

Łódź, dnia 10 czerwca 2022 roku

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

Zamawiający: Uniwersyteckie Centrum Kliniczne im. prof. K. Gibińskiego
Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach
40-514 Katowice, ul. Ceglana 25
Tel.: +48 323581332
e-mail: kmadej@uck.katowice.pl
<https://www.uck.katowice.pl/>

Odwołujący: Kolumna Transportu Sanitarnego Triomed
spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Lublinie
ul. Północna 22a, 20-064 Lublin
KRS: 0000182633
Tel. +48 426405777
Fax: +48 422572816
E-mail: przetargi@rekeep.pl
reprezentowana przez pełnomocnika – Katarzynę Frankowską
adres do doręczeń – jak adres Odwołującego

Dotyczy: postępowania w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne pn: "Usługa transportu sanitarnego", ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 31 maja 2022 r. pod numerem 2022/S 104-291662, numer referencyjny: DZP.381.37A.2022.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego – Kolumna Transportu Sanitarnego Triomed spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 z późn. zm., dalej: Pzp):

I. Wnoszę odwołanie - na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia tj. zastrzeżenia rażąco wygórowanego limitu kar umownych w projektowanych postanowieniach umowy - załącznik nr 5 do SWZ.

II. Zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

- art. 436 pkt 3 i art. 16 pkt 1 Pzp oraz art. 353¹ kodeksu cywilnego i art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 483 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 484 § 2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp**, przez zastrzeżenie w § 5 ust. 2 załącznika nr 5 do SWZ – projektu umowy, maksymalnej wysokości kar umownych możliwych do nałożenia na wykonawcę przez Zamawiającego w wysokości 50% wynagrodzenia wykonawcy brutto, co jest wartością rażąco wygórowaną, świadczącą o naruszeniu przez Zamawiającego zasad

zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności, prowadzącą do ograniczenia kręgu wykonawców mogących się ubiegać o zamówienie, a co w efekcie świadczy o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy, co ma wpływ na wynik postępowania.

III. Wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

dokonania zmiany § 5 ust. 2 załącznika nr 5 do SWZ – wzoru umowy, poprzez wprowadzenie zapisu w brzmieniu:

" Łączna wysokość kar umownych, jakimi Zamawiający może obciążyć Wykonawcę na podstawie umowy nie może przekroczyć 10% wynagrodzenia brutto wskazanego w §4 ust.1 .".

Oświadczam, iż Odwołujący posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ nie upłynął jeszcze termin złożenia ofert, Odwołujący ma możliwość złożenia oferty i uzyskania zamówienia, wobec czego jest zainteresowany tym, aby postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy Pzp, jednakże zaskarżone postanowienie projektu umowy uniemożliwia mu złożenie ważnej i skutecznej oferty w postępowaniu, a tym samym ubieganie się o przedmiotowe zamówienie.

UZASADNIENIE

W dniu 31 maja 2022 roku Zamawiający wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne, publikując ogłoszenie o zamówieniu pn.: „Usługa transportu sanitarnego”, w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod pozycją nr 2022/S 104-291662, nr referencyjny: DZP.381.37A.2022.

W ocenie Odwołującego postanowienia projektu umowy naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający zawarł w § 5 ust. 2 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 5 do SWZ, następujące postanowienie:

" Łączna wysokość kar umownych, jakimi Zamawiający może obciążyć Wykonawcę na podstawie umowy nie może przekroczyć 50% wynagrodzenia brutto wskazanego w §4 ust.1 .".

W odniesieniu do w/w zapisu dot. łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, która wynosi 50% wartości umowy brutto, Odwołujący stwierdza, że kary umowne zostały ustalone na nadmiernie wygórowanym wysokim poziomie.

Podkreślić w tym miejscu należy, że choć komentowane projektowane postanowienie umowne wypełnia literalnie treść art. 436 pkt 3 Pzp, to zupełnie mija się z celem tego przepisu. Nałożenie na wykonawcę kar w łącznej wysokości 50% wynagrodzenia za wykonanie zamówienia prowadzi do utraty przez wykonawcę nie tylko całego zysku z wykonania zamówienia, ale też i

sporej części poniesionych przez niego kosztów z tytułu jego realizacji, co powoduje, że finalnie to wykonawca płaci Zamawiającemu za możliwość realizacji zamówienia. Prowadzi to do całkowitego wynaturzenia stosunku prawnego, co stoi w sprzeczności z art. 353¹ Kodeksu cywilnego (dalej jako „k.c.”) w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp. Celem zamówienia publicznego jest należyte wykonanie usługi przez Wykonawcę i uzyskanie zapłaty umówionego wynagrodzenia, a nie oferowanie Zamawiającemu darmowego świadczenia oderwanego od szkody poniesionej przez Zamawiającego. Tak wysoki limit kar umownych tj. 50% wartości brutto umowy, traci swój dyscyplinujący charakter i może stać się dodatkowym źródłem dochodu dla Zamawiającego.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający konstruując postanowienia dotyczące kar umownych wypaczył w istocie ich rzeczywisty cel jakim jest naprawienie szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, czym naruszył przepisy kodeksu cywilnego. Uprawnienie Zamawiającego do konstruowania postanowień umowy sprawie zamówienia publicznego nie może być nadużywane i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego poprzez ustalenie rażąco wygórowanych kar umownych.

Naliczenie kar umownych w wysokości 50% łącznego wynagrodzenia wykonawcy świadczy o rażącym jej wygórowaniu.

„Rażące wygórowanie” kary umownej jest pojęciem niedookreślonym. Wśród okoliczności rzutujących na możliwość miarkowania kary umownej jako rażąco wygórowanej wskazuje się na stopień winy dłużnika, jeśli na tej zasadzie oparta jest odpowiedzialność, brak szkody lub jej niewielki rozmiar, stosunek kary umownej do wartości spełnionego świadczenia, wartość robót ustalonych w umowie, w której kara została zastrzeżona, jak i przyczynienie się wierzyciela do szkody, zaś w przypadku kary umownej zastrzeżonej za opóźnienie przyczyny opóźnienia w zakończeniu prac (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2011 r. (IV CSK 401/10).

Kara umowna nie może prowadzić do bezpodstawnego wzbogacenia jednej ze stron kosztem drugiej. Kara umowna stanowi sankcję cywilnoprawną, której celem jest naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Winna ona wyłącznie kompensować negatywne konsekwencje prawne wynikające z uchybienia realizacji obowiązków umownych, natomiast nie może być postrzegana w kategoriach środka prawnego, chroniącego jedną ze stron ponad miarę.

Praca wykonana, jeśli nie była świadczeniem pod tytułem darmym, wymaga wynagrodzenia. Sankcja w postaci pozbawienia wykonawcy zapłaty wynagrodzenia poprzez nałożenie i potrącenie kary umownej nie może być aprobowana (por.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2014 roku, sygn. akt: IV CSK 416/13). Art. 7 pkt 32 Pzp definiuje zamówienie publiczne jako umowę odpłatną, więc nie może ta umowa przewidywać braku wynagrodzenia w wypadku wykonania znacznej części zamówienia. Po drugie, kara umowna powinna być stosowana jako substytut odszkodowania, a nie jako sposób na obniżenie wynagrodzenia wykonawcy.

Zamawiający, jako podmiot uprawniony, nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Określając treść umowy w sprawie zamówienia publicznego musi mieć na uwadze ograniczenia wynikające z art. 353¹ oraz art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego. Zamawiający, który kształtuje ramy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie może kreować zapisów umowy w sposób arbitralny i dowolny. Nie jest uprawnione obarczanie wykonawcy niewspółmiernie wysokim ryzykiem, jakie wiąże się z realizacją zamówienia wobec ryzyka, które obciąża zamawiającego.

Narzucenie tak skrajnie niekorzystnych warunków zamówienia przez Zamawiającego jest przejawem nadużycia przez niego pozycji gospodarza postępowania, co jest sprzeczne z dobrymi obyczajami obrotu gospodarczego. Ogranicza to krąg wykonawców, którzy mogą wziąć udział w postępowaniu. Jedynie bowiem podmiot gospodarczy o wyśrubowanych wynikach ekonomicznych i zabezpieczeniu finansowym może sobie pozwolić na realizację zamówienia ze stratą, byle tylko wykonać zamówienie i uzyskać z tego tytułu referencyjność, przydatną przy wykazywaniu doświadczenia w wykonaniu tego rodzaju zamówień przy ubieganiu się o kolejne zamówienia publiczne w tym sektorze. Jest to sprzeczne także z celami dyrektywy 2014/24/UE, która promuje udział małych i średnich przedsiębiorstw („MŚP”) w zamówieniach publicznych w ramach celów socjalnych dyrektywy. Ponadto, ustawodawca nakazuje Zamawiającym sprawdzenie m. in. czy oferta nie jest rażąco niska (art. 224 Pzp), gdyż jego intencją było wyeliminowanie istniejących w zamówieniach publicznych patologii polegających na uzyskiwaniu zamówień przez wykonawców po cenach dumpingowych jedynie w celu eliminacji konkurencji, z narażeniem interesu zamawiającego jako uzyskującego zamówienie o niskiej jakości podyktowanej nadmiernie niską ceną. Taki sam negatywny skutek zostanie osiągnięty w przypadku drastycznego obciążenia wynagrodzenia wykonawcy już po podpisaniu umowy.

Postanowienie projektu umowy o możliwości nałożenia kar umownych w łącznej wysokości 50% wartości przedmiotu umowy jest tym bardziej niezasadne, że w § 5 ust. 5 wzoru umowy, Zamawiający przewidział możliwość dochodzenia odszkodowania uzupełniającego, przewyższającego wysokość kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody. Tym samym, interesy Zamawiającego zostały zabezpieczone a ustalenie maksymalnej wysokości kary umownej na poziomie 50 % wartości umowy jest oczywiście wygórowane.

Odwołujący zauważa, iż ustalenie łącznego limitu kar umownych w wysokości 50% wynagrodzenia Wykonawcy traci przyznawany jej powszechnie w piśmiennictwie i orzecznictwie przymiot surogatu odszkodowania. Zatem, konieczne jest sformułowanie przez Zamawiającego treści przepisu art. 436 pkt 3 Pzp nie w sposób literalny, ale w sposób gwarantujący wykonawcom możliwość wykonania zamówienia odpłatnie, z poszanowaniem interesu Zamawiającego w zabezpieczeniu należytego wykonania zamówienia w drodze kar umownych.

Wobec powyższego wnoszę jak w petitum niniejszego odwołania.

Załączniki:

1. pełnomocnictwo
2. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
3. potwierdzenie przesłania odwołania Zamawiającemu.