

Wrocław, dnia 6 września 2022 roku

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**  
ul. Postępu 17A, 02– 676 Warszawa

**Odwołujący:**

**Impel System Sp. z o. o.**

ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław

KRS: 0000127540

NIP: 8971613637

Numer telefonu: **510 016 189**

Adres poczty elektronicznej: **p.dzikowski@impel.pl**

Przedstawiciel : **Piotr Dzikowski**

**Zamawiający:**

**Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej**

**Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Koszalinie**

ul. Szpitalna 2, 75-720 Koszalin

tel. +48 94 3471670

e-mail: [zamowienia.publiczne@poliklinika.koszalin.pl](mailto:zamowienia.publiczne@poliklinika.koszalin.pl)

strona www: [www.poliklinika.koszalin.pl](http://www.poliklinika.koszalin.pl)

## **ODWOŁANIE**

Działając na podstawie przepisu art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r.- Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej *Ustawa* lub *pzp*, składamy odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn.: „Świadczenie usług sprzątania dla SP ZOZ MSWiA w Koszalinie w lokalizacji Słupsk: Przychodnia ul. Lelewela 58, Przychodnia ul. 3-go Maja 96, Zakład Pielęgnacyjno-Opiekuńczy II”.

**I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):**

1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00330061 z dnia 1 września 2022r.
2. „Świadczenie usług sprzątnia dla SP ZOZ MSWiA w Koszalinie w lokalizacji Słupsk: Przychodnia ul. Lelewela 58, Przychodnia ul. 3-go Maja 96, Zakład Pielęgnacyjno-Opiekuńczy II”.
3. Nr referencyjny: M-2373-09/2022.

**II. Wskazanie czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy oraz związane przytoczenie zarzutów:**

- 1) **art. 8, art. 431, art. 16, art. 17** Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 484 § 2 oraz art. 58 Kodeksu cywilnego poprzez ustalenie łącznej wysokości kar umownych, których może dochodzić Zamawiający na poziomie nieadekwatnym do wartości zamówienia, w wysokości rażąco wygórowanej i nieadekwatnej do okoliczności, które mogą stanąć u podstaw powstania roszczenia Zamawiającego o jej zapłatę.

**III. 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.

**IV. Wskazanie interesu Odwołującego:**

Odwołujący oświadcza, iż ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie oferty, zgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i ubieganie się o przedmiotowe zamówienie. Tym samym, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów Ustawy, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, a ponadto jest narażony na szkodę polegającą na pozbawieniu Odwołującego realnych korzyści finansowych, wynikających z tytułu realizacji niniejszego zamówienia.

**V. Termin na złożenie odwołania:**

Stosownie do przepisu art. 515 ust. 2 pkt. 2) Ustawy, odwołanie wobec czynności Zamawiającego,

stanowiącej podstawę jego wniesienia, wnosi się w terminie 5 dni od przekazania informacji o czynności zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwot, określonych w przepisach, wydanych na podstawie art. 3 Ustawy.

Zamawiający w dniu 1 września 2022 roku opublikował oraz przekazał SWZ, co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

## UZASADNIENIE

W dniu 1 września 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 6 do SWZ – projekt umowy (por. postanowienie § 7 ust. 6) wprowadził następującą klauzulę:

*„Łączna wysokość kar umownych, których Zamawiający może dochodzić od Wykonawcy, wynosi 50% wynagrodzenia umownego netto określonego w § 2 ust. 1 a-b w zależności od zadania”.*

Odwołujący zarzuca, że ustalenie przez Zamawiającego limitu kar umownych na poziomie wartości połowy przedmiotu umowy stanowi rażące naruszenie przepisu art. 436 pkt 3 Ustawy.

Odwołujący wskazuje, 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 prawo zamówień publicznych. Jak już podniesiono, kara umowna, jako surogat odszkodowania, powinna zmierzać do naprawienia szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, natomiast nie powinna stanowić dla niego źródła dodatkowego zysku. Ponadto, Zamawiający powinien pamiętać ustalając maksymalną wysokość kar umownych, że określanie restrykcyjnych lub nieproporcjonalnych do wartości przedmiotu zamówienia kar umownych może powodować, że w postępowaniu złożona zostanie mała liczba ofert lub wykonawcy uwzględnią w cenie ofert wysokość kar umownych, co powoduje wzrost ceny albo nieuzasadnioną rozbieżność między cenami w sytuacji gdy wykonawcy będą odmiennie wyceniać samo ryzyko i jego podstawy. W konsekwencji Zamawiający, określając górny limit kar umownych, winien wziąć pod uwagę zakres i rodzaj naruszenia obowiązków umowy, wielkość i specyfikę przedmiotu zamówienia oraz zasadę proporcjonalności i uczciwej konkurencji.

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 maksymalny limit kar umownych 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 służyć 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 zastrzegania 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 limicie kar umownych na poziomie 50% wartości wynagrodzenia za całość umowy - 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 wskazuje na dysharmonię wobec limitu wartości kar stosowanych na podobnych zamówieniach realizowanych obecnie w Polsce, których maksymalna wysokość kar umownych nie przekracza z reguły pułapu 20% wartości umowy. 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.

Zamawiający, jako podmiot uprawniony do właściwie jednostronnego określenia treści umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Określając treść umowy w sprawie zamówienia publicznego musi jednak mieć na uwadze ograniczenia wynikające z art. 353<sup>1</sup> oraz art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego.

**ŻADANIE:**

Odwołujący wnosi o zmianę treści SWZ poprzez zmianę postanowienia § 7 ust. 6 projektu umowy, poprzez wykreślenie wartości „50%” i zastąpienie jej wartością „20%”

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.