

Wrocław, dnia 3 czerwca 2022 r.

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 NIP: 8971613637
reprezentowana przez pracownika:
Anna Śliwińska
tel.: 510 011 618
e-mail: a.sliwinska@impel.pl

Zamawiający:
Wojewódzki Szpital Zespolony im. dr Romana Ostrzyckiego
w Koninie
ul. Szpitalna 45, 62-504 Konin
KRS: 0000030801; REGON: 000311591 NIP: 665-104-26-75
tel.: 63 240-41-33; 63 240-40-00
e-mail: szp@szpital-konin.pl
adres strony internetowej, na której jest prowadzone postępowanie:
https://platformazakupowa.pl/wsz_konin

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 513 ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2021 poz. 1129 t.j. z dnia 2021.06.24 ze zm.) – dalej: *Ustawa lub pzp*, składamy odwołanie wobec treści postanowień specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Kompleksowe usługi w zakresie sprzątnia i dezynfekcji pomieszczeń Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. dr. Romana Ostrzyckiego w Koninie*. (znak postępowania: WSZ-EP-12/2022) tj. wobec niezgodnych z przepisami Ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego, dokonanych w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia

- na treść wzoru umowy nie zawierającą postanowienia o łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony.

- I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):
 1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 100 - 277302 z dnia 24.05.2022 r..
 2. Nazwa postępowania opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: *Kompleksowe usługi w zakresie sprzątnia i dezynfekcji pomieszczeń Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. dr. Romana Ostrzyckiego w Koninie*. Numer referencyjny: WSZ-EP-12/2022
- II. Wskazanie czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy oraz związane przytoczenie zarzutów:
Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 436 pkt 3 Ustawy poprzez zaniechanie ustalenia w treści umowy postanowienia o łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony.

III. Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści SWZ i ogłoszenia poprzez:

Dodanie do wzoru umowy postanowienia, że:

Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony wynosi 10% wartości brutto umowy, o której mowa w § 2 ust. 2 umowy.

Ponadto wnoszę o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

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 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 1 Ustawy, odwołanie wobec czynności Zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 Ustawy.

Zamawiający w dniu 24.05.2022 roku opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

Wpis od odwołania w wysokości 15 000 zł. (słownie: piętnaście tysięcy złotych) został wniesiony na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, tj. rachunek bankowy o numerze: 60 1010 1010 0081 3622 3100 0000 prowadzony przez NBP O/Okr. w Warszawie.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Kompleksowe usługi w zakresie sprzątnia i dezynfekcji pomieszczeń Wojewódzkiego Szpitala Zespołonego im. dr. Romana Ostrzyckiego w Koninie.*

Odwołujący podnosi, że postanowienia SWZ, w tym także postanowienia wzoru umowy są niezgodne z Ustawą i wskazuje jak niżej:

1. ŁĄCZNA MAKSYMALNA WYSOKOŚĆ KAR UMOWNYCH.

1.1. Zgodnie z art. 436 pkt 3 Ustawy:

Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności (...) łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony.

1.2. Odwołujący wskazuje, że postanowienia SWZ, w tym postanowienia wzoru umowy, nie zawierają zastrzeżenia w przedmiocie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony. Wobec powyższego postanowienia SWZ są niezgodne z Ustawą.

1.3. Ponadto z daleko idącej ostrożności Odwołujący wskazuje, że niezgodnym z Ustawą jest ustalenie takiej treści wzoru umowy, która umożliwia nałożenie kar umownych wynoszących 100 % wynagrodzenia lub przekraczających ww. wartość 100 %. Brak wskazania limitu kar umownych umożliwia Zamawiającemu nałożenie kar w wysokości ww. 100% lub nawet ponad 100% wynagrodzenia kontraktowego wykonawcy. Odwołujący wskazuje, że ww. postanowienia umowne (brak zastrzeżenia o maksymalnej łącznej wysokości kar umownych) powodują, że wykonawca pomimo zrealizowania przedmiotu zamówienia może nie otrzymać zapłaty, gdyż wynagrodzenie to zostanie skonsumowane przez kary umowne. Z kolei Zamawiający nie dość, że osiągnie cel, w jakim prowadzi postępowanie, czyli otrzyma usługę opisaną w SWZ, to jeszcze niejako uzyska 100% zwrot inwestycji, poczynionej na wykonanie tejże usługi. Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że takie ukształtowanie postanowień wzoru umowy pozostaje w sprzeczności z zasadami współzycia społecznego, ideą kar umownych oraz podstawowymi zasadami Prawa zamówień publicznych.

1.4. Odwołujący wskazuje również, że zgodnie z aktualną linią orzecniczą sądów powszechnych, wysokość kar, która w stosunku do wartości zobowiązania oscyluje w granicach kilkudziesięciu procent wartości umowy, uznawana jest za nadmierną dolegliwość, świadcząca o niewspółmierności w rozumieniu art. 484 § 2 k.c. (tak np. wyrok SO w Rzeszowie z dnia 25.09.2019 r.; sygn. akt: VI Ga 173/13, w ramach którego Sąd za niewspółmierną uznał karę umowną na poziomie 40% należnego wynagrodzenia). Co więcej, w orzecnictwie wskazuje się również, że roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie dostępującej od umowy wzajemnej, jeśli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy (wyrok SN z dn. 14.06.2018 r. sygn. akt: V CSK 534/17), co prowadzi do wniosku, że limit kar nie powinien przekraczać wysokości kary ustanowionej na wypadek odstąpienia od umowy. Na dzień złożenia odwołania ustalona, w projekcie kara za wypowiedzenie umowy wynosi 10% wynagrodzenia brutto wykonawcy..

1.5. Niezalenie od powyższego Odwołujący wskazuje również, że przepis art. 436 pkt 3 Ustawy jest normą prawną o charakterze *ius cogens*. W związku z powyższym Zamawiający, nie legitymowany i uprawniony do odstąpienia od stosowania ww. przepisu prawa w drodze jednostronnego oświadczenia woli. Mając na względzie, że Zamawiający jest gospodarzem postępowania o zamówienie publiczne, to zobowiązany jest stosować Ustawę i zawrzeć postanowienie odpowiadające wymogom art. 436 pkt 3 pzp. Odstąpienie od zawarcia we zwrócenie umowy ww. regulacji stanowi nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego a nadto jest niedozwolone z uwagi na fakt, że w drodze jednostronnej lub wielostronnej czynności prawnej zakazane jest dokonywanie modyfikacji zobowiązań wynikających z przepisów o charakterze *ius cogens* lub odstąpienia od stosowania tychże przepisów.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Załączniki:

1. informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Odwołującego;
2. pełnomocnictwo do złożenia odwołania;
3. dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
4. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.