

Wrocław, dnia 07 sierpnia 2023 r.

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

**Odwołujący:**  
Impel S.A.  
ul. Słonimskiego 1; 50-304 Wrocław  
KRS: 0000004185; NIP: 8990106769; REGON: 006318849  
reprezentowana przez pracownika  
p. Jadwigę Łecką  
tel.: 510011594  
email: j.lecka@impel.pl

**Zamawiający:**  
Polska Grupa Górnicza S.A.  
ul. Powstańców 30; 40-039 Katowice  
Główny adres: <https://www.pgg.pl>  
E-mail: s.harnasz@pgg.pl  
Tel.: +48 327572785

## **ODWOŁANIE**

Na podstawie przepisu art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) składamy odwołanie wobec treści postanowień specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług ochrony osób i mienia w Polskiej Grupie Górniczej S.A. Oddział KWK Sośnica”.

### **Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):**

Nr ogłoszenia **2023/S 142-455145** z dnia 26 lipca 2023r.  
Świadczenie usług ochrony osób i mienia w Polskiej Grupie Górniczej S.A. Oddział KWK Sośnica.  
Numer referencyjny: 412301061.

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

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów, które ma wpływ na wynik postępowania w sprawie zamówienia publicznego tj. art. 436 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych w związku z art. 353<sup>1</sup> kc, art. 484 § 2 kc i art. 483 kc w związku z art. 8 ust. 1 poprzez wadliwe określenie przez Zamawiającego łącznej wysokości kar umownych.

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

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

### **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 zgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie.

## **UZASADNIENIE**

### **Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych odwołania oraz wskazanie dowodów na ich poparcie.**

W dniu 26 lipca 2023 roku zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz SWZ dotyczące przedmiotowego zamówienia. W ocenie Odwołującego postanowienia SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w załączniku nr 5 do SWZ – istotne postanowienia umowy IPU (por. postanowienie § 13 ust. 5) wprowadził następującą klauzulę:

*„5. Łączna maksymalna wartość kar umownych przysługujących Zamawiającemu nie przekroczy Wartości Umowy, o której mowa w § 3 ust.1.”*

Odwołujący zarzuca, że ustalenie przez Zamawiającego limitu kar umownych na poziomie wartości całego wynagrodzenia umownego stanowi rażące naruszenie przepisu art. 436 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych.

Mając na względzie opinię Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych ([https://www.uzp.gov.pl/\\_data/assets/word\\_doc/0027/48465/Wyrownanie\\_stron-umowy\\_partners.docx](https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/word_doc/0027/48465/Wyrownanie_stron-umowy_partners.docx))

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający, ustalając górny limit kar umownych, winien mieć na uwadze, że wysokość kary umownej nie powinna prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego, czy naruszenia zasady proporcjonalności, określonej w art. 16 ustawy prawo zamówień publicznych.

Jak już podniesiono, kara umowna, jako surogat odszkodowania, nie powinna stanowić źródła dodatkowego zysku. Ponadto Zamawiający, ustalając maksymalną wysokość kar umownych, powinien pamiętać, że określanie restrykcyjnych lub nieproporcjonalnych do wartości przedmiotu zamówienia kar umownych może powodować, że w postępowaniu złożona zostanie mała liczba ofert lub wykonawcy uwzględnią w cenie ofert wysokość kar umownych, co powoduje wzrost ceny albo nieuzasadnioną rozbieżność między cenami w sytuacji, gdy wykonawcy będą odmiennie wyceniać to samo ryzyko i jego podstawy.

W konsekwencji Zamawiający winien wziąć pod uwagę zakres i rodzaj naruszenia obowiązków umowy, wielkość i specyfikę przedmiotu zamówienia oraz zasadę proporcjonalności i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazuje, 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 zaznacza, iż Zamawiający, ustalając maksymalny limit kar umownych, pominął naturę stosunku prawnego, jaka łączyć ma strony oraz zignorował zasady współzycia społecznego zakładające równoprawność stron zawieranej umowy, czym naruszył dyspozycję art. 353<sup>1</sup> k.c. Ponadto kara umowna może być uznana za rażąco wygórowaną zgodnie z art. 484 § 2 k.c. Odwołujący podkreśla, 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 zastrzeżenie 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 zastrzeżenia 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 wskazuje, że przy limicie kar umownych na poziomie wartości wynagrodzenia za całość umowy - 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 zauważa, 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 współzycia społecznego. Odwołujący wskazuje na dysharmonię wobec limitu wartości kar stosowanych na podobnych zamówieniach realizowanych obecnie w Polsce, których maksymalna wysokość kar umownych nie przekracza z reguły pułapu 20% wartości umowy.

Odwołujący podkreśla, 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 zaznacza, 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 konsekwencji Odwołujący stwierdza, iż Zamawiającemu nie chodzi tylko o zrealizowanie przedmiotu zamówienia, lecz nastawiony jest na systematyczne penalizowanie Wykonawcy. Odwołujący zauważa, iż przy tak ustalonym limicie - kary umowne w niniejszej umowie tracą przymiot surogatu odszkodowania.

#### **ŻADANIE:**

Odwołujący wnosi o zmianę postanowienia § 13 ust. 5 projektu umowy w następującym brzmieniu lub równoważnym:

*„5. Łączna maksymalna wartość kar umownych przysługujących Zamawiającemu nie przekroczy 20% Wartości Umowy, o której mowa w § 3 ust.1.”*

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.