

Wrocław, dnia 30.12.2020r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
Małgorzata Rakowska
ul. Postępu 17a
(02-676) Warszawa

Odwołujący:

Krzysztof Pilichowski Car-Trans PPHU,
ul. Długosza 5/2,
51-162 Wrocław

Zamawiający:

2 Wojskowy Oddział Gospodarczy,
ul. Obornicka 100-102,
50-984 Wrocław

Dotyczy: Postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 10 ust. 1 oraz art. 39 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą”, gdzie przedmiotem zamówienia jest *usługa sprzątania powierzchni wewnętrznych budynków w jednostkach, instytucjach i obiektach wojskowych kompleksów administrowanych przez 2. WOG we Wrocławiu na terenie Sekcji Infrastruktury (SOI) nr 2 we Wrocławiu.*
Nr sprawy: INFR/901/2020

Wartość zamówienia przekracza równowartość kwoty określonej w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 grudnia 2020r. pod numerem 2020/S 250-625137, a dokumentację z postępowania na platformie zakupowej: <https://platformazakupowa.pl> Zamawiający zamieścił również w dniu 23 grudnia 2020r. r. Uwzględniając powyższe, termin na wniesienie niniejszego odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP został zachowany.

W zakresie interesu - Odwołujący wskazuje, że posiada legitymację czynną niezbędną do wniesienia odwołania, bowiem interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, w sytuacji, gdy oferta odwołującego zostanie uznana za najlepszą, Odwołujący będzie zobowiązany do podpisania umowy oraz realizacji zamówienia zgodnie z jej warunkami, które w swej treści są jednostronnie niekorzystne dla wykonawcy. W konsekwencji, istnieje bardzo realna możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego, a co za tym idzie ma on interes we wniesieniu odwołania.

Odwołanie

Działając na podstawie art. 182 ust. 2 pkt 1 w związku z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą”, w imieniu firmy Car-Trans PPHU Krzysztof Pilichowski wnoszę odwołanie w powyższym postępowaniu **wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, zwanej dalej SIWZ.**

Zamawiającemu zarzucam:

- I. art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16) Pzp w zw. z art. 483 § 1 oraz art. 484 § 2 Kodeksu Cywilnego (dalej „kc”) w zw. z art. 3531 kc oraz w zw. z art. 5 kc poprzez: umieszczenie w projektach umów - załączniki nr 2 do SIWZ obowiązku uiszczenia kar umownych oderwanych od możliwości poniesienia uszczerbku majątkowego w razie zaistnienia naruszeń, na wypadek których zostały zastrzeżone, prowadzących do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego
- II. art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5, 353¹i § 1 KC w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 36ust. 1 pkt 16 Pzp , poprzez wprowadzenie przez zamawiającego postanowień do wzoru umowy (§ 5 ust. 3, §7 ust. 5, §7 ust. 6) uzależniających zapłatę wynagrodzenia wykonawcy od dołączenia do

każdej faktury (składanej raz w miesiącu w terminie do 7 dni kalendarzowych) m.in. protokołu podpisanego przez Zamawiającego, którego sporządzanie zgodnie z zapisami umowy trwa do 10 dni (bez zastrzeżenia, że kalendarzowych)

i wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) Uznania odwołania w całości;
- 2) Dokonania czynności polegającej na modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie szczegółowo wskazanym w treści odwołania (tj. modyfikacja zapisów: SIWZ, modyfikacja zapisów treści umowy zał. nr 2) i wszystkie inne wynikające konsekwentnie z dokonywanych zmian;
- 3) Zasądzeniu na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego tj. kosztów złożenia odwołania, kosztów transportu i ewentualnych kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z właściwymi przepisami.

UZASADNIENIE

Zgodnie z zapisami § 9 ust. 1 pkt. 1-2 w zakresie Kar umownych (załącznik nr 2 do SIWZ) Zamawiający zobowiązuje Wykonawcę do zapłaty kar umownych w razie:

- 1) „niewykonania lub nienależytego wykonania usług okresowych, realizowanych na podstawie harmonogramu lub wykonywanych na pisemne zlecenie (wezwanie) – w wysokości **10%** wynagrodzenia brutto, należnego za usługi niewykonane lub nienależycie wykonane, według cen określonych w formularzu ofertowym Wykonawcy (zał. nr 3), nie więcej niż **30 %** wartości wynagrodzenia brutto za każdy dzień niewykonania lub nienależytego wykonania usługi;
- 2) w odniesieniu do usług wykonywanych na pisemne zlecenie (wezwanie), w przypadku uznania pisemnego zlecenia (pierwotnego) za niezrealizowane, z uwagi na stwierdzenie przy ponownym odbiorze niewykonania lub nienależytego wykonania usług, po upływie dodatkowego wyznaczonego terminu, o czym mowa w § 5 ust. 8 niniejszej umowy – w wysokości **50 %** wartości wynagrodzenia brutto należnego za zleconą usługę (nałożenie przewidzianej w niniejszym punkcie kary nie wyklucza kary określonej w punkcie poprzedzającym;”

Jednocześnie zgodnie z §5 ust. 8 niniejszej umowy jest zapisane:

„W przypadku stwierdzenia przy ponownym odbiorze niewykonania lub nienależytego wykonania usług, po upływie dodatkowego wyznaczonego terminu, pisemne zlecenie (pierwotne) uznaje się za niezrealizowane, bez możliwości wykonania w kolejnym terminie.”

Należy tu zauważyć, iż Wykonawca w przypadku uznania za nienależyte wykonanie prac na np. 20m² ze zleconych 5000m², nie dość że nie otrzyma w ogóle wynagrodzenia zgodnie z §5 ust. 8 niniejszej umowy, mimo że poniósł koszty realizacji znacznej części usług, to jeszcze zapłaci kary zgodnie z zapisami § 9 ust. 1 pkt. 1-2, również za część prac wykonanych prawidłowo.

Rażąco wygórowana kara umowna to zarówno sytuacja, gdy zachwiana zostanie relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania a wysokością kary umownej zastrzeżonej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy, z uwzględnieniem okresu opóźnienia, jak i wtedy, gdy zachwiany został stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznawanej szkody. Kara umowna jest bowiem surogatem odszkodowania, zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela. Przy czym, zmniejszenie zastrzeżonej kary umownej może uwzględniać łączne stosowanie obu wskazanych w art. 484 § 2 k.c. podstaw miarkowania, gdy kara umowna, po zmniejszeniu jej z powodu wykonania zobowiązania w znacznej części, nadal pozostaje rażąco wygórowana (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2014 r., IV CSK 416/13).

W wyroku z dnia 25 września 2013 r., VI Ga 173/13, Sąd Okręgowy w Rzeszowie stwierdził, że wysokość kary umownej w kwocie 12.500 zł, w stosunku do wartości całego zobowiązania głównego 29.000 zł, wynosząc więc blisko połowę całego wynagrodzenia (43%), stanowiła zbyt znaczącą część wynagrodzenia.”

W przypadku zapisów niniejszej umowy mamy do czynienia z karami do łącznej wysokości 30% za każdy dzień niewykonania lub nienależytego wykonania usługi + 50 % wartości wynagrodzenia brutto należnego za zleconą usługę.

W orzeczeniu wyroku Sądu Apelacyjnego z 12 października 2018 roku, sygn. akt I AGa 111/18. sąd uznał, że o „rażącym wygórowaniu” kary umownej można mówić np. wtedy, gdy jej wysokości jest równa bądź zbliżona do wartości samego zobowiązania.

Niedopuszczalne jest kształtowanie wysokości kar w sposób całkowicie dowolny, bez jakiegokolwiek racjonalnego powiązania z uszczerbkiem po stronie zamawiającego oraz warunkami realizacji zamówienia stawianymi przez Zamawiającego.

Sygn. akt: KIO 2399/15, wyrok KIO z dnia 20.11.2015 roku „Uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 kc, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (III CSK 178/13) dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współzycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych. W kontekście powyższych rozważań podkreślenia wymaga, że obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie

zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą. W ocenie Izby na tle analizowanego stanu faktycznego zasadne jest uznanie, że Zamawiający przy ustalaniu wysokości oraz ilości kar umownych nadużył przysługującego mu prawa.” 5. Wyroku Sądu Najwyższego z 16 stycznia 2013 r., II CSK 331/12, w którym podkreślono, że „(...) obowiązek zapłaty kary umownej za opóźnienie powstaje wówczas, gdy naruszenie zobowiązania powstało na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 9 listopada 1965 r., I CR 545/63, OSPiKA 1967, nr 4, poz. 97, z dnia 2 czerwca 1970 r., II CR 167/70, OSNCP 1970, nr 11, poz. 214 (...), z dnia 26 stycznia 2011r., II CSK 318/10, niepubl.) (...) Dłużnik może się zwolnić od obowiązku jej zapłaty wykazując, że niewykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności”).

Mając na uwadze powyższe Odwołujący żąda przeprowadzenia przez Zamawiającego modyfikacji zapisów § 9 ust. 1 pkt. 1-2 umowy stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ w związku z §5 ust. 8 w zakresie, iż Zamawiający będzie naliczał kary „jedynie za część prac uznaną za nienależycie wykonaną (lub niewykonaną)” oraz w zakresie §5 ust. 8 „że Wykonawcy zostanie wypłacone wynagrodzenie za część prawidłowo wykonanej usługi, a pisemne zlecenie (pierwotne) uznaje się za niezrealizowane tylko w części”. Jednocześnie Odwołujący wnosi o obniżenie wysokości kar o połowę.

Jak wskazuje się w orzecznictwie, „kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody” (wyrok SN z dn. 24 stycznia 2014 r., sygn. I CSK 124/13). Zastrzeżenie kar umownych w nadmiernej wysokości może oznaczać, iż zamawiający naruszył dyrektywy kształtowania treści SIWZ zawarte w PZP (por. wyroki KIO z dn. 20 listopada 2015 r., sygn. KIO 2399/15, oraz z dn. 31 lipca 2015 r., sygn. KIO 1519/15). Także Kodeks cywilny przewiduje instrumenty ochrony przed stosowaniem nadmiernych kar umownych (art. 5 KC –nadużycie prawa podmiotowego; art. 484 § 2 KC –możliwość żądania zmniejszenia kary umownej, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane lub gdy kara umowna jest rażąco wygórowana).

Ponadto nie można żądać kary umownej, gdy dłużnik obalił wynikające z art. 471 k.c. domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność, a brak jest takich uregulowań w umowie – Odwołujący wnosi o wprowadzenie niniejszego warunku do zapisów umownych.

Odwołujący podnosi również w kontekście ewentualnie naliczanych kar, iż Zamawiający nie określił kto ze strony zamawiającego jest uprawniony do przeprowadzania kontroli (§4 ust. 3 umowy) i sporządzania protokołu, tym samym wyznaczania terminu usunięcia braków – Odwołujący żąda uregulowania niniejszej kwestii przez Zamawiającego poprzez wskazanie konkretnej osoby, bowiem nie ma jasności czy uprawniony jest do tego konkretny pracownik, czy też każdy.

Jednocześnie Wykonawca pragnie zwrócić uwagę, iż zgodnie z §5 ust. 5 osobą wyznaczoną do potwierdzenia w Rejestrze usług, niezbędnego do rozliczenia faktury jest Kierownik Sekcji Obsługi Infrastruktury nr 1, a więc osoba spoza terenu obsługiwanego w ramach niniejszej usługi. Wykonawca żąda modyfikacji w tej części, polegająca na wyznaczeniu Kierownik Sekcji Obsługi Infrastruktury nr 2.

W zakresie zarzutu II, wnoszę o modyfikację §5 ust. 4 i ust. 5 w związku z §7 ust. 5 w zakresie zgodności terminów. Zgodnie z zapisami niniejszej umowy do 5 dnia po zakończeniu miesiąca sporządzone są zał. nr 7a i 7b, a następnie na ich podstawie następuje przygotowanie rejestru usług – rozliczenie do faktury którego termin określono do 5 dni jest (co łącznie daje 10 dni). Nie ma też wprowadzonych uwarunkowań, dotyczących sytuacji gdy terminy przez Zamawiającego nie zostaną dochowane, natomiast Wykonawca nie może przedłożyć w związku z tym faktury za zrealizowane prace - do czego jest zobowiązany w terminie do 7 dni kalendarzowych.

Odwołujący żąda wydłużenia terminu złożenia faktury do 14 dni, a także wprowadzenia zapisu, że w przypadku braku potwierdzenia wykonania usług zgodnie z §5 pkt. 4 oraz §5 pkt. 5 w przewidzianym terminie 5 dni, prace uznaje się za wykonane prawidłowo.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak w treści odwołania oraz we wstępie o zobowiązanie Zamawiającego do wprowadzenia zmian zgodnie z żądaniem Odwołującego.

Załączniki:

- 1) dowód uiszczenia wpisu;
- 2) CEDIG
- 3) dowód dostarczenia kopii odwołania Zamawiającemu