Sygn. akt: KIO 273/24
WYROK

Warszawa, dnia 14 luty 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Magdalena Rams

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 23 stycznia 2024 r. przez wykonawcę Impel Spółka Akcyjna., z siedzibą we Wrocławiu, w postępowaniu prowadzonym przez 14 Wojskowy Oddział Gospodarczy, Poznań,

orzeka:

1.Oddala odwołanie;

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Impel Spółka Akcyjna, z siedzibą we Wrocławiu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:……..

Sygn. akt:KIO 273/24

UZASADNIENIE

W dniu 25 stycznia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Impel S.A. (dalej „Odwołujący") zarzucając zamawiającemu 14 Wojskowemu Oddziałowi Gospodarczemu, Poznań (dalej „Zamawiający") naruszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług utrzymania czystości powierzchni":

1)art. 353¹ kc, art. 484 § 2 kc i art. 483 kc w związku z art. 8 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych ze względu na zastrzeżenie przez Zamawiającego kar umownych rażąco wygórowanych oraz ustalenie przez Zamawiającego procedury jednostronnego nakładania kar umownych bez możliwości stosowania procedury reklamacyjnej;

2)art. 99 ust. 1 i ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez nieprecyzyjny opis przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez Odwołującego postanowień SWZ w zakresie i brzmieniu zaproponowanym przez Odwołującego w odwołaniu.

Odwołujący wskazał, że w dniu 15 stycznia 2024 roku zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz SWZ dotyczące przedmiotowego zamówienia. W ocenie Odwołującego postanowienia SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wskazał, że w załączniku nr 10 do SWZ – „Wzory Umów wraz z załącznikami" Zamawiający wprowadził następujące postanowienia:

Wzór - Zadanie nr 1.1., 1.2., 1.3., 1.4., 1.5., 1.6., 1.7., 1.8 - postanowienie § 11 ust. 1-6:

1.Wykonawca zobowiązuje się do zapłaty Zamawiającemu kar umownych w razie:

1.1.Niezrealizowania usługi w wysokości 4/30 lub 4/31 lub 4/28 lub 4/29.(w zależności od liczby dni kalendarzowych w miesiącu, w którym obliczana jest kara umowna) wartości miesięcznej wynagrodzenia zamówienia netto za dany rodzaj usług przeznaczonych do realizacji w danym obiekcie (budynku), którego dotyczyło niewykonanie usługi za każdy dzień braku realizacji usługi.

1.2.Nienależyte zrealizowanie usługi (nie stosowanie środków czystości wg „Opisu Przedmiotu Zamówienia" – zał. nr 4, częściowe wykonanie usługi niezgodne z „Opisem Przedmiotu Zamówienia" – zał. nr 4 i „Harmonogramem realizacji usług" – zał. Nr 3 itp.) w wysokości 2/30 lub 2/31 lub 2/28 lub 2/29 l (w zależności od liczby dni kalendarzowych w miesiącu, w którym obliczana jest kara umowna) wartości miesięcznej wynagrodzenia zamówienia netto za dany rodzaj usług przeznaczonych do realizacji w danym obiekcie (budynku), którego dotyczyło niewykonanie usługi za każdy dzień nienależytej realizacji usługi.

1.3.Za naruszenie postanowień § 5 ust. 11 umowy – w wysokości 5 000,00 zł za każdy taki przypadek/osobę. Nie dotyczy

to wakatów trwających krócej niż 1 pełny miesiąc kalendarzowy.
1.4.Za nie dostarczenie wykazu osób lub niewykazanie dowodów na zatrudnienie na podstawie umowy o pracę osób wskazanych z § 5 ust. 9 i 11 w wysokości 5 000,00 zł za każdy taki przypadek.
1.5.Brak Koordynatora lub osoby zastępującej zgodnie z § 5 ust. 9 skutkuje naliczeniem kary w wysokości 500,00 zł za każdy dzień.
1.6.Niezrealizowanie usługi mycia okien w sposób kompleksowy skutkuje naliczeniem i potrąceniem z faktury kary w wysokości 50% miesięcznego wynagrodzenia brutto za usługę utrzymania czystości budynków w miesiącu kalendarzowym, w którym ostatecznie realizacja usługi nie doszła do skutku.
1.7.Niestosowanie środków czystości zgodnych z „Opisem Przedmiotu Zamówienia" skutkuje naliczeniem kary w wysokości 5 000,00 zł w danym miesiącu.
1.8.Odstąpienia od realizacji umowy z przyczyn nie dotyczących Zamawiającego w wysokości 10 % wartości netto całości zamówienia (bez opcji).
2.Strony postanawiają, że mogą dochodzić odszkodowania uzupełniającego przewyższającego kary umowne do pełnej wysokości szkody.
3.Strony ustalają, że w razie naliczenia Wykonawcy kar umownych, Zamawiający jest upoważniony do potrącenia kwoty kar z faktury Wykonawcy za zrealizowany przedmiot umowy.
4.W przypadku niedostarczenia przez Wykonawcę polisy ubezpieczeniowej, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 0,1 % wartości brutto umowy za każdy dzień braku polisy.
5.W przypadku braku zabezpieczenia należytego wykonania umowy w okresie obowiązywania umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 0,1 % wartości brutto umowy.
6.Maksymalna wysokość kar umownych naliczonych łącznie w trakcie trwania umowy nie może przekroczyć 50% wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 1 umowy.
Wzór - Zadanie nr 2.1., 2.2., 2.3., 2.4.) - postanowienie § 12 ust. 1-6:
1.Wykonawca zobowiązuje się do zapłaty Zamawiającemu kar umownych:
1.1.Jednorazowo w przypadku nienależytego realizowania usługi lub jednorazowo niezrealizowanie usługi przez Wykonawcę, pomimo kierowanych uwag ze strony Zamawiającego np. w przypadku świadczenia usługi w sposób niewłaściwy, pomimo zastrzeżeń Użytkowników (zawartych w „Rejestrach Potwierdzenia…" – Zał. nr 4 oraz „Protokole Odbioru Usługi" – Zał. nr 5), co do jakości i sposobu wykonywania usługi w konkretnym zakresie lub w przypadku zmniejszenia częstotliwości wykonywania poszczególnych czynności określonych w „Harmonogramie realizacji usług" – Załącznik nr 3, Zamawiający nałoży karę za nienależyte wykonanie/niezrealizowanie usługi, według miesięcznej stawki umniejszonej o 50%, za dany rodzaj usług przeznaczonych do realizacji na danym obszarze (kompleksie), którego dotyczyło niewykonanie usługi.
1.2.Dwukrotne nienależyte wykonanie usługi/nierealizowanie usługi pomimo interwencji Zamawiającego w trakcie trwania umowy, potwierdzone pisemnie przez Kierownika Infrastruktury, może stanowić podstawę do zlecenia podmiotowi zewnętrznemu wykonania tej usługi na koszt Wykonawcy pokryty z zabezpieczenia pobranego od Wykonawcy tytułem należytego wykonania umowy określonego w § 4 ust. 1 i będzie stanowić podstawę naliczenia kar:
1.2.1.W przypadku nienależycie zrealizowanej usługi (m.in. częściowe wykonanie usługi, niekompletne, niezgodne z „Opisem przedmiotu zamówienia" – Załącznik nr 1 i „Harmonogramem realizacji usług" – Załącznik nr 3w wysokości 200% wartości miesięcznej wynagrodzenia zamówienia netto za dany rodzaj usług przeznaczonych do realizacji na danym obszarze (kompleksie), którego dotyczyło niewykonanie usługi.
1.2.2.W przypadku niezrealizowanej usługi w wysokości 400% wartości miesięcznej wynagrodzenia zamówienia netto za dany rodzaj usług przeznaczonych do realizacji na danym obszarze (kompleksie), którego dotyczyło niewykonanie usługi.
1.3.Trzykrotne nienależyte wykonanie/niezrealizowanie usługi pomimo interwencji Zamawiającego w trakcie trwania umowy, potwierdzone pisemnie przez Kierownika
Infrastruktury i skutkujące naliczeniem kar umownych, będzie stanowić podstawę do odstąpienia od niniejszej umowy przez Zamawiającego z winy Wykonawcy.
1.4.Za naruszenie postanowień § 6 ust. 5 umowy – w wysokości 5 000,00 zł za każdy taki przypadek/osobę. Nie dotyczy to wakatów trwających krócej niż 1 pełny miesiąc kalendarzowy.
1.5.Za nie dostarczenie wykazu osób lub niewykazanie dowodów na zatrudnienie na podstawie umowy o pracę osób wskazanych w z § 6 ust. 3 i 5 w wysokości 5 000,00 zł za każdy taki przypadek.
1.6.Brak ogrodnika lub osoby zastępującej zgodnie § 6 ust. 3 skutkuje naliczeniem kary w wysokości 500,00 zł za każdy taki przypadek.
1.7.Odstąpienia od realizacji umowy z przyczyn nie dotyczących Zamawiającego w wysokości 10 % wartości netto całości zamówienia (bez opcji).
2.Strony postanawiają, że mogą dochodzić odszkodowania uzupełniającego przewyższającego kary umowne do pełnej

wysokości szkody.
3.Strony ustalają, że w razie naliczenia Wykonawcy kar umownych, Zamawiający jest upoważniony do potrącenia kwoty kar z faktury Wykonawcy za zrealizowany przedmiot umowy.
4.W przypadku niedostarczenia przez Wykonawcę polisy ubezpieczeniowej, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 0,1 % wartości brutto umowy za każdy dzień braku polisy. 5. W przypadku braku zabezpieczenia należytego wykonania umowy w okresie obowiązywania umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 0,1 % wartości brutto umowy.
6. Maksymalna wysokość kar umownych naliczonych łącznie w trakcie trwania umowy nie może przekroczyć 50% wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 1 umowy.
Odwołujący wskazał, że zastrzeżenie przez Zamawiającego kary umownej na poziomie 5.000 zł. za dane uchybienie, kary umownej na poziomie 200% (400%) wartości miesięcznej wynagrodzenia netto za każdy przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania, kary umownej w wysokości 50% wartości danego rodzaju usług na danym obszarze (kompleksie), którego dotyczyło - w przypadku ich nieprawidłowej realizacji oraz łącznej wysokości kar umownych na poziomie 50% wartości wynagrodzenia brutto za zamówienie podstawowe należy uznać za całkowicie sprzeczne z właściwością (naturą) i celem zobowiązania Wykonawcy, wynikającego z opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący podkreślił, że 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.
Odwołujący wskazał, 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. Odwołujący zaznaczył, iż Zamawiający ustalając sposób naliczania kar umownych pominął naturę stosunku prawnego, jaka łączyć ma strony oraz zignorował zasady współżycia społecznego zakładające równoprawność stron zawieranej umowy, czym naruszył dyspozycję art. 353^1 k.c. Ponadto kara umowna może być uznana za rażąco wygórowaną zgodnie z art. 484 § 2 k.c. Odwołujący podkreślił, że kara umowna zgodnie z art. 483 § 1 k.c. jest instytucją związaną z naprawieniem szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Nie jest więc dopuszczalne zastrzeżenie kary, w sytuacji, gdy Zamawiający nie ponosi szkody ze względu na działania lub zaniechania Wykonawcy. W takim wypadku Wykonawca nie powinien być obciążany karą, gdyż stoi to w sprzeczności z przepisami kodeksu cywilnego o odszkodowaniu za nienależyte wykonanie zobowiązania. 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). W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego 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).
Odwołujący wskazał, że przy karach umownych na tak rażąco wygórowanym poziomie za każdy przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania - wykonawcy nie są de facto w stanie sporządzić rzetelnej oferty, gdyż nie mogą należycie ocenić ryzyka, odpowiadającego regułom rynkowym. Zamawiający nie powinien zapominać, iż jego obowiązkiem jest współdziałanie przy realizacji przedmiotu zamówienia na gruncie przepisu art. 431 ustawy prawo zamówień publicznych. Zgodnie z przepisem art. 354 § 2 k.c. Odwołujący wskazał, iż dowodzi to jednocześnie, że zaproponowane, czy raczej narzucone przez Zamawiającego kary, będą w istocie nienależnym świadczeniem, którego uiszczenie spowoduje wzbogacenie Zamawiającego ponad kwoty realnie poniesionych kosztów lub strat. Stanowi to w ocenie Odwołującego także naruszenie zasad współżycia społecznego. Odwołujący wskazał również na dysharmonię

wobec wartości kar stosowanych na podobnych zamówieniach, realizowanych obecnie w Polsce. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z treścią wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 grudnia 2008 roku (V ACa 483/08), 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). Odwołujący zaznaczył, że nie sposób uzasadnić poglądu, iż skoro Zamawiający uzyska należne mu świadczenie, to powinien on też otrzymać od Wykonawcy takie wysokie kary umowne. Akceptacja powyższego stanowiska prowadziłaby do nieuprawnionego wniosku, iż kara umowna 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.
W odniesieniu natomiast do łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, ustalonej na poziomie 50% wynagrodzenia wykonawcy, Odwołujący wskazał, iż warunek ten jest nieproporcjonalny i sprzeczny z aktualną doktryną i orzecznictwem Sądu Najwyższego. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 29 listopada 2013 r.; sygn. akt: I CSK 124/13: „W sprawie o zapłatę kary umownej zastrzeżonej na wypadek uchybienia terminowi spełnienia świadczenia, ocena, czy kara ta jest nadmiernie wygórowana (art. 484 § 2 k.c.), powinna uwzględniać wysokość kary umownej zastrzeżonej w tej umowie na wypadek odstąpienia od umowy. Tak ogromna kwota kar umownych może bowiem spowodować niepowetowaną szkodę w majątku wykonawcy i doprowadzić w skrajnych przypadkach do upadłości wykonawcy realizującego w dobrej wierze przedmiot zamówienia. W konsekwencji Odwołujący stwierdził, iż Zamawiającemu nie chodzi tylko o zrealizowanie przedmiotu zamówienia, lecz nastawiony jest on na systematyczne penalizowanie Wykonawcy. Odwołujący zauważył, iż tak ustalone kary umowne (zapłacone niezależnie od wyrządzonej szkody), traciłyby przyznawany jej powszechnie w piśmiennictwie i orzecznictwie przymiot surogatu odszkodowania.
Odwołujący wniósł o zmianę postanowień projektu umowy w następującym brzmieniu lub równoważnym:
Wzór - Zadanie nr 1.1., 1.2., 1.3., 1.4., 1.5., 1.6., 1.7., 1.8 - postanowienie § 11 ust. 1-6:
1.Wykonawca zobowiązuje się do zapłaty Zamawiającemu kar umownych w razie:
1.1.Niezrealizowania usługi w wysokości 2/30 lub 2/31 lub 2/28 lub 2/29 (w zależności od liczby dni kalendarzowych w miesiącu, w którym obliczana jest kara umowna) wartości miesięcznej wynagrodzenia zamówienia netto za dany rodzaj usług przeznaczonych do realizacji w danym obiekcie (budynku), którego dotyczyło niewykonanie usługi za każdy dzień braku realizacji usługi.
1.2.Nienależyte zrealizowanie usługi (nie stosowanie środków czystości wg „Opisu Przedmiotu Zamówienia” – zał. nr 4, częściowe wykonanie usługi niezgodne z „Opisem Przedmiotu Zamówienia” – zał. nr 4 i „Harmonogramem realizacji usług” – zał. Nr 3 itp.) w wysokości 1/30 lub 1/31 lub 1/28 lub 1/29 l (w zależności od liczby dni kalendarzowych w miesiącu, w którym obliczana jest kara umowna) wartości miesięcznej wynagrodzenia zamówienia netto za dany rodzaj usług przeznaczonych do realizacji w danym obiekcie (budynku), którego dotyczyło niewykonanie usługi za każdy dzień nienależytej realizacji usługi.
1.3.Za naruszenie postanowień § 5 ust. 11 umowy – w wysokości 1 000,00 zł za każdy taki przypadek/osobę. Nie dotyczy to wakatów trwających krócej niż 1 pełny miesiąc kalendarzowy.
1.4.Za nie dostarczenie wykazu osób lub niewykazanie dowodów na zatrudnienie na podstawie umowy o pracę osób wskazanych z § 5 ust. 9 i 11 w wysokości 1 000,00 zł za każdy taki przypadek.
1.5.Brak Koordynatora lub osoby zastępującej zgodnie z § 5 ust. 9 skutkuje naliczeniem kary w wysokości 100,00 zł za każdy dzień.
1.6.Niezrealizowanie usługi mycia okien w sposób kompleksowy skutkuje naliczeniem i potrąceniem z faktury kary w wysokości 10% miesięcznego wynagrodzenia brutto za usługę utrzymania czystości budynków w miesiącu kalendarzowym, w którym ostatecznie realizacja usługi nie doszła do skutku.
1.7.Niestosowanie środków czystości zgodnych z „Opisem Przedmiotu Zamówienia” skutkuje naliczeniem kary w wysokości 1 000,00 zł w danym miesiącu.
1.8.Odstąpienia od realizacji umowy z przyczyn nie dotyczących Zamawiającego w wysokości 5 % wartości netto całości zamówienia (bez opcji).
2.Strony postanawiają, że mogą dochodzić odszkodowania uzupełniającego przewyższającego kary umowne do pełnej wysokości szkody.
3.Strony ustalają, że w razie naliczenia Wykonawcy kar umownych, Zamawiający jest upoważniony do potrącenia kwoty kar z faktury Wykonawcy za zrealizowany przedmiot umowy.

4.W przypadku niedostarczenia przez Wykonawcę polisy ubezpieczeniowej, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 500 zł za każdy dzień braku polisy.
5.W przypadku braku zabezpieczenia należytego wykonania umowy w okresie obowiązywania umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 500 zł za każdy dzień braku. zabezpieczenia należytego wykonania umowy.
6.Maksymalna wysokość kar umownych naliczonych łącznie w trakcie trwania umowy nie może przekroczyć 20% wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 1 umowy.
Wzór - Zadanie nr 2.1., 2.2., 2.3., 2.4.) - postanowienie § 12 ust. 1-6:
1.Wykonawca zobowiązuje się do zapłaty Zamawiającemu kar umownych:
1.1.Jednorazowo w przypadku nienależytego realizowania usługi lub jednorazowo niezrealizowanie usługi przez Wykonawcę, pomimo kierowanych uwag ze strony Zamawiającego np. w przypadku świadczenia usługi w sposób niewłaściwy, pomimo zastrzeżeń Użytkowników (zawartych w „Rejestrach Potwierdzenia…" – Zał. nr 4 oraz „Protokole Odbioru Usługi" – Zał. nr 5), co do jakości i sposobu wykonywania usługiw konkretnym zakresie lub w przypadku zmniejszenia częstotliwości wykonywania poszczególnych czynności określonych w „Harmonogramie realizacji usług" – Załącznik nr 3, Zamawiający nałoży karę za nienależyte wykonanie/niezrealizowanie usługi, według miesięcznej stawki umniejszonej o 10%, za dany rodzaj usług przeznaczonych do realizacji na danym obszarze (kompleksie), którego dotyczyło niewykonanie usługi.
1.2.Dwukrotne nienależyte wykonanie usługi/nierealizowanie usługi pomimo interwencji Zamawiającego w trakcie trwania umowy, potwierdzone pisemnie przez Kierownika Infrastruktury, może stanowić podstawę do zlecenia podmiotowi zewnętrznemu wykonania tej usługi na koszt Wykonawcy pokryty z zabezpieczenia pobranego od Wykonawcy tytułem należytego wykonania umowy określonego w § 4 ust. 1 i będzie stanowić podstawę naliczenia kar:
1.2.1.W przypadku nienależycie zrealizowanej usługi (m.in. częściowe wykonanie usługi, niekompletne, niezgodne z „Opisem przedmiotu zamówienia" – Załącznik nr 1 i „Harmonogramem realizacji usług" – Załącznik nr 3 w wysokości 20% wartości miesięcznej wynagrodzenia zamówienia netto za dany rodzaj usług przeznaczonych do realizacji na danym obszarze (kompleksie), którego dotyczyło niewykonanie usługi.
1.2.2.W przypadku niezrealizowanej usługi w wysokości 20% wartości miesięcznej wynagrodzenia zamówienia netto za dany rodzaj usług przeznaczonych do realizacji na danym obszarze (kompleksie), którego dotyczyło niewykonanie usługi.
1.3.Trzykrotne nienależyte wykonanie/niezrealizowanie usługi pomimo interwencji Zamawiającego w trakcie trwania umowy, potwierdzone pisemnie przez Kierownika
Infrastruktury i skutkujące naliczeniem kar umownych, będzie stanowić podstawę do odstąpienia od niniejszej umowy przez Zamawiającego z winy Wykonawcy.
1.4.Za naruszenie postanowień § 6 ust. 5 umowy – w wysokości 1 000,00 zł za każdy taki przypadek/osobę. Nie dotyczy to wakatów trwających krócej niż 1 pełny miesiąc kalendarzowy.
1.5.Za nie dostarczenie wykazu osób lub niewykazanie dowodów na zatrudnienie na podstawie umowy o pracę osób wskazanych w z § 6 ust. 3 i 5 w wysokości 1 000,00 zł za każdy taki przypadek.
1.6.Brak ogrodnika lub osoby zastępującej zgodnie § 6 ust. 3 skutkuje naliczeniem kary w wysokości 100,00 zł za każdy taki przypadek.
1.7.Odstąpienia od realizacji umowy z przyczyn nie dotyczących Zamawiającego w wysokości 5 % wartości netto całości zamówienia (bez opcji).
2.Strony postanawiają, że mogą dochodzić odszkodowania uzupełniającego przewyższającego kary umowne do pełnej wysokości szkody.
3.Strony ustalają, że w razie naliczenia Wykonawcy kar umownych, Zamawiający jest upoważniony do potrącenia kwoty kar z faktury Wykonawcy za zrealizowany przedmiot umowy.
4.W przypadku niedostarczenia przez Wykonawcę polisy ubezpieczeniowej, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 500 zł za każdy dzień braku polisy.
5.W przypadku braku zabezpieczenia należytego wykonania umowy w okresie obowiązywania umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 500 zł za każdy dzień braku zabezpieczenia należytego wykonania umowy..
6.Maksymalna wysokość kar umownych naliczonych łącznie w trakcie trwania umowy nie może przekroczyć 20% wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 1 umowy.
Odwołujący wskazał, że w załączniku nr 10 do SWZ – „Wzory Umów wraz z załącznikami" (tj.Wzór - Zadanie nr 1.1., 1.2., 1.3., 1.4., 1.5., 1.6., 1.7., 1.8) Zamawiający wprowadził postanowienie § 7 ust. 5 o treści: W przypadku usunięcia powstałych z winy Wykonawcy nieprawidłowości w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, realizacja usługi będzie traktowana jako należycie wykonana. Zapis ten dotyczy czynności wykonywanych w częstotliwości rzadszej niż raz dzienne, bowiem nierealizowanie usług objętych codziennym sprzątaniem, potwierdzone pisemnie w Protokole Odbioru Usługi/Rejestrze potwierdzenia wykonania usługi, będzie stanowić podstawę do naliczaniem kar umownych zgodnie z § 11 umowy.

Mając powyższe na względzie, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że ustalił procedurę naliczania kar umownych w § 7 ust. 5 umowy w zakresie usług objętych codziennym sprzątaniem bez możliwości podjęcia przez Wykonawcę działania naprawczego. Kara będzie naliczona jednostronnie przez Zamawiającego już za samo stwierdzenie uchybienia - bez uwzględnienia czynności Wykonawcy dokonanych w ramach procedury reklamacyjnej. Odwołujący wniósł o wykreślenie bądź modyfikację takiego postanowienia wzoru umowy, poprzez wprowadzenie regulacji, zgodnie z którą Wykonawca będzie miał prawo do odniesienia się do wpisów Zamawiającego dot. nienależytego wykonanie usługi, tak, aby Zamawiający dał Wykonawcy czas na naprawę np.: 2 godziny, a nie od razu naliczał karę i potrącał z faktury (chodzi o czynności wykonywane codziennie np. sprzątanie bieżące, dokładanie materiałów higienicznych). W takich przypadkach Wykonawca winien mieć prawo do zajęcia stanowiska w kwestii zarzutów Zamawiającego i obrony swojego interesu ekonomicznego.

Odwołujący wniósł o zmianę postanowień projektu umowy w następującym brzmieniu lub równoważnym: W przypadku usunięcia powstałych z winy Wykonawcy nieprawidłowości w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, realizacja usługi będzie traktowana jako należycie wykonana.

Odwołujący stwierdza, że w załączniku nr 10 do SWZ – „Wzory Umów wraz z załącznikami" (tj.Wzór - Zadanie nr 1.1., 1.2., 1.3., 1.4., 1.5., 1.6., 1.7., 1.8 - postanowienie § 5 ust. 17 oraz Wzór - Zadanie nr 2.1., 2.2., 2.3., 2.4. - postanowienie § 1 ust. 6) Zamawiający wprowadził następujące postanowienia: Zamawiający może wystąpić do Wykonawcy o dokonanie zmiany osoby wyznaczonej przez Wykonawcę do realizacji przedmiotu Umowy wraz z podaniem uzasadnienia przez Zamawiającego (w tym w szczególności zgodnie z uwagami Użytkownika zawartymi w Protokole odbioru usług - Załącznik nr 5). Wykonawca dokonana przedmiotowej zmiany w terminie do 14 dni kalendarzowych, liczonych od dnia przesłania przez Zamawiającego w formie papierowej/drogą elektroniczną zgłoszenia w tej sprawie. Z ważnych przyczyn oraz w sytuacji wątpliwości co do nieposzlakowanej opinii pracownika Wykonawcy, Zamawiający zastrzega sobie prawo wystąpienia do Wykonawcy o odsunięcie wyznaczonej osoby od realizacji przedmiotu Umowy w trybie natychmiastowym.

W kontekście takiego brzmienia tych postanowień umowy Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 99 ust. 1 i ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez nieprecyzyjny opis przez Zamawiający przedmiotu zamówienia, gdyż Zamawiający zaniechał jakiegokolwiek określenia klauzuli „ważnych przyczyn" oraz „nieposzlakowanej opinii pracownika". W ocenie Odwołującego Zamawiający winien w tych postanowieniach podać konkretne przyczyny, które powodują, że dany pracownik nie może dalej świadczyć usługi na rzecz Zamawiającego. W obu przypadkach Zamawiający winien precyzyjnie określić opis naruszeń warunków świadczenia usługi, który uzasadnia stosowanie tak rygorystycznej sankcji przez Zamawiającego w postaci odsunięcia pracownika w trybie natychmiastowym. Odwołujący podkreślił, że nadużywanie przez Zamawiającego na etapie realizacji zamówienia publicznego tak ogólnikowo opisanego uprawnienia, stanowi istotną ingerencję przez Zamawiającego w sposób organizacji pracy, przyjęty przez Wykonawcę w ofercie. Przepis art. 99 ustawy prawo zamówień publicznych stanowi:

1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.
2. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

Odwołujący wniósł o zmianę postanowienia umowy tj. Wzór - Zadanie nr 1.1., 1.2., 1.3., 1.4., 1.5., 1.6., 1.7., 1.8 - postanowienie § 5 ust. 17 oraz Wzór - Zadanie nr 2.1., 2.2., 2.3., 2.4. - postanowienie § 1 ust. 6 poprzez precyzyjne określenie przez Zamawiającego, jakie konkretne okoliczności będą brane pod uwagę przy stosowaniu przez Zamawiającego klauzuli „ważnych przyczyn" oraz „nieposzlakowanej opinii pracownika" lub o wykreślenie zdania: „Z ważnych przyczyn oraz w sytuacji wątpliwości co do nieposzlakowanej opinii pracownika Wykonawcy, Zamawiający zastrzega sobie prawo wystąpienia do Wykonawcy o odsunięcie wyznaczonej osoby od realizacji przedmiotu Umowy w trybie natychmiastowym.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług utrzymania czystości powierzchni" (dalej „Postępowanie"). Izba ustaliła, że zamówienie zostało podzielone na 12 części.

Izba ustaliła, że we wzorze umowy Zamawiający przewidział okoliczności, których zaistnienie będzie skutkować naliczeniem kar umownych względem wykonawcy.

Izba ustaliła, że w § 8 „Świadczenie usług", Zamawiający zawarł następujące postanowienia umowne:

1. Za wykonanie usługi przez Wykonawcę traktuje się realizowanie czynności zgodnie z wymogami stawianymi przez Zamawiającego w „Opisie przedmiotu zamówienia" Załącznik nr 1 oraz w „Harmonogramie realizacji usług"

Załącznik nr 3 na poszczególnych obiektach/obszarach.

2.Zamawiający ma prawo kontroli i zgłaszania uwag co do wykonywanych prac.

3.Wszelkie uwagi dotyczące świadczenia usług Użytkownik / Zamawiający winien zgłaszać w pierwszej kolejności koordynatorowi i/lub ogrodnikowi. Wykonawca poinformowany o przedmiotowej sytuacji powinien każdorazowo wykonać dany zakres usługi bez konieczności wzywania go przez Zamawiającego z wyznaczeniem konkretnego terminu.

4.Wykonawca ma obowiązek w ciągu 1 doby od otrzymania informacji/wezwania od Zamawiającego w zakresie konieczności poprawy świadczenia usługi przystąpić do prawidłowego działania, a w przypadkach uzasadnionych do naprawienia/usunięcia powstałych szkód/nieprawidłowości w wyznaczonym terminie.

5.W przypadku usunięcia powstałych z winy Wykonawcy nieprawidłowości w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, realizacja usługi będzie traktowana jako należycie wykonana.

6.W przypadku nie usunięcia powstałych z winy Wykonawcy nieprawidłowości w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, realizacja usługi będzie traktowana jako nienależycie wykonana lub niezrealizowana i będzie stanowić podstawę naliczenia kar umownych zgodnie z § 12 umowy.

Izba ustaliła, że w §12 wzoru umowy, Zamawiający uregulował zasady naliczania kar umownych. Zamawiający wskazał:

1.Wykonawca zobowiązuje się do zapłaty Zamawiającemu kar umownych:

1.1.Jednorazowo w przypadku nienależytego realizowania usługi lub jednorazowo niezrealizowanie usługi przez Wykonawcę, pomimo kierowanych uwag ze strony Zamawiającego np. w przypadku świadczenia usługi w sposób niewłaściwy, pomimo zastrzeżeń Użytkowników (zawartych w „Rejestrach Potwierdzenia…" – Zał. nr 4 oraz „Protokole Odbioru Usługi" – Zał. nr 5), co do jakości i sposobu wykonywania usługi w konkretnym zakresie lub w przypadku zmniejszenia częstotliwości wykonywania poszczególnych czynności określonych w „Harmonogramie realizacji usług" – Załącznik nr 3, Zamawiający nałoży karę za nienależyte wykonanie/niezrealizowanie usługi, według miesięcznej stawki umniejszonej o 50%, za dany rodzaj usług przeznaczonych do realizacji na danym obszarze (kompleksie), którego dotyczyło niewykonanie usługi.

1.2.Dwukrotne nienależyte wykonanie usługi/nierealizowanie usługi pomimo interwencji Zamawiającego w trakcie trwania umowy, potwierdzone pisemnie przez Kierownika Infrastruktury, może stanowić podstawę do zlecenia podmiotowi zewnętrznemu wykonania tej usługi na koszt Wykonawcy pokryty z zabezpieczenia pobranego od Wykonawcy tytułem należytego wykonania umowy określonego w § 4 ust. 1 i będzie stanowić podstawę naliczenia kar:

1.2.1.W przypadku nienależycie zrealizowanej usługi (m.in. częściowe wykonanie usługi, niekompletne, niezgodne z „Opisem przedmiotu zamówienia" – Załącznik nr 1 i „Harmonogramem realizacji usług" – Załącznik nr 3w wysokości 200% wartości miesięcznej wynagrodzenia zamówienia netto za dany rodzaj usług przeznaczonych do realizacji na danym obszarze (kompleksie), którego dotyczyło niewykonanie usługi.

1.2.2.W przypadku niezrealizowanej usługi w wysokości 400% wartości miesięcznej wynagrodzenia zamówienia netto za dany rodzaj usług przeznaczonych do realizacji na danym obszarze (kompleksie), którego dotyczyło niewykonanie usługi.

1.3.Trzykrotne nienależyte wykonanie/niezrealizowanie usługi pomimo interwencji Zamawiającego w trakcie trwania umowy, potwierdzone pisemnie przez Kierownika Infrastruktury i skutkujące naliczeniem kar umownych, będzie stanowić podstawę do odstąpienia od niniejszej umowy przez Zamawiającego z winy Wykonawcy.

1.4.Za naruszenie postanowień § 6 ust. 5 umowy – w wysokości 5 000,00 zł za każdy taki przypadek/osobę. Nie dotyczy to wakatów trwających krócej niż 1 pełny miesiąc kalendarzowy.

1.5.Za nie dostarczenie wykazu osób lub niewykazanie dowodów na zatrudnienie na podstawie umowy o pracę osób wskazanych w z § 6 ust. 3 i 5 w wysokości 5 000,00 zł za każdy taki przypadek.

1.6.Brak ogrodnika lub osoby zastępującej zgodnie § 6 ust. 3 skutkuje naliczeniem kary w wysokości 500,00 zł za każdy taki przypadek.

1.7.Odstąpienia od realizacji umowy z przyczyn nie dotyczących Zamawiającego w wysokości 10 % wartości netto całości zamówienia (bez opcji).

2.Strony postanawiają, że mogą dochodzić odszkodowania uzupełniającego przewyższającego kary umowne do pełnej wysokości szkody.

3.Strony ustalają, że w razie naliczenia Wykonawcy kar umownych, Zamawiający jest upoważniony do potrącenia kwoty kar z faktury Wykonawcy za zrealizowany przedmiot umowy.

4.W przypadku niedostarczenia przez Wykonawcę polisy ubezpieczeniowej, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 0,1 % wartości brutto umowy za każdy dzień braku polisy.

5.W przypadku braku zabezpieczenia należytego wykonania umowy w okresie obowiązywania umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 0,1 % wartości brutto umowy.

6.Maksymalna wysokość kar umownych naliczonych łącznie w trakcie trwania umowy nie może przekroczyć 50% wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 1 umowy.

Izba ustaliła, że w §1 pkt 6 wzoru umowy, Zamawiający zawarł następujące postanowienie: „Zamawiający może wystąpić do Wykonawcy o dokonanie zmiany osoby wyznaczonej przez Wykonawcę do realizacji przedmiotu Umowy wraz z podaniem uzasadnienia przez Zamawiającego (w tym w szczególności zgodnie z uwagami Użytkownika zawartymi w Protokole odbioru usług - Załącznik nr 5). Wykonawca dokonana przedmiotowej zmiany w terminie do 14 dni kalendarzowych, liczonych od dnia przesłania przez Zamawiającego w formie papierowej/drogą elektroniczną zgłoszenia w tej sprawie. Z ważnych przyczyn oraz w sytuacji wątpliwości co do nieposzlakowanej opinii pracownika Wykonawcy, Zamawiający zastrzega sobie prawo wystąpienia do Wykonawcy o odsunięcie wyznaczonej osoby od realizacji przedmiotu Umowy w trybie natychmiastowym."

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby zarzuty podniesione w odwołaniu są niezasadne, co skutkowało oddaleniem odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 353¹ kc, art. 484 § 2 kc i art. 483 kc w związku z art. 8 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych ze względu na zastrzeżenie przez Zamawiającego kar umownych rażąco wygórowanych oraz ustalenie przez Zamawiającego procedury jednostronnego nakładania kar umownych bez możliwości stosowania procedury reklamacyjnej oraz art. 99 ust. 1 i ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez nieprecyzyjny opis przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia. Zdaniem Izby, Odwołujący nie wykazał naruszenia w/w przepisów przez Zamawiającego.

Zgodnie z art. 484 kodeksu cywilnego, można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Dłużnik nie może bez zgody wierzyciela zwolnić się z zobowiązania przez zapłatę kary umownej.

Zgodnie z art. 484 kodeksu cywilnego, w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły. W ustępie drugim, ustawodawca wskazał, że jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

Zgodnie z art. 353¹ kodeksu cywilnego, 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. 8 ust. 1 ustawy Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360, 2337 i 2339 oraz z 2023 r. poz. 326), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Izba wskazuje, że minimalną treść klauzuli kary umownej określa art. 483 § 1 KC, natomiast granice kształtowania tej treści wyznacza art. 353¹ k.c. Do koniecznych elementów ważnej klauzuli umownej kreującej obowiązek zapłaty kary umownej zaliczyć należy określenie zobowiązania (albo pojedynczego obowiązku), którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie rodzi obowiązek zapłaty kary oraz określenie sumy pieniężnej mającej stanowić surogat odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (art. 483 § 1 KC). Strony umowy korzystają ze swobody w oznaczeniu sumy stanowiącej karę umowną (art. 353¹ k.c.), ich ustalenia muszą być jednak na tyle precyzyjne, aby umożliwiały obiektywne jej oznaczenie, a naruszenie tej zasady będzie skutkować sankcją nieważności tego zastrzeżenia umownego (art. 58 § 3 KC).

Istota argumentacji Odwołującego sprowadzała się do twierdzenia, że wysokość kar umownych, jak również sposób ich naliczania określony przez Zamawiającego we wzorze umowy narusza zasady określone w art. 353¹ kodeksu cywilnego. Odwołujący jednakże nie wykazał naruszenia właściwości (natury) stosunku zobowiązaniowego, nie wykazał naruszenia ustawy ani zasad współżycia społecznego. Stanowisko Odwołującego sprowadza się do przytoczenia postanowień ze wzoru umowy i stwierdzenia, że wysokość kar umownych jest wygórowana, co uzasadnia przytoczeniem treści uzasadnień z kilku wyroków sądowych. Zdaniem Izby, nie stanowi to prawidłowego uzasadnienia zarzutów podniesionych przez wykonawcę. Izba w pierwszej kolejności wskazuje na specyfikę umów zawieranych w trybie ustawy Pzp, w przypadku których Zamawiający wyposażony został w większą możliwość określania zasad realizacji umowy. Zamawiający zobowiązany jest podać w specyfikacji warunków zamówienia istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Ustawa przyznaje więc zamawiającym prawo określenia istotnych postanowień przyszłej umowy (a za takie należy uznać m.in. postanowienia określające odpowiedzialności kontraktowej) i podania ich do wiadomości wykonawców, którzy akceptują te postanowienia przystępując do udziału w postępowaniu. Fakt skorzystania przez Zamawiającego z przyznanego ustawowo uprawnienia kształtowania treści umowy nie stanowi sam w sobie o naruszeniu zasady swobody umów (art. 353^1 Kc).

Dalej Izba wskazuje, że Odwołujący nie wykazał sprzeczności zaskarżonych postanowień z właściwością (naturą stosunku) stosunku zobowiązaniowego. Co więcej, Odwołujący w ogóle nie wyjaśnił jak rozumie właściwość (naturę) stosunku zobowiązaniowego jaki będzie wykreowany w ramach przeprowadzonego postępowania przetargowego i dlaczego kwestionowane postanowienia umowne naruszają właściwość takiego zobowiązania umownego. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14 kwietnia 2021 r. I NSNc 35/20 (…) Według znaczenia językowego „właściwość" oznacza „to, co jest charakterystyczne dla danej osoby lub rzeczy" lub „cechę tego, co właściwe, odpowiednie", zaś znaczenie słowa „natura" sprowadza się do „zespołu cech charakterystycznych dla określonych zjawisk, przedmiotów itp." i przesądza o tożsamości danego stosunku prawnego. Oznacza to, że zarówno w języku potocznym, jak i prawnym znaczenie użytych wyrazów jest podobne i można posługiwać się nimi zamiennie. Pojęcie to jest rozumiane jednak niejednolicie. Prezentowane jest stanowisko charakteryzujące się dążeniem do wykorzystywania „natury stosunku prawnego" w celu ochrony „słuszności kontraktowej", co zbliża jego rozumienie do klauzuli zasad współżycia społecznego. Przy takim ujęciu wskazuje się, że "właściwość (natura)" danej umowy jest zachowana, gdy realizuje ona wynikający z przepisów i utrwalony w praktyce obrotu „sens gospodarczy" i „wewnętrzną równowagę aksjologiczną" w rozkładzie praw i obowiązków stron". Przyjmując zatem, że właściwość (natura) stosunku zobowiązaniowego to sens gospodarczy zawieranej umowy oraz wewnętrzna równowag praw i obowiązków stron, Odwołujący winien wykazać, że powyższe założenia nie zostały zachowane przez Zamawiającego. Taki okoliczności jednakże wykonawca nie wykazał. Sens gospodarczy umowy zawieranej w trybie postępowania przetargowego to wybór rzetelnego wykonawcy, który daje należytą rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia publicznego. Ustawodawca przewidział w ustawie Pzp szereg narzędzi, z których podmiotu publiczny może skorzystać w celu realizacji w/w celu. Należą do nich m.in. możliwość określenia warunków udziału w postępowaniu czy określenie istotnych dla stron postanowień umownych, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Narzędzia te służą zapewnieniu, że zamawiający dokona wyboru wykonawcy doświadczonego, a zatem ryzyko nieprawidłowego wykonania zamówienia będzie zminimalizowane. W przypadku zaś, nieprawidłowego wykonania zamówienia przez wykonawcę poprzez instytucję kar umownych zamawiający zabezpiecza interes publiczny na etapie realizacji zamówienia. Zatem samo wprowadzenia kar umownych nie wypacza istocie stosunku zobowiązaniowego. Kwestionowana zaś wysokość kar umownych również, zdaniem Izby, nie stoi w sprzeczności z naturą stosunku zobowiązaniowego. Argument Odwołującego sprowadza się w zasadzie do twierdzenia, że kary są rażąco wygórowane. Ta ocena pozostaje wyłącznie subiektywną oceną danego wykonawcy, który z natury pozycji kontraktowej będzie zawsze dążył do eliminowanie kar umownych lub minimalizowania ich wysokości. Leży to bowiem w jego interesie. Obiektywna zaś ocena wysokości kar umownych wymaga odniesienia wartości kary umownej do konkretnego zobowiązania, relacji do całości świadczenia jakie ma być wykonane przez wykonawcę w ramach umowy i wysokości wynagrodzenia przewidzianego za jego realizację. Istotne jest ustalenia czy dane zobowiązanie wymaga współpracy z zamawiającym w celu jego prawidłowej realizacji czy leży w wyłącznej gestii wykonawcy jego prawidłowe wykonanie. Odwołujący zaniechał przeprowadzenia takiej analizy. Zbiorczy argument zawarty w odwołaniu, że kary umowne są wygórowane jest argumentem ogólnym i nie potwierdza zasadności podniesionego zarzutu. Izba podkreśla, że właściwość stosunku zobowiązaniowego nawiązana w wyniku postępowania przetargowego ma swoją specyfikę wyrażającą się chociażby w tym, że stroną takiej umowy jest podmiot publiczny dysponujący środkami publicznymi, nie zaś własnymi, prywatnymi. Zatem, obowiązkiem takiego podmiotu jest podjęcie wszelkich możliwych czynności w celu zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie prawidłowo. Takim narzędziem są kary umowne, które pełnią funkcję mobilizującą i zniechęcającą wykonawcę do nienależytego wykonania zamówienia. Ich wysokość musi być na tyle wysoka, aby wykonawcy po prostu nie opłacało się zapłacić kar umownej jako substytut prawidłowego wykonania zamówienia. Należy zauważyć, że przedmiotem zamówienia w analizowanym stanie faktycznym są usługi sprzątania obiektów wojskowych. Nie jest to zamówienie charakteryzujące się wysokim stopniem skomplikowania. Jego wykonanie wymaga zaangażowani pracy ludzkiej i sprzętu. Słusznie zatem wskazał Zamawiający, że wysokość kar umownych została zastrzeżona na takim poziomie, aby zmobilizować wykonawcę do prawidłowego i terminowego wykonania zamówienia, bowiem z punku widzenia Zamawiającego isotne jest to, że usługa zostanie wykonane terminowo i prawidłowo, bowiem to jest konieczne to prawidłowego funkcjonowania obiektów wojskowych objętych przedmiotem zamówienia. Zbyt niska wartość kary umownej powoduje to, że „taniej" dla wykonawcy jest zapłacić karę umowną niż ponieść koszty związane zatrudnieniem pracowników i nabyciem niezbędnych środków do wykonania zamówienia. Izba zwraca uwagę, że okoliczności, w których Zamawiający może naliczyć kary umowne są związane z organizacją pracy, a więc są to czynności leżące po stronie wykonawcy, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca. Zatem, trudno tutaj mówić o naruszeniu natury stosunku zobowiązaniowego. Odwołujący kwestionuje wartość jednostkową poszczególnych kar w oderwaniu od konkretniej usługi, jak również w oderwaniu od wartości całego zamówienia. Izba wskazuje, że kary umowne z §12 pkt 1.1 – 1.3 będą naliczone dopiero po uprzednim wezwaniu wykonawcy do poprawienia nieprawidłowego sposoby

wykonywania zamówienia. Wykonawca zatem ma możliwość sanowania swoich uchybień. Wysokość kary umownej jest związana z wysokością stawki wynagrodzenia za usługę, nie jest naliczana od wartości całej umowy. Odwołujący nawet nie odniósł się do poszczególnych stawek wynagrodzenia za poszczególne usługi i ewentualnej wartości takich kar umownych w relacji co całości wynagrodzenia. Zdaniem Izby, wysokość kary umownej na poziomie 50%/200%/400% wartości poszczególnych usług jest narzędziem do mobilizowania wykonawcy do prawidłowej realizacji zamówienia. Jak Izba wskazała powyżej, przedmiotem zamówienia są usługi bieżącego sprzątania, które mają znaczenie dla prawidłowego funkcjonowania Zamawiającego. Jak wyjaśnił Zamawiający celem wprowadzonych regulacji w zakresie kar umownych jest zapewnienie, aby wykonawca po prostu realizował usługi, bowiem z doświadczenia Zamawiającego wynika, ze wykonawcy odstępują od ich realizacji, bowiem bardziej opłacalne jest dla nich zapłacenie kary umownej. Jest to zasadny i istotny argument w sprawie. Uzasadnia on wysokość kar umownych jak i istotę ich wprowadzenia w umowie. Odwołujący nie wykazał w tym zakresie żadnych okoliczności przeciwnych.

Dalej Izba wskazuje, że zobowiązania wynikające z §6 pkt 9 i 11 są zobowiązanymi, których wykonanie leży w wyłącznej gestii wykonawcy. Zobowiązania te mają istotne znacznie z punktu widzenia realizacji klauzul społecznych oraz zapewnienia bezpieczeństwa na terenie Zamawiającego. Zdaniem Izby, wykonawca prawidłowo realizujący zamówienia posiada dokumenty potwierdzające zatrudnienie pracownika w oparciu o umowę o pracę. Zapewnia również, aby jego pracownicy wyposażeni byli w niezbędne wyposażenie i identyfikatory. Podejmuje w tym celu należne szkolenie pracowników. Odwołujący nie uzasadnił w żaden sposób dlaczego kwota w wysokości 5 000 zł jest zbyt wygórowana, biorąc pod uwagę wartość zamówienia i niski poziom skomplikowania zobowiązań wykonawcy w omawianym zakresie. Są to zobowiązania proste i nieskomplikowane. Ich wykonanie leży w wyłącznej gestii wykonawcy. Rzetelny i profesjonalny wykonawca, który przystępuje do realizacji zamówienia publicznego w dobrej wierze, znając zakres wymagań wynikających z umowy, bezsprzecznie może wykonać kwestionowane wymagania. Wysokość kary umownej jest na tyle wysoka, aby wykonawcy nie opłacało się zapłacić kary umownej jako substytutu prawidłowej realizacji swoich zobowiązań umownych.
Podobnie zdaniem Izby, kary zastrzeżone w pkt 1.6 – 1-7 dotyczą zobowiązań, których prawidłowa realizacja leży w gestii wykonawcy, a zatem to wyłącznie od działań samego wykonawcy, jego własnej organizacji pracy, rzetelności i zaangażowania zależy ich wykonanie. Wysokość kar umownych, co słusznie wskazał Zamawiający, ma na celu zmobilizowanie wykonawcy do prawidłowej realizacji zamówienia, nie zaś kalkulowaniu na etapie jego realizacji czy bardziej opłacalne będzie zapłacenie kary umownej, niż wykonanie kwestionowanego zobowiązania. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, zastrzeżone kary umowne nie stoją w sprzeczności z naturą stosunku zobowiązaniowego. Istota, natura stosunku zobowiązaniowego polega na tym, że obie strony wykonują swoje zobowiązania, działając w dobrej wierze i w zaufaniu do drugiej strony umowy, dążąc wspólnie do osiągniecia ustalonego celu umownego. Odwołujący zaś dąży do obniżenia kar umownych zakładając, że nie wykona w sposób prawidłowy nałożonych na niego zobowiązań i dążąc do minimalizacji start finansowych z tego tytułu.
Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, że postanowienia dotyczące kar umownych wypaczają celowi jakiemu służą tj. naprawienia szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego oraz, że nie jest dopuszczalne zastrzeżenie kary, w sytuacji, gdy Zamawiający nie ponosi szkody ze względu na działania lub zaniechania Wykonawcy nie mogą stanowić podstawy do uwzględnienia zarzutu. Odwołujący pomija bowiem okoliczność, że instytucja kary umownej nie jest związana z wysokością rzeczywistej szkody poniesionej przez wierzyciela. Wierzyciel domagający się zapłaty zastrzeżonej kary umownej ma obowiązek wykazać istnienie i treść stosunku zobowiązaniowego łączącego go z dłużnikiem, a także fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (art. 471 w zw. z art. 6 oraz art. 483 i 484 k.c.). Kara umowna, poza funkcją kompensacyjną, pełni przede wszystkim funkcje prewencyjną tj. ma zniechęcać wykonawcę do niewykonania zamówienia. Jej wysokość musi być na tyle wysoka, aby nie było opłacalne dla wykonawcy niewykonanie zamówienia. Celem postępowania o udzielenie zamówienia nie jest uzyskania kary umownej przez Zamawiającego. Celem postępowania jest uzyskania prawidłowo wykonanej usługi przez wykonawcę, bowiem ta usługa jest konieczna do prawidłowego funkcjonowania instytucji publicznej. Kary umowną przewidziana przez Zamawiającego służy właśnie temu celowi.
Izba podkreśla, że kara umowna nie jest pojęciem abstrakcyjnym i ma zastosowanie do konkretnych zobowiązań niepieniężnych nałożonych na strony danego stosunku zobowiązaniowego. Oznacza to, że ocena możliwości naliczenia kar umownych w kontekście naruszenia art. 353¹ kodeksu cywilnego winna być analizowane na tle konkretnego postanowienia umownego. Odwołujący zaś tego nie uczynił. Jeśli w jego ocenie wysokość kary umownej z tytułu niewykonania określonych zobowiązań wykonawcy wynikających z umowy o realizację zamówienia publicznego narusza art. 353¹ kodeksu cywilnego, to winien wskazać na treść obowiązku i wyjaśnić w kontekście przedmiotu zamówienia dlaczego wysokość kary umownej w tym konkretnym przypadku stanowi naruszenie zasad współżycia społecznego czy stoi w sprzeczności z naturą stosunku zobowiązaniowego. Odwołujący zaś ograniczył się do generalnego stwierdzenia,

że kary umowne są wygórowane, przywołując cytaty z orzeczeń sądowych.
Odnosząc się do zarzutu dotyczącego procedury naliczania kar umownych w § 7 ust. 5 umowy w zakresie usług objętych codziennym sprzątaniem bez możliwości podjęcia przez wykonawcę działania naprawczego, Izba uznała stanowisko wykonawcy za niezasadne. Należy wskazać, że kwestionowane postanowienia umowne dotyczą wyłącznie usług objętych codziennym sprzątaniem. Uwzględnienie stanowisko Odwołującego co do zmiany kwestionowanych postanowień oznaczałoby, że Zamawiający musi sprawować stałą i bieżącą kontrolę nad czynnościami wykonawcy, aby mieć możliwość informowania go na bieżąco o zaistniałych nieprawidłowościach. W praktyce, Zamawiający musiałby delegować swojego pracownika, który nadzorowałby pracownika Odwołującego świadczącego bieżące usługi sprzątania i który musiałby kontrolować jakość wykonywanych usług. Zdaniem Izby, Zamawiający określił w SWZ poziom jakość wykonywanych usług, wymagania co do środków chemicznych. To zadaniem wykonawcy jest prawidłowe wykonanie zamówienia, a przerzucenie pośrednio tego obowiązku na Zamawiającemu (do czego dąży Odwołujący poprzez proponowana zmiany) jest nieuprawnione.
Odnosząc się do zarzutu związanego z postanowienie § 1 ust. 6 wzoru umowy, Izba uznała stanowisko Odwołującego za niezasadne. Odwołujący powołał się na art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp argumentując, że posłużenie się przez Zamawiającego określeniem „z ważnych przyczyn”
oraz „nieposzlakowanej opinii pracownika” powoduje, że przedmiot zamówienia jest opisany niejednoznacznie, zatem Zamawiający powinien określić sytuacje do których referuje w spornym postanowieniu. Izba wskazuje, że wzór umowy przygotowany przez Zamawiającego zawiera wiele postanowień o charakterze ocennym. Przykładowo można wskazać tutaj na podstawienie zawarte w §13 pkt, w którym Zamawiający odwołuje się do istotnej zmiany okoliczności czy pojęcia nienależytego wykonania usługi. Klauzule ocenne stanowią element zobowiązań umownych i nie są okolicznością nadzwyczajną. Nie zawsze na etapie podpisywania umowy strony są w stanie sprecyzować okoliczności faktyczne, które będą mieściły się w postanowieniach zawierających elementy ocenne. Zdaniem Izby, interpretacja takich pojęć odbywa się na etapie realizacji zamówienia, przy uwzględnieniu obowiązków wykonawcy wynikających z umowy. W analizowanym stanie faktycznym, Zamawiający wymaga zatrudnienia pracowników wykonujących zamówienie na podstawie umowy o pracę. Zatem kluczowe znaczenie dla oceny zachowania danego pracownika mają przepisy kodeksu pracy. Kodeksu pracy nie zawiera zamkniętego katalogu poważnych naruszeń obowiązków pracowniczych. Podobnie w przedmiotowej umowie Zamawiający po prostu nie jest w stanie wskazać wszystkich okoliczności, które uzasadniałby zastosowanie przez Zamawiającego kwestionowanych postanowień umownych. Zwroty niedookreślone, nieostre podlegają wykładni w konkretnych okolicznościach faktycznych zaistniałych w trakcie realizacji zamówienia, przy uwzględnieniu całości postanowień umownych oraz wskazówek płynących z orzecznictwa. Jest bezsprzeczne, że do obowiązków wykonawcy należy uwzględnienie w ofercie kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników na podstawie umowy o pracę. Wykonawca w tym zakresie zobowiązany jest przygotować pracowników do realizacji zamówienia w sposób określony przez Zamawiającego i wynikający ze SWZ. Jest również zobowiązany do przeszkolenia pracowników w zakresie wymaganym przepisami kodeksu pracy.
Izba ponadto wskazuje, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał w jaki sposób kwestionowane postanowienia umowne uniemożliwiają mu przygotowanie oferty w postępowaniu i wyceny kosztów realizacji zamówienia. Odwołujący kwestionuje postanowienia związane z etapem wykonania umowy, jednakże nie wykazuje ich przełożenia na sposób przygotowania oferty i wycenę kosztów realizacji zamówienia. Odwołujący nie wykazał związku pomiędzy kwestionowanym postanowieniem SWZ, a niemożnością sporządzenia oferty. Izba zauważa, że art. 99 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Odwołujący nie wyjaśnił w żaden sposób jak kwestionowana klauzula utrudnia mu złożenia oferty w postępowaniu. W konsekwencji, Izba uznała, że nie było podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.
Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie 557 PZP oraz w oparciu o przepisy 1 i pkt 2 lit. b) w zw. z §8 ust. pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobieraniu wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.).

Przewodnicząca: ……..