

UCHWAŁA NR XXVI/121/2023
ZGROMADZENIA ZWIĄZKU CELOWEGO GMIN MG-6

z dnia 31 sierpnia 2023 r.

w sprawie wyrażenia zgody na zawarcie ugody mediacyjnej w sporze między Związkiem Celowym Gmin MG-6 a Konsorcjum Firm: EKO-MYŚL sp. z o.o. i Zakład Utylizacji Odpadów Clean City sp. z o.o.

Na podstawie § 9 pkt 9 statutu Związku Celowego Gmin MG-6 (Dz. Urz. Woj. Lubuskiego z 2019 r. poz. 1432) w zw. z art. 69 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jednolity Dz.U. z 2023 r. poz. 40 ze zm.):

§ 1. Wyraża się zgodę na zawarcie ugody mediacyjnej w sporze zaistniałym pomiędzy Związkiem Celowym Gmin MG-6 a Konsorcjum Firm: EKO-MYŚL sp. z o.o. oraz Zakład Utylizacji Odpadów Clean City sp. z o.o., dotyczącym roszczeń o zmianę wysokości wynagrodzenia Konsorcjum Firm: EKO-MYŚL sp. z o.o. i Zakład Utylizacji Odpadów Clean City sp. z o.o. oraz modyfikację reguł waloryzacji – związanych z nadzwyczajną zmianą warunków gospodarczych – w zakresie dotyczącym realizacji umowy na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości pozostających w zorganizowanym przez Związek Celowy Gmin MG-6 systemie odbioru odpadów komunalnych w okresie 36 miesięcy tj.:

- umowy DK.272.8.2022 z dnia 21 lipca 2022 r. wraz z aneksami obejmującej realizację zamówienia na terenie sektora nr 1; w brzmieniu nadanym załącznikom do uchwały: załącznik nr 1 projekt ugody oraz załącznik nr 2 opinia prawna, z zastrzeżeniem, że zgoda obejmuje swym zakresem również:

- 1) dokonanie ewentualnych zmian w załącznikach, o charakterze merytorycznym, ale nie wpływającym na:
 - a) zmianę wysokości ugodowo uwzględnianych roszczeń Konsorcjum Firm: EKO-MYŚL sp. z o.o. i Zakład Utylizacji Odpadów Clean City sp. z o.o., w stopniu większym, niż przewidziany w załącznikach, lub
 - b) sposób ich uwzględnienia,
- 2) wprowadzenie w załącznikach dodatkowych postanowień merytorycznych, o ile nie będą wywoływać skutku, o którym mowa w pkt 1) powyżej,
- 3) uchylene postanowień wyrażonych w załącznikach, o ile nie będą wywoływać skutku, o którym mowa w pkt 1) powyżej,
- 4) wprowadzenie w załącznikach wszelkich zmian o charakterze redakcyjnym, stylistycznym itp. – bez żadnych ograniczeń, w tym zmierzających do zapewnienia pełnej przejrzystości i czytelności załączników oraz zgodności ze stanem faktycznym i prawnym na dzień zawierania ugody.

§ 2. Do wykonania uchwały upoważnia się Zarząd Związku Celowego Gmin MG-6.

§ 3. Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia.

Przewodniczący Zgromadzenia
Związku Celowego
Gmin MG-6

Tadeusz Koper

projekt

UGODA MEDIACYJNA

zawarta w dniu 2023 r. w Szczecinie pomiędzy:

Związkiem Celowym Gmin MG-6, ul. Sikorskiego 4, 66-400 Gorzów Wlkp., NIP:599-261-94-83,
reprezentowanym przez:

1. Panią Katarzynę Szczepańską – Przewodniczącą Zarządu Związku Celowego Gmin MG-6,
2. Panią Annę Pająk – Zastępcę Przewodniczącego Zarządu Związku Celowego Gmin MG-6

przy kontrasygnacie Pani Janiny Kucharskiej - Głównego Księgowego Związku Celowego Gmin MG-6,

zwanym w dalszej części Ugody „Zamawiającym”,

a

podmiotami wspólnie realizującymi umowę nr DK.272.8.2022 z dnia 21 lipca 2022 r.:

- 1) **EKO-MYŚL sp. z o.o. z siedzibą w Dalsze**, Dalsze 36, 74-300 Myślibórz, REGON: 811902479, NIP: 5971516364, wpisaną do Rejestru Przedsiębiorców pod nr KRS: 0000083854, nr BDO: 000005581, reprezentowanym przez ...,
- 2) **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych TRANS-KOM sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu**, ul. Dąbrowskiego 290, 60-406 Poznań, REGON: 631038770, NIP: 7811550235, wpisaną do Rejestru Przedsiębiorców pod nr KRS: 0000289417, nr BDO: 000006915, reprezentowanym przez ...

zwanymi łącznie w dalszej części Ugody „Wykonawcą”,

razem łącznie: „Stronami”

przed Anną Mazurek – Różynek mediatorem stałym („Mediator”), po przeprowadzeniu mediacji pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą na podstawie wniosku o przeprowadzenie mediacji z dnia 2023 r. doręczonego mediatorowi w dniu 2023 r. została zawarta ugoda mediacyjna („Ugoda”) o następującej treści:

Zważywszy, że:

- (i) Strony łączy umowa nr DK.272.8.2022 z dnia 21 lipca 2022 r. obejmująca realizację zamówienia, którego przedmiotem jest odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości pozostających w zorganizowanym przez Związek Celowy Gmin MG-6 systemie odbioru odpadów komunalnych w okresie 36 miesięcy, na terenie sektora nr 1, zmieniona aneksami nr 1/2022 z dnia 19 października 2022 r. (dalej: „Umowa dla sektora 1” lub „Umowa”)
- (ii) w trakcie realizacji Umowy dla sektora 1 wystąpiły okoliczności, których ani Zamawiający, ani Wykonawca nie byli w stanie przewidzieć, działając z należytą starannością, a uzasadniające dokonanie zmiany Umowy. Okolicznościami tymi są:
 - a) nadzwyczajny wzrost cen paliw płynnych przekraczający normalne ryzyko kontraktowe, zaistniały w następstwie „odmrażania” się gospodarki światowej po okresie stagnacji wywołanej pandemią „COVID-19” oraz w następstwie spadku wartości waluty polskiej, w stosunku do euro i dolara amerykańskiego,
 - b) inwazja wojsk Federacji Rosyjskiej na Republikę Ukrainy oraz następstwa makro- i mikroekonomiczne tego zdarzenia, w tym w szczególności kolejne wzrosty cen oleju napędowego, energii elektrycznej, jak również ograniczona dostępność personelu, materiałów i urządzeń,
 - c) inne wyszczególnione w opinii eksperckiej z dnia 7 lipca 2023 r. sporządzonej przez „IWW Polska” Przedsiębiorstwo Projektowo-Handlowe Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Targu (kierownik projektu: Pan dr inż. Marcin Chełkowski) - dalej „Opinia”, m.in. gwałtowny wzrost wskaźników inflacji kilkukrotnie przewyższający prognozy Narodowego Banku Polskiego, który przełożył się na:
 - wzrost kosztów podatków i opłat lokalnych, który to wzrost jest zależny od aktualnego poziomu wskaźników inflacji,
 - wzrost wynagrodzeń i presję płacową – wraz ze wzrostem wskaźników inflacji zwiększeniu ulegały wymagania finansowe pracowników wobec Wykonawcy,

- wzrost stóp procentowych Narodowego Banku Polskiego wprowadzone w celu zahamowania wzrostu inflacji, a w konsekwencji wzrost kosztów finansowania pojazdów wykorzystywanych przez Wykonawcę do realizacji Zamówienia.
- (iii) Okoliczności wskazane w pkt (ii) powyżej:
- a) wpłynęły oraz wpływają na wykonanie Umowy oraz mogły i mogą uniemożliwić wykonanie Umowy bez znacznego uszczerbku dla kondycji finansowej Wykonawcy,
 - b) uzasadniały złożenie przez Wykonawcę w dniach 29 grudnia 2022 r., 26 stycznia 2022 r. oraz 27 lutego 2023 r. pism wnoszących o zmianę wysokości wynagrodzenia Wykonawcy z Umowy w związku kryzysową sytuacją obserwowaną na rynku krajowym, m.in. wzrostem cen energii i paliw, hiperinflacją, a także planowanym wzrostem minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2023 r.,
 - c) wywołują obiektywną konieczność zmiany Umowy, w znaczeniu, o którym mowa w art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) oraz 48 ustawy z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców (Dz. U. z 2022 r., poz. 2185), które to przepisy znajdują zastosowanie do Umowy,
 - d) rodzą dla Stron uzasadnioną podstawę rozliczenia się z tytułu ponoszenia przez Wykonawcę rażących strat przy realizacji Umowy oraz ich częściowego uchylenia w przyszłości.
- (iv) Wykonawca w dniu 29 grudnia 2022 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem dotyczącym podjęcia rozmów w sprawie zwiększenia wynagrodzenia za świadczone usługi, argumentując swój wniosek zmianą czynników kosztotwórczych, których Wykonawca nie był w stanie przewidzieć w chwili składania oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.
- (v) Dnia 26 stycznia 2023 r. Wykonawca przedstawił Zamawiającemu następującą propozycję zmiany cen do Umowy dla sektora 1:
- a) w okresie podstawowym zamówienia:
 - za obsługę: 454,00 zł netto, 490,32 zł brutto za 1 Mg odpadów komunalnych (było 340,00 zł netto, 367,20 zł brutto),
 - za zagospodarowanie: 382,00 zł netto, 412,56 zł brutto – za 1 Mg odpadów komunalnych (było 351,00 zł netto, 379,08 zł brutto),
 - b) w okresie dodatkowych 12 miesięcy, objętym prawem opcji, o którym mowa w § 14 ust. 1 pkt 1 lub w przypadku skorzystania z prawa opcji, o którym mowa w § 14 ust. 1 pkt 2:
 - 845,75 zł netto, 913,41 zł brutto – za 1 Mg odpadów komunalnych (było 691,00 zł netto, 746,28 zł brutto).
- (vi) Zamawiający w dniu 6 lutego 2023 r. nie wyraził zgody na zmianę Umowy w zakresie zaproponowanym przez Wykonawcę.
- (vii) Wykonawca w dniu 27 lutego 2023 r. w związku z kryzysową sytuacją obserwowaną na rynku krajowym zgłosił roszczenie zmiany:
- wysokości wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy na podstawie Umowy oraz
 - zmiany treści klauzuli waloryzacyjnej zawartej w Umowie.
- Wykonawca wskazał ku temu następujące przesłanki – „w okresie pomiędzy zawarciem Umowy a obecnym czasem doszło do nadzwyczajnej zmiany stosunków związanej z kryzysem gospodarczym w Polsce objawiającym się m.in. znacznym wzrostem cen energii i paliw, gwałtownie postępującą inflacją, a także wysokim wzrostem minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2023 roku, które zgodnie z zapowiedziami rządu, będzie podlegać kolejnemu podwyższeniu. Wystąpienie powyższych okoliczności sprawiło, że spełnianie świadczenia przez Wykonawcę zgodnie z treścią zobowiązania przyjętą w Umowie, w szczególności z przyjętą wysokością wynagrodzenia, będzie połączone z nadmiernymi trudnościami po stronie Wykonawcy.”
- Wykonawca dokonał szczegółowej kalkulacji wzrostu kosztów świadczonych przez niego usług. Z przeprowadzonej analizy własnej Wykonawcy wynika, że wzrost kosztów za obsługę i zagospodarowanie jednej tony odpadów dla Sektora I w 2023 roku będzie wynosił 21%.
- (viii) Pismem z dnia 19 kwietnia 2023 r. Wykonawca złożył Zamawiającemu uzasadnienie proponowanych nowych cen jednostkowych za odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gmin Bogdaniec, Deszczno, Kłodawa, Lubiszyn i Santok w tym:
- a) ZAŁĄCZNIK I pn. – SZCZEGÓŁOWE KOSZTY OBSŁUGI EKO-MYŚL ZUO Inter. ALBAR zawierający wyliczenie dotyczące średniego miesięcznego kosztu obsługi tras w obszarze 3 grup odpadów tj. bio, odpadów selektywnych oraz zmieszanych z podziałem na poszczególne gminy oraz miesięczne koszty zagospodarowania odpadów.
 - b) ZAŁĄCZNIK II pn. DOKUMENTY ŹRÓDŁOWE EKO-MYŚL ZUO Inter. ALBAR przedłożył:
 - Oświadczenia potwierdzające wzrosty wynagrodzeń w spółkach wykonawcy oraz podwykonawców tj. EKO-MYŚL, ZUO Inter. oraz ALBAR;
 - Przykładowe faktury potwierdzające wzrost kosztów administracyjnych tj. olej opałowy, ubezpieczenie nieruchomości, prąd, woda, usługi obce;
 - Dokumenty przyjęć magazynowych potwierdzające wzrost kosztów zakupywanych materiałów eksploatacyjnych pojazdów od głównego dostawcy firmy INTERCARS, faktury za zakupywane

materiały eksploatacyjne w firmie REMIKS; przykładowe faktury za naprawy pojazdów, faktury za paliwo;
- korespondencję mailową od głównego dostawcy usług serwisowych pojazdów firmy GOMETAL TRUCK SERVICE potwierdzającą wzrost kosztów usług serwisowych, faktury za usługi serwisowe;
- Faktury dotyczące najmu pojazdów z firmy IMPEX, umowy zakupu śmieciarek z zabudowami, oferty zakupu śmieciarki i zabudowy w celu wykazania wzrostu cen zakup tego typu pojazdów;
- Faktury zakupu pojemników potwierdzające wzrost cen,
- Oferty i przykładową fakturę za worki potwierdzające wzrost cen;
- Umowy zagospodarowania odpadów z firmą INNEKO potwierdzające wzrost cen;
- Oświadczenia dotyczące wzrostu cen zagospodarowania odpadów w Instalacjach komunalnych EKO-MYŚL i ZUO Int.

- (ix) Zamawiający uzyskał w dniu 24.07.2023 r. Opinię, dotyczącą zgłoszonych przez Wykonawcę roszczeń,
- (x) w związku z faktem, iż obie Strony przyznają, iż okoliczności wskazane w pkt (ii) wpłynęły w istotny sposób na realizację Umowy dla sektora 1 jak również mając na uwadze treść Opinii, Strony zdecydowały się przystąpić do postępowania mediacyjnego w tym zakresie,
- (xi) w trakcie mediacji Strony dokonały przeliczenia wynagrodzenia w zakresie objętym waloryzacją na podstawie analiz własnych Wykonawcy oraz opinii eksperckiej o której mowa w akapicie ix oraz uwzględniły argument rozdzielenia ryzyka kontraktowego na obie Strony,
- (xii) po dokonaniu dokładnej analizy przesłanek zasadności podnoszonej przez Wykonawcę argumentacji Zamawiający częściowo podziela stanowisko Wykonawcy, w związku z powyższym Strony zgodnie postanawiają uczynić względem siebie wzajemne ustępstwa dotyczące roszczeń zgłoszonych przez Wykonawcę oraz realizacji Umowy dla sektora 1 oraz zawrzeć w tym zakresie Ugodę.

§ 1. PRZEDMIOT UGODY

1. Przedmiotem Ugody jest określenie sposobu i zasad dokonania zmian:
 - (1) wysokości cen jednostkowych za odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów, właściwych dla rozliczeń pomiędzy Stronami od dnia 1 stycznia 2023 r.,
 - (2) zasad waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy (klauzul waloryzacyjnych) na lata 2024 – 2025 (oraz dalsze w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji).
2. Ugoda nie dotyczy w żadnym zakresie jakiegokolwiek roszczenia, którejkolwiek ze Stron, związanego z Umową, niezależnie od jego podstawy prawnej, innego niż wskazane w postanowieniach preambuły.

§ 2. WPŁYW NA WYNAGRODZENIE WYKONAWCY

1. Strony potwierdzają sobie wzajemnie, iż:
 - a) nadzwyczajny wzrost cen paliw płynnych przekraczający normalne ryzyko kontraktowe, zaistniały w następstwie „odmrażania” się gospodarki światowej po okresie stagnacji wywołanej pandemią „COVID-19” oraz w następstwie spadku wartości waluty polskiej, w stosunku do euro i dolara amerykańskiego,
 - b) inwazja wojsk Federacji Rosyjskiej na Republikę Ukrainy oraz następstwa makro- i mikroekonomiczne tego zdarzenia, w tym w szczególności kolejne wzrosty cen oleju napędowego, energii elektrycznej, jak również ograniczona dostępność personelu, materiałów i urządzeń;
 - c) inne wyszczególnione w Opinii, m.in. gwałtowny wzrost wskaźników inflacji kilkukrotnie przewyższający prognozy Narodowego Banku Polskiego, który przełożył się na:
 - wzrost kosztów podatków i opłat lokalnych, który to wzrost jest zależny od aktualnego poziomu wskaźników inflacji,
 - wzrost wynagrodzeń i presję płacową – wraz ze wzrostem wskaźników inflacji zwiększeniu ulegały wymagania finansowe pracowników wobec Wykonawcy,
 - wzrost stóp procentowych Narodowego Banku Polskiego wprowadzone w celu zahamowania wzrostu inflacji, a w konsekwencji wzrost kosztów finansowania pojazdów wykorzystywanych przez Wykonawcę do realizacji Zamówienia

rodzą zasadność podwyższenia cen jednostkowych określonych w § 8 ust. 6 Umowy (w zakresie rozliczeń za świadczenie usług w całym okresie 2023 r., oraz latach przyszłych realizacji Umowy), a w konsekwencji wynagrodzenia maksymalnego Wykonawcy określonego w § 8 ust. 1 Umowy, oraz zmiany reguł waloryzacji (szczegółowo określono w ust. 2 – 4 poniżej).

2. Strony zgodnie postanawiają, iż okoliczności wskazane w ust. 1 niniejszego paragrafu uzasadniają zmianę cen jednostkowych, o których mowa w § 8 ust 6 Umowy, właściwych dla rozliczenia usług świadczonych przez Wykonawcę od 1 stycznia 2023 r. Uzasadniona, ustalona ugodowo, wysokość cen jednostkowych wynosi:
 - a) w okresie podstawowym: 794,60 zł/Mg netto, 858,16 zł/Mg brutto,
 - b) w okresie objętym prawem opcji o którym mowa w § 14 ust. 1 pkt 1-2: 803,82 zł/Mg netto, 868,13 zł/Mg brutto
3. Strony zgodnie postanawiają, iż na podstawie okoliczności wskazanych w ust. 1 niniejszego paragrafu, w związku ze zmianą cen jednostkowych o której mowa w ust 2 niniejszego paragrafu, uzasadnione jest aby maksymalna, łączna wysokość wynagrodzenia Wykonawcy wskazana w § 8 ust 1 Umowy, uległa zwiększeniu do kwoty 42 160 880,90 zł netto, 45 533 751,38 zł brutto.

4. Strony zgodnie postanawiają, iż na podstawie okoliczności wskazanych w ust. 1 niniejszego paragrafu uzasadnione jest dokonanie zmiany postanowień § 13 Umowy określających zasady waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w poszczególnych latach. Szczegółowa treść zmian § 13 Umowy zamieszczona została w załączniku nr 9 do niniejszej ugody – projekcie aneksu do Umowy, który swą treścią obejmuje również zmiany o których mowa w ust. 2 i 3 powyżej.
5. Postanowienie ust. 4 nie uchyla i nie ogranicza możliwości dokonania również innych, dodatkowych zmian w Umowie, oprócz wskazanych w ust. 2 – 4.
6. W związku z powyższym, w terminie 7 dni od wydania przez Sąd postanowienia o zatwierdzeniu niniejszej Ugody, strony zawrą stosowny aneks do Umowy (zgodnie z wzorem stanowiącym załączniki nr 9 do niniejszej ugody) zmieniający co najmniej § 8 ust. 1, § 8 ust. 6 Umowy w sposób określony powyżej.
7. W terminie 7 dni od dnia podpisania aneksu do Umowy o którym mowa w ust. 6 powyżej Wykonawca wystawi Zamawiającemu faktury korygujące za okres od stycznia 2023 r. do ostatniego zakończonego miesiąca poprzedzającego termin podpisania aneksów. Zamawiający dokona płatności tytułem otrzymanych faktur korygujących w terminie 30 dni od dnia ich otrzymania w sposób określony powyżej.

§ 3. WEJŚCIE W ŻYCIE UGODY

1. Ugoda wchodzi w życie dniem zawarcia.
2. W ciągu 3 dni roboczych od dnia zawarcia Ugody Wykonawca wystąpi do Sądu Okręgowego w Szczecinie z wnioskiem o jej zatwierdzenie, a Zamawiający ten wniosek poprze.

§ 4. KORESPONDENCJA

W celu usprawnienia realizacji Ugody wszelka korespondencja w sprawach związanych z Ugodą będzie przekazywana drogą email na adresy:

- 1) mg6@zcg.net.pl - jako adres email Zamawiającego,
- 2) - jako adres email Wykonawcy.

§ 5. TAJEMNICA

Pod rygorem odpowiedzialności odszkodowawczej, Strony zobowiązują się zachować w tajemnicy treść Ugody oraz wszelkich propozycji, rozmów i ustaleń poczynionych w toku mediacji, w tym zobowiązują się ich nie ujawniać podmiotom trzecim. Powyższy obowiązek nie dotyczy Stron w takim zakresie, w jakim ujawnienie treści Ugody będzie niezbędne dla potrzeb wykonania jej postanowień oraz realizacji obowiązków przewidzianych przepisami prawa.

§ 6. POSTANOWIENIA KOŃCOWE

1. W chwili zawarcia Ugody stan faktyczny i prawny sprawy jest Stronom znany i nie wnoszą o jego uzupełnienie.
2. Strony zgodnie oświadczają, że postanowienia Ugody są dla nich zrozumiałe i nie wnoszą żadnych zastrzeżeń co do jej treści.
3. Ugodę sporządzono w trzech jednobrzmiących egzemplarzach, po jednym dla każdej ze Stron i jednym dla potrzeb złożenia wniosku, o którym mowa § 3 ust. 2.
4. Załączniki do Ugody stanowią:
 - 1) kopia aktu powołania p. Katarzyny Szczepańskiej na Przewodniczącego Zarządu Związku Celowego Gmin MG- 6,
 - 2) kopia aktu powołania p. Anny Pająk na Zastępcę Przewodniczącego Zarządu Związku Celowego Gmin MG-6,
 - 3) kopia Statutu Związku Celowego Gmin MG-6,
 - 4) kopia KRS Wykonawcy
 - 5) kopia umowy nr DK.272.8.2022 z dnia 21 lipca 2022 r. z aneksem;
 - 6) kopia pism Wykonawcy z dnia 29 grudnia 2022 r., 26 stycznia 2023 r. oraz 27 lutego 2023 r.
 - 7) opinia ekspercka z 07.07.2023 r.
 - 8) wniosek o wszczęcie mediacji z 22.08.2023 r. doręczony mediatorowi w dniu 22.08.2023 r.
 - 9) kopia uchwały Zgromadzenia Związku wyrażająca zgodę na zawarcie Ugody
 - 10) Projekt aneksu nr 2 do Umowy dla sektora 1.

Za Wnioskodawcę - **Związek Celowy Gmin MG-6**

Za Uczestnika Mediacji -

Katarzyna Szczepańska – Przewodnicząca
Zarządu Związku Celowego Gmin MG-6
*składający podpis oświadczają, że są umocowani do
jego złożenia, a umocowanie nie zostało odwołane,*

..... Sp. z o.o.,
*składający podpis oświadczają, że są umocowani do jego złożenia,
a umocowanie nie zostało odwołane, unieważnione ani nie
wygasto i nie zostało ograniczone*

unieważnione ani nie wygasło i nie zostało ograniczone

Anna Pająk – Zastępca Przewodniczącego Zarządu Związku Celowego Gmin MG-6
składający podpis oświadczają, że są umocowani do jego złożenia, a umocowanie nie zostało odwołane, unieważnione ani nie wygasło i nie zostało ograniczone

..... – Sp. z o.o.
składający podpis oświadczają, że są umocowani do jego złożenia, a umocowanie nie zostało odwołane, unieważnione ani nie wygasło i nie zostało ograniczone

Załącznik Nr 2 do uchwały Nr XXVI/121/2023
Zgromadzenia Związku Celowego Gmin MG-6
z dnia 31 sierpnia 2023 r.



Poznań, dnia 23 sierpnia 2023 roku

Dr Krystian Ziemiński & Partners
Kancelaria Prawna spółka komandytowa
60-711 Poznań, ul. Strusia 10

OPINIA PRAWNA
[dalej: „Opinia”]

przygotowana na zlecenie:
Związku Celowego Gmin MG-6
z siedzibą w Gorzowie Wlkp.
ul. Sikorskiego 4
66-400 Gorzów Wielkopolski
dalej: „ZCG MG-6”

I. Przedmiot Opinii

Niniejsza Opinia została sporządzona na zlecenie Związku Celowego Gmin MG-6 (dalej: „ZCG MG-6” lub „Związek”), wobec skierowania przez wykonawców wspólnie realizujących zamówienie:

- 1) „EKO-MYŚL” Sp. z o.o., Dalsze 36, 74-300 Myślibórz;
- 2) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych TRANS-KOM Sp. z o.o., ul. Poznańska 290, 60-406 Poznań¹

dalej: „Konsorcjum” lub „Wykonawca”, rozszczenia oraz podjęcia próby ugodowego (mediacyjnego) rozwiązania sytuacji problemowej.

Zgodnie z art. 54a ust. 1 i 2 u.f.p.:

„1. Jednostka sektora finansów publicznych może zawrzeć ugodę w sprawie spornej należności cywilnoprawnej w przypadku dokonania oceny, że skutki ugody są dla tej

¹ W związku z ujawnioną w KRS okolicznością „połączenia spółki Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych TRANS-KOM Sp. z o.o. (jako spółki przejmowanej) ze Spółką Zakład Utylizacji Odpadów Clean City Sp. o.o. (jako spółką przejmującą)” aktualnie procedowana jest modyfikacja podmiotowa umowy w ramach struktury wykonawczej mając na celu zmianę w umowie, wskazanego w Opinii wykonawcy na jego następcę prawnego tj. Zakład Utylizacji Odpadów Clean City Sp. o.o. Wskazana okoliczność nie wpływa na treść Opinii.

jednostki lub odpowiednio Skarbu Państwa albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego korzystniejsze niż prawdopodobny wynik postępowania sądowego albo arbitrażowego.

2. Ocena skutków ugody nastąpi, w formie pisemnej, z uwzględnieniem okoliczności sprawy, w szczególności zasadności spornych żądań, możliwości ich zaspokojenia i przewidywanego czasu trwania oraz kosztów postępowania sądowego albo arbitrażowego.”.

Opinia została sporządzona w celu ustalenia okoliczności, o których mowa w ww. przepisie i ustalenia prawnej dopuszczalności zawarcia przez Związek ugody w ustalonym w ramach mediacji brzmieniu.

II. Podstawy prawne

Opinię sporządzono uwzględniając następujące akty normatywne:

1. ustawę z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), dalej: „*P.z.p.*”
2. ustawę z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r., poz. 1270), dalej: „*u.f.p.*”
3. ustawę z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2023 r., poz. 1610), dalej: „*K.c.*”
4. ustawę z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców (Dz. U. z 2022 r., poz. 2185), dalej: „*ustawa o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców*”

III. Zastrzeżenia

Argumentacja zawarta w treści Opinii stanowi wyłącznie uzasadnienie tez i wniosków związanych bezpośrednio z opisanym w pkt I powyżej przedmiotem Opinii i nie powinna być *ex definitione* oceniana i powoływana w oderwaniu od całości treści Opinii, w szczególności, w kontekście próby dokonania odpowiedzi na ewentualne pytania dodatkowe Zleceniodawcy. Ewentualne konkluzje Opinii, poczynione poza zakresem przedmiotu Opinii, mają charakter jedynie pomocniczy i sygnalizacyjny.

IV. Analiza prawna

1. Roszczenie Konsorcjum

Konsorcjum skierowało względem ZCG MG-6 roszczenia związane z realizacją umowy Nr DK.272.8.2022 zawartej dnia 21 lipca 2022 r., której przedmiotem jest realizacja usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z Sektora I Związku (dalej: „Umowa”).

W dniu 29 grudnia 2022 r. Wykonawca zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem dotyczącym podjęcia rozmów w sprawie zwiększenia wynagrodzenia za świadczone usługi, argumentując swój wniosek zmianą czynników kosztotwórczych, których Wykonawca nie był w stanie przewidzieć w chwili składania oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Pismem z dnia 26 stycznia 2023 r., Wykonawca podniósł, m.in., że:

- 1) *„Mającą obecnie miejsce trudna sytuacja na rynku sprawia, że koniecznym stało się przeprowadzenie dodatkowej kalkulacji wzrostu cen świadczonych przez nas usług. Z przeprowadzonej analizy w tym zakresie wynika, że wzrost cen jednostkowych za obsługę i zagospodarowanie jednej tony odpadów dla Sektora I w 2023 roku będzie wynosił 21%, co w konsekwencji będzie miało swoje przełożenie na wysokość poszczególnych kwoty tych cen oraz kwotę łącznego maksymalnego wynagrodzenia, o którym mowa w §8 ust. 1 Umowy”.*
- 2) *„Nie ukrywamy również, że brak stabilności na rynku w obecnie rozpoczętym 2023 roku, skłania nas do zaproponowania dodatkowych zmian w Umowie, stosownie do bieżących warunków gospodarczych panujących na rynku. W przypadku lat 2024 – 2025 w zakresie zadania podstawowego, szacujemy, że wzrost cen jednostkowych za obsługę 1 tony odpadów może wzrosnąć o wskaźnik inflacji publikowany przez Główny Urząd Statystyczny, z miesiąca stycznia dla całego następnego roku obsługi, zaś w przypadku zagospodarowania 1 tony odpadów – o określony, dostosowany do bieżących realiów gospodarczych procent, liczony od wzrostu cen zagospodarowanych odpadów w instalacjach, służących do ich zagospodarowania oraz średniego miesięcznego strumienia odpadów liczonego na podstawie danych z roku poprzedzającego rok obsługi (odpowiednio 2023 i 2024 rok). W przypadku lat 2025 – 2026, przewiduje, że całkowity wzrost ceny jednostkowej za obsługę i zagospodarowanie 1 toną odpadów może być indeksowany corocznie procentowo, z uwzględnieniem wartości procentowych całkowitego wzrostu ceny jednostkowej za obsługę i zagospodarowanie 1 tony odpadów w latach 2023, 2024 oraz 2025.”*

Wykonawca w załączniku nr 1 do pisma przedstawił Zamawiającemu następującą propozycję zmiany cen do Umowy nr DK.272.8.2022 w Sektorze I:

- a) w okresie podstawowym zamówienia (§ 2 ust. 2 umowy):
 - za obsługę: 454,00 zł netto, 490,32 zł brutto za 1 Mg odpadów komunalnych (było 340,00 zł netto, 367,20 zł brutto),
 - za zagospodarowanie: 382,00 zł netto, 412,56 zł brutto – za 1 Mg odpadów komunalnych (było 351,00 zł netto, 379,08 zł brutto),tj. łącznie 836,00 zł netto (902,88 zł brutto) / w Mg odbieranych i zagospodarowywanych odpadów komunalnych
- b) w okresie dodatkowych 12 miesięcy, objętym prawem opcji, o którym mowa w § 14 ust. 1 pkt 1 lub w przypadku skorzystania z prawa opcji, o którym mowa w § 14 ust. 1 pkt 2:
 - 845,75 zł netto, 913,41 zł brutto – za 1 Mg odpadów komunalnych (było 691,00 zł netto, 746,28 zł brutto).

Pismem z dnia 6 lutego 2023 r. ZCG MG-6 odmówił modyfikacji umowy.

Wykonawca pismem z dnia 27 lutego 2023 r. skierował względem ZCG MG-6 roszczenie:

- 1) zmiany wysokości wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy na podstawie umowy,
- 2) zmiany treści klauzuli waloryzacyjnej zawartej w Umowie.

Załącznikiem do ww. pisma był projekt aneksu, który przewidywał:

- 1) uchylenie postanowień §8 ust. 1 – 3 umowy,
- 2) modyfikację postanowienia §8 ust. 6 umowy i wyrażenie w nim cen jednostkowych w wysokości wskazanej w piśmie z dnia 26 stycznia 2023 r.,
- 3) dodanie w § 13 ust. 1 punkt 5 o następującym brzmieniu:

„o którym owa w art. 48 ust. 1 ustawy z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców, tj. w związku z istotną zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia publicznego, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć – w tym przypadku umowa będzie waloryzowana w styczniu każdego roku w oparciu o wskaźnik zmiany cen materiałów lub kosztów (średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych), ogłaszany corocznie, w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, publikowanym w Dzienniku Urzędowym RP, „Monitor Polski”. Niniejszy punkt dotyczy ceny jednostkowej, o której mowa w §8 ust. 6 pkt 1 lit. a tiret pierwsze (cena za obsługę 1 Mg odpadów komunalnych).”

- 4) uchylenie postanowień §13 ust. 3 - 22 umowy,
- 5) uchylenie w §13 ust. 2 odesłania do §8 ust. 1 umowy,
- 6) uchylenie w §13 ust. 23-24 odesłania do ust. 3,
- 7) dodanie postanowienia §13 ust. 25 w następującym brzmieniu:

„Zmiana wysokości ceny jednostkowej za zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych nastąpi w przypadku wzrostu cen w instalacjach przeznaczonych do świadczenia usług na rzecz danej gminy i będzie polegać na proporcjonalnym (procentowym) wzroście tej ceny o wielkość średniej arytmetycznej wzrostu cen z 4 instalacji wskazanych w formularzu ofertowym Wykonawcy - w terminie 14 dni od daty notyfikowania tego faktu przez Wykonawcę do Zamawiającego wraz z przedstawieniem stosownej kalkulacji”

- 8) Dodanie §22 w następującym brzmieniu: *„Ilekcroć w poszczególnych postanowieniach umowy znajdują się odesłania do §8 ust. 1 umowy, należy przez to rozumieć §8 ust. 1 umowy w brzmieniu pierwotnym umowy”*

2. Zasadność roszczenia

Zgodnie z art. 54a ust. 1 i 2 u.f.p. w Opinii należy ocenić, czy skutki ugody są dla ZCG MG-6 korzystniejsze niż prawdopodobny wynik postępowania sądowego. W pierwszej kolejności nieodzowne jest zatem przesądzenie ogólnej zasadności skierowanych roszczeń. Konsorcjum sformułowało roszczenia opierające się na regulacji art. 357¹ K.c. zgodnie z którym to przepisem:

„Jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażącą stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Rozwiązując umowę sąd może w miarę potrzeby orzec o rozliczeniach stron, kierując się zasadami określonymi w zdaniu poprzedzającym.”

Przywołana regulacja wymaga kumulatywnego zaistnienia następujących przesłanek, pomiędzy, którymi musi występować adekwatny związek i wzajemny wpływ:

- 1) nadzwyczajna zmiana stosunków,
- 2) powstanie po stronie dłużnika nadmiernej trudności w realizacji zobowiązania albo ryzyko rażącej straty, niemożliwych do przewidzenia przy zawieraniu umowy.

Zaistnienie ww. czynników daje sądowi, po rozważeniu interesów stron, podstawę do oznaczenia sposobu wykonania zobowiązania, zmiany wysokości świadczenia, a nawet rozwiązania umowy, tj. zwińczenia stosunku obligacyjnego.

W związku z zarysowaną powyżej podstawą oraz treścią roszczeń Konsorcjum, dalsza analiza prawna będzie uwzględniała dwa aspekty tj. ewentualne zaistnienie nadzwyczajnej zmiany stosunków oraz wpływ tego zjawiska na ryzyko powstania po stronie Konsorcjum rażącej straty przy realizacji Umowy.

We wskazanym kontekście, w ramach uwag ogólnych, zasadne jest podkreślenie, że zgodnie z wiodącym zapatrywaniem doktryny oraz judykatury „przez zmianę stosunków należy rozumieć zmianę okoliczności, warunków, położenia czy sytuacji, w jakich działają strony (w porównaniu do tychże elementów stosunków istniejących w chwili zawierania umowy), która odnosi się do pewnej grupy podmiotów, a nie indywidualnej sytuacji strony stosunku zobowiązaniowego lub każdej z nich”². W konsekwencji, roszczenie skierowane w oparciu o art. 357¹ K.c., aby było uznane za uzasadnione, wymaga obiektywnej zmiany okoliczności istotnych dla realizacji zobowiązania umownego, oderwanych od subiektywnej sytuacji dłużnika.

Nie każda zmiana stosunków aktualizuje możliwość ingerowania przez sąd w stosunek kontraktowy w oparciu o ww. przepis. Jak podkreśla się w doktrynie „zmiana stosunków, której dotyczy art. 357¹, powinna mieć charakter nadzwyczajny. Obejmuje ona zdarzenia ekstraordynaryjne, wyjątkowe, rzadkie, normalnie niespotykane, o charakterze powszechnym, niezależne od woli stron, wykraczające poza typowe ryzyko gospodarcze. W każdym stosunku prawnym strony muszą kalkulować pewien stopień niebezpieczeństwa zmiany okoliczności wykonywania zobowiązania”³.

Powszechnie przyjmuje się, że konflikt zbrojny, posiadający znamiona siły wyższej, może stanowić okoliczność wykazującą przymioty stanu generującego nadzwyczajną zmianę stosunków w ww. rozumieniu. Stanowisko takie zajmuje m.in. M. Saczywko, uznając, że do czynników generujących nadzwyczajną zmianę stosunków „należy zaliczyć w szczególności katastrofy naturalne (takie jak powodzie czy trzęsienia ziemi), awarie, strajki, konflikty zbrojne czy akty terrorystyczne.”⁴.

² G. Kozieł, *Komentarz do art. 357¹* (w:) Kodeks cywilny. Komentarz, red. M. Załucki, Warszawa 2023.

³ K. Czub *Komentarz do art. 357¹* (w:) Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany, red. M. Bałwicka-Szczyrba, A. Sylwestrzak, i cyt. tam lit.

⁴ M. Saczywko, *Komentarz do art. 357¹* (w:) Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz, red. M. Gutowski, Warszawa 2022

Nadzwyczajność konfliktu zbrojnego w tym istniejącego od 2022 r. na terytorium Ukrainy, jest traktowana m.in. przez organy administracji publicznej jako okoliczność niemożliwa do przewidzenia i nadzwyczajna. Tytułem przykładu Prezes UZP wprost wskazuje, że „*że konflikt zbrojny w Ukrainie, jego zasięg oraz transgraniczne, gospodarcze skutki, zakwalifikować można jako zewnętrzne zjawisko, którego nie można było przewidzieć, pomimo zachowania należytej staranności*”⁵.

Należy jednak mieć na uwadze, że „*zarówno w przypadku zamiaru uwolnienia się przez dłużnika od odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, jak i chęci skorzystania z klauzuli rebus sic stantibus, samo ustalenie, że epidemia (w pełni analogicznie tzw. konflikt ukraiński – przypis Autorów) jest siłą wyższą, nie będzie wystarczające. Konieczne jest również wykazanie, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest konsekwencją siły wyższej, bądź w przypadku chęci skorzystania z art. 357(1) § 1 k.c. - udowodnienie, że w świetle następstw epidemii (w pełni analogicznie tzw. konflikt ukraiński – przypis Autorów) wykonanie zobowiązania byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażącą stratą. (...) Teza, że epidemia (w pełni analogicznie tzw. konflikt ukraiński – przypis Autorów) wywołana wirusem SARS - CoV-2 stanowi siłę wyższą, nie może w żadnym razie prowadzić do automatycznej modyfikacji treści umowy.*”⁶.

Zbieżne stanowisko wyraził również K. Kurosz i P. Matysiak, podkreślając, że „*(...) nie każdy stan pandemii (w pełni analogicznie tzw. konflikt ukraiński – przypis Autorów) może być kwalifikowany jako uzasadniający odwołanie się do art. 357¹ § 1 k.c. Konieczne jest wystąpienie dodatkowych elementów, które z kolei muszą mieć wpływ na losy konkretnego zobowiązania. Może być bowiem i tak, że to co dla jednego stosunku zobowiązaniowego jest już nadzwyczajną zmianą stosunków, dla innego nie będzie miało żadnego znaczenia. Jednocześnie nie każdy stan występowania globalnie choroby zakaźnej (pandemia) może być kwalifikowany jako przyczyna nadzwyczajnej zmiany stosunków, nawet jeżeli jednostkowo wpływa na losy zobowiązania. (...)*”⁷.

⁵ UZP, Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 455 ust. 2 ustawy Pzp, Warszawa 2022, s. 7.

⁶ P. Dolniak, *Transakcje handlowe w czasach pandemii*, PPH nr 8/2021, s. 42-49.

⁷ K. Kurosz, P. Matysiak, *Klauzula rebus sic stantibus w czasie pandemii*, PPH, nr 6/2020, s. 30-35

Przyjmując ww. optykę interpretacyjną w doktrynie podkreśla się, że „nieprzewidywalność odnosi się nie tyle do samego zaistnienia zmiany stosunków, ile do wpływu zmiany okoliczności na dane zobowiązanie. Z tego względu zastosowanie art. 357¹ k.c. jest możliwe również do zdarzeń przewidywalnych, o ile ich skutki (wpływ na zobowiązanie) wykracza poza granice przewidywalności. Dlatego też w przypadku zmian cen ropy naftowej, zastosowanie klauzul adaptacyjnych jest możliwe, nawet jeżeli strona mogła przewidzieć, że do zmiany dojdzie (np. ze względu na generalną dynamikę zmian cen tego surowca), o ile nieprzewidywalny był sam skutek tej zmiany na treść zobowiązania (koszty związane ze zmianą ceny).”⁸.

W konsekwencji zasadnicze uznanie, że tzw. konflikt ukraiński posiada potencjał wpływu na stosunki w rozumieniu art. 357¹, *per se*, nie pozwala na uznanie, że roszczenie Konsorcjum jest zasadne. Należy mieć bowiem na względzie, że „Przesłanka nieprzewidywalności zawarta w przepisie 357¹ nie dotyczy kwestii przewidywania przez strony samych zdarzeń kreujących nadzwyczajną zmianę stosunków, lecz przewidywania ich następstw, które sprawiają, że spełnienie świadczenia zgodnie z zawartą umową spowodowałoby dla jednej ze stron zobowiązania nadmierną trudność lub rażącą stratę. Nieprzewidywalność wpływu zmiany okoliczności na określone zobowiązanie i sytuację stron w ramach tego zobowiązania jest zatem, obok kryterium nadzwyczajnej zmiany stosunków, podstawą delimitacji przypadków zmian mieszczących się w zakresie tzw. zwykłego ryzyka kontraktowego, z którymi należy się zawsze liczyć przy zawieraniu i wykonywaniu umów, od sytuacji zaistnienia zmian wykraczających poza taki zakres, a więc nadzwyczajnych. Obowiązek przewidywania zmienności warunków towarzyszących wykonywaniu zobowiązania w zakresie tzw. normalnego ryzyka kontraktowego można traktować jako kategorię subiektywną (...), która wiąże się ściśle z kwestią odpowiednich mierników staranności, jakiej powinny dochować strony stosunku umownego. W pojęciu przewidywalności mieści się obowiązek zachowania należytej staranności, którego niewypełnienie eliminuje możliwość uzyskania ochrony prawnej. Trudności lub groźba rażącej straty związane ze spełnieniem świadczenia muszą być więc tego rodzaju, że strony stosunku obligacyjnego, zachowując należyłą staranność, nie mogły ich przewidzieć w czasie zawierania umowy”⁹.

⁸ E. Wanat, *Wykreślenie klauzul 13.7 oraz 13.8 FIDIC a możliwość zastosowania kodeksowych klauzul rebus sic stantibus*, TTP nr 2/2017, s 53-89.

⁹ K. Czub *Komentarz do art. 357¹ (w:) Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Balwicka-Szczyrba, A. Sylwestrzak, i cyt. tam lit.

Syntetyzując powyższe, roszczenie Konsorcjum zasadne jest wyłącznie w zakresie w jakim nadzwyczajność zmiany stosunków ma swoje skonkretyzowane przejawy w realizacji Umowy (w szczególności w zakresie konkretnych kosztów realizacji świadczenia polegającego na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów) i to w obszarze wykraczającym poza ryzyka, które Konsorcjum przy dochowaniu należytej staranności winno uwzględnić na etapie kreowania i kalkulowania oferty.

Dodatkowo roszczenie Konsorcjum limitowane jest zakresem w jakim nadzwyczajna zmiana stosunków, rodzi po stronie tego podmiotu ryzyko rażącej straty. „<Rażąca strata> występuje wtedy, gdy na podstawie wszelkich relewantnych okoliczności faktycznych można stwierdzić, że w wyniku zmiany stosunków doszło do zniweczenia pierwotnych kalkulacji stron umowy lub do następczego zachwiania równowagi świadczeń. Nie musi to więc być strata, która zachwiałaby sytuacją finansową wykonawcy bądź groziłaby mu upadłością, wystarczy zwykła rażąca strata transakcyjna. W istocie, powyższe cechy spełni między innymi strata polegająca na konieczności poniesienia bardzo dużych wydatków w celu spełnienia świadczenia w relacji do jego wartości. Ustalenie powyższego wymaga zaś rozważenia wielu okoliczności faktycznych, tak aby uwzględnić całokształt sprawy, w tym w szczególności prawidłowo ocenić indywidualną sytuację finansową obu stron w ramach transakcji, ryzyko, jakie strony przyjmowały na siebie w związku z daną umową, oczekiwany zysk z tytułu realizacji umowy, warunki rynkowe danej branży, czy ewentualną możliwość odrobienia poniesionej straty poprzez realizację innych zleceń.”¹⁰.

Jak podnosi się w literaturze przedmiotu „O rażącej stracie decyduje nie tyle samo porównanie aktualnej wartości świadczenia w chwili zawarcia umowy oraz w momencie jego wymagalności, ile całokształt skutków wykonania zobowiązania w relacji do majątku strony, z uwzględnieniem celu zobowiązania – korzyści z jego wykonania, jakich strona mogła się spodziewać (...) Strata, o której mowa, może mieć charakter rzeczywisty (już wystąpiła) albo potencjalny (może wystąpić w przyszłości)”¹¹.

Pojęcie rażącej straty, nawiązuje do kategorii ekonomicznej, którą definiuje się jako „zmniejszenie korzyści ekonomicznych, o określone wartości, w formie zmniejszenia wartości aktywów lub zwiększenia zobowiązań i rezerw, co prowadzi do zmniejszenia

¹⁰ E. Wanat, Wykreślenie klauzul 13.7 oraz 13.8 FIDIC a możliwość zastosowania kodeksowych klauzul *rebus sic stantibus*, TTP nr 2/2017, s 53-89.

¹¹ K. Czub *Komentarz do art. 357¹* (w:) Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany, red. M. Bałwicka-Szczyrba, A. Sylwestrzak, i cyt. tam lit.

kapitału lub wzrostu jego niedoboru.”¹². Niezbędne jest przy tym podkreślenie, że wyłącznie wystąpienie rażącej straty uzasadnia uznanie powództwa opartego o regulację art. 357¹, ergo jedynie w zakresie w jakim strata posiada przymioty rażącej możliwe jest jego uwzględnienie.

„Między (...) groźbą rażącej straty a nadzwyczajną zmianą stosunków powinien istnieć związek przyczynowy, który ma charakter obiektywnego powiązania kauzalnego”¹³. W konsekwencji roszczenie Konsorcjum nie może zostać uwzględnione w zakresie w jakim realizacja Umowy generuje stratę o wymiarze rażącym i to w zakresie stopnia wpływu czynników kosztowych, których zmiana miała charakter nadzwyczajny (przekraczała zwykle ryzyka kontraktowe), a nadto w wymiarze w jakim determinanty te w sposób obiektywny, a nie właściwy dla Konsorcjum, wpływają na ciężar ekonomiczny realizacji zobowiązania.

Mając na celu kompleksową weryfikację stanowiska Konsorcjum, ZCG MG-6 zlecił:

IVW Polska Sp. z o.o.
Biuro Inżynierskie w Krakowie
ul. Przewóz 44 a/57
30-716 Kraków

sporządzenie opinii (dokumentu) przesądzającego zaistnienie oraz ewentualny stopień wystąpienia straty przy realizacji przez Konsorcjum świadczeń wynikających z Umowy (od dnia zawarcia umowy do dnia sporządzenia opinii), w tym w oparciu o przedłożone przez Wykonawcę oświadczenia i dokumenty.

Wskazana powyżej Opinia Ekspertka stanowi załącznik nr 1 do niniejszej opinii prawnej. Na jej podstawie dokonano antycypowanej zasadności roszczenia Konsorcjum w zakresie strat dotychczas ponoszonych przez ten podmiot w związku z realizacją Umowy. Zgodnie z treścią Opinii Ekspertkiej Konsorcjum podnosi rażącą stratę przy realizacji Umowy, ze względu na zmianę czynników kosztowych, których przy uwzględnieniu należytej staranności nie dało się przewidzieć. W szczególności czynnikami tymi są:

- 1) zmiana wysokości wynagrodzeń,
- 2) zmiana cen paliw,
- 3) zmiana cen zagospodarowania odpadów komunalnych.

¹² <https://mfiles.pl/pl/index.php/Strata>

¹³ K. Czub *Komentarz do art. 357¹* (w:) Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany, red. M. Balwicka-Szczyrba, A. Sylwestrzak, i cyt. tam lit.

3. Zasadność wysokości roszczenia

W Opinii Ekspertkiej zaprezentowano trzy scenariusze:

- 1) „bazowy” uwzględniający dane ofertowe,
- 2) „wariant bieżący” uwzględniający zmiany kontraktowe tj. zmiany kosztów paliwa, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wzrost cen przyjęcia do zagospodarowania odpadów przez Instalację Przetwarzania Odpadów Komunalnych,
- 3) „wariant wymagający aneksowania Umowy” obejmujący powyżej wskazane zmiany kontraktowe oraz waloryzację pozostałych kosztów odbioru i transportu o wskaźniki makroekonomiczne.

Należy zatem wskazać, że w zakresie roszczenia opierającego się na regulacji art. 357¹ K.c., sąd rozpoznając sprawę nie byłby ograniczony treścią klauzul waloryzacyjnych sporządzonych w Umowie, w szczególności uwzględnieniem w nich określonych kategorii kosztowych. W kontekście wyliczeniowym istotne byłyby te czynniki kosztowe, których zmiana miała charakter nadzwyczajny (przekraczała zwykłe ryzyka kontraktowe), a nadto w wymiarze w jakim determinanty te w sposób obiektywny, a nie właściwy dla Konsorcjum, wpływają na ciężar ekonomiczny realizacji zobowiązania.

W konsekwencji zaden z ww. wariantów obliczeniowych w istocie nie ukazuje w sposób kompleksowy i zamknięty maksymalnego wymiaru kwotowego roszczeń jakie przysługują Konsorcjum albowiem:

- 1) „wariant bieżący” ograniczony jest do czynników kontraktowych, tj. zmiany kosztów paliwa, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wzrost cen przyjęcia do zagospodarowania odpadów przez Instalację Przetwarzania Odpadów Komunalnych, które pomimo doniosłego znaczenia nie wyczerpują wszystkich kategorii kosztowych związanych z realizacją Umowy,
- 2) „wariant wymagający aneksowania Umowy” obejmujący powyżej wskazane zmiany kontraktowe oraz waloryzację pozostałych kosztów odbioru i transportu o wskaźniki makroekonomiczne. Wskaźniki makroekonomiczne ze względu na swój uniwersalny charakter i szeroki zakres zastosowania nie wykazują szczegółowego i skonkretyzowanego związku z konkretną wysokością strat i stanowią wyłącznie próbę szacunkowego ich określenia.

Mając na względzie powyższe, treść Opinii Ekspertkiej nie zaprzecza w sposób definitywny i niebudzący wątpliwości, iż wysokość strat Konsorcjum, w tym o charakterze rażących, opiewa na kwoty wskazywane przez ten podmiot. Pominięcie niektórych kategorii kosztowych oraz uwzględnienie niektórych kategorii kosztowych w swoim ustalonym wymiarze (np. ustalenie wysokości zmiany kosztów wynagrodzeń w oparciu o zmianę wysokości minimalnego wynagrodzenia) skutkuje tym, że wyliczenia zaprezentowane w Opinii Ekspertkiej jawią się jako minimalny próg strat o obiektywnym charakterze, ponoszonych przez Konsorcjum. Pomimo powyższego, w ramach dalszej części analizy prawnej, przyjęto ustalenia Opinii Ekspertkiej, której autorzy niniejszego dokumentu, przyjmują w sposób bezwzględny, bez czynienia w tym zakresie jakichkolwiek wyjątków.

Jednocześnie, w ocenie autorów niniejszej Opinii, należy uznać, że w Opinii Ekspertkiej dokonano swoistej obiektywizacji czynników kosztowych i stopnia w jakim determinują one poziom strat po stronie Konsorcjum. Jednocześnie jako bardziej adekwatne i uzasadnione jawią się wyliczenia przyjęte w scenariuszu „wariant wymagający aneksowania Umowy”. Jak wskazali autorzy Opinii eksperckiej „Możliwe wzrosty kosztów świadczenia usługi, które w ocenie autorów Opinii mogłyby zaakceptować Zamawiający nie powinny przekraczać 818 zł dla Sektora I.”

W Opinii eksperckiej wskazano, że średnia cena jednostkowa odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów dla Sektora I dla modelu:

- bazowego wynosi 760,00 zł netto / 1Mg odebranych i zagospodarowanych odpadów komunalnych i stanowi podwyższenie ceny jednostkowej o 9,99%,
- wymagający aneksowania umowy wynosi 818,00 zł netto / 1Mg odebranych i zagospodarowanych odpadów komunalnych i stanowi podwyższenie ceny jednostkowej o 18,3%.

Każda z ww. cen jednostkowych jest niższa od wskazanej przez Konsorcjum w piśmie z dnia 26 stycznia 2023 r., w którym wysokość ceny jednostkowej za realizację zamówienia w 2023 r. określono na kwotę 836,00 zł netto / 1 Mg odebranych i zagospodarowywanych odpadów komunalnych

Powyższe rodzi konkluzję, zgodnie z którą o ile propozycja ugodowa:

- 1) nie będzie przekraczała maksymalnego pułapu zmianowego cen jednostkowych określonego w podsumowaniu Opinii Ekspertkiej, to nie

będzie skutkowałą pokryciem całości roszczeń Konsorcjum, a w rezultacie będzie potencjalnie korzystniejsza od antycypowanego rozstrzygnięcia sądowego,

- 2) będzie przekraczała maksymalny pułap zmiany cen jednostkowych określonego w podsumowaniu Opinii Ekspertkiej, to nie musi być bezwzględnie mniej korzystna, niż antycypowane rozstrzygnięcie sądowe, niemniej jednak rodzi zwiększone ryzyko powstania takiego stanu.

4. Zasadność ugodowego rozwiązania sytuacji spornej

Mając na względzie, iż w związku z treścią Opinii Ekspertkiej, a nadto zgodnie z art. 54a ust. 1 u.f.p. „*Jednostka sektora finansów publicznych może zawrzeć ugodę w sprawie spornej należności cywilnoprawnej w przypadku dokonania oceny, że skutki ugody są dla tej jednostki lub odpowiednio Skarbu Państwa albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego korzystniejsze niż prawdopodobny wynik postępowania sądowego albo arbitrażowego.*” zasadnym jest przyjęcie, że aktualnie Konsorcjum przysługuje roszczenie o zwiększenie ceny jednostkowej stanowiącej podstawę rozliczeń w ramach do kwoty 818,00 zł netto (wariant bezpieczny). Jednocześnie wskazana kwota została ustalona w oparciu o aktualne czynniki kosztowe, bez przeprowadzenia projekcji przyszłościowej, tj. uwzględnienia prognozowanych zmian w obszarze kosztotwórczym. W konsekwencji w zakresie w jakim ugoda, zmierza do modyfikacji klauzul waloryzacyjnych, walor dowodowy Opinii Ekspertkiej ma ograniczone zastosowanie.

W oparciu o Opinię Ekspertką wskazana powyżej kwota jednostkowa pokrywa rażącą stratę jaka powstała dotychczas po stronie Konsorcjum w związku z zmianą istotnych czynników kosztowych realizacji Umowy. Nie obejmuje ona jednak wszystkich czynników zmianowych.

Należy przy tym wskazać, że zgodnie z wiodącą linią orzeczniczą wypracowaną na kanwie art. 357¹ K.c. „*Sąd nie może ingerować w stosunek zobowiązaniowy, który skutkiem wykonania nie istnieje między stronami, nawet jeśli wniesienie powództwa o ukształtowanie nastąpiło przed zakończeniem tego stosunku. Skoro powództwo z art. 357¹ Kodeksu cywilnego (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1360) zaliczane jest do kategorii powództw o ukształtowanie prawa lub stosunku prawnego, gdyż jego treścią jest dążenie do zmiany lub rozwiązania stosunku prawnego, a dokonana na podstawie tego przepisu modyfikacja stosunku zobowiązaniowego ma charakter konstytutywny – tworzy nowy stan prawny w relacjach obligacyjnych stron – to przepis ten nie może*

stanowić podstawy ingerencji sądu w treść stosunku zobowiązaniowego w zakresie, w jakim stosunek ten wygaś, to jest został wykonany przez obie strony zobowiązane do wzajemnych świadczeń zgodnie z jego treścią. **Fakt wykonania czyni niemożliwym jego modyfikację w trybie konstytucyjnym w kierunku zmiany wysokości wykonanego zobowiązania ze skutkiem retroaktywnym.**¹⁴.

Przywołane stanowisko orzecznicze znajduje swoje potwierdzenie w zapatrywaniach doktryny, których przedstawiciele wskazują, że „W sytuacji gdy nadzwyczajna zmiana stosunków nastąpiła po częściowym wykonaniu zobowiązania, zastosowanie klauzuli z art. 357¹ ogranicza się tylko do niewykonanej części zobowiązania. (...)”¹⁵.

W ostatnim czasie zauważyć natomiast można odejście niektórych sądów powszechnych od ww. wykładni: „W ostatnich latach pojawiają się jednak judykaty negujące kategorię charakteru powyższych reguł, np. w wyr. SA w Rzeszowie z 28.3.2013 r. (I ACa 452/12, Legalis) stwierdzono, że spełnienie przez powoda świadczenia w pierwotnie uzgodnionej wysokości już w toku procesu, w którym powołuje się on na przesłankę groźby rażącej straty, "nie może (...) stanowić (...) przeszkody w dochodzeniu roszczenia" procesowego. W wyr. SA w Warszawie z 25.9.2013 r. (VI ACa 71/13, Legalis) wskazano natomiast jednoznacznie, iż "w świetle art. 357¹ KC wykonanie umowy w całości nie uniemożliwia sądowi oznaczenia wysokości świadczenia należnego w związku z wykonaniem umowy". Analiza powyższych orzeczeń pozwala na odnotowanie określonej tendencji orzeczniczej, jednak nie przesądza ona o wykształceniu się linii orzeczniczej odmiennej od dotychczas dominującego stanowiska.”¹⁶.

Mając na uwadze, że Konsorcjum w zamian kierowania sprawą na drogę postępowania sądowego w grudniu 2022 r., zainicjowało procedurę ugodowego rozwiązania sytuacji problemowej, jak również uwzględniając prowadzenie w okresie od grudnia do dnia sporządzenia Opinii rozmów i analiz we wskazanym zakresie, dochowując lokalności kontraktowej, można uwzględnić roszczenia przysługujące Konsorcjum w całym okresie 2023 r., a nie wyłącznie od dnia zawarcia

¹⁴ Wyrok SO w Warszawie z dnia 9 września 2019 r., XXV C 1345/16.

¹⁵ K. Czub *Komentarz do art. 357¹ (w:) Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Balwicka-Szczyrba, A. Sylwestrzak, i cyt. tam lit.

¹⁶ M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 353–626*. Wyd. 3, Warszawa 2022, SIP legalis.

ugody, za czym przemawia również mniej restryktywne, a wyżej przywołane stanowisko orzecznictwa.

4.1. Zaproponowany mechanizm wdrożenia rozwiązania ugodowego

Rozmowy mediacyjne pomiędzy Konsorcjum, a ZCG MG-6 zostały sfinalizowane poprzez ustalenie następującej propozycji ugodowej:

- 1) modyfikacji wysokości ceny jednostkowej za 1Mg odbieranych i zagospodarowanych odpadów w całym okresie 2023 r. o 15% względem pierwotnych cen ofertowych (o 13% względem aktualnie obowiązujących cen jednostkowych), oraz ustalenia zwiększonych cen jednostkowych jako punktu wyjścia do ustalenia cen jednostkowych w 2024 r. i 2025 r. za realizację zamówienia w zakresie podstawowym,
- 2) zmiany wysokości cen jednostkowych właściwych dla zakresu opcyjnego o 15% względem pierwotnych cen ofertowych,
- 3) modyfikację przewidzianych w Umowie klauzul waloryzacyjnych, w sposób zaprezentowany w załączniku nr 2 do Opinii, a który zsyntetyzować można poprzez:
 - a) rozszerzenie katalogu czynników kosztowych uwzględnianych przy każdorocznej weryfikacji zasadność modyfikacji wysokości ceny jednostkowej w oparciu, o którą nastąpi rozliczenie w danym roku realizacji usługi, o uwzględnienie czynnika kosztów pracowniczych w oparciu o wskaźnik wzrostu lub spadku przeciętnego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw bez wypłat nagród z zysku, publikowanego przez Główny Urząd Statystyczny,
 - b) zwiększenie sensytywności niektórych klauzul waloryzacyjnych, jak również zwiększenie stopnia w jakim możliwe jest zwiększenie wysokości wynagrodzenia wykonawcy ze względu na zaktualizowanie się przesłanki waloryzacyjnej,
 - c) zwiększenie maksymalnego rocznego pułapu zmiany wysokości wynagrodzeń z 5% do 10% względem cen jednostkowych w 2024 r. i utrzymanie poziomu 5% w 2025 r. przy jednoczesnym oparciu mechanizmu waloryzacji o ceny jednostkowe obowiązujące w 2023 r. na skutek modyfikacji umowy (ceny zwiększone o 15% zgodnie z pkt 1 i 2 powyżej), w zamian cen jednostkowych wynikających z oferty Wykonawcy tj. cen które obowiązywały w 2022 r.

Przyjmując powyżej zarysowane uzasadnienie przemawiające za możliwością modyfikacji wysokości wynagrodzenia (cen jednostkowych) w Umowie, od momentu w którym Konsorcjum, odstępując od bezpośredniego kierowania roszczenia na drogę postępowania sądowego, zainicjowało procedurę ugodowego rozwiązywania sytuacji spornej, za uprawnione należy przyjąć, że skierowane przez Konsorcjum roszczenie, z założenia konstrukcyjnego, o ile zostanie uwzględnione, może skutkować modyfikacją postanowień Umowy, w tym zarówno w zakresie postanowień ustanawiających wysokości stawek jednostkowych obowiązujących w 2023 i w kolejnych latach realizacji Umowy, jak również poprzez modyfikację przewidzianych w kontrakcie klauzul waloryzacyjnych.

Uzupełniając powyższe, zasadnym jest wskazanie, że zgodnie z przepisem art. 48 ustawy z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców:

„W związku z istotną zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia publicznego, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, dopuszczalna jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego, zawartej przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy i będącej w toku w tym dniu, bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia, która polega na:

- 1) zmianie wysokości wynagrodzenia wykonawcy,*
- 2) dodaniu postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy – w przypadku umów, które nie zawierają takich postanowień,*
- 3) zmianie postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy, w szczególności w zakresie maksymalnej wartości zmiany tego wynagrodzenia – w przypadku umów, które zawierają takie postanowienia”.*

Powyższe umacnia stanowisko autorów Opinii, co do prawnej dopuszczalności uwzględnienia roszczeń Konsorcjum poprzez przyjęcie konstrukcji modyfikacji Umowy w wskazany powyżej sposób. Nie oznacza to jednak, przesądzenia dopuszczalności wprowadzenia konkretnej (proponowanej treści) zmiany. Okoliczność ta podlega weryfikacji w dalszej części Opinii.

Należy przy tym wskazać, że w zakresie w jakim powyższe następuje w ramach ugody pomiędzy stronami, istotne jest uregulowanie art. 592 P.z.p., zgodnie z którym „zawarcie ugody nie może prowadzić do naruszenia przepisów działu VII rozdziału 3.”. W konsekwencji ugoda nie może naruszać regulacji limitujących prawną dopuszczalność modyfikacji umów w sprawie zamówień publicznych. Zważając na przedmiot ugody, zasadne jest ustalenie czy ww. modyfikacje mogą zostać wprowadzone w oparciu o regulacje art. 455 ust. 1 pkt 4 P.z.p. oraz art. 48 ustawy z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców.

Zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt 4 P.z.p. dopuszczalna jest zmiana umowy „jeżeli konieczność zmiany umowy, w tym w szczególności zmiany wysokości ceny, spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, o ile zmiana nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy a wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy.”

Regulację art. 455 ust. 1 pkt 4 P.z.p. uzupełniają przepisy art. 455 ust. 3 i 4 P.z.p. zgodnie z którymi:

„3. W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 3 i 4, zamawiający:

- 1) nie może wprowadzać kolejnych zmian umowy w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy;
- 2) po dokonaniu zmiany umowy zamieszcza ogłoszenie o zmianie umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

4. Jeżeli umowa zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości cen, dopuszczalną wartość zmiany ceny, o której mowa w ust. 1 pkt 3 lit. c i pkt 4, lub dopuszczalną wartość zmiany umowy, o której mowa w ust. 2, ustala się w oparciu o zmienioną cenę.”

W ww. kontekście należy podkreślić, iż w ocenie Autorów, w zakresie w jakim nastąpiło niebudzące wątpliwości wykazanie zasadności roszczeń Konsorcjum opierających się na art. 357¹ K.c. (vide Opinia Ekspertka), a zmiany Umowy mają oparcie we wdrażaniu następczej zmiany stosunków generujących po stronie Konsorcjum ryzyko rażącej straty, spełniona jest przesłanka pozwalająca na zmianę

Umowy w wyniku zaistnienia okoliczności, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć. Przypomnieć bowiem należy, że roszczenie oparte na art. 357¹ K.c. skonstruowane jest na zbieżnych kategorialnie, ale dalece bardziej wymagających (a w rezultacie ekstraordynaryjnych) czynnikach konstrukcyjnych tj. niemożliwej do przewidzenia przez obie strony kontraktu, nadzwyczajnej zmianie stosunków, generujących rażącą stratę przy realizacji umowy. Z kolei art. 455 ust. 1 pkt 4 P.z.p. wymaga, aby zaistniała konieczność zmiany umowy ze względu na zaistnienie okoliczności niemożliwych do przewidzenia przez zamawiającego (w tym stanowiących podstawę ustanowienia określonych reguł waloryzacji).

Uzupełniająco zasadne jest wskazanie, że zgodnie ze stanowiskiem Prezesa UZP *„doświadczamy obecnie zjawiska zmieniających się warunków realizacji umów w sprawie zamówień publicznych, wywołanego czynnikami zewnętrznymi, m.in. konfliktem zbrojnym w Ukrainie. Zauważalne i problematyczne z punktu widzenia realizacji kontraktów są rynkowe konsekwencje tych zdarzeń, np. wzrost cen materiałów i kosztów pracowniczych, przerwanie łańcucha dostaw, ograniczenia w dostępności produktów i materiałów, czy też wyjazd z Polski pracowników, będących obywatelami Ukrainy (...) W kontekście powyższych wskazówek interpretacyjnych uznać należy, że konflikt zbrojny w Ukrainie, jego zasięg oraz transgraniczne, gospodarcze skutki, zakwalifikować można jako zewnętrzne zjawisko, którego nie można było przewidzieć, pomimo zachowania należytej staranności”*¹⁷.

Dodatkowo sam ustawodawca potwierdził powyższe, ustanawiając art. 48 ustawy z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców, w którym uznano, że *„W związku z istotną zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia publicznego, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć”* dopuszczalne jest zmodyfikowanie umowy na określonych w tym przepisie zasadach.

Powyższe stanowisko Prezesa UZP oraz regulacja art. 48 ustawy z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców, potwierdzają zasadnicze

¹⁷ UZP, Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 455 ust. 2 ustawy Pzp, Warszawa 2022, s. 1 i 7.

zaktualizowanie się sytuacji niemożliwej do przewidzenia przez ZCG MG-6 na etapie udzielania zamówienia, o której mowa w art. 455 ust. 1 pkt 4 P.z.p. Należy jednak za Prezesem UZP podkreślić, że „niezbędnym warunkiem zmiany umowy jest również ustalenie, iż zaistnienie określonych zjawisk powoduje konieczność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. W konsekwencji, zamawiający w każdym przypadku musi ocenić, czy zaistnienie nieprzewidywalnej sytuacji rzeczywiście wpływa na proces realizacji umowy w taki sposób, iż konieczna jest jej zmiana. W tym względzie należy kierować się obiektywną oceną skutków, jakie wywiera na proces wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego nieprzewidziana okoliczność, w szczególności na możliwość realizacji kontraktu zgodnie z pierwotnymi założeniami, a także na sytuację wykonawcy. Odnosząc się do aktualnej sytuacji rynkowej, wskazać należy, że powyższa zasada dotyczy również zaistnienia zjawiska tak nadzwyczajnego i niespodziewanego, jak konflikt zbrojny w Ukrainie. Również w tym przypadku wymagane jest dokonanie przez zamawiającego oceny, czy czynnik ten ma rzeczywisty wpływ na proces realizacji zawartej przez niego konkretnej umowy i czy powoduje konieczność jej zmiany. W przypadku udzielenia pozytywnej odpowiedzi na to pytanie, przeanalizować również należy, jaki będzie konieczny zakres modyfikacji umowy, w związku z zaistniałym ww. czynnikiem.”¹⁸. Skonkretyzowany zakres oraz stopień wystąpienia czynników niemożliwych do przewidzenia oraz ich wpływu na realizację Umowy został ukazany w Opinii Ekspertckiej.

Spełniona jest również kolejna przesłanka warunkująca zgodność zmiany Umowy z przepisem art. 455 ust. 1 pkt 4 P.z.p. tj. niemodyfikowanie wysokości wynagrodzenia wykonawcy ponad 50% wartości pierwotnej umowy. Powyższe wynika wprost z okoliczności, iż ceny jednostkowe właściwe dla 2023 r. oraz okresów późniejszych, w tym opcyjnego, mają zostać zwiększone o 15%, a pułap zmian w kolejnych latach w oparciu o modyfikowane klauzule waloryzacyjne został ograniczony do 10% względem tychże cen jednostkowych (waloryzacje w 2024 r.) i 5% (waloryzacje w 2025 r.), przy czym aktualnie wynosi on 5% (uwzględnia jednak odmienny punkt odniesienia kwotowego – szerzej w dalszej części Opinii). W rezultacie planowana zmiana nie naruszy wymogów wynikających z art. 455 ust. 1 pkt 4 P.z.p. (bardziej szczegółowe wyliczenia ukazano w dalszej części Opinii).

¹⁸ UZP, Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 455 ust. 2 ustawy Pzp, Warszawa 2022, s. 8 – 9.

Ostatnią z przesłanek, która warunkuje dopuszczalność modyfikacji Umowy w ww. sposób jest niemodyfikowanie ogólnego charakteru umowy. *„W ślad za motywem 109 dyrektywy 2014/24/UE, za zmianę charakteru umowy można uznać zmianę, która w zasadzie doprowadzi do zawarcia nowego kontraktu publicznego. Modyfikacja powoduje zmianę charakteru całego zamówienia, na przykład przez zastąpienie zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia lub przez całkowitą zmianę rodzaju zamówienia, ponieważ w takiej sytuacji można zakładać hipotetyczny wpływ na wynik postępowania. Nie ulega wątpliwości, że pojęcie „charakter umowy” obejmuje w szczególności zakres przedmiotowy umowy. W ramach oceny umowy bierze się pod uwagę jej najistotniejsze elementy, w tym w szczególności to, czy mamy do czynienia z zastąpieniem zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia lub całkowitą zmianą rodzaju zamówienia, ponieważ w takiej sytuacji można zakładać hipotetyczny wpływ na wynik postępowania. Przykładem zmiany charakteru umowy może być:*

- 1) zmiana przedmiotu zamówienia z usług na roboty budowlane i odwrotnie,*
- 2) zmiana umowy na czas określony na umowę na czas nieokreślony,*
- 3) zmiana zamówienia publicznego na koncesję.”¹⁹.*

Przyjmując ww. sposób definiowania pojęcia „ogólnego charakteru umowy” należy uznać, że planowana zmiana Umowy nie wywołuje efektu zabronionego przepisem art. 455 ust. 1 pkt 4 P.z.p.

Dopuszczalność zmiany Umowy przy zachowaniu ww. mechanizmów modyfikacyjnych (tj. zarówno zmiany cen jednostkowych jak i treści klauzul waloryzacyjnych) w oparciu o art. 455 ust. 1 pkt 4 P.z.p. została potwierdzona przez Prokuratorię Generalną RP, która uznała, że *„Zmiana umowy, stanowiąca skutek nieprzewidywalnego, nadzwyczajnego wzrostu cen, może polegać nie tylko na jednorazowym podwyższeniu wynagrodzenia, rekompensującym już zaistniałe skutki tego wzrostu. Możliwe jest również dokonanie zmiany umowy polegającej na wprowadzeniu do umowy klauzuli waloryzacyjnej (nowej lub modyfikującej stare postanowienia umowy), przewidującej cykliczną waloryzację wynagrodzenia. Będzie to uzasadnione wówczas, gdy w chwili aneksowania umowy na podstawie art. 455*

¹⁹ UZP, Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 455 ust. 2 ustawy Pzp, Warszawa 2022, s. 9.

ust. 1 pkt 4 nPZP (art. 144 ust. 1 pkt 3 dPZP) można przewidzieć, że na skutek tej nieprzewidzianej wcześniej okoliczności prawdopodobne są dalsze wahania cen.”²⁰.

Powyższe wynika również wprost z regulacji art. art. 48 ustawy z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców, zgodnie z którą „dopuszczalna jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego, (...), która polega na:

- 1) zmianie wysokości wynagrodzenia wykonawcy,
- 2) dodaniu postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy – w przypadku umów, które nie zawierają takich postanowień
- 3) zmianie postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy, w szczególności w zakresie maksymalnej wartości zmiany tego wynagrodzenia – w przypadku umów, które zawierają takie postanowienia

(...)

– o ile wzrost wynagrodzenia wykonawcy spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekroczy 50% wartości pierwotnej umowy.

2. W przypadku gdy zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego dotyczy zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, o której mowa w ust. 1 pkt 1–3:

- 1) strony ponoszą zwiększony koszt wykonania zamówienia publicznego w uzgodnionych częściach;
- 2) sposób zmiany wynagrodzenia może być ustalony z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.”.

4.2. Zaproponowane warunki ugodowe

Propozycja ugodowa stanowiąca przedmiot niniejszej Opinii, zmierza do:

- 1) modyfikacji ceny jednostkowej właściwej do rozliczenia realizowanych usług w 2023 r. i latach kolejnych z 690,95 zł netto (746,23 zł brutto) / 1 Mg odebranych i zagospodarowanych odpadów (zmienionej w wyniku zaistnienia czynników waloryzacyjnych i potwierdzonej protokołem z dnia 3 lutego 2023 r. do wysokości 761,15 brutto / 1 Mg odebranych i zagospodarowanych

²⁰ Prokuratura Generalna RP, Zmiana umowy z uwagi na nadzwyczajny wzrost cen (waloryzacja wynagrodzenia) podstawowe zagadnienia, Warszawa 2022, s. 3.

odpadów), na cenę jednostkową 794,60 zł netto (858,16 zł brutto) / 1 Mg, nie skutkuje przekroczeniem maksymalnej ceny jednostkowej wynikającej z Opinii Ekspertkiej, która wynosiła 818,00 zł netto / 1 Mg, ani ceny jednostkowej wskazanej przez Wykonawcę w skierowanym rozszczeniu tj. 836,00 zł netto / 1 Mg,

- 2) modyfikacji cen jednostkowych właściwych dla okresu opcyjnego z 698,97 zł netto (754,89 zł brutto) 1 Mg odebranych i zagospodarowanych odpadów, na cenę jednostkową 803,82 zł netto (868,13 zł brutto) / 1 Mg, nie skutkuje przekroczeniem wysokości cen jednostkowych jakie rościł sobie Wykonawca tj. 845,75 zł netto (913,41 zł brutto),

Zasadne jest przy tym podkreślenie, że Opinia Ekspertka nie obejmowała okresu przyszłego, tj. okresu opcyjnego w zakresie czynionej analizy ekonomicznej. Jednocześnie w Opinii Ekspertkiej maksymalny poziom zmiany cen jednostkowych wg. scenariusza „wymagający aneksowania Umowy” ustalono na poziomie 18,3%.

- 3) zmiany treści klauzul waloryzacyjnych poprzez:
- zwiększenie stopnia ich sensytywności,
 - modyfikacji zakresu czynników uwzględnianych przy weryfikacji waloryzacji o „wzrost lub spadek przeciętnego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw bez wypłat nagród z zysku, publikowanego przez Główny Urząd Statystyczny”,
 - zmianę maksymalnego rocznego wymiaru zmiany wynagrodzenia wykonawcy z 5% do 10% w 2024 r. i utrzymanie prognozy 5% w 2025 r.

W ww. kontekście należy wskazać, że Wykonawca w ramach skierowanych rozszczeń zmierzał do całkowitego zmodyfikowania treści klauzul waloryzacyjnych i ich skorelowania z czynnikiem: inflacji i cen za zagospodarowanie odpadów obowiązujących w instalacjach zagospodarujących odpady – wybranych przez Wykonawcę do realizacji zadania. Dodatkowo żądane do wprowadzenia przez Wykonawcę klauzule waloryzacyjne nie przewidywały ograniczeń w zakresie stopnia waloryzacji cen jednostkowych (ani w zakresie poszczególnych czynników waloryzacyjnych, ani wszystkich łącznie), co z jednej strony stanowiło o ich niezgodności z art. 439 ust. 2 pkt 4 P.z.p., ale z drugiej ukazywało oczekiwanie bardzo elastycznej i kosztogennej dla ZCG MG-6 waloryzacji.

Ustalone w toku mediacji klauzule waloryzacyjne, nie tylko są zgodne z art. 439 P.z.p., ale również pozostają skorelowane z kluczowymi czynnikami kosztowymi realizacji usług (wymogu takiego nie spełniała klauzula waloryzacyjna opierająca się na wskaźniku inflacji) oraz odnoszą się do czynników obiektywnych (wymogu takiego nie spełniała klauzula waloryzacyjna opierająca się na cenach zagospodarowania odpadów w wybranych przez Wykonawcę instalacjach).

Należy przy tym wskazać, że w wyniku ww. modyfikacji ceny jednostkowe w 2024 r. mogą wynieść maksymalnie 874,06 zł netto (943,98 zł brutto) / 1 Mg, a w 2025 r. 917,76 zł netto (991,18 zł brutto), z kolei w sytuacji niedokonywania jakichkolwiek modyfikacji klauzul waloryzacyjnych, maksymalne ceny jednostkowe w 2024 r. wynosiłyby 725,50 zł netto, i tyle samo w 2025 r.

W konsekwencji cena jednostkowa w 2024 r. i 2025 r. może przekroczyć maksymalną cenę jednostkową wynikającą z Opinii Ekspertckiej, która wynosiła 818,00 zł netto 1 Mg, a w 2025 r. również wysokość ceny jednostkowej z rozszczenia Konsorcjum, która wynosiła 836,00 zł netto / 1 Mg (jednakże jedynie na 2023 r., a w późniejszym okresie wzrost miał być ograniczony jedynie przyszłymi czynnikami kosztowymi, których stopień wzrostu nie jest możliwy do przewidzenia).

Maksymalny wzrost ceny jednostkowej, która może obowiązywać w 2024 r., względem pierwotnej ceny jednostkowej wynosi 26,50%, a w 2025 r. 32,8%, podczas gdy w oparciu o pierwotne brzmienie klauzul waloryzacyjnych wzrost ten mógłby wynieść maksymalnie 5%, a w konsekwencji zmiany brzmienia klauzul waloryzacyjnych *per se* może skutkować zmianą stawek jednostkowych w 2024 r. o 21,50% i w 2025 r. o 27,8%.

W ww. kontekście, mając na względzie znaczny wymiar kwotowy i procentowy możliwych do wystąpienia zmian w zakresie cen jednostkowych w 2024 r. i w 2025 r. (w tym względem wysokości cen jednostkowych, które obowiązywałyby w tych latach, gdyby nie wprowadzono zmian w brzmieniu tychże klauzul) należy wskazać i uwzględnić, że w Opinii Ekspertckiej maksymalny wzrost cen jednostkowych uwzględniał jedynie okoliczności występujące na dzień sporządzenia Opinii Ekspertckiej, a więc nie

dokonywano analizy możliwych do wystąpienia czynników przyszłych, w tym wykraczających poza treść klauzul waloryzacyjnych. Mając na względzie, że ustanowione klauzule waloryzacyjne umożliwiają w zasadniczym zakresie korektę cen jednostkowych *in plus* jak i *in minus*, oraz opierają się na obiektywnych i kluczowych czynnikach kosztowych, zasadne jest przyjęcie, że ich modyfikacja, pomimo że może skutkować wzrostem cen powyżej maksymalnego pułapu cen jednostkowych ustalonych w Opinii Ekspertkiej, jest zgodna z ww. przepisami prawa i mieści się w zakresie dopuszczalnej modyfikacji umowy zmierzającej do uchylenia przyszłościowych sytuacji spornych pomiędzy stronami (analogicznych do zaistniałych w 2023 r.).

Jednocześnie dokonanie zmian w obszarze klauzul waloryzacyjnych, które umożliwiają warunkowe zmodyfikowanie cen na przyszłość, uzależnia uzyskiwanie przez Konsorcjum zwiększonego wynagrodzenia od zaistnienia kluczowych okoliczności kosztotwórczych i to w określonym stopniu oddziaływania. Nie można wykluczyć, że tak jak było w 2023 r., waloryzacja nie osiągnie maksymalnego pułapu i ceny jednostkowe w 2024 r. i 2025 r. nie osiągną wysokości maksymalnych. Niezależnie od projektowanych zmian w zakresie klauzul waloryzacyjnych, w tym poprzez rozszerzenie czynników aktualizujących waloryzację, wciąż opierają się one na obiektywnych czynnikach kosztotwórczych, bezpośrednio powiązanych z realizacją świadczeń objętych Umową. W rezultacie modyfikacja klauzul waloryzacyjnych w zaproponowany sposób umożliwia uchylenie powtórzenia się sytuacji, która zaistniała w 2023 r., w której inkorporowane do Umowy klauzule waloryzacyjne nie uchyliły powstania po stronie Konsorcjum rażących strat i były niewystarczające dla zachowania ekwiwalentności świadczeń pomiędzy stronami Umowy. Na wskazaną okoliczność wskazano wielokrotnie w Opinii Ekspertkiej. W konsekwencji modyfikację dostosowawczą klauzul waloryzacyjnych do stanu wiedzy i doświadczeń uzyskanych po 2023 r. należy uznać za uzasadnioną, w szczególności w świetle regulacji art. 48 ustawy z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców.

5. Podsumowanie

Podsumowując przeprowadzone analizy prawne, które w zakresie ekonomicznym opierają się na treści Opinii Ekspertkiej, zasadne jest uznanie, że zawarcie umowy o zaproponowanej treści, będzie dla ZCG MG-6 najprawdopodobniej korzystniejsze, niż wdawanie się w spór sądowy z Konsorcjum, w którym podmiot ten będzie dochodził roszczeń w oparciu o regulację art. 357¹ K.c. zarówno w bezpośrednim wymiarze finansowym, jak i ze względu na nieodzowność zapewnienia beneficjentom finalnym ciągłości świadczenia usług odbioru i zagospodarowania odpadów, co mogłoby być zachwiane w sytuacji odstąpienia przez Konsorcjum od realizacji usług, w tym poprzez porzucenie umowy lub jej wypowiedzenie lub odstąpienie od niej.

Pomimo, iż takie działania ze strony Konsorcjum generowałyby po stronie ZCG MG-6 roszczenia finansowe względem Wykonawcy w tym nie tylko o zapłatę kary umownej, ale również o zapłatę odszkodowania w zakresie w jakim szkoda przewyższa wysokość zastrzeżonej kary. W tym kontekście jedynie sygnalizacyjnie należy podkreślić, że zastrzeżone w umowie kary umowne nie wyłączają dochodzenia przez ZCG MG-6 od Konsorcjum odszkodowania na zasadach ogólnych, tytułem przedterminowego zerwania kontraktu, w tym w przypadku jego zwińczenia, poprzez wypowiedzenie, czy odstąpienie od umowy. W uproszczeniu wysokość dochodzonego odszkodowania opiewałaby na różnicę pomiędzy kwotami:

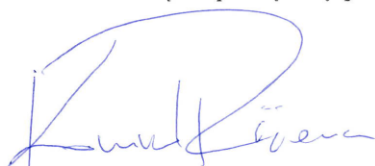
- 1) którą ZCG MG-6 będzie ewentualnie zobowiązany uiścić na rzecz wykonawcy świadczącego usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych w Sektorze I, po zerwaniu kontraktu przez Konsorcjum, a
- 2) którą ZCG MG-6 jest obowiązany uiścić na rzecz Konsorcjum w związku postanowieniami Umowy łączącej strony,

- za cały okres zaistniały od momentu zakończenia realizacji umowy przez Konsorcjum, do upływu założonego kontraktowo terminu końcowego realizacji zamówienia, z uwzględnieniem okresu opcyjnego albo wyczerpania maksymalnego zakresu przedmiotowego umowy (tonażowego limitu maksymalnego).

Zakresem odszkodowania możliwe byłoby objęcie kosztów dodatkowych związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem kolejnych postępowań o udzielenie zamówień publicznych, których zorganizowanie byłoby niezbędne w sytuacji zaprzestania realizowania Umowy przez Konsorcjum

Dochodzenie ww. roszczeń skutkowałoby koniecznością wdawania się w długotrwały proces sądowy, który m.in. ze względu na jego wielowątkowość, uniemożliwia bezwzględne antycypowanie wyniku.

Powyższe ukazuje, że za uznaniem zawarcia ugody za rozwiązanie korzystniejsze od wdawania się w spór sądowy przemawiają również dodatkowe okoliczności.



Konrad Różowicz

Partner



Krzysztof Drapiński

Starszy konsultant

UZASADNIENIE

Stosownie do § 9 pkt 9 statutu Związku Celowego Gmin MG-6 do wyłącznej kompetencji Zgromadzenia Związku Celowego Gmin MG-6 należy podejmowanie uchwał w sprawach majątkowych Związku, przekraczających zakres zwykłego Zarządu. Ze względu na wartość zgłoszonych roszczeń oraz ostateczny kształt proponowanej ugody, należy uznać, iż wyrażenie zgody na zawarcie ugody w przedmiotowej sprawie przekracza granice zwykłego zarządu, a co za tym idzie, wymaga zgody Zgromadzenia Związku Celowego Gmin MG-6.

Przedłożona Zgromadzeniu Związku Celowego Gmin MG-6 ocena skutków zawarcia ugody jest rzetelna i pozwalająca na jednoznaczne uznanie ugody za korzystną.

W związku z powyższym, zasadnym jest podjęcie uchwały wyrażającej zgodę na zawarcie ugody mediacyjnej.