WYROK

z dnia 5 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie **4 listopada 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **7 października 2020 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Izan+ sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usług kompleksowego utrzymania czystości w Szpitalu, pozostałe usługi w zakresie opieki zdrowotnej gdzie indziej niesklasyfikowane, transport wewnętrzny oraz usługi dodatkowe* (nr postępowania MSS-TZP-ZPP-26-33-20)

prowadzonym przez zamawiającego: **Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr Józefa Psarskiego w Ostrołęce**

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów i żądań uwzględnionych przez Zamawiającego lub wycofanych przez Odwołującego.

2. Uwzględnia odwołanie w ten sposób, że nakazuje Zamawiającemu wprowadzenie do projektu umowy (załącznika nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) w brzmieniu nadanym 7 października 2020 r. zmian polegających na:

1) określeniu dla kar umownych, o których mowa w § 9 ust. 14 pkt 3), końcowego terminu ich naliczania lub maksymalnej ich kwoty;

2) określeniu dla kary umownej, o której mowa w § 9 ust. 14 pkt 11), na czym polega i kogo obciąża obowiązek przeszkolenia i zapoznania pracownika wykonawcy ze specyfiką danego oddziału, wobec usunięcia dotychczasowej treści § 3 ust. 5;

3) określeniu dla kary umownej, o której mowa w § 9 ust. 14 pkt 12), na czym polega i kogo obciąża obowiązek przeszkolenia pracownika wykonawcy z zakresu profilaktyki zakażeń szpitalnych, wobec usunięcia dotychczasowej treści § 3 ust. 6 i 7;

4) usunięciu § 9 ust. 3 (§ 9 ust. 4 w poprzednim brzmieniu).

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) odpowiadającą kosztom postępowania odwoławczego poniesionym przez Odwołującego z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Ostrołęce**.

U z a s a d n i e n i e

Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr Józefa Psarskiego w Ostrołęce{dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „pzp”, „Pzp} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Świadczenie usług kompleksowego utrzymania czystości w Szpitalu, pozostałe usługi w zakresie opieki zdrowotnej gdzie indziej niesklasyfikowane, transport wewnętrzny oraz usługi dodatkowe* (nr postępowania MSS-TZP-ZPP-26-33-20).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 18 września 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_182 pod poz. 438721.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

7 października 2020 r. Izan+ sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie {dalej: „Odwołujący”} wniósł w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”} w zakresie załącznika nr 8 obejmującego projekt umowy, opublikowanego 28 września 2020 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp (jeżeli poniżej nie wskazano innych aktów prawnych) {lista zarzutów}:

I. Art. 353^1 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”} oraz art. 483 § 1 kc w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz z art. 139 ust. 1 – przez zastrzeżenie w projekcie umowy (załącznik nr 8 do SIWZ) kar umownych za nieweryfikowalne uchybienia, kar umownych bez górnego limitu oraz kumulatywnej kary umownej z tytułu tego samego uchybienia, a także kar umownych należnych za nienależyte wykonanie umowy na skutek uchybień Zamawiającego oraz abstrahujących od treści umowy i od winy wykonawcy w stosunku do danego uchybienia.

II. Art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 oraz art. 8 ust. 1 – przez zaniechanie dokonania pełnego opisu przedmiotu i podania wszystkich istotnych dla stron postanowień przyszłej umowy, z naruszeniem zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, polegające na odesłaniu w § 6 ust. 2 projektu umowy do regulaminu, który strony ustalą po zawarciu umowy bądź jednostronnie Zamawiający, a którego treścią ma być zakres i sposób oceny jakości wykonywania usług.

III. Art. 142 ust. 5 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez ograniczenie w § 8 ust. 8 projektu umowy zmiany wynagrodzenia należnego

wykonawcy w przypadkach przewidzianych w ustawie, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian w załączniku nr 8 do SIWZ – projekcie umowy {lista żądań}:

I. W zakresie zarzutów z pkt I-II powyżej:

1)w § 6 ust. 2: a) nadania zdaniu trzeciemu brzmienia: *Wyszczególnienie elementów usługi podlegających ocenie oraz zasady ich oceny określi regulamin stanowiący załącznik nr I do niniejszej umowy*; b) udostępnienia wykonawcom gotowej treści regulaminu, o którym mowa w lit. a); c) zawarcia w regulaminie, o którym mowa w lit. a), co najmniej postanowienia, zgodnie z którym kontrola jakości usług świadczonych przez wykonawcę będzie przeprowadzana w obecności przedstawiciela wykonawcy, z prawem zgłaszania przez przedstawiciela wykonawcy uwag co do sposobu przeprowadzania kontroli ustnie i pisemnie do protokołu kontroli; d) wykreślenia zdania ostatniego – ewentualnie wykreślenia § 2 ust. 11, § 6 ust. 2 i § 9 ust. 1 -2;

2)nadania § 9 ust. 1 pkt 1) brzmienia: *jeżeli, w wyniku oceny, o której mowa w § 6 ust. 2, co najmniej jeden element wykonanej usług w danym miesiącu został oceniony jako niedostateczny - wysokości 1,5 % wynagrodzenia miesięcznego (brutto) należnego za miesiąc, za który była dokonywana ocena*;

3)nadania § 9 ust. 1 pkt 2) brzmienia: *jeżeli, w wyniku oceny, o której mowa w § 6 ust. 2, co najmniej jeden element wykonanej usług w danym miesiącu został dwukrotnie oceniony jako niedostateczny – wysokości 3 % wynagrodzenia miesięcznego (brutto) należnego za miesiąc, za który była dokonywana ocena*;

4)nadania § 9 ust. 1 pkt 3) brzmienia: *jeżeli, w wyniku oceny, o której mowa w § 6 ust. 2, określony element wykonanej usługi w danym miesiącu został, co najmniej czterokrotnie oceniony jako niedostateczny – w wysokości 9 % wynagrodzenia miesięcznego (brutto) należnego za miesiąc, za który była dokonywana ocena*;

5)wykreślenia § 9 ust. 4;

6)dodania do § 9 ust. 1a w brzmieniu: *Górny limit kar umownych, o których mowa w ust. 1 pkt 1-4), wynosi 25 000 zł*;

7)nadania § 9 ust. 2 brzmienia: *Kary wymienione w ustępie poprzednim podlegają sumowaniu, z tym że w wypadku, gdy jedno uchybienie Wykonawcy spełnia przesłanki więcej niż jednej z podstaw do nałożenia kary umownej wymienionych w ustępie poprzednim, Zamawiający według swojego wyboru nakłada karę umowną za to uchybienie tylko na jednej podstawie wymienionej w ustępie poprzednim*;

8)dodania do § 9 ust. 2a w brzmieniu: *Zamawiający odstąpi od nałożenia kary umownej określonej w ust. 1 pkt 1-4 w wypadku niezwłocznego usunięcia przez Wykonawcę uchybienia, które było podstawą przyznania oceny niedostatecznej za to uchybienie*;

9)nadania § 9 ust. 14 pkt 3) brzmienia: *W przypadku nie zgłoszenia się pracownika Wykonawcy w wyznaczonym czasie do wzywającej komórki organizacyjnej (dotyczy pozostałych usług w zakresie opieki zdrowotnej gdzie indziej nie sklasyfikowane i transportu pacjentów na badania do i z pracowni/zakładów diagnostycznych/Bloku Operacyjnego) - w wysokości 200 zł za każdy przypadek niezgłoszenia się w terminie od wezwania, a także za każde kolejne, rozpoczęte 5 minut liczone od momentu wezwania do momentu przybycia pracownika, z zastrzeżeniem zdania kolejnego. Personel Wykonawcy zobowiązany jest zgłosić się na wezwanie natychmiast w czasie nie dłuższym niż 10 min. w godz. 7:00-19:00, wobec czego kara umowna w tym przypadku nie może prze byczyć 400 zł: serwis nocny w godz. 19:00-7:00 zobowiązany jest zgłosić się na wezwanie natychmiast w czasie nie dłuższym niż 15 min. od momentu zgłoszenia wobec czego kara umowna w tym przypadku nie może przekroczyć 600 zł a w przypadku wezwania do Ośrodka Terapii Uzależnienia od Alkoholu personel Wykonawcy zobowiązany jest stawić się w czasie nie przekraczającym 60 minut od momentu zgłoszenia wobec czego kara umowna w tym przypadku nie może przekroczyć 2400 zł*;

10)wykreślenia § 9 ust. 14 pkt 11);

11) nadania § 9 ust. 14 pkt 12) brzmienia: *W przypadku braku przeprowadzenia w danym roku kalendarzowym szkoleń pracowników z zakresu profilaktyki zakażeń szpitalnych w ilości szkoleń wskazanej w planie, o którym mowa w § 3 ust. 7 niniejszej umowy dotyczącym tezo roku kalendarzowego Wykonawca zapłaci karę w wysokości 1500 zł za każde nie przeprowadzone szkolenie.*

II. W zakresie zarzutu nr III– nadania § 8 ust. 8 brzmienia: *Ceny jednostkowe netto, o których mowa w Załączniku nr 3 do SIWZ i umowy Formularz cenowy, muszą być zgodne z ofertą Wykonawcy i w okresie obowiązywania umowy nie mogą ulec zmianie, za wyjątkiem przypadków określonych w § 20.*

W uzasadnieniu odwołania sprecyzowano w ramach pkt I listy zarzutów poniżej wyszczególnione zarzuty przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych {pominięto zarzuty, które zostały następnie uwzględnione przez Zamawiającego lub wycofane przez Odwołującego}

{zarzut nr 1}

W odwołaniu podano następujące brzmienie § 9 ust. 14 pkt 3) projektu umowy:

W przypadku nie zgłoszenia się pracownika Wykonawcy w wyznaczonym czasie do wzywającej komórki organizacyjnej (dotyczy pozostałych usług w zakresie opieki zdrowotnej gdzie indziej nie sklasyfikowane i transportu pacjentów na badania do i z pracowni/ zakładów diagnostycznych/ Bloku Operacyjnego) – w wysokości 200 zł za każdy przypadek niezgłoszenia się w terminie od wezwania, a także za każde kolejne, rozpoczęte 5 minut liczone od momentu wezwania do momentu przybycia pracownika.

Personel Wykonawcy zobowiązany jest zgłosić się na wezwanie natychmiast w czasie nie dłuższym niż 10 min. w godz. 700-19 00; serwis nocny w godz. 1900-7 00 zobowiązany jest zgłosić się na wezwanie natychmiast w czasie nie dłuższym niż – 15 min. od momentu zgłoszenia a w przypadku wezwania do Ośrodka Terapii Uzależnienia od Alkoholu personel Wykonawcy zobowiązany jest stawić się w czasie nie przekraczającym 60 minut od momentu zgłoszenia.

Zdaniem Odwołującego powyższe kary umowne są niedopuszczalne, gdyż naliczane są za każdy dzień opóźnienia a jednocześnie nie określają górnego limitu ich naliczania. Może się zatem zdarzyć, że Zamawiający będzie w nieskończoność oczekiwał wykonania powyższych obowiązków i codziennie aktualizował wysokość naliczonej kary umownej z tego tytułu, nawet jeśli umowa została już dawno rozwiązana, wykonawca ogłosił upadłość, utracił uprawnienia do wykonania tych obowiązków itp. Zgodnie zaś z wyrokiem Sądu Najwyższego z 22 października 2015 r. sygn. akt IV CSK 687/14:*Nie określenie w umowie końcowego terminu naliczania kar umownych ani ich kwoty maksymalnej, prowadzi do obciążenia zobowiązanego tym świadczeniem w nieokreślonym czasie, a więc w istocie tworzy zobowiązanie wieczne, niekończące się. Takie ukształtowanie zobowiązania zapłaty kary umownej, nie spełnia należącego do jego istoty wynikającego z art. 483 § 1 k.c. wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego. Wymóg ten jest spełniony, gdy strony z góry*

określają wysokość kary umownej, albo gdy w treści umowy wskazują podstawy do definitywnego określenia jej wysokości.

W konsekwencji według Odwołującego konieczne jest ustanowienie górnego limitu tych kar umownych.

{zarzut nr 2}

W odwołaniu podano następujące brzmienie § 9 ust. 14 pkt 11) projektu umowy:

Wykonawca zapłaci Zamawiającemu następujące kary umowne:(…) *11) W przypadku dopuszczenia do pracy pracownika nie przeszkolonego i nie zapoznanego ze specyfiką danego oddziału Wykonawca zapłaci karę w wysokości 1500 wartości miesięcznego wynagrodzenia brutto ustalonego za miesiąc, w którym nastąpiło naruszenie.*

W odwołaniu podano również następujące brzmienie § 3 ust. 5 projektu umowy:

Personel Wykonawcy, uczestniczący w wykonywaniu usługi na terenie budynków Zamawiającego, zobligowany będzie do odbycia szkolenia organizowanego przez Zamawiającego w zakresie świadczonych usług, bhp i ppoż, ochrony danych osobowych i zarządzania jakością. Pracownicy Wykonawcy zostaną przeszkoleni przez Zamawiającego w zakresie przepisów wewnętrznych dotyczących bezpieczeństwa informacji obowiązujących u Zamawiającego. Po zakończeniu szkolenia Pracownicy Wykonawcy złożą oświadczenia i otrzymają upoważnienia do przebywania w strefach przetwarzania danych osobowych. Szkolenie zostanie przeprowadzone bezpłatnie, jednakże Wykonawca poniesie koszt wynajęcia sali konferencyjnej znajdującej się w siedzibie Zamawiającego w wysokości 553.50 zł brutto za dzień szkolenia.

Odwołujący zarzucił, że kara umowna określona w § 9 ust. 14 pkt 11) projektu umowy narusza przepisy pzp, gdyż nie koresponduje z § 3 ust. 5 projektu umowy, z którego wynika, że to Zamawiający przeprowadza szkolenie dla pracowników wykonawcy. Stąd wykonawca realizujący usługę nie może ponosić odpowiedzialności w wypadku, gdy potrzebuje zatrudnić nowe osoby do jej realizacji, a Zamawiający zwleka z ich przeszkoleniem.

Odwołujący wywiódł, że według art. 483 kc kara umowna należna jest w wypadku nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego, przy czym przesłanką uznania, że wykonawca dopuścił się nienależytego wykonania zobowiązania, jest jego wina (art. 471 kc). Kara umowna nie może zostać w sposób zasadny nałożona na wykonawcę, który był gotów do spełnienia świadczenia, a doznał przeszkody z powodu braku współpracy Zamawiającego (art. 354 § 2 kc). Jeżeli zaś wykonawca kieruje do wykonania usługi pracowników nieprzeszkolonych z winy Zamawiającego, nakładanie na wykonawcę z tego tytułu kary umownej byłoby wypadkiem nałożenia kary umownej za okoliczności, których powstanie nie nastąpiło z winy wykonawcy. Ewentualnie, których powstanie jest wynikiem postawienia wykonawcy przed wyborem, czy woli on nie wykonać należycie usługi i nie być obciążonym kwestionowaną karą umowną, czy też woli on wykonać usługę należycie i zostać obciążonym tą karą umowną.

Odwołujący zarzucił, że tak zastrzeżona kara umowna jest również niezgodna z zasadami współżycia społecznego, gdyż może ona prowokować wykonawcę do naruszania postanowień umowy w sprawie tego zamówienia publicznego.

{zarzut nr 3}

W odwołaniu podano następujące brzmienie § 9 ust. 14 pkt 12) projektu umowy:

Wykonawca zapłaci Zamawiającemu następujące kary umowne:(…) *12) W przypadku braku przeprowadzonego szkolenia pracowników z zakresu profilaktyki zakażeń szpitalnych w wyznaczonych przez Zamawiającego terminach Wykonawca zapłaci karę w wysokości 1500 zł za każde nie przeprowadzone szkolenie.*

W odwołaniu podano również następujące brzmienie § 3 ust. 6 i 7 projektu umowy:

6. Wykonawca zapewni zatrudnionym pracownikom szkolenia z zakresu: 1) stosowanych środków myjących i dezynfekujących oraz stosowanych technologii sprzątania, 2) profilaktyki zakażeń szpitalnych, 3) zasad higieny szpitalnej.

7. Plan min. 6 szkoleń w roku, powinien być przedstawiony pracownikowi wyznaczonemu przez szpital miesiąc przed rozpoczęciem roku kalendarzowego. Plan szkoleń na rok bieżący zostanie przedstawiony w ciągu miesiąca od podpisania umowy.

Odwołujący zarzucił, że kara umowna określona w § 9 ust. 14 pkt 11) projektu umowy narusza przepisy pzp, gdyż nie koresponduje z § 3 ust. 6 i 7 projektu umowy, gdyż w żadnym z powyższych postanowień umownych nie ma zastrzeżenia, że Zamawiający ma jakiekolwiek prawo wyznaczać wykonawcy terminy przeprowadzenia szkoleń w zakresie profilaktyki zakażeń szpitalnych. Natomiast powyższe postanowienia nie stawiają wykonawcy innych ram czasowych wykonania tego obowiązku aniżeli rok kalendarzowy. Jeśli przyjąć interpretację, że § 9 ust. 14 pkt 12) daje Zamawiającemu uprawnienie do wyznaczania wykonawcy w sposób wiążący konkretnego terminu do przeprowadzenia szkolenia z zakresu profilaktyki zakażeń szpitalnych, § 3 ust. 7 traci sens.

Według Odwołującego taka interpretacja jest również nie do przyjęcia w świetle art. 483 kc, gdyż kara umowna miałaby zostać nałożona za niesprostanie terminowi, przy braku jakiegokolwiek dookreślenia co do ewentualnej długości wyznaczonego terminu, czy ma on zostać wyznaczony z odpowiednim wyprzedzeniem, być konsultowany z wykonawcą itp. Z kolei trudno sobie wyobrazić, by wykonawca był w stanie z dnia na dzień zorganizować takie szkolenie, w dodatku w terminie ściśle wyznaczonym przez Zamawiającego, gdyż może się to okazać niemożliwe z przyczyn zupełnie niezależnych od wykonawcy. To zaś powodowałoby w konsekwencji nałożenie kary umownej w oderwaniu od winy wykonawcy i w istocie w wyniku okoliczności, które zostały wywołane przez Zamawiającego.

Odwołujący podsumował, że kwestionowane postanowienie w obecnym kształcie nie może się ostać, gdyż ewentualnie powinno zostać przeformułowane w sposób, który wiązałby tę karę umowną z winą wykonawcy, a tej można dopatrywać wyłącznie wówczas, gdyby wykonawca nie przeprowadził szkoleń w takiej ilości, jaką zadeklarował w przedstawionym Zamawiającemu planie szkoleń.

{zarzut nr 4}

W odwołaniu podano następujące brzmienie § 9 ust. 4 projektu umowy:

Niezależnie od przypadków określonych w ustępach poprzednich Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kary umownej w przypadku wypowiedzenia umowy z naruszeniem § 14 ust. 3 umowy – w wysokości uzyskanego przez Wykonawcę wynagrodzenia (brutto) za 3 miesiące wstecz licząc od miesiąca poprzedzającego miesiąc złożenia wypowiedzenia przez Wykonawcę, jeżeli Wykonawca wypowiedział umowę co prawda z ważnego powodu, ale z powodu, który nie dotyczy Zamawiającego. Jeżeli wypowiedzenie następuje przed upływem 3 miesięcy od rozpoczęcia wykonywania umowy, kara umowna należy się w wysokości wynagrodzenia (brutto) za 3 miesiące, ustalonego na podstawie złożonej przez Wykonawcę oferty.

Odwołujący zarzucił, że tak ukształtowana kara również narusza przepisy ustawy pzp, gdyż zgodnie z art. 746 § 2 kc przyjmujący zlecenie może je wypowiedzieć w każdym czasie, jednakże gdy zlecenie jest odpłatne, a wypowiedzenie nastąpiło bez ważnego powodu, przyjmujący zlecenie jest odpowiedzialny za szkodę. Art. 746 § 3 kc wskazuje zaś, że nie można zrzec się z góry uprawnienia do wypowiedzenia zlecenia z ważnych powodów. Na mocy

art. 750 kc przepisy te stosuje się także do umowy służącej realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, gdyż polega na świadczeniu usług.

Według Odwołującego już z samego brzmienia powyższych przepisów widać, że powyższa kara umowna została zastrzeżona całkowicie wbrew ich założeniom. Po pierwsze, Zamawiający mógłby zastrzec karę umowną jedynie w przeciwnym wypadku, gdyby wypowiedzenie umowy przez wykonawcę nastąpiło bez ważnego powodu, gdyż tylko wtedy Zamawiającemu należne byłoby odszkodowanie. Kara umowna, o której mowa w art. 483 kc jest zaś należna wyłącznie jako substytut odszkodowania należnego na podstawie art. 471 kc. Jakkolwiek nie jest wymagane wykazanie szkody celem nałożenia kary umownej, ważne jest, aby kara umowna była nałożona za dane uchybienie, dany przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Skoro zaś art. 746 § 2 kc pozwala wykonawcy usług zawsze wypowiedzieć umowę z ważnych powodów, Zamawiający nie może nakładać z tego tytułu kary umownej, że wykonawca z tego prawa korzysta. Kara umowna zastrzeżona przez Zamawiającego abstrahuje zarówno od niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, jak i od winy wykonawcy, które to czynniki są przesłankami nałożenia kary umownej.

Po drugie, Zamawiający nie ma prawa wyłączyć prawa wykonawcy usług do wypowiedzenia umowy z ważnych powodów, co wynika wprost z art. 746 § 3 kc. Powyższe znajduje potwierdzenie w judykaturze {cytaty za odwołaniem}:

- wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 24 września 2019 r. sygn. akt I ACa 558/18:*przepis ma charakter dyspozytywny – strony mogą samodzielnie określić w umowie przesłanki oraz termin wypowiedzenia umowy (wyrok SN z dnia 11 września 2002 r., V CKN 1152/00, LEX nr 56060; wyrok SA w Krakowie z dnia 31 maja 2016 r., I ACa 235/16, LEX nr 2061973; wyrok SA w Warszawie z dnia 25 marca 2010 r., I ACa 4/10, LEX nr 1120129), z zastrzeżeniem, że nie może to prowadzić do zrzeczenia się uprawnienia do wypowiedzenia stosunku zlecenia z ważnych powodów (art. 746 § 3; zob. uwagi 9-10)*.
- wyrok Sądu Rejonowego w Dzierżoniowie z 6 października 2016 r. sygn. akt I C 879/16:*Zdaniem Sądu omawiane regulacje umowne są dopuszczalne w zakresie w jakim nie obejmują wypowiedzenia umowy z ważnych przyczyn, jak bowiem zostało wyrażone wyżej, umowa nie może pozbawić lub choćby ograniczyć strony prawa do wypowiedzenia umowy z tego powodu. Wynika to z art. art. 746 § 3 k.c., który jest przepisem bezwzględnie obowiązującym. Mając powyższe na uwadze należy uznać, że § 8 ust. 1 przedmiotowej umowy jest w świetle art. 58 § 1 k.c. nieważny jako sprzeczny z ustawą w zakresie w jakim przewiduje karę umowną, która bezsprzecznie ogranicza możliwość korzystania przez stronę z uprawnienia wypowiedzenia umowy z ważnych przyczyn.*

W odpowiedzi na odwołanie z 21 października 2020 r. Zamawiający oświadczył, że wnosi o oddalenie odwołania.

Zamawiający podał, że ponieważ SIWZ została przez niego zamieszczona na jego stronie internetowej 18 września 2020 r., na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy pzp do 2 października 2020 r. upływał termin obowiązkowego udzielenia odpowiedzi na wniesione wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ. 6 października 2020 r. odbyło się posiedzenie komisji przetargowej powołanej zarządzeniem Dyrektora Mazowieckiego Szpitala Specjalistycznego im. dr. Józefa Psarskiego w Ostrołęce nr 194/2020 z 10 września 2020 r., na którym analizowano szczegółowo załącznik nr 8 do SIWZ, czyli projekt umowy. W rezultacie prac komisji przetargowej usunięto i zmodyfikowano punkty lub paragrafy umowy, których dotyczy odwołanie złożone 7 października 2020 r. o godz. 15.44.

Zamawiający podniósł, że przez wniesienie tego odwołania, bez zwrócenia się uprzednio o udzielenie odpowiedzi w zakresie kwestii objętych zarzutami, Odwołujący uniemożliwił Zamawiającemu udzielenie odpowiedzi w trybie art. 38 pzp, w tym wprowadzenia zmian do projektu umowy, który Zamawiający zamierzał zmienić.

Zamawiający podsumował, że wnosi o oddalenie odwołania, umożliwienie mu udzielenia odpowiedzi na wniesione wnioski lub pytania i dalsze procedowanie postępowania przetargowego.

Następnie Zamawiający sprecyzował, jak niżej.

I. Odnośnie zarzutów z pkt I-II listy zarzutów – że na wspomnianym powyżej posiedzeniu komisji przetargowej wprowadzono następujące zmiany w projekcie umowy:

1.§ 6 ust. 2, § 2 ust. 11, § 9 ust. 1-2 – usunięto zakwestionowane w odwołaniu zdania.

2.§ 9 ust. 1 pkt 1)-4) i ust. 2 – usunięto przedmiotowe punkty i paragrafy.

3.§ 9 ust. 4 – zmodyfikowano.

II. Odnośnie zarzutu z pkt III listy zarzutów – że Zamawiający zamierzał zmienić dotychczasowe brzmienie § 8 ust. 8 na następujące: *Ceny jednostkowe netto, o których mowa w Załączniku nr 3 do SIWZ i umowy Formularz cenowy, muszą być zgodne z ofertą Wykonawcy i w okresie obowiązywania umowy nie mogą ulec zmianie, za wyjątkiem przypadków określonych w § 20.* Odwołujący nie dał jednak Zamawiającemu możliwości wprowadzenia zmian.

Do odpowiedzi na odwołanie załączono protokół z posiedzenia komisji przetargowej z 7 października 2020 r. wraz z projektem umowy.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Na posiedzeniu z udziałem Stron Odwołujący złożył pismo zawierające oświadczenie o wycofaniu na podstawie art. 187 ust. 8 pzp odwołania co do: zarzutu z pkt II, żądania z pkt I ppkt 1), z wyjątkiem żądania wykreślenia § 9 ust. 1, które podtrzymał, żądania z pkt I ppkt 2), żądania z pkt I ppkt 3) i 4) oraz żądania z pkt I ppkt 5).

Jednocześnie Odwołujący oświadczył, że w pozostałym zakresie podtrzymuje odwołanie.

W uzasadnieniu Odwołujący podał, że Zamawiający opublikował nową treść załącznika nr 8 do SIWZ dopiero 21 października 2020 r. wraz z odpowiedzią na odwołanie.

Izba stwierdziła, że *de facto* w zakresie wyszczególnionym w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający uwzględnił niektóre zarzuty odwołania, w tym zarzut z pkt III listy zarzutów, co na posiedzeniu Zamawiający potwierdził

Ostatecznie na posiedzeniu Strony zgodnie potwierdziły, że pozostają w sporze w zakresie zarzutów sprecyzowanych w uzasadnieniu odwołania od str. 7. (ostatnie wcięcie), tj. począwszy od zarzutu dotyczącego par. 9 ust. 14 pkt 3 umowy, do str. 11 (przed zarzutem z pkt 2), co składa się na zrelacjonowany powyżej zakres treści uzasadnienia odwołania de facto precyzujący 4 zarzuty w ramach pkt I listy zarzutów.

Skoro według art. 187 ust. 8 zd. 1 pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, odwołujący może również cofnąć odwołanie jedynie częściowo, co jednak *a contrario* nie prowadzi do umorzenia postępowania odwoławczego. W orzecznictwie Izby nie budzi jednak wątpliwości, że odwołanie w zakresie wycofanym nie podlega merytorycznemu rozpoznaniu.

Z kolei z art. 186 ust. 3a pzp wynika *a contrario*, że nie dochodzi również do umorzenia postępowania

odwoławczego, jeżeli odwołujący nie wycofał wszystkich zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego. W orzecznictwie Izby nie budzi także wątpliwości, że również zarzut uwzględniony przez zamawiającego nie podlega już merytorycznemu rozpoznaniu.

Stąd za prawidłowe należy uznać odzwierciedlenie w orzeczeniu kończącym postępowanie odwoławcze w sprawie tego odwołania, że w zakresie zarzutów, które zostały uwzględnione przez Zamawiającego lub wycofane przez Odwołującego, podlega ono umorzeniu, jak to wskazano w pkt 1. sentencji.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego w całości, sprawa – w powyżej wskazanym zakresie – została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Zamawiający podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Zamawiający wyjaśnił, że kary umowne objęte pozostającymi do rozpoznania zarzutami wynikają z doświadczeń zamawiającego z wykonywania analogicznych usług przez wykonawcę „Naprzód" z tej samej grupy kapitałowej co odwołujący. Wystąpiły bowiem przypadki wykonywania usługi przez osoby nieposiadające odpowiednich kwalifikacji, tj. nieprzeszkolonych w zakresie wymogów związanych ze specyfiką sprzątania na terenie czynnego szpitala, w tym na oddziałach zakaźnych, intensywnej opieki itp., co narażało zamawiającego na niekorzystne konsekwencje, w sytuacji, gdy nie miał narzędzia, aby wyegzekwować od wykonawcy dopuszczania do pracy wyłącznie osób posiadających odpowiednie kompetencje dzięki szkoleniu.

Według Zamawiającego z uwagi na postanowienia załącznika nr 4 w zakresie kontroli realizacji usługi nie ma niejasności postanowień dotyczących kar umownych.

W przekonaniu Zamawiającego określił kwestionowane kary umowne w sposób zgodny z przepisami kodeksu cywilnego dotyczącymi kar umownych.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Legitymacja Odwołującego jako kwestionującego postanowienia specyfikacji, które jego zdaniem negatywnie wpływają na możliwość złożenia przez niego oferty, nie budziła wątpliwości.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Ponieważ zgodnie z art. 191 ust. 2 pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba wzięła pod uwagę brzmienie załącznika nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czyli projektu umowy, w brzmieniu nadanym przez Zamawiającego 7 października 2020 r.:

§ 9

Kary umowne

(…)

3. Niezależnie od przypadków określonych w ustępach poprzednich Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kary umownej w przypadku wypowiedzenia umowy z naruszeniem § 14 ust. 3 umowy – w wysokości uzyskanego przez Wykonawcę wynagrodzenia (brutto) za 3 miesiące wstecz licząc od miesiąca poprzedzającego miesiąc złożenia wypowiedzenia przez Wykonawcę, jeżeli Wykonawca wypowiedział umowę co prawda z ważnego powodu, ale z powodu, który nie dotyczy Zamawiającego. Jeżeli wypowiedzenie następuje przed upływem 3 miesięcy od rozpoczęcia wykonywania umowy, kara umowna należy się w wysokości wynagrodzenia (brutto) za 3 miesiące, ustalonego na podstawie złożonej przez Wykonawcę oferty.

(…)

14. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu następujące kary umowne:

(…)

3) W przypadku nie zgłoszenia się pracownika Wykonawcy w wyznaczonym czasie do wzywającej komórki organizacyjnej (dotyczy pozostałych usług w zakresie opieki zdrowotnej gdzie indziej niesklasyfikowane i transportu pacjentów i sprzątania na badania do i z pracowni/zakładów diagnostycznych/Bloku Operacyjnego) – w wysokości 200 zł za każdy przypadek niezgłoszenia się w terminie od wezwania, a także za każde kolejne, rozpoczęte 5 minut liczone od momentu wezwania do momentu przybycia pracownika.

Personel Wykonawcy zobowiązany jest zgłosić się na wezwanie natychmiast w czasie nie dłuższym niż 10 min. w godz. 700 - 19 ; serwis nocny w godz. 1900 - 7 00 zobowiązany jest zgłosić się na wezwanie natychmiast w czasie nie dłuższym niż – 15 min. od momentu zgłoszenia a w przypadku wezwania do Ośrodka Terapii Uzależnienia od Alkoholu personel Wykonawcy zobowiązany jest stawić się w czasie nie przekraczającym 20 minut od momentu zgłoszenia.

(…)

11) W przypadku dopuszczenia do pracy pracownika nie przeszkolonego i nie zapoznanego ze specyfiką danego oddziału Wykonawca zapłaci karę w wysokości 1500 zł. wartości miesięcznego wynagrodzenia brutto ustalonego za miesiąc, w którym nastąpiło naruszenie.

(…)

12) W przypadku braku przeprowadzonego szkolenia pracowników z zakresu profilaktyki zakażeń szpitalnych w wyznaczonych przez Zamawiającego terminach Wykonawca zapłaci karę w wysokości 1500 zł za każde nie przeprowadzone szkolenie.

Ponadto Izba stwierdziła, choć Zamawiający o tym nie wspomniał ani w odpowiedzi na odwołanie, ani na posiedzeniu lub rozprawie, że w aktualne na dzień wyrokowania brzmienie projektu umowy nie zawiera już postanowień regulujących sposób realizacji obowiązków w zakresie przeszkolenia pracowników wykonawcy w zakresie, o którym wspomina się w § 9 ust. 14 pkt 11) i 12), w tym kogo obciąża obowiązek przeprowadzenia takich szkoleń. Innymi słowy z projektu umowy zniknęły postanowienia poprzednio zamieszczone w § 3 ust. 5-8. W szczególności z § 3 ust. 5 wynikało, że za zorganizowanie szkoleń w zakresie świadczonych usług, bhp i ppoż., ochrony danych osobowych i zarządzania jakością, co rzeczywiście zdawało się stanowić desygnat przeszkolenia i zapoznawania ze specyfiką danego oddziału (o czym mowa w § 9 ust. 14 pkt 11), odpowiada Zamawiający. Natomiast § 3 ust. 6-9 zawierały szczegółową regulację co do planowania i dokumentowania przeprowadzenia szkoleń m.in. z zakresu profilaktyki zakażeń szpitalnych, za które odpowiadać miał wykonawca. Co istotne, usuniętej treści nie zastąpiono inną, więc aktualnie projekt umowy nie zawiera regulacji określających na czym polega i kogo obciąża obowiązek przeszkolenia w zakresie specyfiki danego oddziału i profilaktyki zakażeń szpitalnych. Przy czym, wbrew temu, co zdawał się sugerować na rozprawie Zamawiający, niewiele w tym zakresie wnosi załącznik nr 4 do SIWZ i umowy – Zakres usług, zawierający opis przedmiotu

zamówienia. Do kwestii przeszkolenia i zapoznania ze specyfiką danego oddziału nawiązuje co prawda postanowienie z pkt 15 lit. g (na str. 6), ale wynika z niego jedynie, że Zamawiający wymaga aby personel przychodzący na zastępstwo do innego oddziału był wcześniej przeszkolony i zapoznany ze specyfiką tegoż oddziału oraz informacja, że za dopuszczenie pracownika nieprzeszkolonego będą naliczane kary umowne. Z kolei w pkt 23 (na str. 7) Zamawiający wymaga, aby dwa razy w roku (w terminach ustalonych z Zespołem ds. Kontroli Zakażeń Szpitalnych) pracownicy wykonawcy zostali przeszkoleni przez Zespół ds. Kontroli Zakażeń Szpitalnych w zakresie profilaktyki zakażeń szpitalnych, co zdaje się nawiązywać do usuniętej treści § 3 ust. 6-9 i sugeruje, że to jednak Zamawiający miałby przeprowadzać szkolenia w tym zakresie.
W § ust. 14 pkt 3 Zamawiający zmienił tylko tyle, że w końcowej części skrócił z 60 do 20 minut wymagany czas reakcji, natomiast postanowienie to nadal nie zawiera określenia terminu końcowego naliczania lub określenia maksymalnej kwoty dla zastrzeżonych tam kar umownych.

Treść postanowienia zawartego aktualnie w § 9 ust. 3 (poprzednio w § 9 ust. 4) nie uległa żadnej zmianie. Co prawda w jego treści mowa jest o „wypowiedzeniu umowy z naruszeniem § 14 ust. 3 umowy", jednak ponieważ podstawienie, do którego odesłano, określa uprawnienie Zamawiającego do nadzoru i kontroli działalności wykonawcy (w określonym tam zakresie), nie wiadomo, na czym miałoby polegać takie naruszenie ze strony wykonawcy.

Przede wszystkim skoro ani w § 13 „Wypowiedzenie umowy", ani nigdzie indziej w projekcie umowy nie przewidziano dla wykonawcy możliwości wypowiedzenia umowy (wszystkie przypadki wypowiedzenia uregulowane w § 13 zastrzeżone są na rzecz Zamawiającego), hipoteza normy § 9 ust. 3 projektu umowy musi dotyczyć uprawnienia do wypowiedzenia przez wykonawcę umowy, które wynika z mocy prawa. Przy braku odmiennego stanowiska Zamawiającego należało uznać za niesporne w sprawie, że chodzi tu o uprawnienie wynikające z art. 746 § 2 kc w zw. z art. 750 kc, jak to wskazano w odwołaniu, zwłaszcza że z § 15 „Stosowanie aktów prawnych w sprawach nieuregulowanych umową" wynika że w takim przypadku mają zastosowanie odpowiednie przepisy Kodeksu cywilnego i ustawy pzp, a według art. 139 ust. 1 tej ostatniej do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy pzp nie stanowią inaczej.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

Zamawiający bezzasadnie odmówił uwzględnienia zmian, o których wprowadzenie wnosił Odwołujący w związku z zarzutami dotyczącym wadliwego określenia kar umownych w § 9 ust. 3, ust. 14 pkt 3), 11) i 12) projektu umowy, które pomimo wprowadzonych zmian do projektu umowy należało uznać za aktualne i zasadne.

Z art. 7 ust. 1 pzp wynika w szczególności, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówieni zgodnie z zasadą proporcjonalności. która dozwala podmiotowi prowadzącemu takie postępowanie na zastosowanie wyłącznie takich środków, które są adekwatne dla osiągnięcia określonego celu, w tym przede wszystkim zaspokojenia potrzeb w zakresie nabycia określonego dobra, usługi lub wykonania obiektu budowlanego. Niewątpliwie wprowadzenie kar umownych do warunków umowy, która ma zostać zawarta z wykonawcą, co do zasady należy uznać za środek odpowiedni dla zapewnienia należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednakże z zasady proporcjonalności wynika również, że taki co do zasady odpowiedni środek powinien być zastosowany wyłącznie w takim zakresie, w jakim jest to niezbędne dla osiągnięcia tego celu. W konsekwencji obowiązująca w postępowaniu o udzielenie zamówienia zasada proporcjonalności wyznacza dla zamawiającego granicę swobody w kształtowaniu warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego, co należy brać pod uwagę przy stosowaniu art. 353^1 kc, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Zgodnie z art. 483 § 1 kc można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Jak to trafnie wywiodła Izba w uzasadnieniu wyroku z 4 września 2018 r. sygn. akt KIO 1601/18, kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązań. Kara umowna zastępuje odszkodowanie, a ponadto pełni rolę stymulacyjną i represyjną. Klauzula umowna, zobowiązująca jedną ze stron do zapłaty określonej kwoty w przypadku zaistnienia określonych okoliczności, zdejmuje z wierzyciela obowiązek udowodnienia rozmiarów faktycznej szkody. Stanowi to dodatkowy czynnik mobilizujący dłużnika do wykonania zobowiązania. Dłużnik, godząc się na karę umowną, bierze tym samym na siebie gwarancję jego wykonania. Zapłata kary umownej stanowi niejako automatyczną sankcję cywilnoprawną przysługującą wierzycielowi w stosunku do dłużnika w wypadku niewykonania przez niego lub nienależytego wykonania zobowiązania z przyczyn, za które dłużnik odpowiada. W umowie można łączyć kary za różne tytuły. Nie jest przy tym dozwolone zastrzeganie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej (tak też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2007 r. sygn. akt: I CSK 484/06). O tym, czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej, nie może sama przez się decydować jej wysokość przyjęta procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika. W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną. Kara umowna może być rażąco wygórowana już w chwili jej zastrzegania lub stać się taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary (tak też: Gudowski Jacek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania*, 2013).

Izba w pełni podziela stanowisko Odwołującego, że wykluczone jest zastrzeżenie kary umownej, której istota została zdefiniowana w art. 483 § 1 kc, z tytułu skorzystania przez stronę umowy o usługi z uprawnienia do wypowiedzenia jej z ważnych powodów, o którym mowa w art. 746 § 2 kc, w sytuacji gdy z tego przepisu wprost wynika, że drugiej stronie należy się odszkodowanie wyłącznie w sytuacji, gdy odstąpienie nie nastąpiło z ważnych powodów, a ponadto według art. 746 § 3 kc tego uprawnienia do wypowiedzenia z ważnych powodów nie można się zrzec.

Kwestia ta była przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego w ramach uzasadnienia wyroku z 21 sierpnia 2008 r. sygn. akt IV CSK 202/08 (Legalis nr 124561) na tle innej umowy zaliczanej do kategorii umów o świadczenie usług objętych hipotezą art. 750 kc: (…) *Jak już wyjaśniał Sąd Najwyższy, umowa zlecenia opiera się na szczególnym wzajemnym zaufaniu kontrahentów i z tej przyczyny każda ze stron może ją wypowiedzieć w każdym czasie, nawet bez ważnych powodów. Dotyczy to także umów zlecenia zawartych na czas określony, gdyż ochrona wzajemnego zaufania stron umowy zlecenia jest aktualna także w odniesieniu do umów terminowych. Zgodnie z regułą wyrażoną w art. 61 KC, oświadczenie woli o wypowiedzeniu jest złożone z chwilą, gdy doszło do drugiej strony w taki sposób, że mogła zapoznać*

się z jego treścią. Od tej chwili wywołuje ono skutki prawne, czyli prowadzi do wygaśnięcia zlecenia (ex nunc). (...)
Zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie przyjmuje się, że strony mogą nadać umowie zlecenia charakter większej trwałości, w szczególności w sytuacji, w której treścią umowy ma być odpłatne wykonywanie czynności przez przyjmującego zlecenie w sposób ciągły. Cel ten mogą osiągnąć przez zamieszczenie w umowie klauzuli wyłączającej możliwość wypowiedzenia. Ze względu na to, że takie nieodwołalne zlecenie mogłoby służyć różnym celom, w tym także obejściu ustawy, ustawodawca w art. 746 § 3 KC zastrzegł, że nie można zrzec się z góry uprawnienia do wypowiedzenia z ważnych powodów. Naruszenie tego zakazu powoduje nieważność odnośnego postanowienia umowy (art. 58 § 1 KC).
Wynikająca z art. 746 KC norma pozwalająca każdej ze stron wypowiedzieć zlecenie w każdym czasie, nawet bez ważnych powodów, ma charakter względnie obowiązujący. Nie ulega zatem wątpliwości, że w ramach swobody umów strony mogą wyłączyć, w odniesieniu do jednej lub obu stron, uprawnienie do wypowiedzenia umowy z innych powodów aniżeli ważne. Nie mogą jedynie zrzec się z góry uprawnienia do wypowiedzenia zlecenia z ważnych powodów, gdyż stoi temu na przeszkodzie art. 746 § 3 KC (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2001 r., III CKN 304/00, z dnia 20 kwietnia 2004 r., V CK 433/03, OSNC 2004, nr 12, poz. 205 oraz z dnia 28 września 2004 r., IV CK 640/03, OSNC 2005 nr 9, poz. 157).
Strony mogą też zastrzec karę umowną na wypadek wypowiedzenia umowy zlecenia z innych powodów aniżeli ważne. Kara umowna – jak wynika z art. 483 § 1 KC – może zostać zastrzeżona wyłącznie w odniesieniu do zobowiązania niepieniężnego. Kategoryczne brzmienie art. 483 § 1 KC nie pozostawia wątpliwości, że przepis ten w odnośnym zakresie ma charakter iuris cogentis. Kategorię „zobowiązania niepieniężnego" należy jednak rozumieć szeroko. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały składu siedmiu sędziów z dnia 11 kwietnia 2003 r., III CZP 61/03, mającej moc zasady prawnej, przyjął, że obejmuje ono zobowiązanie niepieniężne, przewidujące świadczenia o charakterze majątkowym, np. polegające na zawarciu umowy przyrzeczonej, art. 389-390 KC oraz niemajątkowym, np. powstrzymanie się od podejmowania określonej działalności, w tym – konkurencyjnej. Wchodzi też w grę zastrzeganie kar umownych na wypadek skorzystania przez jednego z kontrahentów z uprawnienia kształtującego, np. wypowiedzenia umowy lub odstąpienia od niej, przy czym jako jedną z przesłanek dochodzenia kary można ewentualnie przewidzieć wyrządzenie określonej szkody (zob. OSNC 2004, nr 5, poz. 69, a także wyroki Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2006 r., IV CSK 154/06, OSNC 2007, nr 7-8, poz. 117 i z dnia 7 lutego 2007 r., III CSK 288/06).
Uprawnienie do wypowiedzenia zlecenia ma charakter uprawnienia kształtującego, dlatego – podzielając stanowisko wyrażone w uzasadnieniu powołanej uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego – trzeba dopuścić możliwość skutecznego zastrzeżenia kary umownej na wypadek skorzystania z tego uprawnienia, jeżeli zostało ono w umowie wyłączone. Dotyczyć to może – co oczywiste – wyłącznie skorzystania z uprawnienia do wypowiedzenia zlecenia z innych powodów aniżeli ważne.

Izba w pełni podziela powyższe stanowisko i uznaje za własne, co czyniło koniecznym nakazanie wykreślenia postanowienia zawartego w § 9 ust. 3 projektu umowy, gdyż wbrew odmiennemu stanowisku Zamawiającego jest ono niezgodne z przywołanymi powyżej przepisami kodeksu cywilnego.

W tym przypadku § 9 ust. 14 pkt 3) projektu umowy Zamawiający, zastrzegając na wypadek niezgłoszenia się pracownika wykonawcy na wezwanie w określonym tam w minutach czasie reakcji kary umowne (w odniesieniu do pozostałych usług w zakresie opieki zdrowotnej gdzie indziej niesklasyfikowanych oraz usługi transportu pacjentów), których wysokość nie jest limitowana i może rosnąć *ad infinitum*. Biorąc pod uwagę, że kary te mają być naliczane w systemie 200 zł za przekroczenie pierwotnego terminu i za każde rozpoczęte 5 minut, Zamawiający *de facto* zastrzegł sobie uprawnienie do naliczenia tych kar w wysokości równej lub nawet większej niż wartość wykonanego z opóźnieniem lub niewykonanego przez wykonawcę świadczenia, co należy uznać za ustalenie nieproporcjonalnie wysokiej kary umownej.

W odniesieniu do kar umownych zastrzeżonych w § 9 ust. 14 pkt 11) i 12) projektu umowy w reakcji na zarzucaną trafnie w odwołaniu niespójność tych postanowień z postanowieniami określającymi kto i w jakich terminach ma przeprowadzić takie szkolenia, reakcja Zamawiającego ograniczyła się do wykreślenia tych ostatnich. W konsekwencji pozostawiona regulacja jest ułomna, gdyż brak jest określenia, czy, w jaki sposób i w jakim terminie wykonawca powinien przeprowadzić dane szkolenie, aby nie narazić się na naliczenie kary umownej, a tym samym nie pozwala wykonawcy na ocenę, czy będzie w stanie sprostać tak niedookreślonemu obowiązkowi.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy pzp i art. 353^1 w zw. z art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w pkt 3. sentencji na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz § 3 pkt 1 i 2 lit. b w zw. z § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy. Izba nie mogła uczynić zadość wnioskowi Zamawiającego o nieobciążanie kosztami postępowania odwoławczego, gdyż nie znajduje on oparcia w powyżej wskazanych przepisach regulujących ponoszenie kosztów postępowania odwoławczego.