

WYROK

z 28 czerwca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Paulina Rypińska

po rozpoznaniu na rozprawie 28 czerwca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 10 czerwca 2022 roku przez odwołującego: Kolumna Transportu Sanitarnego Triomed Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Uniwersyteckie Centrum Kliniczne im. prof. K. Gibińskiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego z siedzibą w Katowicach

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: Kolumnę Transportu Sanitarnego Triomed Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Medycznego z siedzibą w Katowicach (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm., dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Usługa transportu sanitarnego”, numer: DZP.381.37A.2022., zwane dalej postępowaniem. Ogłoszenie w sprawie zamówienia publicznego zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 31 maja 2022 r. pod numerem: 2022/S 104-291662.

10 czerwca 2022 r. wykonawca Kolumna Transportu Sanitarnego Triomed Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego podjętą w postępowaniu tj. zastrzeżeniu rażąco wygórowanego limitu kar umownych w projektowanych postanowieniach umowy - załącznik nr 5 do SWZ. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 436 pkt 3 i art. 16 pkt 1 Pzp oraz art. 353¹ Kc i art. 5 Kc w zw. z art. 483 § 1 Kc w zw. z art. 484 § 2 Kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, przez zastrzeżenie w § 5 ust. 2 załącznika nr 5 do SWZ - projektu umowy maksymalnej wysokości kar umownych możliwych do nałożenia na wykonawcę przez Zamawiającego w wysokości 50% wynagrodzenia wykonawcy brutto, co jest wartością rażąco wygórowaną, świadcząca o naruszeniu przez Zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności, prowadzącą do ograniczenia kręgu wykonawców mogących się ubiegać o zamówienie, a co w efekcie świadczy o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy, co ma wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonania zmiany § 5 ust. 2 załącznika nr 5 do SWZ - wzoru umowy, przez

wprowadzenie postanowienia w brzmieniu: „Łączna wysokość kar umownych, jakimi

Zamawiający może obciążyć Wykonawcę na podstawie umowy nie może przekroczyć 10% wynagrodzenia brutto wskazanego w § 4 ust. 1”.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zamawiający zawarł w § 5 ust. 2 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 5 do SWZ, następujące postanowienie:

„Łączna wysokość kar umownych, jakimi Zamawiający może obciążyć Wykonawcę na podstawie umowy nie może przekroczyć 50% wynagrodzenia brutto wskazanego w § 4 ust. 1”.

W odniesieniu do ww. postanowienia dot. łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, która wynosi 50% wartości umowy brutto, Odwołujący stwierdził, że kary umowne zostały ustalone na nadmiernie wygórowanym wysokim poziomie. Mimo, że sporne postanowienie umowne wypełnia literalnie treść art. 436 pkt 3 Pzp, to mija się z celem tego przepisu. Nałożenie na wykonawcę kar w łącznej wysokości 50% wynagrodzenia za wykonanie zamówienia prowadziłoby do utraty przez wykonawcę nie tylko całego zysku z wykonania zamówienia, ale też i sporej części poniesionych przez niego kosztów z tytułu jego realizacji, co powodowałoby, że wykonawca zapłaciłby Zamawiającemu za możliwość realizacji zamówienia. Prowadzi to do całkowitego wynaturzenia stosunku prawnego, co stoi w sprzeczności z art. 353¹ Kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp. Celem zamówienia publicznego jest należyte wykonanie usługi przez Wykonawcę i uzyskanie zapłaty umówionego wynagrodzenia, a nie oferowanie Zamawiającemu darmowego świadczenia oderwanego od szkody poniesionej przez Zamawiającego. Tak wysoki limit kar umownych traci swój

dyscyplinujący charakter i może stać się dodatkowym źródłem dochodu dla Zamawiającego. Zamawiający konstruując postanowienia dotyczące kar umownych wypaczył ich rzeczywisty cel jakim jest naprawienie szkody wyrządzonej mu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, czym naruszył przepisy Kc. Uprawnienie Zamawiającego do konstruowania postanowień umowy sprawie zamówienia publicznego nie może być nadużywane i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po jego stronie. Ponadto możliwość nałożenia kar umownych w łącznej wysokości 50% wartości przedmiotu umowy jest tym bardziej niezasadna, że w § 5 ust. 5 wzoru umowy Zamawiający przewidział możliwość dochodzenia odszkodowania uzupełniającego, przewyższającego wysokość kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody. Tym samym, interesy Zamawiającego zostały zabezpieczone, a ustalenie maksymalnej wysokości kary umownej na poziomie 50 % wartości umowy jest oczywiście wygórowane.

24 czerwca 2022 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m. in.:

Obowiązkiem zamawiającego jest zawarcie w umowie o wykonanie zamówienia postanowienia określającego maksymalną wysokość kar umownych, jakich mogą dochodzić strony na podstawie umowy. Bezsprzeczne jest, że Zamawiający ów obowiązek wykonał. Przepisy Pzp w żaden sposób nie określają wysokości lub sposobu określenia owej maksymalnej wysokości kar możliwych do dochodzenia. Oczywistym jest zatem, że wskaźnika takiego brak. W konsekwencji możliwe jest zatem ustalenie we wzorze umowy owej wartości w sposób, który w ocenie Zamawiającego odpowiednio zabezpiecza należyte wykonanie umowy. Twierdzenie takie uzasadnia treść art. 8 Pzp i wynikająca z Kc zasada swobody umów.

Odwołujący poprzestał na stwierdzeniu, że ustanowiony przez Zamawiającego łączny limit kar umownych na poziomie 50% wynagrodzenia jest rażąco wygórowany. Odwołujący nie wyjaśnił dlaczego oczekuje obniżenia limitu kar umownych do poziomu 10%. Nie dokonał on również żadnej analizy umowy, tylko uznał przewidziany przez Zamawiającego limit kar za rażąco zawyżony.

Usługa transportu sanitarnego ma dla Zamawiającego kluczowe znaczenie i konieczne jest takie ukształtowanie umowy, aby zapewnić wykonanie jej na oczekiwanym poziomie. Należyte wykonanie usługi, w sposób ściśle określony w opisie przedmiotu zamówienia, ma często decydujące znaczenie dla właściwego udzielania świadczeń zdrowotnych. Każdy przypadek nienależytego wykonania przedmiotowej usługi decydować może o życiu i zdrowiu pacjenta. Tym samym Zamawiający musi w najlepszy dopuszczalny prawem sposób zabezpieczyć należyte wykonywanie umowy. Brak zatem podstaw do twierdzenia, że Zamawiający nadużył przysługującego mu prawa podmiotowego — Zamawiający wykorzystał to prawo tak, aby zabezpieczyć należyte wykonanie umowy o kluczowym dla niego znaczeniu oraz w sposób zgodny z wolą ustawodawcy.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ oraz załącznika

nr 5 do SWZ, tj. wzoru umowy.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z § 5 wzoru umowy:

1. Zamawiający obciąża Wykonawcę następującymi karami umownymi:
 - a) w wysokości 50,00 zł, za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki przejazdu karetki do miejsca wskazanego w zleceniu na transport sanitarny w stosunku do czasu wskazanego przez Zamawiającego w zleceniu składanym z przynajmniej jednym wyprzedzeniem;
 - b) w wysokości 50,00 zł, za każde rozpoczęte 15 minut zwłoki przejazdu karetki w odniesieniu do terminu określonego zgodnie z § 3 ust. 1 a niniejszej umowy;
 - c) w wysokości 10% kwoty wynagrodzenia brutto określonego w § 4 ust. 1 niniejszej umowy - w przypadku gdy dojdzie do rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym lub odstąpienia od umowy z przyczyn, za które odpowiada Wykonawca;
 - d) w wysokości 200,00 zł za każdy przypadek gdy z powodu zwłoki przyjazdu lub odmowy przyjazdu karetki Zamawiający będzie zmuszony zlecić transport sanitarny innemu podmiotowi świadczącemu usługi z zakresu transportu sanitarnego;
 - e) z tytułu niespełnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane w § 7 ust. 1 czynności zamawiający przewiduje sankcję w postaci obowiązku zapłaty przez wykonawcę kary umownej w wysokości 500,00 zł za każdy stwierdzony przypadek. Niezłożenie przez wykonawcę w wyznaczonym przez zamawiającego terminie żądanych przez zamawiającego dowodów w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę traktowane będzie jako niespełnienie przez wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane w § 7 ust. 1 czynności.
2. Łączna wysokość kar umownych, jakimi Zamawiający może obciążyć Wykonawcę na podstawie umowy nie może przekroczyć 50% wynagrodzenia brutto wskazanego w § 4 ust. 1.
3. Należność z tytułu kary umownej będzie płatna w terminie 7 dni od daty wystawienia przez Zamawiającego noty obciążeniowej.
4. Dla skuteczności oświadczenia o obciążeniu karą umowną, wystarczające jest jego przesłanie na adres Wykonawcy wskazany w umowie.
5. Zamawiający ma prawo dochodzenia na zasadach ogólnych odszkodowania uzupełniającego przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych.

W ocenie Izby kwestionowany przez Odwołującego § 5 ust. 2 wzoru umowy nie stoi w sprzeczności z przepisami Pzp. Co istotne, Odwołujący nie kwestionował wysokości poszczególnych kar umownych, a nie zasad ich nakładania na wykonawcę. Odwołujący uznał za niezgodny z prawem wyłącznie maksymalną, łączną wysokość możliwych do nałożenia kar.

Zgodnie z art. 436 pkt 3 Pzp umowa zawiera postanowienia określające w szczególności łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony. W ocenie Izby Zamawiający nie naruszył tego przepisu. Sam Odwołujący również stwierdził, że w postępowaniu nie doszło do formalnego naruszenia art. 436 pkt 3 Pzp, twierdził jednak, że limit został określony w sposób nadmiernie wygórowany.

W ocenie Izby przepisy Pzp na zabraniały Zamawiającemu ustanowienia limitu kar umownych w wysokości 50% wynagrodzenia brutto. Limit taki jest niewątpliwie bardzo

wysoki, ale nie świadczy to o jego niezgodności z prawem. Zasady dotyczące nakładania kar umownych na wykonawcę określone w § 5 wzoru umowy są przejrzyste i nie budzą wątpliwości interpretacyjnych. Wykonawcy mają zatem pełną świadomość co do sposobu, w jaki powinni kalkulować wynikające stąd ryzyko w cenie oferty. Kwestionowany przez Odwołującego § 5 ust. 2 wzoru umowy nie stoi więc na przeszkodzie w prawidłowym i skutecznym złożeniu oferty w postępowaniu.

Z powyższych względów Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego art. 436 pkt 3 Pzp przez ustanowienia rażąco wygórowanego limitu kar umownych. W ocenie Izby limit ten jest w świetle zasad doświadczenia życiowego w sposób oczywisty nieracjonalny. Zamawiający ustanowił karę umowną za odstąpienie od umowy z winy wykonawcy w wysokości 10% wynagrodzenia. Trudno więc wyobrazić sobie sytuację, w której wykonawca dopuści do naliczenia mu kar umownych oscylujących w okolicach ich górnego limitu - zamiast tego wykonawca odpowiednio wcześniej może doprowadzić do odstąpienia przez Zamawiającego od umowy. Tym samym możliwą dla Zamawiającego konsekwencją tak wysokiego limitu kar umownych może być co najwyżej okoliczności związane z dążeniem wykonawcy do spowodowania przedterminowego zakończenia realizacji umowy. Nie stanowi to jednak o sprzeczności § 5 ust. 2 wzoru umowy z art. 436 pkt 3 Pzp - Zamawiający jako gospodarz postępowania w granicach przepisów prawa prowadzi je zgodnie z ustanowionymi przez siebie zasadami oraz ze świadomością grożących mu z tego tytułu niedogodności.

Odwołujący nie wykazał również, by obniżenie limitu kar do poziomu 10% pozwoli Zamawiającemu na skuteczne wyegzekwowanie prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. W konsekwencji Izba uznała, że zarzut odwołania nie potwierdził się.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....