

Warszawa, dnia 7 stycznia 2021 roku

Do:

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Zamawiający:

Górnośląsko-Zagłębiowska Metropolia

ul. Barbary 21 A

40-053 Katowice

Tel: + 48 32 718 07 00

Adres poczty elektronicznej:

zp@metropoliagzm.pl

Strona internetowa: www.metropoliagzm.pl

dalej „Zamawiający”

Odwołujący:

Thales Polska sp. z o.o.

ul. gen. Józefa Zajączka 9

01-518 Warszawa

Nr w KRS: 0000053615

Reprezentowany przez:

Konstantego Białowolskiego

Tel.: 22 63 95 200

Adres poczty elektronicznej:

przetargi@bf.thalesgroup.com oraz

konstanty.bialowolski@thalesgroup.com oraz

jacek.krzywosz@thalesgroup.com

dalej „Odwołujący”

Zamówienie powyżej progu określonego w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz.1843), (dalej: „PZP”), prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „ŚKUP 1.5 - Unowocześnienie systemu pobierania opłat za przejazdy publicznym transportem zbiorowym” – modernizacja, utrzymanie i rozwój systemu Śląskiej Karty Usług Publicznych (Numer referencyjny: ZP.270.4.2020), dalej „postępowanie” lub „zamówienie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało wysłane do Dz. Urz. U.E. w dniu 23.12.2020 r. i opublikowane w dniu 28.12.2020 r. pod nr 2020/S 252-635226.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego - **Thales Polska sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie oraz na

podstawie art. 513 pkt 1) i 2) w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019, oraz 2020 poz. 288, 1492 i 1517 z późn. zm.) wnoszę odwołanie na treść ogłoszenia opublikowanego w dniu 28.12.2020 r. pod nr 2020/S 252-635226 w Dz. Urz. U.E. („Ogłoszenie”) oraz na treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”), w postępowaniu na „ŚKUP 1.5 - Unowocześnienie systemu pobierania opłat za przejazdy publicznym transportem zbiorowym”, wobec następujących postanowień:

- 1) **Sekcja IV.2.2) Ogłoszenia oraz pkt XVIII ust. 1 SIWZ**, tj. wyznaczenie terminu składania ofert na dzień 16 lutego 2021 r.;
- 2) **Załącznik nr 12 do SIWZ – Wzór umowy o udzielenie zamówienia publicznego, dalej „Umowa” - § 17 Umowy**, w zakresie wszystkich przypadków w jakich Zamawiający przewiduje kary za opóźnienie w realizacji obowiązków umownych przez Wykonawcę;
- 3) **§ 17 ust. 5 Umowy** – w zakresie w jakim jedno zdarzenie może stanowić podstawę do nałożenia na Wykonawcę więcej niż jednej kary umownej;
- 4) **§ 17 ust. 9 Umowy** – w zakresie wyłączenia w wymienionych przypadkach (lit. a - d ustępu 9) wprowadzonego (zdanie 2 ustępu 9) ograniczenia odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy, a także w zakresie ustanowienia zbyt wysokiego limitu kar umownych.

Wnosząc niniejsze odwołanie zarzucam Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa (zarzuty):

- 1) **art. 9a ust. 1 i 2 PZP w związku z art. 43 ust. 1 – 2a PZP oraz z art. 7 ust. 1 PZP** – poprzez wyznaczenie przez Zamawiającego w Ogłoszeniu (Sekcja IV.2.2) oraz SIWZ (pkt XVIII ust. 1) zbyt krótkiego terminu na złożenie oferty, nieadekwatnego do przedmiotu zamówienia, jego złożoności i rozmiarów, nieuwzględniającego czasu koniecznego do rzetelnego sporządzenia oferty, a także w sposób godzący w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) **Art. 14 ust. 1 oraz art. 139 ust. 1 PZP w związku z art. 353¹ Kodeksu cywilnego (dalej „KC”) w zw. art. 5 KC oraz w związku z art. 471 KC w zw. art. 483 KC w zw. 476 KC w zw. z art. 473 § 1 KC w zw. z art. 7 ust. 1 PZP** – poprzez określenie przez Zamawiającego w § 17 Umowy odpowiedzialności z tytułu kar umownych za „opóźnienie”, zamiast za „zwłokę” w realizacji obowiązków umownych przez Wykonawcę, a zatem ustanowienia odpowiedzialności Wykonawcy za wszelkie opóźnienia, zarówno zawinione jak i niezawinione oraz poprzez określenie w § 17 ust. 5 Umowy, że jedno zdarzenie może stanowić podstawę do nałożenia na Wykonawcę więcej niż jednej kary umownej, a więc umożliwienie „karania” Wykonawcy kilkoma karami umownymi za to samo zdarzenie. Powyższe prowadzi do ustanowienia nadmiernych i nieadekwatnych obciążeń Wykonawcy, naruszających zasadę proporcjonalności, w szczególności w stosunku do specyfiki zamówienia i uwarunkowań rynkowych, oraz naruszających zasadę równego traktowania i równości stron umowy, a także może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego względem Wykonawcy, co powoduje nieuprawnione uprzywilejowanie Zamawiającego. Działanie Zamawiającego ustanawia zasady odpowiedzialności Wykonawcy niezgodnie z PZP, w tym zaprzecza istocie i funkcji kary umownej. Takie jednostronne ustanawianie warunków Umowy nie mieści się w granicach swobody zawierania umów i nie stanowi jej realizacji oraz stanowi przejaw czynienia ze swojego prawa użytku, który jest sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa oraz z zasadami współżycia społecznego.
- 3) **Art. 14 ust. 1 PZP oraz art. 139 ust. 1 PZP w związku z art. 353¹ KC oraz w zw. art. 5 KC w zw. z art. 7 ust. 1 PZP** - poprzez wyłączenie w wymienionych przypadkach (§ 17 ust. 9 lit. a-

d Umowy) wprowadzonego (§ 17 ust. 9 zdanie 2 Umowy) ograniczenia odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy, co stanowi, że ograniczenie odpowiedzialności ma charakter wybiórczy, zawierający liczne wyjątki, nadające mu pozorny charakter, a także w zakresie ustanowienia limitu kar umownych na poziomie wartości całego wynagrodzenia Wykonawcy (§ 17 ustępu 9 zdanie 2 Umowy), co *de facto* stanowi o braku limitu kar umownych. Powyższe prowadzi do ustanowienia nadmiernych i nieadekwatnych obciążeń Wykonawcy, naruszających zasadę proporcjonalności, w szczególności w stosunku do specyfiki zamówienia i uwarunkowań rynkowych, oraz naruszających zasadę równego traktowania i równości stron umowy, a także może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego względem Wykonawcy (kary umowne), co powoduje nieuprawnione uprzywilejowanie Zamawiającego. Takie jednostronne ustanawianie warunków Umowy nie mieści się w granicach swobody zawierania umów i nie stanowi jej realizacji oraz stanowi przejaw czynienia ze swojego prawa użytku, który jest sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa oraz z zasadami współżycia społecznego.

Zarzucając powyższe Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian treści:

1) **Sekcji IV.2.2) Ogłoszenia oraz pkt XVIII ust. 1 SIWZ**, poprzez określenie terminu składania ofert nie wcześniej niż na dzień 16 kwietnia 2021 r.;

2) **§ 17 Umowy**, poprzez zastąpienie odpowiedzialności za „opóźnienie” we wszystkich przypadkach w jakich Zamawiający przewiduje kary umowne za opóźnienie, odpowiedzialnością za „zwłokę”;

3) **§ 17 ust. 5 Umowy**, poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„Kary umowne są niezależne od siebie i podlegają sumowaniu, w szczególności w ten sposób, że nałożenie kary umownej z jednego tytułu nie wyłącza uprawnienia do nałożenia kary umownej z innego tytułu, z zastrzeżeniem, że kary umowne z tytułu tego samego zdarzenia nie podlegają kumulacji. Z uwzględnieniem zastrzeżenia, o którym mowa w zadaniu poprzednim, każda kara umowna będzie naliczona odrębnie.”.

4) **§ 17 ust. 9 Umowy**, poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„Wykonawca ponosi odpowiedzialność za szkody poniesione przez Zamawiającego lub osoby trzecie w związku z realizacją Przedmiotu Umowy przez Wykonawcę na zasadach określonych w niniejszym § 17. Odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania niniejszej Umowy, ograniczona jest do wysokości wynagrodzenia brutto określonego w § 14 ust. 1 zd. 1 Umowy, z zastrzeżeniem, że wysokość kar umownych nałożonych przez Zamawiającego na Wykonawcę nie może przekroczyć 20 % wartości tego wynagrodzenia. Ograniczenie odpowiedzialności Wykonawcy, o którym mowa w zdaniu poprzednim, nie znajduje zastosowania w odniesieniu do szkód wyrządzonych umyślnie”.

Ponadto Odwołujący wnosi o przyznanie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie.

W zakresie wniosków dowodowych, Odwołujący wnosi o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania (wynikających z dokumentacji postępowania).

UZASADNIENIE

1. Uzasadnienie interesu we wniesieniu odwołania

Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący posiada wiedzę i doświadczenie dające rękojmię jego należytego wykonania. Odwołujący jest podmiotem profesjonalnym, który w ramach swojego przedsiębiorstwa specjalizuje się w realizacji zamówień takich jak objęte przedmiotem niniejszego przetargu. Jednakże w świetle naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów, zostaje on pozbawiony możliwości udziału w postępowaniu i tym samym możliwości uzyskania zamówienia, a w konsekwencji może ponieść określoną szkodę z tym związaną. Nadto, w przypadku wyboru oferty Odwołującego, będzie on zobowiązany do podpisania umowy na realizację zamówienia zgodnie z jej aktualnym wzorem, który jest niezgodny z obowiązującymi przepisami. Tym samym, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, a ponadto jest narażony na szkodę polegającą na pozbawieniu Odwołującego realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu jego realizacji.

2. Uzasadnienie zachowania terminu do wniesienia odwołania

Ogłoszenie i SIWZ opublikowane zostały w dniu 28 grudnia 2020 roku, zatem odwołanie zostało wniesione w terminie.

Uzasadnienie dotyczące zarzutów odwołania:

3. Wyznaczenie przez Zamawiającego zbyt krótkiego terminu na złożenie oferty (zarzuty z pkt 1)

Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na dzień 16 lutego 2021 r. (tak Sekcja IV.2.2 Ogłoszenia oraz pkt XVIII ust. 1 SIWZ). Wskazany termin jest zbyt krótki, nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, jego złożoności i rozmiarów, nieuwzględniający czasu niezbędnego na rzetelne przygotowanie oferty, w szczególności biorąc pod uwagę fakt, że Wykonawca musi przygotować szereg dokumentów, które muszą być do niej dołączone (zgodnie z pkt XVII ust. 5 SIWZ). Dokumenty te to m.in. koncepcja realizacji projektu, metodyka w ramach pełnego cyklu życia projektu, opis sposobu modernizacji poszczególnych urządzeń i komponentów sprzętowych, itp. Biorąc po uwagę, że Opis Przedmiotu Zamówienia liczy łącznie kilkaset stron, przygotowanie rzetelnej oferty we wskazanym terminie jest nierealne. Trzeba także zauważyć, że część dokumentów niezbędnych do przygotowania oferty ma charakter poufny i zostaną udostępnione Wykonawcy z opóźnieniem (pkt XXVII SIWZ), co w szczególności zgodnie z art. 9a ust. 2 PZP tym bardziej wpływa na konieczność wydłużenia terminu składania ofert, w celu umożliwienia zapoznania się z zawartymi w nich informacjami.

Zgodnie z art. 9a PZP wyznaczając terminy składania ofert, Zamawiający jest zobowiązany uwzględnić złożoność zamówienia oraz czas na sporządzenie ofert z zachowaniem określonych w ustawie minimalnych terminów składania ofert. Powyższe wyraźnie wskazuje, że Zamawiającego zawsze obowiązują terminy minimalne, jednakże jest on zobowiązany do ich wydłużenia z uwagi na złożoność zamówienia oraz czas niezbędny na przygotowanie ofert. **Zawsze decydujące są tutaj okoliczności konkretnego postępowania. Ustawowy termin minimalny nie może być w żadnym razie traktowany jako zasada** (patrz: Komentarz do art. 9a PZP red. Jaworska 2020, wyd. 11/J Jarnicka, Legalis 2020). Wskazane stanowisko znajduje odzwierciedlenie w doktrynie prawa zamówień

publicznych i orzecznictwie.

Podnosi się, że ustawodawca wyraźnie wskazuje na konieczność dostosowania terminu składania ofert w danym postępowaniu, nakazując zamawiającemu uwzględnić czas niezbędny na przygotowanie oferty (W. Dzierżanowski, J. Jurzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz. WKP*, 2012, wyd. V.). Wskazuje się także, że „(...) jeżeli przedmiot zamówienia jest skomplikowany, nietypowy, to i czas niezbędny na przygotowanie oferty nie może zawierać się w czasie minimalnym wskazanym w art. 43 ust. 1-3. Należy mieć na względzie to, że wskazane w komentowanym przepisie terminy minimalne są to terminy średnie, niezbędne do przygotowania oferty na zamówienie typowe. (...) wyższa wartość przedmiotu zamówienia to bardziej skomplikowany przedmiot zamówienia i bardziej czasochłonna oferta. Czas niezbędny na przygotowanie i złożenie oferty nie jest tożsamy z czasem, w którym dany wykonawca jest w stanie skompletować wszystkie wymagane przez zamawiającego dokumenty i zaświadczenia do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego” (S. Babiarczy, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Art. 43 PZP*, LexisNexis, Warszawa 2013, wyd. III).

Zgodnie z uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 maja 2019 r. (KIO/KD40/19) **„Zamawiający, ustalając termin składania ofert, winien mieć na względzie konieczność zapewnienia wszystkim potencjalnym wykonawcom możliwości ubiegania się o zamówienie, a więc ustalić czas składania ofert w taki sposób aby zapewnić im możliwość przygotowania oferty i złożenia jej w terminie a w postępowaniach powyżej progów unijnych pamiętać również, że termin składania liczony jest od momentu przekazania ogłoszenia o zamówieniu a zatem zapoznanie się wykonawcy z treścią opublikowanego ogłoszenia możliwe staje się dopiero po kilku dniach od jego przesłania do publikacji.”**

W wyroku KIO z dnia 1 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 79/11, KIO 89/11, KIO 90/11 Izba stwierdziła, że „uwzględnienie czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty w warunkach konkretnego postępowania, w szczególności opisu przedmiotu zamówienia jego złożoności i rozmiarów, **zapewnia realną konkurencję w postępowaniu i odpowiada postulatowi wynikającemu z art. 7 ust. 1 Pzp.**”.

W innym orzeczeniu KIO z dnia 5 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2765/11 wskazano m.in.: „(...) Izba rację przyznaje odwołującemu oraz przystępującemu, którzy w toku postępowania odwoławczego zwracali uwagę, iż zamawiający wyznaczył na składanie ofert termin **zbyt krótki, nieuwzględniający czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, złożoności i wartości przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji niegwarantujący wykonawcom możliwości złożenia rzetelnych i prawidłowo skalkulowanych ofert**. Odwołujący i przystępujący wskazywali, iż termin do składania ofert powinien uwzględniać wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na czasochłonności przygotowania rzetelnej oferty, jak również mieć na względzie wszystkie niezbędne czynności - wymogi, którym wykonawcy muszą sprostać. (...)”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi się w celu uzyskania przedmiotu zamówienia w jak najszerszym zakresie odpowiadającego potrzebom Zamawiającego, a przy tym najkorzystniejszego pod względem cenowym.

Rzetelne skalkulowanie ceny za realizację przedmiotu zamówienia wymaga **w przedmiotowym postępowaniu o wiele więcej czasu w porównaniu do czasu wyznaczonego przez Zamawiającego**. Wskazuje na to m.in. związana ze skalą przedsięwzięcia konieczność zorganizowania szerokich konsultacji pomiędzy specjalistami wielu branż, pozyskania i negocjacji ofert dostawców materiałów, oprogramowania itp., analizę i przygotowanie źródeł finansowania. W projekcie jest szereg skomplikowanych zagadnień, które wymagają szczegółowej analizy pod kątem ryzyka. Zamawiający

przewidział wykonanie zamówienia poprzez modernizację urządzeń, ale także dopuścił ich wymianę. Dopiero analiza, o której mowa powyżej, dokonana na podstawie całości dokumentacji, pozwoli rzetelnie skonstruować ofertę m.in. w tym zakresie. Postępowanie składa się w sumie z wielu zadań, a każde z nich mogłoby stanowić niezależny projekt (zamówienie). W Opisie Przedmiotu Zamówienia, w aż w 17 punktach Zamawiający wskazuje na jego elementy, poczynając od budowy systemu koncentrycznego, poprzez dostawy kart, modernizację istniejących urządzeń, utrzymanie równocześnie starego i nowego systemu, dostawę kart NFC, migracji baz danych, utrzymanie i administracji w chmurze obliczeniowej systemu, modernizacji istniejącego sprzętu i jego naprawy na terenie aglomeracji śląskiej jak i również w pojazdach komunikacji miejskiej; automatów biletowych, kasowników, urządzeń kontrolerskich, terminali sprzedażowych, czytników kart, pinpadów. Ponadto w ramy zamówienia wchodzi szkolenia, integracja i certyfikacja. Idąc dalej wykonawca będzie zobowiązany do budowy aplikacji mobilnej, web portalu, CRM i innych, jak płatności mobilne czy kartą EMV. W Załączniku nr 2 OPZ na 201 stronach Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia, gdzie chociażby na stronie 53 znajdujemy *de facto* kolejny przedmiot zamówienia, opisany w dwóch zdaniach, jakim jest centrala telefoniczna czy określona funkcjonalność Contact Center wraz z IVRem, tym razem z dziedziny telekomunikacji. Wszystko to świadczy o bardzo dużym poziomie złożoności, a to implikuje konieczność dania wykonawcom odpowiedniego czasu na skalkulowanie ceny oferty, zakładając, że ma to być wycena rzetelna, zapewniająca prawidłowe wykonanie umowy.

Wyznaczając zbyt krótki termin składania ofert Zamawiający pozbawił się realnej konkurencji, a zatem możliwości uzyskania przedmiotu zamówienia za najbardziej korzystną cenę. Wielce prawdopodobnym jest bowiem, iż część potencjalnych wykonawców zainteresowanych wzięciem udziału w postępowaniu, zrezygnuje z powodu braku możliwości opracowania oferty we wskazanym przez Zamawiającego terminie. **W ocenie Odwołującego wskazana sytuacja wyraźnie faworyzuje podmiot obecnie utrzymujący system ŚKUP (obecny system jest utrzymywany przez Asseco Data Systems S.A., który jest podwykonawcą Asseco Poland S.A.), który posiada wiedzę na temat systemu, w szczególności ma wiedzę o treści poufnych dokumentów (pkt XXVII SIWZ), które dopiero mogą zostać udostępnione wykonawcom, co powoduje, że niezbędny jest czas na zapoznanie się z nimi w celu przygotowania oferty.** Takie działanie Zamawiającego w sposób nieuzasadniony i z pogwałceniem zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, stawia ten podmiot (lub podmioty) w sposób nieuzasadniony w pozycji uprzywilejowanej wobec innych wykonawców. Wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu powinni mieć dostęp do wszystkich niezbędnych informacji i dokumentów na takich samych zasadach, w szczególności do dokumentacji technicznej i informacji, które były wymieniane między Zamawiającym a podmiotem utrzymującym bieżący system. **Wydłużenie terminu składania ofert warunkuje zatem wyrównanie szans wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie, co przecież będzie korzystne dla Zamawiającego**, ponieważ przyczyni się do większej konkurencyjności, a przez to zwiększy szansę na wybór korzystnej i rzetelnie przygotowanej oferty.

Wykonawca dodatkowo zwraca uwagę, że czas potrzebny na m.in. pozyskanie od Zamawiającego dokumentacji technicznej ogranicza przerwa świąteczna oraz obostrzenia wprowadzone w kraju i na świecie związane z pandemią. Wprowadzone przez Wykonawcę środki zalecane przez odpowiednie organy ds. zdrowia, tj. wprowadzenie pracy zdalnej, urlopy/zwolnienia, unikanie bezpośredniego kontaktu, przekładają się na wydłużenie terminów.

Mając na uwadze wszystkie przedstawione powyżej okoliczności, adekwatnym terminem złożenia ofert, powinien być termin przesunięty o co najmniej dwa miesiące, czyli nie wcześniejszy dzień 16 kwietnia 2021 r.

4. Określenie przez Zamawiającego odpowiedzialności z tytułu kar umownych za „opóźnienie” oraz umożliwienie „karania” Wykonawcy kilkoma karami umownymi za to

samo zdarzenie (zarzuty z pkt 2)

- 1) W § 17 ust. 1 Umowy wskazane zostało, że „*Strony ustalają, że Wykonawca ponosi odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy na zasadach określonych w przepisach prawa lub niniejszej Umowie. Zamawiający jest uprawniony do dochodzenia od Wykonawcy odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy w szczególności poprzez zapłatę przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego kar umownych na zasadach i w wysokości określonej poniżej*”. Poniżej w ust. 2 określone zostały m.in. kary za „opóźnienie” w przypadku nieterminowej realizacji przez Wykonawcę wskazanych w poszczególnych punktach obowiązków umownych.

Kwestionowane zapisy ustanawiają zasady odpowiedzialności Wykonawcy niezgodnie z PZP, w tym zaprzeczają istocie i funkcji kary umownej (art. 483 KC). Opóźnienie Wykonawcy może wynikać także z okoliczności niezawinionych przez Wykonawcę, co prowadzi do ustanowienia nadmiernych i nieadekwatnych obciążeń Wykonawcy, nieproporcjonalnych, w szczególności w stosunku do specyfiki zamówienia i uwarunkowań rynkowych, naruszających zasadę równego traktowania i równości stron umowy oraz swobody umów. Taki pogląd znajduje uzasadnienie także w orzecznictwie.

W wyroku z dnia 31 października 2017 r. (KIO 2163/17) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że odpowiedzialność wykonawcy regulowana jest co do zasady w art. 471 KC. Zgodnie z jego postanowieniami dłużnik zobowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosi. Okoliczność, „*że to zamawiający formułuje postanowienia wzoru umowy nie oznacza, że ma prawo czynić to w sposób bezwzględnie obowiązujący i przy tym mogący nadużywać równowagę stron (zamawiający-wykonawca). (...) W ocenie Izby odwołujący zasadnie podniósł argumentację co do naruszenia postanowieniami § 9 wzoru umowy w zakresie kar umownych na zasadzie opóźnienia a nie zwłoki postanowienia art. 353¹ kodeksu cywilnego. (...) Takie jednostronne ustanawianie warunków umowy nie stanowi realizacji swobody zawierania umów a wręcz ją narusza ustanawiając przywilej dyktowania warunków tylko po jednej stronie w przypadku zamawiającego. W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła zarzut i żądanie odwołującego co do postanowień dotyczących kar umownych nakazując zmianę z opóźnienia na zwłokę zgodnie z sentencją wyroku*”. Także w innym wyroku z dnia 21 maja 2014 r. (KIO 923/14) Izba nakazała modyfikację postanowień o karach umownych w kontekście określenia ich w zakresie zwłoki.

Określenie kar umownych za opóźnienie przez Zamawiającego jest tym bardziej niezrozumiałe, że w § 17 ust. 8 Umowy wskazane zostało, że „*Wykonawca ponosi odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania niniejszej Umowy, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy następuje na skutek okoliczności, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności*”. Tymczasem w zakresie określania kar umownych Zamawiający wskazuje na „opóźnienie”. **Odwołujący wnosi zatem, aby w stosunku do kar umownych Zamawiający również konsekwentnie określił odpowiedzialność za „zwłokę”, czyli zawinione opóźnienie, to jest powstałe na skutek okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność.**

Odwołujący zwraca także uwagę na zakaz (co do zasady) określania kar umownych za opóźnienie wprowadzony w nowej ustawie z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych. W art. 433 nowej ustawy zostało to określone jako jedna z klauzul niedozwolonych. Ustawa ta co prawda nie ma zastosowania do niniejszego postępowania, ale wskazuje na pewne prawidłowe praktyki przy konstruowaniu umów, z uwzględnieniem poszanowania uzasadnionych interesów wszystkich stron. Wprowadzona nowelizacja ustawy PZP też jasno określa zamiar i intencję racjonalnego ustawodawcy

w tym zakresie. Także na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów, mających zastosowanie w niniejszym postępowaniu, które w art. 7 ust. 1 PZP konstytuują m.in. zasady proporcjonalności oraz równego traktowania i równości stron umowy, można stwierdzić, że zapisy Umowy kwestionowane przez Odwołującego, bez wątpienia naruszają te zasady i nie są zgodne z PZP. Takie jednostronne ustanawianie warunków umowy nie stanowi realizacji i nie mieści się w granicach swobody zawierania umów (art. 353¹ KC) oraz stanowi przejaw czynienia ze swojego prawa użytku, który jest sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa oraz z zasadami współżycia społecznego (art. 5 KC).

- 2) Z kolei w § 17 ust. 5 Umowy wskazane zostało, że *„Kary umowne są niezależne od siebie i podlegają sumowaniu, w szczególności w ten sposób, że nałożenie kary umownej z jednego tytułu nie wyłącza uprawnienia do nałożenia kary umownej z innego tytułu, jak również w ten sposób, że jedno zdarzenie może stanowić podstawę do nałożenia na Wykonawcę więcej niż jednej kary umownej. Każda kara umowna będzie naliczona odrębnie.”*

Wskazany (wyróżniony) zapis ustanawia zasady odpowiedzialności Wykonawcy niezgodnie z PZP, w tym zaprzecza istocie i funkcji kary umownej (art. 483 KC). Wykonawca, w przypadku, gdy dopuści się opisanego Umową czynu, za który przewiduje ona karę umowną i tak poddany będzie dolegliwości polegającej na obowiązku jej zapłacenia. Będzie obciążony karą, a więc skutek dyscyplinujący wobec Wykonawcy będzie osiągnięty. Wskazany zapis nie pełni roli stymulacyjnej, ale wyłącznie represyjną i służy wzbogaceniu Zamawiającego, co jest sprzeczne z naturą kary umownej. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej **„Kary umowne dla zamawiającego nie pełnią roli ściśle odszkodowawczej. Co do zasady ich znacznie ważniejszą, dla zamawiającego, rolą jest ich funkcja stymulująca, dyscyplinująca wykonawcę do prawidłowego wykonania zamówienia (wyroki KIO 113/13 i KIO 117/13). W innym orzeczeniu Izba zauważyła, że „Kara umowna powinna służyć ułatwieniu dochodzenia odszkodowania należnego na zasadach ogólnych w ramach reżimu odpowiedzialności odszkodowawczej ex contractu (art. 471 KC), a nie prowadzić do sytuacji, w której wierzyciel uzyskuje korzyść (zarabia) na niewykonaniu zobowiązania przez dłużnika” (KIO 1380/18).**

Obowiązek zapłacenia kilku kar, za to samo zdarzenie, nie ma zatem żadnego uzasadnienia i stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa do kształtowania postanowień umowy. Wskazane zapisy przeczą w szczególności określonej w przepisach PZP zasadzie proporcjonalności (art. 7 ust. 1 PZP). Takie jednostronne ustanawianie warunków umowy nie stanowi realizacji i nie mieści się w granicach swobody zawierania umów (art. 353¹ KC) oraz stanowi przejaw czynienia ze swojego prawa użytku, który jest sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa oraz z zasadami współżycia społecznego (art. 5 KC).

5. Brak rzeczywistego limit kar umownych oraz wyjątki w ograniczeniu odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy (zarzuty z pkt 3).

Zamawiający w § 17 ust. 9 Umowy wprowadził jedynie pozorny limit kar umownych określając go (wraz z pozostałą odpowiedzialnością z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy) na poziomie wysokości wynagrodzenia brutto Wykonawcy. Wykonawca postuluje, aby wskazany limit uzyskał realny wymiar i wnosi o ustanowienie go na poziomie 20 % ww. wynagrodzenia. Odwołujący zwraca uwagę, że jest to limit i tak wysoki, w pełni zabezpieczający interes Zamawiającego. Wskazany maksymalny pułap to dwukrotność kary umownej z tytułu odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego, a więc naliczanej przy zerwaniu kontraktu, która wynosi 10 % wynagrodzenia brutto Wykonawcy (§ 17 ust. 2 lit I Umowy).

Zasadność żądania Odwołującego potwierdza także orzecznictwo.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 września 2020 r. (KIO 1829/20, KIO 1834/20) Izba nakazując określenie realnego limitu kar wskazała, że „(...) **określenie limitu kar umownych na poziomie 100 % wartości przedmiotu zamówienia w praktyce oznacza brak jakiegokolwiek limitu kar** – z przyczyn określonych w § 29 Wzoru Umowy. Zamawiający zastrzegł sobie uprawnienie do hipotetycznego pozbawienia wykonawcy całego wynagrodzenia z tytułu realizacji zadania. Wskazać przy tym należy, że zgodnie z § 29 ust. 1 pkt 12 wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w razie odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w wysokości 10 % ceny brutto. Trudno w tej sytuacji uznać, że wykonawca mający świadomość, że kara za odstąpienie od umowy wynosi 10 % ceny brutto, w obliczu wystąpienia istotnych trudności z prawidłową realizacją przedmiotu zamówienia czekał, aż Zamawiający w oparciu o § 29 ust. 4 Wzoru Umowy całkowicie pozbawi go wynagrodzenia. **W efekcie uznać należy, że faktyczny limit kar umownych nie został określony**”.

Z kolei zgodnie wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 września 2018 r. (KIO 1601/18) Izba wskazała, nakazując określenie limitu kar, że „Zamawiający określił w umowie wiele przypadków, które mogą powodować naliczenie kar umownych. Jakkolwiek zasadne jest zabezpieczanie interesów Zamawiającego oraz należytego wykonania zamówienia to **uregulowania dotyczące kar umownych nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności. W związku z powyższym Izba nakazała określenie limitu kar umownych do wysokości kary przewidzianej za niewykonanie zamówienia, co umożliwi również wykonawcom ocenę ryzyka i należytą wycenę oferty**”.

Podobna sytuacja występuje z wprowadzonym limitem odpowiedzialności Wykonawcy. Zgodnie z § 17 ust. 9 „Odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania niniejszej Umowy, w tym z tytułu kar umownych określonych w ust. 2 powyżej, ograniczona jest do wysokości wynagrodzenia brutto określonego w § 14 ust. 1 zd. 1 Umowy.” Wprowadzone ograniczenie doznaje uszczerbku i traci na swojej roli poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego licznych wyjątków (lit. a-d), tj. poprzez wskazanie, że nie znajduje ono zastosowania w odniesieniu do „szkód wyrządzonych umyślnie lub wskutek rażącego niedbalstwa”, „szkód wynikających z naruszenia praw własności intelektualnej”, „szkód związanych z naruszeniem zasad poufności Informacji Poufnych przewidzianych w niniejszej Umowie”, a także „szkód związanych z naruszeniem przetwarzania danych osobowych”. Odwołujący nie kwestionując wyłączenia ww. ograniczenia odpowiedzialności w stosunku szkód wyrządzonych umyślnie, pragnie zauważyć, że tak liczne wyjątki, podobnie jak przy *de facto* nie wprowadzonym limicie kar umownych, powodują, że wskazane ograniczenia odpowiedzialności mają charakter pozorny, niespełniający swego celu, którym powinno być umożliwienie oszacowania ryzyka wykonawców przy kalkulowaniu ceny oferty oraz wprowadzenie elementarnej równowagi w pozycji obu stron przyszłej umowy.

Odwołujący stoi na stanowisku, że brak limitu (*de facto*) kar umownych i pozorne ograniczenie odpowiedzialności Wykonawcy stanowi naruszenie zasady proporcjonalności i skutkuje zbyt jednostronnymi zapisami umowy, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że Zamawiający przewidział znaczną ilość przypadków, kiedy może nałożyć na wykonawców kary umowne. Należy zwrócić uwagę, że w ustawie z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, która weszła w życie w dniu 1 stycznia 2021r., wprost wprowadzony został nakaz ustalenia maksymalnych kar umownych, których mogą dochodzić strony (art. 436 pkt 3 ww. ustawy). **Zapisy nowej ustawy co prawda nie mają zastosowania do niniejszego postępowania jednak obowiązek wprowadzenia limitu kar można wyprowadzić w szczególności z zasady proporcjonalności zawartej w art. 7 ust. 1 PZP.** Powyższe ma też analogiczne zastosowanie odnośnie kwestionowanych powyżej wyłączeń ograniczenia górnego limitu odpowiedzialności kontraktowej. Takie jednostronne ustanawianie warunków umowy nie stanowi

realizacji i nie mieści się w granicach swobody zawierania umów (art. 353¹ KC) oraz stanowi przejaw czynienia ze swojego prawa użytku, który jest sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa oraz z zasadami współżycia społecznego (art. 5 KC).

Warto w tym miejscu wskazać na uzasadnienie projektu nowej ustawy Prawo zamówień publicznych (str. 82-83), gdzie wskazano m.in., że

„Zmiany w obszarze przepisów dotyczących umów w sprawie zamówienia publicznego (dalej „umowa”) mają zasadniczo trzy cele:

Ograniczenie negatywnego zjawiska wskazanego w Koncepcji prawa zamówień publicznych, tj. zbyt jednostronnego kształtowania postanowień umów przez Zamawiających. Kierując się często uproszczonym postrzeganiem interesu zamawiającego, postanowienia umów zawierają rozwiązania nazbyt restrykcyjne i nieproporcjonalne do rodzaju i wartości zamówienia publicznego (np. z zakresu wysokości i kategorii zastrzeżonych kar umownych, przerzucanie odpowiedzialności za większość ryzyk na wykonawców, nieuwzględnianie okoliczności związanych z trudnymi do oszacowania gwałtownymi zmianami rynkowymi (...).”

W ocenie Odwołującego, w świetle powyższego, już na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów, mających zastosowanie do niniejszego zamówienia, wskazywano, że nie znajduje uzasadnienia kształtowanie przez zamawiających zapisów umów w sposób nieproporcjonalny i jednostronny, uznając, że koniecznym jest m.in. ustanowienie obowiązkowego limitowania kar umownych. **Mając to na uwadze, także na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów, które w art. 7 ust. 1 konstytuują m.in. zasadę proporcjonalności oraz równego traktowania i równości stron umowy, można stwierdzić, że zapisy Umowy kwestionowane przez Odwołującego, bez wątpienia naruszają te zasady i nie są zgodne z PZP.**

W tych okolicznościach Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Załączniki:

- 1) Dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
- 2) Dowód przekazania odwołania Zamawiającemu,
- 3) Odpis KRS Thales Polska Sp. z o.o.,
- 4) Pełnomocnictwo,
- 5) Dowód uiszczenia opłaty skarbowej za pełnomocnictwo.