

Wrocław, dnia 10.11.2021 r.

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

**Odwolujący:**

Impel S.A.  
ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław  
KRS: 0000004185  
NIP: 8990106769  
Numer telefonu: 727003567  
Adres poczty elektronicznej: k.stefanska@impel.pl  
Przedstawiciel (imię i nazwisko): Kamila Stefańska

**Zamawiający:**

Bydgoskie Centrum Sportu  
ul. Gdańska 163 , 85-674 Bydgoszcz  
Numer telefonu: +48 523762280  
Adres poczty elektronicznej: g.jankowski@bcsbydgoszcz.pl

**ODWOŁANIE**

Działając na podstawie przepisu art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r.- Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1129 ze zm.), dalej *Ustawa* lub *pzp*, składamy odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Kompleksowa usługa sprzątnia obiektów, budynków i posesji Bydgoskiego Centrum Sportu”.  
(znak postępowania: BCS/6/2021/U)

**I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):**

Nr ogłoszenia 2021/S 213-562180 z 3 listopada 2021 roku.  
„Kompleksowa usługa sprzątnia obiektów, budynków i posesji Bydgoskiego Centrum Sportu”.

**II. Wskazanie czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy oraz zwięzłe przytoczenie zarzutów:**

Odwolujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) **art. 16 Ustawy** poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ;
- 2) **art. 8, art. 99 art. 16 i 17 Ustawy, art. 431, art. 16 Ustawy** w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 483, art. 484 § 2 oraz art. 58 Kodeksu cywilnego poprzez:
  - a) określenie w treści § 6 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 projektu umowy uprawnienia Zamawiającego do kumulatywnego dochodzenia kar umownych

- 3) **art. 436 pkt 4, art. 431, art. 99 art. 16 i 17 Ustawy** w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez brak ustalenia w projekcie umowy postanowień o łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony;
- 4) **art. 433 pkt 4 Ustawy** poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego do projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowień abuzywnych ze względu na dopuszczenie do dowolnego kształtowania przez Zamawiającego wielkości zamówienia i zaniechanie ustalenia w treści SWZ minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.
- 5) **art. 455 ust. 1 pkt 1 Ustawy** poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego do projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowień, dopuszczających nieograniczoną wielkość zmiany oraz brak jednoznacznego opisu zakresu zmiany.

### **III. Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:**

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez Odwołującego postanowień SWZ w zakresie i brzmieniu zaproponowanym przez Odwołującego w odwołaniu.

### **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 ofert, zgodnych z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie. Realizacja zamówienia przy istnieniu kwestionowanych postanowień SWZ uniemożliwia Odwołującemu udział w postępowaniu, również dlatego, że wykonanie umowy na warunkach ustalonych w projekcie umowy, naraża Odwołującego na szkodę w postaci konieczności poniesienia nakładów na organizację usługi przy braku gwarancji jej wykonania co prowadzi do pozbawienia Odwołującego realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji niniejszego zamówienia.

### **V. Termin na złożenie odwołania:**

Stosownie do przepisu art. 515 ust. 1 pkt. 1) Ustawy, odwołanie wobec czynności Zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia, wnosi się w terminie 10 dni od przekazania informacji o czynności zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej,

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

Zamawiający w dniu 3 listopada 2021 roku opublikował oraz przekazał SWZ, co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Kompleksowa usługa sprzątnia obiektów, budynków i posesji Bydgoskiego Centrum Sportu”.

W dniu 3 listopada 2021 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz SWZ, dotyczące przedmiotowego zamówienia.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.).

### **Ad. Zarzut 2), 3)**

W § 6 Projektu umowy Zamawiający wymienił przesłanki skutkujące naliczeniem kar umownych.

Zgodnie z art. 436 pkt 3 pzp umowa winna zawierać łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony.

Odwołujący podnosi, iż ww. wymóg ustawy nie został przez Zamawiającego spełniony i umowa w swej treści nie zawiera stosownych zapisów.

Zamawiający wprawdzie ustalił limit kar umownych, jednak wyłącznie dla nienależycie wykonanych zakwestionowanych przez Zamawiającego prac na rażąco wysokim poziomie tj. 60% miesięcznego wynagrodzenia wykonawcy.

Przepis wyraźnie stanowi, iż obowiązkiem Zamawiającego jest ustalenie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, a nie cząstkowego limitu, co uczynił zamawiający.

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.

Odwołujący podnosi ponadto, że ww. opis sposobu 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.

Podkreślenia wymaga fakt, iż nałożenie kar umownych winno uwzględniać następujące etapy:

- zgłoszenie Wykonawcy zastrzeżeń przez Zamawiającego winno następować w ramach postępowania reklamacyjnego niezwłocznie od momentu stwierdzenia przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania umowy,
- brak niezwłocznego usunięcia przez Wykonawcę stwierdzonych przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania umowy winien być stwierdzany w formie protokołu reklamacyjnego przez komisję z udziałem przedstawicieli Zamawiającego Wykonawcy niezwłocznie od momentu stwierdzenia zastrzeżeń, w którym zostanie określony precyzyjnie zakres naruszenia oraz wnioski pokontrolne,
- dopiero po spełnieniu powyższego winno aktualizować się uprawnienie Zamawiającego do nałożenia kary umownej.

Postanowienie par. 6 ust. 1 pkt c) projektu umowy umożliwia Zamawiającemu naliczenie rażąco wysokiej kary umownej, za każde nienależyte wykonanie usług zakwestionowanych przez Zamawiającego.

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 wygórowana 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 kilkukrotnie 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.

Nieustanowienie maksymalnego limitu kar umownych Prezes UZP uznaje za jeden z przejawów kreowania kar umownych na rażąco wygórowanym poziomie. Wskazany organ podnosi, że „*brak górnej granicy kar umownych, (...) może powodować – szczególnie w połączeniu z zastosowaniem odpowiedzialności oderwanej od winy wykonawcy – bardzo dotkliwe skutki dla wykonawców, np. w przypadku przedłużającej się niemożności dostawy wskutek awarii linii produkcyjnej*”.

Zamawiający, jako podmiot uprawniony do właściwie jednostronnego określenia treści umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Określając treść umowy w sprawie zamówienia publicznego musi jednak mieć na uwadze ograniczenia wynikające z art. 353<sup>1</sup> k.c. oraz art. 5 k.c., Zgodnie, z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego.

Odwołujący podkreśla, iż nowelizacja ustawy miała na celu wyeliminowanie zapisów prowadzących do stosowania kar rażąco wygórowanych. Zachwiana zostaje wtedy relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania a wysokością kary umownej w wykonaniu przedmiotu umowy, z jak i wtedy, gdy zachwiany zostaje 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.

#### **ŻADANIE:**

- 1) ustalenie maksymalnej wysokości kar umownych poprzez dodanie w załączniku nr 7 do SWZ „Projekt umowy” w § 6 postanowienia o treści: „*łączna wysokość należności, jakie Wykonawca będzie zobowiązany zapłacić Zamawiającemu z tytułu kar umownych, o których mowa w ust. § 6 Projektu umowy nie może przekroczyć 20% wynagrodzenia brutto wskazanego w § 4 ust. 1 Projektu Umowy. Naliczenie kar umownych nastąpi po uprzednim pisemnym zgłoszeniu Wykonawcy zastrzeżeń w ramach postępowania reklamacyjnego niezwłocznie od momentu stwierdzenia przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Brak niezwłocznego usunięcia przez Wykonawcę stwierdzonych przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania umowy winien być stwierdzony w formie protokołu reklamacyjnego przez komisję z udziałem przedstawicieli Zamawiającego. Niezwłocznie od momentu stwierdzenia zastrzeżeń, określony zostanie zakres naruszenia oraz wnioski pokontrolne. Po spełnieniu powyższego Zamawiającego uprawniony będzie do nałożenia kary umownej*”.
- 2) usunięcie postanowienia § 6 ust. 3 projektu umowy;
- 3) zmianę postanowień § 6 ust. 1 pkt c poprzez obniżenie wysokości kar o 50%.

#### **Ad. Zarzut 1), 3) , 4)**

Zgodnie z art. 433 pkt 4 Pzp, projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Zapisy projektu umowy brzmią następująco:

### **§ 7 ust. 2**

*Zamawiający dopuszcza zmiany zakresu umowy w przypadku zmian organizacji wykonania usług z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego w szczególności spowodowanych pracami remontowymi, modernizacją, przebudową.*

### **§ 8 ust. 1**

*Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmiany wielkości zamówienia, w zależności od bieżących potrzeb. Wykonawca w takiej sytuacji nie ma prawa roszczeń wobec Zamawiającego.*

Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą określeń nieprecyzyjnych i ogólnych, tj. w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję. Działanie Zamawiającego prowadzi do sytuacji, w której to Zamawiający będzie miał możliwość dowolnego interpretowania i stosowania mechanizmu obniżenia wielkości zamawianej usługi (wpływającego na zmianę wynagrodzenia będącego istotną, w rozumieniu art. 454 ust. 2 ustawy pzp, zmianą postanowień zawartej umowy), co narusza zasadę swobody umów, wyrażoną w art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego. W konsekwencji powyższego, Zamawiający pozbawia Wykonawców możliwości dokonania rzetelnej oceny ryzyka zmiany wysokości wynagrodzenia na skutek stosowania obniżenia, która to ocena powinna być dokonywana w oparciu o jednoznaczne i jednolicie interpretowane przez wszystkich Wykonawców kryteria. Prowadzi to z kolei do niemożliwości przyjęcia przez wszystkich Wykonawców tych samych założeń przy budowie swoich ofert, a tym samym - obliczenia ich ceny, która stanowi istotne kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu. Czynności Zamawiającego, jako sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, są w konsekwencji nieważne z mocy art. 58 § 1 kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 454 ustawy Pzp, istotna zmiana umowy wymaga przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podkreśla, iż efektem postępowania prowadzonego na podstawie tak skonstruowanych zapisów SWZ, ma być zawarcie umowy z wykonawcą. Umowa ta jest umową wzajemną, jej postanowienia nie mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub przyznawać tylko jednej stronie przywilejów. Istnienie kwestionowanego zapisu w SWZ powoduje to, że tylko Zamawiający jest stroną uprzywilejowaną w umowie, gdyż może jednostronnie (bez jakiegokolwiek ochrony interesu Wykonawcy) zmieniać ilość i wartość świadczeń wykonawcy. Wykonawca na etapie składania oferty nie ma żadnej wiedzy, co będzie wpływać na decyzję Zamawiającego o zmianie wielkości zamówienia. Zamawiający winien precyzyjnie podać, w jakich przypadkach i z czym związanych, będzie możliwa zmiana umowy w zakresie wielkości ochraniających powierzchni i jednocześnie (równie precyzyjnie) określić warunki i termin dokonania takiej zmiany. Przy obecnym brzemieniu zapisów SWZ, wykonawca nie jest w stanie racjonalnie oszacować ryzyka związanego z potencjalnym zmniejszeniem wielkości zamówienia i nie ma szans uwzględnić tego ryzyka w oferowanej cenie.

Odwołujący podnosi, że powyższe postanowienia SWZ wprost naruszają dyspozycję wskazanego artykułu ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie określił minimalnego zakresu zamówienia, jednocześnie zastrzegając dla siebie w ww. postanowieniach SWZ możliwość dowolnych ograniczeń wielkościowych, co stanowi przejaw praktyki, która miała miejsce przed 1 stycznia 2021r; a wyeliminowanie której stało się ratio legis art. 433 nowej, obecnie obowiązującej, ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga, że zastrzeżenie dowolnego ograniczenia wielkości zamówienia jest również niezgodne z art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień. Zamawiający przyznał sobie bowiem w SWZ prawo do każdej, w tym także istotnej zmiany umowy. Odwołujący podkreśla, że zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt 1 pzp – zmiana umowy jest dopuszczalna, o ile *została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych*

postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian. Skuteczny i zgodny z prawem opis klauzuli dot. zmiany, w tym ograniczenia zakresu rzeczowego umowy, wymaga więc „jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres”. Umowa i SWZ niniejszego postępowania, dopuszcza dowolne ograniczenie zamówienia. Tym samym zastrzeżenie to narusza art. 455 ust. 1 pkt 1 pzp, gdyż nie spełnia wymogu, co do jednoznacznego opisu zakresu zmiany. Dopuszczalna wielkość zmiany jest nieograniczona, co narusza wymogi co do ww. klauzuli, a nadto stanowi przejaw nadużycia prawa podmiotowego (prawa do kształtowania postanowień umownych) przysługujących zamawiającemu. Przedstawione stanowisko jest zgodne z opinią UZP, w myśl której zbyt ogólne sformułowanie zakresu i warunków zmian w postanowieniach umownych wyklucza możliwość skorzystania przez strony umowy z normy zawartej w treści art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Prawo do dokonania modyfikacji w świetle powyższego przepisu przysługuje jedynie w przypadku precyzyjnego opisu okoliczności uzasadniających zmianę umowy oraz dokładnego określenia modyfikacji, które nastąpią w przypadku wystąpienia wskazanych okoliczności. Tytułem przykładu należy wskazać, iż klauzula umowna dopuszczająca zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych w zakresie wynagrodzenia czy terminu realizacji zamówienia z uwagi na duże opady atmosferyczne, nie spełnia wymagań określonych w przepisie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Chcąc skorzystać z możliwości zmiany umowy w oparciu o wskazaną podstawę prawną, zamawiający powinien we wzorze umowy sprecyzować dokładnie, o jakie opady atmosferyczne chodzi, tj. deszczu, śniegu, gradu, w jakich wielkościach (np. milimetry, centymetry słupa wody), przez jaki okres powinny występować (np. ilość dni) czy też poprzez dokładne określenie ich skutków. Umowa powinna precyzyjnie określać konsekwencje wskazanych wydarzeń, np. zmianę terminu realizacji (w dniach, tygodniach, miesiącach), modyfikację dotychczasowego harmonogramu prac (np. przestawienie kolejności poszczególnych robót), zmianę wynagrodzenia (wysokości czy sposobu dokonywania płatności). (opinia UZP: Jak Należy formułować klauzule umowne w oparciu o art 144 ust. 1 ustawy Pzp).

Odwołujący wskazuje, że brak wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, wpływa na decyzję wykonawców o udziale w postępowaniu. Krąg wykonawców zainteresowanych małym - niewielkim wolumenem/ zamówieniem, jest inny, niż dużym.

Odwołujący wnosi zatem o zmianę postanowień projektów umów i wskazanie przez Zamawiającego realnej, minimalnej wartości zamówienia, np. gwarantując 90 % wartości zamówienia.

### **ŻADANIE:**

Odwołujący wnosi o:

- 1) określenie minimalnego zakresu zamówienia i dodanie w „projekcie umowy” postanowienia o treści: „Zmiany zakresu usług i wynagrodzenia wskazanego w § 4 ust. 1 w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w § 7 ust. 2 oraz § 8 ust.1, nie mogą w czasie trwania umowy, wynosić więcej niż 10 % wartości zamówienia”

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.