

Wrocław, dnia 10 października 2022 r.

Prezes

Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17A, 02- 676 Warszawa

Odwołujący:

Impel S.A.

ul. A. Słonimskiego 1; 50-304 Wrocław

KRS: 0000004185, NIP: 8990106769

numer telefonu:

510 013 511

adres poczty elektronicznej:

w.binkowski@impel.pl

Przedstawiciel (imię i nazwisko):

Wojciech Binkowski

Zamawiający:

Centrum Rehabilitacji im. Prof. Mieczysława Walczaka w Osiecznej

ul. Zamkowa 2; 64-113 Osieczna

REGON 410386551

rehabilitacja@osieczna.com.pl; <http://www.osieczna.com.pl>

ODWOŁANIE

Na podstawie przepisu art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r.- Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) składamy odwołanie wobec treści postanowień specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług w zakresie ochrony mienia i zabezpieczenia obiektów Centrum Rehabilitacji w Osiecznej w 2023 r.”

Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

Nr ogłoszenia 2022/BZP 00378181/01 z dnia 05 października 2022r.

Świadczenie usług w zakresie ochrony mienia i zabezpieczenia obiektów Centrum Rehabilitacji w Osiecznej w 2023 r.

Wskazanie czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy oraz zwięzłe przytoczenie zarzutów:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów, które ma wpływ na wynik postępowania w sprawie zamówienia publicznego tj. art. 436 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych w związku z art. 353¹ kc, art. 484 § 2 kc i art. 483 kc w związku z art. 8 ust. 1 poprzez wadliwe określenie przez Zamawiającego wysokości poszczególnych kar umownych oraz łącznej wysokości kar umownych.

Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez Odwołującego postanowień SWZ w zakresie i brzmieniu zaproponowanym przez Odwołującego w odwołaniu.

Wskazanie interesu Odwołującego:

Odwołujący oświadcza, iż ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie oferty zgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie.

UZASADNIENIE

Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych odwołania oraz wskazanie dowodów na ich poparcie.

W dniu 05 października 2022 roku zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz SWZ dotyczące przedmiotowego zamówienia. W ocenie Odwołującego postanowienia SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w załączniku nr 5 do SWZ – wzór umowy (por. postanowienie § 4 ust. 1-4; § 5 ust. 6, § 8 ust. 1 i ust. 6) wskazał, że:

Postanowienie §4:

„1. Zamawiający będzie kontrolować Wykonawcę w zakresie wywiązywania się z obowiązków wynikających z niniejszej umowy, w tym kontrolować jakość wykonania prac porządkowych.

2. W przypadku stwierdzenia nienależytego wywiązywania się Wykonawcy z obowiązków, Zamawiający sporządzi protokół, w którym opíše stwierdzone uchybienia, z zastrzeżeniem ust. 4. Z tytułu zaistniałych zaniechań Zamawiającemu przysługiwać będzie kara umowna. W przypadku stwierdzenia zaniechań więcej niż jednokrotnie w ciągu jednego miesiąca, Zamawiającemu przysługiwać będzie kara odpowiednio zwielokrotniona, z zastrzeżeniem ust. 3.

3. W przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego zaniedbań, o których mowa w ust. 2, więcej niż dwa razy w ciągu jednego miesiąca, Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy bez wypowiedzenia.

4. Wykonawca zobowiązany jest do usunięcia nieprawidłowości stwierdzonych w protokole, o którym mowa w ust. 2, niezwłocznie - nie później niż do godz. 14.00 dnia następnego, pod rygorem odstąpienia od umowy przez Zamawiającego, bez wypowiedzenia.”

Postanowienie § 5 ust. 6:

„W przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego na podstawie § 4 ust. 3 lub § 6 ust. 11 niniejszej umowy – **wynagrodzenie za miesiąc, w którym umowa została rozwiązana nie przysługuje.**”

Postanowienie § 8 ust. 1 i ust. 6:

„1. Strony ustalają następujące kary umowne:

a. w przypadku stwierdzenia nienależytego wywiązywania się Wykonawcy z obowiązków, o czym mowa w § 4 ust. 2 niniejszej umowy - Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości **20 %** wynagrodzenia miesięcznego brutto za dany miesiąc, wskazanego w § 5 ust. 3 niniejszej umowy,

b. w przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego na podstawie § 4 ust. 3 lub 4 i § 6 ust. 11 niniejszej umowy - Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości **20 %** kwoty, o której mowa w § 5 ust. 3 niniejszej umowy.

c. w przypadku stwierdzenia niespełnienia warunku dotyczącego zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę, o którym mowa w § 6 ust. 1 lit. a umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości **20 %** kwoty, o której mowa w § 5 ust. 3 niniejszej umowy za każdy stwierdzony przypadek

(...)

6. Strony mogą dochodzić na zasadach ogólnych odszkodowania przewyższającego wysokość kary umownej. Suma kar umownych nie może przekroczyć **40% wynagrodzenia brutto**, o którym mowa w § 5 ust. 3 niniejszej umowy łącznie, tj. przewidzianego do zapłaty w terminie 12 miesięcy.”

Mając powyższe na względzie, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że:

1) ustalił procedurę naliczania kar umownych w § 4 ust. 1-4 bez możliwości podjęcia przez Wykonawcę działania naprawczego. Kara będzie naliczona jednostronnie przez Zamawiającego już za samo stwierdzenie uchybienia bez uwzględnienia czynności Wykonawcy dokonanych w ramach procedury reklamacyjnej (w postanowieniach umowy § 4 ust. 4 jest mowa wyłącznie o obowiązku niezwłocznego usunięcia braków, nie później niż do następnego dnia do godz. 14.00.)

2) narzucił poziom kar umownych w § 5 ust. 6 i § 8 ust. 1, 6 na poziomie rażąco wysokim. Nadto, w przypadku opisanym w § 5 ust. 6 i § 8 ust. 1 lit. b) Zamawiający będzie naliczał dwie kary umowne za to samo uchybienie tj. Zamawiający naliczy kary umowne i dodatkowo jeszcze Wykonawca w danym miesiącu rozliczeniowym nie otrzyma wynagrodzenia za wykonaną usługę.

Odwołujący podnosi, że zastrzeżenie wysokości kary umownej w § 5 ust. 6 i § 8 ust. 1 umowy oraz ustalenie kary łącznej w trybie postanowienia § 8 ust. 6 na poziomie 40% wartości wynagrodzenia za całość usługi, należy uznać za sprzeczne z właściwością (naturą) i celem zobowiązania Wykonawcy wynikającego z opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący podkreśla, że 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.

Odwołujący wskazuje, że 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. Uprawnienie Zamawiającego do konstruowania postanowień umowy sprawie zamówienia publicznego nie może być nadużywane i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego poprzez ustalenie rażąco wygórowanych kar umownych.

Odwołujący zaznacza, iż Zamawiający ustalając sposób naliczania kar umownych z tytułu odstąpienia od umowy pominął naturę stosunku prawnego, jaka łączyć ma strony oraz zignorował zasady współżycia społecznego zakładające równoprawność stron zawieranej umowy, czym naruszył dyspozycję art. 353¹ k.c. Ponadto kara umowna może być uznana za rażąco wygórowaną zgodnie z art. 484 § 2 k.c. Odwołujący podkreśla, że kara umowna zgodnie z art. 483 § 1 k.c. 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 kodeksu cywilnego o odszkodowaniu za nienależyte wykonanie zobowiązania.

Kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązań. Kara umowna zastępuje odszkodowanie, a ponadto pełni rolę stymulacyjną i represyjną. Klauzula umowna, zobowiązująca jedną ze stron do zapłaty określonej kwoty, w przypadku zaistnienia określonych okoliczności zdejmuje z wierzyciela obowiązek udowodnienia rozmiarów faktycznej szkody. Stanowi to dodatkowy czynnik mobilizujący dłużnika do wykonania zobowiązania. Dłużnik, godząc się na karę umowną, bierze tym samym na siebie gwarancję jego wykonania. Zapłata kary umownej stanowi niejako automatyczną sankcję cywilnoprawną przysługującą wierzycielowi w stosunku do dłużnika w wypadku niewykonania przez niego lub nienależytego wykonania zobowiązania z przyczyn, za które dłużnik odpowiada.

W umowie można łączyć kary za różne tytuły. Nie jest przy tym dozwolone zastrzeżenie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej (tak też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2007 r., sygn. akt: I CSK 484/06). W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną. Kara umowna może być „rażąco wygórowana” już w chwili jej zastrzeżenia lub stać się taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej

wysokością a wysokością należnej kary (tak też: Gudowski Jacek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania, 2013).

Odwołujący wskazuje, że przy karze umownej, o której mowa w § 8 ust. 1, 6 i § 5 ust. 6 - wykonawcy nie są de facto w stanie sporządzić rzetelnej oferty, gdyż nie mogą należycie ocenić ryzyka odpowiadającego regułom rynkowym.

Zamawiający nie powinien zapominać, iż jego obowiązkiem jest współdziałanie przy realizacji przedmiotu zamówienia na gruncie przepisu art. 431 ustawy prawo zamówień publicznych. Zgodnie z przepisem art. 354 § 2 k.c. Odwołujący zauważa, iż dowodzi to jednocześnie, że zaproponowane, czy raczej narzucone przez Zamawiającego kary, będą w istocie nienależnym świadczeniem, którego uiszczenie spowoduje wzbogacenie Zamawiającego ponad kwoty realnie poniesionych kosztów lub strat. Stanowi to w ocenie Odwołującego także naruszenie zasad współżycia społecznego.

Odwołujący podkreśla, że zgodnie z treścią wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 grudnia 2008 roku (V ACa 483/08), wśród okoliczności rzutujących na możliwość miarkowania kary umownej jako rażąco wygórowanej wskazuje się na stopień winy dłużnika, jeśli na tej zasadzie oparta jest odpowiedzialność, brak szkody lub jej niewielki rozmiar, stosunek kary umownej do wartości spełnionego świadczenia, wartość robót ustalonych w umowie, w której kara została zastrzeżona, jak i przyczynienie się wierzyciela do szkody, zaś w przypadku kary umownej zastrzeżonej za opóźnienie przyczyny opóźnienia w zakończeniu prac (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2011 r. (IV CSK 401/10). Odwołujący zaznacza, że nie sposób uzasadnić poglądu, iż skoro Zamawiający uzyska należne mu świadczenie, to powinien on też otrzymać od Wykonawcy takie wysokie kary umowne.

Akceptacja powyższego stanowiska prowadziłaby do nieuprawnionego wniosku, iż kara umowna może prowadzić do bezpodstawnego wzbogacenia jednej ze stron kosztem drugiej. Kara umowna stanowi sankcję cywilnoprawną, której celem jest naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Winna ona wyłącznie kompensować negatywne konsekwencje prawne wynikające z uchybienia realizacji obowiązków umownych, natomiast nie może być postrzegana w kategoriach środka prawnego, chroniącego jedną ze stron ponad miarę.

Odwołujący podkreśla, iż warunek ten jest nieproporcjonalny i sprzeczny z aktualną doktryną i orzecnictwem Sądu Najwyższego. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 29 listopada 2013 r.; sygn. akt: I CSK 124/13: „W sprawie o zapłatę kary umownej zastrzeżonej na wypadek uchybienia terminowi spełnienia świadczenia, ocena, czy kara ta jest nadmiernie wygórowana (art. 484 § 2 k.c.), powinna uwzględniać wysokość kary umownej zastrzeżonej w tej umowie na wypadek odstąpienia od umowy. Tak ogromna kwota kar umownych może bowiem spowodować niepowetowaną szkodę w majątku wykonawcy i doprowadzić w skrajnych przypadkach do upadłości wykonawcy realizującego w dobrej wierze przedmiot zamówienia.

W konsekwencji Odwołujący stwierdza, iż Zamawiającemu nie chodzi tylko o zrealizowanie przedmiotu zamówienia, lecz nastawiony jest na systematyczne penalizowanie Wykonawcy.

Odwołujący zauważa, iż tak ustalone kary umowne za odstąpienie od umowy (zapłacone niezależnie od wyrządzonej szkody) traciłyby przyznawany jej powszechnie w piśmiennictwie i orzecznictwie przymiot surogatu odszkodowania.

ŻADANIE:

Odwołujący wnosi o zmianę postanowienia § 4, § 5 ust. 6 i § 8 ust. 1, 6 projektu umowy w następującym brzmieniu lub równoważnym:

Postanowienie § 4:

- 1. Zamawiający będzie kontrolować Wykonawcę w zakresie wywiązywania się z obowiązków wynikających z niniejszej umowy, w tym kontrolować jakość wykonania prac porządkowych. Kontrola o której mowa powyżej będzie prowadzona w obecności pracownika wykonawcy, a wszelkie uwagi co do świadczonych usług będą zgłaszane pracownikowi wykonawcy,*
- 2. W przypadku stwierdzenia nienależytego wywiązywania się Wykonawcy z obowiązków, Zamawiający sporządzi protokół, podpisany przez obie strony w którym opíše stwierdzone uchybienia, wraz z wyznaczeniem terminu na usunięcie wszelkich nieprawidłowości. W przypadku braku usunięcia zaniechań Zamawiający naliczy karę umowną z §8 ust. 1a.*
- 3. W przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego zaniechań, o których mowa w ust. 2, więcej niż dwa razy w ciągu jednego miesiąca, a nie usuniętych w wyznaczonym przez wykonawcę terminie Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy bez wypowiedzenia.*

„Postanowienie § 5 ust. 6:

„W przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego na podstawie § 4 ust. 3 lub § 6 ust. 11 niniejszej umowy – Zamawiający może naliczyć kary umowne, o których mowa w § 8 ust. 1 lit. b).”

Postanowienie § 8 ust. 1 i ust. 6:

„1. Strony ustalają następujące kary umowne:

- a. w przypadku stwierdzenia nienależytego wywiązywania się Wykonawcy z obowiązków, o czym mowa w § 4 ust. 2 niniejszej umowy - Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości **5%** wynagrodzenia miesięcznego brutto za dany miesiąc, wskazanego w § 5 ust. 3 niniejszej umowy,*
- b. w przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego na podstawie § 4 ust. 3 lub 4 i § 6 ust. 11 niniejszej umowy - Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości **10 %** kwoty, o której mowa w § 5 ust. 3 niniejszej umowy.*
- c. w przypadku stwierdzenia niespełnienia warunku dotyczącego zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę, o którym mowa w § 6 ust. 1 lit. a umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości **5 %** kwoty, o której mowa w § 5 ust. 3 niniejszej umowy za każdy stwierdzony przypadek
(...)*

*6. Strony mogą dochodzić na zasadach ogólnych odszkodowania przewyższającego wysokość kary umownej. Suma kar umownych nie może przekroczyć **20% wynagrodzenia brutto**, o którym mowa w § 5 ust. 3 niniejszej umowy łącznie, tj. przewidzianego do zapłaty w terminie 12 miesięcy.”*

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.