

Wrocław, 19.07.2021

Do
Prezesa
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A; 02-676 Warszawa

Odwołujący:

SMGL CLEANING Dominika Śmigiel

53-659 Wrocław, Sikorskiego 1/22

NIP 754-309-17-20

e-mail : dominikasmigiel@gmail.com

reprezentowany przez

Dominika Śmigiel – właściciel

Zamawiający:

Zakład Budynków Komunalnych w Oleśnicy

56-400 Oleśnica, Wojska Polskiego 13

Platforma: <https://josephine.proebiz.com/pl/tender/13421/summary>

e-mail: +48 713980929

ODWOŁANIE WYKONAWCY

**w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym na utrzymanie czystości wewnątrz budynków mieszkalnych, mieszkalno – usługowych, na terenach zewnętrznych i placach zabaw zarządzanych przez Zakład Budynków Komunalnych w Oleśnicy
nr postępowania MT.481.21.2021**

Działając w imieniu własnym, **SMGL Cleaning Dominika Śmigiel** z siedzibą we Wrocławiu, na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.; dalej: „Pzp”) wnoszę odwołanie wobec treści warunków zamówienia ustalonych przez Zamawiającego – Zakład Budynków Komunalnych w Oleśnicy z siedzibą w Oleśnicy, ul. Wojska Polskiego 13 w prowadzonym w trybie podstawowym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na utrzymanie czystości wewnątrz budynków mieszkalnych, mieszkalno – usługowych, na terenach zewnętrznych i placach zabaw zarządzanych przez Zakład Budynków Komunalnych w Oleśnicy, nr postępowania MT.481.21.2021.

Zarzuty:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie **art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 353(1) w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp** poprzez sporządzenie Wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ oraz opisanie przedmiotu

zamówienia, zasad określania wynagrodzenia wykonawcy oraz postanowień umownych w sposób niejednoznaczny, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty oraz naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę, w zakresie :

1. **§9 ust. 5 wzoru umowy** stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ w którym Zamawiający wymaga, aby „*Zamawiający zastrzega, że w przypadku gdy wykonawca realizuje usługę działając jako KONSORCJUM, upoważnionym do otrzymywania płatności za realizację przedmiotowego zadania i wystawiania faktur VAT jest Lider Konsorcjum*”.
2. **Część XVII ust. 2 SWZ** wraz z załącznikiem nr 8 do SWZ w których Zamawiający wymaga : „*Przed podpisaniem umowy wybrany Wykonawca dostarczy: 1) listę osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w tym dane osobowe, niezbędne do weryfikacji zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, w szczególności imię i nazwisko zatrudnionego pracownika, datę zawarcia umowy o pracę, rodzaj umowy o pracę i zakres obowiązków pracownika (wzór stanowi Załącznik nr 8 do SWZ).*”
3. **§12 ust. 1 pkt 1 i 2 umowy** stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ w którym Zamawiający określił wysokość kar umownych :
 1. *Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną:*
 - 1) *za nienależyte wykonanie usług wymienionych w załączniku nr 1 do Umowy: a) w wysokości 0,5% wynagrodzenia rocznego brutto określonego w § 8 ust. 1 w przypadku jednorazowego stwierdzenia podczas weryfikacyjnej kontroli nienależytego wykonania usługi, b) w wysokości 1% wynagrodzenia rocznego brutto określonego w § 8 ust. 1 w przypadku stwierdzenia podczas weryfikacyjnej kontroli nienależytego wykonania usługi po raz drugi i następny w ciągu miesiąca; 2) za zwłokę w wykonaniu usług wymienionych w załączniku nr 8 do Umowy w terminach określonych w harmonogramach usług - w wysokości 0,1% wynagrodzenia rocznego brutto określonego w § 8 ust. 1 - za każdy dzień zwłoki;*

Zadania

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o:

- I. uwzględnienie odwołania;
- II. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień SWZ i załączników do SWZ, w sposób uwzględniający argumentację odwołania zawartą w Uzasadnieniu, tj.:
 1. Wykreślenie **§ 9 ust. 5 wzoru umowy** stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ w którym Zamawiający wymaga, aby „*Zamawiający zastrzega, że w przypadku gdy wykonawca realizuje usługę działając jako KONSORCJUM, upoważnionym do otrzymywania płatności za realizację przedmiotowego zadania i wystawiania faktur VAT jest Lider Konsorcjum*”., jako postanowienia, które obliżuje wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia do wystawienia faktury wyłącznie przez lidera konsorcjum co skutecznie uniemożliwia wykonawcom – członkom konsorcjum do rozliczenia się za faktycznie wykonaną część zamówienia oraz wprowadzenie w to miejsce postanowienia umożliwiającego każdemu z członków konsorcjum z osobna rozliczać przedmiot umowy, który został przez niego zrealizowany bez konieczności obliżowania do wystawienia faktury wyłącznie przez lidera konsorcjum;
 2. **Wykreślenia z części XVII ust. 2 SWZ** wraz z załącznikiem nr 8 do SWZ w których Zamawiający wymaga : „*Przed podpisaniem umowy wybrany Wykonawca dostarczy: 1) listę osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w tym dane osobowe, niezbędne do*

weryfikacji zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, w szczególności imię i nazwisko zatrudnionego pracownika, datę zawarcia umowy o pracę, rodzaj umowy o pracę i zakres obowiązków pracownika (wzór stanowi Załącznik nr 8 do SWZ).”**ewentualnie jego doprecyzowanie**, poprzez wskazanie terminu na dzień podpisania umowy wraz ze zmianą załącznika nr 8 będącego clou sprawy;

3. modyfikację § 12 ust. 1 pkt 1 i 2 umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ w którym Zamawiający określił wysokość kar umownych :

1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną:

1) za nienależyte wykonanie usług wymienionych w załączniku nr 1 do Umowy: a) w wysokości 0,5% wynagrodzenia rocznego brutto określonego w § 8 ust. 1 w przypadku jednorazowego stwierdzenia podczas wrywkowej kontroli nienależytego wykonania usługi, b) w wysokości 1% wynagrodzenia rocznego brutto określonego w § 8 ust. 1 w przypadku stwierdzenia podczas wrywkowej kontroli nienależytego wykonania usługi po raz drugi i następny w ciągu miesiąca; 2) za zwłokę w wykonaniu usług wymienionych w załączniku nr 8 do Umowy w terminach określonych w harmonogramach usług - w wysokości 0,1% wynagrodzenia rocznego brutto określonego w § 8 ust. 1 - za każdy dzień zwłoki;

Do poziomu adekwatnie 0,5 % miesięcznego wynagrodzenia oraz 1% wynagrodzenia miesięcznego brutto przysługującemu wykonawcy za realizację zamówienia

III. Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przypisanych, w tym zasądzenie kwoty uiszczzonego wpisu odwołania oraz zastępstwa procesowego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 14 lipca 2021 r. na platformie zakupowej Josephine pod nr 13421, numer BZP 2021/BZP 00003050/02/P.

Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 14 lipca 2021r., gdyż w tym dniu na platformie zakupowej Josephine zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu. Tego samego dnia na Platformie za pośrednictwem, której Zamawiający prowadzi postępowanie została opublikowana SWZ i pozostała dokumentacja postępowania. Odwołanie wniesione w dniu 19 lipca 2021 r., jest odwołaniem wniesionym z zachowaniem ustawowego terminu.

Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

Interes i szkoda

Odwołujący zamierza sporządzić ofertę cenową, którą złoży Zamawiającemu w zakreślonym terminie. Interes we wniesieniu niniejszego odwołania polega na tym, że poprzez zamieszczenie w treści SWZ i załącznikach stanowiących integralną część dokumentacji zamówienia, postanowień naruszających przepisy Pzp, w tym zasadę uczciwej konkurencji, Zamawiający uniemożliwia Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia i przygotowanie oraz wycenę prawidłowej oferty, a tym samym, wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia mogą okazać się niemożliwe. Wskazuję, iż objęta odwołaniem czynność Zamawiającego prowadzi do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu złożenia oferty i ubiegania się o udzielenie zamówienia. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż

sprzeczna z ustawą ww. czynność Zamawiającego w sposób negatywny oddziałuje na możliwość uzyskania przed Odwołującego przedmiotowego zamówienia.

Uzasadnienie

Zarzut 1

Wykonawcy mają przyznane prawo do składania oferty jako konsorcjum firm. Zgodnie z art. 58 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) prawo zamówień publicznych wykonawca posiada pełną dowolność w kreowaniu składu konsorcjum oraz w podziale obowiązków pomiędzy poszczególnymi członkami konsorcjum. W konsekwencji Zamawiający wybierając ofertę wykonawcy będącego konsorcjum, nie ma możliwości wpływać na sposób podziału zakresu realizacji usługi wewnątrz konsorcjum oraz na treść samej umowy konsorcjum. Zamawiający ma prawo jedynie do wglądu do treści umowy konsorcjum w zakresie jego składu i podziału obowiązków pomiędzy członków konsorcjum. W ramach realizacji umowy każda z firm wchodząca w skład konsorcjum wykonuje odmienne czynności dające w sumie pełny zakres realizacji przedmiotu umowy. Każda z firm (wykonawców) wchodzących w skład konsorcjum za wykonane usługi zobowiązana jest mocą przepisów prawa podatkowego do wystawienia faktury VAT na rzecz podmiotu, dla którego usługę wykonała - czyli w tym przypadku dla Zamawiającego. Wystawianie faktur na lidera konsorcjum przez członków konsorcjum może być uznane za nieprawidłowe z przyczyn podatkowych podczas kontroli przez organy podatkowe. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny podatkowej, o wspólnym przedsięwzięciu należy mówić w każdym przypadku, gdy co najmniej dwa podmioty podejmują się współpracy w realizacji określonego, i najczęściej w miarę precyzyjnie zdefiniowanego, celu gospodarczego. Podmioty te zawierają więc umowę gospodarczą w celu realizacji wspólnego przedsięwzięcia, które ze względu na potencjał finansowy, zakres przedmiotowy lub kompetencyjny przekracza możliwości jednego tylko podmiotu - umowę konsorcjum. Kluczowe jest jednak, że na płaszczyźnie podatku dochodowego od osób prawnych (CIT), wspólne przedsięwzięcie czy konsorcjum nie posiada statusu podatnika. Oznacza to, że podatnikami podatku dochodowego są poszczególni członkowie takiej grupy gospodarczej (czyli podmioty współpracujące). Jednocześnie, jako podstawę do indywidualnego rozliczania należy wskazać art. 8, art. 19 a, art. 106 b Ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług Dz. U. z 2018 r. poz. 2174 ze zm. Zgodnie z którymi, jeśli podatnik VAT (konsorcjant) świadczy usługę bezpośrednio na rzecz zamawiającego, to jest zobligowany do rozliczenia VAT należnego od tego świadczenia i wystawienia faktury na rzecz odbiorcy świadczenia czyli Zamawiającego. Mając na uwadze różnorodność czynności składających się na przedmiot zamówienia, często zdarza się, że poszczególne usługi realizowane w ramach całego przedmiotu umowy opodatkowane są różnymi stawkami podatku VAT, dlatego też, aby zapewnić przejrzystość podatkową, uzasadnione jest wystawianie faktur przez członków konsorcjum bezpośrednio Zamawiającemu jako faktycznemu odbiorcy usługi. Powyższe wynika, z faktu, że członek konsorcjum świadczący usługę opodatkowaną w innym wymiarze niż 23% lub zwolnioną z podatku z powodu rodzaju świadczonej usługi, jako jedyny podmiot w ramach konsorcjum ma możliwość wystawienia faktury zgodnie z przysługującym mu zwolnieniem z podatku lub innym niż 23 % podatkiem VAT. Każdy z pozostałych członków w tym lider konsorcjum - świadczący usługi oprocentowane 23 % podatkiem VAT nie ma możliwości, wystawienia faktur ze zwolnieniem podatkowym lub w innym wymiarze niż 23 %. Wystawienie przez lidera konsorcjum faktury zbiorczej na Zamawiającego zawierającego m.in. określenie wynagrodzenia za usługę np. zwolnioną z podatku, może być kwestionowane przez organy podatkowe i uznane za nieprawidłowe - bowiem lider jako konkretny płatnik podatku nie ma prawa

korzystać ze zwolnień od podatku w ramach swojej działalności. Innymi słowy - każdy podmiot gospodarczy może świadczyć usługi i pobierać za nie wynagrodzenie w ramach przedmiotu swojej działalności i posiadanych uprawnień. Niedopuszczalne jest pobieranie wynagrodzenia, a tym bardziej wystawienia faktur za usługi, co do których dany podmiot nie posiada odpowiednich licencji, pozwoleń czy też przywilejów podatkowych w postaci np. zwolnienia z podatku lub obniżonej stawki podatku. Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie w dniu 8.07.2013 r. IPPP1/443-377/13-3/AS wydał opinię w sprawie „rozliczenia konsorcjum - podział przychodów i kosztów”, w której napisano: „Zawarcie umowy o wspólne przedsięwzięcie gospodarcze - umowy konsorcjum - nie ma na celu powstania nowego swoistego podmiotu gospodarczego, lecz stanowi porozumienie stron w zakresie realizacji wspólnego celu gospodarczego. Odnośnie rozliczenia podatku VAT przez uczestników konsorcjum, stwierdzić należy iż zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy, podatnikami są osoby prawne, jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej oraz osoby fizyczne, wykonujące samodzielnie działalność gospodarczą, o której mowa w ust. 2, bez względu na cel lub rezultat takiej działalności. Oznacza to, że z punktu widzenia VAT każdy z członków konsorcjum jest odrębnym podatnikiem. Podatnikiem nie jest i nie może być natomiast samo konsorcjum. Dlatego też podmioty działające w ramach konsorcjum powinny do wzajemnych rozliczeń oraz do rozliczeń z podmiotem, na rzecz którego konsorcjum świadczy usługę stosować ogólne zasady w zakresie wystawiania faktur VAT dokumentujących wykonywane przez nich czynności. "Zawarcie umowy konsorcjum nie prowadzi do powstania nowego bytu prawnego. W szczególności konsorcjum nie posiada zdolności prawnej lub zdolności do czynności prawnych - w zdolność tą wyposażone są natomiast podmioty tworzące konsorcjum (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 4 marca 2016 r., sygn. akt. VI ACa 83/16). Powyższe dotyczy również konsorcjum tworzonego w celu zawarcia i realizacji umowy o zamówienie publiczne, zgodnie bowiem z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 17 grudnia 2014 r., sygn. akt: I ACa 1308/14: Brzmienie przepisu art. 23 ust. 3 Pzp przesądza jednoznacznie, iż konsorcjum na gruncie tej ustawy nie posiada podmiotowości prawnej, co oznacza, że nie jest odrębnym podmiotem (wykonawcą), a raczej „sumą pojedynczych wykonawców”. Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 28 maja 2015 r., sygn. akt: I ACa 29/15: Konsorcjum jest stosunkiem obligacyjnym kreowanym umową, w wyniku której powstaje stosunek prawny konsorcjum, w którym każda z jego stron (konsorcjant) zobowiązuje się do określonego uczestnictwa w konsorcjum i do oznaczonego działania na jego rzecz, a tym samym na rzecz pozostałych konsorcjantów dla osiągnięcia celu, dla którego umowa została zawarta. Konsorcjanci zobowiązują się do działań i świadczeń zmierzających do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przyjętego przez konsorcjum, zobowiązując się do wspólnego działania. „Wspólność” celu gospodarczego jest podstawowym atrybutem konsorcjum. Umowa konsorcjum nie jest uregulowana w kc, jest zatem zaliczana do umów nienazwanych kreowanych treścią umowy w ramach swobody kształtowania stosunku zobowiązaniowego przewidzianej w art. 3531 kci traktowana jako umowa, do której stosuje się odpowiednio przepisy art. 860-875 kc. Umowa konsorcjum winna wskazywać podmiot uprawniony do reprezentowania konsorcjum na zewnątrz i podejmowania czynności w imieniu pozostałych jego członków (tzw. lider konsorcjum). W myśl art. 141 Pzp: Wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania. Solidarna odpowiedzialność podmiotów tworzących konsorcjum oznacza, że zamawiający może żądać wykonania umowy o zamówienie publiczne od wszystkich członków konsorcjum, kilku spośród nich lub każdego z osobna, zaspokojenie roszczenia zamawiającego przez jednego z konsorcjantów zwalnia zaś pozostałych. Nie jest możliwe wyłączenie solidarnej odpowiedzialności konsorcjum wykonawców względem zamawiającego w drodze umowy, natomiast wzajemny podział zadań przyjęty w umowie

konsorcjum wywołuje wyłącznie skutki wewnętrzne pomiędzy jego członkami. Z powyższego wynika, że istota umowy konsorcjum nie uzasadnia tego, by Zamawiający mógł przyjmować faktury tylko od jednego pomiotu wchodzącego w skład konsorcjum. Zgodnie z zasadą - Konsorcjum ponosi odpowiedzialność solidarną wobec Zamawiającego, a Zamawiający zobowiązany jest do zapłaty wynagrodzenia za wykonaną usługę lub dostawę każdemu z członków konsorcjum wg ustalonego w umowie wynagrodzenia. Jest zatem w pełni uzasadnione i konieczne ze względu na przepisy prawa podatkowego, aby wynagrodzenie należne Wykonawcy, będącemu konsorcjum firm, było płatne zgodnie z fakturami VAT, wystawionymi przez każdego z członków konsorcjum realizujących usługę na kwoty, które w sumie stanowią wysokość miesięcznego wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy.

Nie tylko forma podatku od towarów i usług ma znaczenie – również ma to doniosłe znaczenie w kwestii podatku dochodowego – każdy podmiot składający się na konsorcjum może być opodatkowane inną formą – ryczałt, podatek liniowy czy też być zwolniony.

Bezpodstawny jest wobec tego zapis umowy zastrzegający, aby wyłącznie lider konsorcjum upoważniony był do wystawiania faktur na rzecz Zamawiającego.

Zarzut 2

Zamawiający poprzez niedoprecyzowanie terminu na przedstawienie kopii umów o pracę pracowników których Wykonawca zamierza skierować do wykonania usługi, w razie ostatecznego niepodpisania z wykonawcą umowy z jakiegokolwiek powodu, naraża potencjalnego wykonawcę na niepowetowaną stratę. Zamawiający tym samym wymaga, aby bez gwarancji otrzymania przez wykonawcę zamówienia, poczynił on starania, w tym pozyskał pracowników, wykonał badania lekarskie, przeprowadził instruktaż szkoleniowy a także ubezpieczył potencjalnego pracownika. Samo podpisanie przez wykonawcę z pracownikiem umowy o pracę, wiązać się będzie od razu koniecznością ubezpieczenia go, rozpoczęcia terminów do urlopu a także terminów wypowiedzenia umowy nawet w razie niepodpisania umowy z Zamawiającym. Należy podkreślić, że Zamawiający nie wskazał maksymalnego terminu na podpisanie umowy tylko minimalny, to znaczy, że może zdarzyć się z różnych przyczyn, że podpisanie umowy i rozpoczęcie realizacji umowy może się znacznie przeciągnąć w czasie. W związku z tym, iż umowa o pracę jest umową starannego działania, za gotowość zatrudnionych przed podpisaniem umowy pracowników, kosztą ponosić będzie wykonawca. Czas ten może przeciągnąć się ze względu np. na wniesione odwołanie przez innego wykonawcę, a postępowania takie mogą trwać tygodniami. Wobec powyższego, Zamawiający narazi potencjalnego wykonawcę na koszty osobowe bez możliwości starania się przez wykonawcę o ewentualne odszkodowania w przypadku niepodpisania umowy. Zapis taki jest sprzeczny z zasadami współzycia społecznego i wbrew interesom wykonawcy. Zamawiający nie może przypuszczać, że wykonawca będzie posługiwać się w realizacji zamówienia pracownikami zatrudnionymi na umowę o pracę i przedstawi mu wykaz pracowników których zamierza skierować do wykonania zamówienia, tylko faktycznie osoby zatrudnione do realizacji zamówienia będą zatrudnione na umowę o pracę. Wobec powyższego wnoszę o wykreślenie części XVII ust. 2 SWZ wraz z załącznikiem nr 8 do SWZ, ewentualnie o modyfikację punktu w ten sposób, że wykonawca w dniu podpisania umowy przed faktycznym złożeniem podpisu, zobowiązany będzie wykaz wraz z kopiami umów dostarczyć Zamawiającemu.

Zarzut 3

W przypadku uzasadnienia zarzutu nr 3 należy wskazać, że kary umowne w wysokości 0,5 % lub 1% należnego wykonawcy **rocznego** wynagrodzenia, stanowi niewspółmiernie wysoką i nieadekwatną do przewinień karę umowną i winna zostać ona stosowanie zmodyfikowana. Kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela. Wysokość kary umownej,

powinna być adekwatna do szkody, ale również i do korzyści, jakie potencjalnie Wykonawca odnosi z tytułu realizacji prac/ Przewidzenie przez Zamawiającego kar umownych które są nadmiernie wygórowane i stanowią 1% nie zysku, lecz przychodu brutto wykonawcy z tytułu realizacji zamówienia, stanowi sytuację, w której (przy założeniu np. w analogicznym przetargu w roku 2020), 1% wynagrodzenia stanowiłyby kwotę ponad 10000 złotych. Kara w wysokości 10000,00 złotych jednorazowo za każde, nawet błahę przewinienie, jest równoważne z miesięcznym wynagrodzeniem trzech i $\frac{3}{4}$ pracowników zatrudnionych z minimalnym wynagrodzeniem. **Kwota 10000,00 złotych jednocześnie stanowić też będzie 13 % miesięcznego wynagrodzenia wykonawcy!** Za jednorazowe przewinienie kara umowna w wysokości wartości 1% rocznego wynagrodzenia jest zupełnie nadmierną karą umowną i stanowi podstawę do wzbogacenia się Zamawiającego względem wykonawcy. Przy założeniu do kalkulacji w tym przetargu, można mówić o tym, że jednorazowa kara przewyższy prawie dwukrotnie przewidywany miesięczny zysk- tzn. że wykonawca dwa miesiące wykonywać będzie zamówienie bez zysku. Zastrzeżenie kar umownych w nadmiernej wysokości może oznaczać, że Zamawiający naruszył dyrektywy kształtowania treści SWZ zawarte w ustawie PZP (np. wyroki KIO 2399/15, 1519/15). Również i kc przewiduje instrumenty ochrony przed zastosowaniem nadmiernym kar umownych zgodnie z art. 5. Wskazać należy, że z jednej strony Zamawiający, uwzględniając funkcje, jakie kary umowne mają realizować przy wykonaniu przedsięwzięć publicznych, powinni tak kształtować postanowienia umowne dotyczące tego zagadnienia, aby odpowiednio zabezpieczyć interes publiczny i właściwą realizację zamówienia. Z drugiej zaś strony powinność Zamawiającego do należytego zabezpieczenia interesu publicznego nie może prowadzić do przerzucenia na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają oni wpływu. Niedopuszczalne jest również kształtowanie wysokości kar w sposób całkowicie dowolny, bez jakiegokolwiek racjonalnego powiązania z uszczerbkiem po stronie Zamawiającego. W tym kontekście kary umowne powinny być adekwatne i wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody – tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach publicznych. Zbyt represyjne reguły odpowiedzialności w karach umownych mogą zniechęcać do składania ofert i stanowić przyczynę niskiego zainteresowania postępowaniem. W przypadku usług takich jak sprzątanie, najmniejsze uchybienie w postaci niezgrabionego kawałka trawnika, czy też nieopróźnionego kosza i porzrzuconych papierków, może doprowadzić do nałożenia na wykonawcę kary umownej w wysokości 9000,00 złotych.

Rażąco wygórowana kara umowna to zarówno sytuacja, gdy zachwiana zostaje relacja między 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 surogatem odszkodowania, zastrzeżonym w określonej wysokości i nie oże prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela.

Kary umowne dla Zamawiającego jednak nie pełnią roli ściśle odszkodowawczej. Co do zasady ich znacznie ważniejszą, jest funkcja stymulacyjna i dyscyplinująca wykonawcę dla prawidłowej realizacji zamówienia (KIO 843/09).

Zgodzić się należy z tezą, że Zamawiający uprawniony jest do kształtowania treści przyszłej umowy na wykonanie zamówienia wedle swojego uznania i potrzeb, przy czym podkreślić należy, że swoboda Zamawiającego nie jest w tym zakresie nieograniczona. (KIO 2280/16). Mając na uwadze pewne ograniczenia Zamawiającego co do możliwości kreowania kar umownych bez realnego wpływu na przedmiot umowy i umowę w ogóle. Idąc za wyrokiem KIO 10/19

„Ocena skuteczności postanowienia umownego kreującego obowiązek zapłaty kary umownej podlega kontroli w kontekście ograniczeń swobody umów (art. 353 1 KC), obejścia prawa, jak też ewentualnej sprzeczności z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 1 i 2 KC). Jednocześnie stosując instytucję miarkowania, sąd powinien mieć na względzie podstawowe funkcje kary umownej, jakimi są funkcja stymulująca wykonanie zobowiązania, funkcja represyjna w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy oraz funkcja kompensacyjna, polegająca na naprawieniu szkody, jeśli wierzyciel ją poniósł, bez konieczności precyzyjnego wyliczenia jej wysokości, co znakomicie ułatwia realizację dochodzonego uprawnienia.”

Kara winna mieć realną podstawę do jej nałożenia i mimo, iż sama jej funkcja tj. brak konieczności wykazania szkody Zamawiającego z tytułu nienależytego wykonania umowy, to nie powinna dotyczyć sytuacji, które nie wynikają z łączącej strony umowy oraz przedmiotu zamówienia, w tym wypadku obsługa i konserwacja kotłowni. Zamawiający nie może na chybił-trafił tworzyć kar umownych wbrew ustawowym uprawnieniom wynikającym m.in. z przepisów o ochronie pożarowej, prawa pracy itp. Idąc za wyrokiem KIO 654/16 :

„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 zamawiający 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”.

Wskazać można dodatkowo na wyrok Sądu Najwyższego (II CSK 180/10) :

„Sąd Apelacyjny wziął pod uwagę, że zgodnie z art. 473 § 1 k.c. dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Może zatem rozszerzyć swoją odpowiedzialność kontraktową, przyjmując odpowiedzialność także za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy z przyczyn od niego niezależnych, np. z powodu siły wyższej. Słusznie jednak wskazuje się w literaturze i orzecznictwie, że jeżeli strony chcą rozszerzyć odpowiedzialność dłużnika, to zgodnie z art. 473 § 1 k.c. muszą w umowie wskazać (oznaczyć, wymienić), za jakie inne – niż wynikające z ustawy – okoliczności dłużnik ma ponosić odpowiedzialność. ,’

Rażąco wygórowana kara w wysokości **0,5 i 1 % wynagrodzenia rocznego brutto** wykonawcy jest karą umowną nieadekwatną i wobec tego jako wykonawca wnoszę o modyfikację wzoru umowy z tym zakresie i modyfikację do 0,5% wynagrodzenia miesięcznego brutto oraz 1% wynagrodzenia miesięcznego brutto.

Odwołujący zastrzega sobie możliwość rozbudowania zaprezentowanej wyżej argumentacji w toku rozprawy.

Załączniki:

1. Odpis z CEIDG dotyczący Odwołującego;
2. Potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
3. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu