

Łódź, dnia 30 sierpnia 2024 roku

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

Zamawiający: **Krakowski Szpital Specjalistyczny im. św. Jana Pawła II**
ul. Prądnicka 80, 31-202 Kraków
KRS: 0000046052, NIP: 6771694570
Tel: +48 (0-12) 614 25 11
E-mail: przetargi@szpitaljp2.krakow.pl
Strona internetowa Zamawiającego: www.szpitaljp2.krakow.pl
Strona internetowa postępowania: <https://platformazakupowa.pl/szpitaljp2>

Odwołujący: **Kolumna Transportu Sanitarnego TRIOMED**
spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Lublinie
ul. Probostwo nr 4, 20-089 Lublin
KRS: 0000182633, NIP: 9462402424
Tel.: +48 81 446 59 68
FAX: +48 81 446 59 60
E-mail: przetargi@triomed.pl
reprezentowana przez pracownika – Aleksandrę Szmagaj
adres do doręczeń – jak adres Odwołującego

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia powyżej progów unijnych pn.: „*Świadczenie usług w zakresie transportu karetką typu "T" pacjentów krakowskiego Szpitala Specjalistycznego im. św. Jana Pawła II*”, ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 20 sierpnia 2024 roku, numer publikacji ogłoszenia: 499731-2024, numer wydania Dz.U. S: 161/2024, numer referencyjny: DZ.271.66.2024.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego – Kolumna Transportu Sanitarnego TRIOMED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (T.j.: Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm. - zwanej dalej „Pzp.”):

I. Wnoszę odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego oraz zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym na projektowane postanowienie umowy tj. na:

- a) określenie kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert, podczas gdy Zamawiający zobowiązany był do określenia obok kryterium cenowego, pozacenowego kryterium oceny ofert o wadze co najmniej 40%,
- b) brak określenia warunków udziału w postępowaniu w szczególności w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, co może doprowadzić do wyboru przez Zamawiającego oferty wykonawcy, który nie będzie w stanie zrealizować zamówienia,
- c) brak określenia w projektowanych postanowieniach umownych minimalnego poziomu zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia uprawniającego Wykonawcę do żądania zmiany wynagrodzenia, co stanowi naruszenie art. 439 ust. 2 pkt 1 i 3 Pzp,
- d) określenie w projektowanych postanowieniach umownych maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia w sposób iluzoryczny, naruszający zasadę równowagi stron oraz stanowiący obejście przepisu art. 439 ust. 2 pkt 1 i 4 Pzp,
- e) określenie w projektowanych postanowieniach umownych maksymalnej wysokości kar umownych w wysokości 40% wartości wynagrodzenia wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia, co powoduje, że maksymalne wartości kar umownych są rażąco wygórowane, świadczą o naruszeniu przez Zamawiającego zasad równowagi Stron, zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności,
- f) określenie w projektowanych postanowieniach umownych wysokości kar umownych w wysokości 50% wartości wynagrodzenia wykonawcy z tytułu realizacji danego zlecenia transportu w przypadku opóźnienia w przyjeździe karetki, co powoduje, że kary umowne są rażąco wygórowane, świadczą o naruszeniu przez Zamawiającego zasad równowagi Stron, zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności.

II. Zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

- 1. art. 246 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 4 pkt 1 Pzp w zw. z art. 266 Pzp**, poprzez określenie kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert, podczas gdy wobec nieokreślenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań jakościowych odnoszących się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia Zamawiający był zobowiązany do określenia obok tego kryterium pozacenowego kryterium oceny ofert o wadze co najmniej 40%.
- 2. art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp** przez brak postawienia w postępowaniu, warunku udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, co może doprowadzić do wyboru przez Zamawiającego oferty wykonawcy, który nie będzie w stanie zrealizować zamówienia, gdyż nie posiada odpowiedniego doświadczenia w transporcie sanitarnym pacjentów, podczas gdy proporcjonalny do przedmiotu warunków udziału umożliwia ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia i prowadzi do wyboru Wykonawcy, który posiada odpowiednie zdolności i doświadczenie, aby należycie wykonać przedmiotowe zamówienie.
- 3. art. 439 ust. 2 pkt 1 i 3 Pzp. w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp w zw. z art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny**, poprzez brak określenia w projektowanych postanowieniach umownych minimalnego poziomu zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia uprawniającego Wykonawcę do żądania zmiany wynagrodzenia,
- 4. art. 439 ust. 2 pkt 1 i 4 Pzp. w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp w zw. z art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny**, poprzez określenie w projektowanych

postanowieniach umownych maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia w sposób iluzoryczny, naruszający zasadę równowagi stron, który sprawia, że nie będzie ona miała praktycznego zastosowania i w konsekwencji należy uznać takie zastrzeżenie za przekraczające swobodę kontraktową przez obejście przepisu art. 439 ust. 2 pkt 1 i 4 Pzp.

5. **art. 436 pkt 3 i art. 16 pkt 1 Pzp oraz art. 353¹ kodeksu cywilnego i art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 483 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 484 § 2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp**, przez zastrzeżenie § 5 ust. 6 wzoru umowy- załącznik nr 2 do SWZ, maksymalnej wysokości kar umownych możliwych do nałożenia na wykonawcę przez Zamawiającego w wysokości 40% wartości wynagrodzenia wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia, podczas, gdy w/w maksymalna wartość kar umownych jest rażąco wygórowana, świadcząca o naruszeniu przez Zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności, prowadzącą do ograniczenia kręgu wykonawców mogących się ubiegać o zamówienie, a co w efekcie świadczy o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy, co ma wpływ na wynik postępowania.
6. **art. 16 pkt 1 i 2 Pzp oraz art. 353¹ kodeksu cywilnego i art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 483 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 484 § 2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp**, poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i określenie w § 2 ust. 3 i 4 wzoru umowy- załącznik nr 2 do SWZ, rażąco wygórowanych kar umownych w wysokości 50% wynagrodzenia za dane zlecenie w przypadku opóźnienie w przyjeździe karetki.

III. Wobec powyższego wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. odnośnie zarzutu nr 1 – dokonania zmiany:

a) **SWZ poprzez wprowadzenie zapisu w rozdziale 21 SWZ:**

"21. Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert
Zamawiający przy wyborze ofert będzie kierował się kryteriami podanymi w poniższej tabeli.

L.p.	Kryterium	Znaczenie procentowe kryterium (R _i)	Maksymalna ilość punktów, jakie może otrzymać oferta za dane kryterium
1.	Cena	R ₁ = 60 %	60 punktów
2.	Certyfikat ISO 9001 i/lub ISO 45001 i / lub ISO 14001 wydany/e przez jednostkę akredytowaną przez Polskie Centrum Akredytacji i związany/e z przedmiotem zamówienia	R ₂ = 40 %	40 punktów
suma:		100 %	

kryterium – cena

$$C = R_1 \times C_{min} / C_b$$

C_{min} – cena oferty najtańszej

C_b – cena oferty badanej

R_1 – znaczenie procentowe kryterium cena

kryterium – certyfikat/y

Ocena zostanie dokonana w oparciu o załączone do oferty certyfikat / certyfikaty w następujący sposób:

Certyfikat ISO 9001 i/lub ISO 45001 i / lub ISO 14001 wydany / wydany/e przez jednostkę akredytowaną przez Polskie Centrum Akredytacji i związany/e z przedmiotem zamówienia:

- Wykonawca, który załączy do oferty wskazany/e certyfikat/y otrzyma – 40 pkt.
- Wykonawca, który nie dołączy do oferty certyfikatu/ów otrzyma – 0 pkt.

Wzór końcowy do obliczenia całkowitej ilości punktów przyznanych ofercie:

Całkowita ilość punktów dla oferty badanej = punkty otrzymane przez ofertę w kryterium „Cena” + punkty otrzymane przez ofertę w kryterium „Certyfikat” / „Certyfikaty”

b) ogłoszenia o zamówieniu w sekcja 5.1.10. poprzez nadanie mu brzmienia:

"Kryteria oceny ofert

Kryterium 1: Nazwa kryterium: Cena - Waga: 60 %

Kryterium 2: Nazwa kryterium: „Certyfikat” / „Certyfikaty” - Waga: 20%”

2. odnośnie zarzutu nr 2 – dokonania zmiany:

a) SWZ i ogłoszenia o zamówieniu poprzez wprowadzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej:

"Warunek będzie spełniony jeżeli Wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie należycie wykonał lub wykonuje co najmniej:

- jedno porównywalne zamówienie, za zamówienie porównywalne Zamawiający uzna usługę, która dotyczyła wykonywania przewozów transportem sanitarnym na kwotę nie niższą niż 900 000,00 zł (słownie: dziewięćset tysięcy 00/100) przez okres nie krótszy niż 1 rok. W przypadku gdy wykonawca aktualnie wykonuje zamówienie Zamawiający uzna, że warunek jest spełniony, jeżeli od rozpoczęcia realizacji zamówienia do dnia wystawienia dokumentu potwierdzającego jego należyte wykonywanie upłynęło co najmniej 12 miesięcy, a wartość zamówienia wykonanego do tego momentu wynosi co najmniej 900 000,00 zł brutto;

Przez 1 zamówienie (zadanie) Zamawiający rozumie wykonanie zamówienia w ramach 1 umowy. Przez zamówienia wykonane należy rozumieć:

- a) zamówienia rozpoczęte i zakończone w w/w okresie;
- b) zamówienia zakończone w w/w okresie, których rozpoczęcie mogło nastąpić wcześniej niż w w/w okresie."

b) SWZ poprzez wprowadzenie w rozdziale 15 SWZ podmiotowego środka dowodowego w pkt 8 tabeli:

"na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej Wykonawca przedłoży wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli

z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert."

- 3. odnośnie zarzutu nr 3:** dokonania zmiany §3 ust. 8 wzoru umowy- załącznik nr 2 do SWZ poprzez wprowadzenie zapisu:

"Wynagrodzenie Wykonawcy może zostać zmienione poprzez zmianę cen jednostkowych, adekwatnie do przedstawionego przez Wykonawcę wzrostu cen materiałów i kosztów w przypadku, gdy: poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, określony miesięcznymi wskaźnikami cen towarów i usług konsumpcyjnych publikowanymi w formie komunikatu Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w stosunku do początkowego terminu ustalania zmiany wynagrodzenia, jakim jest dzień składania ofert, będzie wskazywać na wzrost cen towarów i usług konsumpcyjnych o więcej niż 4%;"

- 4. odnośnie zarzutu nr 4:** dokonania zmiany §3 ust. 8 lit. d) wzoru umowy- załącznik nr 2 do SWZ poprzez nadanie mu brzmienia:

"Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania niniejszych postanowień wynosi 30% całkowitego wynagrodzenia Wykonawcy należnego na podstawie niniejszej umowy".

- 5. odnośnie zarzutu nr 5:** dokonania zmiany §5 ust. 6 wzoru umowy- załącznik nr 2 do SWZ poprzez nadanie mu brzmienia:

"Łączna maksymalna wysokość kar umownych, którą mogą dochodzić strony wynosi 20 % wartości wynagrodzenia brutto obliczonego za ostatnie trzy miesiące przed dniem naliczenia kar umownych. Limit kar umownych, o którym mowa w zdaniu poprzednim, nie obejmuje kary umownej, o której mowa w ust. 9 (która nie podlega wliczeniu do limitu kar)".

- 6. odnośnie zarzutu nr 6:** dokonania zmiany §2 ust. 3 i 4 wzoru umowy- załącznik nr 2 do SWZ poprzez nadanie mu brzmienia:

"3. Czas reakcji na zgłoszenie wynosi maksymalnie 30 minut na terenie Krakowa (tryb CITO – „na ratunek”). W tym czasie Wykonawca jest zobowiązany podstawić odpowiednia karetkę wraz z załogą w miejsce wskazane przez Zamawiającego celem realizacji usługi. Jeżeli przyjazd karetki w trybie CITO nastąpi po upływie 30 minut od zgłoszenia, Zamawiający obniży należne Wykonawcy za tą usługę wynagrodzenie o 5%.

4. Strony przewidują również zamawianie karetek „T” na umówioną godzinę (tryb planowy). W trybie planowym zamówienie powinno być złożone na 5 godzin przed godziną przyjazdu, a jeżeli transport ma być wykonywany poza granicami administracyjnymi Krakowa na 12 godzin przed godziną przyjazdu. Jeżeli przyjazd karetki w trybie planowym nastąpi po upływie 15 minut od zleconej godziny przyjazdu, Zamawiający obniży należne Wykonawcy za tą usługę wynagrodzenie o 5%."

IV. Wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

V. Oświadczam, że Odwołujący posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania, bowiem nie upłynął jeszcze termin złożenia ofert, Odwołujący ma możliwość złożenia oferty i uzyskania zamówienia, wobec czego jest zainteresowany tym, aby postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Uzasadnienie

W dniu 20 sierpnia 2024r., Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia powyżej progów unijnych pn.: „Świadczenie usług w zakresie transportu karetką typu "T" pacjentów krakowskiego Szpitala Specjalistycznego im. św. Jana Pawła II", ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 20 sierpnia 2024 roku, numer publikacji ogłoszenia: 499731-2024, numer wydania Dz.U. S: 161/2024, numer referencyjny: DZ.271.66.2024.

Wobec powyższego, Odwołujący zachował termin do wniesienia niniejszego odwołania określony w art. 515 Pzp.

Odwołujący podnosi, iż przedmiotowe postępowanie prowadzone jest z naruszeniem Pzp, z przyczyn szczegółowo niżej podanych.

Uzasadnienie zarzutu nr 1

Zgodnie z art. 242 ust. 1 Pzp. Zamawiający może wybrać najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu albo też ceny lub kosztu. Najkorzystniejsza oferta może być wybrana na podstawie jednego lub wielu kryteriów. W przypadku wykorzystania jednego kryterium może to być cena lub koszt, a w przypadku oceny wielokryterialnej także kryteria jakościowe. Najkorzystniejszą ofertą jest ta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo oferta z najniższą ceną lub najniższym kosztem.

Zamawiający w rozdziale 21 SWZ, wskazał, iż kryterium oceny ofert stanowi cena o wadze 100%.

Zgodnie z art. 246 Pzp:

1. Zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2 oraz ich związki nie stosują kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%.

2. Zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2, oraz ich związki mogą zastosować kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia wymagania jakościowe odnoszące się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia.

Zamawiający – jako Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej jest jednostką sektora finansów publicznych – zgodnie z art. 9 pkt 10 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. Wobec powyższego Zamawiający był zobowiązany – stosownie do art. 246 ust. 1 Pzp w zw. z art. 4 ust. 1 Pzp – do zastosowania ceny jako kryterium nieprzekraczającego wagę 60%.

Zamawiający nie określił w opisie przedmiotu zamówienia wymagań jakościowych odnoszących się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia. Wobec powyższego nie był uprawniony – w świetle art. 246 ust. 2 Pzp – do zaniechania określenia pozacenowego kryterium oceny ofert.

Należy wskazać, że zgodnie ze słusznym stanowiskiem wyrażonym w doktrynie, Zamawiający wskazani w art. 4 pkt 1 i 2 Pzp. oraz związki tego rodzaju podmiotów (a więc m.in. jednostki sektora finansów publicznych, w tym SPZOZ) mogą zastosować cenę jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia. Nowa regulacja znosi natomiast obowiązek wykazania w załączniku do protokołu, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia (art. 246 ust. 1 n.p.z.p.).

Zamówienia mają „ustalone standardy jakościowe” tylko wówczas, gdy niezależnie od tego, kto będzie ich wykonawcą, jedyną różnicą będzie zaoferowana cena, a usługa, dostawa lub robota budowlana co do zasady będą identyczne. W takim przypadku zamawiający ma obowiązek określić w opisie przedmiotu zamówienia wszystkie istotne cechy jakościowe zamówienia w taki sposób, aby oferowany produkt nie różnił się pomiędzy sobą pod względem jakościowym – spośród możliwych wariantów przedmiotu zamówienia zamawiający musi wybrać taki, w przypadku którego nie ma już różnic jakościowych stanowiących dodatkową korzyść dla zamawiającego. Wtedy uzasadnione jest stosowanie ceny jako dominującego kryterium oceny, skoro nie ma różnicy jakościowej pomiędzy oferowanymi przez wykonawców świadczeniami, a różnica sprowadza się w zasadzie do ich ceny. (Twarowski Adam, *Nowe PZP – opis przedmiotu zamówienia i kryteria oceny ofert z punktu widzenia świadczeniodawcy* – LEX/el., 2020, komentarz praktyczny w LEX do art. 246 P.z.p.). W konsekwencji, aktualność zachowują dotychczasowe orzeczenia KIO, wypracowane na gruncie art. 91 ust. 2a ustawy z 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych.

Należy zauważyć, że opisane w rozdziale V SWZ – Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia czynności, za które odpowiedzialny jest wykonawca, nie stanowią w istocie wymagań jakościowych. Jest to jedynie doprecyzowanie przedmiotu zamówienia przez wyszczególnienie niezbędnych do wykonania zakresu zamówienia i wymagań.

Wykładnia przepisu art. 246 ust. 2 P.z.p. nie można sprowadzić do prostego rozumowania, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia równa się określeniu wymogów jakościowych. Istnieje bowiem jednocześnie przepis art. 99 ust. 1 P.z.p., który stanowi, że *Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jeśli zatem dany zamawiający nawet opisuje przedmiot zamówienia w sposób wyczerpujący, to nie jest równoznaczne z tym, że opisał wymagania jakościowe stosownie do art. 246 ust. 2*. Gdyby bowiem opis przedmiotu zamówienia nie był wyczerpujący, to zamawiający naruszyłby nie art. 246 ust. 2 P.z.p., lecz art. 99 ust. 1 P.z.p. Nie do przyjęcia byłoby zatem stanowisko, że wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, który z natury rzeczy określa jedynie **minimalne** wymogi wykonania zamówienia, nieokreślający wymogów jakościowych wykraczających **ponad** te minimalne wymogi, świadczy o zachowaniu przepisu art. 246 ust. 2 P.z.p. Potwierdza to komentarz Arkadiusza Szyszkowskiego: *Brak ustawowej definicji pojęcia „wymagania jakościowe”, zważywszy, że jest to część opisu przedmiotu zamówienia, oznacza jednak wprowadzenie do OPZ parametrów odnoszących się do jakości.* (Szyszkowski Arkadiusz, *Tryb podstawowy w nowej ustawie – Prawo zamówień publicznych. Analiza praktyczna*, C.H. Beck, 2021, wyd. 1, [w]: rozdział II, pkt 2.1.).

Na marginesie, Odwołujący podkreśla, że zgodnie ze słusznym stanowiskiem wyrażonym w doktrynie, [...] **określenie w nowym ZamPublU takiej możliwości jako wyjątku od zasady powoduje, że przepis ten będzie podlegał ścisłej wykładni, a na zamawiającym będzie spoczywał ciężar dowodowy wykazania prawidłowości określenia w taki sposób kryteriów oceny ofert.** (Jaworska Marzena, *Kryteria oceny ofert - stan obecny i nowe Prawo zamówień publicznych*, *Zamówienia Publiczne Doradca*, 2020, Nr 3, [w]: *Kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert*).

II

Zgodnie z art. 242 ust. 2 P.z.p. kryteria jakościowe powinny w szczególności być kryteriami odnoszącymi się do m.in. aspektów społecznych, środowiskowych, innowacyjnych. W związku z powyższym zasadne jest wprowadzenie pozacenowego kryteriów ocen ofert dot. Certyfikatów ISO: **„Certyfikat” / „Certyfikaty”**. Wskazane, pozacenowe kryterium oceny ofert wpłynie na poprawę jakości świadczonej usługi transport medyczny pacjentów.

Posiadanie certyfikatów jakościowych ISO - wdrożenie i certyfikacja systemu gwarantuje wysoką jakość świadczonych **usług w transporcie sanitarnego pacjentów** oraz zapewnia, że Wykonawca stosuje międzynarodowe standardy, które pozwalają na: rozpoznanie potrzeb klienta a co za tym idzie spełnienie jego wymagań, dostarczanie **usług według oczekiwań Zamawiającego** oraz ciągłe doskonalenie **jakości świadczonych usług**, określenie i analizę ryzyka wynikającego z zakresu usług podlegających certyfikacji oraz podejmowanie stosownych działań doskonalących, zwiększenie efektywności poprzez zidentyfikowanie, nadzorowanie i optymalizację procesów realizowanych w organizacji.

Poprzez opisanie kryteriów jakościowych Zamawiający komunikuje wykonawcom swoje preferencje. Wskazuje jakie dodatkowe walory jakościowe, chciałby otrzymać od Wykonawców aby polepszyć standardy wykonywania usługi. W kryterium oceniane są elementy, które wpłyną korzystnie na realizowaną usługę a zatem muszą być związane z przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z art. 240 ust. 2 Pzp Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz **umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.**

Jeśli zatem Zamawiający wprowadzi ramach kryterium jakościowego: **„Certyfikat” / „Certyfikaty”**, to powinien wymagać jednocześnie wymagać, **przedłożenie wraz z ofertą stosownych Certyfikatów ISO.**

Zamawiający ma obowiązek tak kształtować kryteria oceny ofert, aby oceniane informacje były weryfikowalne (potwierdzone realnym dokumentem), nie stanowiły tylko deklaracji wykonawcy.

Na moment oceny ofert - Zamawiający nie jest w stanie zweryfikować informacji przedstawionej przez wykonawców. Obowiązkiem zamawiającego jest zaś takie określenie kryteriów oceny ofert, aby przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty było możliwe sprawdzenie/zweryfikowanie informacji przedstawionych przez wykonawców w ofercie (*por. wyrok SO w Warszawie z dnia 18 grudnia 2020 r., XXIII Ga 1350/20*).

Zgodnie z art. 105 ust. 1 Pzp. w celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zaproponowane kryterium sformułowane jest w sposób przejrzysty, zawiera wszelkie niezbędne elementy umożliwiające ocenę przez zamawiającego poszczególnych ofert oraz jest związane w sposób niewątpliwy z przedmiotem zamówienia (vide: Wyrok TSUE z dnia 24 listopada 2005 r., C 331/04- w przedmiocie warunków jakie spełniać powinny pozacenowe kryteria ofert). Złożoność oceny zaproponowanego kryterium pozwoli zamawiającemu wybrać ofertę najkorzystniejszą w oparciu o przedłożone przez oferentów dokumenty, a tym samym pozwoli uniknąć zarzutu arbitralnego wyboru oferty.

Uzasadnienie zarzutu nr 2

Zgodnie z art. 112 PZP, Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Zgodnie z art. 116 ust. 1 zdanie pierwsze PZP, w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Zgodnie z pkt 1 opisu przedmiotu zamówienia - załącznik nr 3 do SWZ:

"Przedmiotem postępowania jest Świadczenie usług w zakresie transportu karetką typu „T” pacjentów Krakowskiego Szpitala Specjalistycznego im. św. Jana Pawła II (tj. karetką o wyposażeniu i składzie osobowym: kierowca + ratownik), całodobowo w dni robocze oraz całodobowo w dni wolne od pracy (soboty, niedziele i święta) na terenie siedziby Zamawiającego, na terenie miasta Krakowa oraz „do i z” innych miejscowości wskazanych przez Zamawiającego, na warunkach określonych w umowie."

Wobec, powyższego, przedmiotowa usługa transportów pacjentów, jest usługą transportu sanitarnego. **Definicja legalna transportu sanitarnego zawarta jest w art. 5 pkt 33a ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych z dnia 27 sierpnia 2004 r. (t.j.: Dz.U.2019 roku, poz. 1373 z późn. zm.), zgodnie z którym transportem sanitarnym jest przewóz osób albo materiałów biologicznych i materiałów wykorzystywanych do udzielania świadczeń zdrowotnych, wymagających specjalnych warunków transportu.** Zgodnie zaś z art. 161ba ust. 1 i 2 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, transport sanitarny wykonywany jest specjalistycznymi środkami transportu lądowego, wodnego i lotniczego. Środki transportu sanitarnego muszą spełniać cechy techniczne i jakościowe określone w Polskich Normach przenoszących europejskie normy zharmonizowane. Na podstawie

transpozycji normy europejskiej do polskiego porządku norm, w trybie ustawy o systemie oceny zgodności, normą określającą lądowe środki transportu sanitarnego jest norma PN-EN 1789.

Zgodnie ze wskazaną normą PN-EN 1789, ambulanse drogowe dzielą się na: ambulans do transportu pacjentów (typy A1, A2), ambulans ratunkowy (typ B) i ruchoma jednostka intensywnej opieki (typ C) (dowód: norma, s. 6). Typ A to ambulans do transportu pacjentów, skonstruowany i wyposażony do transportu pacjentów, co do których nie przewiduje się, że staną się pacjentami w stanie nagłego zagrożenia zdrowotnego. Typ B to ambulans drogowy skonstruowany i wyposażony do transportu pacjentów, podstawowego leczenia i monitorowania pacjentów. Typ C to ambulans drogowy skonstruowany i wyposażony do transportu, zaawansowanego leczenia i monitorowania pacjentów (norma, s. 9). Okoliczności te wyjaśnia także komunikat NFZ: <http://www.nfz.gov.pl/aktualnosci/aktualnosci-centrali/komunikat,3628.html>

Zgodnie z komunikatem Centrali NFZ z dnia 5 lutego 2009 r., rozróżnia się 3 typy pojazdów przeznaczonych do transportu pacjentów: A, B oraz C, za normą PN-EN 1789+A2.

Każdy z typów ambulansów zgodnie z normą PN-EN 1789, jest technicznie i jakościowo przeznaczony do transportu pacjentów w pozycji leżącej.

Zamawiający opisując wymogi dot. przedmiotu zamówienia tj. usługi transportu medycznego (sanitarnego), nie wprowadził żadnego warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, co może doprowadzić do wyboru przez Zamawiającego oferty wykonawcy, który nie będzie w stanie zrealizować zamówienia, gdyż nie posiada odpowiedniego zaplecza technicznego oraz doświadczenia w transporcie medycznym pacjentów, podczas, gdy proporcjonalny do przedmiotu warunków udziału umożliwi ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia i prowadzi do wyboru Wykonawcy, który posiada odpowiednie zdolności i doświadczenie, aby należycie wykonać przedmiotowe zamówienie.

Określenie warunków udziału w postępowaniu jest jedną z najważniejszych czynności zamawiających. Z racji na przedmiot niniejszego postępowania tj. transport sanitarny pacjentów w stanie zagrożenia życia i zdrowia. Postawienie warunków udziału w postępowaniu jest zasadne i konieczne. Celem określenia warunków udziału w postępowaniu jest wybranie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia oraz nieograniczającego dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania.

W wyroku KIO z 1.08.2019 r., KIO 1342/19, LEX nr 2735023, wskazano, iż „Zachowanie zasady proporcjonalności przy określaniu warunków udziału w postępowaniu oznacza, że warunki udziału w postępowaniu opisane przez zamawiającego muszą być uzasadnione w odniesieniu do konkretnych warunków danego zamówienia, w tym w szczególności – wartości zamówienia, charakterystyki i specyfiki przedmiotu zamówienia, zakresu zamówienia, stopnia jego złożoności oraz warunków realizacji. **Warunki udziału w postępowaniu powinny być określone na minimalnym poziomie, tj. nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określane ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo zrealizować zamówienie, tj. w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ**”.

Z wyroku KIO z dnia 15 lutego 2022 r. sygn. akt KIO 261/22 Z art. 112 ust. 1 i art. 116 ust. 1 Pzp, wynika, że warunki udziału w postępowaniu są określane w celu zbadania, czy wykonawca posiada zdolność do należytego wykonania zamówienia. Muszą być one zatem określone na takim poziomie, aby można było sprawdzić, czy dany wykonawca posiada potencjał zapewniający należyte wykonanie zamówienia, ale z drugiej strony ustawodawca wymaga, aby poziom ten wskazywał minimalny wymagany potencjał potrzebny do należytego wykonania zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu muszą być zatem określone w taki sposób, aby w ich ramach badany był ten potencjał wykonawcy, który jest rzeczywiście niezbędny do należytego wykonania zamówienia. Wynika to także z użytego przez ustawodawcę sformułowania "proporcjonalny do przedmiotu zamówienia".

Z uwagi na powyższe zasadne i konieczne jest wprowadzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dot. wykazania przez Wykonawcę doświadczenia w wykonaniu *porównywalnego zamówienia do niniejszego przedmiotu zamówienia*.

Uzasadnienie zarzutu nr 3

Art. 16 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 353¹ Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Na podstawie art. 439 ust. 1 ustawy Pzp umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Zgodnie z 439 ust. 2. pkt 1 Pzp w umowie określa się: poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;

Zamawiający nie zawarł w § 3 ust. 8 wzoru umowy- załącznik nr 2 do SWZ, postanowienia określającego minimalny poziom zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia uprawniającego do żądania zmiany wynagrodzenia:

Odwołujący wskazuje, że określenie przez Zamawiającego w § 3 ust. 8 wzoru umowy- załącznik nr 2 do SWZ, poziomu zmiany cen materiałów lub kosztów uprawniających wykonawcę do waloryzacji wynagrodzenia jest konieczne i pozwala na zrealizowanie celu art. 439 ust. 1 Pzp. Celem przepisu była ochrona interesów finansowych wykonawcy, zaś Zamawiającemu zapewnienie należytej, terminowej i bezpiecznej realizacji zamówienia publicznego.

Uwarunkowanie zasad waloryzacji wynagrodzenia przez Zamawiającego przy aktualnym poziomie inflacji oraz poziomie marży kontraktów ma zapewnić ekwiwalentność świadczeń stron umowy.

Jak trafnie wskazuje się w doktrynie, stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowie w sprawie zamówienia publicznego pozwala na zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę, minimalizując ryzyko pokrzywdzenia obu stron umowy na skutek zmiany siły nabywczej pieniądza w okresie realizacji zamówienia. Klauzule te zapewniają bowiem konieczną elastyczność w kształtowaniu kosztów związanych z realizacją zamówienia w dłuższym okresie, umożliwiając jednocześnie bieżące dostosowanie stosunku zobowiązaniowego łączącego zamawiającego z wykonawcą do zmiany okoliczności. Obligatoryjne stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 6 miesięcy zdejmuje z wykonawcy ciężar zadeklarowania w ofercie niezmiennej ceny, co prowadziło do jednostronnego obciążenia wykonawcy ryzykiem późniejszej zmiany stosunków gospodarczych. Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy jest również korzystna dla zamawiających, gdyż umożliwia ponoszenie przez nich rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, bez wliczania ryzyka ich wzrostu już w cenę oferty. Wreszcie wskazuje się, że stosowanie klauzul waloryzacyjnych zapobiega również powstawaniu sytuacji, kiedy wykonanie zamówienia przestaje być opłacalne, a tym samym sprzyja trwałości stosunku umownego, co niewątpliwie jest korzystne dla obu stron umowy (por. M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, komentarz do art. 439, Warszawa 2021 oraz A. Matusiak, Waloryzacja umów, *Zamówienia Publiczne. Doradca*. 2021, nr 9).

Dodatkowo, jak słusznie zwrócił na to uwagę Urząd Zamówień Publicznych, klauzule waloryzacyjne zyskują na znaczeniu zwłaszcza w aktualnej sytuacji gospodarczej, w której obserwujemy m.in. znaczny wzrost cen materiałów i robót budowlanych, braki kadrowe i sprzętowe, wstrzymanie dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu czy też w realizacji usług transportowych. Wskazane przykładowo czynniki zewnętrzne wywierają wpływ na opłacalność realizowanego zamówienia i mogą znacząco ograniczać płynność przedsiębiorstw, stąd niezmiernie istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych jest prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej. Klauzula waloryzacyjna sformułowana w sposób precyzyjny, z poszanowaniem interesów stron kontraktu publicznego, pozwoli ochronić interesy finansowe wykonawcy, zaś zamawiającemu zapewni należytą, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego (Tak: Wyrok KIO z 5.01.2022 r., [KIO 3600/21](#))

Uregulowania zawarte w art. 439 ust. 1 i 2 ustawy pzp mają charakter bezwzględnie obowiązujący, a zatem stanowią ustawowe ograniczenie swobody umów zawieranych w sprawie zamówień publicznych, które obligatoryjnie muszą zawierać klauzule waloryzacyjne. Jednocześnie, biorąc pod uwagę, że za kształtowanie postanowień tych umów odpowiedzialny jest Zamawiający, który ma obowiązek przestrzegać zasady proporcjonalności, uzasadniony jest wniosek, że do natury stosunku zobowiązaniowego zawieranego w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy zachowanie ekwiwalentności świadczeń na poziomie zbliżonym do ustalonego w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty.

W kontekście powyższego należy przytoczyć stanowisko wyrażone w doktrynie:
"Jednocześnie widać, iż ustawa pozwala konstruować takie klauzule, które doprowadzą do zmiany wynagrodzenia dopiero wówczas, gdy zmiana cen przekroczy określoną wielkość, przy czym wielkość tej różnicy została pozostawiona decyzji samego zamawiającego. Pozwala to na wprowadzenie mechanizmów eliminujących konieczność korekty wynagrodzenia, gdy wahania cen

są tak nieistotne, że w istocie nie mają realnego wpływu na koszty realizacji zamówienia. Jednocześnie wprowadzenie do klauzuli z art. 439 p.z.p. postanowień uzależniających zmianę wynagrodzenia od wystąpienia znacząco dużej zmiany cen całkowicie wypacza sens i cel tego przepisu". (Dzierżanowski Włodzimierz [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz, WKP, 2021, [w]: komentarz do art. 439, uwaga nr 2).

Odwołujący jest świadomy, że klauzule waloryzacyjne nie mają zapewnić, ażeby całość ryzyka wynikającego z tychże zmian spoczywać miała na Zamawiającym, jednakże konieczne jest faktyczne umożliwienie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, nie zaś jedynie formalne wypełnienie przez Zamawiającego wymogów ustawowych, które prowadzi wyłącznie do obejścia przepisu art. 439 ust. 2 pkt 1 i 3 Pzp.

Z uwagi na powyższe zasadne jest dokonanie przez Zamawiającego zmiany poziomu zmiany cen, które uzasadnią będą uruchomienie mechanizmu waloryzacji zgodnie z wnioskiem zawartym w petitum odwołania.

Uzasadnienie zarzutu nr 4

Art. 16 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 353¹ Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Zgodnie z art. 439 ust. 2 pkt 4 Pzp, w umowie określa się maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Zamawiający zawarł w § 3 ust. 8 lit.d) wzoru umowy- załącznik nr 2 do SWZ, postanowienie określające maksymalną wartość zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia:

"Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania niniejszych postanowień wynosi 5% całkowitego wynagrodzenia Wykonawcy należnego na podstawie niniejszej umowy".

Odwołujący wskazuje, że określenie przez Zamawiającego w w/w postanowieniach umownych, maksymalnego wzrostu wynagrodzenia w całym okresie trwania umowy o 5% jest na tyle niski, że w istocie nie daje wykonawcy żadnych szans na uratowanie zysku na wykonaniu zamówienia wobec znacznych wahań na rynku – zwłaszcza w obecnych realiach wzrostu kosztów realizacji przedmiotowej usługi w szczególności kosztów paliwa. W konsekwencji, należy wskazać, że Zamawiający dąży do obejścia przepisu, ustalając maksymalny wzrost wynagrodzenia tylko na 5%. Nie taki był cel przepisu – było nim ochrona interesów finansowych wykonawcy, zaś

Zamawiającemu zapewnienie należytej, terminowej i bezpiecznej realizacji zamówienia publicznego.

Uwarunkowanie zasad waloryzacji wynagrodzenia przez Zamawiającego przy aktualnym poziomie inflacji oraz poziomie marży kontraktów, nie pozwala na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy o to zamówienie oraz nie niweluje ryzyk związanych z późniejszą zmianą kosztów wykonania tego zamówienia.

Należy zatem dojść do wniosku, że komentowany przepis, w zakresie, w jakim zobowiązuje Zamawiającego do określenia maksymalnych pułapów, ma charakter jedynie iluzoryczny, i prowadzi do umieszczenia takiej klauzuli w umowie w sposób fasadowy.

Uregulowania zawarte w art. 439 ust. 1 i 2 ustawy pzp mają charakter bezwzględnie obowiązujący, a zatem stanowią ustawowe ograniczenie swobody umów zawieranych w sprawie zamówień publicznych, które obligatoryjnie muszą zawierać klauzule waloryzacyjne. Jednocześnie, biorąc pod uwagę, że za kształtowanie postanowień tych umów odpowiedzialny jest Zamawiający, który ma obowiązek przestrzegać zasady proporcjonalności, uzasadniony jest wniosek, że do natury stosunku zobowiązaniowego zawieranego w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy zachowanie ekwiwalentności świadczeń na poziomie zbliżonym do ustalonego w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty.

Skoro prawidłowo skonstruowana klauzula waloryzacyjna powinna służyć równomiernemu rozłożeniu ryzyka kontraktowego i być adekwatna do aktualnej sytuacji rynkowej, należy uznać, że Zamawiający zbyt nisko określił maksymalną granicę zmiany wynagrodzenia wykonawcy.

Uzasadnienie zarzutu nr 5

Zamawiający zawarł § 5 ust. 6 wzoru umowy- załącznik nr 2 do SWZ, postanowienie określające maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić Strony:

" Łączna maksymalna wysokość kar umownych, którą mogą dochodzić strony wynosi 40 % wartości wynagrodzenia brutto obliczonego za ostatnie trzy miesiące przed dniem naliczenia kar umownych. Limit kar umownych, o którym mowa w zdaniu poprzednim, nie obejmuje kary umownej, o której mowa w ust. 9 (która nie podlega wliczeniu do limitu kar). "

W odniesieniu do w/w zapisu dot. łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, która wynosi 40 % wartości wynagrodzenia przysługującego wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia, Odwołujący wskazuje, że kary umowne zostały ustalone na nadmiernie wygórowanym wysokim poziomie.

Podkreślić w tym miejscu należy, że choć komentowane projektowane postanowienie umowne wypełnia literalnie treść art. 436 pkt 3 Pzp, to zupełnie mija się z celem tego przepisu. Nałożenie na wykonawcę kar w łącznej wysokości 40% wynagrodzenia za wykonanie zamówienia prowadzi do utraty przez wykonawcę nie tylko całego zysku z wykonania zamówienia, ale też i sporej części poniesionych przez niego kosztów z tytułu jego realizacji, co powoduje, że finalnie to wykonawca płaci Zamawiającemu za możliwość realizacji zamówienia. Prowadzi to do całkowitego wynaturzenia stosunku prawnego, co stoi w sprzeczności z art. 353¹ Kodeksu cywilnego (dalej jako „k.c.”) w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp. Celem zamówienia publicznego jest należyte wykonanie usługi przez Wykonawcę i uzyskanie zapłaty umówionego wynagrodzenia, a nie oferowanie Zamawiającemu darmowego świadczenia oderwanego od szkody poniesionej przez

Zamawiającego. Tak wysoki limit kar umownych tj. 40% wartości wynagrodzenia przysługującego wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia, traci swój dyscyplinujący charakter i może stać się dodatkowym źródłem dochodu dla Zamawiającego.

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.

Naliczenie kar umownych w wysokości 40% wartości wynagrodzenia przysługującego wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia, świadczy o rażącym jej wygórowaniu.

„Rażące wygórowanie” kary umownej jest pojęciem niedookreślonym. 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).

Kara umowna nie 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.

Praca wykonana, jeśli nie była świadczeniem pod tytułem darmym, wymaga wynagrodzenia. Sankcja w postaci pozbawienia wykonawcy zapłaty wynagrodzenia poprzez nałożenie i potrącenie kary umownej nie może być aprobowana (por.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2014 roku, sygn. akt: IV CSK 416/13). Art. 7 pkt 32 Pzp definiuje zamówienie publiczne jako umowę odpłatną, więc nie może ta umowa przewidywać braku wynagrodzenia w wypadku wykonania znacznej części zamówienia. Po drugie, kara umowna powinna być stosowana jako substytut odszkodowania, a nie jako sposób na obniżenie wynagrodzenia wykonawcy.

Zamawiający, jako podmiot uprawniony, nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Określając treść umowy w sprawie zamówienia publicznego musi mieć na uwadze ograniczenia wynikające z art. 353¹ oraz art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współzycia społecznego. Zamawiający, który kształtuje ramy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie może kreować zapisów umowy w sposób arbitralny i dowolny. Nie jest uprawnione obarczanie wykonawcy niewspółmiernie wysokim ryzykiem, jakie wiąże się z realizacją zamówienia wobec ryzyka, które obciąża zamawiającego.

Narzucenie tak skrajnie niekorzystnych warunków zamówienia przez Zamawiającego jest przejawem nadużycia przez niego pozycji gospodarza postępowania, co jest sprzeczne z dobrymi obyczajami obrotu gospodarczego. Ogranicza to krąg wykonawców, którzy mogą wziąć udział w postępowaniu. Jedynie bowiem podmiot gospodarczy o wyśrubowanych wynikach ekonomicznych i zabezpieczeniu finansowym może sobie pozwolić na realizację zamówienia ze stratą, byle tylko wykonać zamówienie i uzyskać z tego tytułu referencyjności, przydatną przy wykazywaniu

doświadczenia w wykonaniu tego rodzaju zamówień przy ubieganiu się o kolejne zamówienia publiczne w tym sektorze. Jest to sprzeczne także z celami dyrektywy 2014/24/UE, która promuje udział małych i średnich przedsiębiorstw („MŚP”) w zamówieniach publicznych w ramach celów socjalnych dyrektywy. Ponadto, ustawodawca nakazuje Zamawiającym sprawdzenie m. in. czy oferta nie jest rażąco niska (art. 224 Pzp), gdyż jego intencją było wyeliminowanie istniejących w zamówieniach publicznych patologii polegających na uzyskiwaniu zamówień przez wykonawców po cenach dumpingowych jedynie w celu eliminacji konkurencji, z narażeniem interesu zamawiającego jako uzyskującego zamówienie o niskiej jakości podyktowanej nadmiernie niską ceną. Taki sam negatywny skutek zostanie osiągnięty w przypadku drastycznego obciążenia wynagrodzenia wykonawcy już po podpisaniu umowy.

Postanowienie projektu umowy o możliwości nałożenia kar umownych w wysokości 40% wartości przedmiotu umowy jest tym bardziej niezasadne, że: w § 5 ust. 6 wzoru umowy- załącznik nr 2 do SWZ, Zamawiający przewidział możliwość dochodzenia odszkodowania uzupełniającego, przewyższającego wysokość kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody. Tym samym, interesy Zamawiającego zostały zabezpieczone a ustalenie maksymalnej wysokości kary umownej na poziomie 40% wartości umowy jest oczywiście wygórowane.

Odwołujący wskazuje, iż ustalenie łącznego limitu kar umownych w wysokości 40% wartości wynagrodzenia przysługującego wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia, traci przyznawany jej powszechnie w piśmiennictwie i orzecznictwie przymiot surogatu odszkodowania. Zatem, konieczne jest sformułowanie przez Zamawiającego treści przepisu art. 436 pkt 3 Pzp nie w sposób literalny, ale w sposób gwarantujący wykonawcom możliwość wykonania zamówienia odpłatnie, z poszanowaniem interesu Zamawiającego w zabezpieczeniu należytego wykonania zamówienia w drodze kar umownych.

Uzasadnienie zarzutu nr 6

Art. 16 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Zamawiający zawarł § 2 ust. 3 i 4 wzoru umowy- załącznik nr 2 do SWZ, postanowienia określające rażąco wygórowane kary umowne w wysokości 50% wynagrodzenia za dane zlecenie w przypadku opóźnienie w przyjeździe karetki:

„3. Czas reakcji na zgłoszenie wynosi maksymalnie 30 minut na terenie Krakowa (tryb CITO – „na ratunek”). W tym czasie Wykonawca jest zobowiązany podstawić odpowiednia karetkę wraz z załogą w miejsce wskazane przez Zamawiającego celem realizacji usługi. Jeżeli przyjazd karetki w trybie CITO nastąpi po upływie 30 minut od zgłoszenia, Zamawiający obniży należne Wykonawcy za tą usługę wynagrodzenie o 50%.

4. Strony przewidują również zamawianie karetek „T” na umówioną godzinę (tryb planowy). W trybie planowym zamówienie powinno być złożone na 5 godzin przed godziną przyjazdu, a jeżeli transport ma być wykonywany poza granicami administracyjnymi Krakowa na 12 godzin przed godziną przyjazdu. Jeżeli przyjazd karetki w trybie planowym nastąpi po upływie 15 minut od zleconej godziny przyjazdu, Zamawiający obniży należne Wykonawcy za tą usługę wynagrodzenie o 50%.”

Odwołujący wskazuje, że w/w kary umowne zostały ustalone na nadmiernie wygórowanym wysokim poziomie. Nałożenie na wykonawcę kar wysokości 50% wynagrodzenia

za wykonanie danego zlecenia transportu prowadzi do utraty przez wykonawcę nie tylko całego zysku z wykonania zamówienia, ale też i sporej części poniesionych przez niego kosztów z tytułu jego realizacji, co powoduje, że finalnie to wykonawca płaci Zamawiającemu za możliwość realizacji zamówienia. Prowadzi to do całkowitego wynaturzenia stosunku prawnego, co stoi w sprzeczności z art. 353¹ Kodeksu cywilnego (dalej jako „k.c.”) w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp. Celem zamówienia publicznego jest należyte wykonanie usługi przez Wykonawcę i uzyskanie zapłaty umówionego wynagrodzenia, a nie oferowanie Zamawiającemu darmowego świadczenia oderwanego od szkody poniesionej przez Zamawiającego. Tak wysokie kary umowne tj. 50% wartości wynagrodzenia przysługującego wykonawcy z tytułu realizacji zlecenia transportu, traci swój dyscyplinujący charakter i może stać się dodatkowym źródłem dochodu dla Zamawiającego.

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.

Naliczenie kar umownych w wysokości 50% wartości wynagrodzenia przysługującego wykonawcy z tytułu realizacji zlecenia transportu, świadczy o rażącym jej wygórowaniu.

„Rażące wygórowanie” kary umownej jest pojęciem niedookreślonym. 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).

Kara umowna nie 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.

Praca wykonana, jeśli nie była świadczeniem pod tytułem darmym, wymaga wynagrodzenia. Sankcja w postaci pozbawienia wykonawcy zapłaty wynagrodzenia poprzez nałożenie i potrącenie kary umownej nie może być aprobowana (por.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2014 roku, sygn. akt: IV CSK 416/13). Art. 7 pkt 32 Pzp definiuje zamówienie publiczne jako umowę odpłatną, więc nie może ta umowa przewidywać braku wynagrodzenia w wypadku wykonania znacznej części zamówienia. Po drugie, kara umowna powinna być stosowana jako substytut odszkodowania, a nie jako sposób na obniżenie wynagrodzenia wykonawcy.

Zamawiający, jako podmiot uprawniony, nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Określając treść umowy w sprawie zamówienia publicznego musi mieć na uwadze ograniczenia wynikające z art. 353¹ oraz art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współzycia społecznego. Zamawiający, który kształtuje ramy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie może kreować zapisów umowy w sposób arbitralny i

dowolny. Nie jest uprawnione obarczanie wykonawcy niewspółmiernie wysokim ryzykiem, jakie wiąże się z realizacją zamówienia wobec ryzyka, które obciąża zamawiającego.

Relacja wysokości przewidzianych kar umownych do uchybień, na wypadek których zostały przewidziane, powoduje zachwianie relacji pomiędzy wysokością zastrzeżonej kary umownej za do wysokości wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania oraz zachwianie stosunku wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznawanej szkody (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2007 r., V CSK 139/07 oraz uchwałę składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03). Kara umowna jest, bowiem surogatem odszkodowania, zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 września 2010 r., V ACa 267/10).

Kary umowne zastrzeżone przez Zamawiającego pozwolą mu nie tylko na pokrycie ewentualnej szkody, ale przede wszystkim na sfinansowanie znacznej części zamówienia przez Wykonawcę, a tym samym na wzbogacenie Zamawiającego. Pozbawienie Wykonawcy 50% wynagrodzenia za dane zlecenie z powodu opóźnienia 30 minut (§2 ust. 3 wzoru umowy) i 15 minut (§2 ust. 4 umowy), doprowadzi do zachwiania zasady ekwiwalentności świadczeń w umowie o charakterze wzajemnym. Fakt, że kara umowna pełni funkcję dyscyplinującą, nie może prowadzić do nadmiernego wzbogacenia Zamawiającego. Kara umowna pełni w pierwszej kolejności funkcję odszkodowawczą (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 4 grudnia 2014 r., I ACa 793/14 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 23 września 2014 r., I ACa 343/14). Podstawą przyjęcia w umowie określonych, co do wysokości kar umownych na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania jest zawsze pewna kalkulacja przyszłej, hipotetycznej szkody, jaką poniesie strona w związku z nienależytym wykonaniem zobowiązania (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 27 listopada 2014 r., I ACa 773/14).

Mając na względzie powyższe wnoszę jak we wstępie.

W załączeniu:

1. wydruk informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców dotyczącego Odwołującego;
2. pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej;
3. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
4. potwierdzenie przesłania odwołania Zamawiającemu w terminie.