

Łódź, dnia 14 października 2020 roku

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

Zamawiający: Wojewódzki Szpital Zespolony
im. Ludwika Perzyny w Kaliszu
ul. Poznańska 79, 62-800 Kalisz
Tel.: +48 627651397
Faks: +48 627571323
e-mail: zamowienia.publiczne@szpital.kalisz.pl
www.szpital.kalisz.pl

Odwołujący: „IZAN+” sp. z o.o.
z siedzibą w Krakowie
ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków
KRS: 0000171397

reprezentowany przez pełnomocnika: Sylwia Koperniak
adres do korespondencji:
ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź
Tel. +48 426405777
Fax: +48 422572816
E-mail: przetargi@naprzod.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usługi kompleksowego utrzymania czystości i stanu sanitarno – higienicznego oraz transportu odpadów medycznych i komunalnych świadczona dla Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. L. Perzyny w Kaliszu”, ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 5 października 2020 roku pod numerem 2020/S 193-466827, numer referencyjny: 61/20.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego: „IZAN+” sp. z o.o., na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 1843 j.t.), dalej: Pzp, wnoszę odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”), sporządzonych z naruszeniem Pzp.

Zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

- art. 353¹ Kodeksu cywilnego (dalej jako „Kc”) oraz art. 483 § 1 Kc w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp** poprzez zastrzeżenie w projekcie umowy (załącznik nr 4a SIWZ) kary umownej rażąco wygórowanej,
- art. 151 ust. 2 i 3 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 15 Pzp i art. 353¹ Kc** poprzez zastrzeżenie w SIWZ, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy zostanie zwrócone wykonawcy po upływie okresu rękojmi za wady, podczas gdy przedmiot niniejszego zamówienia nie podlega rękojmi za wady;

3. **art. 22 ust. 1a i art. 22c ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 822 § 1 i 2 Kc** poprzez ustanowienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej wykonawcy w postaci posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności (klauzula dotycząca należytego wykonania usługi oraz ryzyka wystąpienia zakażeń szpitalnych), podczas gdy należyte wykonanie usługi oraz samo ryzyko wystąpienia szkód nie może być skutecznym przedmiotem ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, na skutek czego tak sformułowane postanowienie jest niejednoznaczne, niepozwalające wyrazić minimalnego poziomu zdolności wymaganego od wykonawcy;
4. **art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 822 § 1 i 2 Kc** poprzez zastrzeżenie w załączniku nr 4a SIWZ, że wykonawca zobowiązany jest do posiadania przez cały okres trwania niniejszej umowy ważnego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności (klauzula dotycząca należytego wykonania usługi oraz ryzyka wystąpienia zakażeń szpitalnych), podczas gdy należyte wykonanie usługi jak i samo ryzyko wystąpienia szkód nie może być skutecznym przedmiotem ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, na skutek czego tak sformułowane postanowienie jest niejednoznaczne.

Wobec powyższego wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

1. w zakresie zarzutu nr 1 - zmiany SIWZ w:

- a) pkt B SIWZ, [w]: *Sposób wykonania przedmiotu zamówienia przez wykonawcę*, pkt I.20 przez nadanie mu następującego brzmienia:

W przypadku wystąpienia nieprawidłowości w realizacji usługi zamawiający w obecności przedstawiciela wykonawcy wskazanego w umowie wystawi Protokół niezgodności, który będzie podstawą do pomniejszenia faktury w przypadku stwierdzenia powtarzających się 3-krotnie w ciągu miesiąca nierzetelnie wykonywanych usług – w wysokości 1% wynagrodzenia brutto wykonawcy za poprzedni miesiąc.

- b) § 16 ust. 2 lit. a) załącznika nr 4a SIWZ przez nadanie mu następującego brzmienia:

w przypadku stwierdzenia powtarzających się 3-krotnie w ciągu miesiąca nierzetelnie wykonywanej usługi – kara umowna w wysokości 1% wynagrodzenia brutto za poprzedni miesiąc,

2. w zakresie zarzutu nr 2 – zmiany SIWZ w:

- a) pkt L SIWZ, ust. 6 – przez nadanie mu następującej treści:

Zabezpieczenie zostanie zwrócone w ciągu 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane.

- b) pkt L SIWZ, ust. 7 – przez jego wykreślenie;

- c) pkt L SIWZ, ust. 5 – przez wykreślenie słów „*oraz okres rękojmi*”;

- d) § 14 ust. 4 załącznika nr 4a SIWZ przez nadanie mu następującego brzmienia:

Zabezpieczenie zostanie zwrócone Wykonawcy w terminie 30 dni od dnia odbioru robót i uznania ich przez Zamawiającego za należyte wykonane.

3. w zakresie zarzutu nr 3:

- a) zmiany ogłoszenia o zamówieniu poprzez nadanie postanowieniu III.1.2)2 następującego brzmienia:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, tj.: w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej – Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (klauzula odpowiedzialności za szkody rzeczowe i osobowe będące następstwem przeniesienia chorób zakaźnych) na sumę

gwarancyjną co najmniej 1 000 000,00 PLN (słownie: jeden milion złotych 00/100)

- ewentualnie o jego wykreślenie,

b) zmiany pkt C SIWZ, 2.1. przez nadanie mu następującego brzmienia:

*w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej - zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (**klauzula odpowiedzialności za szkody rzeczowe i osobowe będące następstwem przeniesienia chorób zakaźnych**) na sumę gwarancyjną co najmniej 1 000 000,00 PLN (słownie: jeden milion złotych 00/100).*

- ewentualnie o jego wykreślenie,

4. w zakresie zarzut nr 4 - zmiany § 12 ust. 1 załącznika nr 4a SIWZ przez nadanie mu następującego brzmienia:

*Wykonawca zobowiązuje się do posiadania przez cały okres trwania niniejszej umowy ważnego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności (**klauzula odpowiedzialności za szkody rzeczowe i osobowe będące następstwem przeniesienia chorób zakaźnych**) o sumie gwarancyjnej nie niższej niż 1 000 000,00 PLN.*

- ewentualnie o jego wykreślenie.

Odwołujący oświadcza, iż ma interes prawny w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia SIWZ naruszają przepisy ustawy Pzp. Postępowanie w zakresie zaskarżonych postanowień SIWZ zostało niewłaściwie przygotowane. Gdyby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało przygotowane w sposób właściwy, Odwołujący jako podmiot trudniący się zawodowo świadczeniem usług będących przedmiotem zamówienia mógłby złożyć ofertę.

UZASADNIENIE

Wprowadzenie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi utrzymania czystości o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, opublikowanych 5 października 2020 r., naruszają Pzp.

1) Zarzut naruszenia art. 353¹ Kodeksu cywilnego (dalej jako „Kc”) oraz art. 483 § 1 Kc w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp

Zamawiający zastrzegł następującą karę umowną:

§ 16

KARY UMOWNE

1. Strony zastrzegają sobie prawo do naliczania kar umownych przewidzianych w niniejszym paragrafie.

2. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w następujących przypadkach:

a) **w przypadku stwierdzenia powtarzających się 3-krotnie w ciągu miesiąca nierzetelnie wykonywanej usługi – kara umowna w wysokości 10% wynagrodzenia brutto za poprzedni**

miesiąc,

Wyżej wskazana kara umowna jest rażąco wygórowana. „Rażąco 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). Należy natomiast podkreślić, że zakres wykonania umowy w przedmiotowym postępowaniu jest niezwykle szeroki. Wykonawca ma utrzymać czystość 28 oddziałów szpitalnych, nie licząc poradni i innych placówek objętych przedmiotem zamówienia. Jakkolwiek niedopuszczalne byłoby zakładanie przez wykonawcę, że może on sobie pozwolić na trzykrotne nierzetelne wykonanie usługi w miesiącu nawet na tak ogromnej powierzchni, to jednak kara w wysokości 10% miesięcznego wynagrodzenia jest zdecydowanie rażąco wygórowana. W wykonaniu tej usługi wykonawca jest zobowiązany do należytej staranności, zgodnie z art. 355 Kc. Należyta staranność nie zobowiązuje do osiągnięcia absolutnego rezultatu – absolutnej czystości, gdyż jej osiągnięcie jest de facto niemożliwe. Nawet przy dochowaniu najwyższej staranności przez wykonawcę prawdopodobne jest trzykrotne drobne niedociągnięcie. W wypadku gdy takie drobne niedociągnięcia zdarzą się trzykrotnie, to niezależnie od ich wagi i rezultatu będą one kosztować wykonawcę 10% wynagrodzenia – czyli więcej niż zwykle wynosi marża w tej branży. To wszystko nawet wówczas, gdy niemal 100% usługi zostało wykonane poprawnie. To prowadziłoby do wykonania usługi poniżej poziomu zysku, czyli de facto – do sankcjonowania sytuacji, o której mowa w art. 90 ust. 1 Pzp (rażąco niska cena). Przepis art. 90 ust. 1 Pzp wprowadzono ze względu na negatywne konsekwencje wykonania zamówienia publicznego „po kosztach”, takie jak odstąpienie od umowy czy porzucenie wykonania usługi bądź wykonanie jej w sposób skrajnie nieprawidłowy z uwagi na brak środków po stronie wykonawcy. Rażąco wygórowana jest zatem także kara umowna, która doprowadza do pozbawienia wykonawcy zysku, zwłaszcza wobec wykonania usługi w znacznej części, o czym mowa w art. 484 § 2 cz. 1 Kc. 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). Po drugie kara umowna powinna być stosowana jako substytut odszkodowania. Trudno natomiast sobie wyobrazić, aby trzykrotne drobne niedociągnięcie utrzymania czystości powodowało zwykle szkodę w wysokości 10% wynagrodzenia miesięcznego.

2) Zarzut naruszenia art. 151 ust. 2 i 3 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 15 Pzp i art. 353¹ Kc

Zamawiający przewidział, że 20% zabezpieczenia należytego wykonania umowy zostanie wykonawcy zwrócona po okresie rękojmi – odpowiednio w pkt. L SIWZ i w projekcie umowy:

L. *Wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy*

[...]

5. *W przypadku złożenia zabezpieczenia w formie gwarancji lub poręczeń, powinny one być wystawione na*

okres obejmujący wykonanie zamówienia oraz okres rękojmi.

6. *Kwota odpowiadająca 80% zabezpieczenia zostanie zwrócona w ciągu 30 dni od dnia wykonania*

zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane.

7. *Kwota odpowiadająca 20% zabezpieczenia pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z*

tytułu rękojmi za

wady, zostanie zwrócona nie później niż w 15 dniu po upływie okresu rękojmi za wady.

[...]

§ 14

ZABEZPIECZENIE NALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY

1. Wykonawca wnosi zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 3 % ceny ofertowej brutto, co stanowi kwotę PLN (słownie:).
2. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy zwane dalej zabezpieczeniem wniesiono w: Potwierdzenie wniesienia zabezpieczenia stanowi Załącznik Nr 10 do umowy.
3. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.
4. Zabezpieczenie zostanie zwrócone Wykonawcy w niżej wymienionych terminach:
 - 80% zabezpieczenia w terminie 30 dni od dnia odbioru robót i uznania ich przez Zamawiającego za należyte wykonane,
 - 20% zabezpieczenia w terminie 15 dni po upływie okresu rękojmi za wady.

Zamawiający przeoczył jednak, że w wypadku tego przedmiotu umowy nie ma zastosowania rękojmi za wady. Rękojmia za wady może mieć zastosowanie w przypadku umów polegających na sprzedaży lub wytworzenia dzieła (zgodnie z Kc), co zgodnie z nomenklaturą Pzp pasuje odpowiednio do zamówień na dostawy i na roboty budowlane (por. art. 2 pkt 2 i 8 Pzp). Przedmiotem niniejszego zamówienia są zaś usługi, w dodatku takie, które nie pozostawiają po sobie trwałego śladu w majątku zamawiającego. Czystość jest bowiem efektem bardzo nietrwałym i ulotnym, wymagającym codziennego odtworzenia (niekiedy kilka razy dziennie). Zastrzeżenie w takim wypadku, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy częściowo zostanie zwrócone po okresie rękojmi za wady jest zatem nieporozumieniem, gdyż zakłada, że wykonanie usług pozostawi po sobie w majątku zamawiającego jakiś trwały efekt, którego wady ujawnią się nie natychmiast, lecz w określonym czasie, będącym okresem rękojmi.

Zgodnie z art. 151 ust. 2 i 3 Pzp, *Kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady nie może przekraczać 30% wysokości zabezpieczenia. Kwota, o której mowa w ust. 2, jest zwracana nie później niż w 15. dniu po upływie okresu rękojmi za wady.* Zgodnie z trafnym stanowiskiem wyrażonym w literaturze, *Ochronny charakter posiada także przepis ograniczający wysokość zabezpieczenia, który może zabezpieczać roszczenia z tytułu rękojmi za wady. Uniemożliwia on zatrzymanie tytułem zabezpieczenia kwoty większej niż 30% kwoty zabezpieczenia określonej na podstawie art. 150 ust. 2 na zabezpieczenie roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.* (Dzierżanowski Włodzimierz i in., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. VII, WKP 2018, [w]: komentarz do art. 151). Skoro w wypadku przedmiotowego postępowania nie występuje rękojmia za wady przedmiotu zamówienia, zastrzeżenie w dokumentacji zamówienia, a zwłaszcza w postanowieniach przyszłej umowy zwłoki ze zwrotem części zabezpieczenia ze względu na okres rękojmi jest nadużyciem, sprzecznym zarówno z art. 151 Pzp, jak i z art. 353¹ Kc. Zastrzeżenie to sprzeczne jest bowiem z celem przepisu art. 151 Pzp i stanowi wynaturzenie stosunku prawnego przez zastosowanie instytucji prawnej do niego nieprzystającej, sprzecznej z jego naturą.

3) Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a i art. 22c ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 822 § 1 i 2 Kc

Zamawiający wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt. III.1.2)2 i w pkt. C SIWZ, 2.1. następujący warunek udziału w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej wykonawcy:

*O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, tj.: w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej – Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (klauzula dotycząca **należytego** wykonania usługi oraz **ryzyka** wystąpienia zakażeń szpitalnych) na sumę gwarancyjną co najmniej 1 000 000,00 PLN (słownie: jeden milion złotych 00/100).*

Zgodnie z art. 22 ust. 1a Pzp, Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Zamawiający wymaga od wykonawcy przedstawienia zaś ubezpieczenia od należytego wykonania usługi. Wykonawca nie wie, jak ma rozumieć to postanowienie. Z jednej bowiem strony, jeśli żądanie Zamawiającego rozumieć dosłownie, to żaden ubezpieczyciel nie oferuje ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej od następstw prawidłowego wykonania usługi. Takie ubezpieczenie byłoby bowiem sprzeczne z art. 822 § 1 Kc, który stanowi: *Przez umowę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej ubezpieczyciel zobowiązuje się do zapłacenia określonego w umowie odszkodowania za szkody wyrządzone osobom trzecim, wobec których odpowiedzialność za szkodę ponosi ubezpieczający albo ubezpieczony.* Z powyższego wynika, że odpowiedzialność ubezpieczyciela związana jest ściśle z wystąpieniem danej szkody. W wypadku prawidłowego wykonania umowy szkoda zaś nie występuje. Skutkiem prawidłowego wykonania umowy jest utrzymanie czystości, które nie powoduje szkód ani dla personelu, ani dla pacjentów Zamawiającego. Takie postanowienie jest zatem niezdatne do oceny minimalnego poziomu zdolności wykonawcy, gdyż zdolność ekonomiczna to zdolność do udźwignięcia stosownych zobowiązań finansowych, zaś należyte wykonanie usług takich zobowiązań nie tworzy.

Wydaje się, że Zamawiającemu chodziło de facto o wykazanie się przez wykonawcę ubezpieczeniem od skutków nieprawidłowego wykonania usługi. Fakt przeinaczenia tej kwestii w sposób dosłowny w warunkach udziału w postępowaniu powoduje jednak, że powstaje w tym zakresie niepewność co do rzeczywistych zamierzeń i oczekiwań Zamawiającego. W rezultacie, w postępowaniu mogą zostać złożone nieporównywalne oferty. Stąd, niniejszy zarzut jest uzasadniony. Wykonawca musi bowiem mieć pewność co do oczekiwań Zamawiającego, wyrażonych w ogłoszeniu i w SIWZ, aby złożyć rzetelną ofertę.

Niejednoznaczne jest również wskazanie w w/w cytowanych postanowieniach ogłoszenia i SIWZ, aby ubezpieczenie obejmowało klauzulę dotyczącą ryzyka wystąpienia zakażeń szpitalnych. To postanowienie jest nieprecyzyjne, nie wiadomo bowiem, czy chodzi o skutki wystąpienia zakażeń (ściśle: przeniesienia chorób zakaźnych) czy też o odpowiedzialność o charakterze gwarancyjnym, za samo ryzyko wystąpienia takich przypadków, narażenie na ich wystąpienie. W tym drugim wypadku ponownie taka klauzula nie spełnia wymogów art. 822 § 1 i 2 Kc, gdyż nie obejmuje odpowiedzialności za szkodę jako skutki naruszeń. Samo ryzyko bezsprzecznie nie jest bowiem szkodą w rozumieniu powyższych przepisów.

4) Zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 822 § 1 i 2 Kc

Komentowany zarzut znajduje swoje oparcie w analogicznych argumentach jak w przypadku zarzutu nr 3, gdyż wynika z analogicznego błędu Zamawiającego. Zamawiający zastrzegł bowiem w załączniku nr 4a SIWZ – projekcie umowy ws. zamówienia publicznego następujące postanowienie:

§ 12
*UBEZPIECZENIE OD ODPOWIEDZIALNOŚCI CYWILNEJ W
ZAKRESIE PROWADZONEJ DZIAŁALNOŚCI*

*1. Wykonawca zobowiązuje się do posiadania przez cały okres trwania niniejszej umowy ważnego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności (**klauzula dotycząca należytego wykonania usługi oraz ryzyka wystąpienia zakażeń szpitalnych**) o sumie gwarancyjnej nie niższej niż 1 000 000,00 PLN.*

Analogicznie zatem jak w przypadku zarzutu nr 3, powyższe postanowienie jest niezrozumiałe i jako takie uniemożliwia wykonawcy złożenie rzetelnej oferty w postępowaniu.

Na marginesie należy zauważyć również, że to postanowienie umowne nie zabezpiecza interesu Zamawiającego. Zupełnie nadmierne i niepotrzebne jest przy tym zabezpieczenie ryzyka wystąpienia zakażeń szpitalnych z pominięciem szkód wynikłych z ich ewentualnego wystąpienia, tak jak wskazano w uzasadnieniu zarzutu nr 3 powyżej.

Załączniki:

- 1) informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Odwołującego,
- 2) pełnomocnictwo,
- 3) potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania,
- 4) potwierdzenie wysłania kopii odwołania Zamawiającemu.