

Wrocław, dnia 9 listopada 2022 r.

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

Odwołujący:

Impel Facility Services Sp. z o. o.
ul. Antoniego Słonimskiego 1, 50 – 304 Wrocław
KRS: 0000005901; NIP: 9542250979

numer telefonu:

510 011 618

adres poczty elektronicznej:

a.sliwinska@impel.pl

Przedstawiciel (imię i nazwisko):

Anna Śliwińska

Zamawiający:

Zespół Opieki Zdrowotnej we Włoszczowie – Szpital Powiatowy im. Jana Pawła II
ul. Żeromskiego 28, 29-100 Włoszczowa
telefon 041 38 83 828,
adres e-mail: zaopatrzenie@zozwloszczowa.pl
NIP 656 –18 – 55 908, REGON 000304295
adres strony internetowej Zamawiającego:
<http://www.zozwloszczowa.pl>

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 ust. 1 i 2 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 dokumentów zamówienia publicznego pn.: *Kompleksowe utrzymanie czystości i dezynfekcji w obiektach Zamawiającego, transportu wewnątrzszpitalnego oraz wykonywania czynności pomocniczych przy pacjencie na zlecenie personelu medycznego na rzecz Zespołu Opieki Zdrowotnej we Włoszczowie – Szpitala Powiatowego im. Jana Pawła II na okres 24 miesięcy.* (znak postępowania: 14/10/2022).

I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 210 - 602723 z dnia 31.10.2022 r..
2. Nazwa postępowania opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: *Kompleksowe utrzymanie czystości i dezynfekcji w obiektach Zamawiającego, transportu wewnątrzszpitalnego oraz wykonywania czynności pomocniczych przy pacjencie na zlecenie personelu medycznego na rzecz Zespołu Opieki Zdrowotnej we Włoszczowie – Szpitala Powiatowego im. Jana Pawła II na okres 24 miesięcy.* Numer referencyjny: 14/10/2022.

- 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. 439 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy i w zw. art. 58 ustawy Kodeks cywilny oraz art. 431 Ustawy poprzez wadliwe ustalenie w treści SWZ postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia podczas, gdy przepis art. 439 Ustawy wymaga sformułowania racjonalnej, skutecznej i pozbawionej wad prawnych klauzuli w przedmiocie zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia dla umów o usługi, których termin realizacji przekracza 12 miesięcy;
- 2) art. 8, art. 431 Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez ustalenie niesymetrycznych uprawnień stron do wypowiedzenia umowy tj. poprzez zastrzeżenie w projekcie umowy uprawnienia Zamawiającego do rozwiązania umowy z błahego powodu;
- 3) art. 436 pkt 3 Ustawy w zw. z art. 8, art. 431, art. 16, art. 17 Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z z art. 473 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. poprzez ustanowienie w treści projektu umowy maksymalnej wysokości kar umownych w wysokości odpowiadającej 30% wartości wynagrodzenia brutto;
- 4) art. 8, art. 99 ust. 1 i 2, art. 431, art. 16, art. 17 Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z z art. 473 § 1 k.c. w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. oraz art. 58 kc poprzez:
 - a) określenie w treści § 7 projektu umowy kar umownych na poziomie nieadekwatnym do wartości zamówienia, w wysokości rażąco wygórowanej, na poziomie nieadekwatnym do okoliczności, które mogą stanąć u podstaw powstania roszczenia Zamawiającego o jej zapłatę;
 - b) ustanowienie w treści § 7 projektu umowy kar umownych za okoliczności niezawinione przez wykonawcę, a tym samym opisanie okoliczności naliczenia kar umownych w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszające zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji;
 - c) ustanowienie w treści projektu umowy uprawnienia Zamawiającego do kumulatywnego dochodzenia kar umownych

- III. Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

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

- 1) zastąpienie dotychczasowej klauzuli z art. 439 Ustawy, klauzulą o następującej treści:

1. Strony zobowiązują się dokonać zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, o którym mowa w § 5 ust. 1, 1 i 2 umowy w formie pisemnego aneksu, każdorazowo w przypadku zmiany cen materiałów i kosztów, związanych z realizacją przedmiotu umowy (dalej także jako „indeksacja wynagrodzenia”), na następujących zasadach:

a) zmiany dokonywane będą w oparciu o kwartalne wskaźniki wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych, ogłaszane w komunikatach Prezesa GUS.

b) zmiany mogą zostać wprowadzone na wniosek Strony nie wcześniej niż po upływie 3 miesięcy od dnia zawarcia Umowy -, przy czym zmiana jest dopuszczalna:

- w przypadku pierwszej indeksacji - jeśli wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych, o którym mowa w ppkt. a) za kwartał, poprzedzający kwartał złożenia wniosku o indeksację wynagrodzenia, wzrośnie lub spadnie o min. 0,5% w stosunku do wskaźnika z kwartału, w którym przypadał termin składania ofert;

- w przypadku każdej kolejnej indeksacji - jeśli wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych, o którym mowa w ppkt. a) za kwartał poprzedzający kwartał złożenia wniosku o indeksację wynagrodzenia, wzrośnie lub spadnie o min. 0,5% w stosunku do wskaźnika z kwartału, w którym nastąpiła ostatnia indeksacja;

c) Strony mogą występować z wnioskami o indeksację wynagrodzenia nie częściej, niż jeden raz na 3 miesiące;

d) suma zmian wynagrodzenia Wykonawcy w wyniku indeksacji, wprowadzonych w trakcie obowiązywania Umowy, nie może przekroczyć 25% wynagrodzenia, o którym mowa w § 5 ust. 1.

2) usunięcie postanowienia, że:

§ 7 ust. 2:

Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy w przypadku jej niewykonywania lub nienależytego wykonywania przez Wykonawcę. Oświadczenia w tym przedmiocie może być złożone przez Zamawiającego w terminie do dnia zakończenia realizacji przedmiotu umowy, o którym mowa w § 4.

i wprowadzenie w zamian postanowienia:

Każdej ze Stron przysługuje uprawnienie do wypowiedzenia umowy z zachowaniem 3 miesięcznego okresu wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca.

- 3) zastąpienie dotychczasowej klauzuli dotyczącej maksymalnej wysokości kar umownych, klauzulą o następującej treści:

Maksymalna wysokość kar umownych jakie Zamawiający może naliczyć wykonawcy wynosi 10 % wartości brutto umowy określonej w § 5 ust. 1.

- 4) zastąpienie dotychczasowej klauzuli dotyczącej kar umownych, klauzulą o następującej treści:

§ 7 ust. 1:

1. Odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków określonych w Umowie i załączniku nr 7-18 do SWZ kształtuje się wg następujących zasad:

a) Wykonawca odpowiada - jak za własne - za działania lub zaniechania osób, którym powierzył lub za pomocą których wykonuje usługi nienależytego wykonania przedmiotu umowy, Wykonawca zobowiązuje się zapłacić Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,2 % wynagrodzenia miesięcznego określonego w §5 ust.1 1 za każde stwierdzone naruszenie czy też wadliwie, nieprawidłowe wykonanie. Podstawą obciążenia Wykonawcy karą umowną będzie wpis do książki reklamacji lub pisemne zgłoszenia w tym przedmiocie.

b) Wykonawca odpowiada za staranne przestrzeganie przez te osoby zakresu obowiązków zawartych w załączniku nr oraz w załączniku nr nienależytego wykonania przedmiotu umowy, Wykonawca zobowiązuje się zapłacić Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,2 % wynagrodzenia miesięcznego określonego w §5 ust.1 1 za każde stwierdzone naruszenie czy też wadliwie, nieprawidłowe wykonanie. Podstawą obciążenia Wykonawcy karą umowną będzie wpis do książki reklamacji lub pisemne zgłoszenia w tym przedmiocie.

c) za nieprzedłożenie w określonym terminie, o którym mowa w § 11 ust 3 umowy z podwykonawcą - w wysokości 0,2 % wynagrodzenia miesięcznego określonego w §5 ust.1 1 za każdy dzień zwłoki;

d) za przedłożenie umowy z podwykonawcą o treści niezgodnej z § 11 ust. 4 umowy - w wysokości 5 % wynagrodzenia miesięcznego określonego w §5 ust.1 1 za;

e) w przypadku braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie zmiany wynagrodzenia należnego podwykonawcom, w przypadku i na zasadach określonych w § 12 ust. 3 pkt 2 lit. b) i c), w wysokości 1,0 % wynagrodzenia miesięcznego określonego w §5 ust.1 1 za za każdy taki przypadek,

f) za nieprzedstawienie dokumentów potwierdzających zatrudnienie osób w wyznaczonym terminie § 10 ust. 3 i 4 za każdy dzień zwłoki w przedłożeniu dokumentów w wysokości 25 zł;

g) za niewykonanie obowiązku zatrudnienia na umowę o pracę, o którym mowa w § 10 ust. 1 - w wysokości 250 zł za każdą osobę i każdy dzień, w którym stwierdzono niewykonanie obowiązku zatrudnienia.

~~2. Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy w przypadku jej niewykonania lub nienależytego wykonywania przez Wykonawcę. Oświadczenia w tym przedmiocie może być~~

~~złożone przez Zamawiającego w terminie do dnia zakończenia realizacji przedmiotu umowy, o którym mowa w §4.~~

3. W przypadku nienależytego wykonania przedmiotu umowy, Wykonawca zobowiązuje się zapłacić Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,5 % wynagrodzenia miesięcznego określonego w §5 ust.1 1 za każde stwierdzone naruszenie czy też wadliwie, nieprawidłowe wykonanie. Podstawą obciążenia Wykonawcy karą umowną będzie wpis do książki reklamacji lub pisemne zgłoszenia w tym przedmiocie.
4. W przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, zapłaci on na rzecz Zamawiającemu karę umowną w wysokości 5 % wynagrodzenia brutto, określonego w § 5 ust. 1.
5. Niezależnie od kar umownych Zamawiający ma prawo dochodzić odszkodowania, do pełnej wysokości poniesionej szkody na zasadach ogólnych określonych przepisami kodeksu cywilnego.
6. Kary umowne płatne będą w terminie 7 dni licząc od dnia otrzymania stosownej noty. Wykonawca wyraża zgodę na potrącenie naliczonych kar umownych z wynagrodzenia przysługującego tytułem realizacji niniejszej umowy.
7. Postanowienia dotyczące kar umownych i odszkodowania uzupełniającego pozostają w mocy również w przypadku odstąpienia od Umowy przez którąkolwiek ze Stron.
8. Kary umowne mogą podlegać sumowaniu.
9. Maksymalna wysokość kar umownych jakie Zamawiający może naliczyć wykonawcy wynosi 10 % wartości brutto umowy.

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.

Odwołujący wskazuje, że jest aktualnym wykonawcą usługi odpowiadającej przedmiotem zamówienia niniejszemu zamówieniu. Aktualne postanowienia SWZ uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty mimo, że posiada wiedzę i doświadczenie w bliźniaczym zamówieniu realizowanym na rzecz Zamawiającego. Z uwagi na treść SWZ nie może złożyć oferty. Tym samym w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyższych przepisów Ustawy, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości ponownego 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 Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

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

Zamawiający w dniu 31.10.2022 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 utrzymanie czystości i dezynfekcji w obiektach Zamawiającego, transportu wewnątrzszpitalnego oraz wykonywania czynności pomocniczych przy pacjencie na zlecenie personelu medycznego na rzecz Zespołu Opieki Zdrowotnej we Włoszczowie – Szpitala Powiatowego im. Jana Pawła II na okres 24 miesięcy.*

Odwołujący podnosi, że aktualne postanowienia dokumentacji postępowania są niezgodne z Ustawą, gdyż:

I. POSTANOWIENIA UMOWNE - UNIEMOŻLIWIAJĄCE UZYSKANIE PRZEZ WYKONAWCĘ WALORYZACJI NA PODSTAWIE ART. 439 USTAWY.

Zgodnie z postanowieniami § 12 ust. 3 pkt 2 lit. b) projektu umowy:

3. Wszelkie zmiany i uzupełnienia umowy wymagają formy pisemnej pod rygorem nieważności (aneks). Zmiana postanowień Umowy jest dopuszczalna w zakresie odnoszącym się do:

2) wynagrodzenia Wykonawcy, w przypadku zmiany:

b) w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w stosunku do kosztów i cen zawartych w ofercie, z zastrzeżeniem, że:

- poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia wyniesie co najmniej 30 %;

- termin uprawniający do zgłoszenia żądania ustalenia zmiany wynagrodzenia nastąpi w pierwszym miesiącu po upływie 12 miesięcy od zawarcia umowy, przy czym przy uwzględnieniu zmiany wynagrodzenia następny termin uprawniający do żądania ustalenia zmiany wynagrodzenia nastąpi w pierwszym miesiącu po upływie 12 miesięcy od zawarcia aneksu do umowy sankcjonującego zmianę wynagrodzenia;
 - maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień niniejszego punktu, wynosi 5 % wartości ceny całkowitej podanej w ofercie Wykonawcy brutto.
- c) zmiana cen materiałów lub kosztów uprawniająca Strony do żądania zmiany wynagrodzenia ustalana będzie na podstawie wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za miesiąc odpowiadający 12 miesiącowi od zawarcia umowy/aneksu w porównaniu z analogicznym miesiącem poprzedniego roku;
- zmiana wynagrodzenia, w przypadkach określonych w niniejszym ustępie wymaga złożenia wniosku Strony wraz ze szczegółowym wyliczeniem wysokości wnioskowanej zmiany z podaniem podstawy faktycznej i prawnej oraz uzasadnienia. Na żądanie Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany będzie do złożenia wyjaśnień, w terminie 14 dni od doręczenia żądania.

Termin realizacji zamówienia określony w SWZ wynosi: 24 miesiące.

Odwołujący podnosi, że ww. klauzule są niezgodne z Prawem zamówień publicznych, gdyż rzeczywistym ich celem jest uwolnienie Zamawiającego od obowiązku waloryzacji aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazuje, że zastosowanie klauzuli sformułowanej przez Zamawiającego, jest ograniczone do zjawisk nadzwyczajnych a ustalony w umowie sposób waloryzacji *de facto* zwalnia Zamawiającego z obowiązku sprawiedliwej partycypacji w ryzyku zmiany kosztów realizacji umowy długoterminowej. Na skutek powyższego przywołana klauzula nie będzie skutkowała aktualizacją wynagrodzenia, ale spowoduje utratę ekwiwalentności świadczeń zamawiającego względem wykonawcy. Innymi słowy Zamawiający zapłaci na wykonanie umowy cenę niższą niż rzeczywista wartość świadczenia, pomimo zastosowania klauzuli mającej chronić świadczenia stron przed dewaluacją.

Zastosowanie klauzuli sformułowanej przez Zamawiającego, jest podwójnie ograniczone w sposób, który zwalnia Zamawiającego z obowiązku partycypacji w ryzyku zmiany kosztów realizacji umowy długoterminowej. Zgodnie, z ww. klauzulą waloryzacja jest możliwa o ile łącznie:

1) po pierwsze zmiana ceny materiału lub kosztu wyniesie co najmniej o 30% i zostanie ustalona na podstawie *wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za miesiąc odpowiadający 12 miesiącowi od zawarcia umowy/aneksu w porównaniu z analogicznym miesiącem poprzedniego roku*

i

2) po drugie rzeczywista wartość waloryzacji nie przekroczy 5% ceny całkowitej oferty.

W zakresie powyższego pkt 1):

Odwołujący podnosi, że tak wysoka zmiana cen materiałów lub kosztów ma charakter niezwykle rzadki, incydentalny i zwykle wywołana jest nadzwyczajnymi okolicznościami. Jak dotychczas nie wystąpiła zmiana wskaźnika inflacyjnego na poziomie 30% rok do roku. Celem art. 439 Ustawy jest zaś ustalenie rozsądnych i związanych z powszechnie występującymi czynnikami gospodarczymi przesłanek i warunków waloryzacji. Tym samym poziom wzrostu ustalony w ww. klauzuli, w ocenie Odwołującego, ze względu na ową „niewystępowalność w naturze”, nadzwyczajność, powoduje, że ww. klauzula została sformułowana sprzecznie z przepisem art. 439 pzp, w tym w szczególności z jego celem. Tak ustalony wymóg co do wzrostu cen powoduje, że uzyskanie waloryzacji jest niemożliwe. Klauzula zawiera więc warunek niemożliwy do spełnienia. Tego rodzaju zastrzeżenie jest niezgodne z art. 58 kodeksy cywilnego i nadto jest sprzeczne z naturą stosunku prawnego. Odwołujący zwraca uwagę na art. 94 ustawy Kodeks cywilny zgodnie, z którym *Warunek niemożliwy, jak również warunek przeciwny ustawie lub zasadom współżycia społecznego pociąga za sobą nieważność czynności prawnej, gdy jest zawieszający; uważa się za niezastrzeżony, gdy jest rozwiązujący*. Wobec powyższego umowa w ogóle nie zawiera wymaganej w art. 439 Ustawy klauzuli waloryzacyjnej.

W zakresie powyższego punktu 2):

Odwołujący podnosi, że ustalona w umowie maksymalna graniczna wartość partycypacji Zamawiającego w pokryciu wzrostu ww. cen jest niewystarczająca, niedostosowana do rzeczywistych warunków realizacji kontraktu a jej celem jest zniesienie obowiązku Zamawiającego do aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy w oparciu o art. 439 Ustawy.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje ponadto, że ww. klauzula jest wadliwa, gdyż dopuszcza waloryzację dopiero po upływie 12 miesięcy obowiązywania umowy i nie częściej niż co 12 miesięcy. Ustalenie tak długiego terminu oczekiwania na waloryzację oznacza, że wykonawca samodzielnie finansuje zmiany cen. W sprawie istotnym jest, że postępowania prowadzone jest w okresie dynamicznych zmian gospodarczych. Powszechnie wiadomym jest, że rok do roku wskaźnik inflacji wzrósł do poziomu 17%. Nie jest wykluczone, że ww. trend utrzyma się. W związku z powyższych urealnienie cen ofertowych i uzyskanie porównywalnych ofert wymaga zaprojektowania w umowie mechanizmów umożliwiających rozsądny podział ryzyk kontraktowych pomiędzy wykonawcę a zamawiającego. Projekt umowy takiego

mechanizmu nie zawiera. Aktualne postanowienia umowne obciążają wyłącznie wykonawcę ryzykiem zmian kontraktowych przez kolejne 12 miesięcy realizacji umowy. W efekcie powyższego, ceny ofertowe muszą uwzględniać ww. ryzyko i wzrosną nieproporcjonalnie względem rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia. Tym samym Zamawiający otrzyma ceny za wykonanie zamówienia obciążone ww. ryzykiem.

Z uwagi na powyższe Odwołujący podnosi, że ww. klauzula nie odpowiada wymogom art. 439 pzp, jest sprzeczna z celem tego przepisu a nadto stanowi przejaw uchylania się Zamawiającego od obowiązków określonych w tymże przepisie. Odwołujący podkreśla, że przywołany przepis zobowiązuje Zamawiającego do rzeczywistej i racjonalnej partycypacji w zwiększonych kosztach realizacji zamówienia. Odwołujący podnosi, że przymiotu racjonalności, proporcjonalności, przejrzystości, efektywności oraz rzeczywistej woli partycypacji w zmienionych kosztach realizacji zamówienia nie można przypisać zachowaniu polegającemu na formułowaniu wskaźników z jednej strony stawiających bardzo wysokie wymagania (wzrost kosztu materiałów lub kosztów o 30%) a z drugiej zobowiązujących do kosmetycznej zmiany wynagrodzenia wykonawcy (5% wartości brutto umowy). Odwołujący podkreśla, że na skutek ww. klauzuli Zamawiający podwójnie zabezpieczył się przed rzeczywistym finansowaniem zmiany kosztów realizacji kontraktu co jest całkowicie sprzeczne z celem przepisem art. 439 Ustawy. Formułowanie postanowień umownych, których celem jest uniknięcie przez Zamawiającego ponoszenia ciężarów ww. wzrostu cen stanowi nadużycie przysługującego mu prawa do formułowania postanowień umownych i w konsekwencji świadczy o dokonywaniu czynności prawnych sprzecznych z prawem lub mających na celu obejście prawa a więc czynności prawnych bezwzględnie nieważnych na podstawie art. 58 k.c.. Odwołujący podnosi więc, że w postępowaniu na skutek ww. wady nie została sformułowana klauzula, o której mowa w art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podkreśla, że poszanowanie zasady waloryzacji wynagrodzeń wykonawców w umowach długoterminowych wymaga, by wskaźniki i zasady aktualizacji były ustalane racjonalnie, z uwzględnieniem interesu zarówno wykonawcy jak i Zamawiającego oraz przy uwzględnieniu co najmniej znanych i przewidywalnych zdarzeń gospodarczych.

Odwołujący podkreśla, że Zamawiający ma obowiązek prowadzić postępowanie z zachowaniem zasady przejrzystości, efektywności oraz poszanowania uczciwej konkurencji. Przejrzystość oznacza nie tylko jawność postępowania, ale przede wszystkim powinnośc ustalania jasnych, zrozumiałych zasad postępowania rozumianych jako jednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, warunki udziału w postępowaniu, kryteria selekcji ofert oraz inne elementy SWZ. Poszanowanie uczciwej konkurencji oznacza nie tylko równe traktowanie różnych wykonawców, ale również zapewnienie możliwości konkurowania w ogóle, tj. działanie w taki sposób, by wykonawca miał rzeczywistą możliwość rzetelnego przygotowania i złożenia oferty.

Ze względu na termin realizacji umowy (trzy lata), wykonawcy nie są w stanie przewidzieć takich czynników jak np. konkretny poziom wzrostu cen środków, materiałów czy niektórych usług. Również ogólny wzrost cen jest niemożliwy do przewidzenia.

Odwołujący zaznacza także, że przerzucanie na wykonawcę całości ryzyka gospodarczego wzrostu cen materiałów i kosztów nie jest akceptowane na gruncie aktualnej ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający, zgodnie z art. 439 Ustawy nie może przerzucać całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę, a zachowania takie stawią naruszenie ww. przepisu Ustawy jak i zasad współżycia społecznego. W świetle art. 439 pzp niedopuszczalne jest, aby wykonawca ponosił sam całe ryzyko gospodarcze zmian kosztów realizacji zamówienia.

Realizując zasadę przejrzystości Zamawiający ma obowiązek jasnego formułowania wymogów i przygotowania dokumentacji postępowania w sposób umożliwiający rzetelne przygotowanie oferty. Sprzecznym z Prawem zamówień publicznych jest określenie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób, który znacząco utrudnia kalkulację ceny ofertowej. Zasada przejrzystości w kontekście treści postanowień SWZ interpretowana jest jako obowiązek Zamawiającego do sformułowania dokumentacji postępowania z uwzględnieniem zawodowego, profesjonalnego charakteru działalności prowadzonej zarówno przez wykonawcę, jak i zamawiającego. Oznacza to, że wykonawca powinien uzyskać w SWZ tyle informacji, ile racjonalnie jest potrzebne profesjonalnemu wykonawcy do sporządzenia konkurencyjnej oferty. Wobec powyższego wymaganie od wykonawców przewidywania kosztów realizacji zamówienia na okres czterech lat realizacji kontraktu wykracza poza profesjonalny charakter działalności wykonawców a nadto jest sprzeczny art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Bezpośrednią konsekwencją opisanego naruszenia wymogu przejrzystości jest naruszenie zasady poszanowania uczciwej konkurencji oraz zasady efektywności. Zamawiający utrudniając wykonawcom przygotowanie ofert w praktyce utrudnia im również uczciwe konkurowanie, gdyż wykonawcy konkurują w rzeczywistości nie na cenę, ale na założenia co do wzrostu kosztów.

Odwołujący podnosi, że ww. klauzula nie zawiera postanowień wymaganych przepisem art. 439 ust. 2 Ustawy. Klauzula nie zawiera regulacji o sposobie ustalania zmiany wynagrodzenia wykonawcy. Tym samym klauzule te są niezgodne z Ustawą. Przywołana klauzula nie odsyła do żadnego wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów, ani też do innej podstawy; która ma służyć do dokonania zmiany (aktualizacji) wynagrodzenia wykonawcy. Sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia wykonawcy nie został w ogóle wskazany ww. klauzuli.

Zgodnie z art. 439 ust. 2 w umowie określa się sposób ustalania zmiany wynagrodzenia: a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub b) przez

wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia.

Klauzula wprowadzona przez Zamawiającego do wzoru umowy nie zawiera ww. regulacji.

Odwołujący na podstawie ww. klauzuli waloryzacyjnej nie wie w jaki sposób i na jakich zasadach jego wynagrodzenie zostanie zindeksowane w przypadku, gdy osiągnięty zostanie poziom zmiany cen materiałów lub kosztów wskazany w umowie.

Odwołujący zaznacza również, że klauzula waloryzacyjna, o której mowa w art. 439 Ustawy nie ma charakteru negocjacyjnego. Zgodnie z treścią przywołanego przepisu klauzula ta musi zwierać jednoznacznie określone miary i wskaźniki, zgodnie z którymi przeprowadzona zostanie indeksacja wynagrodzenia wykonawcy. Ustawa wymaga, aby wskazane parametry (miary i wskaźniki) zostały ujawnione w treści SWZ. Uwagi wymaga również, że zastosowanie odmiennej interpretacji przepisu art. 439 Ustawy jest sprzeczne nie tylko z jego literalną wykładnią, ale także z art. 454 i 455 Ustawy. Przepisy zakazują bowiem dokonywania dowolnej zmiany umowy, w tym w szczególności zmiany o charakterze istotnym.

Odwołujący zwraca również uwagę, że zgodnie z Dyrektywą Klasyczną *Instytucje zamawiające powinny mieć możliwość, w odniesieniu do poszczególnych zamówień, przewidzenia modyfikacji zamówienia w drodze klauzul przeglądowych lub klauzul dotyczących opcji, jednak klauzule takie nie powinny dawać im nieograniczonej swobody decyzyjnej (...)*. (Preambuła dyrektywy 2014/24/UE (dyrektywa klasyczna), pkt 111). Ze względu na powyższe niezgodne z prawem jest formułowanie klauzul waloryzacyjnych niedookreślonych, negocjacyjnych lub umożliwiających stronom dowolną konwersję postanowień umowy. Niedopuszczalnym jest więc pozostawianie niedookreślonych, lub nieopisanych elementów klauzuli indeksacyjnej określających sposób wyliczenia wynagrodzenia wykonawcy po aktualizacji.

Odwołujący podkreśla, że zgodnie z art. 439 ust. 2 Ustawy, wykonawca na podstawie postanowień wzorca umowy, powinien uzyskać wiedzę jaki poziom ryzyka związanego ze zmianą poziomu cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia zobowiązany będzie sfinansować samodzielnie, a w której części ww. ryzyka i w jakiej wysokości będzie partycypował Zamawiający. Postanowienia aktualnych wzorców umownych dotyczących przedmiotowego postępowania nie zawierają ww. informacji. Tym samym klauzule sformułowana przez Zamawiającego są wadliwe i nie stanowią wykonania ww. zobowiązania do odpowiedniej zmiany umowy. Klauzule te nie zawierają bowiem ściśle określonego, obiektywnego miernika, który będzie podstawą zmiany wynagrodzenia wykonawcy.

Odwołujący podkreśla, że zgodnie z art. 439 ust. 2 Ustawy nie jest dopuszczalne wprowadzenie do umowy o zamówienie publiczne zapisu „otwartego”, umożliwiającego zmianę wynagrodzenia na zasadach ustalonych (sprecyzowanych, zdefiniowanych) przez strony po zawarciu umowy lub jednostronnie przez wykonawcę albo Zamawiającego. Wprowadzenie do SWZ tego typu „otwartych” postanowień nie stanowi wykonania przez Zamawiającego obowiązków, o których mowa w art. 439 Ustawy. Przeciwnie sformułowanie klauzuli waloryzacyjnej, w sposób, o którym mowa powyżej jest czynnością sprzeczną z Ustawą, która jako taka wywołuje skutek, o którym mowa w art. 58 § 1 kc. Ponadto sformułowanie klauzuli waloryzacyjnej, w sposób, o którym mowa powyżej jest również niezgodne z art. 353¹, gdyż

stanowi nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego w postępowaniu o zamówienie publiczne, przejawiające się w kształtowaniu niedozwolonych ze względu na przepisy Ustawy klauzul waloryzacyjnych, które nie gwarantują ekwiwalentności wzajemnych świadczeń stron.

Odwołujący zaznacza równocześnie, że przepis art. 439, w tym także art. 439 ust. 2 Ustawy na charakter *ius cogens*. Wobec powyższego Zamawiający nie jest uprawniony w drodze jednostronnego oświadczenia lub decyzji zwolnić się z obowiązków sformułowania w treści SWZ postanowień wymaganych dyspozycją przywołanego przepisu.

Odwołujący zwraca również uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 05.01.2022 r. (sygn. akt: KIO 3600/21) oraz zawarte w tymże wyroku uzasadnienie zgodnie, z którym: „Jak trafnie wskazuje się w doktrynie, stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowie w sprawie zamówienia publicznego pozwala na zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę, minimalizując ryzyko pokrzywdzenia obu stron umowy na skutek zmiany siły nabywczej pieniądza w okresie realizacji zamówienia. Klauzule te zapewniają bowiem konieczną elastyczność w kształtowaniu kosztów związanych z realizacją zamówienia w dłuższym okresie, umożliwiając jednocześnie bieżące dostosowanie stosunku zobowiązaniowego łączącego zamawiającego z wykonawcą do zmiany okoliczności. Obligatoryjne stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy zdejmuje z wykonawcy ciężar zadeklarowania w ofercie niezmiennej ceny, co prowadziło do jednostronnego obciążenia wykonawcy ryzykiem późniejszej zmiany stosunków gospodarczych. Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy jest również korzystna dla zamawiających, gdyż umożliwia ponoszenie przez nich rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, bez wliczania ryzyka ich wzrostu już w cenę oferty. Wreszcie wskazuje się, że stosowanie klauzul waloryzacyjnych zapobiega również powstawaniu sytuacji, kiedy wykonanie zamówienia przestaje być opłacalne, a tym samym sprzyja trwałości stosunku umownego, co niewątpliwie jest korzystne dla obu stron umowy [por. M. Jaworska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, komentarz do art. 439, Warszawa 2021 oraz A. Matusiak, *Waloryzacja umów, Zamówienia Publiczne. Doradca*. 2021, nr 9].

Dodatkowo, jak słusznie zwrócił na to uwagę Urząd Zamówień Publicznych, *klauzule waloryzacyjne zyskują na znaczeniu zwłaszcza w aktualnej sytuacji gospodarczej, w której obserwujemy m.in. znaczny wzrost cen materiałów i robót budowlanych, braki kadrowe i sprzętowe, wstrzymanie dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu czy też w realizacji usług transportowych. Wskazane przykładowo czynniki zewnętrzne wywierają wpływ na opłacalność realizowanego zamówienia i mogą znacząco ograniczać płynność przedsiębiorstw, stąd niezmiernie istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych jest prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej. Klauzula waloryzacyjna sformułowana w sposób precyzyjny, z poszanowaniem interesów stron kontraktu publicznego, pozwoli ochronić interesy finansowe wykonawcy, zaś zamawiającemu zapewni należyłą, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego.*

Uregulowania zawarte w art. 439 ust. 1 i 2 ustawy pzp mają charakter bezwzględnie obowiązujący, a zatem stanowią ustawowe ograniczenie swobody umów zawieranych

w sprawie zamówień publicznych, które obligatoryjnie muszą zawierać klauzule waloryzacyjne. Jednocześnie, biorąc pod uwagę, że za kształtowanie postanowień tych umów odpowiedzialny jest zamawiający, który ma obowiązek przestrzegać zasady proporcjonalności, uzasadniony jest wniosek, że do natury stosunku zobowiązaniowego zawieranego w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy zachowanie ekwiwalentności świadczeń na poziomie zbliżonym do ustalonego w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty." (podkreślenie dokonane przez Odwołującego)

II. ROZWIĄZANIE UMOWY Z BŁAHEGO POWODU.

Zgodnie z postanowieniami projektu umowy:

§ 7 ust. 2:

Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy w przypadku jej niewykonywania lub nienależytego wykonywania przez Wykonawcę. Oświadczenia w tym przedmiocie może być złożone przez Zamawiającego w terminie do dnia zakończenia realizacji przedmiotu umowy, o którym mowa w § 4.

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z poglądem Krajowej Izby Odwoławczej niedozwolone jest formułowanie postanowień umownych uprawniających Zamawiających do wypowiedzenia umowy w dowolnym momencie jej trwania przy jednoczesnym zniesieniu skutków takiego wypowiedzenia tj. przy jednoczesnym uchyleniu odpowiedzialności odszkodowawczej Zamawiających. W ocenie KIO zastrzeżenie możliwości wypowiedzenia przez Zamawiającego danego rodzaju umowy z błahego powodu, incydentalnego niewykonania pojedynczego postanowienia umownego, niewykonania świadczenia ubocznego - nie jest dopuszczalne, z punktu widzenia osiągnięcia celów, którym służą umowy realizacyjne zamówień publicznych i bez ustalenia zasad rozliczeń z tym związanych. Sytuacja taka może spowodować, iż ustalone ceny oferty, mimo, że rentowne, mogą się okazać przynoszące stratę, gdyby zamawiający zdecydował się wypowiedzieć umowę np. po 3-y miesięcznym okresie jej obowiązywania.

Odwołujący podnosi, że przywołane postanowienie umowne pozwalają Zamawiającemu na rozwiązanie umowy z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę. Odwołujący podnosi, że umowa powinna enumeratywnie wskazywać przesłanki odstąpienia od umowy o charakterze istotnym i skutkującym nienależytą jakością świadczenia głównego. Brak precyzyjnego określenia ww. okoliczności powoduje, że Zamawiającego, dopiero w toku realizacji umowy, arbitralnie zdecyduje o wyborze okoliczności uzasadniających odstąpienie. Okoliczności te mogą być przyczynami błahymi i niebagatelnymi. Wykonawca pozostaje więc w niepewności co do terminu realizacji kontraktu. Dodatkowo całość konsekwencji z tytułu przedwczesnego zakończenia umowy obciąża wyłącznie wykonawcę.

Odwołujący podkreśla ponadto, że prawo do odstąpienia od umowy stanowi wyjątek od zasady trwałości stosunku prawnego, stąd jego zastosowanie nie powinno być uzależnione od nieistotnych lub niezawinionych naruszeń umowy przez dłużnika (wykonawcę). Odwołujący podkreśla również, że naruszenie obowiązków umownych przez dłużnika nie może służyć wierzycielowi wyłącznie jako pretekst do wycofania się z umowy, która okazała się dla niego niekorzystna.

Odwołujący zaznacza także, że w doktrynie podnosi się, iż ważną sferą zastosowania zasad współżycia społecznego jako granicy swobody umów jest problematyka tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Z uwagi na powyższe, wskazane postanowienia jako faworyzujące autora umowy, który czyni ze swego prawa użytek sprzeczny ze społeczno – gospodarczym przeznaczeniem tego prawa, naruszają art. 353¹ k.c. w zw. z art. 431 i nast. Pzp.

III. MAKSYMALNA WYSOKOŚĆ KAR UMOWNYCH.

Zgodnie z postanowieniem § 7 ust. 9 projektu umowy:

Maksymalna wysokość kar umownych jakie Zamawiający może naliczyć wykonawcy wynosi 30 % wartości brutto umowy.

Określenie górnej granicy kar, które mogą być nałożone na wykonawcę na poziomie 30% wartości wynagrodzenia brutto powoduje, że pomimo zrealizowania przedmiotu zamówienia wykonawca może nie otrzymać zapłaty za blisko 1/3 wykonanego zamówienia, 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 zwrot 30% inwestycji, poczynionej na wykonanie tejże usługi. Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że takie ukształtowanie postanowień wzoru umowy pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, ideą kar umownych oraz podstawowymi zasadami Prawa zamówień publicznych.

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 orzecznictwie wskazuje się również, że roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie

przystępuje 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. Już z tego choćby powodu maksymalna wysokość sumy kar umownych ustalona została z naruszeniem Prawa zamówień publicznych i kodeksu cywilnego.

IV. RAŻĄCO WYSOKIE KARY UMOWNE

W par. 7 ust. 1 projektu umowy wysokość każdej pojedynczej kary umownej od całkowitego wynagrodzenia umownego brutto wykonawcy.

Odwołujący podnosi, że naliczenie kar umownych zdefiniowanych w par. 7 ma charakter rażąco wygórowany oraz prowadzi do tego, że obciążenie wykonawcy jest nieadekwatne, a kara umowna nie służy kompensacji szkody powstałej u Zamawiającego a zbliża tak ukształtowane kary umowne do mechanizmu służącego nieuzasadnionemu wzbogaceniu Zamawiającego. Podobny pogląd został wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2018 r. (sygn. akt: KIO 2574/18) tj.: *wysokość kary pieniężnej (...) nie może prowadzić do rażąco wygórowanej odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy. W przeciwnym razie kara zmienia swój charakter odszkodowawczy i może doprowadzić do wypaczenia celu odpłatnej umowy. (...) Kara umowna powinna mieć wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę umowy, ale nie w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony kosztem drugiej, a wręcz czyniąc niecelowym jej wykonywanie.*

Odwołujący podkreśla, że ww. kary są wygórowane i stanowią nieproporcjonalne obciążenie wykonawcy w stosunku do wysokości jego wynagrodzenia i potencjalnego zysku, jednocześnie pełniąc funkcje represyjną, nie zaś kompensacyjną.

Biorąc pod uwagę zakres zamówienia, czas realizacji oraz własne wieloletnie doświadczenie Odwołującego można przyjąć, że kara umowna ustalona przez Zamawiającego w wysokości 0,2% wartości umowy wyniosłaby po każdym miesiącu realizacji około 13 000 zł. za każde choćby błahе uchybień wykonawcy. Opis okoliczności uzasadniających naliczania kary dopuszcza interpretację, zgodnie z którą Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do wielokrotnego nakładania ww. kary w jednym miesiącu skutkiem czego kara mimo, że już rażąco wysoka, w toku realizacji kontraktu może okazać się jeszcze wyższa. W ocenie Odwołującego, ww. mechanizm w żaden sposób nie ma uzasadnienia w świetle podstaw ich zasadzania i wielokrotnie przekracza zadośćuczynienie dla szkód mogących powstać po stronie Zamawiającego lub osób trzecich.

Odwołujący podkreśla również, że sprzeczne z prawem jest naliczanie kary umownej za niezawinione uchybienie. Kara umowna może być nakładana za zawinione działanie lub zaniechanie wykonawcy a nie za okoliczności, które nie są od niego uzależnione, w tym niezawinione. Każde z postanowień par. 7 ust. 1 projektu umowy umożliwia Zamawiającemu naliczenia kary umownej, w przypadku, gdyby wykonawca w sposób niezawiniony nie spełnił swojego zobowiązania umownego.

Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że przywołane powyżej postanowienia umowne dotyczące kar umownych, stanowią naruszenie zasady swobody kontraktowej oraz są sprzeczne z podstawowymi celami kary umownej, stanowiącej surogat odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Tak sformułowane klauzule dotyczące kar umownych pełnią w rzeczywistości funkcję represyjną, nie zaś kompensacyjną a poziom kar umownych nie znajduje uzasadnienia, gdyż ich wysokość jest zbyt wysoka i nieproporcjonalna względem określonego potencjalnego przewinienia ze strony wykonawcy.

Ponadto zastrzeżona przez Zamawiającego możliwość kumulatywnego dochodzenia kar umownych powoduje, że Zamawiający może dwu a nawet kilkakrotnie naliczyć karę umowną za to samo naruszenie, którego dopuścił się wykonawca. Takie ukształtowanie postanowień umowy w zakresie kar pozostaje w sprzeczności z ideą kar umownych, które jak wyżej wskazano w założeniu mają stanowić narzędzie dyscyplinujące wykonawcę i mobilizujące go do należytego wykonywania umowy, a nie dodatkowe źródło dochodu dla Zamawiającego.

Odwołujący wskazuje również, że kara umowna powinna mieć ma charakter wyłącznie odszkodowawczy i kompensacyjny. Na gruncie przepisów prawa cywilnego nie ma podstaw do uznania kary umownej jako środka prewencyjnego, którego celem jest silne oddziaływanie na niesolidnych wykonawców w sposób zapewniający należyte wykonanie umowy. Zatem ustalenie przez Zamawiającego zbyt wygórowanych kar umownych stanowi rażąco naruszenie prawa. Rażąco wygórowane kary prowadzą do sprzeczności celu umowy z zasadami współżycia społecznego, której skutkiem jest bezwzględna nieważność czynności prawnej (art. 353(1) k.c. w zw. z art. 58 § 1 k.c.).

Zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego prawo Zamawiającego do ustalenia warunków umowy ma swoje ograniczenie - Zamawiający nie może prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to m.in. z brzmienia jednej z najważniejszych zasad prawa cywilnego wyrażonej w art. 5 k.c., zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Zamawiający konstruując wskazane kary umowne dopuścił się naruszenia art. 5 k.c..

W ocenie Odwołującego Zamawiający niezgodnie z prawem wykorzystuje swoją pozycję dominującą w przetargu i wbrew zasadom współżycia społecznego, wprowadził do umowy rażąco wygórowane kary umowne, które z uwagi na swą konstrukcję, mogą mieć zastosowanie zarówno w przypadku drobnego uchybienia, nieskutkującego powstaniem jakiegokolwiek szkody po stronie Zamawiającego, jak i w przypadku niewykonania zobowiązania w znacznej części. Nie można również zapominać, że podstawową funkcją kary umownej jest naprawienie szkody (zryczałtowane odszkodowanie), a zatem stawka kary umownej nie powinna być ustalona abstrakcyjnie, lecz z uwzględnieniem przewidywanej szkody, jaka może powstać po stronie Zamawiającego. Jednakże postanowienie projektu umowy nie zostało oparte na powyższych założeniach

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.