



Łódź, dnia 2 listopada 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](mailto:szpital@szpital.ostroleka.pl)  
[www.szpital.ostroleka.pl](http://www.szpital.ostroleka.pl)

**Odwołujący:** „IZAN+” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością  
z siedzibą w Krakowie  
ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków  
KRS: 0000171397  
Pełnomocnik: Magdalena Kolińska  
Adres do korespondencji:  
„IZAN+” sp. z o.o.  
Oddział w Łodzi  
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 Łodzi, 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 w zw. z art. 484 § 2 zd. 2 Kc i art. 5 Kc w zw. 29 ust. 1 i 2 Pzp z art. i art. 139 ust. 1 Pzp** poprzez zastrzeżenie w załączniku nr 8 do SIWZ - projekcie umowy w § 9 ust. 1 pkt 1) kary umownej za nieweryfikowalne uchybienia, zastrzeżenie kary umownej niezgodnie z jej społeczno-gospodarczym przeznaczeniem oraz kary umownej

rażąco wygórowanej i oderwanej od podstaw odpowiedzialności cywilnej w reżimie kontraktowym oraz bez wskazania jej górnego limitu.

**Wobec powyższego żądam nakazania Zamawiającemu:**

w zakresie SIWZ poprzez: zmianę treści § 9 ust. 1 pkt 1) załącznika nr 8 SIWZ - projektu umowy ws. zamówienia publicznego poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

*[...] jeżeli Wykonawca nie świadczy usługi w całości przez okres dłuższy niż 2 godziny - w wysokości nie wyższej niż 10% wynagrodzenia miesięcznego (brutto) za miesiąc, w którym usługa powinna być świadczona.*

**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 21 października 2020 r. Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej pismo w sprawie rozpoznawanej przez Krajową Izbę Odwoławczą ("KIO") pod sygn. akt: KIO 2563/20, adresowane do Prezesa KIO, zatytułowane "Odpowiedź na odwołanie". Na str. 2 tego pisma Zamawiający wskazał ponadto, że dokonał modyfikacji SIWZ w zakresie załącznika nr 8 w ten sposób, że na posiedzeniu komisji przetargowej w dniu 7 października 2020 r. została podjęta decyzja o opublikowaniu tego załącznika w całości w nowej treści, stanowiącej załącznik do protokołu posiedzenia komisji. Zamawiający nie opublikował jednak nowej treści załącznika nr 8 do SIWZ na swojej stronie internetowej aż do dnia 21 października 2020 r., kiedy opublikował go wraz z powołaniem się na niego w treści w/w pisma adresowanego do Prezesa KIO.

Z uwagi na brzmienie art. 38 ust. 4 zd. 2 Pzp, aby w ogóle mówić o zmianie SIWZ, zmiana ta musi zostać opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego, skoro Zamawiający dopiero w dniu 21 października 2020 r. ujawnił okoliczność zmiany treści załącznika nr 8 do SIWZ, należy uznać, że dopiero z tym dniem dokonał zmiany SIWZ poprzez opublikowanie nowej treści załącznika nr 8 do SIWZ - projektu umowy ws. zamówienia publicznego.

W konsekwencji powyższego, termin na zaskarżenie powyższej zmiany SIWZ niniejszym odwołaniem został zachowany.

## **II. Uzasadnienie zarzutów odwołania**

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

### §9

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

*1) jeżeli Wykonawca nie świadczy usługi przez okres nie dłuższy niż 2 godziny lub jeśli zaniecha czynność która stworzy sytuację zagrożenia, zdrowia, życia pacjentów - w wysokości 100% wynagrodzenia miesięcznego (brutto) za miesiąc w którym usługa powinna być świadczona. Zamawiający ma prawo*

Powyższe projektowane postanowienie umowne jest niezgodne z Pzp.

Po pierwsze, wskazać należy, że kara ta jest skonstruowana niezgodnie z jej społeczno-gospodarczym przeznaczeniem, co uzasadnia naruszenie przez Zamawiającego art. 5 Kc. Zgodnie z tym przepisem, nie można czynić ze swego prawa użytku niezgodnego z jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem. Kara ta jest niezgodna także z art. 353(1) Kc, gdyż prowadzi do wynaturzenia stosunku prawnego, którego należyte wykonanie przez wykonawcę ma stymulować. Powyższe jest uzasadnione z tego powodu, że kara jest zastrzeżona za brak wykonania usługi, jednakże za okres nie dłuższy niż 2 godziny. Prowadzi to do paradoksalnego i absurdalnego wniosku, że jeśli wykonawca nie świadczy usługi przez okres dłuższy niż 2 godziny, to kara umowna jest Zamawiającemu nienależna. To prowadziłoby do osiągnięcia przez Zamawiającego skutku całkowicie sprzecznego z ideą, społeczno-gospodarczym przeznaczeniem i naturą kary umownej, jakim jest zabezpieczenie należytego wykonania umowy i wywołanie nacisku na wykonawcę, aby dążył on do należytego wykonania umowy. Postanowienie umowne zaprojektowane przez Zamawiającego promuje zaś nielojalne zachowanie kontrahenta, który wręcz zostaje niejako zachęcony tym postanowieniem do celowego niewykonania usługi, do której jest zobowiązany, przez okres dłuższy niż 2 godziny; mobilizacja celem wykonania usługi byłaby niewskazana, skoro w razie przerwy krótszej niż 2 godziny należąca byłaby kara umowna.

Po drugie, Zamawiający nie może skutecznie zastrzec odpowiedzialności wykonawcy za samo stworzenie zagrożenia zdrowia i życia pacjentów. Takie zastrzeżenie abstrahuje bowiem od przesłanek odpowiedzialności cywilnej w reżimie kontraktowym, o której mowa w art. 471 Kc. Kara umowna, o której mowa w art. 483 Kc jest zaś należąca 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. Samo zagrożenie, o którym mowa w projektowanym postanowieniu umownym, trudno nawet nazwać zdarzeniem; jest to raczej sytuacja istniejąca jedynie hipotetycznie w drodze analizy innych zdarzeń, które może wynikać na skutek ich powiązania ciągiem przyczynowo-skutkowym. Prawo cywilne uzależnia

odpowiedzialność dłużnika od adekwatnego związku przyczynowo-skutkowego (art. 361 § 1 Kc: *Zobowiązany do odszkodowania ponosi odpowiedzialność tylko za normalne następstwa działania lub zaniechania, z którego szkoda wynikła*). Jak widać, aby zastrzeżenie kary umownej było ważne, musi się ono odnosić do szkody wynikłej z nienależytego wykonania zobowiązania (art. 483 § 1 Kc). Nałożenie kary nie za konkretne uchybienia, z którego hipotetycznie może wyniknąć szkoda, lecz za samo zagrożenie zaistnienia takiego uchybienia nie spełnia kryteriów kary umownej, gdyż z samego zagrożenia w żadnym wypadku nie może zaistnieć szkoda, nawet hipotetyczna; ta kara umowna musiałaby być skonstruowana w sposób przewidujący odpowiedzialność wykonawcy za konkretne uchybienia. W przeciwnym wypadku, Zamawiający będzie mógł korzystać z tego postanowienia w sposób dowolny, przez ocenę, że dane zaniechanie lub działanie wykonawcy mogło spowodować zagrożenie życia i zdrowia pacjentów, niezależnie od sprawdzenia, czy wykonawca zapobiegł wystąpieniu tego zagrożenia. W dodatku, ocena, czy stan zagrożenia zdrowia i życia pacjentów mógł powstać w danym wypadku będzie niezmiernie utrudniona, jeśli w ogóle możliwa w sposób obiektywny, gdyż w braku wystąpienia jakiegokolwiek realnego skutku tego zagrożenia nie sposób ocenić, czy w ogóle mogło dojść do skutku w postaci pogorszenia stanu zdrowia pacjentów. To postanowienie pozostawia zatem zbyt duże pole do swobodnej oceny Zamawiającemu, której nie da się przeprowadzić obiektywnie.

Ponadto, kara umowna w brzmieniu przedstawionym przez Zamawiającego z powyższych powodów jest także niezgodna z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, gdyż jest dalece niejednoznaczna i uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie oferty; wykonawca nie jest bowiem w stanie stwierdzić, jakie sytuacje zaistniałe w placówce Zamawiającego mogą być podstawą do nałożenia tej kary umownej.

**Należy podkreślić zatem, że Zamawiający przewidział powyższą karę umowną za nieweryfikowalne uchybienia. W momencie zawierania umowy Wykonawca nie wie jakie uchybienia będą stanowić podstawy do nałożenia kary umownej.**

Następnie, wskazać należy, iż kara umowna została zastrzeżona w zdecydowanie nadmiernej wysokości, wręcz jest ona karą rażąco wygórowaną. Została ona zastrzeżona bowiem w wysokości 100% należnego wynagrodzenia za wykonanie usługi w danym miesiącu, a w dodatku nie wskazano w niej zakresu niewykonania usługi relewantnego dla nałożenia kary umownej, skutkiem czego Odwołujący obawia się, że kara ta w praktyce może być stosowana za dowolne naruszenie warunków wykonania usługi, choćby najmniejsze i najmniej istotne. W dodatku, gdyby taką interpretację przyjąć, to każdy wykryty przypadek niewykonania usługi podlegałby karze w wysokości 100% wynagrodzenia w danym miesiącu - brak bowiem podstaw do przyjęcia przy tej wykładni, że powyższa kwota określa górny limit wspomnianej kary umownej. To powoduje zaś, że należy tę karę uznać jako zastrzeżoną w wysokości 100% wynagrodzenia za każde pojedyncze uchybienie, bez górnego limitu kary. 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.*** Nałożenie kar w wysokości 100% wynagrodzenia miesięcznego za każde hipotetyczne uchybienie z osobna może zaś prowadzić do obciążenia wykonawcy np. w wysokości 400% wynagrodzenia

miesięcznego, co prowadzi do absurdalnej sytuacji, że wykonywanie usługi powoduje dług pieniężny po stronie wykonawcy, nie mówiąc już o jakimkolwiek wynagrodzeniu.

„Rażące wygórowanie” kary umownej jest pojęciem niedookreślonym. Miarkując karę umowną na podstawie tej przesłanki bierze się pod uwagę różne kryteria, w szczególności stosunek wartości kary umownej do wartości świadczenia spełnionego przez dłużnika z opóźnieniem (vide: wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 15 maja 2015 roku pod sygn. akt VI ACa 1937/13). Praca wykonana, jeśli nie była świadczeniem pod tytułem darmym, wymaga wynagrodzenia. Sankcja w postaci pozbawienia wykonawcy zapłaty poprzez nałożenie i potrącenie kary umownej nie może być aprobowana (por.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2014 roku, sygn. akt: IV CSK 416/13). Art. 2 pkt 13 Pzp definiuje zamówienie publiczne jako umowę odpłatną, więc nie może ta umowa przewidywać braku wynagrodzenia w wypadku wykonania znacznej części zamówienia. Po drugie kara umowna powinna być stosowana jako substytut odszkodowania. Trudno natomiast sobie wyobrazić, aby np. niewytarcie z kurzu jednego z blatów powodowało samo w sobie szkodę Zamawiającego w takiej wysokości, ile wynosi miesięczne wynagrodzenie za wykonanie usługi.

W konsekwencji, powyższa kara umowna powinna zostać obniżona do rozsądnego poziomu, a w dodatku powinna się odnosić do zaniechania wykonania usługi jako całości świadczenia, nie zaś poszczególnych jej elementów.

W kontekście wszystkich wyżej wskazanych argumentów podkreślenia wymaga ponadto brzmienie § 10 załącznika nr 8 do SIWZ - projektu umowy. Z tego paragrafu wynika bardzo konkretne rozróżnienie konsekwencji całkowitego (ust. 1 i 3) oraz całkowitego bądź częściowego niewykonywania usługi przez wykonawcę (ust. 2). Postanowienie to powinno stanowić dla Zamawiającego podstawę do zrekonstruowania zaskarżonego postanowienia. W obecnym brzmieniu, zwłaszcza ze względu na brzmienie § 10, projekt umowy jako całość zawiera postanowienia o niekonsekwentnej treści, posługujące się różną terminologią i niemożliwe do zinterpretowania jako całość zobowiązań stron. Skoro zaś w § 10 ust. 1 przewidziano wykonanie zastępcze usługi w przypadku niewykonywania usługi przez wykonawcę **w całości** przez co najmniej jeden dzień, to tym bardziej § 9 ust. 1 pkt 1) projektu umowy powinien przewidywać karę umowną co najwyżej za niewykonanie usługi w całości, nie zaś w dowolnym zakresie. W przeciwnym wypadku, brzmienie umowy jest co najmniej mocno niekonsekwentne. Ponadto, skoro to postanowienie umowne przewiduje odpowiedzialność w wypadku niewykonania usługi przez co najmniej jeden dzień, to także § 9 ust. 1 pkt 1) projektu umowy powinien przewidywać odpowiedzialność za niewykonanie usługi przez co najmniej 2 godziny, a nie - jak obecnie - przez co najwyżej 2 godziny.

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).

Jedynie na marginesie wskazuję, że pozostawienie w brzmieniu § 9 ust. 1 pkt 1) projektu umowy słów "Zamawiający ma prawo" należy traktować jako omyłkę pisarską Zamawiającego, tym bardziej że jest to zdanie niedokończone; stąd Odwołujący wnosi o wykreślenie tych słów z komentowanego postanowienia SIWZ.

W załączeniu:

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