

WYROK
z dnia 3 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 maja 2014 r. przez wykonawcę **Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., ul. Przasnyska 6a, 01-756 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., Al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie-Zdrój,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Agencja Ochrony Osób i Mienia "BASMA SECURITY" A. M. i M. W. Sp. z o.o., ul. Prymasa Tysiąclecia 60/62, 01-424 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy **Agencja Ochrony Osób i Mienia "Guard-Service" Sp. z o.o., ul. Tatrzańska 6a, 60-413 Poznań** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- C. wykonawcy **SOLID SECURITY Sp. z o.o., ul. Postępu 17, 02-676 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., ul. Przasnyska 6a, 01-756 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsalnet**

Ochrona Sp. z o.o., ul. Przasnyska 6a, 01-756 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., ul. Przasnyska 6a, 01-756 Warszawa** na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., Al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie-Zdrój** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. w Jastrzębiu Zdroju prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „ochrona mienia należącego do JSW SA KWK „Borynia-Zofiówka-Jastrzęble” Ruch „Jas-Mos”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym pod nr 2014/S 095-166816 w dniu 17 maja 2014 r. W dniu 19 maja 2014 r. zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ) na własnej stronie internetowej.

Wykonawca Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jako naruszającej zasady udzielenia zamówień publicznych wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej „Pzp”.

Odwołujący zakwestionował w odwołaniu treść załącznika nr 9 do SIWZ - istotne postanowienia umowy w zakresie :

1. § 6 pkt 1 i 2 w zakresie wysokości kar umownych wymaganych od wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania usług będących przedmiotem umowy,
 2. braku postanowień umożliwiających waloryzację wynagrodzenia o wzrost wskaźnika wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę,
 3. braku postanowień umożliwiających waloryzację wynagrodzenia, wynikającej ze zmiany ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych przewidujących wzrost obciążeń w związku ze zwiększeniem kosztów zatrudnienia pracowników na podstawie umowy zlecenia, w wyniku konieczności odprowadzania składek do ZUS od umów cywilnoprawnych do wielkości pełnego etatu,
 4. braku postanowień umożliwiających skrócenie okresu realizacji kontraktu do czasu wykorzystania maksymalnej ceny oferty, po udokumentowaniu szczegółowych składników wpływających na cenę oferty po zmianach ustawowych, które przewidują zwiększenie kosztów zatrudnienia pracowników na podstawie umowy zlecenia.
- braku postanowień umożliwiających rozwiązanie umowy przez każdą ze stron z zachowaniem okresu wypowiedzenia, bez obciążania karą pieniężną strony rozwiązującej umowę.

Odwołujący podniósł, że powyżej wskazana treść SIWZ jest niekorzystna dla wykonawcy i może utrudniać prawidłowe przygotowanie oferty, a tym samym uzyskanie zamówienia.

Ad. 1.

Odwołujący podniósł, iż zastrzeżenie budzą zapisy § 6 istotnych postanowień umowy, w którym zamawiający zastrzegł sobie prawo do naliczania kary w wysokości:

- 0.1% ceny brutto określonej w § 3 niniejszej umowy za każdy dzień nie wykonania przedmiotu umowy bądź wykonania przedmiotu umowy niezgodnie z planem ochrony,
- 0.1% ceny brutto określonej w § 3 niniejszej umowy za zwłokę w usunięciu stwierdzonych lub ujawnionych uchybień w wykonaniu przedmiotu umowy za każdy dzień zwłoki od dnia następnego po terminie wyznaczonym do ich usunięcia.

Powyższe kary umowne są w ocenie odwołującego ustalone na poziomie nieadekwatnym do wartości zamówienia, mogą doprowadzić do obciążania wykonawcy karami nawet przy bardzo drobnych uchybieniach, które, jak wskazuje praktyka usług ochrony, mogą być szybko usunięte. Zdaniem odwołującego, wysokość kary winna być ustalona w oparciu o skonkretyzowane, racjonalne procedury, oszacowanie ewentualnych parametrów szkody w wyniku nienależytego wykonania czynności związanych z realizacją usługi.

Te wysokie kary umowne zdaniem odwołującego, wywołują nieuzasadnione korzyści dla zamawiającego, a ponadto są sprzeczne z zasadą współzycia społecznego w rozumieniu art. 58 § 2 i art. 353¹ k.c. Tym samym z mocy prawa powinny zostać uznane za nieważne. Zapisy umów nie powinny faworyzować jednej ze stron. Wobec powyższego odwołujący wniósł o zmianę postanowień SIWZ i zmniejszenie ww. kar umownych do wysokości: 0.1% ceny miesięcznej brutto określonej w § 4 umowy za każdy dzień.

Ad. 2

W związku z koniecznością corocznego wzrostu wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, które otrzymują pracownicy zatrudnieni w firmach świadczących usługi ochrony, odwołujący wniósł o zawarcie w umowie klauzuli waloryzacyjnej. Zmiany w tym zakresie wpływają w istotny sposób na wysokość kosztów świadczenia usługi. Brak klauzuli waloryzacyjnej skłania potencjalnych wykonawców albo do niekorzystnego dla zamawiającego zawyżenia ceny oferty, przy założeniu wysokiego wzrostu minimalnego wynagrodzenia, albo zbyt niskiego oszacowania ceny oferty, co wpłynie negatywnie na jakość usługi opłacanej poniżej kosztów jej wytworzenia. Brak możliwości zmiany wynagrodzenia wynikający z § 3 ust. 1 wzoru umowy narusza zasadę racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi i skutkować może wnioskiem w sprawie naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Ad. 3, 4

W związku z projektem związanym z ustawą o systemie ubezpieczeń społecznych, który zakłada konieczność odprowadzenia składek do ZUS od umów cywilno-prawnych do równowartości minimalnego wynagrodzenia za pracę (pełny etat) odwołujący wniósł o zawarcie w umowie klauzuli waloryzacyjnej o następującej treści: „Strony w terminie 30 dni od daty wejścia w życie opisanych powyżej zmian w przepisach prawa dokonają odpowiednich zmian w umowie, w szczególności w zakresie wynagrodzenia należnego

wykonawcy; uwzględniających wzrost obciążeń po stronie Wykonawcy.” Odwołujący podkreślił, że nie posiada wiedzy, kiedy zmiana ustawy wejdzie w życie i w jakim kształcie. Zmiany w tym zakresie wpływają w istotny sposób na wysokość kosztów świadczenia usługi. Brak klauzuli waloryzacyjnej skłania potencjalnych wykonawców albo do niekorzystnego dla zamawiającego zawyżenia ceny oferty albo zbyt niskiego oszacowania ceny oferty, co wpłynie negatywnie na jakość usługi opłacanej poniżej kosztów wytworzenia.

Alternatywnie odwołujący wniósł o możliwość skrócenia okresu realizacji kontraktu do czasu wykorzystania maksymalnej ceny oferty, po udokumentowaniu szczegółowych składników wpływających na tę cenę po zmianach ustawowych.

Ad. 5

W związku z tym, iż ryzyko zwiększenia kosztów wynikających ze zmiany wynagrodzeń w równym stopniu może dotknąć zamawiającego, odwołujący wniósł o dopisanie do projektu umowy postanowień umożliwiających rozwiązanie umowy przez każdą ze stron z zachowaniem okresu wypowiedzenia, bez obciążania karą pieniężną strony rozwiązującej umowę, poprzez nadanie treści § 9 ust. 3 - postanowienia umowy w brzmieniu: „każda ze stron może w dowolnym czasie rozwiązać umowę z 1 miesięcznym okresem wypowiedzenia”.

W związku z tym, iż przyczyna wypowiedzenia nie zawsze leży po stronie wypowiadającej umowę, a nawet może być zawiniona przez kontrahenta, uzasadnionym jest stanowisko odstąpienia od automatycznie naliczanej kary obciążającej stronę wypowiadającą umowę. Zwłaszcza, iż zgodnie z treścią art. 746 § 2 zdanie drugie k.c., odpłatność za wypowiedzenie umowy przewiduje się wyłącznie w przypadku, gdy do wypowiedzenia umowy dochodzi bez ważnego powodu.

Wobec powyższego, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- zmiany treści postanowień SIWZ w zakresie § 6 - postanowienia umowy, w zakresie wysokich kar umownych wymaganych od wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania usług będących przedmiotem umowy,
- dopisanie do projektu umowy postanowień umożliwiających waloryzację wynagrodzenia wykonawcy o wzrost wskaźnika wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę,
- dopisanie do projektu umowy postanowień umożliwiających waloryzację wynagrodzenia wykonawcy, wynikającej ze zmiany ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych przewidujących wzrost obciążeń po stronie wykonawcy w związku ze zwiększeniem kosztów zatrudnienia pracowników na podstawie umowy zlecenia, w wyniku konieczności odprowadzania składek do ZUS od umów cywilno-prawnych do wielkości pełnego etatu, lub
- skrócenia okresu realizacji kontraktu do czasu wykorzystania maksymalnej ceny oferty, po udokumentowaniu szczegółowych składników wpływających na cenę oferty po

zmianach ustawowych, które przewidują zwiększenie kosztów zatrudnienia pracowników na podstawie umowy zlecenie, w wyniku konieczności odprowadzania składek do ZUS od umów cywilno-prawnych do wielkości pełnego etatu,

- dopisanie do projektu umowy postanowień umożliwiających rozwiązanie umowy przez każdą ze stron z zachowaniem okresu wypowiedzenia, bez obciążania karą pieniężną strony rozwiązującej umowę.

Wykonawcy: Agencja Ochrony Osób i Mienia "BASMA SECURITY" A. M. i M. W. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Agencja Ochrony Osób i Mienia "Guard-Service" Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz SOLID SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający pismem z dnia 2 czerwca 2014 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości, jako niezasadnego.

Podniósł, że odwołujący nie wskazał i nie uzasadnił na czym miałyby polegać naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Pzp. Podkreślił, że postanowienia SIWZ dotyczą wszystkich wykonawców i dla wszystkich wykonawców są jednakowe.

Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z art. 36 Pzp, zamawiający posiada uprawnienie do jednostronnego ustalenia warunków umowy. Ponadto, zamawiający ma prawo dbać o zabezpieczenie swoich interesów, prawidłowości realizacji umowy – jest to podmiotowe prawo zamawiającego. Z tego też wynika, że uprawnieniem wykonawcy jest wyrażenie woli w przedmiocie zawarcia umowy, ale nie uprawnienie do kształtującego wpływu na treść istotnych postanowień umowy.

Zamawiający stwierdził, że ustalając treść SIWZ, nie nadużył swego prawa podmiotowego, tym samym nie zachodzi w niniejszej sprawie naruszenie przepisów ustawy, które mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania. Zamawiający zauważył, że niniejsze istotne postanowienia umowy są zbieżne z treścią dotychczas obowiązującej w tym zakresie umowy, która była zawierana w takim samym trybie i postanowienia te nie były kwestionowane przez wykonawców.

Zamawiający podniósł, że kwestionowane przez odwołującego kary umowne (§ 6 pkt 1 i 2 zał. Nr 9 do SIWZ) nie są karami wysokimi, jeżeli weźmie się pod uwagę m.in. charakter wykonywanej usługi i chronionego obiektu, tj. ochronę mienia, terenów, obszarów, obiektów i innych składników majątkowych kopalni JSW S.A. KWK Borynia-Zofiówka-Jastrzębie Ruch „Jas-Mos”, która zgodnie z obowiązującymi przepisami jest obiektem podlegającym obowiązkowej ochronie przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne (SUFO). Istotne jest także, że z powodu niewykonania lub nienależytego wykonywania umowy mogą powstać skutki w postaci szkody, zagrożenia bezpieczeństwa JSW S.A., a także innych podmiotów,

w tym osób fizycznych. Ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia może być ono wykonane tylko przez profesjonalnego i doświadczonego wykonawcę, który jest w stanie wykonywać zamówienie bez narażania się na naliczanie kar umownych.

Zgodnie z SIWZ, naliczenie kar umownych stanowi możliwość a nie obowiązek zamawiającego. Każdy przypadek naliczenia kary umownej musi być uzasadniony. Wykonawca uczestniczy w protokolarnych odbiorze wykonywanych usług, a także ma możliwość dochodzenia swoich roszczeń w przypadku niezasadnego obciążenia karą lub nałożenia kary rażąco wygórowanej, na drodze sądowej.

Obniżenie wysokości kar umownych do poziomu proponowanego przez odwołującego spowoduje, że kary te zyskają charakter jedynie symboliczny, a nie będą dyscyplinowały wykonawcy do prawidłowego wykonywania zamówienia.

Zamawiający wskazał, że ryzyko zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę mieści się w ogólnym ryzyku prowadzenia działalności gospodarczej, zarówno zamawiającego, jak i wykonawcy, tym samym nie ma uzasadnienia, aby to zamawiający ponosił skutki wzrostu minimalnego wynagrodzenia pracowników wykonawcy. Zdaniem zamawiającego, okres 2-letni obowiązywania umowy jest okresem zbyt krótkim, aby zawierać w tej umowie klauzuli waloryzacyjnej. Wzrost minimalnego wynagrodzenia jest przewidywalny, zatem wykonawca może skalkulować te koszty w cenie oferty. Zamawiający nie ingeruje w sposób kalkulacji oferty przez wykonawcę. W przypadku niespodziewanego, nadzwyczajnego wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę, wykonawca ma możliwość dochodzenia swoich roszczeń na drodze sądowej, zgodnie z art. 357¹ k.c.

Zamawiający wyjaśnił, że nie jest podmiotem sektora finansów publicznych i nie gospodaruje środkami publicznymi.

Zdaniem zamawiającego, wprowadzenie tzw. „ozusowania” umów cywilno-prawnych nie powinno przełożyć się istotnie na wysokość kosztów świadczenia usługi. Zamawiający nie ma możliwości kontrolowania wpływu „ozusowania” ww. umów w trakcie realizacji umowy na skalkulowanie ceny oferty. Zamawiający nie jest również zobowiązany do analizy sposobu kalkulacji ceny oferty. Zamawiający nie ingeruje w sposób obliczenia ceny oferty, nie ma też możliwości kontrolowania wpływu ewentualnego „ozusowania” umów cywilno-prawnych w trakcie realizacji umowy na skalkulowanie ceny oferty. Tym samym nie ma też podstaw do wprowadzania zaproponowanego przez odwołującego rozwiązania. Wykonawca ma prawo dochodzenia swoich roszczeń na drodze sądowej (art. 357¹ k.c.).

Zamawiający podkreślił, że jest zainteresowany tym, aby umowa w sprawie zamówienia obowiązywała przez okres dwóch lat. Trwałość istnienia tego stosunku jest uzasadniona przedmiotem zamówienia. Dla zamawiającego istotne jest zaufanie, że wynikające z umowy prawa i obowiązki nie wygasną przedwcześnie. Zamawiający, jako podmiot zobowiązany do zapewnienia ochrony swoich obiektów, nie może dopuścić do tego,

aby obszar ten nie miał zapewnionej ochrony. Ponadto, zamawiający nie ma prawnych możliwości zapewnienia wyłonienia nowego wykonawcy takiego zamówienia w okresie wypowiedzenia.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący posiada legitymację do wniesienia niniejszego odwołania, jako wykonawca zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu i ubieganiem się o przedmiotowe zamówienie, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp, odwołanie zostało rozpoznane w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Izba uznała za skuteczne przystąpienia wykonawców: Agencja Ochrony Osób i Mienia "BASMA SECURITY" A. M. i M. W. Sp. z o.o., Agencja Ochrony Osób i Mienia "Guard-Service" Sp. z o.o. oraz SOLID SECURITY Sp. z o.o. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, które zostały zgłoszone zgodnie z art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Zgodnie z treścią załącznika nr 1 do SIWZ Specyfikacja Techniczna, przedmiotem zamówienia jest realizacja usługi ochrony mienia polegającej na służbie patrolowej, świadczeniu służby na posterunkach, zgodnie z Planem Ochrony przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne (SUFO) oraz świadczeniu służby na portierniach.

W § 6 pkt 1 i 2 istotnych postanowień umowy (zał. N r 9 do SIWZ) zamawiający określił wysokość kar umownych:

„1. Wykonawca może zostać obciążony przez Zamawiającego karą w wysokości 0,1% ceny brutto określonej w § 3 niniejszej umowy za każdy dzień nie wykonania przedmiotu umowy bądź wykonania przedmiotu umowy niezgodnie z planem ochrony.

2. Wykonawca może zostać obciążony przez Zamawiającego karą w wysokości 0,1% ceny brutto określonej w § 3 niniejszej umowy za zwłokę w usunięciu stwierdzonych lub ujawnionych uchybień w wykonaniu przedmiotu umowy za każdy dzień zwłoki od dnia następnego po terminie wyznaczonym do ich usunięcia.”

Treść postanowień SIWZ, w tym zamieszczonych w § 6 ust. 1 i 2 załącznika nr 9 do SIWZ - istotne postanowienia umowy, nie była sporna pomiędzy stronami. Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, co nie było kwestionowane przez odwołującego, że wartość ww. kar

umownych obliczona w stosunku do wartości zamówienia, stanowi ok. 1600,00 zł za dzień, tj. 70-80% wynagrodzenia wykonawcy za 1 dzień wykonywania umowy.

W pkt XVI.1-3 SIWZ zamawiający zawarł „Opis sposobu obliczenia ceny”. Cenę należy ustalić jako cenę (brutto) za realizację całego przedmiotu zamówienia i ująć w niej wszystkie koszty, których poniesienie niezbędne jest dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia (koszty robocizny, sprzętu, urządzeń, materiałów, podatek VAT, koszty ubezpieczenia, przewozu, dozoru przewozu, umundurowania i wyposażenia pracowników oraz inne). Cena podana w ofercie winna wynikać z iloczynu oferowanej stawki za godzinę świadczenia usługi i ilości godzin świadczenia usługi w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia.

W pkt VII SIWZ zamawiający określił termin wykonania zamówienia: od daty zawarcia umowy (jednak nie wcześniej niż od 16.08.2014 roku) do 29.09.2016 roku.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, jak poniżej.

Zamówienia publicznego udziela się w ściśle określonym celu, dla zaspokojenia określonych potrzeb zamawiającego, czemu służy m.in. ukształtowanie istotnych postanowień umownych, których treść musi mieć oparcie w obiektywnych potrzebach zamawiającego, podlegających zaspokojeniu w wyniku postępowania. W orzecznictwie podkreśla się, że swoboda kontraktowania doznaje ograniczeń wynikających z ustawy Pzp, zasad współżycia społecznego oraz natury stosunku prawnego, przy uwzględnieniu specyficznej roli umów zawieranych w ramach zamówień publicznych. Jak wynika z uzasadnienia wyroku SN z dnia 18 marca 2008 r., sygn. akt IV CSK 478/07, zasada wyrażona w treści art. 353¹ K.c. umożliwia nierówne rozłożenie praw i obowiązków stron stosunku umownego, gdyż jest to niejako wpisane w swobodę kontraktowania. Zamawiający, ustalając warunki umowy, dba o zabezpieczenie swoich interesów i interesów publicznych oraz wykonanie przedmiotu zamówienia, zgodnie z jego potrzebami. Ustawa Pzp daje zamawiającemu prawo do uregulowania treści umowy w sposób, który umożliwi zrealizowanie konkretnego zamówienia. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie mamy zatem do czynienia z negocjowaniem warunków umowy na zasadach określonych w art. 353¹ k.c. Warunki zamówienia są jednostronnie określane przez zamawiającego, do których wykonawcy mogą przystąpić. Uprawnienia wykonawców w zakresie wpływu na warunki umowy ograniczają się do kontroli działań zamawiającego w kontekście bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, a nie dotyczą sfery, która podlega swobodzie kształtowania przez strony (patrz wyrok SO w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r., sygn. akt XII Ga 314/11, wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r., sygn. akt X Ga 67/08). Jak wskazał SO w Gdańsku, jeżeli określone ryzyka zostają przerzucone na wykonawcę, ten

ostatni w ramach kształtowania wynagrodzenia ma możliwość ustalenia takiej jego wysokości, aby uczynić cenę ekwiwalentem jego obowiązków kontraktowych.

Odwołujący podniósł w odwołaniu zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wskazując postanowienia SIWZ, które zdaniem odwołującego są niekorzystne dla wykonawcy i mogą utrudniać prawidłowe przygotowanie oferty, a tym samym uzyskanie zamówienia. Odwołujący nie podnosił naruszenia innych, bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy.

1. Zarzut dotyczący treści postanowień § 6 ust. 1 i 2 załącznika nr 9 do SIWZ w zakresie wysokości kar umownych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy.

Odwołujący nie uzasadnił twierdzenia, że w tym przypadku mamy do czynienia z karami umownymi, które wykraczają poza regulację art. 483 § 1 k.c. Odwołujący nie wykazał w toku postępowania, że kary umowne określone we wzorze umowy miałyby przysparzać zamawiającemu nieuzasadnionych korzyści. Odwołujący podnosił sprzeczność ustalonych kar umownych z zasadą współzycia społecznego w rozumieniu art. 58 § 2 i art. 353¹ k.c. W tym zakresie jednak odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek uzasadnienia. Zauważyć należy, że kary umowne mają na celu dyscyplinowanie wykonawcy do prawidłowej realizacji zamówienia publicznego oraz stanowić rekompensatę ewentualnych szkód wywołanych niewykonaniem lub nieprawidłowym wykonaniem umowy. W świetle powyższego, propozycja odwołującego zawarta w odwołaniu co do wysokości (sposobu naliczenia) kar umownych, których wartość sięgnie 40-50 zł za dzień (wartość ustalona hipotetycznie w odniesieniu do wartości zamówienia), w żaden sposób nie umożliwia zamawiającemu dyscyplinowania wykonawcy do prawidłowego wykonywania umowy. Wysokość ta jest również niewspółmierna do ryzyka poniesienia przez zamawiającego ewentualnych szkód z tytułu nieprawidłowego wykonywania umowy. Zauważyć należy, że kary zakwestionowane w odwołaniu dotyczą istotnych naruszeń umowy - za każdy dzień niewykonania przedmiotu umowy bądź wykonania przedmiotu umowy niezgodnie z planem ochrony oraz za zwłokę w usunięciu stwierdzonych lub ujawnionych uchybień w wykonaniu przedmiotu umowy za każdy dzień zwłoki od dnia następnego po terminie wyznaczonym do ich usunięcia. Kary umowne nie dotyczą zatem drobnych uchybień. Kwestionowane przez odwołującego kary umowne (§ 6 pkt 1 i 2 zał. Nr 9 do SIWZ) nie są też karami wysokimi, jeżeli weźmie się pod uwagę m.in. charakter wykonywanej usługi i chronionego obiektu, tj. ochronę mienia, terenów, obszarów, obiektów i innych składników majątkowych kopalni JSW S.A. KWK Borynia-Zofiówka-Jastrzębie Ruch „Jas-Mos”, która jak wskazywał zamawiający, zgodnie z obowiązującymi przepisami, jest obiektem podlegającym obowiązkowej ochronie przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne (SUFO).

Ponadto, zamawiający nie ustanowił w projekcie umowy obligatoryjnego naliczenia ww. kar umownych, o czym świadczy zapis „Wykonawca może zostać obciążony przez Zamawiającego karą (...)”, co umożliwi na etapie realizacji umowy stosowanie tego postanowienia w sposób racjonalny. Podkreślić należy również, że wykonawca zawsze może domagać się miarkowania kar umownych w postępowaniu sądowym w przypadku, gdy kara umowna została naliczona nieprawidłowo, w wygórowanej wysokości w stosunku do rodzaju i wagi uchybienia w realizacji umowy.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że wysokość kary winna być ustalona w oparciu o skonkretyzowane, racjonalne procedury oraz oszacowanie ewentualnych parametrów szkody. Tworzenie ww. szczegółowych, sztywnych procedur nie jest, w ocenie Izby, uzasadnione i możliwe, tak jak nie jest możliwe skatalogowanie wszelkich sytuacji, które w rzeczywistości mogłyby mieć miejsce. Katalog taki mógłby stanowić w praktyce znaczne utrudnienie w interpretacji i egzekwowaniu pełnego zakresu kar umownych.

2. Zarzut braku w projekcie umowy postanowień umożliwiających waloryzację wynagrodzenia o wzrost wskaźnika wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę,

Uzasadniając ten zarzut odwołujący sam wskazywał na konieczność corocznego wzrostu wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, które otrzymują pracownicy zatrudnieni w firmach świadczących usługi ochrony. Zatem wykonawcy, jako przedsiębiorcy, na co dzień w kalkulują ten obowiązek w koszty swojej działalności. W zależności od sytuacji każdego z wykonawców, ryzyko związane ze wzrostem minimalnego wynagrodzenia za pracę jest przewidywalne i może być skalkulowane odpowiednio w cenie oferty. Dodać należy, że przy dwuletnim okresie realizacji umowy, jak w niniejszej sprawie, zawarcie w umowie klauzuli waloryzacyjnej wynagrodzenia wykonawcy o wzrost wskaźnika wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę nie ma szczególnego uzasadnienia, ponieważ jest to okres zbyt krótki, aby uznać, że nie można przewidzieć na ten okres zmian w poziomie minimalnego wynagrodzenia i uwzględnić te koszty w cenie oferty. Jak słusznie zauważył zamawiający, ryzyko zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę mieści się w ogólnym ryzyku prowadzenia działalności gospodarczej, zarówno zamawiającego, jak i wykonawcy, a tym samym nie ma uzasadnienia, aby to zamawiający ponosił skutki wzrostu minimalnego wynagrodzenia pracowników wykonawcy. Zamawiający w niniejszym postępowaniu wymaga uwzględnienia w cenie oferty wszelkich kosztów prawidłowej realizacji zamówienia i nie ingeruje w sposób kalkulacji oferty przez wykonawcę. W przypadku natomiast niespodziewanego, nadzwyczajnego wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę, wykonawca zawsze ma możliwość dochodzenia swoich roszczeń na drodze sądowej, zgodnie z art. 357¹ k.c.

3. Zarzut braku w projekcie umowy postanowień umożliwiających waloryzację

wynagrodzenia wykonawcy, wynikającej ze zmiany ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych oraz konieczności odprowadzania składek do ZUS od umów cywilno-prawnych.

W ocenie Izby brak jest uzasadnienia do wprowadzenia do projektu umowy klauzuli waloryzacyjnej o treści proponowanej przez odwołującego: „Strony w terminie 30 dni od daty wejścia w życie opisanych powyżej zmian w przepisach prawa dokonają odpowiednich zmian w umowie, w szczególności w zakresie wynagrodzenia należnego wykonawcy; uwzględniających wzrost obciążeń po stronie Wykonawcy.” Przy umowie krótkoterminowej, jaką jest umowa 2-letnia, powyższa klauzula nie znajduje uzasadnienia. Zamawiający nie ma możliwości ingerencji w dane dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty przez wykonawców, w tym odnośnie kosztów wynagrodzenia pracowników na podstawie umów cywilno-prawnych. Po stronie wykonawcy, jako przedsiębiorcy leży sposób kalkulacji tych kosztów i ryzyko z tym związane. Powyższe ryzyko podlega odpowiednio wycenieniu w ramach kosztów świadczenia usługi przez każdego z potencjalnych wykonawców w ramach ryzyka związanego z prowadzeniem działalności gospodarczej.

Z tych samych względów nie jest zasadne dopuszczenie możliwości skrócenia okresu realizacji kontraktu do czasu wykorzystania maksymalnej ceny oferty, po udokumentowaniu szczegółowych składników wpływających na tę cenę po zmianach ustawowych, które przewidują zwiększenie kosztów zatrudnienia pracowników na podstawie umowy zlecenia lub też możliwości rozwiązania umowy przez każdą ze stron z zachowaniem 1-miesięcznego okresu wypowiedzenia. Wprowadzenie ww. regulacji spowoduje nieuzasadnione przeniesienie z wykonawców na zamawiającego ryzyka i konsekwencji związanych ze sposobem kalkulacji oferty. Ponadto, prawo jednostronnego wypowiedzenia umowy w sprawie zamówienia publicznego jest sprzeczne z celem prowadzonego postępowania. Zamawiający przewidział termin realizacji zamówienia na okres 2 lat. Rozwiązanie tej umowy bez ważnych powodów przed upływem tego terminu naraża zamawiającego na dodatkowe koszty i ryzyka związane z prowadzeniem kolejnego przetargu i koniecznością wyłonienia nowego wykonawcy, co jest praktycznie niemożliwe do zrealizowania w okresie 1 miesiąca.

Biorąc pod uwagę powyższe należało stwierdzić, że zakwestionowane przez odwołującego w odwołaniu postanowienie nie narusza bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, w tym również art. 7 ust. 1 Pzp, a wobec tego brak jest podstaw do ich zmiany. Odwołujący zmierza jedynie do dogodnego mu ukształtowania postanowień projektu umowy, obniżenia ryzyka kontraktowego i odpowiedzialności kontraktowej, co nie stanowi podstawy do zmiany istotnych postanowień umowy ukształtowanych przez zamawiającego.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: