

Poznań, 04.07.2022 r.

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

Odwołujący:

Nexus Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

ul. Szyperska 14, 61-754 Poznań

tel. 61 64 60 981, e-mail: biuro@nexuspolska.pl

numer KRS 0000014544

z zarządem w składzie:

Ewa Dobaczewska-Szalczyk, Jacek Marcin Kobusiński, Paweł Roman Masadyński,

reprezentowana przez: Sebastiana Błaźniaka – prokurenta, Agnieszkę Smuszkiewicz – pracownika

Nexus Polska

Zamawiający:

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej

Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Łodzi

ul. Północna 42, 91-425 Łódź

tel. 42 63-41-270, e-mail: zamowienia@zozmswlozdz.pl

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Nexus Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 515 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.; dalej jako „Pzp”), wnoszę odwołanie:

- od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym pn.: Nadzór autorski oraz usługi serwisowe systemów informatycznych ESKULAP i IMPULS, nr sprawy 24/U/22, polegającej na: wprowadzeniu do wzoru umowy postanowienia dotyczącego odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie o następującej treści: „Za niedotrzymanie terminów świadczenia usług będących przedmiotem Umowy, w szczególności terminów wskazanych w Załączniku nr 1 do Umowy, Zamawiający może naliczyć Wykonawcy karę umowną w wysokości 2% miesięcznego wynagrodzenia brutto Umowy za każdy dzień opóźnienia w odniesieniu do terminów wyrażonych w dniach. Zamawiający nie naliczy kary za opóźnienia, w których zgłoszenia będą zawieszane z powodu konieczności ich uzupełnienia przez Zamawiającego.” (§ 13 ust. 1).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28.06.2022 r. pod numerem 2022/BZP 00227409/01. Termin do wniesienia odwołania został zachowany, bowiem odwołanie zostało wniesione w terminie 5 dni od 28.06.2022 r.

Zamawiającemu zarzucam: naruszenie art. 433 pkt 1 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego w sposób niezgodny z jego treścią, polegający na zastrzeżeniu kar umownych tytułem opóźnienia, które nie jest uzasadnione okolicznościami ani charakterem zamówienia i pociąga za sobą zbyt duże ryzyko po stronie wykonawcy.

Wskazując na powyższe zarzuty wnoszę o uwzględnienie odwołania i modyfikację zapisu w § 13 ust. 1 wzoru umowy przez wprowadzenie reguły odpowiedzialności wykonawcy wyłącznie za zawinione naruszenie obowiązków wynikających z umowy.

Wnoszę o zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

Zgodnie z dyspozycją art. 514 ust. 2 ustawy Pzp, kopia niniejszego odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu wniesienia odwołania.

Uzasadnienie:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem będąc podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie świadczenia usług serwisowych systemów objętych przedmiotem zamówienia jest zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu. Jednak w ocenie Odwołującego projektowane postanowienia umowy uniemożliwiają mu prawidłową wycenę i złożenie oferty ponieważ prowadzą do nieuzasadnionego i nadmiernego przerzucenia ryzyk kontraktowych na wykonawcę. Utrata możliwości wzięcia udziału w postępowaniu, a w dalszej kolejności realizacji zamówienia, może doprowadzić do szkody po stronie Odwołującego. W przypadku uwzględnienia odwołania, Odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Zgodnie z art. 433 pkt 1 ustawy Pzp projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia. Po pierwsze, należy odnieść się do pojęć „opóźnienia” i „zwłoki” wprowadzonych przepisami kodeksu cywilnego. Art. 476 Kodeksu cywilnego, stanowi, że dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. A zatem zwłoka to niewykonanie przez dłużnika świadczenia w terminie w wyniku okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność. Opóźnienie natomiast to każde niewykonanie zobowiązania w terminie. Przez zwłokę należy rozumieć zatem kwalifikowaną formę opóźnienia. Wykonawca, który nie wykonuje zobowiązania w terminie wyznaczonym w umowie w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność, pozostaje w zwłoce.

Intencją ustawodawcy było więc wprowadzenie zasady, że kary umowne są związane ze zwłoką wykonawcy, czyli kwalifikowaną formą opóźnienia, a nie z każdym potencjalnym opóźnieniem bez względu na jego przyczynę. Oznacza to, że co do zasady zapisy umowne, które przewidują odpowiedzialność wykonawcy z tytułu kary umownej niezależnie od przyczyn opóźnienia lub za każde opóźnienie są niedozwolone i stanowią jeden z przykładów klauzul abuzywnych, czyli kształtujących

obowiązki wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją.

Instytucja kary umownej jest zgodnie z licznym orzecznictwem KIO, potwierdzonym również orzeczeniami sądów powszechnych i Sądu Najwyższego, uprawnieniem zamawiającego do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z uzasadnionymi potrzebami. Jednocześnie art. 433 ustawy Pzp został wprowadzony w celu ograniczenia praktyk zamawiających polegających na kształtowaniu postanowień umów w sposób zabezpieczający wyłącznie ich interesy bez należytego ich wyważenia z interesami wykonawców. Zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego posiada szczególnie uprzywilejowaną pozycję, co niejednokrotnie prowadzi do próby nieuzasadnionego lub nadmiernego przerzucenia ryzyk kontraktowych na wykonawcę. Powyższe potwierdza stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych przedstawione w „Raporcie dotyczącym stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych” w marcu 2018 r., w którym UZP wskazuje, że „W tym stanie rzeczy bardzo ważne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z jednej strony zamawiający, uwzględniając funkcje, jakie kary umowne mają realizować przy wykonywaniu przedsięwzięć publicznych, powinni tak kształtować postanowienia umowne dotyczące tego zagadnienia, aby odpowiednio zabezpieczyć interes publiczny i właściwą realizację zamówienia publicznego. Z drugiej zaś strony powinność zamawiających do należytego zabezpieczenia interesu publicznego nie może prowadzić do przerzucenia na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają oni wpływu. Niedopuszczalne jest również kształtowanie wysokości kar w sposób całkowicie dowolny, bez jakiegokolwiek racjonalnego powiązania z uszczerbkiem po stronie zamawiającego. W tym kontekście kary umowne powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody, tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach publicznych.” Również w wyroku z dnia 31 października 2017 r., sygn. akt KIO 2163/17, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że „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 prawie cywilnym podstawową formą odpowiedzialności dłużnika jest jej ukształtowanie na zasadzie obowiązku należytej staranności, co wynika z treści art. 472 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jeżeli ze szczególnego przepisu ustawy albo z czynności prawnej nie wynika nic innego, dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności. Izba na rozprawie w związku z odstępstwem od tej zasady w § 9 wzoru umowy i wywiedzeniem na tej podstawie zarzutu odwołania oraz żądaniem ustalenia kar umownych na zasadzie zwłoki a nie opóźnienia, skierowała pytanie do zamawiającego. Pytanie Izby skierowane do zamawiającego miało na celu wskazanie przez niego podstaw czy też okoliczności, które przyczyniły się do umownego rozszerzenia odpowiedzialności wykonawcy, na co zresztą pozwala przywoływany już powyżej art. 473 § 1 Kodeksu cywilnego. Według oświadczeń zamawiającego nie znajduje on podstaw aby po jego stronie leżał ciężar obowiązku wykazania wykonawcy braku należytej staranności, skoro może rozszerzyć odpowiedzialność wykonawcy na sytuacje, za które nie ponosi zwyczajnie wykonawca odpowiedzialności a obowiązek dyscypliny finansowej wręcz narzuca takie rozwiązania. Izba odmiennie od zamawiającego ocenia zaistniały w sprawie stan rzeczy uznając, że interes publiczny nie nakazuje rozszerzenia odpowiedzialności do okoliczności niezależnych od

wykonawcy czyli poza wymóg należytej staranności wykonawcy. Bowiem wymóg odpowiedzialności za skutki zdarzeń na które wykonawca nie ma wpływu powoduje po jego stronie konieczność poniesienia dodatkowych kosztów np. ubezpieczenia ryzyk co podnosi koszty zamówienia albo ryzyko likwidacji czy wręcz upadłości.”

Omawiana regulacja art. 433 pkt 1 ustawy Pzp nie ma jednak charakteru bezwzględnego, wobec czego w sytuacjach uzasadnionych okolicznościami lub zakresem zamówienia zamawiający może zastrzec w umowie odpowiedzialność wykonawcy z tytułu opóźnienia. Odpowiedzialność ta ma jednak charakter wyjątkowy i wymaga ze strony zamawiającego wykazania, że zamieszczenie takiego zapisu w umowie jest w świetle przepisów ustawy Pzp dopuszczalne. A zatem to na zamawiającym spoczywa ciężar dowodu w zakresie wykazania odpowiedzialności wykonawcy z tytułu kary umownej zastrzeżonej za opóźnienie.

W tym miejscu należy podkreślić, że jest to kolejne postępowanie obejmujące ten sam przedmiot zamówienia. Poprzednie - ogłoszenie nr 2022/BZP 00206142/01 z dnia 2022-06-13 zostało unieważnione z powodu braku ofert. Projekt umowy również zawierał klauzulę abuzywną o treści: „Za niedotrzymanie terminów świadczenia usług będących przedmiotem Umowy, w szczególności terminów wskazanych w Załączniku nr 1 do Umowy, Zamawiający może naliczyć Wykonawcy karę umowną w wysokości 2% miesięcznego wynagrodzenia brutto Umowy za każdy dzień opóźnienia w odniesieniu do terminów wyrażonych w dniach. Zamawiający nie naliczy kary za opóźnienia, w których zgłoszenia będą zawieszane z powodu konieczności ich uzupełnienia przez Zamawiającego.”. Na wniosek wykonawcy o modyfikację zapisów i zamianę „opóźnienia” na „zwłokę” lub „opóźnienie z winy Wykonawcy”, Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

„Odpowiedź: Projektowane postanowienia umowy mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie jeżeli jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia – mając na względzie, że opóźnienie może znacząco utrudniać funkcjonowanie szpitala i udzielenie świadczeń pacjentom – kary za opóźnienia uzasadnione są okolicznościami.”

Odwołujący zwraca uwagę, że odpowiedź jakiej udzielił Zamawiający jest kompletnie niezrozumiała, ponieważ dlaczego z okoliczności, że wykonawca realizuje zgłoszenie serwisowe nieterminowo (co naturalnie może być dla szpitala problemem), należy wywieść, iż za nieswoje zaniechania też musi zapłacić? Pragniemy także zauważyć, że w przypadku serwisu oprogramowania okoliczności opóźnienia w świadczeniu usług nie z winy wykonawcy są zjawiskiem pospolitym. Bardzo często jest bowiem tak, że zamawiający nie przekazują elementarnych informacji o zdarzeniu tj. co, gdzie, kiedy się zepsuło, co z kolei nie pozwala serwisantowi wykonać świadczenia serwisowego. Od czasu do czasu mają miejsce także przypadki, że NFZ opublikuje jakieś kuriozum typu program 40+, którego wadliwa dokumentacja nie pozwala na wykonanie komunikatów działających poprawnie. Odwołujący pragnie również dodać, iż podejście Zamawiającego to niespotykany wyjątek na rynku IT w ochronie zdrowia, bowiem po nowelizacji ustawy Pzp niemalże nie zdarza się aby umowa serwisowa przewidywała karę za opóźnienie.

Również komentarz z 2021 r. do ustawy Prawo zamówień publicznych opracowany przez Urząd Zamówień Publicznych, str. 1149 potwierdza, że: „W celu zobrazowania niedozwolonego postanowienia umownego w omawianym zakresie można posłużyć się przykładem, w którym zamawiający ustala karę umowną za każdy dzień opóźnienia w realizacji przedmiotu zamówienia

niezależnie od przyczyn opóźnienia. Analiza orzecznictwa KIO jeszcze na gruncie Pzp 2004 pozwala uznać, że zastrzeżenie kar umownych tytułem opóźnienia często jest nieuzasadnione charakterem zamówienia i pociąga za sobą zbyt duże ryzyko po stronie wykonawcy (Wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1585/19).

Podsumowując, zwracamy uwagę, że ewentualne zastrzeżenie kar umownych na wypadek opóźnienia, bądź popadnięcia przez wykonawcę w zwłokę powinna być ustalana przez zamawiającego z uwzględnieniem specyfiki konkretnego zamówienia publicznego, a ciężar dowodu w tym wypadku będzie spoczywał na zamawiającym, tj. musi on wykazać, że pomimo generalnego zakazu formułowania postanowień dotyczących odpowiedzialności wykonawcy z tytułu opóźnienia w realizacji zamówienia, w konkretnym przypadku istniała podstawa do tego, by takie postanowienie w umowie zamieścić. W świetle powyższej argumentacji, zarzuty postawione przez Odwołującego uznać należy za zasadne, wobec czego odwołanie winno być w całości uwzględnione.

.....
Za Odwołującego

Wykaz załączników:

- Załącznik nr 1. Odpis z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego Odwołującego;
- Załącznik nr 2. Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
- Załącznik nr 3. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości;
- Załącznik nr 4. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.