej 15% w stosunku do cen lub kosztów obowiązujących w terminie składania oferty,
- 2) początkowy termin ustalania zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy określa się od 180 dnia od rozpoczęcia realizacji zamówienia,
- 3) za podstawę do żądania zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy i określenia wysokości takiej zmiany, Strony umowy przyjmują wskaźnik zmiany ceny danych materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, informujący czy nastąpiły zmiany cen lub kosztów i w jakiej wysokości,
- 4) Strona umowy żądająca zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, przedstawia drugiej Stronie odpowiednio uzasadniony wniosek, nie później niż 30 dni od daty publikacji komunikatu Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, który winien zawierać opis proponowanej zmiany wraz z kalkulacją kosztów oraz sposobem sporządzenia takiej kalkulacji,
- 5) wniosek musi zawierać dowody jednoznacznie wskazujące, że zmiana cen materiałów lub kosztów o ponad 15% w stosunku do cen lub kosztów obowiązujących w terminie składania oferty, wpłynęła na koszty wykonania zamówienia,
- 6) w terminie 30 dni od otrzymania wniosku, o którym mowa w pkt 4), Strona umowy, której przedłożono wniosek, może zwrócić się do drugiej Strony z wezwaniem o jego uzupełnienie, poprzez przekazanie dodatkowych wyjaśnień, informacji lub dokumentów; wnioskodawca zobowiązany jest odpowiedzieć na wezwanie wyczerpująco i zgodnie ze stanem faktycznym, w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania,
- 7) Strona umowy, której przedłożono wniosek, w terminie 30 dni od otrzymania kompletnego wniosku, informacji i wyjaśnień, zajmie pisemnie stanowisko w sprawie; za dzień przekazania stanowiska, uznaje się dzień jego wysłania na adres właściwy dla doręczeń pism odpowiednio do Zamawiającego lub Wykonawcy,
- 8) jeżeli zostanie wykazane, że zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia uzasadniają zmianę wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy,

Strony umowy zawrą stosowny aneks do umowy, określający nową wysokość wynagrodzenia Wykonawcy, z uwzględnieniem dowiedzionych zmian.

4. Pierwsza zmiana wynagrodzenia należnego Wykonawcy może nastąpić nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od daty rozpoczęcia realizacji zamówienia - z uwzględnieniem początku okresu waloryzacji, wskazanego w ust. 3 pkt 2) powyżej. Każda kolejna waloryzacja może być dokonywana po upływie kolejnych 12 miesięcy od poprzedniej waloryzacji i będzie wyliczana jako średnia arytmetyczna ze wskaźnika publikowanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za okres, który upłynął od poprzedniej waloryzacji.
5. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy.
6. Na podstawie art. 439 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający określa maksymalną, dopuszczalną wartość zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy w całym okresie realizacji zamówienia, w wyniku zastosowania postanowień, o których mowa w ust. 2, na poziomie 5% ceny wybranej oferty.
7. Zgodnie z art. 436 pkt 4 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający naliczy Wykonawcy kary umowne z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom, w związku ze zmianą wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, o której mowa w art. 439 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, o ile została mu przedstawiona umowa pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcami.
8. Zamawiający ustala wysokość kary umownej naliczanej Wykonawcy w sytuacji, o której mowa w ust. 7 powyżej, w wysokości 1.000 zł (słownie: jeden tysiąc złotych) za każdy przypadek braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom.

Stanowisko Izby:

Ad. 1 - niewskazanie od kiedy waloryzacja wynagrodzenia będzie obowiązywać, podczas, gdy takim momentem powinien być moment, od którego Wykonawca ponosi wyższe koszty wynagrodzenia

W tym zakresie Izba uznała zarzut za niezasadny. Odwołujący przedstawił pogląd, że waloryzacja wynagrodzenia powinna obowiązywać od momentu, od którego wykonawca ponosi wyższe koszty wynagrodzenia. Jednakże Odwołujący nie wykazał na czym polega naruszenie

przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Ad. 2 - ukształtowanie klauzuli waloryzacyjnej w taki sposób, że nie wynika z jej treści obowiązek przeprowadzenia waloryzacji – a jedynie jak napisał Zamawiający: „przewiduje” zmiany – zatem Zamawiający w tak podanej klauzuli przewiduje możliwość, ewentualność zmiany, podczas gdy z klauzuli waloryzacyjnej wynikać powinno, że w sytuacji zaistnienia przesłanek do zmiany wynagrodzenia – strony zobowiązane są do odpowiedniej zmiany wynagrodzenia umownego, zmiana ma charakter niejako automatyczny, bez względu na wolę stron.

W tym zakresie Izba uznała zarzut za niezasadny. W § 16 ust. 1 pkt 8 projektu umowy Zamawiający przewidział bowiem:

„8) jeżeli zostanie wykazane, że zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia uzasadniają zmianę wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, Strony umowy zawrą stosowny aneks do umowy, określający nową wysokość wynagrodzenia Wykonawcy, z uwzględnieniem dowiedzionych zmian.”

Z ww. postanowienia wynika, że zawarcie aneksu do umowy określającego nową wysokość wynagrodzenia uzależnione jest od wykazania, że zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia uzasadniają zmianę wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, a nie od woli Zamawiającego.

Ad. 3 - określenie poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniającego strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy na zbyt wysokim poziomie (powyżej 15%), co czyni klauzulę waloryzacyjną pozorną.

W tym zakresie Izba uznała zarzut zasadny.

Zgodnie z przepisem art. 439 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w umowie określa się:

1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;

Zamawiający przewidział w tym zakresie następujące postanowienie:

3. Zamawiający ustala następujące zasady, stanowiące podstawę wprowadzenia zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy:

1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający Strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy, ustala się na poziomie powyżej 15% w stosunku do

cen lub kosztów obowiązujących w terminie składania oferty.

Należy zauważyć, że jest to warunek wstępny umożliwiający uruchomienie procedury waloryzacyjnej. W ramach tej procedury konieczne jest w szczególności wykazanie wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia. W klauzuli waloryzacyjnej reguluje się sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia. Zgodnie z § 16 ust. 3 pkt 3 projektu umowy za podstawę do żądania zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy i określenia wysokości takiej zmiany, Strony umowy przyjmują wskaźnik zmiany ceny danych materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, informujący czy nastąpiły zmiany cen lub kosztów i w jakiej wysokości. Natomiast zgodnie z § 16 ust. 3 pkt 5 projektu umowy wniosek musi zawierać dowody jednoznacznie wskazujące, że zmiana cen materiałów lub kosztów o ponad 15% w stosunku do cen lub kosztów obowiązujących w terminie składania oferty, wpłynęła na koszty wykonania zamówienia.

W związku z powyższym ww. warunek (wskaźnik) nie może być ustalony na zbyt wysokim poziomie.

Należy w tym zakresie uwzględnić również aktualne prognozy co do poziomu inflacji w najbliższych latach – zgodnie z projekcją inflacji i PKB Narodowego Banku Polskiego z listopada 2025 r.: 3,7% w 2025 r., 2,9% w 2026 r. oraz 2,5% w 2027 r. (Inflacja CPI r/r (%)).

Mając na uwadze powyższe, Izba podzieliła zdanie Odwołującego, że ww. wskaźnik został ustanowiony na zbyt wysokim poziomie, co skutkuje uznaniem, że Zamawiający pozornie zrealizował obowiązek przewidzenia w umowie klauzuli waloryzacyjnej, o którym mowa w art. 439 ustawy Pzp. Prawdopodobieństwo, że przewidziana przez Zamawiającego klauzula waloryzacyjna mogłaby znaleźć zastosowanie w trakcie realizacji umowy, jest minimalne. Zgodnie z poglądami doktryny: „Celem art. 439 PrZamPubl jest zachowanie ekwiwalentności świadczeń stron w odniesieniu do dwóch typów długoterminowych umów w sprawie zamówienia publicznego. Przepis ten (w odróżnieniu od art. 3571 KC, art. 632 § 2 KC, a także art. 455 ust. 1 pkt 4 PrZamPubl) nie został oparty na przesłance nadzwyczajnej (nieprzewidywalnej) zmiany okoliczności. Służy on przywróceniu ekwiwalentności świadczeń w przypadku zmian cen materiałów i kosztów, które były dla stron przewidywalne w chwili złożenia oferty, przy jednoczesnym określeniu zasad ustalania i maksymalnej wartości dopuszczalnej w tym trybie zmiany wynagrodzenia (zob. art. 439 ust. 2 pkt 4 PrZamPubl).” [P. Machnikowski (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz [w:] Zobowiązania. Tom V. Przepisy pozakodeksowe. Komentarz, wyd. 1, 2025].

W konsekwencji, uwzględniając zarzut nr 3 w ww. zakresie, Izba zobowiązała Zamawiającego

do zmiany klauzuli waloryzacyjnej zawartej w § 16 projektu umowy przez obniżenie poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniającego strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy, o którym mowa w § 16 ust. 3 pkt 1 projektu umowy – co najmniej do poziomu 5%, z uwzględnieniem dalszych koniecznych zmian w projekcie umowy.

Ad. 4 - określenie maksymalnej granicy zmiany wynagrodzenia na zbyt niskim poziomie (5%)

Zgodnie z przepisem art. 439 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w umowie określa się:

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia [tzw. *limit waloryzacji*].

Ustawodawca nie wprowadził regulacji w zakresie minimalnego poziomu tzw. limitu waloryzacji. Wprowadzenie takiej regulacji stanowi przedmiot postulatów *de lege ferenda*. W praktyce, w ramach umów w sprawie zamówienia publicznego ww. limit waloryzacji często ustalany jest na poziomie ok. 10%.

Zamawiający zrealizował obowiązek, o którym mowa w art. 439 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp – na poziomie 5% w klauzuli waloryzacyjnej zawartej w § 16.

Ponadto, w przypadku klauzuli waloryzacyjnej zawartej w § 15 (nieobjętej zarzutami odwołania) – na poziomie 10% (tj. łącznie 15%).

Mając na uwadze powyższe, w tym zakresie Izba uznała zarzut nr 3 za niezasadny.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 2, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 lit. c) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: