

Łódź, dnia 08 czerwca 2020 roku

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

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Szpital Wojewódzki
im. Papieża Jana Pawła II
Aleje Jana Pawła II 10, 22-400 Zamość
Tel.: +48 846773333
Faks: +48 846386669
E-mail: zammagdziak@szpital.zam.pl
www.szpital.zam.pl

Odwołujący: Kolumna Transportu Sanitarnego Triomed
spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Lublinie
ul. Północna 22a, 20-064 Lublin
Tel. +48 426405777
Fax: +48 422572816
E-mail: przetargi@naprzod.pl
Pełnomocnik: Katarzyna Frankowska

Dotyczy: przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) na „świadczenie usług transportu sanitarnego w zakresie podstawowym oraz przewozu osób na dializoterapię”, ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 28 maja 2020 roku pod nr 2020/S 103-248522, nr referencyjny: AG.ZP.3320.12.20 .

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego – Kolumna Transportu Sanitarnego Triomed spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – dalej: Pzp (tekst jedn.: Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 z późn. zm.), wnoszę odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i treści Specyfikacji Istotnych Warunków zamówienia (dalej: SIWZ).

Zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 91 ust. 2 i 2a Pzp** poprzez brak wprowadzenia pozacenowego kryterium oceny ofert,
2. **art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 13 ust. 1 ustawy o systemie oceny zgodności oraz 70b ust. 1 i 2 ustawy – Prawo o ruchu drogowym i w zw. z art. 161ba ust. 1 i 2 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych** poprzez brak wskazania w opisie przedmiotu zamówienia, że przedmiotowe zamówienie powinno zostać wykonane pojazdami, w stosunku do których wydana została homologacja fabryczna odpowiednio pojazdu kompletnego, sanitarnego lub do transportu osób niepełnosprawnych ruchowo (stosownie do danego zadania), pomimo ustawowego wymogu wykonania usług transportu sanitarnego pojazdami spełniającymi odpowiednie normy techniczne pod rygorem niedopuszczenia ich do obrotu w RP,
3. **art. 353¹ Kodeksu cywilnego oraz art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp** poprzez nadużycie pozycji dominującej

Zamawiającego w przetargu przez zastrzeżenie w § 13 ust. 1 pkt 4 załącznika do SIWZ – wzór umowy dla zadania 1 i 2:

"Zamawiający zastrzega sobie prawo do wypowiedzenia niniejszej umowy ze skutkiem natychmiastowym w następujących przypadkach:

... 4) gdy Wykonawca w sposób rażący narusza postanowienia niniejszej umowy, w szczególności:

a) dopuszcza się zwłoki w wykonywaniu usług transportu,

b) nie podejmuje się świadczeń zgodnie z ustalonym harmonogramem,

c) odmówi Zamawiającemu wykonywania usługi z jakiegokolwiek przyczyny, ...",

co w istocie prowadzi do zagwarantowania Zamawiającemu uprzywilejowania wobec wykonawcy i możliwość arbitralnego natychmiastowego wypowiedzenia umowy, wobec niedookreślenia i niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia,

4. **Zarzut naruszenia Art. 353¹ Kodeksu cywilnego oraz art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp**, poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy, i wprowadzenie w § 4 ust. 5 wzoru umowy dla zadania 1 i 2, wyłączenia roszczenia Wykonawcy względem Zamawiającego w przypadku faktycznej realizacji usług transportu w mniejszej ilości kilometrów niż ilość kilometrów wskazana w SIWZ: *"Zamawiający zastrzega sobie prawo do niezlecenia Wykonawcy usług transportowych w pełnym zakresie określonym w SIWZ. W zależności od potrzeb Zamawiającego, faktyczna ilość kilometrów może być mniejsza niż ilość kilometrów określona w SIWZ. W przypadku realizacji usług transportu w mniejszej ilości kilometrów niż wskazana w SIWZ, Wykonawcy nie będzie przysługiwało z tego względu żadne roszczenie wobec Zamawiającego, w szczególności o wynagrodzenie czy odszkodowanie"*,

co w konsekwencji oznacza, iż wykonawcy nie rywalizują na warunkach równych i przejrzystych, gdyż Zamawiający dopuszcza zlecenia mniejszej ilości kilometrów niż podana w SIWZ, jednocześnie nie podając przedziału mniejszej ilości zleceń, co uniemożliwia Odwołującemu skalkulowanie oferty a zatem Zamawiający nie uwzględnił w opisie przedmiotu zamówienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;

a Zamawiający tym samym naruszył zasadę odpłatności zamówień publicznych w ten sposób, że wykonawca pozostający w gotowości wykonuje tym samym zamówienie, jednakże nie otrzymuje za nie wynagrodzenia, co utrudnia złożenie oferty i w efekcie czego złożone oferty mogą się okazać nieporównywalne, gdyż Zamawiający nie uwzględnił wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

5. **art. 353¹ Kodeksu cywilnego oraz art. 484 § 2 i art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego oraz art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp** poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy, polegające na dokonaniu niejednoznacznego, niewyczerpującego i utrudniającego uczciwą konkurencję opisu przedmiotu zamówienia poprzez nałożenie w SIWZ, na Wykonawcę niejasnych, niedookreślonych i wygórowanych kar umownych, brak określenia górnego limitu kar umownych.

Wobec powyższego żądam nakazania Zamawiającemu:

1. odnośnie zarzutu nr 1:

A) Zmianę punktu II.2.5 w sekcji II ogłoszenia o zamówieniu i wprowadzenie pozacenowego

kryterium oceny ofert dla każdego zadania i nadanie mu wagi, co najmniej 40% na przykład poprzez wprowadzenie następujących kryteriów oceny ofert i ich wagi: **cena - 60 % i norma emisji spalin dla pojazdów 40%.**

B) Zmianę rozdziału 4 SIWZ: *Warunki przeprowadzenia przetargu w tym kryterium oceny ofert* poprzez wprowadzenie obok kryterium ceny innego kryterium odnoszącego się do przedmiotu zamówienia na przykład poprzez zastosowania poniżej przyjętego rozwiązania:

"Przy wyborze oferty zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami oceny:

Lp.	KRYTERIUM	RANGA
1.	Oferowana cena [wartość brutto]	60pkt
2.	Norma emisji spalin dla pojazdów	40pkt
	RAZEM	100 pkt

Ad 1. Kryterium „Cena” - będzie oceniana na podstawie oferty cenowej. Najwyżej oceniona zostanie oferta o najniższej cenie. Porównywane będą ceny ostateczne brutto za całość przedmiotu zamówienia w danym zadaniu.

Sposób obliczania punktów za kryterium „Cena”: przyjmuje się zasadę poziomego odniesienia - w tym przypadku stosunek ceny minimalnej do ceny oferty badanej. Uwzględniając wartość tego kryterium 60 punktów (1% = 1 pkt) obliczamy przyznaną liczbę punktów dla danej oferty mnożąc wyliczony współczynnik przez wagę kryterium tj. 60 pkt.

Ad 2. Kryterium „Norma emisji spalin dla pojazdów” - będzie oceniana na podstawie załącznika do SIWZ, który Wykonawca jest zobowiązany dołączyć do oferty.

Norma emisji spalin dla pojazdów podlega ocenie według parametrów podanych poniżej:

Lp.	Parametry podlegające ocenie	Punkty
Norma emisji spalin		
1	Pojazd spełnia normę emisji spalin EURO 6 lub 7	10
2	Pojazd spełnia normę emisji spalin EURO 5	5
3	Pojazd spełnia normę emisji spalin niższą niż EURO 5 0pkt	0

Ocena ostateczna dla kryterium 2 jest obliczana wg wzoru:

$$\text{Wartość punktowa} = R \times (T_n/T_{\max})$$

gdzie:

T_{\max} - max liczba przyznanych punktów (obliczana na podstawie średniej arytmetycznej ze wszystkich punktów uzyskanych z zaoferowanych pojazdów).

T_n - liczba punktów uzyskanych przez Wykonawcę

R - ranga ocenianego kryterium

Za ofertę najkorzystniejszą złożoną w ramach tego przetargu zostanie uznana oferta, która uzyska największą liczbę punktów za kryterium 1 i 2."

2. odnośnie zarzutu nr 2 – dokonania zmiany w SIWZ poprzez dodanie w opisie przedmiotu zamówienia dla zadania 2 zapisu: „Pojazdy muszą posiadać homologację fabryczną odpowiednio pojazdu kompletnego, sanitarnego lub pojazdu do przewozu osób niepełnosprawnych”,

3. Odnośnie zarzutu nr 3 - dokonanie zmiany § 13 ust. 1 pkt 4 załącznika do SIWZ – wzór umowy dla zadania 1 i 2 poprzez usunięcie zapisu:

"Zamawiający zastrzega sobie prawo do wypowiedzenia niniejszej umowy ze skutkiem natychmiastowym w następujących przypadkach:

... 4) gdy Wykonawca w sposób rażąco narusza postanowienia niniejszej umowy, w szczególności:

a) dopuszcza się zwłoki w wykonywaniu usług transportu,

b) nie podejmuje się świadczeń zgodnie z ustalonym harmonogramem,

c) odmówi Zamawiającemu wykonywania usługi z jakiegokolwiek przyczyny, ...",

ewentualnie doprecyzowanie zapisu, które będzie jednoznaczny i nie będzie pozostawiony arbitralnemu uznaniu przez Zamawiającego.

4. Odnośnie zarzutu nr 4 - dokonanie zmiany § 4 ust. 5 załącznika do SIWZ – wzór umowy dla zadania 1 i 2 poprzez usunięcie zapisu ewentualnie poprzez wprowadzenie zapisu w poniższym brzmieniu:

"Zamawiający zastrzega sobie prawo do niezleceń Wykonawcy usług transportowych w pełnym zakresie określonym w SIWZ. W zależności od potrzeb Zamawiającego, faktyczna ilość kilometrów może być mniejsza niż ilość kilometrów określona w SIWZ. W przypadku realizacji usług transportu w mniejszej ilości kilometrów niż wskazana w SIWZ- mniejsza ilość kilometrów do 15% w stosunku miesięcznym. Wykonawcy nie będzie przysługiwało z tego względu żadne roszczenie wobec Zamawiającego, w szczególności o wynagrodzenie czy odszkodowanie".

5. Odnośnie zarzutu nr 5 – dokonania zmiany w załączniku do SIWZ – § 8 wzór umowy dla zadania 1 i 2 poprzez:

- dodanie do § 8 ustępu 10 w brzmieniu „Łączny limit kar umownych w skali miesiąca wynosi maksymalnie 3.000,00 zł.”,

- usunięcie ustępu 3,

- doprecyzowanie ustępu 1 pkt 1 i 2 oraz ustępu 5, które będą jednoznaczne i nie będą pozostawione arbitralnemu uznaniu przez Zamawiającego.

Oświadczam, iż Odwołujący posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ prowadzi działalność w zakresie transportu sanitarnego i zamierza złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a dokonanie przez Zamawiającego opisanie ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ z naruszeniem ustawy Pzp uniemożliwia Odwołującemu złożenie ważnej oferty.

UZASADNIENIE

I. Wstęp

W dniu 28 maja 2020 roku zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod nr 2019/S 103-248522, ogłoszenie o zamówieniu na: „świadczenie usług trans-

portu sanitarnego w zakresie podstawowym oraz przewozu osób na dializoterapię”, nr referencyjny: AG.ZP.3320.12.20 .

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że dokonał opisu ogłoszenia oraz SIWZ z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

II. Uzasadnienie zarzutów odwołania

1. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 i 2A Pzp

Zamawiający w Sekcji II. 2.5) Ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale 4 SIWZ *Warunki przeprowadzenia przetargu w tym kryterium oceny ofert* wprowadził jako jedyne kryterium oceny ofert cenę.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy PZP zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ust. 1 ustawy PZP)

W myśl ust. 2 tego przepisu *kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówień, w szczególności:*

- 1)jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;*
- 2)aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;*
- 3)aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;*
- 4)aspekty innowacyjne;*
- 5)organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;*
- 6)serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.*

Natomiast na podstawie art. 91 ust 2a Pzp, co do zasady wprowadzono wymóg przyznania kryteriom pozacenowym co do zasady wagi co najmniej 40%: *"Zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, oraz ich związki kryterium ceny mogą zastosować 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 oraz wykażą w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia, z wyjątkiem art. 72 ust. 2 i art. 80 ust. 3."*

Ograniczenia w stosowaniu kryterium ceny dotyczą wyłącznie zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp (tj. jednostek sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych i innych niż państwowe jednostki organizacyjne nie posiadające osobowości prawnej) oraz ich związków.

Do Zamawiającego, który jest samodzielnym zakładem opieki zdrowotnej, a tym samym jednostką sektora finansów publicznych, o której mowa w art. 9 pkt 10 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 roku, poz. 869 z późn. zm.) ma zastosowanie art. 91 ust. 2a Pzp.

Zamawiający w ogłoszeniu i SIWZ zobowiązany był zatem do wprowadzenia obok ceny jako kryterium ceny także innego pozacenowego kryterium oceny ofert, odnoszącego się do przedmiotu zamówienia o wadze, co najmniej 40%.

Biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, Odwołujący wskazuje, że zasadnym byłoby przyjęcie jako pozacenowego kryterium parametru w postaci normy emisji spalin dla pojazdów oferentów przeznaczonych do wykonywania przedmiotu umowy. Zamawiający winien uwzględnić powyższe kryterium, z racji faktu, że „aspekt środowiskowy” jako działanie proekologiczne jest zalecane i promowane przez UE, a dbanie o środowisko jest nie tylko słuszne, ale w aspekcie występującego smogu w miastach polskich wręcz pożądane.

Za aspektem norm emisji spalin, idzie wiek floty przeznaczonej do realizacji zamówienia w sposób niewątpliwie wpływa na jakość świadczonych usług, tym bardziej, iż przedmiotem zamówienia są usługi transportu sanitarnego. Pojazdy z wyższymi normami emisji spalin są nowsze. Wprowadzenie w/w kryterium oceny ofert posłużyć może Zamawiającemu oprócz aspektu ekologicznego, także na aspekt związany z racjonalnym wydatkowaniem pieniędzy, gdyż oferta zawierająca niższą cenę może okazać się jedynie ofertą pozornie korzystniejszą dla zamawiającego z racji wyeksploatowania taboru, co może mieć wpływ na podwyższoną awaryjność pojazdów, a tym samym możliwe zakłócenia w realizacji przedmiotu umowy.

Zaproponowane kryterium sformułowane jest w sposób przejrzysty, zawiera wszelkie niezbędne elementy umożliwiające ocenę przez zamawiającego poszczególnych ofert oraz jest związane w sposób niewątpliwie 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.

2. Zarzut naruszenia 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 13 ust. 1 ustawy o systemie oceny zgodności oraz 70b ust. 1 i 2 ustawy – Prawo o ruchu drogowym i w zw. z art. 161ba ust. 1 i 2 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych

W myśl art. 29 ust. 1 Pzp, *Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.*

Zgodnie zaś z art. 13 ust. 1 ustawy o systemie oceny zgodności, *Domniemywa się, że wyrób spełnia określone zasadnicze wymagania, jeżeli jest zgodny z odpowiednimi postanowieniami norm zharmonizowanych lub specyfikacji zharmonizowanych.* W art. 1 ust. 1a tej ustawy wyjaśniono także, że ustawę tę stosuje się m.in. do maszyn, a zatem także do pojazdów mechanicznych.

Zgodnie z art. 70b ust. 1 i 2 ustawy – Prawo o ruchu drogowym, nowy typ pojazdu, typ przedmiotu wyposażenia lub części, który ma być wprowadzony do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, powinien spełniać wymagania techniczne, odpowiednie dla danej kategorii pojazdu, zaś spełnienie tych wymagań potwierdza się w procedurze homologacji. Wyposażenie pojazdu także podlega kontroli w procedurze homologacji (art. 70t ust. 1, art. 70zl ust. 1 pkt. 1 ustawy). 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 zaś z tabelą nr 3 załącznika nr 4 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 27 września 2003 r. w sprawie szczegółowych czynności organów w sprawach związanych z dopuszczeniem pojazdu do ruchu oraz wzorów dokumentów w tych sprawach (Dz.U.

z 2016 r. poz. 1088 j.t.), wśród pojazdów specjalnych rozróżniono także pojazd sanitarny. Niemniej, po uzyskaniu stosownego certyfikatu, za zgodność z normą powyższą można zatwierdzić także pojazd przeznaczony do przewozu osób niepełnosprawnych.

W związku z tym, Zamawiający powinien był doprecyzować, jakiej skali homologacji dla pojazdów oczekuje, aby oferty w postępowaniu, które zostaną złożone, były w tym zakresie porównywalne. Z uwagi na przedmiot zamówienia, jakim jest transport osób chorych, najbezpieczniejszym rozwiązaniem byłoby wymaganie homologacji dla pojazdu kompletnego, z pełnym wyposażeniem, przy czym powinien to być pojazd zarejestrowany jako pojazd specjalny sanitarny albo jako pojazd do przewozu osób niepełnosprawnych – to ostatnie w przypadku przewozu pacjentów niewymagających opieki.

Brak żądania w zakresie homologacji prowadzi zaś do naruszenia wyżej wskazanych przepisów. **Celem homologacji pojazdów w ogóle jest ocena ich zgodności z normami technicznymi.** W konsekwencji, homologacja przesądza, czy dany pojazd spełnia właściwą dla niego normę techniczną.

3. Zarzutu naruszenia art. 353¹ Kodeksu cywilnego oraz art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp

Zamawiającego w § 13 ust. 1 pkt 4 załącznika do SIWZ – wzór umowy dla zadania 1 i 2 wprowadził zapis:

"Zamawiający zastrzega sobie prawo do wypowiedzenia niniejszej umowy ze skutkiem natychmiastowym w następujących przypadkach:

... 4) gdy Wykonawca w sposób rażący narusza postanowienia niniejszej umowy, w szczególności:

- a) dopuszcza się zwłoki w wykonywaniu usług transportu,*
- b) nie podejmuje się świadczeń zgodnie z ustalonym harmonogramem,*
- c) odmówi Zamawiającemu wykonywania usługi z jakiegokolwiek przyczyny,*
- d) realizuje usługi innym, niż wymagany, transportem, lub przy użyciu niesprawnych pojazdów,*
- e) oddeleguje do realizacji umowy osoby nie posiadające niezbędnych kwalifikacji, wymaganych przez Zamawiającego,*
- f) nie wykonuje dezynfekcji pojazdów."*

Zgodnie z dyspozycją art. 142 ust. 1 p.z.p. umowę zawiera się na czas oznaczony. Omawiany przepis statuuje ogólną zasadę, jaką na gruncie zamówień publicznych jest zawieranie umów na czas oznaczony.

Podejmując decyzję o ubieganiu się o udzielenie zamówienia wykonawca musi mieć pewność, że wykonując zamówienie zgodnie z zawartą umową otrzyma wynagrodzenie.

Cechą takich umów jest ich trwałość rozumiana w ten sposób, że przepisy Pzp nie przewidują możliwości dowolnego rozwiązywania takich umów zarówno przez zamawiającego, jak i wykonawcę. Jeżeli taka umowa jest wykonywana należycie, to powinna obowiązywać do upływu terminu jej wykonywania. W wyroku z dnia 22 stycznia 2014 r., KIO 24/14, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „Cechą tego stosunku zobowiązaniowego jest trwałość, rozumiana w ten sposób, że ustawa nie przewiduje możliwości dowolnego rozwiązywania tego stosunku przez żadną ze stron. Jest to całkowicie zrozumiałe, biorąc pod uwagę, iż wykonawcy mogą racjonalnie skalkulować cenę, wysokość opłat oraz inne parametry finansowe, a także przewidzieć ryzyko związane z kontraktem (w tym ryzyko czy poniesione przez nich nakłady zostaną zrekomensowane przychodami uzyskanymi w określonym okresie obowiązywania umowy),

jedynie wówczas, gdy mogą przewidzieć, przez jaki odcinek czasu strony umowy pozostaną nią związane.”. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła również, że z przepisów Pzp nie wynika zakaz stosowania przepisów kodeksu cywilnego w przypadku postanowień umowy dotyczących możliwości wypowiedzenia umowy. „Ustawodawca w Pzp nie przewidział odrębnej kompleksowej regulacji dotyczącej wcześniejszego zakończenia umowy i zezwolił w tym zakresie na odnoszenie się do przepisów Kodeksu cywilnego. Ustawodawca w art. 145 ust. 1 Pzp przewidział jedynie szczególny przypadek odstąpienia od umowy przez Zamawiającego w sytuacji, gdy realizacja zamówienia przestała leżeć w interesie publicznym.”

Zastrzeżenie natychmiastowego wypowiedzenia przez zamawiającego umowy - w przypadku § 13 ust. 1 pkt 4 lit a,b,c, wzoru umowy nie jest dopuszczalne, gdyż przyczyny wypowiedzenia są niedookreślone i nieprecyzyjne np. Zamawiający może wypowiedzieć umowę gdy Wykonawca odmówi wykonania transportu z powodu stanu pacjenta lub gdy Wykonawca wykonuje transport ze zwłoką np. 1 minuty.

Postanowienia o natychmiastowym rozwiązaniu umowy w przypadkach niedookreślonych i niejednoznacznych w istocie prowadzi do zagwarantowania Zamawiającemu uprzywilejowania wobec wykonawcy i możliwość arbitralnego natychmiastowego wypowiedzenia umowy oraz stwarza nadmierne ryzyko podjęcia się danego zamówienia i muszą być uznane za zaprzeczające wytycznym art. 29 ust. 2 Pzp.

4. Zarzut naruszenia Art. 353¹ Kodeksu cywilnego oraz art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp

Zamawiający § 4 ust. 5 wzoru umowy dla zadania 1 i 2, wyłączył sprzecznie z celem umowy oraz właściwością stosunku zobowiązaniowego, roszczenie Wykonawcy względem Zamawiającego w przypadku realizacji usług transportu w mniejszej ilości kilometrów niż ilość kilometrów wskazana w SIWZ:

"Zamawiający zastrzega sobie prawo do niezlecenia Wykonawcy usług transportowych w pełnym zakresie określonym w SIWZ. W zależności od potrzeb Zamawiającego, faktyczna ilość kilometrów może być mniejsza niż ilość kilometrów określona w SIWZ. W przypadku realizacji usług transportu w mniejszej ilości kilometrów niż wskazana w SIWZ, Wykonawcy nie będzie przysługiwało z tego względu żadne roszczenie wobec Zamawiającego, w szczególności o wynagrodzenie czy odszkodowanie".

Zgodnie z art. 2 pkt 13 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych – dalej Pzp – zamówienia publiczne to umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Odesłanie z art. 139 ust. 1 Pzp potwierdza, że umowy zawierane w trybie zamówień publicznych podlegają regulacji ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny. W zależności od przedmiotu zamówienia publicznego umowa w sprawie zamówienia publicznego będzie określonym typem kodeksowej umowy nazwanej (np. umowy o roboty budowlane, umowy zlecenia). Należy ją kwalifikować jako umowę wzajemną i odpłatną. Zamawiający i wykonawca zobowiązują się bowiem, że świadczenie jednej strony (zamawiającego) ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej (wykonawcy). Stosowanie przepisów kodeksu cywilnego ma miejsce, jeżeli przepisy prawa zamówień publicznych nie stanowią inaczej (art. 14 Pzp). Do czynności podejmowanych przez zamawiającego oraz uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się, w sprawach nieuregulowanych przepisami, przepisy kodeksu cywilnego.

Zgodnie ze swobodą umów (art. 353¹ k.c.) strony zawierające umowę w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są dostawy, usługi lub roboty budowlane, mogą

ułożyć stosunek prawny według swego uznania, tak aby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Z uwagi na specyfikę zamówień publicznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mamy do czynienia z ograniczeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Jak podkreśla się w orzecznictwie, kodeksowa swoboda kontraktowa podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu, a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów prawa zamówień publicznych zawierającego instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego. Ograniczenie swobody umów znajduje uzasadnienie nie tylko w celu prawa zamówień publicznych, ale również w konieczności zaspokojenia potrzeb publicznych.

Zamawiający – w myśl przepisów tej ustawy – ma bowiem prawo tak uregulować treść umowy, aby możliwe było zrealizowanie zamówienia w zgodzie z jego oczekiwaniami oraz zgodnie z przyjętym przez niego założeniem. Przedmiotowe ograniczenia (z ustawy Pzp) dotyczą m.in.: zakresu swobodnego wyboru kontrahenta, co do zasady, zakazu dokonywania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, wprowadzenia ograniczeń co do terminu obowiązywania umowy, braku możliwości wyboru formy zawieranej umowy.

Uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań specyfikacji (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią [art. 353¹](#) oraz [art. 5 k.c.](#), co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć, jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie. Sąd Najwyższy w uchwale podjętej w składzie 7 sędziów z dn. 22 maja 1991 r. podkreślił, iż "Natura umowy gospodarczej i generowanego przez nią stosunku sprowadza się generalnie do tego, że wyraża ona i pozwala realizować interes każdej ze stron, ponieważ zaś interesy te bywają przeciwstawne, istotę umowy stanowi uzgodnienie woli stron, wyrażające ich interesy. Zgoda obydwu stron jest oczywistym wymogiem tak przy zawarciu umowy, jak i przy zmianach jej treści, stąd też nawet przy najdalej idących ułatwieniach w realizacji inicjatywy zmian pozostawiona jest drugiej stronie możliwość odmowy zgody na zmiany. W tym stanie rzeczy za sprzeczne z naturą umowy gospodarczej należy uznać pozostawienie w ręku jednej tylko strony możliwości dowolnej zmiany jej warunków".

W wyroku z dnia 6 listopada 2014 roku (KIO 2177/14), Krajowa Izba Odwoławcza, wskazała, iż umowy o zamówienie publiczne zawierane na czas określony zostały przez ustawodawcę skonstruowane jako źródło zobowiązań o charakterze trwałym, które, jeżeli tylko są wykonywane należycie, to powinny istnieć aż do upływu terminu, na jaki zawarta została umowa. Jest to podyktowane tym, że wykonawcy będą mogli racjonalnie skalkulować cenę, wysokość opłat oraz inne parametry finansowe, a także przewidzieć ryzyko związane z kontraktem (w tym ryzyko, czy poniesione przez nich nakłady zostaną zrekompensowane przychodami uzyskanymi w określonym okresie obowiązywania umowy), jedynie wówczas, gdy będą mogli przewidzieć czas, przez jaki strony umowy pozostaną nią związane. Zakazane jest redagowanie postanowień umowy o zamówienie publiczne w taki sposób, że zakres czy wolumen zamówienia zależy w całości od zdarzeń przyszłych i niepewnych.

Cechą tego stosunku zobowiązaniowego jest trwałość, rozumiana w ten sposób, że ustawa nie przewiduje możliwości dowolnego rozwiązywania tego stosunku przez żadną ze stron. Jest to całkowicie zrozumiałe, biorąc pod uwagę, iż wykonawcy mogą racjonalnie skalkulować cenę, wysokość opłat oraz inne parametry finansowe, a także przewidzieć ryzyko związane z kontraktem (w tym ryzyko czy poniesione przez nich nakłady zostaną zrekompensowane przychodami

uzyskanymi w określonym okresie obowiązywania umowy), jedynie wówczas, gdy mogą przewidzieć, przez jaki odcinek czasu strony umowy pozostaną nią związane. (Tak: Wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2014 r., KIO 24/14)

Wykonawca składający ofertę w przedmiotowym postępowaniu musi mieć pewność - wynikającą z oszacowania kosztów i zysków, opartych na założeniu świadczenia usługi przez przewidziany w umowie czas - rentowności tego kontraktu, w okresie trwania umowy tj. 24 miesiące. Wprowadzenie wyłączenie roszczenia Wykonawcy względem Zamawiającego, w przypadku realizacji usług transportu w mniejszej ilości kilometrów niż ilość kilometrów wskazana w SIWZ jest nie dopuszczalne, z punktu widzenia osiągnięcia celów, którym służą umowy realizacyjne zamówień publicznych. Wielkość zapotrzebowania na transport sanitarny określona przez Zamawiającego w SIWZ tj. ilości kilometrów stanowi podstawę do oszacowania zaproponowanej przez Wykonawcę kwoty za usługę. Wykonawca na podstawie w/w ilości podanych przez Zamawiającego sporządza kalkulację cenową. Czym większe zapotrzebowanie na usługę, tym niższą cenę jednostkową za kilometr może proponować oferent w swojej ofercie. Sytuacja taka może spowodować, iż ustalone ceny oferty, mimo, że rentowne przy założeniu 24 miesięcznego okresu realizacji umowy, mogą się okazać przynoszące stratę, gdyby Zamawiający realizował przedmiotową usługę w ilości transportów znacznie odbiegającej od podanej w SIWZ (np. w ilości 30% w stosunku do ilości podanej w SIWZ) wobec pozostawiania w gotowości zespołów transportu sanitarnego Wykonawcy.

Dodatkowo, należy wskazać, iż zgodnie z art. 2 pkt. 13 Pzp, zamówienie publiczne jest odpłatną umową o wykonanie dostaw, usług lub robót budowlanych. Zamawiający przewiduje obowiązek pozostawiania przez wykonawcę w gotowości do wykonania transportu w ramach opisu przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego, Odwołujący wnosi o usunięcie w/w zapisu ze wzorów umowy ewentualnie o określenie procentowej ilości marginesu błędu oszacowania ilości kilometrów w SIWZ względem faktycznie realizowanych np. poprzez wprowadzenie wyłączenia roszczenia Wykonawcy względem Zamawiającego, gdy ilość kilometrów wskazanych w SIWZ a faktycznie realizowanych będzie mniejsza o 15 % w skali miesiąca.

5. Zarzut naruszenia Art. 353¹ Kodeksu cywilnego oraz art. 484 § 2 i art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego oraz art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp

Zamawiający przewidział w Załączniku do SIWZ- wzór umowy dla zadania 1 i 2 w sprawie zamówienia publicznego następujące kary umowne:

§8.

1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne za niewykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu umowy w następujących przypadkach i w wysokości:
 - 1) 2.000,00 zł (dwa tysiące złotych) za nieuzasadnioną przerwę w zabezpieczeniu usług w zakresie transportu i pozostawaniu w gotowości do wykonywania tego transportu oraz w zabezpieczeniu stałej łączności - za każdy stwierdzony przypadek,
 - 2) 500,00 zł (pięćset złotych) za każdy przypadek nieterminowej realizacji usługi, przy czym pod pojęciem nieterminowej realizacji usługi Strony rozumieją każdy przypadek uchybienia terminom określonym w § 3 ust. 1,
 - 3) 500,00 zł (pięćset złotych) za każdy przypadek konieczności skorzystania przez

- Zamawiającego z usług innego przewoźnika na zasadach określonych w § 1 ust. 6,
- 4) 500,00 zł (pięćset złotych) za każdy przypadek niedostarczenia Zamawiającemu dokumentów, o których mowa w § 9 ust. 4 umowy w terminach ustalonych zgodnie z treścią § 9 ust. 4,
- 5) 1.000,00 zł (jeden tysiąc złotych) za każdy stwierdzony przypadek:
- a) braku wymaganych kwalifikacji przez osoby realizujące usługi,
 - b) braku dezynfekcji środka transportu,
- 2. 1.000,00 zł (jeden tysiąc złotych) za utrudnienie prowadzenia kontroli osobie wyznaczonej przez Zamawiającego działającej w jego imieniu lub kontroli, o której mowa w § 3 ust. 6.
 - 3. 0,2% łącznego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek naruszenia przez Wykonawcę obowiązku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności wskazane w §10 ust. 1,
 - 4. 1.000,00 zł (jeden tysiąc złotych) za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek nieprzedstawienia przez Wykonawcę dowodów wskazanych w §10 ust. 3 w określonym terminie.
 - 5. 20.000, 00 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) za każdy stwierdzony przypadek odmowy poddania się kontroli, o której mowa w § 3 ust. 6.
 - 6. W przypadku odstąpienia od umowy przez Wykonawcę lub Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zapłaci na rzecz Zamawiającego karę umowną w wysokości 20% łącznego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w §4 ust. 1.
 - 7. Odstąpienie od niniejszej umowy przez którąkolwiek ze Stron lub wypowiedzenie niniejszej umowy nie wyłącza obowiązku zapłaty przez Wykonawcę kar umownych powstałych i naliczonych zgodnie z treścią ust. 1 niniejszego paragrafu.
 - 8. Zamawiający może żądać odszkodowania przewyższającego wysokość kary umownej do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody.
 - 9. Kary umowne będą płatne na podstawie noty obciążeniowej, w terminie wskazanym w nocie. Wykonawca wyraża zgodę na potrącenie kary umownej z przysługującego mu wynagrodzenia także przed upływem terminu płatności wskazanego w nocie."

W w/w zapisie nie został wprowadzony górny limitu naliczania kar umownych. Może się zatem zdarzyć, że Zamawiający będzie naliczał miesięcznie kary umowne które będą nieadekwatne do naruszenia, a których suma będzie wyższa niż miesięczne wynagrodzenie Wykonawcy.

W konsekwencji, konieczne jest ustanowienie górnego limitu tych kar umownych.

Kary umowne przewidziane powyżej są nieokreślone, wygórowane i nieadekwatne do ewentualnej szkody, którą Zamawiający mógłby ponieść w wyniku niewłaściwej realizacji przez wykonawcę zamówienia

W przypadku wyżej podkreślonych kar umownych należy ponieść:

- 1) po pierwsze, odnośnie kary z ust. 1 pkt. 1, podstawy nałożenia tej kary są niedookreślone. Jeżeli rozumieć to postanowienie dosłownie, podstawą naliczenia kary mogą być nawet naruszenia bardzo nieistotne. Sprawia to wrażenie, że w przypadku przerwy na 1 minutę w gotowości do wykonywania tego transportu oraz w zabezpieczeniu stałej łączności na wykonawcę mogą zostać nałożone każdorazowo kary umowne w wysokości 2 000,00 zł za każdy przypadek. Taka kara jest z pewnością rażąco wygórowana – właśnie ze względu na nieprecyzyjny, zbyt ogólny sposób jej ujęcia w we wzorze umowy dla zadania 1 i 2.
- 2) po drugie, odnośnie kary z ust. 1 pkt. 2, podstawy nałożenia tej kary są niedookreślone. Jeżeli rozumieć to postanowienie dosłownie, podstawą naliczenia kary mogą być nawet naruszenia bardzo nieistotne. Dla przykładu w opisie przedmiotu zamówienia dla zadania 1 Zamawiający wskazał, *maksymalny czas dojazdu wynosi, w przypadku zleceń zgłaszanych z co najmniej jednodniowym wyprzedzeniem - dojazd na określoną godzinę ±15 minut*, natomiast dla zadania 2: *Po zakończeniu hemodializ przewożone osoby muszą być odebrane do odwiezienia w czasie nie dłuższym niż 30 minut od chwili zakończenia*

zabiegu. Jednocześnie nie mogą być przywożone na zabiegi wcześniej niż 20 minut przed rozpoczęciem zabiegu hemodializy. Sprawia to wrażenie, że w przypadku przekroczenia o choćby 1 minutę terminu punktualności, na wykonawcę mogą zostać nałożone każdorazowo kary umowne w wysokości 500,00 zł za każdy przypadek. Taka kara jest z pewnością rażąco wygórowana – właśnie ze względu na nieprecyzyjny, zbyt ogólny sposób jej ujęcia w opisie przedmiotu zamówienia,

- 3) po trzecie, odnośnie kary z § 3, podstawy nałożenia tej kary niezgodne z SIWZ, gdyż Zamawiający nałoży karę za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek naruszenia przez Wykonawcę obowiązku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności, podczas gdy Zamawiający nie stawia wymogu zatrudnienia osób wykonujących czynności w przedmiotowym postępowaniu na podstawie umowy o pracę. Taka kara jest bezpodstawną z uwagi na brak podstaw do jej nałożenia w SIWZ,
- 4) po czwarte, odnośnie kary z § 5, podstawy nałożenia tej kary są niedookreślone. Jeżeli rozumieć to postanowienie dosłownie, podstawą naliczenia kary mogą być nawet naruszenia bardzo nieistotne. Zamawiający może dowolnie określić termin (§ 11 ust. 2) poddania się kontroli dokumentów wskazanych w § 3 ust. 6. Co powoduje, że w przypadku wyznaczenia zbyt krótkiego terminu np. 1 dniowego na wykonawcę mogą zostać nałożone każdorazowo kary umowne w wysokości 20 000,00 zł. Taka kara jest z pewnością rażąco wygórowana – właśnie ze względu na nieprecyzyjny, zbyt ogólny sposób jej ujęcia we wzorze umowy dla zadania 1 i 2.

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 znacznej części miesięcznego wynagrodzenia z powodu jednorazowych uchybień, 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).

Wobec powyższego wnoszę jak w petitum niniejszego odwołania.

Załączniki:

1. pełnomocnictwo;
2. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
3. potwierdzenie wysłania kopii odwołania Zamawiającemu.