

Wrocław, dnia 29.04.2022 roku

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**

ul. Postępu 17A, 02- 676 Warszawa

**Odwołujący:**

**Impel System Sp. z o. o.**

ul. Ślężna 118; 53-111 Wrocław

KRS: 0000127540, NIP: 8971613637

**numer telefonu: 510 016 189**

adres poczty elektronicznej:

**p.dzikowski@impel.pl**

przedstawiciel (imię i nazwisko):

**Piotr Dzikowski**

**Zamawiający:**

**Szpital Powiatowy we Wrześni w restrukturyzacji**

Słowackiego 2 , 62-300 Września

tel. +48 614370537

e-mail: [kjedraszak@szpitalwrzesnia.home.pl](mailto:kjedraszak@szpitalwrzesnia.home.pl)

strona www: [www.szpitalwrzesnia.home.pl](http://www.szpitalwrzesnia.home.pl)

adres platformy: : [https://platformazakupowa.pl/pn/szpital wrzesnia](https://platformazakupowa.pl/pn/szpital_wrzesnia)

**ODWOŁANIE**

Działając na podstawie przepisu art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r.- Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej *Ustawa* lub *pzp*, składamy odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Świadczenie usług w zakresie kompleksowego utrzymania czystości i transportu wewnętrznego w Szpitalu Powiatowym we Wrześni Sp. z o.o. w restrukturyzacji”. Nr postępowania: SA-381-4/22

**I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):**

Nr ogłoszenia 2022/S 077-209971 z 20 kwietnia 2022 roku.

„Świadczenie usług w zakresie kompleksowego utrzymania czystości i transportu wewnętrznego w Szpitalu Powiatowym we Wrześni Sp. z o.o. w restrukturyzacji”.

**II. Wskazanie czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, której zarzuca się**

**niezgodność z przepisami ustawy oraz zwięzłe przytoczenie zarzutów:**

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) **art. 16** Ustawy poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ;
- 2) **art. 99 ust. 1 i 2, art. 41 w związku art. 106 b i 106 e** Ustawy 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług w związku z **art. 62** ustawy z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karno – skarbowy – poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niedokładny, a tym samym nieprawidłowe określenie stawek podatkowych, zgodnie z którymi wykonawcy winni wystawiać faktury za wykonanie przedmiotu zamówienia.
- 3) **art. 8, art. 431, art. 16, art. 17** Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 484 § 2 oraz art. 58 Kodeksu cywilnego poprzez ustalenie łącznej wysokości kar umownych, których może dochodzić Zamawiający na poziomie nieadekwatnym do wartości zamówienia, w wysokości rażąco wygórowanej i nieadekwatnej do okoliczności, które mogą stanąć u podstaw powstania roszczenia Zamawiającego o jej zapłatę;
- 4) **art. 433 pkt 4** Ustawy poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego do projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowień abuzywnych ze względu na dopuszczenie do dowolnego kształtowania przez Zamawiającego wielkości zamówienia i zaniechanie ustalenia w treści SWZ minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron,
- 5) **art. 8 ust. 1 Ustawy, w zw. z art. 5 i art. 353 1 Kodeksu cywilnego** poprzez skonstruowanie istotnych postanowień Umowy w sposób, który powoduje - nieuzasadnione potrzebami zamawiającego - uprzywilejowanie pozycji zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych.

### **III. Wskazanie interesu Odwołującego:**

Odwołujący oświadcza, iż ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie oferty zgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie.

### **IV. Termin na złożenie odwołania:**

Stosownie do przepisu art. 515 ust. 1 pkt. 1) Ustawy, odwołanie wobec czynności Zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia, wnosi się w terminie 10 dni od przekazania informacji o czynności zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej,

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty, określone w przepisach, wydanych na podstawie art. 3 Ustawy.

Zamawiający w dniu 20 kwietnia 2022 roku opublikował oraz przekazał SWZ, co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

## UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług w zakresie kompleksowego utrzymania czystości i transportu wewnętrznego w Szpitalu Powiatowym we Wrześni Sp. z o.o. w restrukturyzacji”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2021 poz. 1129 ze zm.)

### **Ad. Zarzut 1), 2)**

Zgodnie z pkt 1 Opisu przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ:

*Przedmiotem niniejszego postępowania przetargowego jest świadczenie dla potrzeb „Szpitala Powiatowego we Wrześni” Sp. z o.o. w restrukturyzacji zwanym dalej Szpitalem usług w zakresie kompleksowego utrzymania czystości, dezynfekcji, dystrybucji żywności w ramach oddziałów, przygotowania i transportu wewnętrznego bielizny, odpadów skażonych i komunalnych, transportu materiałów do i po sterylizacji, transportu zwłok, w tym czynności stanowiące niezbędny i nierozzerwalny element procedur medycznych ( 40 % wartości przedmiotu zamówienia). Na zamówienie składają się między innymi prace polegające na utrzymaniu czystości pomieszczeń w budynkach Zamawiającego zgodnie z zasadami podanymi w dalszej treści niniejszej specyfikacji, wyposażenie w maty wejściowe w ciągach komunikacyjnych, w ręczniki jednorazowego użytku, papier toaletowy i mydło, wymiana uszkodzonych koszy na odpady i dozowników.*

*Wyżej wymienione prace nie stanowią czynności, stanowiących niezbędnych i nierozzerwalnych elementów procedur medycznych.*

Proponowany przez Zamawiającego zapis w sposób nieprawidłowy dzieli przedmiot zamówienia w zakresie usług pomocowych oraz ogranicza do 40% prawo podmiotów ustawowo uprawnionych do korzystania ze zwolnienia podmiotowego przewidzianych w ustawie o podatku od towarów i usług. Powyższe ograniczenie sposobu ustalania podatkowej kwalifikacji usług, będących przedmiotem zamówienia, jest nieuzasadnione. Polski system podatkowy, oprócz podstawowej stawki podatku VAT, zna 3 stawki preferencyjne dla określonych usług i towarów (zwolnienia przedmiotowe).

Gdyby na tym podział stawek podatkowych się kończył, działania Zamawiającego byłyby zasadne. Niestety, oprócz zwolnień przedmiotowych, polski system podatkowy wprowadza również zwolnienia podmiotowe. Są to uprawnienia przyznane pewnym grupom płatników podatku VAT, do stosowania stawek podatku VAT z tytułu sprzedaży przez te podmioty usług lub towarów, innych, niż wynika to z zasad ogólnych.

Odwołujący podkreśla, że w pełni legalne jest na gruncie obowiązujących przepisów wystąpienie sytuacji, gdy z tytułu sprzedaży tego samego towaru lub tej samej usługi, dwa podmioty mogą wystawić odmienne faktury, zawierające odmienne stawki podatku VAT. To wystawca faktury decyduje o tym, jak zakwalifikować podatkowo dokonaną przez siebie sprzedaż. Czy w oparciu o reguły zwolnień przedmiotowych, czy też w oparciu o reguły zwolnienia podmiotowego – o ile spełnia ustawowe przesłanki do skorzystania z niego. I działanie podmiotu korzystającego z podmiotowego zwolnienia nie narusza obowiązujących przepisów prawa ani reguł uczciwej konkurencji – o ile jest poparte spełnieniem ustawowych przesłanek do skorzystania z tego zwolnienia.

Proponowany przez Zamawiającego procentowy zapis o podziale prac całkowicie pomija ten aspekt. Zamawiający w sposób nieuprawniony ogranicza prawo podmiotów ustawowo uprawnionych do korzystania ze zwolnienia podmiotowego, do skorzystania z przyznanych mu w ustawie o podatku od towarów i usług praw. W imię niewłaściwie rozumianej ochrony uczciwej konkurencji, Zamawiający proponowanym zapisem ogranicza korzystanie niektórym podmiotom z ich uprawnień. Oczywiście zasadnym jest, aby Zamawiający weryfikował podstawy korzystania przez Wykonawców z podmiotowego zwolnienia, przewidzianego w ustawie o VAT. Ale nie jest on władny do pozbawiania wykonawców prawa do korzystania z legalnych instrumentów. Zwłaszcza, że przyjęty przez niego podział, wydaje się być całkowicie arbitralny, nie poparty faktyczną proporcją czynności, które podatkowo są kwalifikowane, jako objęte stawką 23% w stosunku do czynności objętych stawką „zw”. Przyjęta przez Zamawiającego proporcja, nie oddaje stosunku ilościowego poszczególnych czynności. I abstrahuje całkowicie od aspektu kosztowego – świadczenie poszczególnych czynności wiąże się bowiem z różnymi nakładami.

Odwołujący zauważa, iż przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi kompleksowego sprzątnia, kompleksowego utrzymania czystości, dezynfekcji, dystrybucji żywności w ramach oddziałów, przygotowania i transportu wewnętrznego bielizny, odpadów skażonych i komunalnych, transportu materiałów do i po sterylizacji, transportu zwłok w szpitalu. Nie można prawidłowo prowadzić procesu leczenia pacjentów w szpitalu bez należytego utrzymania czystości (łóżek, sprzętów, powierzchni płaskich i pionowych) i to w sposób wymagający podwyższonego rygoru - w celu zabezpieczenia należytego stanu sanitarno-epidemiologicznego. Przykładem może być właściwy dobór środków do mycia i dezynfekcji, stosowanie ich w odpowiednich stężeniach oraz przez właściwy okres czasu działania na danej powierzchni. Nie jest to standardowe odkurzenie dywanu czy pościeranie podłogi. Są to czynności oraz środki określone przez profesjonalistów, zbadane pod kątem działania na odpowiedni rodzaj bakterii, wirusów, sporów itp. oraz przede wszystkim podejmowane w celu profilaktyki, zachowania i przywracania zdrowia pacjentów, przebywających w szpitalu.

Prosta czynność wyrzucenia śmieci w szpitalu przybiera postać gospodarki odpadami obwarowanej sporą ilością obowiązujących przepisów, która ewidentnie skierowana jest na maksymalne ograniczenie rozprzestrzeniania się drobnoustrojów chorobotwórczych. Nie można więc odmówić im celów profilaktycznych.

Zadania i czynności, opisane w dokumentacji Postępowania, w istotnej części odpowiadają usługom klasyfikowanym na gruncie prawa podatkowego **jako podlegające zwolnieniu z podatku VAT usługi ściśle związane z opieką medyczną**, z uwagi na ich umiejscowienie jako element procesu leczniczego wykonywanego w podmiotach leczniczych. **W pozostałej części, zadania i czynności określone przez Zamawiającego, kwalifikują się do usług utrzymania związanych z utrzymaniem porządku w budynkach i zagospodarowaniem terenów zieleni, grupowanych w dziale 81 PKWiU 2015 r. i opodatkowanych stawką 23% VAT.**

Powyższa kwalifikacja zadań i czynności realizowanych przez podmioty zewnętrzne w ramach outsourcingu na rzecz placówek leczniczych, została jednoznacznie potwierdzona w treści Interpretacji Ogólnej, wydanej przez Ministra Rozwoju i Finansów w dniu 29 grudnia 2017 r., znak: PT1.8101.5.2017.PSG.622 (dalej: Interpretacja ogólna). Interpretacja ogólna stanowi akt, mający na celu zapewnienie **jednolitego stosowania** przepisów prawa podatkowego przez organy podatkowe, zaś przepisy Ordynacji podatkowej wiążą z jej stosowaniem moc ochronną także dla podatników, dlatego respektowanie wyrażonej w niej wykładni, stanowi **zasadniczy warunek bezpiecznego prowadzenia działalności w przedmiocie objętym Postępowaniem**.

Zgodnie z treścią Interpretacji ogólnej: *„W kontekście kwalifikowania usług wykonywanych w ramach świadczenia opieki szpitalnej i medycznej, zauważyć należy, że opieka taka stanowi pewien proces (na który składa się wiele różnych czynności wykonywanych na terenie danej placówki) rozpoczynający się od momentu przyjęcia pacjenta do placówki medycznej, a kończący się w momencie opuszczenia przez pacjenta tej placówki. W ramach powyższego procesu konieczne jest wykonanie wielu czynności, z których część może być również – i w praktyce często jest – wykonywana przez podmioty zewnętrzne. Spośród tych czynności, te, które spełniają warunki do uznania ich za usługi ściśle związane z usługami w zakresie opieki medycznej, służącymi profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, tj. stanowią nieodzowny element działalności placówek, świadczących taką opiekę, podlegają zwolnieniu od VAT na podstawie art. 41 ust. 1 pkt 18a ustawy o VAT. Dla zastosowania wskazanego zwolnienia nie ma w szczególności znaczenia, czy dana czynność jest fizycznie wykonywana w obecności konkretnego pacjenta (lecz jej nieodzowność z punktu widzenia zapewnienia należytej opieki pacjentom). Wśród takich usług można przykładowo wymienić: wsparcie pielęgniarek lub salowych w opiece nad pacjentami przy wykonywaniu czynności higienicznych i pielęgnacyjnych – w tym związanych z potrzebami fizjologicznymi pacjentów (m.in. pomoc przy ubieraniu, karmienie, przewijanie, rozdawanie posiłków, transport pościeli i ścielenie łóżek szpitalnych, usuwanie pojemników z wydzielinami), monitorowanie stanu pacjentów, transport pacjentów na terenie placówki medycznej, pomoc w przygotowaniu do operacji lub zabiegu (zmiana odzieży i obuwia, oraz inne czynności niezbędne do przeprowadzenia procedur medycznych), przygotowanie pomieszczeń i przedmiotów niezbędnych do operacji i*

*zabiegów medycznych (sprzątanie i dezynfekcja pomieszczeń, sterylizacja narzędzi, stołów operacyjnych, pojemników i innych przedmiotów, czynności związane z przygotowaniem leków), asystowanie podczas operacji lub zabiegu (ubieranie zespołu medycznego, podawanie sterylnych pakietów), czynności związane z gospodarką bielizną i odzieżą szpitalną oraz pościelą (jej zmiana, transport wewnątrzszpitalny, pranie), zapewnienie odpowiedniego wyżywienia pacjentów, czynności związane z gospodarką odpadami szpitalnymi (ich usuwanie i transport wewnątrzszpitalny), transport wewnątrzszpitalny przedmiotów używanych w procesie opieki medycznej (narzędzi, materiałów i pojemników do badań, krwi i materiałów krwiopochodnych, wyników badań, łóżek, wózków, materacy), czynności administracyjne (przyjęcie do placówki medycznej, wywiad medyczny – w tym pomoc w wypełnianiu kwestionariuszy, wypisanie z placówki medycznej) (...).*

Powyższą kwalifikację czynności, stanowiących element procesu opieki medycznej, **w tym czynności związanych z myciem i dezynfekcją pomieszczeń placówki leczniczej służących tym procesom**, wykonywanych przez podmioty zewnętrzne na rzecz podmiotów leczniczych w kategorii usług określonych przez ustawodawcę mianem „**usług ściśle związanych**” z usługami opieki medycznej, potwierdza także orzecznictwo sądów administracyjnych.

Zgodnie z wyrokiem NSA (wyrok NSA z dnia 19. grudnia 2018 r. sygn. akt: I FSK 2118/16) w przypadku świadczenia szpitalnego, zwolnieniem od podatku mogą być objęte **usługi ściśle związane** z usługami podstawowymi, takie jak (przykładowo): **mycie i dezynfekcja** kaczek, nocników i basenów, wymiana bielizny pościelowej, **mycie i dezynfekcja** łóżek po wypisie, rozdawanie lub pomoc przy rozdawaniu posiłków, pomoc przy transporcie i **myciu** narzędzi medycznych, transport czystej i brudnej bielizny, **transport odpadów**, transport posiłków, ich dystrybucja, zbieranie i transport resztek pokonsumpcyjnych, transport łóżek, czy transport materiałów biologicznych do badań).

Czynności zaliczane do usług, o których mowa powyżej są, zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt 18 oraz 18a ustawy o podatku od towarów i usług, **objęte zwolnieniem z podatku VAT, w przeciwieństwie do „klasycznych” usług utrzymania porządku w obiektach, zwanych potocznie sprzątaniem, które podlegają opodatkowaniu wg stawki 23%.**

W tym zakresie należy bowiem zauważyć, że:

- a) Możliwość zastosowania zwolnienia z podatku VAT w odniesieniu do czynności objętych przedmiotem zamówienia wynika z **art. 43 ust. 1 pkt 18 i 18a w związku z art. 43 ust. 17 i 17a Ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1221 z późn. zm.)**.

*Art. 43. 1. Zwalnia się od podatku:*

*18) usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawę towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane, wykonywane w ramach działalności leczniczej przez podmioty lecznicze;*

*18a) usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawę towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane, świadczone na rzecz podmiotów leczniczych na terenie ich zakładów leczniczych, w których wykonywana jest działalność lecznicza;*

Powyższe przepisy odpowiadają treści **art. 132 ust. 1b dyrektywy 2006/112/WE Rady**[1], (dalej: Dyrektywa), wdrażając do polskiego porządku prawnego zwolnienie z VAT dla „**opieki szpitalnej i medycznej oraz ściśle z nimi związanych czynności** podejmowanych przez podmioty prawa publicznego lub, na warunkach socjalnych porównywalnych do stosowanych w odniesieniu do instytucji prawa publicznego, **przez szpitale, ośrodki medyczne i diagnostyczne oraz inne odpowiednio uznane placówki o podobnym charakterze**”.

- b) Należy podkreślić, że w świetle przytoczonych przepisów, ryzyko zastosowania zwolnienia VAT dla przedmiotowych usług w całości leży po stronie Wykonawców.

Wynika to z przedmiotowo-podmiotowego charakteru tego zwolnienia, tj.:

- Wykonawca stosujący je powinien posiadać status podmiotu leczniczego zgodnie z obowiązującymi przepisami. Wynika to z treści art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy o VAT, który wprost zastrzega możliwość stosowania ustanowionego w tym przepisie zwolnienia wyłącznie dla podmiotów leczniczych oraz z art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy o VAT,
- Usługi opieki medycznej będącej przedmiotem zwolnienia charakteryzowane są jako cały zespół czynności mających cel terapeutyczny, ratowania powrotu i zachowania zdrowia pacjenta.

Opieka medyczna stanowi pewien całościowy proces (na który składa się wiele różnych czynności) rozpoczynający się od momentu przyjęcia pacjenta do placówki medycznej, a kończący w momencie opuszczenia przez pacjenta tej placówki. Czynności wchodzące w zakres zadań przedmiotowego postępowania stanowią usługi wsparcia o charakterze kompleksowym (jednolitym) i ściśle związanym z podstawowym procesem, który odbywa się w szpitalu. Nie można ich sztucznie rozgraniczać gdyż w sensie gospodarczym tworzą one jedną całość z procesem terapeutycznym oraz są realizowane z zachowaniem wytycznych i przepisów

z zakresu prawa ochrony zdrowia (usługi ściśle związane z opieką medyczną).

- c) Zamawiający nie jest uprawniony do ograniczenia usług pomocowych do 40% wartości zamówienia a tym samym arbitralnej oceny kwalifikacji opodatkowania poszczególnych usług i nie może sztucznie narzucić 23% stawki VAT w zakresie czynności wskazanych w SWZ. Zasady kwalifikacji podatkowej zawarte są w ustawie o VAT, a ta nie przewiduje takich kompetencji dla podmiotów takich, jak Zamawiający.

---

<sup>[1]</sup> Dyrektywa 2006/112/WE Rady z dnia 28.11.2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej, Dz.U.UE.L.2006.347.1 z dnia 11.12.2006 r.;

Pewne uprawnienia przewidziane są w art. 14s §1 ordynacji podatkowej:

*Z wnioskiem o wydanie interpretacji indywidualnej może wystąpić zamawiający w rozumieniu ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019) w zakresie mającym wpływ na sposób obliczenia ceny w związku z udzielanym zamówieniem publicznym, podmiot publiczny w rozumieniu ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2020 r. poz. 711) w zakresie mającym wpływ na sposób obliczenia wynagrodzenia w związku z zawieraną umową o partnerstwie publiczno-prywatnym, lub zamawiający w rozumieniu ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2019 r. poz. 1528, 1655 i 2020) w zakresie mającym wpływ na sposób obliczenia wynagrodzenia koncesjonariusza wraz z ewentualną płatnością od zamawiającego w związku z zawieraną umową koncesji na roboty budowlane lub usługi. Przepisu art. 14b § 4 nie stosuje się*

Jeżeli zamawiający nie dysponuje ww. interpretacją indywidualną – w sposób nieuprawniony kształtuje warunki postępowania, narażając całe postępowanie na niepowodzenie. To poszczególne czynności wskazane w opisie przedmiotu zamówienia w połączeniu z podmiotową sytuacją wykonawcy determinują podatkową klasyfikację usługi. I zamawiający, jeśli będzie miał w tym zakresie wątpliwości, może je wyjaśniać na etapie oceny ofert.

### **ŻADANIE:**

Odwołujący wnosi o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu usunięcia z SWZ nieprawidłowych zapisów dotyczących sztywnego wskazania, iż 40% wartości zamówienia dotyczy usług pomocowych, tym samym zapisu obligującego wykonawcę do wyceny usługi z zachowaniem 23% stawki podatku VAT w 60% wartości zamówienia poprzez wykreślenie sformułowania zawartego w pkt 1 załącznika nr 3 do SWZ oraz formularza cenowego tj. „40 % wartości przedmiotu zamówienia” oraz „Wyżej wymienione prace nie stanowią czynności, stanowiących niezbędnych i nierozzerwalnych elementów procedur medycznych”.
- 2) nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień SWZ w sposób umożliwiający wykonawcom samodzielny podział zadań (czynności) i kwalifikację tychże zadań ze względu na stawki podatku VAT oraz prawidłowe wystawianie faktur za realizowane zadania co pozwoli przeprowadzić postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Rozwiązanie będzie się również mieścić w granicach swobody Zamawiającego w obiektywnym określaniu przedmiotu zamówienia.



### **Ad. Zarzut 3)**

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w projekcie umowy (§ 8) zawarł następujące postanowienie:

*1.Strony zgodnie ustalają, że odszkodowanie z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania niniejszej umowy, należne będzie w postaci kar umownych według następujących zasad :*

- 1) Wykonawca zapłaci karę umowną Zamawiającemu w wysokości 1000 zł za każde zawinione przez Wykonawcę uchybienie w utrzymaniu higieny, potwierdzone pisemnie przez służby sanitarno – epidemiologiczne i inne organy kontroli (podmioty zewnętrzne),*
- 1) Wykonawca zapłaci karę umowną w kwocie 20 zł brutto za każdy punkt 0 w Protokole kontroli wykonania usługi utrzymania czystości,*
- 2) W przypadku rozwiązania umowy przez którąkolwiek ze stron z powodu okoliczności, za które, odpowiada Wykonawca, Wykonawca jest zobowiązany do zapłacenia kary umownej w wysokości 15.000 zł. (słownie : piętnaście tysięcy zł.)*
- 4) Zamawiający jest zobowiązany do zapłacenia Wykonawcy kary umownej w wysokości 15.000 zł.(słownie: piętnaście tysięcy zł.) w przypadku rozwiązania umowy przez którąkolwiek ze stron, z powodu okoliczności za które odpowiada Zamawiający.*

*2.Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w kwocie 5 000 zł. za każdy miesiąc w którym Wykonawca lub podwykonawca za nie spełnił wymogu zatrudnienia osób wykonujących czynności w zakresie przedmiotu zamówienia na podstawie umowy o pracę.*

*3.Strony zgodnie ustalają możliwość dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość ustalonych kar, jeżeli ustalona kara nie pokrywa poniesionej szkody.*

*4.Łączna wysokość kar umownych nie może przekroczyć 30% wartości wynagrodzenia brutto o którym mowa w § 4 ust. 3.*

Zamawiający w postanowieniach § 8 zawarł katalog kar umownych. Zdaniem Odwołującego, ich łączna suma (30 % łącznej wartości brutto umowy) została zastrzeżona w wygórowanych kwotach. Ich wysokość, w ocenie Odwołującego, w żaden sposób nie koresponduje z zakładanym wynagrodzeniem należnym wykonawcy z tytułu realizacji poszczególnych świadczeń w ramach umowy, jak również nie odzwierciedla potencjalnej szkody, którą mógłby na skutek naruszenia przez wykonawcę postanowień umownych ponieść Zamawiający. Zauważenia zaś wymaga, że zastrzeżenie przez Zamawiającego kar umownych w oderwaniu od wartości potencjalnej jego szkody, może skutkować tym, że dojdzie do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy, co w konsekwencji wykracza poza dopuszczalne granice umów, a tym samym stanowi naruszenie przepisu art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w związku z przepisami art. 465 ust. 8.

Zamawiający, jako podmiot uprawniony do właściwie jednostronnego określenia treści umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie może swego prawa podmiotowego nadużywać.

Określając treść umowy w sprawie zamówienia publicznego musi jednak mieć na uwadze ograniczenia wynikające z art. 353<sup>1</sup> oraz art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego.

Odwołujący pragnie również zastrzec, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, instytucja zamawiająca, która kształtuje ramy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie może kreować zapisów umowy jedynie zgodnie ze swoim wyobrażeniem, w sposób arbitralny i dowolny. Nie jest uprawnione obarczanie wykonawcy niewspółmiernie wysokim ryzykiem, jakie wiąże się z realizacją zamówienia wobec ryzyka, które obciąża zamawiającego. W szczególności wskazania wymaga, że rażąco wysoka kara umowna, to błąd w SWZ – tak przykładowo orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 czerwca 2018 roku (sygn.. akt KIO 980/18, KIO 983/18). Stad biorąc pod uwagę liczbę zastrzeżonych kar umownych, ich znaczne kwoty, fakt ich zastrzeżenia wyłącznie na rzecz Zamawiającego, powoduje, że żądanie Odwołującego w zakresie modyfikacji postanowień SWZ i w zakresie kar umownych, jest w pełni uzasadnione.

*Zastrzeżenie kar umownych w nadmiernej wysokości może oznaczać, iż zamawiający naruszył dyrektywy kształtowania treści SIWZ zawarte w PZP (por. wyroki KIO z dn. 20 listopada 2015 r., sygn. KIO 2399/15, oraz z dn. 31 lipca 2015 r., sygn. KIO 1519/15).*

Uzupełniając powyższe, Prezes UZP twierdzi, że w orzecznictwie podnosi się, że „kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody (wyrok SN z dn. 24 stycznia 2014 r., sygn. I CSK 124/13).

Odwołujący podkreśla, iż nowelizacja ustawy miała na celu wyeliminowanie zapisów prowadzących do stosowania kar rażąco wygórowanych. Zachwiana zostaje wtedy relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania, a wysokością kary umownej w wykonaniu przedmiotu umowy, z jak i wtedy, gdy zachwiany zostaje stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznawanej szkody. Kara umowna jest, bowiem surogatem odszkodowania, zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela.

W odniesieniu do zastrzeżonych kar umownych Odwołujący stwierdza, że nieuzasadnione kumulowanie kar umownych do nadmiernego poziomu, stanowi rażące naruszenie prawa. Rażąco wygórowane kary powodują sprzeczność pomiędzy celem umowy, a zasadami współżycia społecznego, czego skutkiem jest bezwzględna nieważność czynności prawnej (art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego).

#### **ŻADANIE:**

Odwołujący wnosi o zmianę treści SWZ poprzez zmianę postanowienia § 8 ust. 4 projektu umowy, poprzez wykreślenie wartości „30%” i zastąpienie jej wartością „15%”. oraz dodanie postanowienia: *Naliczenie kar umownych nastąpi po uprzednim pisemnym zgłoszeniu Wykonawcy zastrzeżeń w*

*ramach postępowania reklamacyjnego niezwłocznie od momentu stwierdzenia przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Brak niezwłocznego usunięcia przez Wykonawcę stwierdzonych przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania umowy winien być stwierdzony w formie protokołu reklamacyjnego przez komisję z udziałem przedstawicieli Zamawiającego. Niezwłocznie od momentu stwierdzenia zastrzeżeń, określony zostanie zakres naruszenia oraz wnioski pokontrolne. Po spełnieniu powyższego Zamawiającego uprawniony będzie do nałożenia kary umownej”.*

#### **Ad. Zarzut 4)**

Zgodnie z art. 433 pkt 4 Pzp, projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Zapisy projektu umowy dla poszczególnych Zadań brzmią następująco:

§ 12 ust. 1 lit. b:

Dopuszczalne zmiany umowy:

- 1) dopuszczalna jest zmiana wynagrodzenia należnego Wykonawcy, w przypadku zmiany spowodowanej:*
- b) zmianą zakresu usług w przypadku zmian organizacyjnych i restrukturyzacyjnych u Zamawiającego, remontów lub adaptacji, powodujących wyłączenie/włączenie ze sprzątnia komórek organizacyjnych lub zmianę wielkości sprzątanym powierzchni w poszczególnych strefach*

§ 12 ust. 4

*dopuszczalna jest zmiana zakresu usług w przypadku zmian organizacyjnych i restrukturyzacyjnych u Zamawiającego, remontów lub adaptacji, powodujących włączenie/ wyłączenie ze sprzątnia komórek organizacyjnych lub zmianę wielkości sprzątanym powierzchni w poszczególnych strefach.*

Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą określeń nieprecyzyjnych i ogólnych, tj. w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję. Działanie Zamawiającego prowadzi do sytuacji, w której to Zamawiający będzie miał możliwość dowolnego interpretowania i stosowania mechanizmu obniżenia wielkości zamawianej usługi (wpływającego na zmianę wynagrodzenia będącego istotną, w rozumieniu art. 454 ust. 2 ustawy pzp, zmianą postanowień zawartej umowy), co narusza zasadę

swobody umów, wyrażoną w art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego. W konsekwencji powyższego, Zamawiający pozbawia Wykonawców możliwości dokonania rzetelnej oceny ryzyka zmiany wysokości wynagrodzenia na skutek stosowania obniżenia, która to ocena powinna być dokonywana w oparciu o jednoznaczne i jednolicie interpretowane przez wszystkich Wykonawców kryteria. Prowadzi to z kolei do niemożliwości przyjęcia przez wszystkich Wykonawców tych samych założeń przy budowie swoich ofert, a tym samym - obliczenia ich ceny, która stanowi istotne kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu. Czynności Zamawiającego, jako sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, są w konsekwencji nieważne z mocy art. 58 § 1 kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 454 ustawy Pzp, istotna zmiana umowy wymaga przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podkreśla, iż efektem postępowania prowadzonego na podstawie tak skonstruowanych zapisów SWZ, ma być zawarcie umowy z wykonawcą. Umowa ta jest umową wzajemną, jej postanowienia nie mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub przyznawać tylko jednej stronie przywilejów. Istnienie kwestionowanego zapisu w SWZ powoduje to, że tylko Zamawiający jest stroną uprzywilejowaną w umowie, gdyż może jednostronnie (bez jakiegokolwiek ochrony interesu Wykonawcy) zmieniać ilość i wartość świadczeń wykonawcy. Wykonawca na etapie składania oferty nie ma żadnej wiedzy, co będzie wpływać na decyzję Zamawiającego o zmianie wielkości zamówienia. Zamawiający winien precyzyjnie podać, w jakich przypadkach i z czym związanych, będzie możliwa zmiana umowy w zakresie wielkości ochraniających powierzchni i jednocześnie (równie precyzyjnie) określić warunki i termin dokonania takiej zmiany. Przy obecnym brzemieniu zapisów SWZ, wykonawca nie jest w stanie racjonalnie oszacować ryzyka związanego z potencjalnym zmniejszeniem wielkości zamówienia i nie ma szans uwzględnić tego ryzyka w oferowanej cenie.

Odwołujący podnosi, że powyższe postanowienia SWZ wprost naruszają dyspozycję wskazanego artykułu ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie określił minimalnego zakresu zamówienia, jednocześnie zastrzegając dla siebie w ww. postanowieniach SWZ możliwość dowolnych ograniczeń wielkościowych, co stanowi przejaw praktyki, która miała miejsce przed 1 stycznia 2021r; a wyeliminowanie której stało się ratio legis art. 433 nowej, obecnie obowiązującej, ustawy Pzp.

### **ŻADANIE:**

Odwołujący wnosi o określenie minimalnego zakresu zamówienia i dodanie w „projekcie umowy” postanowienia o treści: *„Zmiany zakresu usług i wynagrodzenia wskazanego w § 2 ust. 2 w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w § 12 ust. 1 lit. b oraz § 12 ust. 4, nie mogą w czasie trwania umowy, wynosić więcej niż 10 % wartości zamówienia”*

## **Ad. Zarzut 5)**

Zamawiający w § 6 projektu umowy wskazuje, iż:

*„W przypadku naruszenia przez Wykonawcę postanowień umowy Zamawiający ma prawo odstąpić od umowy w terminie 1 miesiąca od powzięcia wiadomości o naruszeniu”.*

Odwołujący podkreśla, iż jakkolwiek pozycja zamawiającego niewątpliwie ma charakter uprzywilejowany - to jednak treść stosunku umownego powinna być tak ukształtowana, aby po pierwsze umożliwić złożenie ofert potencjalnie szerokiemu kręgowi wykonawców oraz - w dalszej kolejności umożliwić realizację zamówienia. Zamawiający w ww. postanowieniu dał sobie możliwość odstąpienia do umowy w każdym przypadku naruszenia umowy, nawet tym nieistotnym bez uprzedniego wezwania wykonawcy do usunięcia uchybień lub naruszeń.

Odwołujący jest świadomy, że celem postępowania o zamówienie publiczne jest przede wszystkim realizacja uzasadnionych potrzeb zamawiającego, zaś nie każde niekorzystne - w ocenie wykonawców - postanowienie umowne może być uznane za sprzeczne z przywoływanymi przez niego przepisami ustawy Pzp i kodeksu cywilnego.

Odwołującemu znana jest również argumentacja Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którą zamawiający nie ma możliwości swobodnego wyboru kontrahenta, co jest rekompensowane przez przysługujące mu prawo jednostronnego ukształtowania warunków umowy, zaś wykonawca brak wpływu na kształt zawieranej umowy i ryzyka, jakimi jest obciążony może rekompensować sobie poprzez właściwą wycenę oferty. Celem odwołującego nie jest doprowadzenie do ukształtowania warunków realizacji przedmiotu zamówienia jak najbardziej dogodnych dla wykonawców, niezależnie od potrzeb zamawiającego, ale aby postępowanie zostało przeprowadzone a zamówienie zostało udzielone z poszanowaniem przepisów prawa, zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania stron oraz zachowania równowagi stron umowy na realizację zamówienia, co daje gwarancje jego należytego wykonania i osiągnięcia zamierzonych celów zarówno przez zamawiającego zainteresowanego otrzymaniem usługi o wysokiej jakości, jak i po stronie wykonawcy zainteresowanego należyty wykonaniem zamówienia i w konsekwencji uzyskaniem doświadczenia niezbędnego do prowadzenia działań na rynku zamówień publicznych oraz osiągnięciem zysku i profitów finansowych w postaci odpowiedniego wynagrodzenia, co pozostaje w zgodzie z istotą prowadzenia działalności gospodarczej i odpłatnym charakterem zamówienia publicznego.

Odwołujący zauważa, że konieczność realizacji uzasadnionych potrzeb zamawiającego w oczywisty sposób wpływa na ograniczenie zasady swobody umów w obszarze zamówień publicznych, niemniej jednak należy dostrzec, iż swoboda zamawiającego w zakresie kształtowania postanowień umowy nie jest nieograniczona. Należy zwrócić uwagę na treść orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z 18 maja 2015 r., sygn. akt KIO 897/15, w którym Izba zauważyła, że ustalenie przez zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż nie może on nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego oraz klauzula generalna z art. 5 Kodeksu cywilnego.

Odwołujący wskazuje, iż uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SWZ (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. 353<sup>1</sup> 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 (tak wyrok KIO z 6 listopada 2014 r., sygn. akt: KIO 2177/14).

Odwołujący zwrócił w dalszej części uwagę na wyroki Sądu Najwyższego o sygn. akt IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10 w których ten stwierdził, iż negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko zamawiającego, ale również wykonawcy.

### **ŻADANIE:**

Odwołujący wnosi o modyfikację treści § 6 projektu umowy poprzez wykreślenie jego dotychczasowej treści: „*W przypadku naruszenia przez Wykonawcę postanowień umowy Zamawiający ma prawo odstąpić od umowy w terminie 1 miesiąca od powzięcia wiadomości o naruszeniu*” i zastąpienie jej postanowieniem o treści: *W przypadku naruszenia przez Wykonawcę postanowień umowy Zamawiający wezwie pisemnie Wykonawcę do zaniechania naruszeń istotnych postanowień umowy i usunięcia skutków tych naruszeń w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania. W przypadku bezskutecznego upływu tego terminu Zamawiającemu przysługuje prawo złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Oświadczenie o odstąpieniu od umowy winno być sporządzone na piśmie pod rygorem nieważności.*

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.