

Warszawa, dnia 7 sierpnia 2023 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Polska Grupa Górnicza S.A.

KRS 0000709363, NIP: 634-283-47-28,
40 - 039 Katowice, ul. Powstańców 30
Adres platformy EFO: <https://efo.coig.biz>
Tel.: +48 327572785
E-mail: s.harnasz@pgg.pl

Odwołujący:

DGP Security Partner Spółka z o.o.,

01-014 Warszawa, ul. Żytnia 15/23,
NIP: 691-21-99-052, KRS: 0000119190

reprezentowany przez radcę prawnego Iwonę Januszewską

adres do korespondencji dla Odwołującego:

59-220 Legnica, ul. Najświętszej Marii Panny 5e
tel. 76 856 76 00, fax: 76 856 76 09
e-mail: i.januszewska@grupadgp.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Świadczenie usług ochrony osób i mienia w Polskiej Grupie Górniczej S.A. Oddział KWK Sośnica”, nr sprawy 412301061

Ogłoszenie o zamówieniu: opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem **2023/S 142-455145** w dniu 26 lipca 2023 r.

ODWOŁANIE

Działający w imieniu i na rzecz DGP Security Partner sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) jako pełnomocnik w oparciu o pełnomocnictwo, które przesyłam w załączeniu, na podstawie art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn.zm.; dalej: „Pzp”), art. 513 pkt. 1 i pkt 2 Pzp, art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp niniejszym wnoszę odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego oraz zaniechań czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, podjętych w wyżej wymienionym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegających na:

1. wprowadzeniu do projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowień nadmiernie ograniczających konkurencję, niejednoznacznych oraz sprzecznych z przepisami prawa, sprzecznych z zasadą przejrzystości oraz zasadą proporcjonalności,
2. przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców co przejawiało się w sposób opisany powyżej,

tj. od treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia oraz treści dokumentów zamówienia w postępowaniu o udzielenie powyższego zamówienia publicznego.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego **zarzucam naruszenie:**

1. przepisów art. 436 pkt 3 Pzp w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego (dalej: „KC”) w zw. z art. 484 KC w zw. z art. 483 KC w zw. z art. 484 § 2 KC w zw art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16

Pzp w zw. z art. 17 Pzp, w zw. z art. 362 Pzp poprzez określenie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony w treści § 13 ust. 5 Załącznika nr 5 do SWZ – Istotne postanowienia umowy, na poziomie nieadekwatnym do wartości zamówienia, w wysokości rażąco wygórowanej, na poziomie nieadekwatnym do okoliczności, które mogą stanąć u podstaw powstania roszczenia Zamawiającego o jej zapłatę; a tym samym opisanie poziomu 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, przejrzystości i proporcjonalności.

Wskazując na powyższe zarzuty **wnoszę o:**

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści dokumentów zamówienia /ogłoszenia o zamówieniu poprzez zmianę treści § 13 ust.5 Załącznika nr 5 do SWZ – Istotne postanowienia umowy i nadanie mu brzmienia: „*Łączna maksymalna wartość kar umownych przysługujących Zamawiającemu nie przekroczy 30% Wartości Umowy, o której mowa w § 3 ust.1.*”

ponadto wnoszę o:

3. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa prawnego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Termin:

Stosownie do przepisu art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkursu lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne. Jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 lipca 2023 r.. Dokumenty zamówienia zamieszczono na stronie internetowej w dniu 26 lipca 2023 r., w tym też dniu zostały zamieszczone na platformie zamawiającego adres platformy EFO: <https://efo.coig.biz>.

Mając powyższe na uwadze termin na wniesienie odwołania od opisanych powyżej czynności upływa w dniu 7 sierpnia 2023 r.. Niniejsze odwołanie jest wnoszone w dniu 7 sierpnia 2023 r., co oznacza, iż Odwołujący uczynił zadość wymaganiom określonym w art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 7 sierpnia 2023 r., czyli z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 514 ust. 2 Pzp w zw. z art. 509 ust. 2 Pzp. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 7 sierpnia 2023 r., czyli z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 514 ust. 2 Pzp.

Interes:

Stwierdzić jednocześnie należy, że Odwołujący posiada legitymację uprawniającą do wniesienia odwołania określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, środki ochrony prawnej określone w Dziale IX ustawy Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ jest przedsiębiorcą w zakresie będącym przedmiotem niniejszego postępowania. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia, zaś sformułowane przez Zamawiającego niezgodnie z prawem treści ogłoszenia i dokumentów zamówienia, uniemożliwia Odwołującemu skuteczne ubieganie się o udzielenie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania niniejszego zamówienia, a tym samym nieosiągnięcia spodziewanego zysku z jego realizacji. Zgodnie z przyjętym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed otwarciem ofert, każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia, co do zasady, posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu [por. wyrok KIO z dnia 22 lutego 2012 r. (sygn. akt KIO 282/12), wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2014 r. (sygn. akt: KIO 527/14, wraz z cytowanym tam orzecnictwem), wyroki KIO z dnia 31 lipca 2015 r. lex 1771700]

Tym samym krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści dokumentów zamówienia jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Wobec powyższego, w związku z naruszeniem przez Zamawiającego przywołanych przepisów Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, albowiem nieprawidłowe sformułowanie projektowanych postanowień umowy będzie utrudniało mu dostęp do zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest dokonać wyboru oferty zgodnej z dokumentami zamówienia, wobec czego winien zadbać o to, aby warunki określone w tym dokumencie odpowiadały przepisom prawa. Jednocześnie szkoda, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, może mieć charakter nie tylko bezpośredni, ale również hipotetyczny. W pierwszym przypadku wykonawca traci bezpośrednio możliwość otrzymania zamówienia, w drugim szanse na jego uzyskanie.

Uzasadnienie

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług ochrony osób i mienia w Polskiej Grupie Górniczej S.A. Oddział KWK Sośnica w okresie 24 miesięcy.

W dniu 26 lipca 2023 roku zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz dokumenty zamówienia w tym projektowanie postanowienia umowy określające zasady realizacji przedmiotu zamówienia w tym prawa i obowiązki stron przyszłej umowy. Zgodnie z treścią treści § 13 ust.5 Załącznika nr 5 do SWZ – Istotne postanowienia umowy i nadanie mu brzmienia: „Łączna maksymalna wartość kar umownych przysługujących Zamawiającemu nie przekroczy Wartości Umowy, o której mowa w § 3 ust.1.”

W ocenie Odwołującego przywołane powyżej projektowane postanowienie umowy przewidujące łączny limit kar umownych na poziomie całkowitej wartości przedmiotu zamówienia stanowi rażące naruszenie art. 436 pkt 3 Pzp. Podkreślenia wymaga fakt, iż łączna maksymalna wysokość kar jest równa maksymalnej wartości umowy – tj. obejmującej również wynagrodzenie dodatkowe, należne w przypadku ujawnienia lub udaremnienia oszustwa.

Określenie górnej granicy kar, które mogą być nałożone na wykonawcę na poziomie 100% wartości wynagrodzenia powoduje, że pomimo zrealizowania przedmiotu zamówienia wykonawca może nie otrzymać zapłaty za wykonane zamówienie, 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 całej inwestycji, poczynionej na wykonanie tejże usługi. Wobec powyższego podnosimy, że takie ukształtowanie postanowień wzoru umowy pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, ideą kar umownych oraz podstawowymi zasadami Prawa zamówień publicznych. Uzasadniając wniosek o modyfikację postanowień umowy należy podnieść również, iż zgodnie z § 3 ustęp 9 Załącznika nr 5 do SWZ – Istotne postanowienia umowy: „Zamawiający oświadcza, że minimalny gwarantowany poziom wykonania Umowy wynosi 80 % wartości Umowy.

Wykonawcy nie przysługują roszczenia o wykonanie Umowy w większym zakresie." Innymi słowy Wykonawca może ostatecznie wykonać usługę jedynie w 80% jednak w trakcie jej realizacji kary umowne będą naliczane aż do maksymalnej łącznej wysokości wynikającej z pierwotnej wartości umowy. Nadmienić również należy, iż wnioskowany przez Odwołującego poziom łącznej wysokości kar umownych odpowiada poziomowi jaki znajduje się w umowach o zamówienie publiczne aktualnie realizowanych na rzecz Zamawiającego.

Odwołujący wskazujemy 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 KC (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. Ustalona, w Istotnych postanowieniach umownych kara za odstąpienie wynosi 20% wynagrodzenia wykonawcy. Już z tego choćby powodu maksymalna wysokość sumy kar umownych ustalona została z naruszeniem Prawa zamówień publicznych i kodeksu cywilnego.

W procedurze udzielania i realizacji zamówień publicznych to zamawiający jest w pozycji uprzywilejowanej względem wykonawców, umożliwiającą mu narzucanie warunków dotyczących realizacji zamówienia, jednak powinien on tak ukształtować treść umowy, aby realizacja zamówienia w ogóle była możliwa. Zatem zastrzeganie kar umownych nie powinno być celem samym w sobie, ale środkiem dyscyplinującym wykonawcę. Wielokrotnie wskazywała na to Krajowa Izba Odwoławcza, m.in. w wyroku z dnia 5 marca 2014 r., sygn. akt KIO 283/14.

W ocenie Odwołującego Zamawiający próbuje wykorzystać swoją pozycję dominującą w przetargu i wbrew zasadom współżycia społecznego, wprowadzić do umowy rażąco wygórowany limit kar umownych. 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, stąd wniosek o jego zmianę.

W zakresie samej kary umownej należy wskazać, iż kara umowna 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 limitów kar umownych stanowi rażące naruszenie prawa. Rażąco wygórowane kary prowadzą do sprzeczności celu umowy z zasadami współżycia społecznego, której skutkiem jest bezwzględna nieważność czynności prawnej (art. 353¹ KC w zw. z art. 58 § 1 KC).

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 KC, 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 KC. Zaproponowane przez Odwołującego obniżenie łącznej wysokości kar umownych ma z jednej strony zapewnić, iż w dalszym ciągu kary umowne będą spełniały funkcję represyjną, z drugiej zaś, że zaczną spełniać funkcję odszkodowawczą oraz prewencyjną, a nie „zarobkową”. Słuszność powyższego stanowiska poparła również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 grudnia 2015 r., sygn. akt KIO 2546/15. Zmiany, których Odwołujący oczekuje w SIWZ są również powodowane koniecznością zapobieżenia określonym działaniom Zamawiającego polegającym na nadużyciu prawa do obciążania wykonawcy karami umownymi (kary umowne nie powinny służyć wzbogaceniu Zamawiającego). Powyższe stanowisko jest również zgodne z obowiązującą w ustawie Pzp zasadą proporcjonalności określoną w art. 16 Pzp.

Tak rygorystyczne określenie okoliczności uzasadniających naliczenie kary umownej należy uznać, za nadużycie pozycji dominującej przez zamawiającego i określenie sankcji zbyt daleko idącej.

Powyższe zagadnienie było przedmiotem analizy dokonanej w komentarzu do ustawy Pzp pod redakcją Huberta Nowaka Mateusza Winiarza wydanego przez Urząd Zamówień Publicznych, w którym to opracowaniu czytamy: *„Ustalając górny limit kar umownych, zamawiający powinien mieć na uwadze, że wysokość kary umownej nie powinna prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia czy naruszenia zasady proporcjonalności, określonej w art. 16 pkt 3 Pzp. Kara umowna, jako surogat odszkodowania, powinna zmierzać do naprawienia szkody wyrządzonej zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, natomiast nie powinna stanowić dla niego źródła dodatkowego zysku. Ponadto, ustalając maksymalną wysokość kar umownych, zamawiający powinien pamiętać, że określanie restrykcyjnych lub nieproporcjonalnych do wysokości wynagrodzenia wykonawcy kar umownych może powodować, że w postępowaniu złożona zostanie mała liczba ofert lub wykonawcy uwzględnią w cenie ofertowej wysokość kar umownych, co powoduje albo wzrost ceny, albo nieuzasadnioną rozbieżność między cenami w sytuacji, gdy wykonawcy będą odmiennie wyceniać samo ryzyko i jego podstawy. (...) Oznacza to, że łączna maksymalna wysokość kar umownych, które przewiduje w umowie zamawiający, musi zostać już określona w projektowanych postanowieniach umowy, tak aby przystępujący do postępowania wykonawcy mogli ocenić zakres, skalę i podstawę do wyliczenia ryzyk. Ustawodawca nie precyzuje górnej granicy wysokości kar umownych, przekazując tym samym uprawnienie do jej indywidualizowania zamawiającemu jako gospodarzowi postępowania. Określając górny limit kar umownych, zamawiający powinien jednak wziąć pod uwagę zakres i rodzaj naruszenia obowiązków umowy, wielkość i specyfikę przedmiotu zamówienia oraz zasadę proporcjonalności i uczciwej konkurencji.”*

Mając powyższe na uwadze obecne postanowienia przyszłej umowy w zakresie łącznej wysokości kar umownych pozostają w sprzeczności z regulacją zasad prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne, obowiązku współdziałania stron oraz ratio legis konieczności wprowadzenia do umów o zamówienie publiczne postanowień regulujących maksymalną wysokość kar umownych.

Reasumując, należy uznać, iż czynności dokonane przez Zamawiającego, opierające się na wskazanych powyżej błędach i zaniechaniach, są nieprawidłowe i w sposób bezsporny naruszają przepisy ustawy Pzp. W związku z powyższym, niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione i zasługuje na uwzględnienie, dlatego też wnoszę jak w petitum.

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.

.....
r. pr. Iwona Januszewska
(nr wpisu WA-11144)
pełnomocnik Odwołującego