

Sygn. akt: KIO 2327/23

WYROK

z dnia 22 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Matecka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę Impel Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Polska Grupa Górnicza Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu nr 1 i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany postanowień specyfikacji warunków zamówienia poprzez obniżenie łącznej maksymalnej wartości kar umownych do poziomu nieprzekraczającego 30% wartości wynagrodzenia brutto wykonawcy.
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego w części 1/2 i zamawiającego w części 1/2, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 996 zł 00 gr (słownie: dziewięćset dziewięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
 - 3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7 998 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dziewięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych zero groszy);
 - 3.3. znosi wzajemnie pomiędzy odwołującym i zamawiającym koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 2327/23

Uzasadnienie

Zamawiający Polska Grupa Górnicza Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.; dalej jako „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Świadczenie kompleksowych usług utrzymania łaźni dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK Ruda” z podziałem na 2 zadania”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 28 lipca 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 144-461526.

- I. W dniu 7 sierpnia 2023 r. wykonawca Impel Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści postanowień specyfikacji warunków zamówienia w ww. postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 436 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ Kodeksu cywilnego (dalej: „KC”), art.

484 § 2 KC i art. 483 KC w związku z art. 8 ust. 1 poprzez wadliwe określenie przez

Zamawiającego łącznej wysokości kar umownych;

2. art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez wadliwe określenie przez Zamawiającego

w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego zasad waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów.

W ramach zarzutu nr 1 Odwołujący podniósł, że ustalenie przez Zamawiającego w projekcie umowy limitu kar umownych na poziomie wartości całego wynagrodzenia umownego stanowi rażąco naruszenie przepisu art. 436 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający, ustalając górny limit kar umownych winien mieć na uwadze, że wysokość kary umownej nie powinna prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności, określonej w art. 16 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego Zamawiający konstruując postanowienia dotyczące kar umownych wypaczył w istocie ich rzeczywisty cel, jakim jest naprawienie szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, czym naruszył przepisy kodeksu cywilnego. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający ustalając maksymalny limit kar umownych pominął naturę stosunku prawnego, jaki łączyć ma strony oraz zignorował zasady współżycia społecznego zakładające równoprawność stron zawieranej umowy, czym naruszył dyspozycję art. 353¹ KC. Ponadto kara umowna może być uznana za rażąco wygórowaną zgodnie z art. 484 § 2 KC. Odwołujący podkreślił, że kara umowna zgodnie z art. 483 § 1 KC jest instytucją związaną z naprawieniem szkody wynikłej

z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Nie jest więc dopuszczalne zastrzeżenie kary w sytuacji, gdy zamawiający nie ponosi szkody ze względu na działania lub zaniechania wykonawcy. W takim wypadku wykonawca nie powinien być obciążany karą, gdyż stoi to w sprzeczności z przepisami KC o odszkodowaniu za nienależyte wykonanie zobowiązania. Odwołujący wskazał, że przy limicie kar umownych na poziomie wartości wynagrodzenia za całość umowy wykonawcy nie są de facto w stanie sporządzić rzetelnej oferty, gdyż nie mogą należycie ocenić ryzyka odpowiadającego regułom rynkowym.

Odwołujący wniósł o zmianę postanowienia § 11 ust. 5 projektu umowy poprzez nadanie mu następującej lub równoważnej treści:

„Łączna maksymalna wysokość kar umownych nie może przekroczyć kwoty stanowiącej 20% wartości netto Umowy, o której mowa w § 3 ust.1.”

W ramach zarzutu nr 2 Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że w projekcie umowy zaniechał opisanie zasad waloryzacji wynagrodzenia umownego wykonawcy. W ocenie Odwołującego, ww. zaniechanie Zamawiającego narusza w sposób rażąco przepis art. 439 ustawy Pzp poprzez złamanie zasad zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności przy formułowaniu postanowień specyfikacji warunków zamówienia. Odwołujący podkreślił, że przepis art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący (ius cogens).

Odwołujący wniósł o wprowadzenie do projektu umowy następujących postanowień (lub innych o równoważnym brzmieniu):

„Strony zobowiązują się dokonać zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy każdorazowo w przypadku zmiany cen materiałów i kosztów, związanych z realizacją przedmiotu umowy (dalej także jako „indeksacja wynagrodzenia”), na następujących zasadach:

a) zmiany dokonywane będą w oparciu o kwartalne wskaźniki wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych, ogłaszane w komunikatach Prezesa GUS.

b) zmiany mogą zostać wprowadzone na wniosek Strony nie wcześniej niż po upływie

3 miesięcy od dnia zawarcia Umowy - przy czym zmiana jest dopuszczalna:

- w przypadku pierwszej indeksacji - jeśli wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych, o którym mowa w ppkt a) za kwartał, poprzedzający kwartał złożenia wniosku o indeksację wynagrodzenia, wzrośnie lub spadnie o min. 1% w stosunku do wskaźnika z kwartału, w którym przypadła termin składania ofert;

- w przypadku każdej kolejnej indeksacji - jeśli wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych, o którym mowa w ppkt a) za kwartał poprzedzający kwartał złożenia wniosku o indeksację wynagrodzenia, wzrośnie lub spadnie o min. 1% w stosunku do wskaźnika z kwartału, w którym nastąpiła ostatnia indeksacja;

c) Strony mogą występować z wnioskami o indeksację wynagrodzenia nie częściej, niż jeden raz na 3 miesiące;

d) Suma zmian wynagrodzenia Wykonawcy w wyniku indeksacji, wprowadzonych w trakcie obowiązywania Umowy, nie może przekroczyć 15 % ceny kontraktowej netto określonej w dniu zawarcia umowy.

e) Zmiany umowy wymagają zachowania formy pisemnego aneksu pod rygorem nieważności.

II. Pismem wniesionym w dniu 21 sierpnia 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

W odniesieniu do zarzutu nr 1 Zamawiający zauważył, że ustawodawca nie przesądził o tym, jaki limit kar umownych jest właściwy. Określenie takiego jednego limitu było rozważane w toku prac legislacyjnych, jednakże po namyśle z regulacji takiej zrezygnowano. Zamawiający podkreślił, że w projekcie umowy wypełnił nałożony na zamawiających przez ustawodawcę obowiązek wskazania limitu kar umownych. Zamawiający zauważył, że Odwołujący w treści odwołania

przywołuje brzmienie art. 353¹ KC, jednym zdaniem wskazując, że uważa zaskarżone postanowienie umowne za niezgodne z naturą stosunku prawnego i zasadami współzycia społecznego. Nie przytacza jednak żadnej argumentacji, w jaki sposób postanowienie umowne miało by w naturę lub zasady współzycia społecznego uderzać. Zamawiający stwierdził, że ustanowienie limitu kar nie zmienia rozkładu sił pomiędzy stronami, a jedynie wprowadza po stronie zamawiającego górne ograniczenie dochodzenia odszkodowania w formie łatwiejszej. Stwierdził, że podana przez Odwołującego argumentacja zdaje się dotyczyć kary umownej, a nie łącznego limitu kar z różnych tytułów. Zauważył, że Odwołujący nie kwestionuje postanowienia o możliwości dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych ponad poziom naliczonych kar umownych. Sam limit nie wpływa więc na faktyczną wysokość jego odpowiedzialności z tytułu nienależytego wykonywania umowy. Paragraf 11 ust 8 projektu umowy przewiduje możliwość dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych, jeżeli wysokość kar umownych nie pokrywa szkody w całości. Podanie limitu łącznego kar ma pomóc wykonawcy w oszacowaniu ryzyk oraz pozwala wszystkim wykonawcom złożyć ofertę na takich samych zasadach.

W odniesieniu do zarzutu nr 2 Zamawiający stwierdził, że uczynił zadość wymaganiom wskazanym w aktualnie obowiązujących przepisach prawa, w tym art. 439 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 439 ust. 2 ustawy Pzp w umowie określa się:

- 1) poziom zmiany cen materiałów lub kosztów uprawniający do żądania zmiany oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia - w §14 ust. 1 projektu umowy Zamawiający postanowił, że zmiana umowy nastąpi w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę. Zmiana następuje zawsze w przypadku zmiany minimalnego wynagrodzenia, za wyjątkiem sytuacji w której na dzień składania oferty wykonawca mógł zapoznać się z oficjalnie opublikowaną wysokością minimalnego wynagrodzenia za dany okres;
- 2) sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia - zgodnie z postanowieniami projektu umowy zmiana wynagrodzenia zostanie ustalona w oparciu o wskaźnik zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej na podstawie danych publikowanych w stosownym Rozporządzeniu Rady Ministrów zgodnie z przepisami ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę; każda kolejna waloryzacja dotyczy wynagrodzenia, ustalonego na skutek poprzedniej waloryzacji;
- 3) okresy, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy – w projekcie umowy częstotliwość zmian została skorelowana z częstotliwością zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej;
- 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia - w projekcie umowy wynagrodzenie wykonawcy, w tym jednostkowe stawki rozliczeniowe, ulegają zmianie o maksymalnie 50% wielkości wskaźnika zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej w odniesieniu do ich poziomów dla wielkości zaktualizowanej i dotychczasowej.

Zamawiający wyjaśnił, że kształtując postanowienia waloryzacyjne kierował się przede wszystkim przedmiotem zamówienia i wynikającym z tego rozkładem kosztów związanych z realizacją zamówienia. Największy udział w kosztach mają koszty osobowe (koszty zatrudnienia pracowników realizujących usługę). Koszty materiałów stanowią część znikomą i oscylują na poziomie 2,5-3,6% całości kosztów.

III. Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu w zakresie zarzutu nr 1.

Zarzut ten dotyczył postanowienia § 11 ust. 5) projektu umowy, zgodnie z którym „Łączna maksymalna wartość kar umownych przysługujących Zamawiającemu jest równa wartości netto Umowy, o której mowa w § 3 ust. 1.”

Należy zgodzić się z Zamawiającym, że w przepisach nie określono górnego limitu kar umownych, których może dochodzić zamawiający. Zgodnie z art. 436 pkt 3) ustawy Pzp umowa zawiera postanowienia określające w szczególności łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony. Jak wynika z orzecznictwa Sądu Najwyższego „zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody” (w szczególności uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r. III CZP 61/03 mająca moc zasady prawnej). Jak wskazuje się w literaturze „Kary umowne nie mogą bowiem służyć wzbogaceniu się strony uprawnionej do ich naliczenia, lecz powinny spełniać przede wszystkim funkcję odszkodowawczą i dyscyplinującą. Dlatego też określenie poziomu limitu możliwych do dochodzenia kar nie jest swobodnym uprawnieniem zamawiającego. W szczególności maksymalna wysokość kar nie może być określana na poziomie, który może być traktowany jako rażąco wygórowany w odniesieniu do wysokości wynagrodzenia czy ewentualnych zagrożeń związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, w tym możliwości powstania lub rozmiarów szkody. Ponoszone kary umowne powinny być odczuwalne, ale nie w stopniu, który może powodować uznanie niecelowości wykonania umowy (por. wyr. KIO z 28.12.2018 r., KIO 2574/18, Legalis)” [komentarz pod red. M. Jaworskiej, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnickiej oraz A. Matusiak. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Legalis 2022, kom. do art. 436 ustawy Pzp). Mając na uwadze powyższe, ustalenie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych na poziomie 100% wynagrodzenia netto wykonawcy należy w ocenie Izby uznać za nadużycie przez zamawiającego prawa do jednostronnego kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz działanie sprzeczne z zasadami współzycia społecznego (art. 353¹ KC). Odnosząc się do twierdzenia Zamawiającego, że ustalenie przez

niego łącznej maksymalnej wysokości kar umownych nie zmienia rozkładu sił pomiędzy stronami, a jedynie wprowadza po stronie zamawiającego górne ograniczenie dochodzenia odszkodowania w formie łatwiejszej, należy zauważyć, że ułatwienie Zamawiającemu dochodzenia odszkodowania nie powinno skutkować tym, że wykonawca będzie obowiązany

do zapłaty Zamawiającemu kar umownych w wysokości zbliżonej do wynagrodzenia za realizację umowy w sytuacji, gdy szkoda Zamawiającego będzie znacznie mniejsza. Oczywiście Zamawiający powinien być uprawniony do uzyskania pełnego pokrycia szkody wyrządzonej mu przez wykonawcę w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, jednakże temu służy instytucja uregulowana w art. 484 § 1 zd. 2 KC (tzw. kara zaliczalna). Na podstawie tego przepisu możliwe jest dokonanie w umowie zastrzeżenia, zgodnie z którym wierzyciel uprawniony jest do dochodzenia, obok kary umownej, odszkodowania uzupełniającego do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody. Należy wskazać, że zamawiający z tego uprawnienia skorzystał w § 11 ust 8 projektu umowy.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała za zasadne nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień specyfikacji warunków zamówienia (projektu umowy) poprzez obniżenie łącznej maksymalnej wartości kar umownych. Należy wskazać, że w praktyce udzielania zamówień publicznych wartość ta wynosi na ogół od 10 % wynagrodzenia netto – 30% wynagrodzenia brutto wykonawcy. Wskazuje się, że określając górny limit kar umownych, zamawiający powinien wziąć pod uwagę zakres i rodzaj naruszenia obowiązków umowy, wielkość i specyfikę przedmiotu zamówienia oraz zasadę proporcjonalności i uczciwej konkurencji (tak np. w Komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych pod red. H. Nowaka i M. Winiarza, wyd. II Warszawa 2023, kom. do art. 436 ustawy Pzp). W związku z tym, że Odwołujący nie podał w odwołaniu żadnych okoliczności faktycznych stanowiących podstawę do określenia właściwego limitu kar umownych, Izba nakazała Zamawiającemu obniżenie tego limitu do poziomu nieprzekraczającego 30% wartości wynagrodzenia brutto wykonawcy. Należy dodać, że Zamawiający uprawniony jest do określenia ww. limitu poprzez odniesienie go do wartości wynagrodzenia netto, pod warunkiem nieprzekroczenia progu wskazanego przez Izbę.

Natomiast drugi z zarzutów odwołania zdaniem składu orzekającego Izby nie zasługiwał na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że ten nie zawarł w projekcie umowy postanowień ustalających zasady waloryzacji wynagrodzenia umownego wykonawcy zgodnie z art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Jak jednak wynika z projektu umowy zasady te zostały przewidziane w § 14 projektu umowy. Zgodnie z art. 439 ust.1 ustawy Pzp umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Zgodnie z tym przepisem zamawiający nie jest zobowiązany, aby w każdym przypadku ustalać zasady waloryzacji wynagrodzenia w odniesieniu zarówno do materiałów

jak i kosztów związanych z realizacją zamówienia (spójnik „lub”). Będzie to zależać od konkretnych okoliczności dotyczących postępowania. Odrębną zatem kwestią jest to, czy zasady dotyczące waloryzacji wynagrodzenia zostały przez Zamawiającego ustalone w sposób prawidłowy. Argumentacja w tym zakresie nie została jednak przedstawiona w odwołaniu, a dopiero na rozprawie, i w konsekwencji nie mogła zostać objęta rozpoznaniem Izby. Zgodnie bowiem z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

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

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

Przewodnicząca: