

Warszawa, dnia 03 czerwca 2022 roku

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

Odwołujący:

Impel Facility Services Sp. z o.o.

ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław

KRS: 0000005901

NIP: 9542250979

numer telefonu:

510 013 153

adres poczty elektronicznej:

k.grabek@impel.pl

reprezentowana przez: Katarzyna Grabek

Zamawiający:

Stołeczne Centrum Opiekuńczo- Lecnicze Sp. z o.o.

Adres pocztowy: ul. Mehoffera 72/74; 03-131 Warszawa

Krajowy numer identyfikacyjny: 5242758370

E-mail: przetargi@scol.warszawa.pl <https://zamowienia.scol.warszawa.pl>

Tel.: +22 8110688-271; Faks: +22 8111864

ODWOŁANIE

Działając na podstawie 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 czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa kompleksowego sprzątania pomieszczeń w Zakładach Opiekuńczo- Lecniczych wchodzących w skład Stołecznego Centrum Opiekuńczo- Lecniczego Sp. z o. o.”.

Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

Ogłoszenie nr 2022/S 101-280175 z dnia 25 maja 2022r.

Usługa kompleksowego sprzątania pomieszczeń w Zakładach Opiekuńczo- Lecniczych wchodzących w skład Stołecznego Centrum Opiekuńczo- Lecniczego Sp. z o. o.

Numer referencyjny: ZP/17/2022.

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:

- 1) art. 16 ust. 1-3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności przy formułowaniu postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia,
- 2) art. 436 pkt. 3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wadliwy opis przez Zamawiającego w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego warunków stosowania kar umownych oraz art. 353¹ kc, art. 484 § 2 kc i art. 483 kc w związku z art. 8 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych ze względu na zastrzeżenie przez Zamawiającego kar umownych rażąco wygórowanych.

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 25 maja 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 8 do SWZ – „projektowane postanowienia umowy” wprowadził następujące zasady stosowania kar umownych:

Por. postanowienie § 11 ust. 1:

„Jeżeli Wykonawca nie przystąpi do wykonywania przedmiotu umowy lub przerwie wykonywanie przedmiotu umowy z przyczyn nie leżących po stronie Zamawiającego lub też Zamawiający wypowie umowę albo odstąpi od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 20% wartości umowy brutto określonej w § 7 ust. 2 pkt 3 niniejszej Umowy.”

Por. postanowienie § 11 ust. 10:

„10. Łączna maksymalna wysokość naliczonych kar umownych nie może przekraczać 50% wartości brutto umowy określonej w § 7 ust. 2 pkt 3.”

Odwołujący podnosi, że treść postanowienia § 11 ust. 1 i 10 umowy narusza przepis art. 436 pkt. 3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wadliwy opis przez Zamawiającego w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego warunków stosowania kar umownych oraz przepis art. 353¹ kc, art. 484 § 2 kc i art. 483 kc w związku z art. 8 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych ze względu na zastrzeżenie przez Zamawiającego kar umownych rażąco wygórowanych.

W odniesieniu do wielkości zastrzeżonych kar umownych Odwołujący stwierdza, że kary umowne zostały ustalone w § 11 ust. 1 umowy na nadmiernie wysokim poziomie. Podobnie należy uznać za rażąco wygórowaną proponowaną przez Zamawiającego w trybie art. 436 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych łączną maksymalną wysokość kar umownych, która wynosi 50% wartości umowy brutto. Odwołujący wnosi o ich stosowne obniżenie. W ocenie Odwołującego nie jest uzasadnione, aby za przypadki niewykonania lub nienależytego wykonania opisane w postanowieniu § 11 ust. 1 Zamawiający naliczał Wykonawcy karę w wysokości aż 20% wartości umowy brutto.

Odwołujący podnosi, że zastrzeżenie przez Zamawiającego kary umownej z tytułu odstąpienia na poziomie 20% wartości umowy brutto oraz zastrzeżenie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych na poziomie 50% wartości umowy brutto należy uznać za całkowicie 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 bieżących uchybień 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 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 karze umownej na poziomie 20% wartości umowy brutto 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 wartości kar stosowanych na podobnych zamówieniach realizowanych obecnie w Polsce, których wysokość w przypadku usług

utrzymania czystości nie przekracza z reguły pułapu 0,1-0,5% wartości miesięcznej umowy za każdy przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania usługi.

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.

W odniesieniu do tak ustalonych kar umownych przez Zamawiającego na poziomie 20% wartości umowy brutto, Odwołujący podkreśla, iż warunek ten jest nieproporcjonalny i sprzeczny z aktualną doktryną i orzecznictwem 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 najmniejsze uchybienia w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia oraz za odstąpienie od umowy (zapłacone niezależnie od wyrządzonej szkody) traciłyby przyznawany jej powszechnie w piśmiennictwie i orzecznictwie przymiot surogatu odszkodowania.

ŻADANIE:

Odwołujący wnosi o obniżenie kar umownych i zmianę postanowienia § 11 ust. 1 i ust. 10 umowy według poniższego brzmienia:

Postanowienie § 11 ust. 1:

„1. Jeżeli Wykonawca nie przystąpi do wykonywania przedmiotu umowy lub przerwie wykonywanie przedmiotu umowy z przyczyn nie leżących po stronie Zamawiającego lub też Zamawiający wypowiedzie umowę albo odstąpi od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 10% wartości umowy brutto określonej w § 7 ust. 2 pkt 3 niniejszej Umowy.”

Postanowienie § 11 ust. 10:

„10. Łączna maksymalna wysokość naliczonych kar umownych nie może przekraczać 20% wartości brutto umowy określonej w § 7 ust. 2 pkt 3.”

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosi jak na wstępie.