

Wrocław, dnia 10 listopada 2023 r.

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

**Odwołujący:**

**Optima Cleaning Sp. z o. o.**

ul. A. Słonimskiego 1; 50-304 Wrocław

KRS: 0000588001; NIP: 8943069512 ; REGON: 363068270

reprezentowana przez pracownika

p. **Wojciech Binkowski**

tel.: **510 013 511**

email: **w.binkowski@impel.pl**

**Zamawiający:**

**7 SZPITAL MARYNARKI WOJENNEJ Z PRZYCHODNIĄ**

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej

im. kontradmirała profesora Wiesława Łasińskiego

80-305 Gdańsk, ul. Polanki 117

KRS: 0000011955; NIP: 5842334017 , REGON: 190594957

Numer tel.: 58 552 63 01

Adres poczty elektronicznej: [sekretariat@7szmw.pl](mailto:sekretariat@7szmw.pl)

Adres strony internetowej prowadzonego postępowania: [www.7szmw.pl](http://www.7szmw.pl)

## **ODWOŁANIE**

Na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 ust. 1 i 2 ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2021 poz. 1129 t. j. z dnia 2021.06.24 ze zm.) – dalej: *Ustawa lub pzp*, składamy odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn.: *Usługa utrzymania czystości wraz z czynnościami pomocniczymi przy pacjencie w 7 Szpitalu Marynarki Wojennej w Gdańsku*. (znak postępowania: 579/2023/PN).

I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 210-662017 z dnia 31.10.2023 r..
2. Nazwa postępowania opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: *Usługa utrzymania czystości wraz z czynnościami pomocniczymi przy pacjencie w 7 Szpitalu Marynarki Wojennej w Gdańsku*. Numer referencyjny: 579/2023/PN.

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

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 8, art. 431 Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez ustalenie niesymetrycznych uprawnień stron do wypowiedzenia umowy tj. poprzez zastrzeżenie w projekcie umowy uprawnienia Zamawiającego do rozwiązania umowy z błahego powodu;
- 2) art. 436 pkt 3 Ustawy w zw. z art. 8, art. 431, art. 16, art. 17 Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z art. 473 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. poprzez ustanowienie w treści projektu umowy maksymalnej wysokości kar umownych w wysokości odpowiadającej 50% wartości wynagrodzenia brutto;
- 3) art. 8, art. 99 ust. 1 i 2, art. 431, art. 16, art. 17 Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z art. 473 § 1 k.c. w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. oraz art. 58 kc poprzez:
  - a) określenie kar umownych na poziomie nieadekwatnym do wartości zamówienia, w wysokości rażąco wygórowanej, na poziomie nieadekwatnym do okoliczności, które mogą stać u podstaw powstania roszczenia Zamawiającego o jej zapłatę;
  - b) ustanowienie kar umownych za okoliczności niezawinione przez wykonawcę, a tym samym opisanie okoliczności naliczenia kar umownych w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszające zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji;

- III. Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści SWZ i ogłoszenia poprzez:

- 1) usunięcie postanowienia § 9 ust. 1 wzoru umowy albo zmianę § 9 ust. 1 wzoru umowy polegającą na modyfikacji ww. postanowienia w sposób, który spowoduje jego zgodnością Ustawą i Kodeksem cywilnym tj. nadanie § 9 ust. 1 wzoru umowy na przykład następującej treści

§ 9 ust. 1:

1. *Zamawiający może odstąpić od Umowy, w przypadkach, gdy:*
  - a. *wykonawca trwale zaprzestanie wykonywania zasadniczej części usługi, w terminie 5 dni od upływu ostatniego dnia miesiąca, w którym usługa miała być wykonywana,*
  - b. *czterokrotnego w ciągu jednego miesiąca zakwestionowania należytego wykonywania istotnych elementów usługi w trybie wskazanym w § 4 ust.1, pod warunkiem, że ww. zakwestionowanie będzie dotyczyło uchybień zawinionych przez wykonawcę*

- 2) zmianę § 7 ust. 6 wzoru umowy polegającą na modyfikacji ww. postanowienia w sposób, który spowoduje jego zgodnością Ustawą i Kodeksem cywilnym tj. nadanie § 7 ust. 6 wzoru umowy na przykład następującej treści:

*Łączna maksymalna wysokość kar umownych, nie może przekraczać 20 % maksymalnej szacunkowej wartości umowy netto (wskazanej w § 2 ust. 5).*

- 3) zmianę § 7 ust. 1 lit. e) – j) wzoru umowy polegającą na modyfikacji ww. postanowienia w sposób, który spowoduje jego zgodnością Ustawą i Kodeksem cywilnym tj. § 7 ust. 1 lit. e) – j) wzoru umowy na przykład następującej treści:

1. *Wykonawca zobowiązuje się zapłacić Zamawiającemu karę umowną:*

*(...)*

- e. w wysokości 0,5 % miesięcznej wartości umowy netto (wskazanej w § 2 ust.5), za każdorazowe zawinione naruszenie obowiązków wskazanych w załączniku nr 1 do umowy,*
- f. wysokości 0,5 % miesięcznej wartości umowy netto (wskazanej w § 2 ust.5), za każdorazowe zawinione naruszenie procedur wskazanych w § 3 ust.1 lit. a umowy,*
- g. w wysokości 0,3 % miesięcznej wartości umowy netto (wskazanej w § 2 ust.5), umowy za każdorazowe zawinione palenie papierosów (lub innych wyrobów tytoniowych w tym papierosów elektronicznych) na terenie Zamawiającego,*
- h. w wysokości 0,5 % miesięcznej wartości umowy netto (wskazanej w § 2 ust.5), umowy za każdorazowe zawinione naruszenie przepisów BHP lub przepisów ppoż.,*
- i. w wysokości 0,3 % miesięcznej wartości umowy netto (wskazanej w § 2 ust.5), za każdorazowe zawinione naruszenie przepisów sanitarnych,*
- j. w wysokości 0,5 % miesięcznej wartości umowy netto (wskazanej w § 2 ust.5), za każdy miesiąc, w którym doszło do zawinionego naruszenia postanowień umowy (w tym postanowień załączników do umowy) inne niż wymienione w powyższych lit. a)- i).*

#### IV. Wskazanie interesu Odwołującego:

Odwołujący oświadcza, iż ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie oferty i ubieganie się o przedmiotowe zamówienie.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów Ustawy i przepisów Kodeksu cywilnego, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, a ponadto jest narażony na szkodę polegającą na pozbawieniu Odwołującego uzyskania realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu ewentualnej realizacji niniejszego zamówienia.

#### V. Termin na złożenie odwołania:

Stosownie do przepisu art. 515 ust. 2 pkt 1 Ustawy, odwołanie wobec czynności Zamawiającego,

stanowiącej podstawę jego wniesienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub dokumentów zamówienia na stronie internetowej.

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31.10.2023 roku. Wobec powyższego odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

Wpis od odwołania w wysokości 15 000 zł. (słownie: piętnaście tysięcy złotych pięćset złotych) został wniesiony na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, tj. rachunek bankowy o numerze: 60 1010 1010 0081 3622 3100 0000 prowadzony przez NBP O/Okr. w Warszawie.

### UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Usługa utrzymania czystości wraz z czynnościami pomocniczymi przy pacjencie w 7 Szpitalu Marynarki Wojennej w Gdańsku.*

Odwołujący podnosi, że aktualne postanowienia dokumentacji postępowania są niezgodne z Ustawą, gdyż:

#### I. ROZWIĄZANIE UMOWY Z BŁAHEGO POWODU.

Zgodnie z postanowieniami projektu umowy:

§ 9 ust. 1:

1. *Zamawiający może odstąpić od Umowy, w przypadkach, gdy:*

- a. *wykonawca nie wykona prawidłowo usługi za dany miesiąc, w terminie 5 dni od upływu ostatniego dnia miesiąca, w którym usługa miała zostać wykonana,*
- b. *dwukrotnego zakwestionowania usługi w trybie wskazanym w § 4 ust.1,*

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z poglądem Krajowej Izby Odwoławczej niedozwolone jest formułowanie postanowień umownych uprawniających Zamawiających do rozwiązania umowy w dowolnym momencie jej trwania przy jednoczesnym zniesieniu skutków takiego wypowiedzenia lub odstąpienia tj. przy jednoczesnym uchyleniu odpowiedzialności odszkodowawczej Zamawiających. W ocenie KIO zastrzeżenie możliwości wypowiedzenia przez Zamawiającego danego rodzaju umowy z błahego powodu, incydentalnego niewykonania pojedynczego postanowienia umownego, niewykonania świadczenia ubocznego - nie jest dopuszczalne, z punktu widzenia osiągnięcia celów, którym służą umowy realizacyjne zamówień publicznych i bez ustalenia zasad rozliczeń z tym związanych. Sytuacja taka może spowodować, iż ustalone ceny oferty, mimo, że rentowne, mogą się okazać

przynoszące stratę, gdyby zamawiający zdecydował się wypowiedzieć umowę np. po 3-y miesięcznym okresie jej obowiązywania.

Przywołane postanowienie umowne pozwalają Zamawiającemu na rozwiązanie umowy z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę. Do odstąpienia od umowy wystarczającym jest zakwestionowanie przez Zamawiającego dowolnego elementu usługi. Ponadto do wypowiedzenia może dojść w przypadku nawet, gdy ww. zakwestionowanie dotyczy okoliczności niezawinionych przez wykonawcę. Uwagi wymaga również, że postanowienie § 9 ust. 1 lit. b) wzoru umowy nie zawiera żadnego ograniczenia czasowego. Tym samym Zamawiający jest uprawniony do odstąpienia w każdym dowolnym dniu wykonania umowy. Ilość wymaganych zastrzeżeń (2 zgłoszenia) dowodzi, że umowa może być rozwiązana w dowolnym momencie jej trwania.

W zakresie dotyczącym § 9 ust. 1 lit. a) wzoru umowy Odwołujący zwraca uwagę, że każde nieprawidłowe wykonanie umowy może stanowić podstawę do rozwiązania umowy z wykonawcą. Postanowienie to będzie znajdowało zastosowanie zarówno w przypadku, gdy wykonawca nienależycie wykona umowę jak i w przypadku, gdy zaniecha wykonania części lub całości zamówienia. Tak szeroki opis okoliczności uprawniających Zamawiającego do odstąpienia od umowy pozbawia wykonawcę pewności co do trwałości umowy o zamówienie publiczne.

Odwołujący podnosi, że umowa powinna enumeratywnie wskazywać przesłanki odstąpienia od umowy o charakterze istotnym i skutkującym nienależytą jakością świadczenia głównego. Brak precyzyjnego określenia ww. okoliczności powoduje, że Zamawiającego, dopiero w toku realizacji umowy, arbitralnie zdecyduje o wyborze okoliczności uzasadniających odstąpienie. Okoliczności te mogą być przyczynami błahymi i niebagatelnymi. Wykonawca pozostaje więc w niepewności co do terminu realizacji kontraktu. Dodatkowo całość konsekwencji z tytułu przedwczesnego zakończenia umowy obciąża wyłącznie wykonawcę.

Odwołujący podkreśla ponadto, że prawo do odstąpienia od umowy stanowi wyjątek od zasady trwałości stosunku prawnego, stąd jego zastosowanie nie powinno być uzależnione od nieistotnych lub niezawinionych naruszeń umowy przez dłużnika (wykonawcę). Odwołujący podkreśla również, że naruszenie obowiązków umownych przez dłużnika nie może służyć wierzycielowi wyłącznie jako pretekst do wycofania się z umowy, która okazała się dla niego niekorzystna.

Odwołujący zaznacza także, że w doktrynie podnosi się, iż ważną sferą zastosowania zasad współżycia społecznego jako granicy swobody umów jest problematyka tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Z uwagi na powyższe, wskazane postanowienia jako faworyzujące autora umowy, który czyni ze swego prawa użytek sprzeczny ze społeczno – gospodarczym przeznaczeniem tego prawa, naruszają art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 431 i nast. Pzp.

## II. MAKSYMALNA WYSOKOŚĆ KAR UMOWNYCH.

Zgodnie z postanowieniem § 7 ust. 6 projektu umowy:

*Łączna maksymalna wysokość kar umownych, nie może przekraczać 50 % maksymalnej szacunkowej wartości umowy netto (wskazanej w § 2 ust. 5).*

Określenie górnej granicy kar, które mogą być nałożone na wykonawcę na poziomie 50% wartości wynagrodzenia brutto powoduje, że pomimo zrealizowania przedmiotu zamówienia wykonawca może nie otrzymać zapłaty za blisko 1/2 wykonanego zamówienia, gdyż wynagrodzenie to zostanie skonsumowane przez kary umowne. Z kolei Zamawiający nie dość, że osiągnie cel, w jakim prowadzi postępowanie, czyli otrzyma usługę opisaną w SWZ, to jeszcze niejako uzyska zwrot 50% inwestycji, poczynionej na wykonanie tejże usługi. Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że takie ukształtowanie postanowień wzoru umowy pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, ideą kar umownych oraz podstawowymi zasadami Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący wskazuje również, że zgodnie z aktualną linią orzecniczą sądów powszechnych, wysokość kar, która w stosunku do wartości zobowiązania oscyluje w granicach kilkudziesięciu procent wartości umowy, uznawana jest za nadmierną dolegliwość, świadczącą o niewspółmierności w rozumieniu art. 484 § 2 k.c. (tak np. wyrok SO w Rzeszowie z dnia 25.09.2019 r.; sygn. akt: VI Ga 173/13, w ramach którego Sąd za niewspółmierną uznał karę umowną na poziomie 40% należnego wynagrodzenia). Co więcej, w orzecnictwie wskazuje się również, że roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie dostępującej od umowy wzajemnej, jeśli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy (wyrok SN z dn. 14.06.2018 r. sygn. akt: V CSK 534/17), co prowadzi do wniosku, że limit kar nie powinien przekraczać wysokości kary ustanowionej na wypadek odstąpienia od umowy. Na dzień złożenia odwołania ustalona, w projekcie kara za wypowiedzenie umowy wynosi 10% wynagrodzenia brutto wykonawcy. Już z tego choćby powodu maksymalna wysokość sumy kar umownych ustalona została z naruszeniem Prawa zamówień publicznych i kodeksu cywilnego.

## III. RAŻĄCO WYSOKIE KARY UMOWNE

Zgodnie z § 7 ust. 1 lit. e) – j) wzoru umowy:

2. *Wykonawca zobowiązuje się zapłacić Zamawiającemu karę umowną:*

*(...)*

*k. w wysokości 0,5 % maksymalnej szacunkowej wartości umowy netto (wskazanej w § 2 ust.5), za każdorazowe naruszenie obowiązków wskazanych w załączniku nr 1 do umowy,*

*l. wysokości 0,5 % maksymalnej szacunkowej wartości umowy netto (wskazanej w § 2 ust.5), za każdorazowe naruszenie procedur wskazanych w § 3 ust.1 lit. a umowy,*

- m. w wysokości 0,3 % maksymalnej szacunkowej wartości umowy netto (wskazanej w § 2 ust.5), umowy za każdorazowe palenie papierosów (lub innych wyrobów tytoniowych w tym papierosów elektronicznych) na terenie Zamawiającego,*
- n. w wysokości 0,5 % maksymalnej szacunkowej wartości umowy netto (wskazanej w § 2 ust.5), umowy za każdorazowe naruszenie przepisów BHP lub przepisów ppoż.,*
- o. w wysokości 0,3 % maksymalnej szacunkowej wartości umowy netto (wskazanej w § 2 ust.5), za każdorazowe naruszenie przepisów sanitarnych,*
- p. w wysokości 0,5 % maksymalnej szacunkowej wartości umowy netto (wskazanej w § 2 ust.5), za każdy miesiąc, w którym doszło do naruszenia postanowień umowy (w tym postanowień załączników do umowy),*

Odwołujący podnosi, że naliczenie kar umownych zdefiniowanych w § 7ust. 1 lit. e) – j) wzoru umowy ma charakter rażąco wygórowany oraz prowadzi do tego, że obciążenie wykonawcy jest nieadekwatne, a kara umowna nie służy kompensacji szkody powstałej u Zamawiającego a zbliża tak ukształtowane kary umowne do mechanizmu służącego nieuzasadnionemu wzbogaceniu Zamawiającego. Podobny pogląd został wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2018 r. (sygn. akt: KIO 2574/18) tj.: *wysokość kary pieniężnej (...)nie może prowadzić do rażąco wygórowanej odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy. W przeciwnym razie kara zmienia swój charakter odszkodowawczy i może doprowadzić do wypaczenia celu odpłatnej umowy. (...) Kara umowna powinna mieć wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę umowy, ale nie w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony kosztem drugiej, a wręcz czyniąc niecelowym jej wykonywanie.*

Uwagi wymaga, że kary zastrzeżone w § 7ust. 1 lit. e) – i) wzoru umowy obliczane są od maksymalnej szacunkowej wartości umowy netto za każdorazowe naruszenie niezależnie, czy naruszeni to było zawinione. Możliwość wielokrotnego naliczania tak wysokich kar powoduje, że ich limit może być wyczerpany już po pierwszym miesiącu wykonywania umowy. Powyższe oznacza, że ww. kary mają wyłącznie charakter represyjny, nie motywują wykonawcy do należytego wykonania umowy a ponadto wyłącznym ich celem jest przysporzenia bezpodstawnego wzbogacenia wykonawcy. Kary te są wygórowane i stanowią nieproporcjonalne obciążenie wykonawcy w stosunku do wysokości jego wynagrodzenia i potencjalnego zysku, jednocześnie pełniąc funkcje represyjną, nie zaś kompensacyjną.

Odwołujący zwraca uwagę, że w wyroku z dnia 25.06.2010 r. (sygn.. akt: KIO 1123.10) KIO wskazała, że kara umowna nie może być traktowana jako ubezpieczenie zamawiającego a kary umowne muszą być proporcjonalne do ceny umowy a nie do ewentualnych strat zamawiającego, gdyż do tego służą instytucje odszkodowań czy ubezpieczeń. W wyroku z 19 lutego 2010 r. (sygn.. akt: KIO/UZP 1839/09) stwierdzono, że „o karze rażąco wygórowanej można mówić, w sytuacji, gdy wysokość kar przekracza granice motywacji wykonawcy do realizacji zamówienia i stanowi przyczynek dla zamawiającego do wzbogacenia się. Sytuacja taka zachodzi niestety w niniejszej sprawie, w której Zamawiający zastrzegł wysokie kary

umowne dla poszczególnych naruszeń. Kary umowne są nieproporcjonalne a brak ich limitu biorąc w szczególności pod uwagę ich wysokość jest niezrozumiały”.

Odwołujący podkreśla również, że sprzeczne z prawem jest naliczanie kary umownej za niezawinione uchybienie. Kara umowna może być nakładana za zawinione działanie lub zaniechanie wykonawcy a nie za okoliczności, które nie są od niego uzależnione, w tym niezawinione. Każde z postanowień § 7 ust. 1 lit. e) – j) wzoru umowy umożliwia Zamawiającemu naliczenia kary umownej, w przypadku, gdyby wykonawca w sposób niezawiniony nie spełnił swojego zobowiązania umownego.

Zgodnie z art. 471 Kodeksu cywilnego dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonawcy zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik nie ponowi odpowiedzialności.

Pogląd o niemożności naliczenia kary umownej w przypadku braku winy potwierdzany był wielokrotnie przez Sąd Najwyższy, przykładowo już w wyroku z dnia 20 marca 1968 r. II CR 419/67: „(...) jeżeli wykonanie lub nienależyte wykonanie danego zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które strona zobowiązana nie ponosi odpowiedzialności (art. 471 Kodeksu Cywilnego), kary umownej nie nalicza się”, jak i obecnie, w najnowszych orzeczeniach – w wyroku z dnia 27 września 2013 r., sygn.. akt: I CSK 748/12” „Kara umowna stanowi odszkodowanie umowne i przysługuje wierzycielowi jedynie wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Innymi słowy zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej dłużnika, który zwolniony jest z obowiązku zapłaty kary, gdy wykáže, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Oznacza to, że przesłanką dochodzenia zapłaty kary umownej jest wina dłużnika w postaci co najmniej niedbalstwa.”. Potwierdzającym ugruntowaną obecnie już linię orzeczniczą Sądu Najwyższego, jest chociażby wyrok z dnia 26 stycznia 2011 r. II CSK 318/10, wyrok z dnia 6 października 2010 II CSK 180/10, wyrok z dnia 11 stycznia 2008 r. V CSK 3862/07, wyrok z dnia 21 września 2007 r. V CSK 139/07, wyrok z dnia 11 marca 2004 r. V CSK 369/03, wyrok z dnia 11 czerwca 2003 r. III CKN 50/01, wyrok z dnia 27 czerwca 2003 r. IV CKN 300/01.

Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że przywołane powyżej postanowienia umowne dotyczące kar umownych, stanowią naruszenie zasady swobody kontraktowej oraz są sprzeczne z podstawowymi celami kary umownej, stanowiącej surogat odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Tak sformułowane klauzule dotyczące kar umownych pełnią w rzeczywistości funkcję represyjną, nie zaś kompensacyjną a poziom kar umownych nie znajduje uzasadnienia, gdyż ich wysokość jest zbyt wysoka i nieproporcjonalna względem określonego potencjalnego przewinienia ze strony wykonawcy.

Odwołujący wskazuje również, że kara umowna powinna mieć ma charakter wyłącznie odszkodowawczy i kompensacyjny. Na gruncie przepisów prawa cywilnego nie ma podstaw do uznania kary umownej jako środka prewencyjnego, którego celem jest silne oddziaływanie na



niesolidnych wykonawców w sposób zapewniający należyte wykonanie umowy. Zatem ustalenie przez Zamawiającego zbyt wygórowanych kar umownych stanowi rażąco naruszenie prawa. Rażąco wygórowane kary prowadzą do sprzeczności celu umowy z zasadami współżycia społecznego, której skutkiem jest bezwzględna nieważność czynności prawnej (art. 353(1) k.c. w zw. z art. 58 § 1 k.c.).

Zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego prawo Zamawiającego do ustalenia warunków umowy ma swoje ograniczenie - Zamawiający nie może prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to m.in. z brzmienia jednej z najważniejszych zasad prawa cywilnego wyrażonej w art. 5 k.c., zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Zamawiający konstruując wskazane kary umowne dopuścił się naruszenia art. 5 k.c..

W ocenie Odwołującego Zamawiający niezgodnie z prawem wykorzystuje swoją pozycję dominującą w przetargu i wbrew zasadom współżycia społecznego, wprowadził do umowy rażąco wygórowane kary umowne, które z uwagi na swą konstrukcję, mogą mieć zastosowanie zarówno w przypadku drobnego uchybienia, nieskutkującego powstaniem jakiegokolwiek szkody po stronie Zamawiającego, jak i w przypadku niewykonania zobowiązania w znacznej części. Nie można również zapominać, że podstawową funkcją kary umownej jest naprawienie szkody (zryczałtowane odszkodowanie), a zatem stawka kary umownej nie powinna być ustalona abstrakcyjnie, lecz z uwzględnieniem przewidywanej szkody, jaka może powstać po stronie Zamawiającego. Jednakże postanowienie projektu umowy nie zostało oparte na powyższych założeniach

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Załączniki:

1. informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Odwołującego;
2. pełnomocnictwo do złożenia odwołania;
3. dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
4. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.