

Bydgoszcz, dnia 28 marca 2022 roku

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

Odwołujący:

Impel System Sp. z o.o.

ul. Ślężna 118; 53-111 Wrocław

KRS 0000127540 REGON 932075380

e-mail: a.sliwinska@impel.pl

Tel.: 510 011 618

reprezentowana przez: Anna Śliwińska

Zamawiający:

Wielospecjalistyczny Szpital Miejski

im. dr E. Warmińskiego SPZOZ

ul. Szpitalna 19; 85-826 Bydgoszcz

Krajowy Numer Identyfikacyjny: REGON 092354746

Tel.: 52 3709124

Adres poczty elektronicznej: zp@szpital.bydgoszcz.pl

Główny adres: <https://www.szpital.bydgoszcz.pl>

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. „Świadczenie usług kompleksowego utrzymania czystości i higieny w Centrum Rehabilitacji i innych komórkach organizacyjnych Wielospecjalistycznego Szpitala Miejskiego im. dr. Emila Warmińskiego w Bydgoszczy”.

Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

Ogłoszenie nr 2022/BZP 00094683/01 z dnia 22 marca 2022r.

„Świadczenie usług kompleksowego utrzymania czystości i higieny w Centrum Rehabilitacji i innych komórkach organizacyjnych Wielospecjalistycznego Szpitala Miejskiego im. dr. Emila Warmińskiego w Bydgoszczy.”.

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. 433 pkt. 4 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego do projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowień abuzywnych, dotyczących możliwości nadmiernego ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego,
- 3) 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 22 marca 2022 roku zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz SWZ dotyczące przedmiotowego zamówienia. W ocenie Odwołującego postanowienia SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

1.

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w Załączniku nr 5 do SWZ – „istotne postanowienia umowy” (por. postanowienie § 1 ust. 2) wskazał, że:

*„Powierzchnia podlegająca przedmiotowi umowy wynosi **2 857,21 m²**. Zamawiający zastrzega sobie możliwość wyłączenia lub włączenia części powierzchni z usługi sprzątnia. W takim przypadku wynagrodzenie Wykonawcy zostanie proporcjonalnie pomniejszone lub powiększone o metraż zmniejszonej lub zwiększonej powierzchni. Podstawą wyłączenia/ włączenia części powierzchni pomieszczeń do usługi sprzątnia jest protokół wyłączenia/włączenia usługi (wzór stanowi załącznik nr 8 do Opisu Przedmiotu Zamówienia). Zestawienie powierzchni do sprzątnia określa załącznik nr 5 do Opisu Przedmiotu Zamówienia. Zamawiający określa, że minimalna powierzchnia usługi sprzątnia nie będzie mniejsza niż **870,85 m²** w danym okresie rozliczeniowym.”*

W ocenie Odwołującego takie brzmienie postanowienia § 1 ust. 2 umowy narusza przepis art. 16 ust. 1-3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez złamanie przez Zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności przy formułowaniu postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Wskazać należy, że Zamawiający w sposób abuzywny na gruncie przepisu art. 433 pkt 4 ustawy prawo zamówień publicznych zastrzega sobie jednostronne uprawnienie do zmiany (ograniczenia) zakresu przedmiotu zamówienia publicznego do prawie 30% zakresu pierwotnego.

Odwołujący podkreśla, że Zamawiający nie może jednostronnie modyfikować postanowień umowy. Wykonawca winien mieć gwarancję uzyskiwania zleceń w zakresie wynikającym z SWZ i umowy, gdyż Wykonawca kalkuluje ofertę w oparciu o konkretny opis przedmiotu zamówienia, nadto ponosi koszty gotowości do świadczenia usługi. Jednostronna modyfikacja umowy przez Zamawiającego w skrajnych przypadkach może prowadzić do nieopłacalności całego przedsięwzięcia ze strony Wykonawcy, zatem wszelkie zmiany niniejszej umowy dotyczące zakresu przedmiotu świadczenia winny wymagać zgody obu stron oraz formy pisemnego aneksu

Według Odwołującego Zamawiający, dążąc do minimalizacji cen w ofertach, winien być zainteresowany jasnym i realnym wskazaniem "gwarantowanego" zakresu udzielanego przedmiotu

zamówienia, co spowoduje, że Wykonawcy nie będą w cenie ofert wkalkulowywać ryzyka wynikającego z ewentualnego "niezamówienia usług".

W ocenie Odwołującego niewłaściwe jest jednostronne ponoszenie ryzyka wyłącznie przez Wykonawcę w przypadku ograniczenia przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia.

Odwołujący stwierdza, że oczywistym faktem jest, iż im większa powierzchnia usługi, tym stawka jednostkowa oferowana przez Wykonawców jest niższa i odwrotnie. Nie może być zatem sytuacji, że Zamawiający w SWZ oczekuje wyceny na poziomie np. 29.000 m² i otrzymuje w ofercie od Wykonawców taką stawkę jednostkową do rozliczenia, zaś po podpisaniu umowy Zamawiający faktycznie zleca trzy razy mniejszy zakres np. 870 m², ale po stawce dotyczącej pierwotnego metrażu w SWZ (tj. 29 tys. m²). Każdy racjonalny Wykonawca chce tej sytuacji uniknąć, gdyż w ocenie Odwołującego jest to rozwiązanie, dające Zamawiającemu nadmierne i nieuzasadnione możliwości jednostronnego korygowania wynagrodzenia Wykonawcy ze szkodą dla tego Wykonawcy, co niestety Zamawiający może stosować w ramach planowanej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący podkreśla, że w uzasadnieniu do ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2019 z późn. zm.) ustawodawca wyraźnie wskazuje się zasadę zakazu kształtowania praw i obowiązków zamawiającego i wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją. Dopelnieniem jest przykładowy katalog abuzywnych klauzul wskazany w art. 433 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2019 z późn. zm.). W dalszym ciągu do umów w sprawie zamówienia publicznego, w zakresie nieuregulowanym niniejszą ustawą zastosowania znajduje Kodeks cywilny. Jednak specyfika kształtowania treści umowy, która de facto kształtowana jest przez Zamawiającego, co powoduje w wielu przypadkach ww. negatywne praktyki powodują potrzebę wzmocnienia kwestii bardziej proporcjonalnego podejścia do praw i obowiązków stron. Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby postanowienia umowne nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienie zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, który jest uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców.

Odwołujący wnosi zatem o zmianę postanowienia projektu umowy i wskazanie przez Zamawiającego realnej, minimalnej wartości zamówienia, np. gwarantując 80% wartości zamówienia.

ŻĄDANIE:

Odwołujący wnosi o zmianę postanowienia § 4 ust. 6 projektu umowy w następującym brzmieniu lub równoważnym:

„Powierzchnia podlegająca przedmiotowi umowy wynosi 2 857,21 m². Strony dopuszczają możliwość wyłączenia lub włączenia części powierzchni z usługi sprzątania. W takim przypadku zmiana zakresu usługi oraz zmiana wynagrodzenia Wykonawcy zostanie ustalona wspólnie przez Strony w formie pisemnego aneksu. Zestawienie powierzchni do sprzątania określa załącznik nr 5 do Opisu Przedmiotu Zamówienia. Zamawiający określa, że minimalna powierzchnia usługi sprzątania nie będzie mniejsza niż 80% powierzchni, o której mowa w zdaniu pierwszym.”

2.

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w Załączniku nr 5 do SWZ – „istotne postanowienia umowy” (por. postanowienie § 6 ust. 2) wprowadził następujące zasady stosowania kar umownych:

„Po czwartym niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu umowy Zamawiający ma prawo:

- 1) odstąpić od umowy w terminie 30 dni od dostarczenia wykonawcy czwartego upomnienia (przy czym za upomnienie przyjmuje się protokół zakwestionowania usługi) i dochodzić kary umownej w wysokości 10% wartości umowy określonej w § 5 ust. 1 umowy,*
- 2) udzielić wykonawcy kolejnego upomnienia i obniżyć wynagrodzenie wykonawcy uwidocznione w fakturze o 50%.”*

Odwołujący podnosi, że treść postanowienia § 6 ust. 2 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 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 szczególności Odwołujący podnosi, że postanowienie § 6 ust. 2 pkt 1 narusza zasady zamówień publicznych, gdyż Zamawiający wprowadza procedurę stosowania kar umownych na podstawie wyłącznie „protokołu zakwestionowania usługi”. Odwołujący zarzuca, że z tego postanowienia umowy wynika, że chodzi o samo zakwestionowanie usługi, a nie zaś o zaniechanie usunięcia uchybienia przez Wykonawcę. W rezultacie Zamawiający uniemożliwia Wykonawcy zastosowanie jakiegokolwiek procedury naprawczej w ramach postępowania reklamacyjnego i skupia się wyłącznie na aspekcie penalizującym naruszenie umowy, mimo że naruszenie umowy może dotyczyć przykładowo mało istotnego zakresu świadczonej usługi.

W odniesieniu do wielkości zastrzeżonych kar umownych Odwołujący stwierdza ponadto, że kary umowne zostały ustalone w § 6 ust. 2 pkt 2 umowy na nadmiernie wysokim poziomie i wnosi o ich stosowne obniżenie. W ocenie Odwołującego nie jest uzasadnione, aby za każde kolejne czwarte i następne przypadki niewykonania lub nienależytego wykonania Zamawiający naliczał Wykonawcy karę aż 50% wartości miesięcznej usługi.

Odwołujący podnosi, że zastrzeżenie kary umownej na poziomie 50% wartości miesięcznej wynagrodzenia Wykonawcy 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 zdejmując 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 poziomie 50% wartości miesięcznej wynagrodzenia 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 natomiast do kar umownych z ust. 2 na poziomie 50% wartości miesięcznej wynagrodzenia Wykonawcy, 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:

1. Odwołujący wnosi o usunięcie postanowienia § 6 ust. 2 pkt 2 umowy.
2. Odwołujący wnosi o wskazanie w umowie w § 6 ust. 1 i 2, iż przez pojęcie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy Zamawiający rozumie stwierdzone w obustronnie odpisanym protokole zakwestionowania jakości usługi (zał. do SWZ) uchybienia, które nie zostały usunięte przez Wykonawcę w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosi jak na wstępie.