Gdynia, dnia 16.03.2022 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**

**przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych**

**ul. Postępu 17a**

**02-676 Warszawa**

**Odwołujący:**

**„IZAN +” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**

z siedzibą w Krakowie

ul. Żabiniec 46

31-215 Kraków

KRS: 0000171397

Tel. +48 426405777

FAX: +48 422572816

e-mail: przetargi@rekeep.pl

reprezentowana przez pracownika –Żaklina Pasternak

**Zamawiający:**

Szpitale Pomorskie

spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

ul. Powstania Styczniowego 1

81-519 Gdynia

kontakt e-mail: zp@szpitalepomorskie.eu

Sygn. akt: KIO 639/22

**ODPOWIEDŹ NA ODWOŁANIE**

Niniejszym, jako upoważnieni do reprezentowania Szpitali Pomorskich spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Powstania Styczniowego 1, 81-519 Gdynia w przedmiotowym postępowaniu zgodnie z przesłaną informacją odpowiadającą odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców pobraną na podstawie art. 4 ust. 4aa ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym, działając na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy z dnia 19 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm. dalej zwaną „ustawą PZP”) w imieniu Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie KIO 639/22

wnosimy o:

1. 1. oddalenie odwołania w całości – z uwagi na niezasadność zarzutów odwołania,
2. 2. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego i opłat skarbowych od pełnomocnictw, według norm przepisanych.

**UZASADNIENIE**

Na mocy art. 521 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, w odpowiedzi na odwołanie Wykonawcy „IZAN +” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnościąw Krakowie, złożone w dniu 07.03.2022 r., w postępowaniu znak **D25C/251/N/37-91rj/21** prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usługi kompleksowego utrzymania czystości oraz prac pomocniczych dla Szpitali Pomorskich sp. z o. o. w lokalizacji Pomorskiego Centrum Chorób Zakaźnych i Gruźlicy w Gdańsku”, ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr ogłoszenia 2022/S 038-098347 w dniu 23 lutego 2022 r., Zamawiający stwierdza, iż zarzuty postawione przez Odwołującego w odwołaniu w całości winny ulec oddaleniu jako niezasadne.

Odwołujący w odwołaniu przedstawił następujące zarzuty:

1. naruszenia **art. 436 pkt 3 P.z.p. w zw. zart. 16 pkt 3 P.z.p. w zw. art. 8 ust. 1 Pz.p. w zw. z art. 7 pkt 32 P.z.p. w zw. z art. 3531 Kodeksu cywilnego (zwanego dalej „K.c.”) w zw. z art. 483 § 1 K.c. w zw. z art. 484 §1 zd. 1 i §2 K.c. oraz art. 5 K.c. w zw. z art. 58 § 1 i 3 K.c.** poprzez nadużycie przez Zamawiającego pozycji dominującej organizatora przetargu i zawarcie w Projekcie Umowy postanowienia określającego łączną maksymalną wysokość kar umownych, których kumulatywnie może dochodzić Zamawiający, w wysokości 70% łącznej wartości umowy, która to wartość już w momencie zawarcia umowy będzie rażąco wygórowana, bowiem oznacza możliwość nieuzasadnionego pozbawienia wykonawcy wynagrodzenia za realizację zamówienia publicznego, co narusza zasadę proporcjonalności, ograniczając w sposób nieuprawniony krąg potencjalnych wykonawców gotowych przystąpić do realizacji zamówienia.
2. naruszenia **art. 433 pkt 4 P.z.p. w zw.z art. 455 ust. 1 pkt 1 P.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 P.z.p. w zw. z art. 8 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 3531K.c.** przez określenie minimalnej wartości lub wielkości świadczeń stronw wysokości 40% poprzez możliwość arbitralnego ograniczenia powierzchni przewidzianej do utrzymania w czystości, co jest wartością rażąco zawyżoną i co w efekcie świadczy o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy, w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem instytucji minimalnej wartości zamówienia oraz wobec nieokreślenia precyzyjnych warunków zmiany umowy, co uniemożliwia racjonalne ustalenie parametrów oferty w myśl art. 99 ust. 1 Pzp.

W związku ze złożonymi zarzutami Wykonawca wniósł **o nakazanie Zamawiającemu:**

1. **w zakresie zarzutu 1:** zmiany § 11 ust. 4 załącznika nr 8 do SWZ – Projektu Umowy poprzez jego zmianę i nadanie mu brzmienia: „Określone w niniejszej umowie kary umowne będą naliczane niezależnie od siebie i podlegają kumulacji. Maksymalna wysokość kar nie może przekroczyć 10% łącznej wartości przedmiotu umowy."
2. **w zakresie zarzutu 2:**

*a)* **zmiany § 2 ust. 2 załącznika nr 8 do SWZ -projektu Umowy poprzez jego zmianę i nadanie mu brzmienia:**

*"Zamawiający może wyłączyć z wykonywania przedmiotu niniejszej umowy część powierzchni obiektów Pomorskiego Centrum Chorób Zakaźnych i Gruźlicy w Gdańsku z powodu prac remontowo –modernizacyjnych, zmiany przeznaczenia obiektu (w szczególności oddania powierzchni w najem lub dzierżawę) lub innych uzasadnionych organizacyjnie przyczyn. O zamiarze wyłączenia części powierzchni z wykonywania usług Zamawiający zobowiązany jest zawiadomić Wykonawcę nie później niż 7 dni przed planowaną zmianą. W takim przypadku Wykonawca będzie naliczał koszt za faktycznie wykonaną usługę, stosownie do wielkości powierzchni (w metrach), na której realizowana była usługa –wartość wynagrodzenia obliczona zostanie proporcjonalnie w stosunku do wartości wynikającej z Oferty Wykonawcy. Powyższy termin znajdzie odpowiednie zastosowanie w przypadku włączenia powierzchni pod realizację przedmiotu nn umowy (w szczególności po czasowym zawieszeniu /wyłączeniu pomieszczeń). Ograniczenie będzie dotyczyło każdorazowo nie więcej niż 20% powierzchni przewidzianej do utrzymania w czystości."*

*b)* **zmiany § 14 ust. 4 załącznika nr 8 do SWZ -projektu Umowy poprzez jego zmianę i nadanie mu brzmienia:**

*"W przypadku wystąpienia konieczności wyłączenia z zakresu świadczonej usługi wyodrębnionej jednostki/ komórki organizacyjnej lub zadania (w szczególności remont oddziału, wyłączenie z użytkowania, oddanie w najem lub dzierżawę, itp.) Wykonawca* *na podstawie pisemnego wniosku Zamawiającego uzasadniającego powyższą konieczność, będzie naliczał koszt za faktycznie wykonaną usługę, proporcjonalnie do ceny wynikającej z oferty Wykonawcy za wykonaną usługę, Ograniczenie będzie dotyczyło każdorazowo nie więcej niż 20% powierzchni przewidzianej do utrzymania w czystości."*

**Ad. 1. W zakresie w/w zarzutu i wniosku odwołania z Ad. 3 Zamawiający wnosi o oddalenie w/w zarzutu w całości.**

Zamawiający zmodyfikował zapisy projektu umowy, poprawił numerację ustępów w § 11 po ust. 4 następuje ust. 5, 6 i 7 oraz zmodyfikował zapisy ust. 5 poprzez nadanie brzmienia:

„Określone w niniejszej umowie kary umowne będą naliczane niezależnie od siebie i podlegają kumulacji. Maksymalna wysokość kar nie może przekroczyć 40% łącznej wartości przedmiotu umowy.”

Zamawiający dokonał modyfikacji w zakresie podnoszonym przez Odwołującego przyjmując jednak, iż poziom maksymalny kar proponowany przez Odwołującego na poziomie 10% jest rażąco niski i nie będzie miał charakteru dyscyplinującego. Zamawiający w tym zakresie obniżył wysokość kar do 40% maksymalnego limitu kar. Zamawiający pragnie zwrócić uwagę, iż usługa sprzątania takich obiektów jak Pomorskie Centrum Chorób Zakaźnych i Gruźlicy ma charakter usługi wysokiego ryzyka epidemiologicznego, szczególnie, iż jest to ośrodek przyjmujący chorych z COVID-em. Istotą prawidłowo wykonanego zamówienia w tym zakresie jest maksymalne obniżenie lub całkowite zniwelowanie zagrożenia epidemiologicznego. Nienależyta realizacja tej usługi może skutkować poważnymi konsekwencjami łącznie z zagrożeniem życia i zdrowia ludzkiego nie tylko pacjentów, ale także pracowników Zamawiającego. Element kar umownych nie jest przedmiotem zamówienia, a ma mieć charakter jedynie dyscyplinujący i ma miejsce tylko w razie wystąpienia okoliczności wymienionych w umowie. Maksymalny limit kar powinien być ustalony na takim poziomie, który mimo wszystko będzie dotkliwy dla Wykonawcy, który w sposób rażący, nagminny i uporczywy narusza zapisy umowy. Zamawiający pragnie zwrócić uwagę, iż osiągnięcie maksymalnego limitu kar jest już poziomem skrajnym, występującym w bardzo rzadkich przypadkach. Niemniej jednak z uwagi na przedmiot zamówienia i specyficzną działalność Zamawiającego, limit ten musi być ustalony na stosunkowo wysokim poziomie, albowiem naruszenia wynikające z przedmiotu zamówienia mogą wpływać bezpośrednio na życie i zdrowie ludzkie.

Jednocześnie Zamawiający pragnie podkreślić, iż jednostkowy wymiar kar umownych jest ustalony na, na tyle niskim poziomie (z czego najwyższa kara podana w procentach wynosi 10% za odstąpienie od umowy lub jej rozwiązanie z przyczyn ściśle określonych w umowie), iż uzyskanie maksymalnego limitu kar będzie możliwe tylko w przypadku absolutnie drastycznych i jedynie w razie nagminnych naruszeń ze strony potencjalnego Wykonawcy. Przecież założeniem obydwu stron umowy jest jak najbardziej należyta realizacja usługi. Zamawiającemu nie zależy na naliczaniu kar umownych, ale na uzyskaniu należycie wykonywanej usługi, zwłaszcza jeśli dotyczy ona świadczenia usług na rzecz pacjentów, za których dobro, zdrowie i życie Zamawiający ponosi odpowiedzialność i które stanowi główny przedmiot działalności Zamawiającego.

Zamawiający nie może ustanowić maksymalnego pułapu kar umownych na poziomie 10%, bowiem jest to próg zdecydowanie za niski. W Wyroku KIO z dnia 8 lutego 2022 r. (Sygn. akt KIO 193/22) dotyczącym m.in. maksymalnego pułapu lar umownych na usługi w zakresie żywienia pacjentów Izba uznała założony pułap 40% za adekwatny. Należy wskazać, że należyte wykonywanie usługi sprzątania w Pomorskim Centrum Chorób Zakaźnych i Gruźlicy, w którego strukturach jest Szpital Zakaźny, jest niezwykle istotne dla procesu leczniczego oraz zachowania bezpieczeństwa epidemiologicznego pacjentów i personelu Szpitala, niewątpliwe ważniejszym, aniżeli usługi żywieniowe.

Dla porównania przedstawiamy Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej:

***[KIO 2232/19, Postanowienia warunków umowy. - Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej](https://sip.lex.pl/" \l "/jurisprudence/539621704/1/kio-2232-19-postanowienia-warunkow-umowy-wyrok-krajowej-izby-odwolawczej?cm=RELATIONS)***

*LEX nr 2750792 - wyrok z dnia 20 listopada 2019 r.*

*TEZA |****aktualna***

*Celem ustalenia wysokości oraz łącznego limitu kary umownej jest zabezpieczenie prawidłowego wykonania obowiązków umownych przez wykonawcę (nawet kosztem podwyższenia ceny oferty), a nie zminimalizowanie ryzyka wykonawcy.*

*Z uzasadnienia „XI. Dotyczy § 11 ust. 6 IPU*

***Izba uznała, że zastrzeżenie przez zamawiającego łącznego limitu kar w skali całego kontraktu na poziomie 70% nie jest poziomem rażąco wygórowanym. Postępowanie dowodowe nie dostarczyło argumentów na twierdzenie przeciwne, w szczególności odwołujący jedynie twierdził, że jest to limit rażąco wysoki, przekraczający nawet limity stosowane powszechnie na rynku, jednak słuszności tego twierdzenia nie wykazał.***

*Celem ustalenia wysokości oraz łącznego limitu kary umownej jest zabezpieczenie prawidłowego wykonania obowiązków umownych przez wykonawcę (nawet kosztem podwyższenia ceny oferty), a nie zminimalizowanie ryzyka wykonawcy. W okolicznościach sporu, wobec licznego katalogu kar uzależnionych w przeważającej części od należytej staranności wykonawcy, ustalenie limitu kar umownych Izba uznała za uzasadnione.”*

Tym samym zarzut naruszenia przez Zamawiającego naruszenia **art. 436 pkt 3 P.z.p. w zw. zart. 16 pkt 3 P.z.p. w zw. art. 8 ust. 1 Pz.p. w zw. z art. 7 pkt 32 P.z.p. w zw. z art. 3531 Kodeksu cywilnego (zwanego dalej „K.c.”) w zw. z art. 483 § 1 K.c. w zw. z art. 484 §1 zd. 1 i §2 K.c. oraz art. 5 K.c. w zw. z art. 58 § 1 i 3 K.c.** poprzez nadużycie przez Zamawiającego pozycji dominującej organizatora przetargu i zawarcie w Projekcie Umowy postanowienia określającego łączną maksymalną wysokość kar umownych, których kumulatywnie może dochodzić Zamawiający, w wysokości 70% łącznej wartości umowy, która to wartość już w momencie zawarcia umowy będzie rażąco wygórowana, bowiem oznacza możliwość nieuzasadnionego pozbawienia wykonawcy wynagrodzenia za realizację zamówienia publicznego, co narusza zasadę proporcjonalności, ograniczając w sposób nieuprawniony krąg potencjalnych wykonawców gotowych przystąpić do realizacji zamówienia – jest bezzasadny.

**Ad. 2. W zakresie w/w zarzutu i wniosku odwołania z Ad. 2 Zamawiający wnosi o oddalenie w/w zarzutu w całości.**

Zamawiający wskazuje, że podając % ograniczenia wykorzystania umowy działał zgodnie z uprawnieniem wskazanym w art. 433 pkt 4) ustawy Prawo zamówień publicznych. Należy wskazać, że wykonywanie usługi sprzątania w Pomorskim Centrum Chorób Zakaźnych i Gruźlicy, w którego strukturach jest Szpital Zakaźny, dotyczy szpitala z dużą ilością miejsc COVID-owych, których ilość została narzucona przez Wojewodę Pomorskiego w związku z walką z COVID-19. Niewykluczone, że po ustaniu epidemii zapotrzebowanie na wykonywanie sprzątania zostanie ograniczone i podanie minimalnego pułapu poprzez wskazanie do 40% ograniczenia jest uczciwe w stosunku do Wykonawcy i oparte o ustawę Prawo zamówień publicznych. Nowa ustawa wprowadza ograniczenia w zasadzie swobody umów dla Zamawiających, takim ograniczeniem jest wprowadzenie zakazu możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Zamawiający wskazuje ograniczenie, jednakże Odwołujący Wykonawca dąży do pozbawienia Zamawiającego tego prawa wymuszając poprzez złożone odwołanie 80% realizację zamówienia. Należy wskazać, że w przypadku umowy zawieranej na wolnym rynku strony nie muszą gwarantować wykonania umowy na konkretnym poziomie, jest to przywilej Wykonawców w zamówieniach publicznych. Wykonawca jednakże poprzez żądanie 80% wykonania nadużywa swojego prawa.

W Wyroku KIO z dnia 8 lutego 2022 r. (Sygn. akt KIO 193/22) dotyczącym m.in. maksymalnego pułapu kar umownych na usługi w zakresie żywienia pacjentów Izba uznała założenie minimalnego progu wykonania umowy na poziomie 60% za adekwatny.

Zamawiający zmodyfikował zapisy projektu umowy § 2 ust. 2 zdanie drugie umowy poprzez nadanie brzmienia: O zamiarze wyłączenia części powierzchni z wykonywania usług Zamawiający zobowiązany jest zawiadomić Wykonawcę nie później niż 28 dni przed planowaną zmianą, co powinno umożliwić Wykonawcy podjęcie odpowiednich kroków organizacyjnych, umożliwiających mu zminimalizowanie kosztów bieżących wykonania usługi oraz doprecyzował zapisy umowy poprzez dodanie w § 2 ust. 3 umowy w zdania: Minimalny próg wykonania umowy wynosi 60%.

Tym samym zarzut naruszenia przez Zamawiającego naruszenia **art. 433 pkt 4 P.z.p. w zw.z art. 455 ust. 1 pkt 1 P.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 P.z.p. w zw. z art. 8 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 3531K.c.** przez określenie minimalnej wartości lub wielkości świadczeń stronw wysokości 40% poprzez możliwość arbitralnego ograniczenia powierzchni przewidzianej do utrzymania w czystości, co jest wartością rażąco zawyżoną i co w efekcie świadczy o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy, w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem instytucji minimalnej wartości zamówienia oraz wobec nieokreślenia precyzyjnych warunków zmiany umowy, co uniemożliwia racjonalne ustalenie parametrów oferty w myśl art. 99 ust. 1 Pzp.

– jest bezzasadny.

W niniejszym postępowaniu nie przystąpił w terminie ustawowym do postępowania po stronie Zamawiającego żaden wykonawca.

Mając na uwadze powyższe stanowisko Zamawiającego, wnoszę jak w *petitum.*

…………………………………………………………….

Załączniki:

1. 3 odpisy pisma
2. odpis KRS