

Toruń, dnia 16 grudnia 2022 r.

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

Odwołujący: Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A.
87-100 Toruń, ul. Żółkiewskiego 20/26, KRS 0000011286
reprezentowany przez radcę prawnego Zbigniewa Politowskiego
tel. 56 6123347, e-mail zbigniew.politowski@tzmo-global.com

Zamawiający: Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 5 im. Św. Barbary
w Sosnowcu
41-200 Sosnowiec, ul. Plac Medyków 1, KRS 0000003544
tel. 32 3682449, e-mail zam.publ@wss5.pl

Przedmiot zamówienia: świadczenie kompleksowej usługi w zakresie sterylizacji
wysokotemperaturowej i niskotemperaturowej narzędzi
chirurgicznych, sprzętu medycznego, bielizny operacyjnej na sprzęcie
Wykonawcy w pomieszczeniach Zamawiającego wraz z dzierżawą
narzędzi oraz wykonaniem modernizacji pomieszczeń

Ogłoszenie o zamówieniu: Dziennik Urzędowy WE nr 2022/S 235-677775

ODWOŁANIE

W imieniu Toruńskich Zakładów Materiałów Opatrunkowych S.A. z siedzibą w Toruniu, których pełnomocnictwo załączam, wnoszę odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie kompleksowej usługi w zakresie sterylizacji wysokotemperaturowej i niskotemperaturowej narzędzi chirurgicznych, sprzętu medycznego, bielizny operacyjnej na sprzęcie Wykonawcy w pomieszczeniach Zamawiającego wraz z dzierżawą narzędzi oraz wykonaniem modernizacji pomieszczeń, o którym ogłoszono w Dzienniku Urzędowym WE nr 2022/S 235-677775, przeprowadzonym przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu w trybie przetargu nieograniczonego, numer referencyjny 84/PNE/SW/2022.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie:

1. art. 16 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353¹ w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez określenie w § 19 ust. 1 pkt 1), 2), 3), 4), 5), 6), 7), 8), 9),

- 10), 11) i 15) projektowanych postanowień umowy zawartych w załączniku nr 5 do SWZ kar umownych w wysokości 0,01% wynagrodzenia brutto określonego w § 12 ust. 1 oraz poprzez określenie w § 19 ust. 1 pkt 12), 13), 14) projektowanych postanowień umowy zawartych w załączniku nr 5 do SWZ kar umownych w wysokości 0,01% łącznego wynagrodzenia netto określonego w § 12 ust. 1, tj. w wysokości rażąco wygórowanej i nieproporcjonalnie wysokiej do wartości niewykonanego lub nienależycie wykonanego zobowiązania wykonawcy;
2. art. 16 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez następujące określenie w § 20 ust. 5 projektowanych postanowień umowy zawartych w załączniku nr 5 do SWZ okresów, w których mogą następować kolejne zmiany wynagrodzenia wykonawcy: *„Kolejne zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy nie będą dokonywane częściej niż co 18 miesięcy od daty pierwszej zmiany.”*, tj. okresów nieproporcjonalnie długich w stosunku do potrzeb wynikających z aktualnej niestabilnej sytuacji gospodarczej, w szczególności z dynamiki inflacji, a tym samym niezapewniających możliwości elastycznego i realnego waloryzowania wynagrodzenia wykonawcy;
 3. art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zastrzeżenie w § 18 ust. 6 projektowanych postanowień umowy zawartych w załączniku nr 5 do SWZ prawa Zamawiającego nabycia od wykonawcy urządzeń, przy pomocy których świadczył usługę, bez określenia zasad sposobu obliczenia ceny nabycia tych urządzeń, tj. opisanie zasad współpracy w sposób nieprzejrzysty i utrudniający wykonawcom należyte skalkulowanie ceny oferty, a tym samym utrudniający uczciwą konkurencję.

Wnoszę o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji załącznika nr 5 do specyfikacji warunków zamówienia:

1. w § 19 ust. 1 pkt 1), 2), 3), 4), 5), 6), 7), 8), 9), 10), 11) i 15) projektowanych postanowień umowy poprzez zastąpienie wyrażenia *„0,01% wynagrodzenia brutto określonego w § 12 ust. 1”* wyrażeniem *„0,001% wynagrodzenia netto określonego w § 12 ust. 1”* oraz w § 19 ust. 1 pkt 12), 13) i 14) projektowanych postanowień umowy poprzez zastąpienie wyrażenia *„0,01% łącznego wynagrodzenia netto określonego w § 12 ust. 1”* wyrażeniem *„0,001% łącznego wynagrodzenia netto określonego w § 12 ust. 1”*;
2. w § 20 ust. 5 projektowanych postanowień umowy poprzez zastąpienie wyrażenia *„nie będą dokonywane częściej niż co 18 miesięcy od daty pierwszej zmiany”* wyrażeniem *„nie będą dokonywane częściej niż co 12 miesięcy od daty pierwszej zmiany”*;
3. wykreślenia § 18 ust. 6 projektowanych postanowień umowy; bądź uzupełnienia ww. § 18 ust. 6 o szczegółowy opis sposobu obliczenia ceny nabycia urządzeń przez Zamawiającego.

Uzasadnienie

W dniu 6 grudnia 2022 r. Zamawiający zamieścił dokumenty zamówienia na stronie internetowej. W ocenie Odwołującego, zawarte w dokumentach zamówienia projektowane postanowienia umowy

(załącznik nr 5 do SWZ) naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych i Kodeksu cywilnego.

Zgodnie z art. 16 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający ma obowiązek przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny. Istotą powyższej zasady proporcjonalności jest konieczność dołożenia należytej staranności przez zamawiającego, polegającej na podejmowaniu wyłącznie takich działań i stawianiu takich wymogów, które są adekwatne dla osiągnięcia określonego celu, w tym przede wszystkim zaspokojenia potrzeb w zakresie nabycia określonego dobra, usługi lub wykonania obiektu budowlanego (por. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2020 r. KIO 2563/20 oraz z dnia 30 października 2020 r. KIO 2652/20; a także A. Wiktorowski [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Wiktorowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2022, art. 16).

O ile wprowadzenie kar umownych do warunków umowy, która ma zostać zawarta z wykonawcą, co do zasady należy uznać za środek odpowiedni dla zapewnienia należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego; to jednak z zasady proporcjonalności wynika, że kary umowne powinny być zastrzeżone wyłącznie w takim zakresie, w jakim jest to niezbędne dla osiągnięcia tego celu. W konsekwencji zasada proporcjonalności wyznacza dla zamawiającego granicę swobody w zastrzeganiu kar umownych. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wskazywała, że nieodpuszczalne jest zastrzeżenie przez zamawiającego kary rażąco wygórowanej. Zastrzeżenie kary rażąco wygórowanej wykracza poza dopuszczalny zakres swobody umów określony w art. 353¹ Kodeksu cywilnego, a tym samym pozostaje również w sprzeczności z zasadą proporcjonalności (por. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2021 r. KIO 3439/20, z dnia 5 listopada 2020 r. KIO 2563/20, z dnia 30 października 2020 r. KIO 2652/20, z dnia 28 grudnia 2018 r. KIO 2574/18 oraz z dnia 4 września 2018 r. KIO 1601/18).

O tym, czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej decyduje przede wszystkim stosunek, w jakim pozostają do siebie kara umowna i niewykonane lub nienależycie wykonane zobowiązanie dłużnika. W sytuacji, gdy wartość kary umownej równa się bądź zbliżona jest do wartości niewykonanego lub nienależycie wykonanego zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną. Kara umowna może być rażąco wygórowana już w chwili jej zastrzegania lub stać się taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można w szczególności zaliczyć to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary (por. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2020 r. KIO 2563/20 oraz z dnia 30 października 2020 r. KIO 2652/20).

W § 19 ust. 1 projektowanych postanowień umowy zawartych w załączniku nr 5 do SWZ Zamawiający zastrzegł kary umowne za kilkanaście różnorodnych typów naruszeń umowy w wysokości 0,01% wartości umowy za każde naruszenia lub za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, a w przypadku § 19 ust. 1 pkt 4) i 14) za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki.

Zważywszy na złożony i szeroki zakres zamówienia obejmujący również roboty budowlane oraz 10-letni okres obowiązywania umowy, uogólniając można przyjąć, że wartość umowy wyniesie

kilkadziesiąt milionów złotych. Zatem 0,01% wartości umowy oznaczać będzie kilka tysięcy złotych. Powyższa kwota kary umownej będzie całkowicie niezależna od wartości niewykonanego lub nienależycie wykonanego zobowiązania wykonawcy. Zatem zastrzeżona w § 19 ust. 1 kara umowna w wysokości kilku tysięcy złotych za każde naruszenie lub za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, a zwłaszcza za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki, może być (i w wielu wypadkach zapewne będzie) zbliżona, wyższa lub nawet wielokrotnie wyższa od wartości niewykonanego lub nienależycie wykonanego zobowiązania wykonawcy.

Przykładowo:

- dostarczenie zamawiającemu dowodu opłacenia składki ubezpieczeniowej następnego dnia po zawarciu umowy, zamiast w dniu zawarcia umowy, skutkować będzie – zgodnie z § 19 ust. 1 pkt 2) – karą kilku tysięcy złotych (nawet jeżeli składka była faktycznie opłacona na dzień zawarcia umowy, a Zamawiający nie poniósł żadnej szkody);
- zapłata wynagrodzenia należnego podwykonawcy następnego dnia po upływie terminu, skutkować będzie – zgodnie z § 19 ust. 1 pkt 6) – karą kilku tysięcy złotych (nawet jeżeli kwota ww. wynagrodzenia podwykonawcy będzie niższa od kwoty kary, wykonawca zapłacił podwykonawcy odsetki za opóźnienie w zapłacie, a Zamawiający nie poniósł żadnej szkody);
- choćby kilkuminutowa zwłoka w wykonaniu usługi sterylizacji choćby jednego pakietu sprzętu medycznego, skutkować będzie – zgodnie z § 19 ust. 1 pkt 14) – karą kilku tysięcy złotych (nawet jeżeli wartość usługi będzie wielokrotnie niższa od kwoty kary, a Zamawiający nie poniósł żadnej szkody).

Kara umowna naliczana według § 19 ust. 1 projektowanych postanowień umowy będzie tak wysoka, że może nawet pozbawić wykonawcę zysku z wykonywania zamówienia publicznego. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 grudnia 2018 r. KIO 2574/18 uznała taką karę za rażąco wygórowaną, stwierdzając m.in. *„W tej sytuacji kara zmienia swój charakter z odszkodowawczej i może doprowadzić do wypaczenia celu odpłatnej umowy. Nie można w ocenie Izby akceptować takich mechanizmów, które pozbawią wykonawcy przychodu z tytułu świadczonej usługi. Kara umowna powinna mieć wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę umowy, ale nie w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony kosztem drugiej, a wręcz czyniącym niecelowym jej wykonywanie.”*

Dlatego § 19 ust. 1 projektowanych postanowień umowy narusza art. 16 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i wymaga modyfikacji; np. poprzez obniżenie wysokości kar umownych do 0,001% wartości netto umowy.

W § 20 ust. 5 projektowanych postanowień umowy zawartych w załączniku nr 5 do SWZ Zamawiający zastrzegł, że pierwsza zmiana wynagrodzenia, o której mowa w § 20 ust. 4, może nastąpić najwcześniej po 12 miesiącach od dnia podpisania umowy, a kolejne zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy nie będą dokonywane częściej niż co 18 miesięcy od daty pierwszej zmiany. W ocenie Odwołującego ww. okres 18 miesięcy jest nieproporcjonalnie długi w stosunku do potencjalnych potrzeb zmiany wysokości wynagrodzenia. Potrzeba zmiany wysokości wynagrodzenia za świadczenie usług zachodzi przede wszystkim w przypadku zmiany kosztów świadczenia usług.

Zważywszy na aktualną niestabilną sytuację gospodarczą (inflacja, kryzys energetyczny, wojna w Ukrainie, stan zagrożenia epidemicznego itd.) zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że znaczne zmiany kosztów świadczenia usług będących przedmiotem zamówienia, w szczególności cen energii elektrycznej i paliw, następować będą częściej niż co 18 miesięcy.

Zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych, wymagane na mocy art. 439 ust. 2 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy, powinno zapewniać możliwość elastycznego i realnego zastosowania waloryzacji (por. pismo wydane przez: Urząd Zamówień Publicznych, *Klauzula waloryzacyjna w ustawie Prawo zamówień publicznych*, www.uzp.gov.pl). Zdaniem Odwołującego, zastrzeżenie w § 20 ust. 5 projektowanych postanowień umowy, iż zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy nie będą dokonywane częściej niż co 18 miesięcy, nie spełnia ww. wymogu elastyczności i realności.

Dlatego § 20 ust. 5 projektowanych postanowień umowy narusza art. 16 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Poza tym, ograniczenie możliwości dopasowania wysokości wynagrodzenia do zmieniających się kosztów świadczenia usług utrudnia wykonawcom należyte skalkulowanie ceny oferty, przez co utrudnia uczciwą konkurencję, a zatem narusza również art. 16 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych.

Treść § 20 ust. 5 projektowanych postanowień umowy wymaga zatem modyfikacji poprzez skrócenie ww. okresu 18 miesięcy. Zdaniem Odwołującego okres ten nie powinien być dłuższy niż 12 miesięcy.

Zgodnie z art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający ma obowiązek przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz przejrzysty.

W § 18 ust. 6 projektowanych postanowień umowy zawartych w załączniku nr 5 do SWZ Zamawiający zastrzegł sobie prawo nabycia od wykonawcy urządzeń, przy pomocy których świadczył usługę, bez określenia zasad sposobu obliczenia ceny nabycia tych urządzeń. Powyższe zastrzeżenie jest niejasne i utrudnia wykonawcom należyte skalkulowanie ceny oferty. Wykonawcy nie są bowiem w stanie ustalić jaką kwotę otrzymają w razie skorzystania przez Zamawiającego z ww. prawa nabycia urządzeń, choć wysokość tej kwoty wpływa na oszacowanie pełnych spodziewanych kosztów wykonania zamówienia, a tym samym powinna być uwzględniona w kalkulacji ceny oferty.

Dlatego § 18 ust. 6 projektowanych postanowień umowy narusza art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i powinien zostać wykreślony lub uzupełniony o szczegółowy, przejrzysty i precyzyjny opis sposobu obliczenia ceny nabycia urządzeń przez Zamawiającego.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku opisanych wyżej naruszeń przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i Kodeksu cywilnego.

Odwołujący od wielu lat świadczy wysokiej jakości usługi sterylizacji dla szpitali i jest zainteresowany świadczeniem takich usług również na rzecz Zamawiającego.

Wskazane wyżej postanowienia projektowanych postanowień umowy zawartych w załączniku nr 5 do SWZ utrudniają Odwołującemu należyte, tj. uwzględniające realne koszty i zapewniające przynajmniej minimalny zysk, skalkulowanie ceny oferty, a tym samym utrudniają, a nawet mogą pozbawić Odwołującego uzyskania zamówienia publicznego i zysków wynikających z wykonywania tego zamówienia.

Tym samym opisane wyżej naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych mają wpływ na wynik postępowania, a Odwołującemu przysługują środki ochrony prawnej określone w ustawie Prawo zamówień publicznych

Załączniki:

- 1) dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
- 2) dowód przekazania odwołania Zamawiającemu,
- 3) odpis z Krajowego Rejestru Sądowego,
- 4) pełnomocnictwo.