

WYROK

z dnia 11 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Stanisław Sadowy

Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Agnieszka Albin

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 sierpnia 2008 r. w Warszawie
odwołania wniesionego przez

Impel Cleaning Sp. z o.o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni ul. Jana z Kolna 8b, 81-912

Gdynia

protestu z dnia 4 lipca 2008 r.

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego

po stronie Odwołującego się oraz XXX po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Impel Cleaning Sp. z o.o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław i nakazuje:

KIO/UZP 779/08 1 z 14

-
- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Impel Cleaning Sp. z o.o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez Impel Cleaning Sp. z o.o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław na rzecz Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Gdyni ul. Jana z Kolna 8b, 81-912 Gdynia stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: zero złotych zero groszy) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych,
 - 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Impel Cleaning Sp. z o.o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław.

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na utrzymanie porządku i czystości pomieszczeń budynków, sprzątanie dróg, chodników i placów utwardzonych oraz utrzymanie i pielęgnację terenów zielonych w kompleksach wojskowych administrowanych przez WAK 1 Gdańsk, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie zostało zamieszczone w Dz. Urz WE pod numerem 2008/S 126-168040 z 2 lipca 2008 r. Wartość postępowania została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 1.331.592 zł. Termin realizacji zamówienia wynosi 48 miesięcy od dnia podpisania umowy.

4 lipca 2008 r. Odwołujący wniósł protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* i wniósł o:

1. zmianę treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie § 7 projektu umowy w zakresie rażąco wysokich kar umownych,
2. dopisanie do projektu umowy postanowień umożliwiających coroczną waloryzację wynagrodzenia wykonawcy o wzrost o wskaźnik wzrostu minimalnego wynagrodzenia,
3. dopisanie do projektu umowy postanowień umożliwiających rozwiązanie przez każdą ze stron umowy za 3-miesięcznym wypowiedzeniem
4. lub unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na to, iż postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zdaniem Odwołującego postanowienia projektu umowy naruszają zasadę zachowania uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ograniczają możliwość ubiegania się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

W § 7 projektu umowy „Kary umowne” Zamawiający zaproponował postanowienia o następującym brzmieniu:

1. *Zarówno Zamawiający jak i Wykonawca zobowiązują się do naprawienia szkód wynikłych z niewykonania lub nienależytego wykonania swoich zobowiązań wynikających z umowy. Strony ustalają odpowiedzialność odszkodowawczą w formie kar umownych.*
2. *Zamawiający zapłaci Wykonawcy kary umowne w wysokości:*
- 10% wartości o przedmiotu zamówienia, od których realizacji odstąpił, w przypadku odstąpienia przez Zamawiającego od umowy z przyczyn niezależnych od Wykonawcy (za wyjątkiem okoliczności określonych w art. 145 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych).
3. *Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w wysokości :*

- 1) *10% wartości brutto całości wynagrodzenia umownego za odstąpienie od umowy z przyczyn niezależnych od Zamawiającego,*
- 2) *10% brutto miesięcznego wynagrodzenia umownego w przypadku trzykrotnego wciągu miesiąca stwierdzenia przez osobę Zamawiającego zaniedbań i braku staranności w wykonaniu usług objętych przedmiotem umowy*
- 3) *10% wartości brutto całości wynagrodzenia umownego w przypadku odstąpienia przez Zamawiającego od umowy z winy Wykonawcy za nienależyte wykonanie umowy.*

Określenie wysokości kar umownych na poziomie nieadekwatnym do wartości zamówienia nie znajduje uzasadnienia. Kara umowna ma charakter wyłącznie odszkodowawczy i kompensacyjny. Na gruncie przepisów prawa cywilnego nie ma podstaw do uznania kary umownej jako środka prewencyjnego, którego celem jest silne oddziaływanie na niesolidnych wykonawców w sposób zapewniający należyte wykonanie umowy. Zatem ustalenie przez Zamawiającego zbyt wygórowanych kar umownych stanowi rażące naruszenie prawa. Rażąco wygórowane kary prowadzą do sprzeczności celu umowy z zasadami współżycia społecznego, której skutkiem jest bezwzględna nieważność czynności prawnej (art. 353 1 w zw. z art. 58 § 1 kc).

Odwołujący zaproponował zmianę postanowień § 7 ust. 3 pkt 1-3 projektu

umowy z 10% na 2%.

W chwili zawierania długoterminowej umowy o udzielenie zamówienia publicznego trudna do przewidzenia jest wysokość oraz szybkość zmiany minimalnego wynagrodzenia za pracę. W roku 2008 nastąpiła podwyżka wynagrodzenia minimalnego o ponad 20%, podczas gdy w poprzednich latach wynosiła średnio ok. 4,4%. Treść przepisu art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jednoznacznie wskazuje, iż okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy muszą skutkować koniecznością wprowadzenia zmian do umowy, samo nawet płacy nie podwyższenie, niespodziewanie wysokie, minimalnej

KIO/UZP 779/08 4 z 14

skutkuje jednakże automatycznie koniecznością zapłacenia wykonawcy wyższego wynagrodzenia, o ile umowa nie zawiera takiego postanowienia. Wprowadzenie klauzuli waloryzacyjnej jest korzystne również dla Zamawiającego, bowiem wykonawca, mając pewność, że kwota wynagrodzenia będzie mogła zostać zwaloryzowana, kalkulując cenę ofertową nie bierze pod uwagę tak dużego ryzyka w zabezpieczeniu swojego interesu i może podać realną stawkę wykonania usługi, która nawet w przypadku ewentualnej waloryzacji okazuje się kwotą niższą niż w przypadku wliczania do ceny ofertowej kosztów ryzyka wykonawcy w długim okresie wykonywania umowy. W konsekwencji braku zapisu dopuszczającego waloryzację Zamawiający może się spotkać z zarzutem niecelowości i niegospodarności ze strony podmiotu kontrolującego.

W związku z tym odwołujący wnosił o dodanie do projektu umowy postanowienia: „Wynagrodzenie wykonawcy będzie wzrastało o wskaźnik wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę” lub zmianę na powyższy zapis § 4 punktu 3 projektu umowy.

Zawarcie umowy na czas określony niesie za sobą konieczność realizacji kontraktu przez obie strony przez cały okres jej obowiązywania. W do umowy przed Uregulowanie umowie uprawnienia zakończenia terminem w drodze jednostronnego wypowiedzenia umożliwia Zamawiającemu elastyczne reagowanie na zmieniającą się rzeczywistość gospodarczą bez konieczności uzasadniania swojej decyzji. Zamawiający bowiem nie jest zobowiązany do kontynuacji kontraktu za wszelką cenę aż do upływu terminu realizacji zamówienia. Na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma zakazu wprowadzania do umowy takich postanowień, dlatego, mając na uwadze zasadę swobody umów, należy uznać, iż zamieszczenie takiej klauzuli umownej jest uzasadnione dla interesu Zamawiającego.

W związku z tym Odwołujący wniósł o dopisanie do projektu umowy postanowienia: „Każda ze stron może w dowolnym czasie rozwiązać umowę za 3-miesięcznym okresem wypowiedzenia.”

KIO/UZP 779/08 5 z 14

21 lipca 2008 r. Zamawiający protest oddalił stwierdzając, iż nie wyraża zgody na:

1. zmianę zapisu § 7 w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, ponieważ nie widzi podstaw do zmniejszania kary umownej zastrzeżonej na poziomie 10% wartości zamówienia; wysokość kar umownych określonych w umowie znajduje zastosowanie zarówno do Zamawiającego, jak i Wykonawcy i ustalona została w takiej samej procentowo wielkości;
2. zmianę § 4 projektu umowy i wprowadzenie innego sposobu waloryzacji wynagrodzenia niż odniesienie się do wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych określonych przez Główny Urząd Statystyczny; wzrost płac nie jest okolicznością, której wykonawca nie może przewidzieć składając

ofertę, natomiast przyjęty wskaźnik waloryzacyjny jest wskaźnikiem obiektywnym i odpowiednim dla przedmiotu zamówienia i obejmuje on w sobie również przeciętny wzrost wynagrodzenia w sferze usług. Ewentualny wzrost płac jest tylko jednym i nie najistotniejszym składnikiem mającym wpływ na kalkulację wartości oferty wykonawcy i w ocenie Zamawiającego nie może być o ten wzrost waloryzowana wartość całego wynagrodzenia (wszystkich składników) należnego Wykonawcy.

3. wprowadzenie do umowy klauzuli o możliwości jej wypowiedzenia z zachowaniem terminów umownych. Umowa zostaje zawarta na czas oznaczony, w którym to Zamawiający jest zainteresowany otrzymaniem określonej umowy usługi, rozwiązanie umowy w czasie jej obowiązywania nie leży zatem w interesie Zamawiającego i naraża go na pozbawienie usługi tego rodzaju w czasie między rozwiązaniem umowy a podpisaniem umowy z nowym wykonawcą, bowiem nie da się precyzyjnie określić czasu koniecznego do wyłonienia nowego wykonawcy w trybie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto ustawa Prawo zamówień publicznych nie przewiduje możliwości wcześniejszego rozwiązywania umowy zawartej na czas określony.

Ponadto Zamawiający nie podzielił poglądu Odwołującego, jakoby naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych *w związku z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców*

KIO/UZP 779/08 6 z 14

oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, gdyż Odwołujący nie uzasadnił, na czym miałyby polegać to naruszenie.

O rozstrzygnięciu protestu Zamawiający powiadomił Odwołującego tego samego dnia.

Wobec powyższego oddalenia protestu 24 lipca 2008 r. (wpływ do UZP 28 lipca 2008 r.) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty wskazane w proteście i wnosząc o nakazanie Zamawiającemu:

1. zmiany treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie rażąco wysokich kar umownych,
2. zmiany treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zawarcie w projekcie umowy postanowień zamówienia poprzez umożliwiających coroczną waloryzację wynagrodzenia wykonawcy o wzrost wskaźnika wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę,
3. zmiany treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zawarcie w projekcie umowy postanowień zamówienia poprzez przez każdą ze stron umowy z umożliwiających rozwiązanie zachowaniem okresu wypowiedzenia
4. lub unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na to, iż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący stwierdził dodatkowo, iż nie jest prawnie dopuszczalne wykluczenie wszystkich możliwości wcześniejszego zakończenia kontraktu, ponieważ jest to sprzeczne z art. 746 § 3 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można rzec się z góry uprawnienia do wypowiedzenia zlecenia z ważnych powodów, a taka klauzula byłaby nieważna (art. 58 § 1 w zw. z art. 746 § 3 kc). Błędem jest założenie przez Zamawiającego, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie przewiduje wcześniejszego rozwiązania umów zawartych na czas określony – art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odsyła do przepisów kodeksu cywilnego. Odwołujący wskazuje też art. 750 kc.

KIO/UZP 779/08 7 z 14

Wykonawcy muszą brać pod uwagę fakt corocznego wzrostu wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, ale nie są w stanie przewidzieć skali tych zmian – co pokazuje rok 2007, gdy rząd zdecydował o podniesieniu tego wynagrodzenia o ponad 20%. Obecnie wiadomo, iż w 2008 r. wzrost ten wyniesie ponad 13%, natomiast nieznana jest wysokość podwyżek na kolejne lata. Natomiast gdyby naliczyć 20-procentowy wzrost płac na kolejne lata, to w sposób zbyteczny obciąża to Zamawiającego, który „nadpłaca” na poczet przyszłych wzrostów płacy, a ponadto faworyzuje wykonawców nieuczciwych (nie biorących pod uwagę konieczności uwzględnienia wzrostu płac) albo nierzetelnych (zaniżających wzrost płac). Zamawiający wybierze więc wykonawcę najtańszego, który po roku nie będzie mógł pokryć kosztów, a, ponieważ Zamawiający nie dopuszcza możliwości wcześniejszego rozwiązania umowy, będzie usługę wątpliwej jakości świadczył przez cały koszt trwania umowy. Nie jest bowiem możliwe skalkulowanie ceny, która byłaby korzystna dla Zamawiającego, a jednocześnie uwzględniałaby wzrost cen świadczenia usługi przez okres kilku następnych lat zapewniając przy tym wykonanie usługi na najwyższym poziomie. Usługi porządkowe znaczną część kosztów generują w pozycji wynagrodzenie pracowników – większość pracowników zarabia wynagrodzenie w wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, zatem wszelkie zmiany wpływają w istotny sposób na wysokość kosztów świadczenia usług.

Zamawiający narusza swoim postępowaniem zasadę racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi, co może skutkować pociągnięciem go do odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Określenie w projekcie umowy wysokości kar umownych na poziomie nieadekwatnym do wartości zamówienia publicznego nie znajduje żadnego uzasadnienia. Zamawiający proponuje, żeby wykonawca płacił karę w jednej wysokości zarówno w przypadku nieistotnego uchybienia nie wpływającego na bezpieczeństwo sanitarne, jak i poważnego zagrożenia. Obecnie

zapisy bezbronnymi wobec proponowane pozostawiają wykonawców

zapoznania się ze uprawnień który, bez potrzeby

Zamawiającego,

KIO/UZP 779/08 8 z 14

stanowiskiem wykonawcy, na podstawie subiektywnego odczucia swojego pracownika, może obciążyć wykonawcę wysoką karą umowną bez ponoszenia jakiegokolwiek szkody w wyniku działań wykonawcy. Odwołujący wnosi, żeby Zamawiający zmniejszył zaproponowane kary umowne i dokonał zmiany postanowień umownych w ten sposób, iż kary umowne będą nakładane po przeprowadzeniu szybkiej weryfikacji przez strony, czy doszło do naruszenia umowy i jaka jest jego skala, i dostosowaniu wysokości kar do stopnia zawinienia wykonawcy i skali naruszenia.

7 sierpnia 2008 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie

Na podstawie dokumentacji postępowania, treści protestu i odwołania, rozstrzygnięcia protestu i odpowiedzi na odwołanie oraz oświadczeń Stron złożonych podczas rozprawy skład orzekający zbry ustalił i zważył co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający zbry ustalił, iż w projekcie umowy znajdują się następujące postanowienia umowne dotyczące spornych kwestii.

I § 4 ust. 3: Strony postanawiają, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy może być waloryzowane raz w roku na pisemny wniosek Wykonawcy o średnioroczny wskaźnik wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych, nie wcześniej niż po roku obowiązywania umowy.

II § 7 ust. 1 – 3

1. Zarówno Zamawiający jak i Wykonawca zobowiązują się do naprawienia szkód wynikłych z niewykonania lub nienależytego wykonania swoich zobowiązań wynikających z umowy. Strony ustalają odpowiedzialność odszkodowawczą w formie kar umownych.

2. Zamawiający zapłaci Wykonawcy kary umowne w wysokości:

- 10% wartości o przedmiotu zamówienia, od których realizacji odstąpił, w przypadku odstąpienia przez Zamawiającego od umowy z przyczyn niezależnych od Wykonawcy (za wyjątkiem okoliczności określonym w art. 145 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych).

KIO/UZP 779/08 9 z 14

3. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w wysokości :

- 1) 10% wartości brutto całości wynagrodzenia umownego za odstąpienie od umowy z przyczyn niezależnych od Zamawiającego,
- 2) 10% brutto miesięcznego wynagrodzenia umownego w przypadku trzykrotnego wciągu miesiąca stwierdzenia przez osobę Zamawiającego zaniedbań i braku staranności w wykonaniu usług objętych przedmiotem umowy
- 3) 10% wartości brutto całości wynagrodzenia umownego w przypadku odstąpienia przez Zamawiającego od umowy z winy Wykonawcy za nienależyte wykonanie umowy.

III W § 8 znajdują się przyczyny odstąpienia od umowy, natomiast brak postanowień dotyczących wypowiedzenia umowy.

Skład orzekający lzby zważył, co następuje.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia *istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach*. Z treści tego przepisu jednak wynika dla Zamawiającego nie tylko zobowiązanie do ustalenia warunków umowy już na etapie publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale również uprawnienie do ich ukształtowania zgodnie ze swoimi potrzebami i wymaganiami. Wskazuje na to wyraźnie brzmienie tego przepisu: *jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach*.

Ustawodawca bowiem stwarzając system udzielania zamówień publicznych ograniczył prawo stron do swobodnego kształtowania warunków umowy na dwa sposoby - odbierając Zamawiającemu prawo do swobodnego wyboru kontrahenta, jednocześnie ustanowił dla niego prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy. Jest również rzeczą zrozumiałą, iż Zamawiający, ustalając warunki umowy, dba o zabezpieczenie

KIO/UZP 779/08 10 z 14

swoich interesów. Podstawowym celem zasady swobody zawierania umów jest to, iż obie strony umowy godzą się na wprowadzenie do niej pewnych postanowień, jak również to, iż każda ze stron może na dane postanowienia się nie zgodzić. W niniejszym przypadku stroną, która nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych postanowień jest Zamawiający. Natomiast wyrazem swobody zawierania umów, której może dać wyraz Odwołujący, jest to, iż umowy z Zamawiającym nie zawrze (w przeciwieństwie do Zamawiającego, który zobowiązany jest zawrzeć umowę z wykonawcą wyłonionym w trakcie procedury o udzielenie zamówienia publicznego i nie

może zawrzeć takiej umowy bez przeprowadzenia owej procedury).
Zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego prawo do warunków umowy ma jednak swoje Zamawiającego ustalenia ograniczenie – Zamawiający nie może prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to m.in. z brzmienia jednej z najważniejszych zasad prawa cywilnego wyrażonej w art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym *nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony*.

Skład orzekający Izby badając postanowienia umowy uznał, iż Zamawiający w tym przypadku nie nadużył swojego prawa podmiotowego.

Ukształtowanie kar umownych za odstąpienie na poziomie 10% wynagrodzenia umownego, jest zgodne z przyjętą praktyką i akceptowane w orzecznictwie sądowym i doktrynie, dlatego nie można uznać ich za wygórowane.

Również w odniesieniu do postanowienia § 7 ust. 3 pkt 2 projektu umowy skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do stwierdzenia, iż obejmuje on okoliczności szczególnie uciążliwe dla wykonawców. Kara umowna odnosi się bowiem do wynagrodzenia miesięcznego wykonawcy, a trzykrotne stwierdzenie nienależytego wykonania umowy, niezależnie od jego rozmiarów, może być uznane za wystarczający powód do naliczenia kary. Wprowadzenie do umowy proponowanego w odwołaniu „taryfikatora” określającego skalę naruszeń umowy i uzależnioną od niej wysokość kar umownych w praktyce

KIO/UZP 779/08 11 z 14

mogłoby się okazać zbyt trudne w realizacji i budzić trudne do rozwiązania spory pomiędzy Stronami.

Skład orzekający Izby zgodził się również z Zamawiającym, iż kara umowna ma nie tylko charakter odszkodowawczy, lecz również prewencyjny (czego przykładem jest § 7 ust. 3 pkt 2 projektu umowy), szczególnie istotny właśnie w realizacji umów dotyczących zamówień publicznych, gdzie Zamawiający nie może w sposób dowolny wybrać kontrahenta. Jakkolwiek kwestia ta znalazła się poza zainteresowaniem art. 483 i nast. kodeksu cywilnego nie można stwierdzić, iż ustawodawca, ustanawiając tę instytucję, jak również np. odszkodowanie, zadatek, odstępnę czy umowę przedwstępną, nie zdawał sobie sprawy z ich znaczenia dla dbałości o należyte wykonanie umowy, jak również o trwałość stosunku umownego między stronami. Tym bardziej, iż w przypadku jednostek budżetowych, które nie mogą zatrzymać dla siebie uzyskanej kary umownej, a muszą przeprowadzić skomplikowane procedury związane z zawarciem umowy, funkcja odszkodowawcza ma często mniejsze znaczenie niż owa funkcja prewencyjna.

Poza tym stwierdzenie, iż Zamawiający może arbitralnie nałożyć kary umowne również nie znajduje potwierdzenia w praktyce, ponieważ wykonawcy mogą dochodzić ochrony swoich praw i mogą nie zgodzić się z nałożeniem kary umownej lub wnieść o jej miarkowanie przez sąd.

Zamawiający wprowadził do umowy klauzulę waloryzacyjną opierającą się na zmianie średniorocznego wskaźnika wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszanego przez Główny Urząd Statystyczny. Również taki sposób waloryzacji cen jest powszechnie stosowany przez strony różnych umów i w związku z tym trudno uznać go za nadużycie prawa podmiotowego przez Zamawiającego. Poza tym, pomimo swoich mankamentów ma on tę zaletę, iż nie wymaga analizowania sposobu obliczenia ceny oferty przez wybranego wykonawcę i wpływu wzrostu minimalnego miesięcznego wynagrodzenia za pracę na ogólne wynagrodzenie za wykonanie umowy – co może mieć znaczenie dla Zamawiającego, który, jak zaznaczył sam Odwołujący, jest podmiotem, wydającym środki podlegające kontroli

i który może zostać pociągnięty z tego tytułu do odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Zdaniem składu orzekającego Izby także odmowa wprowadzenia przez Zamawiającego postanowienia dotyczącego wypowiedzenia umowy jest uzasadniona. Zamawiający ma prawo oczekiwać, iż wykonawca będzie realizował umowę przez cały umówiony okres. Zwłaszcza, iż Odwołujący wniósł o wprowadzenie postanowienia w następującym brzmieniu: *Każda ze stron może w dowolnym czasie rozwiązać umowę za 3-miesięcznym okresem wypowiedzenia*. Postanowienie takie powoduje, iż żadna ze Stron nie może być pewna trwałości zawartej umowy i, zdaniem składu orzekającego Izby, nie przystaje do istoty udzielania zamówień publicznych – zwłaszcza art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym *przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty*. A, jak wielokrotnie podkreślał Odwołujący w proteście i odwołaniu, okres, na który będzie zawarta przedmiotowa umowa, ma istotne znaczenie dla wycenienia ofert przez wykonawców.

Skład orzekający Izby nie znalazł też podstaw do stwierdzenia naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – warunki zawarcia umowy zostały określone w jednakowy sposób dla wszystkich wykonawców i zostały im podane do wiadomości już przy wszczęciu postępowania.

W odniesieniu do zarzutu niezgodnego z przepisami prawa ukształtowania warunków udziału w postępowaniu oraz wymaganych na ich potwierdzenie dokumentów oraz nieprowadzenia protokołu postępowania na tym etapie, skład orzekający Izby stwierdził, iż zarzuty te nie zostały podniesione w proteście ani w odwołaniu, więc, zgodnie z przepisem art. 191 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy Prawo zamówień publicznych, nie mogły być

przedmiotem rozpoznania przez skład orzekający Izby. Skład orzekający Izby, zgodnie z wnioskiem Odwołującego, wziął również pod uwagę powyższe zarzuty z urzędu, czego wymaga przepis art. 191 ust. 3 zdanie drugie ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz uznał, że nie są to okoliczności mogące skutkować unieważnieniem postępowania.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego zgodnie z przedstawioną fakturą VAT w wysokości ograniczonej do maksymalnej kwoty wynikającej z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886), tj. 3.600 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu

Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:
.....

Członkowie:
.....
.....

KIO/UZP 779/08 14 z 14