

Sygn. akt: KIO 461/11

**WYROK**  
**z dnia 18 marca 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:   Andrzej Niwicki**

**Protokolant:       Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę **Fabryka Taśm Transporterowych WOLBROM S.A., 32-340 Wolbrom, ul. 1-go Maja 100**, od czynności zamawiającego, którym jest **Kompania Węglowa S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30**,

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie**

2. Kosztami postępowania obciąża **Fabrykę Taśm Transporterowych WOLBROM S.A., 32-340 Wolbrom, ul. 1-go Maja 100**,

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Fabrykę Taśm Transporterowych WOLBROM S.A., 32-340 Wolbrom, ul. 1-go Maja 100**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Fabrykę Taśm Transporterowych WOLBROM S.A., 32-340 Wolbrom, ul. 1-go Maja 100** na rzecz **Kompanii Węglowej S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a ust. 1 i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Odwołujący - Fabryka Taśm Transporterowych WOLBROM S.A. dnia 7 marca 2011 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę taśm przenośnikowych tkaninowo-gumowych do stosowania w podziemnych wyrobiskach górniczych do Oddziałów KW SA w 2011 r.” przez zamawiającego, którym jest Kompania Węglowa S.A. W Katowicach.

Zarzucił, że treść siwz narusza:

- zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia (art. 7 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy) poprzez zastrzeżenie w pkt III.3 i III.4 oraz § 2 ust. 2 i 3 załącznika nr 5 do siwz „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy”) zapisu uprawniającego zmniejszenie zamówienia o 50% bez podawania przyczyn i bez możliwości dochodzenia jakichkolwiek roszczeń z tego tytułu przez wykonawcę,
- art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 483 § 1 kodeksu cywilnego poprzez zastrzeżenie w § 9 ust. 1 załącznika nr 5 do siwz kary umownej na rzecz zamawiającego za odstąpienie od umowy z przyczyn za które odpowiada wykonawca, bez zastrzeżenia tożsamej kary na rzecz wykonawcy za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego,
- art. 7 oraz art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 481 kodeksu cywilnego poprzez zastrzeżenie w § 3 ust. 13 załącznika nr 5 do siwz uzależniające regulowanie odsetek za opóźnienie od odrębnych negocjacji.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji siwz w zakresie:

- zapisu pkt III.3 i III.4 oraz § 2 ust. 2 i 3 załącznika nr 5 do siwz „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy” – poprzez należyte i dokładne określenie przedmiotu zamówienia oraz poprzez określenie obiektywnych okoliczności, które będą pozwalać na obniżenie zamówienia,
- zapisu § 3 ust. 13 załącznika nr 5 do siwz poprzez jego wykreślenie,
- zapisu § 9 ust. 1 załącznika nr 5 do siwz poprzez wykreślenie zapisu § 9 ust. 1 pkt 1 a) lub poprzez dodanie w § 9 ust. 1 pkt 2 zapisu lit c) o treści: „w wysokości 10%

wartości netto niezrealizowanej części umowy, gdy wykonawca odstąpi od umowy z powodu okoliczności za które odpowiada zamawiający”.

Uzasadniając zarzuty odwołujący wskazał:

1/ Zamawiający przewidział, że minimalna, gwarantowana realizacja umowy wyniesie nie mniej niż 50% wartości umowy i zastrzegł, że będzie uprawniony do zaniechania złożenia zamówienia na część umowy powyżej gwarantowanej wartości bez narażania się na odpowiedzialność i bez konieczności podawania przyczyn. Nie przewidziano żadnych obiektywnych okoliczności mogących uzasadniać zmniejszenie zakresu umowy, co uprzywilejowuje pozycję zamawiającego rodząc możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji.

Wykonawca nie posiada informacji o rzeczywistej wielkości zamówienia, co uniemożliwia przygotowanie prawidłowej oferty. Zauważył, że przy większym zamówieniu niższe są koszty jednostkowe, a kalkulacja ceny powinna być oparta na rzeczywistej wielkości przewidzianej do realizacji. Wskazał na wzrastające ceny surowców i potrzebę planowania rzeczywistych dostaw z odpowiednim wyprzedzeniem. Wskazał także na potrzebę planowania mocy produkcyjnych odnoszonych do rzeczywistych potrzeb i wynikające z tego skutki w zakresie kosztów. Podkreślił, że dopuszczenie w opisie zamówienia do możliwych odstępstw od oszacowanej wielkości aż o połowę nie spełnia przesłanki jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. Wskazał także na art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy umożliwiający udzielanie zamówień uzupełniających z wolnej ręki jako rozwiązanie nie naruszające zasad postępowania.

Uzasadniając drugi zarzut odwołujący zauważył, że zamawiający nie przewidział obowiązku zapłaty kary umownej na rzecz wykonawcy, gdy ten odstąpi od umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Mając świadomość, że to zamawiający jest gospodarzem postępowania, a zasada równości z art. 7 ustawy dotyczy równego traktowania wykonawców, a nie stron umowy, odwołujący stwierdził, że postanowienia umowy nie mogą być korzystne tylko dla zamawiającego i należy dążyć do zachowania równowagi stron stosunku prawnego. Wskazał, że możliwość odstąpienia od umowy z powodu zwłoki drugiej strony (art. 491 kc) dotyczyć będzie w odniesieniu do zamawiającego zwłoki w zapłacie ceny, co w świetle zastrzeżenia siwz o regulowaniu odsetek za opóźnienie po negocjacjach spowoduje, że zamawiający nie będzie zainteresowany w dotrzymaniu terminów płatności, gdyż wykonawca chcąc uzyskać kwoty z tytułu zwłoki w zapłacie, musiałby udowodniać

szkodę, podczas gdy zamawiający mógłby w razie zwłoki wykonawcy korzystać z uproszczonej formuły dochodzenia kary umownej i to w wysokości do pełnej wartości umowy, mimo że może wykorzystać tylko 50% jej wartości.

Uzasadniając kolejny zarzut odwołujący zakwestionował zastrzeżenie poddania odrębnym negocjacom kwestii regulowania odsetek za opóźnienie. Wskazując na wyrok KIO sygn. akt KIO 1388/10, w który skład nie uznał tożsamego zastrzeżenia za niezgodne z prawem, odwołujący nie podzielając tego stanowiska podniósł, powołując piśmiennictwo i orzecznictwo sądów powszechnych, że realizacja uprawnień do dochodzenia odsetek zależy od woli wierzyciela, unormowanie art. 481 kc jest ustawową bezwzględnie obowiązującą sankcją za sam fakt niespełnienia świadczenia pieniężnego w terminie, wobec czego strony stosunku prawnego nie mogą jej umownie wyłączyć z uwagi na ograniczenia w zakresie swobody kontraktowania. Wskazując tę argumentację podnosi konieczność wykreślenia przedmiotowego zapisu z siwz.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że w prowadzonym postępowaniu nie ma przesłanek zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp ani prawa opcji. Stwierdził, że określenie zakresu zamówienia nastąpiło z należyłą starannością z uwzględnieniem dotychczasowego doświadczenia. Przedłożył do akt sprawy zestawienie stanu realizacji umów na tożsamy przedmiot zamówienia w latach 2008-2010, zauważając, że stopień realizacji tych umów wynosił od 44,29% do 100%. Stwierdził, że wykonawcy mogą kalkulować cenę ofertową, uwzględniając przy kalkulacji cenę jednostkową opartą na mniejszym zakresie zamówienia, tj. wielkości gwarantowanej. Oświadczył, wskazując na załączoną do dokumentacji uchwałę zarządu Kompanii Węglowej z 20 stycznia 2011 r. oraz uchwałę z 24 lutego 2011 r., że wartość szacunkową zamówienia podwyższył z kwoty 8 356 960,00 zł do kwoty 10 957 677,00 zł, przewidując, że wykonawcy zaoferują wyższe ceny ofertowe. Stwierdził, że ryzyko gospodarcze przy realizacji umów z tak określonym ich zakresem w przedziale od 50% do 100% jest rozłożone po równo dla obu stron.

Odnosząc się do drugiego zarzutu stwierdził, że żądanie zastrzeżenia kary umownej jest niedopuszczalne, gdyż w istocie dotyczy kary za zwłokę w spełnieniu świadczenia pieniężnego, dla którego ustawową sankcją są odsetki. Stwierdził, że nie rezygnuje z prawa wykonawcy do żądania odsetek opartego na art. 481 kc, a

postanowienie § 3 pkt 13 wzoru umowy dotyczy negocjacji metody regulowania odsetek, nie zaś ich wysokości.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie skład orzekający stwierdza, iż Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania na zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które w jego ocenie są dla niego niekorzystne, gdyż mogą utrudniać prawidłowe przygotowanie oferty i tym samym uzyskanie zamówienia.

Co do zarzutów objętych odwołaniem skład orzekający Izby uznał je za niezasadne.

W zakresie zarzutu naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców tj. art. 7 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, poprzez zastrzeżenie w pkt III.3 i III.4 siwz oraz § 2 ust. 2 i 3 załącznika nr 5 do siwz „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy”) zapisu uprawniającego zmniejszenie zamówienia o 50% bez podawania przyczyn i bez możliwości dochodzenia jakichkolwiek roszczeń z tego tytułu przez wykonawcę możliwości zmiany zakresu świadczenia w zależności od rzeczywistych potrzeb Zamawiającego, skład orzekający nie znalazł uzasadnienia dla twierdzeń Odwołującego się.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił przedmiot zamówienia w sposób nie naruszający art. 29 ustawy, w tym co do zakresu zamówienia. Opisując przedmiot zamówienia wskazał w pkt III.2 siwz, że szczegółowy zakres zamówienia określono w załączniku nr 1 do siwz. Wielkość dostaw określoną jako szacunkowa określił w tabeli 2. „Podział zamówienia na części zamówienia”, gdzie wskazał ilość materiału o określonych parametrach dla sześciu wymienionych zadań. Wykonawcy, w tym odwołujący, posiadają zatem informacje niezbędne do sporządzenia oferty. Wskazane wielkości zostały potwierdzone w treści formularza ofertowego przewidującego wskazanie cen jednostkowych oraz cen ogółem w poszczególnych zadaniach. W ocenie składu orzekającego sposób obliczenia ceny podany przez Zamawiającego, nie pozostawia wątpliwości, iż Wykonawcy zobowiązani zostali do określenia ceny za całość przedmiotu

zamówienia z uwzględnieniem ryzyka wynikającego z faktu, że realizacja umowy może nastąpić w niższym zakresie. Izba uznała, że okolicznością uprawniającą do wskazania minimalnej gwarantowanej wielkości zamawianych dostaw w odniesieniu do przedmiotu zamówienia jest doświadczenie z lat poprzednich wskazujące na niemożność przewidzenia ścisłej wielkości dostaw materiałów eksploatacyjnych stanowiących przedmiot zamówienia. Oznacza to, że wprowadzone w treści pkt III.3 i 4 siwz oraz przewidywanych postanowieniach umowy zastrzeżenie o prawie do zaniechania złożenia zamówienia na towar o mniejszej wielkości od wskazanej jako szacunkowa, nie może być oceniane jako naruszające uczciwą konkurencję i uniemożliwiające sporządzenie oferty. Wszyscy wykonawcy mają bowiem jednakowe warunki do przygotowania oferty. Należy zauważyć, że powoływana przez Odwołującego zasada równości stron w stosunkach cywilnoprawnych doznaje w przypadku zamówień publicznych ograniczenia wynikającego ze sformalizowanego sposobu udzielania zamówień publicznych. Na gruncie ustawy z założenia Zamawiający stoi na mocniejszej pozycji, gdyż dokonuje on samodzielnie określenia warunków realizacji zamówienia, kierując się przy tym zasadą celowego i racjonalnego wydatkowania środków. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego zamawiający jako gospodarz postępowania posiada znaczną swobodę kształtowania umowy, która zbliżona jest do umów przystąpienia (adhezyjnych). Wskazanie zakresu ilościowego jako szacunkowego i określenie minimalnej gwarantowanej wielkości realizacji umowy nie wpływa na sposób przygotowania oferty, którą należy skalkulować na podstawie załącznika nr 1 do SIWZ określającego zakres ilościowy przedmiotu zamówienia. Usunięcie kwestionowanego postanowienia zapisów siwz, mogłoby w konsekwencji na etapie realizacji umowy doprowadzić do konieczności ponoszenia przez Zamawiającego kosztów w wysokości wyższej od rzeczywistej wielkości świadczenia niepieniężnego Wykonawcy.

Na tej podstawie skład orzekający stwierdził, iż nie zachodzi podstawa do kwestionowania sposobu opisu przedmiotu zamówienia w sprawie.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 483 § 1 kodeksu cywilnego poprzez zastrzeżenie w § 9 ust. 1 załącznika nr 5 do siwz kary umownej na rzecz zamawiającego za odstąpienie od umowy z przyczyn za które odpowiada wykonawca, bez zastrzeżenia tożsamej kary na rzecz wykonawcy za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, należy

zauważyć, że z charakteru umowy wzajemnej nie wynika obowiązek stosowania tożsamyh lub analogicznych rozwiązań w zakresie dodatkowych zastrzeżeń umownych, jakimi są postanowienia o karach umownych, w tym z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie kontrahenta.

W niniejszej sprawie odwołujący nie przedstawił dowodów na potwierdzenie zarzutu naruszenia przepisów Kodeksu cywilnego na skutek wprowadzenia do wzoru umowy zapisu o karach umownych. W szczególności nie wykazał naruszenia art. 483 § 1 kodeksu dopuszczającego zastrzeżenie w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy. Nie powinno być wątpliwości, że katalog przesłanek do zastosowania kar umownych jest na etapie ich ustalania, co do zasady katalogiem otwartym, bez obowiązku stosowania kar w sposób symetryczny lub ekwiwalentny.

Jak słusznie przy tym przyznał odwołujący, kwestionowane postanowienia dotyczące kar umownych (bądź ich nie zastrzeżenia) nie naruszają zasady równości określonej w art. 7 ustawy pzp, jako dotyczącej równego traktowania wykonawców, a nie stron umowy zawartej w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wskazanego wyżej przepisu ustawy pzp nie narusza również zastrzeżenie w przewidywanych postanowieniach umowy (§ 3 pkt 15), iż w przypadku opóźnień w płatnościach kwestia regulowania ewentualnych odsetek będzie przedmiotem odrębnych negocjacji. Istotne dla rozstrzygnięcia w tym zakresie jest oświadczenie zamawiającego złożone na rozprawie, że sformułowanie we wzorze umowy dotyczy negocjacji w zakresie metody regulowania odsetek, nie zaś należnego prawa do żądania odsetek, w tym ich wysokości wynikającej z przepisów prawa, w braku uprzedniego jej określenia przez strony.

Należy przy tym zauważyć, że uprawnienie do żądania odsetek z powodu opóźnienia ze spełnieniem świadczenia pieniężnego, stosownie do treści art. 481 kc, przysługuje chociażby wierzyciel nie poniósł żadnej szkody. Przepis ten wskazuje również na uprawnienie do żądania odsetek ustawowych, o ile stopa odsetek nie została z góry oznaczona. Z powyższego wynika, że stanowisko odwołania o ewentualnej konieczności prowadzenia postępowania dowodowego poprzedzającego roszczenie o odsetki, nie znajduje potwierdzenia.



W świetle powyższego, wobec nie potwierdzenia naruszenia przepisów prawa wskazanych w odwołaniu, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 5 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....