

Wynagrodzenie za bycie „w gotowości” przy umowie ramowej

Czytelnik Biuletynu Górniczego zwrócił się o wyjaśnienie, czy w przypadku umowy ramowej zasadne jest oczekiwanie przez zamawiającego, iż wykonawca będzie w pełnej gotowości do świadczenia usług przez cały okres obowiązywania umowy ramowej, ale bez jednoczesnego przewidzenia wynagrodzenia za pozostawanie przez wykonawcę w gotowości? Czy przy tak postawionym wymaganiu – wykonawcy należy się odpowiedni ekwiwalent finansowy za całodobową gotowość do natychmiastowej realizacji zamówienia?

Jedynie deklaruje, że ma zamiar

Zgodnie z definicją ustawową – celem umowy ramowej jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie – w szczególności cen, a jeżeli zachodzi taka potrzeba to również przewidywanych ilości.

Zamawiający, zawierając umowę ramową, jedynie deklaruje że ma zamiar w okresie na jaki umowa została zawarta udzielać zamówień wykonawczych. Natomiast wykonawcy deklarują, iż są wstępnie zainteresowani składaniem ofert na ich realizację. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 22 listopada 2013 r. sygn. 2615/13, 2635/13: „Zawarcie umowy ramowej polega jedynie na ustaleniu warunków przyszłych zamówień, a nie na ich udzieleniu ani nawet na wstępnym ich przyrzeczeniu. Zawarcie umowy ramowej stanowi jedynie jeden z etapów złożonego strukturalnie i stopniowo rozwijającego się procesu zmierzającego do udzielenia zamówienia publicznego i nie jest jednoznaczne z udzieleniem zamówienia publicznego”. Co więcej, nie można również zakazać zamawiającemu wszczęcia drugiego postępowania o udzielenie umowy ramowej na tożsamy przedmiot zamówienia i zawarcia umowy ramowej na ten przedmiot zamówienia, gdyż przeprowadzenie i zawarcie umowy w ramach postępowania wykonawczego (ofertowego) nie jest obowiązkiem zamawiającego. Ryzyko ponoszenia nieuzasadnionych kosztów za pozostawanie w gotowości do realizacji zamówienia publicznego jest zatem wysoce prawdopodobne.

Co równie istotne, wartością umowy ramowej jest łączna wartość zamówień, które zamawiający zamierza udzielić w okresie trwania takiej umo-

wy. Sama umowa ramowa nie jest umową stricte o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem nie jest umową odpłatną.

Mając na uwadze, że po pierwsze: zawarcie umowy ramowej nie wiąże się z uzyskaniem zamówienia docelowego; po drugie: umowa ramowa nie jest umową odpłatną - to w mojej ocenie nie ma podstaw, żeby w przypadku umowy ramowej żądać od zamawiającego wynagrodzenia za pozostawanie przez wykonawcę w gotowości do działania. Moim zdaniem, istotne jest również to, że zamawiający nie powinien przewidywać sankcji za brak natychmiastowego przystąpienia przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, jeżeli sam nie gwarantuje wykonawcy udzielenia zamówienia publicznego (choćby w minimalnym zakresie). Niewłaściwe byłoby również przewidzenie rażąco wysokiej i nieproporcjonalnej kary umownej za złamanie obowiązku „bycia w gotowości” do świadczenia usług w pełnym zakresie przez cały okres obowiązywania umowy ramowej - jeżeli wykonawca nie ma pewności, czy i kiedy zostanie mu zlecona usługa w ramach umowy częściowej.

Możliwość oszacowania kosztów

Podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 27 sierpnia 2019 r., sygn. akt 1555/19. Uzasadniając swoje stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że w przypadku umowy ramowej - udzielenie docelowego zamówienia i odpłatność za jego wykonanie następuje dopiero na podstawie umowy częściowej (realizacyjnej). Umowa ramowa nie może zatem przewidywać wynagrodzenia dla wykonawcy za utrzymywanie gotowości przez cały okres realizacji tej umowy.

Krajowa Izba Odwoławcza zastrzegła jednak, że wykonawca musi mieć możliwość oszacowania wszystkich kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienia ich w cenie oferty, aby jego wynagrodzenie było adekwatne do zakresu świadczenia. Tytułem przykładu w przypadku usługi czyszczenia powierzchni – wykonawca w cenie oferty musi uwzględniać koszty zapewnienia gotowości do ich świadczenia. Będzie to możliwe jedynie wówczas, gdy pewien minimalny zakres świadczeń zostanie przez zamawiającego zagwarantowany. W innym przypadku możliwość dowolnego kształtowania przez zamawiającego

zakresu świadczenia wpływa nie tylko na brak możliwości oszacowania kosztów realizacji zamówienia, ale powoduje również brak możliwości efektywnego planowania działań przez wykonawcę. Jeżeli wykonawca ma być całą dobę w gotowości do pilnej reakcji na każde zlecenie zamawiającego – to nie pozwala mu to na prawidłowe zaplanowanie przez wykonawcę pracy pracowników (w szczególności tych zatrudnionych na umowę o pracę) oraz efektywne zaangażowanie sprzętu do przykładowego czyszczenia powierzchni. Wykonawca powinien mieć możliwość efektywnego zarządzania działalnością gospodarczą, w celu prawidłowego wywiązania się z podjętych zobowiązań (również względem innych partnerów biznesowych).

Uzasadniona możliwość poniesienia szkody

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonej we wcześniej przytoczonym wyroku - przepisy Prawa zamówień publicznych nie wykluczają możliwości zastrzeżenia kary umownej na rzecz zamawiającego, co jest uzasadnione zwłaszcza w przypadku zawarcia umowy ramowej tylko z jednym wykonawcą, kiedy to umowy częściowe zawierane są w formule zlecenia prac przez zamawiającego. Zastrzeżenie w umowie ramowej kary umownej za odmowę zawarcia przez wykonawcę umowy częściowej na warunkach określonych w umowie ramowej de facto wskazuje na przyjęcie tego zobowiązania. Takie stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza uzasadnia możliwością poniesienia szkody przez zamawiającego na skutek braku możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia, pomimo wyłonienia jednego wykonawcy, z którym zawarta została umowa ramowa.

Moim zdaniem, zastrzeżenie kary umownej nie zaburza równowagi stron, tylko jeżeli przyjmie się symetrycznie do zobowiązania „bycia w gotowości” nałożonego na wykonawcę – zobowiązanie zamawiającego do określenia w umowie ramowej minimalnego zakresu gwarantowanych ilości usług, które będą zlecane w ramach umów realizacyjnych.

Agnieszka Zaborowska,

Adwokat w Kancelarii Adwokackiej Zaborowska, specjalizująca się w procesie udzielania i realizacji zamówień publicznych