



Łódź, dnia 7 października 2020 roku

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

**Zamawiający:** Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr. Józefa Psarskiego w Ostrołęce  
Al. Jana Pawła II 120 A, 07-410 Ostrołęka  
Tel.: (029) 765-21-00  
Faks.: (029) 760-45-69  
E-mail: szpital@szpital.ostroleka.pl  
www.szpital.ostroleka.pl

**Odwołujący:** Izan+ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością  
z siedzibą w Krakowie  
ul. Żabieniec nr 46  
31-215 Kraków  
KRS: 0000171397  
Pełnomocnik: Magdalena Kolińska  
Adres do korespondencji:  
Izan+  
Ul. Traktorowa 126, l. 202, 91-204 Łódź  
Tel. +48 426405777  
FAX: +48 422572816  
e-mail: [przetargi@naprzod.pl](mailto:przetargi@naprzod.pl)

**Dotyczy:** przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług kompleksowego utrzymania czystości w Szpitalu, pozostałe usługi w zakresie opieki zdrowotnej gdzie indziej niesklasyfikowane, transport wewnętrzny oraz usługi dodatkowe”, ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 18 września 2020 roku pod pozycją 2020/S 182-438721, numer referencyjny MSS-TZP-ZPP-26-33-20.

## ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego – Izan+ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – dalej: Pzp (t. j. Dz.U. z 2019 roku, poz. 1843 z późn. zm. ), wnoszę odwołanie wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), której treść narusza Pzp.

### **Zarzucam Zamawiającemu naruszenie:**

- I. art. 353<sup>1</sup> Kc oraz art. 483 § 1 Kc w zw. 29 ust. 1 i 2 Pzp z art. i art. 139 ust. 1 Pzp** poprzez zastrzeżenie w projekcie umowy kar umownych za nieweryfikowalne uchybienia, kar umownych bez górnego limitu oraz kumulatywnej kary umownej z tytułu tego samego uchybienia, a także kar umownych należnych za nienależyte wykonanie umowy na skutek

uchybień Zamawiającego oraz abstrahujących od treści umowy. i od winy wykonawcy w stosunku do danego uchybienia;

- II. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 i art. 8 ust. 1 Pzp** poprzez zaniechanie dokonania pełnego opisu przedmiotu i podania wszystkich istotnych dla stron postanowień przyszłej umowy, z naruszeniem zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a to przez odesłanie w § 6 ust. 2 załącznika nr 8 SIWZ - projektu umowy ws. zamówienia publicznego do regulaminu, który strony ustalą po zawarciu umowy bądź jednostronnie Zamawiający, a którego treścią ma być zakres i sposób oceny jakości wykonywania usług,
- III. art. 142 ust. 5 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** poprzez ograniczenie w § 8 ust. 8 załącznika nr 8 SIWZ - projektu umowy ws. zamówienia publicznego zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadkach przewidzianych w ustawie, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

## Wobec powyższego żądam nakazania Zamawiającemu:

w zakresie SIWZ:

I. odnośnie zarzutu nr I-II – dokonania zmiany SIWZ poprzez:

- 1) zmianę treści § 6 ust. 2 załącznika nr 8 SIWZ - projektu umowy ws. zamówienia publicznego poprzez:
  - a) nadanie zdaniu trzeciemu następującego brzmienia: *Wyszczególnienie elementów usługi podlegających ocenie oraz zasady ich oceny określi regulamin stanowiący załącznik nr 1 do niniejszej umowy.*
  - b) udostępnienie wykonawcom gotowej treści regulaminu, o którym mowa w lit. a) powyżej, w drodze zmiany SIWZ,
  - c) regulamin, o którym mowa w lit. a) powyżej, powinien zawierać co najmniej postanowienie, zgodnie z którym kontrola jakości usług świadczonych przez Wykonawcę będzie przeprowadzana w obecności przedstawiciela Wykonawcy, z prawem zgłaszania przez przedstawiciela Wykonawcy uwag co do sposobu przeprowadzania kontroli ustnie i pisemnie do protokołu kontroli;
  - d) wykreślenie zdania ostatniego,  
- ewentualnie przez wykreślenie § 2 ust. 11, § 6 ust. 2 i § 9 ust. 1-2,
- 2) zmianę treści § 9 ust. 1 pkt 1) załącznika nr 8 SIWZ - projektu umowy ws. zamówienia publicznego poprzez wprowadzenie następującego zapisu: *jeżeli, w wyniku oceny, o której mowa w § 6 ust. 2, co najmniej jeden element wykonanej usług w danym miesiącu został oceniony jako niedostateczny - wysokości 1,5 % wynagrodzenia miesięcznego (brutto) należnego za miesiąc, za który była dokonywana ocena;*
- 3) zmianę treści § 9 ust. 1 pkt 2) załącznika nr 8 SIWZ - projektu umowy ws. zamówienia publicznego poprzez wprowadzenie następującego zapisu: *jeżeli, w wyniku oceny, o której mowa w § 6 ust. 2, co najmniej jeden element wykonanej usług w danym miesiącu został dwukrotnie oceniony jako niedostateczny - wysokości 3 % wynagrodzenia miesięcznego (brutto) należnego za miesiąc, za który była dokonywana ocena;*
- 4) zmianę treści § 9 ust. 1 pkt 3) załącznika nr 8 SIWZ - projektu umowy ws. zamówienia publicznego poprzez wprowadzenie następującego zapisu: *jeżeli, w wyniku oceny, o której mowa w § 6 ust. 2, określony element wykonanej usługi w danym miesiącu został, co najmniej czterokrotnie oceniony jako niedostateczny – w wysokości 9 % wynagrodzenia miesięcznego (brutto) należnego za miesiąc, za który była dokonywana ocena;*
- 5) zmianę treści § 9 ust. 4 załącznika nr 8 SIWZ - projektu umowy ws. zamówienia publicznego poprzez jego wykreślenie;
- 6) dodanie do § 9 załącznika nr 8 SIWZ - projektu umowy ws. zamówienia publicznego ustępu 1a w brzmieniu: *Górny limit kar umownych, o których mowa w ust. 1 pkt 1-4), wynosi 25 000 zł.,*
- 7) zmianę treści § 9 ust. 2 załącznika nr 8 SIWZ - projektu umowy ws. zamówienia publicznego poprzez nadanie mu następującego brzmienia: *Kary wymienione w ustępie poprzednim podlegają sumowaniu, z tym że w wypadku, gdy jedno uchybienie Wykonawcy spełnia przesłanki więcej niż jednej z podstaw do nałożenia kary umownej wymienionych w ustępie poprzednim, Zamawiający według swojego wyboru nakłada karę umowną za to uchybienie tylko na jednej podstawie wymienionej w ustępie poprzednim..*
- 8) dodanie do § 9 załącznika nr 8 SIWZ - projektu umowy ws. zamówienia publicznego ustępu 2a w brzmieniu: *Zamawiający odstąpi od nałożenia kary umownej określonej w ust. 1 pkt 1-*

4 w wypadku niezwłocznego usunięcia przez Wykonawcę uchybienia, które było podstawą przyznania oceny niedostatecznej za to uchybienie.;

- 9) zmianę treści § 9 ust. 14 pkt 3) załącznika nr 8 SIWZ - projektu umowy ws. zamówienia publicznego poprzez nadanie mu następującego brzmienia: *W przypadku nie zgłoszenia się pracownika Wykonawcy w wyznaczonym czasie do wzywającej komórki organizacyjnej (dotyczy pozostałych usług w zakresie opieki zdrowotnej gdzie indziej niesklasyfikowane i transportu pacjentów na badania do i z pracowni/zakładów diagnostycznych/Bloku Operacyjnego) - w wysokości 200 zł za każdy przypadek niezgłoszenia się w terminie od wezwania, a także za każde kolejne, rozpoczęte 5 minut liczone od momentu wezwania do momentu przybycia pracownika, z zastrzeżeniem zdania kolejnego.*

*Personel Wykonawcy zobowiązany jest zgłosić się na wezwanie natychmiast w czasie nie dłuższym niż 10 min. w godz. 7:00 - 19:00, wobec czego kara umowna w tym przypadku nie może przekroczyć 400 zł ; serwis nocny w godz. 19:00 - 7:00 zobowiązany jest zgłosić się na wezwanie natychmiast w czasie nie dłuższym niż – 15 min. od momentu zgłoszenia wobec czego kara umowna w tym przypadku nie może przekroczyć 600 zł a w przypadku wezwania do Ośrodka Terapii Uzależnienia od Alkoholu personel Wykonawcy zobowiązany jest stawić się w czasie nie przekraczającym 60 minut od momentu zgłoszenia wobec czego kara umowna w tym przypadku nie może przekroczyć 2400 zł.*

- 8) zmianę treści § 9 ust. 14 pkt 11) załącznika nr 8 SIWZ - projektu umowy ws. zamówienia publicznego poprzez jego wykreślenie,

- 9) zmianę treści § 9 ust. 14 pkt 12) załącznika nr 8 SIWZ - projektu umowy ws. zamówienia publicznego poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

*W przypadku braku przeprowadzenia w danym roku kalendarzowym szkoleń pracowników z zakresu profilaktyki zakażeń szpitalnych w ilości szkoleń wskazanej w planie, o którym mowa w § 3 ust. 7 niniejszej umowy dotyczącym tego roku kalendarzowego, Wykonawca zapłaci karę w wysokości 1500 zł za każde nie przeprowadzone szkolenie.;*

II. odnośnie zarzutu nr III – dokonania zmiany SIWZ poprzez:

zmianę treści zapisu § 8 ust. 8 załącznika nr 8 SIWZ - projektu umowy ws. zamówienia publicznego poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

*„Ceny jednostkowe netto, o których mowa w Załączniku nr 3 do SIWZ i umowy Formularz cenowy, muszą być zgodne z ofertą Wykonawcy i w okresie obowiązywania umowy nie mogą ulec zmianie, za wyjątkiem przypadków określonych w § 20.*

**Oświadczam, iż Odwołujący posiada interes faktyczny i prawny** we wniesieniu odwołania, ponieważ zamierza złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a obecne istotne postanowienia umowy (stanowiącej załącznik do SIWZ) naruszają ustawy Pzp i uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty.

## UZASADNIENIE

### I. Wstęp

W dniu 18 września 2020 roku zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ dotyczące przedmiotowego zamówienia. Przedmiotem zamówienia są usługi kompleksowego utrzymania czystości w Szpitalu, pozostałe usługi w zakresie opieki zdrowotnej gdzie indziej niesklasyfikowane, transport wewnętrzny oraz usługi dodatkowe.

W dniu 28 września 2020 r. Zamawiający dokonał zmiany SIWZ poprzez opublikowanie załącznika nr 8 do SIWZ - projektu umowy ws. zamówienia publicznego.

W ocenie Odwołującego SIWZ w części dotyczącej w/w załącznika nr 8 pozostaje w sprzeczności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

### II. Uzasadnienie zarzutów odwołania

#### 1) Zarzut naruszenia art. 353<sup>1</sup> Kc oraz art. 483 § 1 Kc w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp

W załączniku nr 8 do SIWZ – projekt umowy, Zamawiający umieścił następujące postanowienie dotyczące kar umownych:

§2

*11. Na zasadach ustalonych przez Zamawiającego i Wykonawcę po zawarciu umowy, jakość wykonywanych czynności będzie podlegała comiesięcznej ocenie przez upoważnionego przedstawiciela Zamawiającego”.*

§6

*2. Zamawiający dokonuje w formie pisemnej oceny jakości usług świadczonych przez Wykonawcę. Ocena dokonywana jest z użyciem skali szkolnej od oceny bardzo dobrej do niedostatecznej. Przyznając za którykolwiek element usługi oceną gorszą niż dobrą, Zamawiający zobowiązany jest do uzasadnienia oceny. Wyszczególnienie elementów usługi podlegających ocenie oraz zasady ich oceny określi regulamin ustalony przez strony. Jeżeli strony nie ustalą wspólnie regulaminu w terminie 3 tygodni od zawarcia umowy, obowiązywał będzie regulamin ustalony jednostronnie przez Zamawiającego.*

§9

*1. Zamawiający ma prawo naliczyć i pobrać od Wykonawcy kary umowne w następujących przypadkach:*

- 1) jeżeli, w wyniku oceny, o której mowa w § 6 ust. 2, co najmniej jeden element wykonanej usługi został oceniony jako niedostateczny - wysokości 1,5 % wynagrodzenia miesięcznego (brutto) należnego za miesiąc, za który była dokonywana ocena;
- 2) jeżeli, w wyniku oceny, o której mowa w § 6 ust. 2, co najmniej jeden element wykonanej usługi został dwukrotnie oceniony jako niedostateczny - wysokości 3 % wynagrodzenia miesięcznego (brutto) należnego za miesiąc, za który była dokonywana ocena;
- 3) jeżeli, w wyniku oceny, o której mowa w § 6 ust. 2, określony element wykonanej usługi został, co najmniej czterokrotnie oceniony jako niedostateczny – w wysokości 9 % wynagrodzenia miesięcznego (brutto) należnego za miesiąc, za który była dokonywana ocena;
- 4) jeżeli, w wyniku oceny, o której mowa w § 6 ust. 2, co najmniej połowa elementów wykonanej usługi uzyska w danym miesiącu oceny niedostateczne – w wysokości 15 % wynagrodzenia miesięcznego (brutto) należnego za miesiąc, za który była dokonywana ocena. Jeżeli sytuacja określona w niniejszym punkcie powtórzy się w ciągu roku kalendarzowego więcej niż 6 razy – 30 % wynagrodzenia miesięcznego (brutto) należnego za miesiąc, za który była dokonywana ocena;

**Należy podkreślić, że Zamawiający przewidział powyższe kary umowne za nieweryfikowalne uchybienia.** W momencie zawierania umowy Wykonawca nie wie jakie uchybienia będą stanowić podstawy do nałożenia kary umownej. Wykonawca nie wie, które elementy usługi będą podlegały ocenie. Z projektu umowy jednoznacznie wynika, że dopiero po zawarciu umowy strony wspólnie ustalą regulamin dot. oceny jakości świadczonych usług. **Wobec tego dopiero po ustaleniu regulaminu kary umowne zostaną opisane w sposób jednoznaczny i określony → Wykonawca będzie wiedział jakie uchybienie będzie stanowić podstawę do nałożenia kary umownej.** Nadto należy podnieść, że z § 6 ust. 2 umowy wynika, że jeżeli strony nie ustalą regulaminu w terminie 3 tygodni od zawarcia umowy, **obowiązywał będzie regulamin ustalony przez Zamawiającego.** Niniejszy zapis jest przejawem wykorzystania pozycji dominującej zamawiającego wobec wykonawcy. To z w/w regulaminu, nieznanego w tym momencie co do treści, a którą może samodzielnie ustalić Zamawiający, będą wynikać kryteria przyznania wykonawcy oceny niedostatecznej za wykonanie usługi, zaś przyznanie tej właśnie oceny jest przesłanką nałożenia na wykonawcę każdej z kar umownych wskazanych w § 9 ust. 1 pkt 1-4. Co więcej, regulamin w istocie wyznaczał będzie ramy prawidłowości wykonania opisu przedmiotu zamówienia, zatem brak jego przedstawienia na etapie przygotowywania ofert nie spełnia także wymogów art. 29 ust. 1 i 2 Pzp.

W § 9 ust. 1 umowy kary umowne zostały opisane w sposób niejasny i nieokreślone. Jest to głównie konsekwencja braku regulaminu. Ponadto w ust. 1 pkt 1) i 3) Zamawiający przewidział kary umowne w różnej wysokości za to samo uchybienie, co należy uznać za sprzeczne z zasadami współzycia społecznego. Za konkretne uchybienie powinna być jedna konkretna kara. Z pkt 1) wynika, że w przypadku gdy jeden element zostanie oceniony jako niedostateczny – wykonawca zapłaci karę w wysokości 1,5 % wynagrodzenia. Natomiast gdy to samo uchybienie zdarzy się czterokrotnie, to zostanie naliczona kara w wysokości 9%, w sytuacji gdy kara zgodnie z pkt 1) powinna wynosić 6%. Ponadto wydaje się, że ust. 1 pkt 1) 2) i 3) dotyczy uchybień **w danym miesiącu.** Niniejsza kwestia powinna zostać wyraźnie uregulowana w umowie. Nadto Zamawiający nie wskazał górnej granicy kar umownych. (Zamawiający nie przewidział miesięcznego limitu nakładanych kar umownych).

Wobec powyższego wskazuję, że kara umowna pełni funkcję gwarancyjno – zabezpieczającą jedynie wtedy, kiedy w umowie określono w sposób dostateczny rygory prawidłowej realizacji usługi. Obowiązkiem Zamawiającego jest dokładne określenie elementów umowy, które wpływają na szacowanie przez wykonawcę ryzyka związanego z jej wykonaniem. Postanowienia umowy powinny zostać określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cenę ofertową. W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie zamkniętego katalogu okoliczności, z którymi wiążą się określone następstwa, Zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia (tak też słusznie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2949/13).

Na marginesie wskazuję, że regulacje zawarte w § 9 ust. 1 pkt 1), 2), 3) i 4) umowy są na tyle niejasne i nieprecyzyjne, że w efekcie dopuszczają obciążanie wykonawcy karami umownymi z różnych tytułów za to samo uchybienie. Należy w tej mierze powołać się na uchwałę Sądu Najwyższego z 16 stycznia 1984 roku, sygn. akt: III CZP 70/83 (Legalis nr 12052): *Kary umowne za zwłokę w oddaniu określonych w umowie robót budowlanych i za odstąpienie przez zamawiającego od umowy z powodu okoliczności, za które odpowiada wykonawca przewidziane w § 53 ust. 1 pkt 1 i pkt 5 załącznika do zarządzenia Ministra Budownictwa i Przemysłu Materiałów Budowlanych z dnia 6 lipca 1977 r. w sprawie ogólnych warunków umów o roboty budowlane wykonywane na rzecz jednostek gospodarki uspołecznionej przez jednostki gospodarki nieuspołecznionej (M.P. Nr 18, poz. 102 ze zm.), nie podlegają kumulacji w sytuacji, gdy wykonawca w ogóle nie wykonał określonych w umowie robót budowlanych, a zamawiający z tego powodu odstąpił od umowy. W takiej sytuacji wykonawca jest obowiązany zapłacić zamawiającemu jedynie karę umowną za odstąpienie od umowy przewidzianą w pkt 5 powołanego wyżej przepisu. W wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 4. lutego 2016 roku, sygn. akt: I ACa 847/15, niepubl., stwierdzono zaś, że brak jest podstaw do kumulowania kar umownych za opóźnienie (zwłokę) w spełnieniu świadczenia, a następnie – po odstąpieniu od umowy ze względu na zwłokę dłużnika i niewykonanie świadczenia – kary za niewykonanie umowy. Stąd, konieczne jest wprowadzenie do umowy odpowiedniego postanowienia wykluczającego możliwość obciążania wykonawcy kumulatywnymi karami umownymi.*

Co więcej, niedopuszczalne są kary umowne, o których mowa w § 9 ust. 14 pkt 3) umowy:

*3) W przypadku nie zgłoszenia się pracownika Wykonawcy w wyznaczonym czasie do wzywającej komórki organizacyjnej (dotyczy pozostałych usług w zakresie opieki zdrowotnej gdzie indziej niesklasyfikowane i transportu pacjentów na badania do i z pracowni/zakładów diagnostycznych/Bloku Operacyjnego) - w wysokości 200 zł za każdy przypadek niezgłoszenia się w terminie od wezwania, a także za każde kolejne, rozpoczęte 5 minut liczone od momentu wezwania do momentu przybycia pracownika.*

*Personel Wykonawcy zobowiązany jest zgłosić się na wezwanie natychmiast w czasie nie dłuższym niż 10 min. w godz. 700 - 19 00 ; serwis nocny w godz. 1900 - 7 00 zobowiązany jest zgłosić się na wezwanie natychmiast w czasie nie dłuższym niż – 15 min. od momentu zgłoszenia a w przypadku wezwania do Ośrodka Terapii Uzależnienia od Alkoholu personel Wykonawcy zobowiązany jest stawić się w czasie nie przekraczającym 60 minut od momentu zgłoszenia.*

Powyższe kary umowne naliczane są bowiem za każdy dzień opóźnienia, jednocześnie nie określając górnego limitu ich naliczania. Może się zatem zdarzyć, że Zamawiający będzie w nieskończoność oczekiwał wykonania powyższych obowiązków i codziennie aktualizował wysokość naliczonej kary umownej z tego tytułu, nawet jeśli umowa została już dawno rozwiązana, wykonawca ogłosił upadłość, utracił uprawnienia do wykonania tych obowiązków itp. Zgodnie zaś z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2015 r. (sygn. akt: IV CSK 687/14), **Nie określenie w umowie końcowego terminu naliczania kar umownych ani ich kwoty maksymalnej, prowadzi do obciążenia zobowiązanego tym świadczeniem w nieokreślonym czasie, a więc w istocie tworzy zobowiązanie wieczne, niekończące się.** Takie ukształtowanie zobowiązania zapłaty kary umownej, nie spełnia należącego do jego istoty wynikającego z art. 483 § 1 k.c. wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego. Wymóg ten jest spełniony, gdy strony z góry określają wysokość kary umownej, albo gdy w treści umowy wskazują podstawy do definitywnego określenia jej wysokości. W konsekwencji, konieczne jest ustanowienie górnego limitu tych kar umownych.

Z naruszeniem Pzp określono także kary umowne, o których mowa w § 9 ust. 14 pkt 11) i 12) załącznika nr 8 SIWZ - projektu umowy.

§ 9 ust. 14 pkt 11) brzmi następująco:

*Wykonawca zapłaci Zamawiającemu następujące kary umowne:*

[...]

*11) W przypadku dopuszczenia do pracy pracownika nie przeszkolonego i nie zapoznanego ze specyfiką danego oddziału Wykonawca zapłaci karę w wysokości 1500 wartości miesięcznego wynagrodzenia brutto ustalonego za miesiąc, w którym nastąpiło naruszenie.*

Postanowienie to nie koresponduje jednak z § 3 ust. 5 projektu umowy, w brzmieniu następującym:

*Personel Wykonawcy, uczestniczący w wykonywaniu usługi na terenie budynków Zamawiającego, zobligowany będzie do odbycia szkolenia organizowanego przez Zamawiającego w zakresie świadczonych usług, bhp i ppoż, ochrony danych osobowych i zarządzania jakością. Pracownicy Wykonawcy zostaną przeszkoleni przez Zamawiającego w zakresie przepisów wewnętrznych dotyczących bezpieczeństwa informacji obowiązujących u Zamawiającego. Po zakończeniu szkolenia Pracownicy Wykonawcy złożą oświadczenia i otrzymają upoważnienia do przebywania w strefach przetwarzania danych osobowych. Szkolenie zostanie przeprowadzone bezpłatnie, jednakże Wykonawca poniesie koszt wynajęcia sali konferencyjnej znajdującej się w siedzibie Zamawiającego w wysokości 553,50 zł brutto za dzień szkolenia.*

Z powyższego wynika, że to Zamawiający przeprowadza szkolenie dla pracowników wykonawcy - w zakresie świadczonych usług, bhp, ppoż, ochrony danych osobowych i zarządzania jakością. Po zakończeniu szkolenia pracownicy wykonawcy zostaną upoważnieni do przebywania w strefach przetwarzania danych osobowych - czyli przede wszystkich szpitalnych oddziałach. Wykonawca realizujący usługę nie może ponosić odpowiedzialności w wypadku, gdy potrzebuje zatrudnić nowe osoby do jej realizacji, a Zamawiający zwleka z ich przeszkoleniem. W takim wypadku bowiem



usługa musiałaby zostać wykonana nienależycie, skoro wykonawca nie ma szansy zapewnić personelu dopuszczonego do jej realizacji.

Zgodnie z art. 483 Kc, kara umowna należna jest w wypadku nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Przesłanką uznania, że wykonawca dopuścił się nienależytego wykonania zobowiązania, jest jego wina (art. 471 Kc). Kara umowna nie może zostać w sposób zasadny nałożona na wykonawcę, który był gotów do spełnienia świadczenia, a doznał przeszkody z powodu braku współpracy Zamawiającego (art. 354 § 2 Kc). Jeżeli zaś wykonawca kieruje do wykonania usługi pracowników nieprzeszkolonych z winy Zamawiającego, to nakładanie na niego z tego tytułu kary umownej byłoby wypadkiem nałożenia kary umownej za okoliczności, których powstanie nie nastąpiło z winy wykonawcy, ewentualnie - których powstanie jest wynikiem postawienia wykonawcy przed wyborem, czy woli on nie wykonać należycie usługi i nie być obciążonym komentowaną karą umowną, czy też woli on wykonać usługę należycie i zostać obciążonym karą umowną. Tak zastrzeżona kara umowna jest zatem niezgodna także z zasadami współżycia społecznego, gdyż może ona prowokować wykonawcę do naruszania postanowień umowy ws. zamówienia publicznego.

§ 9 ust. 14 pkt 12) brzmi następująco:

*Wykonawca zapłaci Zamawiającemu następujące kary umowne:*

[...]

*W przypadku braku przeprowadzonego szkolenia pracowników z zakresu profilaktyki zakażeń szpitalnych w wyznaczonych przez Zamawiającego terminach Wykonawca zapłaci karę w wysokości 1500 zł za każde nie przeprowadzone szkolenie.*

Powyższe postanowienie jest niezgodne z brzmieniem § 3 ust. 6 i 7 projektu umowy:

*6. Wykonawca zapewni zatrudnionym pracownikom szkolenia z zakresu:*

- 1) stosowanych środków myjących i dezynfekujących oraz stosowanych technologii sprzątnia,*
- 2) profilaktyki zakażeń szpitalnych,*
- 3) zasad higieny szpitalnej.*

*7. Plan min. 6 szkoleń w roku, powinien być przedstawiony pracownikowi wyznaczonemu przez szpital miesiąc przed rozpoczęciem roku kalendarzowego. Plan szkoleń na rok bieżący zostanie przedstawiony w ciągu miesiąca od podpisania umowy.*

W żadnym z powyższych postanowień umownych nie ma zastrzeżenia, iż Zamawiający ma jakiegokolwiek prawo wyznaczać wykonawcy terminy przeprowadzenia szkoleń w zakresie profilaktyki zakażeń szpitalnych. Zgodnie z powyższymi postanowieniami, szkolenia z tego zakresu powinny się odbyć w ciągu roku kalendarzowego na podstawie dostarczonego przez wykonawcę planu szkoleń. Na tej podstawie wykonawca przeprowadzi wymagane szkolenia. Powyższe postanowienia nie stawiają jednak wykonawcy innych ram czasowych wykonania tego obowiązku aniżeli rok kalendarzowy. Jeśli przyjąć interpretację, że brzmienie § 9 ust. 14 pkt 12) daje Zamawiającemu uprawnienie do wyznaczania wykonawcy w sposób wiążący konkretnego terminu do przeprowadzenia szkolenia z zakresu profilaktyki zakażeń szpitalnych, to § 3 ust. 7 traci sens; ponadto jest to nie do przyjęcia w świetle art. 483 Kc, gdyż kara umowna miałaby zostać nałożona po prostu za niesprostanie terminowi, przy czym brak jest jakichkolwiek zastrzeżeń co do

ewentualnej długości wyznaczonego terminu - czy ma on zostać wyznaczony z odpowiednim wyprzedzeniem, być konsultowany z wykonawcą itp. Trudno sobie wyobrazić, by wykonawca był w stanie z dnia na dzień zorganizować takie szkolenie, w dodatku w terminie ściśle wyznaczonym przez Zamawiającego, gdyż może się to okazać niemożliwe z przyczyn zupełnie niezależnych od wykonawcy. To zaś powodowałoby w konsekwencji nałożenie kary umownej w oderwaniu od winy wykonawcy i w istocie w wyniku okoliczności, które zostały wywołane przez Zamawiającego. Stąd komentowane postanowienie w obecnym kształcie nie może się ostać; ewentualnie powinno ono zostać przeformułowane w sposób, który wiązał by tę karę umowną z winą wykonawcy, a tej można dopatrywać wyłącznie wówczas, gdyby wykonawca nie przeprowadził szkoleń w takiej ilości, jaką zadeklarował w przedstawionym Zamawiającemu planie szkoleń (§ 3 ust. 7).

Zamawiający naruszył Pzp także poprzez sformułowanie w załączniku nr 8 SIWZ następującej kary umownej:

*Niezależnie od przypadków określonych w ustępach poprzednich Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kary umownej w przypadku wypowiedzenia umowy z naruszeniem § 14 ust. 3 umowy - w wysokości uzyskanego przez Wykonawcę wynagrodzenia (brutto) za 3 miesiące wstecz licząc od miesiąca poprzedzającego miesiąc złożenia wypowiedzenia przez Wykonawcę, jeżeli Wykonawca wypowiedział umowę co prawda z ważnego powodu, ale z powodu, który nie dotyczy Zamawiającego. Jeżeli wypowiedzenie następuje przed upływem 3 miesięcy od rozpoczęcia wykonywania umowy, kara umowna należy się w wysokości wynagrodzenia (brutto) za 3 miesiące, ustalonego na podstawie złożonej przez Wykonawcę oferty.*

Zgodnie zaś z art. 746 § 2 Kc, *Przyjmujący zlecenie może je wypowiedzieć w każdym czasie. Jednakże gdy zlecenie jest odpłatne, a wypowiedzenie nastąpiło bez ważnego powodu, przyjmujący zlecenie jest odpowiedzialny za szkodę.* § 3 wskazuje zaś, że *Nie można zrzec się z góry uprawnienia do wypowiedzenia zlecenia z ważnych powodów.* Na mocy art. 750 Kc, przepisy te stosuje się także do umowy służącej realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, gdyż polega na świadczeniu usług.

Już z samego brzmienia powyższych przepisów widać, że kara umowna została zastrzeżona całkowicie wbrew ich założeniom. Po pierwsze bowiem, Zamawiający mógłby zastrzec karę umowną jedynie w przeciwnym wypadku - gdyby wypowiedzenie umowy przez wykonawcę nastąpiło bez ważnego powodu. Tylko w tym bowiem wypadku Zamawiającemu byłoby należne odszkodowanie. Kara umowna, o której mowa w art. 483 Kc jest zaś należna wyłącznie jako substytut odszkodowania należnego na podstawie art. 471 Kc. Jakkolwiek nie jest wymagane wykazanie szkody celem nałożenia kary umownej, ważne jest, aby kara umowna była nałożona za dane uchybienie, dany przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Skoro zaś przepis art. 746 § 2 Kc pozwala wykonawcy usług zawsze wypowiedzieć umowę z ważnych powodów, Zamawiający nie może nakładać z tego tytułu kary umownej, że wykonawca z tego prawa korzysta - mógłby jedynie zastrzec karę jako substytut odszkodowania za wypowiedzenie umowy bez ważnego powodu. Kara umowna zastrzeżona przez Zamawiającego abstrahuje zaś zupełnie zarówno od niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, jak i od winy wykonawcy, które to czynniki są przesłankami nałożenia kary umownej. Po drugie, Zamawiający nie ma prawa wyłączyć prawa wykonawcy usług do wypowiedzenia umowy z ważnych powodów, co wynika wprost z art. 746 § 3 Kc.

Powyższe znajduje potwierdzenie w judykaturze - tak wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 24 września 2019 r., sygn. akt: I ACa 558/18: *przepis ma charakter dyspozytywny - strony mogą samodzielnie określić w umowie przesłanki oraz termin wypowiedzenia umowy (wyrok SN z dnia 11 września 2002 r., V CKN 1152/00, LEX nr 56060; wyrok SA w Krakowie z dnia 31 maja 2016 r., I ACa 235/16, LEX nr 2061973; wyrok SA w Warszawie z dnia 25 marca 2010 r., I ACa 4/10, LEX nr 1120129), z zastrzeżeniem, że nie może to prowadzić do zrzeczenia się uprawnienia do wypowiedzenia stosunku zlecenia z ważnych powodów (art. 746 § 3; zob. uwagi 9-10); Sąd Rejonowy w Dzierżonowie I Wydział Cywilny w wyroku z dnia 6 października 2016 roku, sygn. akt: I C 879/16: Zdaniem Sądu omawiane regulacje umowne są dopuszczalne w zakresie w jakim nie obejmują wypowiedzenia umowy z ważnych przyczyn, jak bowiem zostało wyrażone wyżej, umowa nie może pozbawić lub choćby ograniczyć strony prawa do wypowiedzenia umowy z tego powodu. Wynika to z art. art. 746 § 3 k.c., który jest przepisem bezwzględnie obowiązującym. Mając powyższe na uwadze należy uznać, że § 8 ust. 1 przedmiotowej umowy jest w świetle art. 58 § 1 k.c. nieważny jako sprzeczny z ustawą w zakresie w jakim przewiduje karę umowną, która bezsprzecznie ogranicza możliwość korzystania przez stronę z uprawnienia wypowiedzenia umowy z ważnych przyczyn.*

## **2) Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 i art. 8 ust. 1 Pzp**

Z § 6 ust. 2 umowy wynika, że jeżeli strony nie ustalą regulaminu w terminie 3 tygodni od zawarcia umowy, **obowiązywał będzie regulamin ustalony przez Zamawiającego**. Niniejszy zapis jest przejawem wykorzystania pozycji dominującej zamawiającego wobec wykonawcy. To z w/w regulaminu, nieznanego w tym momencie co do treści, a którą może samodzielnie ustalić Zamawiający, będą wynikać kryteria przyznania wykonawcy oceny niedostatecznej za wykonanie usługi, zaś przyznanie tej właśnie oceny jest przesłanką nałożenia na wykonawcę każdej z kar umownych wskazanych w § 9 ust. 1 pkt 1-4. Co więcej, regulamin w istocie wyznaczał będzie ramy prawidłowości wykonania opisu przedmiotu zamówienia, zatem brak jego przedstawienia na etapie przygotowywania ofert nie spełnia także wymogów art. 29 ust. 1 i 2 Pzp.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter jawny. Nie jest dozwolone utajnianie treści przyszłych zobowiązań wykonawcy na etapie sporządzania ofert, gdyż wykonawca bez wiedzy o tej treści nie jest w stanie sporządzić rzetelnej oferty. Wykonawca nie wie bowiem, jaki będzie docelowy zakres realizacji usług i w jaki sposób będzie dokonywana ocena ich wykonania. Należy zaś podkreślić, że ocena wykonania usług nie abstrahuje od wskazania ich zakresu, lecz jest z nim nierozzerwalnie związana; w istocie bowiem to kryteria oceny jakości świadczonych usług kształtują i wyznaczają wymiar zakresu usług będących przedmiotem zamówienia, gdyż konkretyzują je w sposób mający wymierny wpływ na kształt sporządzanych ofert.

## **3) Zarzut naruszenia art. 142 ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp**

Zgodnie z art. 142 ust. 5 Pzp, *umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany:*

- 1) *Stawki podatku od towarów i usług*

- 2) *Wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę*
- 3) *Zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne*
- 4) *Zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych -jeśli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę*

Zamawiający w § 8 ust. 8 załącznika nr 8 SIWZ - projektu umowy przewidział niezmiennosc cen netto, co jest niespójne z § 20 tego projektu. To ostatnie postanowienie dopuszcza możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy, m. in. w przypadku zmian, o których mowa w art. 142 ust. 5 Pzp.

Zgodnie zaś z § 8 ust. 2 projektu umowy, wynagrodzenie wykonawcy mierzone jest wartością brutto. Co więcej, obydwie wartości - cena netto i wynagrodzenie brutto - będą podane w niemal identycznych załącznikach nr 3 i 6 SIWZ. Jeśli spojrzeć na formularze zawarte w tych załącznikach, można powziąć wniosek, że skoro cena jednostkowa netto ma nie ulec zmianie w całym okresie obowiązywania umowy, to waloryzacja wynagrodzenia, o której mowa w § 20 ust. 2 pkt 10 projektu umowy dotyczyć będzie wyłącznie usługi transportu wewnętrznego i usług dodatkowych, gdyż w formularzu cenowym będą one wycenione stawkami ryczałtowymi, zaś wykluczona jest waloryzacja wynagrodzenia w odniesieniu do usługi kompleksowego utrzymania czystości i do usługi pomocy w opiece nad pacjentem, gdyż będą one wycenione właśnie za pomocą stawki ceny jednostkowej netto.

Ustawodawca nie wprowadził żadnych ograniczeń w art. 142 ust. 5 Pzp co do przedmiotu zamówienia, jedynie co do rodzaju kosztów, których zwiększenie powoduje zwiększenie wynagrodzenia wykonawcy, jeżeli mają one wpływ na realizację zamówienia. Zgodnie zaś z SIWZ, usługi zamawiane przez Zamawiającego mają być świadczone przez okres 36 miesięcy, więc w przypadku takich umów klauzula waloryzacji wynagrodzenia, o której mowa w art. 142 ust. 5 Pzp, jest obowiązkowa w pełnym jej wymiarze. Stąd, Zamawiający wprowadzając niezrozumiałe ograniczenie, wynikające z § 8 ust. 8 Pzp naruszył Pzp. Naruszenie to może prowadzić w konsekwencji także do faworyzowania wykonawców, których sytuacja ekonomiczna pozwala na rezygnację z waloryzacji wynagrodzenia w wykonaniu zamówienia, co jest niezgodne z art. 7 ust. 1 Pzp.

W załączeniu:

1. odpis aktualny z KRS Odwołującego;
2. dowód uiszczenia wpisu;
3. pełnomocnictwo;
- 4 . potwierdzenie przesłania odwołania Zamawiającemu.