

Łódź, dnia 29 lipca 2024 roku

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

Zamawiający: **Szpital Powiatowy w Chrzanowie**
ul. Topolowa 16, 32-500 Chrzanów
KRS: 0000015881, NIP: 6281916916
Tel: +48 32 6247034
Faks: +48 32 6247030
E-mail: dzp@szpital-chrzanow.pl
Adres strony internetowej: <https://www.szpital-chrzanow.pl>

Odwołujący: **Kolumna Transportu Sanitarnego TRIOMED**
spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Lublinie
ul. Probstwo nr 4, 20-089 Lublin
KRS: 0000182633, NIP: 9462402424
Tel.: +48 81 446 59 68
FAX: +48 81 446 59 60
E-mail: przetargi@triomed.pl
reprezentowana przez pracownika – Aleksandrę Szmagaj
adres do doręczeń – jak adres Odwołującego

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia powyżej progów unijnych pn. „*Świadczenie usług w zakresie transportu pacjentów dializowanych w Stacji Dializ dla Szpitala Powiatowego w Chrzanowie (powtórka)*”, ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 17 lipca 2024 roku, numer publikacji ogłoszenia: 429830-2024, numer wydania Dz.U. S: 138/2024, numer referencyjny: 85/2024.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego – Kolumna Transportu Sanitarnego TRIOMED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (T.j.: Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm. - zwanej dalej „Pzp.”):

- I. Wnoszę odwołanie** na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego oraz zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym na projektowane postanowienie umowy tj. na:

- a) nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia - brak wskazania w opisie przedmiotu zamówienia, że transport pacjentów dializowanych w pozycji leżącej zostanie wykonany pojazdem zgodnym z normą PN-EN 1789,
- b) określenie w projektowanych postanowieniach umownych minimalnego poziomu zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia uprawniającego do żądania zmiany wynagrodzenia w sposób iluzoryczny, naruszający zasadę równowagi stron oraz stanowiący obejście przepisu art. 439 ust. 2 pkt 1 i 3 Pzp,
- c) określenie w projektowanych postanowieniach umownych początkowego terminu zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, w sposób naruszający zasadę równowagi stron oraz stanowiący obejście przepisu art. 439 ust. 2 pkt 1 Pzp,
- d) określenie w projektowanych postanowieniach umownych maksymalnej wysokości kar umownych w wysokości 20% wartości wynagrodzenia wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia, co powoduje, że maksymalne wartości kar umownych są rażąco wygórowane, świadczą o naruszeniu przez Zamawiającego zasad równowagi Stron, zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności,
- e) określenie w projektowanych postanowieniach umownych ograniczenia zakresu zamówienia do 70% ilości kilometrów wskazanych w SWZ, w sposób naruszający zasadę równowagi stron oraz stanowiący obejście przepisu art. 433 pkt 4 Pzp

II. Zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 99 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp w zw. z art. 161ba ust. 1 i 2 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych w zw. z art. 13 ust. 1 i art. 5 ust. 10 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności i art. 12 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 14 kwietnia 2023 roku o systemach homologacji pojazdów**, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, nie wyczerpujący i utrudniający uczciwą konkurencję, a to poprzez brak wskazania w opisie przedmiotu zamówienia, że transport pacjentów dializowanych w pozycji leżącej zostanie wykonany pojazdami zgodnymi z normą PN-EN 1789, pomimo wymogu transportu pacjentów w pozycji leżącej tylko pojazdami do tego przystosowanymi, *co uniemożliwia złożenia ważnej i skutecznej oferty przez Odwołującego*, porównywalnej oferty z innymi ofertami, gdyż oferenci mogą zaoferować i skalkulować w cenie, do tego typu transportu pojazd do przewozu pacjentów w pozycji leżącej, który nie jest zgodny z normą PN-EN 1789-określającą wymogi *techniczne i jakościowe* dla pojazdów przeznaczonych do transportu pacjentów w pozycji leżącej, co ma wpływ na wynik postępowania, a nawet – może doprowadzić do wyboru przez Zamawiającego oferty wykonawcy, który nie będzie w stanie zrealizować zamówienia, gdyż nie posiada pojazdu do transportu osób w pozycji leżącej tj. *spełniającego cechy techniczne i jakościowe określone w normie PN-EN 1789*.
2. **art. 439 ust. 2 pkt 1 i 3 Pzp. w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp w zw. z art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny**, poprzez określenie w § 5 ust. 4 wzoru umowy- załącznik nr 3 do SWZ, minimalnego poziomu zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia uprawniającego do żądania zmiany wynagrodzenia w sposób iluzoryczny, naruszający zasadę równowagi stron, który sprawia, że nie będzie on miał praktycznego zastosowania i w konsekwencji należy

- uznać takie zastrzeżenie za przekraczające swobodę kontraktową przez obejście przepisu art. 439 ust. 2 pkt 1 i 3 Pzp;
3. **art. 439 ust. 2 pkt 1 i 4 Pzp. w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp w zw. z art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny**, poprzez określenie w § 5 ust. 5 wzoru umowy- załącznik nr 3 do SWZ, początkowego terminu zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, w sposób iluzoryczny, naruszający zasadę równowagi stron, który sprawia, że nie będzie ona miała praktycznego zastosowania i w konsekwencji należy uznać takie zastrzeżenie za przekraczające swobodę kontraktową przez obejście przepisu art. 439 ust. 2 pkt 1 Pzp.
 4. **art. 436 pkt 3 i art. 16 pkt 1 Pzp oraz art. 353¹ kodeksu cywilnego i art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 483 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 484 § 2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp**, przez zastrzeżenie w § 10 ust. 4 wzoru umowy- załącznik nr 3 do SWZ, maksymalnej wysokości kar umownych możliwych do nałożenia na wykonawcę przez Zamawiającego w wysokości 20% wartości wynagrodzenia wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia, podczas, gdy w/w maksymalna wartość kar umownych jest rażąco wygórowana, świadcząca o naruszeniu przez Zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności, prowadzącą do ograniczenia kręgu wykonawców mogących się ubiegać o zamówienie, a co w efekcie świadczy o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy, co ma wpływ na wynik postępowania.
 5. **art. 433 pkt 4 i art. 16 pkt 1 Pzp oraz art. 353¹ kodeksu cywilnego i art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp**, przez wprowadzenie w § 5 ust. 1 lit. a) wzoru umowy- załącznik nr 3 do SWZ, zapisu ograniczającego zakres zamówienia do 70% ilości kilometrów wskazanych w kosztorysie szczegółowym - załącznik nr 2 do SWZ, podczas, gdy tak wielkie ograniczenie zamówienia i zarazem możliwości jednostronnego ingerowania przez Zamawiającego w aż 30% zakresu zamówienia, świadczy o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu oraz o narzuceniu wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy, co narusza zasadę równowagi stron i stanowi obejście przepisu art. 433 pkt 4 Pzp, a zarazem ma wpływ na wynik postępowania.

III. Wobec powyższego wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. odnośnie zarzutu nr 1 – dokonania zmiany SWZ:

- a) poprzez doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia i wprowadzenie zapisu w rozdziale III pkt 6 ppkt 1 SWZ:
"Pod pojęciem usługi transportowej rozumie się przewóz pacjentów Stacji Dializ samochodami typu „minibus” (7-9 miejsc) przystosowanymi do przewozu pacjentów poruszających się na wózkach inwalidzkich oraz samochodami przystosowanym do przewozu pacjentów w pozycji leżącej - zgodnymi z normą PN-EN 1789, gwarantującymi wygodny i spokojny transport pacjentów."
- b) poprzez doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia i dokonanie zmiany § 2 ust. 1 wzoru umowy- załącznik nr 3 do SWZ, poprzez nadanie mu brzmienia:
"Pod pojęciem usługi transportowej rozumie się przewóz pacjentów Stacji Dializ samochodami typu „minibus” (7-9 miejsc) przystosowanymi do przewozu pacjentów poruszających się na wózkach inwalidzkich oraz samochodami przystosowanym do

przewozu pacjentów w pozycji leżącej - zgodnymi z normą PN-EN 1789, gwarantującymi wygodny i spokojny transport pacjentów."

- c) poprzez doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia i wprowadzenie zapisu w załączniku nr 5 do SWZ dot. wykazu samochodów:

"Wykaz środków transportu jakie posiada lub jakimi dysponuje Wykonawca tj. minimum trzy samochody typu „minibus” (7-9 miejsc) przystosowanych do przewozu pacjentów poruszających się na wózkach inwalidzkich (posiadające najazd lub rampę) oraz **co najmniej jeden samochód przystosowany do przewozu pacjentów w pozycji leżącej - zgodny z normą PN-EN 1789"**,

- d) poprzez doprecyzowanie opisu warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i wprowadzenie zapisu w rozdziale V pkt 2 ppkt 4 lit. b) SWZ:

"b. O udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają lub dysponują środkiem transportu z odpowiednim wyposażeniem-zgodnie z warunkami zawartymi w opisie zamówienia tj. Wykonawca zobowiązany jest dysponować co najmniej trzema samochodami typu „minibus” (7-9 miejsc) przystosowanymi do przewozu pacjentów poruszających się na wózkach inwalidzkich (posiadającymi najazdy lub rampy) oraz **co najmniej jednym samochodem przystosowanym do przewozu pacjentów w pozycji leżącej- zgodny z normą PN-EN 1789. Samochody mają być nie starsze niż 10 lat od daty produkcji."**,

- e) poprzez doprecyzowanie opisu dokumentów składanych na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i wprowadzenie zapisu w rozdziale VII pkt 4 ppkt 7 SWZ:

"Wykazu środków transportu dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami wraz z dowodami potwierdzającymi wymagane parametry samochodów: **kserokopia dowodu rejestracyjnego oraz dokument potwierdzający spełnianie wymagań normy PN-EN 1789, przez pojazd przeznaczony do transportu pacjentów leżących tj. homologacja pojazdu sanitarnego-kompletnego lub świadectwo zgodności/deklaracja zgodności producenta pojazdów lub upoważnionego przedstawiciela. "**

2. **odnośnie zarzutu nr 2:** dokonania zmiany § 5 ust. 4- wzór umowy- załącznik nr 3 do SWZ poprzez nadanie mu brzmienia:

"Przez zmianę cen towarów i usług konsumpcyjnych należy rozumieć zarówno ich wzrost, jak i ich obniżenie o co najmniej 2 % względem ceny lub kosztu zawartego w ofercie, co uprawnia Stronę do żądania jej zmiany."

3. **odnośnie zarzutu nr 3:** dokonania zmiany § 5 ust. 5 wzoru umowy- załącznik nr 3 do SWZ poprzez nadanie mu brzmienia:

" Pierwsza zmiana/waloryzacja ceny, o której mowa § 5 ust. 1 z powodu opisanego w ust. 3 może nastąpić nie wcześniej niż od 6 miesiąca obowiązywania umowy, przy czym początkowym terminem obowiązywania zmiany wynagrodzenia jest pierwszy dzień w którym został złożony wniosek, o którym mowa w §6 ust. 1."

4. **odnośnie zarzutu nr 4:** dokonania zmiany § 10 ust. 4 wzoru umowy- załącznik nr 3 do SWZ poprzez nadanie mu brzmienia:

" Zamawiający może naliczyć kary umowne z zastrzeżeniem, że maksymalna wysokość kar nie może przekroczyć 10% wartości wynagrodzenia przysługującego wykonawcy z tytułu

realizacji przedmiotu zamówienia. Wysokość kar umownych dotyczy całego okresu realizacji umowy."

5. **odnośnie zarzutu nr 5:** dokonania zmiany § 5 ust. 1 lit.a) wzoru umowy- załącznik nr 3 do SWZ poprzez nadanie mu brzmienia:

"

1. Dopuszczalna jest zmiana przedmiotu Umowy w następujących przypadkach i zakresie:

a) zwiększenie bądź zmniejszenie ilości kilometrów przewidzianych w Umowie z zastrzeżeniem, że minimalna zmiana ilości kilometrów nie będzie mniejsza niż 10% ilości kilometrów podanych w pakiecie,".

IV. Wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

V. Oświadczam, że Odwołujący posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania, bowiem nie upłynął jeszcze termin złożenia ofert, Odwołujący ma możliwość złożenia oferty i uzyskania zamówienia, wobec czego jest zainteresowany tym, aby postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Uzasadnienie

W dniu 17 lipca 2024r., Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia powyżej progów unijnych pn. „Świadczenie usług w zakresie transportu pacjentów dializowanych w Stacji Dializ dla Szpitala Powiatowego w Chrzanowie (powtórka)", ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 17 lipca 2024 roku, numer publikacji ogłoszenia: 429830-2024, numer wydania Dz.U. S: 138/2024, numer referencyjny: 85/2024.

Wobec powyższego, Odwołujący zachował termin do wniesienia niniejszego odwołania określony w art. 515 Pzp.

Odwołujący podnosi, iż przedmiotowe postępowanie prowadzone jest z naruszeniem Pzp, z przyczyn szczegółowo niżej podanych.

Uzasadnienie zarzutu nr 1

I.

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia w rozdziale III pkt 6 ppkt 1 SWZ, określił, iż transport pacjentów na dializy obejmuje także przewóz pacjentów leżących tj.:

"Pod pojęciem usługi transportowej rozumie się przewóz pacjentów Stacji Dializ samochodami typu „minibus” (7-9 miejsc) przystosowanymi do przewozu pacjentów poruszających się na wózkach inwalidzkich oraz samochodami przystosowanym do przewozu pacjentów w pozycji leżącej, gwarantującymi wygodny i spokojny transport pacjentów."

Zamawiający w załączniku nr 5 do SWZ dot. wykazu samochodów, wymaga przedłożenia: "Wykazu środków transportu jakie posiada lub jakimi dysponuje Wykonawca tj. minimum trzy samochody typu „minibus” (7-9 miejsc) przystosowanych do przewozu pacjentów poruszających

się na wózkach inwalidzkich (posiadające najazd lub rampę) oraz co najmniej jeden samochód przystosowany do przewozu pacjentów w pozycji leżącej".

Jednakże, Zamawiający opisując warunki stawiane środkom transportu w SWZ, nie precyzuje, iż pojazdy przewożące pacjentów w pozycji leżącej mają być do tego przystosowane: spełnia cechy techniczne i jakościowe określone w Polskich Normach przenoszących europejskie normy tj. pojazd i jego wyposażenie są zgodne z normą PN-EN 1789.

Transport osób dializowanych w pozycji leżącej, ze względu na wymóg specjalnych warunków transportu (np. odpowiednia wielkość przedziału dla pacjenta) i wyposażenia (nosze), wypełnia przesłanki transportu sanitarnego. Definicja legalna transportu sanitarnego zawarta jest w art. 5 pkt 33a ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych z dnia 27 sierpnia 2004 r. (t.j.: Dz.U.2019 roku, poz. 1373 z późn. zm.), zgodnie z którym transportem sanitarnym jest przewóz osób albo materiałów biologicznych i materiałów wykorzystywanych do udzielania świadczeń zdrowotnych, wymagających specjalnych warunków transportu. Zgodnie zaś z art. 161ba ust. 1 i 2 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, transport sanitarny wykonywany jest specjalistycznymi środkami transportu lądowego, wodnego i lotniczego. Środki transportu sanitarnego muszą spełniać cechy techniczne i jakościowe określone w Polskich Normach przenoszących europejskie normy zharmonizowane. Na podstawie transpozycji normy europejskiej do polskiego porządku norm, w trybie ustawy o systemie oceny zgodności, normą określającą lądowe środki transportu sanitarnego jest norma PN-EN 1789.

Zgodnie ze wskazaną normą PN-EN 1789, ambulanse drogowe dzielą się na: ambulans do transportu pacjentów (typy A1, A2), ambulans ratunkowy (typ B) i ruchoma jednostka intensywnej opieki (typ C) (dowód: norma, s. 6). Typ A to ambulans do transportu pacjentów, skonstruowany i wyposażony do transportu pacjentów, co do których nie przewiduje się, że staną się pacjentami w stanie nagłego zagrożenia zdrowotnego. Typ B to ambulans drogowy skonstruowany i wyposażony do transportu pacjentów, podstawowego leczenia i monitorowania pacjentów. Typ C to ambulans drogowy skonstruowany i wyposażony do transportu, zaawansowanego leczenia i monitorowania pacjentów (norma, s. 9). Okoliczności te wyjaśnia także komunikat NFZ: <http://www.nfz.gov.pl/aktualnosci/aktualnosci-centrali/komunikat,3628.html>

Zgodnie z komunikatem Centrali NFZ z dnia 5 lutego 2009 r., rozróżnia się 3 typy pojazdów przeznaczonych do transportu pacjentów: A, B oraz C, za normą PN-EN 1789+A2.

Każdy z typów ambulansów zgodnie z normą PN-EN 1789, jest technicznie i jakościowo przeznaczony do transportu pacjentów w pozycji leżącej.

Wobec, powyższego transport pacjentów na dializy w pozycji leżącej możliwy jest jedynie pojazdem do tego przeznaczonym, spełniającym cechy techniczne i jakościowe oraz posiadającym wyposażenie określone w Polskich Normach przenoszących europejskie normy tj. zgodnym z normą PN-EN 1789. Opis przedmiotu zamówienia, zawarty w SIWZ, nie precyzuje że transport pacjentów w pozycji leżącej wymaga pojazdów oraz ich wyposażenia zgodnego z normą PN-EN 1789. W opisie przedmiotu zamówienia znajdują się określenia, które uniemożliwiają należyte przygotowanie wykonawcy do wykonywania usługi tj. wskazanie, iż pojazd ma być przystosowany do transportu pacjenta w pozycji leżącej, bez odniesienia do normy PN-EN 1789, która jako jedyna zawiera wymagania dotyczące konstrukcji, badania, osiągnięć i wyposażenia ambulansów drogowych stosowanych do transportu i sprawowania opieki nad pacjentami oraz wymagania dotyczące przedziału dla pacjenta (transportu pacjenta w pozycji leżącej).

Zgodnie z przepisem art. 99 ust. 1 Pzp, *przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.* Opis przedmiotu zamówienia powinien być zatem dokonany w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane należy wykonać i jaki będzie ich zakres zgodnie z wymaganiami zamawiającego, a jednocześnie aby mogli oni w sposób prawidłowy dokonać wyceny złożonych ofert (zob. wyrok KIO z 27.12.2011 r., KIO 2649/11, LEX nr 1102065). Opis przedmiotu zamówienia musi być na tyle oczywisty i niebudzący żadnych wątpliwości, by mógł stanowić podstawę do złożenia przez zainteresowane podmioty ofert (zob. wyrok KIO z 2.08.2011 r., KIO 1556/11, LEX nr 950754).

Brak doprecyzowania przez Zamawiającego, iż wymagany pojazd do transportu pacjentów w pozycji leżącej ma być do tego przeznaczony tj. zgodny z normą PN-EN 1789, uniemożliwia złożenie Odwołującemu porównywalnej oferty z innymi ofertami, uniemożliwia złożenia ważnej i skutecznej oferty przez Odwołującego, porównywalnej oferty z innymi ofertami, gdyż oferenci mogą zaferować i skalkulować w cenie, do tego typu transportu pojazd do przewozu pacjentów w pozycji leżącej, który nie jest zgodny z normą PN-EN 1789- określającej wymogi techniczne i jakościowe dla pojazdów przeznaczonych do transportu pacjentów w pozycji leżącej, co ma wpływ na wynik postępowania, a nawet – może doprowadzić do wyboru przez Zamawiającego oferty wykonawcy, który nie będzie w stanie zrealizować zamówienia, gdyż nie posiada pojazdu do bezpiecznego transportu osób w pozycji leżącej tj. spełniającego cechy techniczne i jakościowe określone w normie PN-EN 1789.

II.

Zgodnie z art. 112 PZP, Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Zgodnie z art. 116 ust. 1 zdanie pierwsze PZP, w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Zamawiający w rozdziale V pkt 2 ppkt 4 lit. b) SWZ, postawił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie **zdolności technicznej**:

*"b. O udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają lub dysponują środkiem transportu z odpowiednim wyposażeniem-zgodnie z warunkami zawartymi w opisie zamówienia tj. Wykonawca zobowiązany jest dysponować co najmniej trzema samochodami typu „minibus” (7-9 miejsc) przystosowanymi do przewozu pacjentów poruszających się na wózkach inwalidzkich (posiadającymi najazdy lub rampy) oraz **co najmniej jednym samochodem przystosowanym do przewozu pacjentów w pozycji leżącej.** Samochody mają być nie starsze niż 10 lat od daty produkcji."*

Z uwagi, na to, iż opis przedmiotu zamówienia w zakresie transport pacjentów na dializy w pozycji leżącej winien zostać doprecyzowany, poprzez odniesienie wymogu, zgodności pojazdu wykonującego tego rodzaj transportu do normy PN-EN 1789, to zasadnym jest doprecyzowanie opisu w/w warunku poprzez odniesienie do normy PN-EN 1789 i wskazanie, iż: **co najmniej jeden**

samochód przystosowany do przewozu pacjentów w pozycji leżącej ma być zgodny z normą PN-EN 1789.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 15 lutego 2022 r. sygn. akt KIO 261/22 Z art. 112 ust. 1 i art. 116 ust. 1 p.z.p. wynika, że warunki udziału w postępowaniu są określane w celu zbadania, czy wykonawca posiada zdolność do należytego wykonania zamówienia. Muszą być one zatem określone na takim poziomie, aby można było sprawdzić, czy dany wykonawca posiada potencjał zapewniający należyte wykonanie zamówienia, ale z drugiej strony ustawodawca wymaga, aby poziom ten wskazywał minimalny wymagany potencjał potrzebny do należytego wykonania zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu muszą być zatem określone w taki sposób, aby w ich ramach badany był ten potencjał wykonawcy, który jest rzeczywiście niezbędny do należytego wykonania zamówienia. Wynika to także z użytego przez ustawodawcę sformułowania "proporcjonalny do przedmiotu zamówienia".

III.

Dokumentem potwierdzającym spełnianie wymagań normy PN-EN 1789, jest homologacja pojazdu sanitarnego-kompletnego lub świadectwo zgodności/deklaracja zgodności producenta pojazdów lub upoważnionego przedstawiciela producenta.

Zamawiający w celu potwierdzenia zgodności z normą PN-EN 1789, pojazdów przeznaczonych do transportu pacjentów leżących, powinien wymagać od wykonawców, złożenia odpowiednich podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej tj. dysponowanie **co najmniej jednym samochodem przystosowanym do przewozu pacjentów w pozycji leżącej zgodnym z normą PN-EN 1789.**

Zgodnie z art. 7 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych (Pzp) przez **podmiotowe środki dowodowe** należy rozumieć środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 (czyli w postępowaniach powyżej tzw. progów unijnych – JEDZ) Na podstawie art. 126 ustawy Pzp zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Spełnienie warunku posiadania przez wykonawcę odpowiedniej zdolności technicznej weryfikowane jest przez Zamawiającego przez przyzmat dokumentów potwierdzających jego spełnianie.

Ze względu na związek z przedmiotem zamówienia, żądanie w/w przedmiotowych środków dowodowych jest niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Niezbędny przedmiotowy środek dowodowy to taki, który ma potwierdzać, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają warunki określone przez Zamawiającego.

Złożenie przez wykonawców dokumentów na potwierdzenie zgodności z normą PN-EN 1789, pojazdów przeznaczonych do transportu pacjentów leżących, umożliwi Zamawiającemu zbadanie, czy oferowane pojazdy spełniają warunek udziału, a wykonawca posiada zdolność do należytego wykonania zamówienia tj. pojazdy do transportu pacjentów w pozycji leżącej.

Dokumentem poświadczającym, że pojazd spełnia normy i jest dopuszczony do swobodnego obrotu na terenie Unii Europejskiej jest deklaracja zgodności (COC - Certificate Of Conformity). W COC producent deklaruje, że pojazd spełnia normy i wymagania określone przez WE. Dokument ten zawiera dane identyfikacyjne pojazdu i producenta, numer homologacji typu,

dane techniczne i inne. Natomiast homologacja to proces dopuszczenia nowego pojazdu do ruchu. Polega on na sprawdzeniu, czy dany pojazd spełnia wymagane normy i warunki techniczne, a potem wydaniu świadectwa homologacji, które umożliwia rejestrację takiego pojazdu. Pozytywny wynik oceny przez jednostkę notyfikującą upoważnia producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela do wystawienia **deklaracji zgodności WE** i umieszczenie oznakowania CE na wyrobie. Wydając COC producent zapewnia, że pojazd ma homologację zgodną z wytycznymi Wspólnoty Europejskiej w tym z normą PN-EN 1789.

Na podstawie art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności, *domniemywa się, że wyrób spełnia określone zasadnicze wymagania, jeżeli jest zgodny z odpowiednimi postanowieniami norm zharmonizowanych lub specyfikacji zharmonizowanych.* W art. 1 ust. 1a tej ustawy wyjaśniono także, że ustawę tę stosuje się m.in. do maszyn, a zatem także do pojazdów mechanicznych. W art. 5 pkt powyższej ustawy, zawarto definicję:

- w pkt 10 -deklaracji zgodności: "należy przez to rozumieć oświadczenie producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela stwierdzające na jego wyłączną odpowiedzialność, że wyrób jest zgodny z zasadniczymi wymaganiami".

- w pkt 5 upoważnionego przedstawiciela: należy przez to rozumieć osobę fizyczną lub prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, mającą siedzibę na terytorium państwa członkowskiego Unii Europejskiej lub państwa członkowskiego Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym upoważnioną przez producenta na piśmie do działania w jego imieniu

- w pkt 20 producenta: "należy przez to rozumieć osobę fizyczną lub prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która projektuje i wytwarza wyrób, albo dla której ten wyrób zaprojektowano lub wytworzono, w celu wprowadzenia go do obrotu lub oddania do użytku pod własną nazwą lub znakiem".

Art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności, stanowi, Producent lub jego upoważniony przedstawiciel, który poddał wyrób lub proces jego wytwarzania ocenie zgodności z zasadniczymi wymaganiami i potwierdził ich zgodność, wystawia deklarację zgodności, jeżeli zastosowana procedura oceny zgodności to przewiduje, i umieszcza oznakowanie zgodności zgodnie z wymaganiami określonymi w przepisach wydanych na podstawie art. 9 ust. 1 lub w odrębnych ustawach.

Zgodnie z art. 12 ust. 1 ustawy z dnia 14 kwietnia 2023 roku o systemach homologacji pojazdów oraz ich wyposażenia, nowy typ pojazdu, typ przedmiotu wyposażenia lub części, który ma być wprowadzony do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, powinien spełniać wymagania techniczne, odpowiednie dla danej kategorii pojazdu, określone w przepisach Unii Europejskiej dotyczących ich homologacji regulaminach ONZ dotyczących ich lub przepisach wydanych na podstawie art. 54 ust. 1 i art. 55 ust. 1. Zaś na podstawie ust. 2 w/w ustawy, spełnienie odpowiednich wymagań technicznych dla danego typu pojazdu, typu przedmiotu wyposażenia lub części potwierdza się w procedurze homologacji:

- 1) typu UE;
- 2) typu ONZ albo
- 3) typu pojazdu.

(poprzednio art. 70b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym). Wyposażenie pojazdu także podlega kontroli w procedurze homologacji na podstawie art. 14 o systemach homologacji pojazdów oraz ich wyposażenia (poprzednio 70t ust. 1, art. 70zl ust. 1 pkt. 1 ustawy prawo o ruchu drogowym). Zgodnie zaś z art. 161ba ust. 1 i 2 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, transport sanitarny wykonywany jest specjalistycznymi środkami transportu lądowego, wodnego i lotniczego. Środki transportu sanitarnego muszą spełniać cechy techniczne i jakościowe określone w Polskich Normach

przenoszących europejskie normy zharmonizowane. Na podstawie transpozycji normy europejskiej do polskiego porządku norm, w trybie ustawy o systemie oceny zgodności, normą określającą lądowe środki transportu sanitarnego jest norma PN-EN 1789.

Produkcja pojazdów sanitarnych odbywa się w dwóch etapach:

- a) etap pierwszy: produkcja pojazdu bazowego, który produkowany jest na podstawie świadectwa homologacji pojazdu bazowego uzyskanego przez producenta tego pojazdu,
- b) etap drugi: zabudowa medyczna mająca na celu zmianę rodzaju pojazdu z podstawowego na pojazd specjalny sanitarny.

Finalny produkt, tj. ambulans sanitarny poddawany jest badaniom homologacyjnym w niezależnej jednostce notyfikowanej uprawnionej do przeprowadzania takich badań, a po uzyskaniu badań wydawane jest świadectwo homologacji pojazdu specjalnego sanitarnego.

Tak przebadany i homologowany ambulans sanitarny uzyskuje prawo produkcji seryjnej.

Następnie producent który uzyskał świadectwo homologacji pojazdu specjalnego sanitarnego wystawia kupującemu świadectwo zgodności WE, który to dokument jest niezbędny do rejestracji pojazdu na podstawie art. 72 ust. 1 pkt 3 ustawy- Prawo o ruchu drogowym.

Należy zauważyć, że rejestracji pojazdu dokonuje się więc m. in. na podstawie dokumentu wystawionego przez producenta pojazdu jakim jest Świadectwo Zgodności WE [*COC - Certificate Of Conformity*), który zawiera dane techniczne dotyczące tego konkretnego pojazdu. W związku z powyższym, w przypadku zmian konstrukcyjnych dokonywanych przed pierwszą rejestracją, w tym również zmiany rodzaju pojazdu skutkujących zmianą danych zawartych w ww. dokumencie należy pojazd poddać procedurze dopuszczenia jednostkowego lub homologacji drugiego etapu zabudowy pojazdu. Podczas badań przeprowadzanych przez jednostkę uprawnioną weryfikowana jest zgodność wyposażenia badanych pojazdów z wymaganiami zawartymi w części III dodatek nr 1 do ROZPORZĄDZENIA PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY (UE) 2018/858 z dnia 30 maja 2018 r. w sprawie homologacji i nadzoru rynku pojazdów silnikowych i ich przyczep oraz układów, komponentów i oddzielnych zespołów technicznych przeznaczonych do tych pojazdów, zmieniające rozporządzenie (WE) nr 715/2007 i (WE) nr 595/2009 oraz uchylające dyrektywę 2007/46/WE (dalej: Rozporządzenie 2018/858), gdzie wymienione są pojazdy sanitarne oraz zgodność z normą PN-EN 1789.

Uzasadnienie zarzutu nr 2

Art. 16 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 353¹ Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Na podstawie art. 439 ust. 1 ustawy Pzp umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Przy czym z art. 439 ust. 2. ustawy Pzp wynika, że w umowie określa się:

- 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;
- 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:
 - a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub
 - b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;
- 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;
- 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Zamawiający ukształtował zasady dotyczące waloryzacji wynagrodzenia w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w § 5 - wzoru umowy-załącznik nr 3 do SWZ:

"...

3. *Niezależnie od postanowień ust. 2 pkt a,b,c,d, waloryzacja wynagrodzenia może zostać dokonana w wypadku zmiany cen towarów i usług konsumpcyjnych (dla pozycji.: benzyna, olej napędowy, gaz tj. paliwa stosowanego przez Wykonawcę) publikowanych przez Prezesa GUS.*
4. **Przez zmianę cen towarów i usług konsumpcyjnych należy rozumieć zarówno ich wzrost, jak i ich obniżenie o co najmniej 4 % względem ceny lub kosztu zawartego w ofercie, co uprawnia Stronę do żądania jej zmiany.**
5. **Pierwsza zmiana/waloryzacja ceny, o której mowa § 5 ust. 1 z powodu opisanego w ust. 3 może nastąpić nie wcześniej niż w trzecim kwartale licząc od daty zawarcia umowy, przy czym początkowym terminem obowiązywania zmiany wynagrodzenia jest pierwszy dzień kwartału następujący po kwartale, w którym został złożony wniosek, o którym mowa w §6 ust. 1.**
6. *W wypadku o którym mowa w ust.4 wzrost wynagrodzenia w wyniku waloryzacji następuje o wskaźnik publikowany na stronie Prezesa GUS za dany okres.*
7. *Łączna zmiana cen/waloryzacja nie może przekroczyć 30% pierwotnej wartości umowy."*

Odwołujący wskazuje, że określenie przez Zamawiającego w § 5 wzoru umowy - załącznik nr 3 do SWZ, poziomu zmiany cen materiałów lub kosztów uprawniających wykonawcę do waloryzacji wynagrodzenia na **poziomie 4%**, nie pozwala na zrealizowanie celu art. 439 ust. 1 Pzp, gdyż nie zapewnia wystarczającej równowagi stron. Wykonawca mógłby liczyć bowiem na zmianę wynagrodzenia dopiero wtedy, gdy koszty w ujęciu GUS wzrosną o co najmniej 4%, co z całą pewnością będzie pochłaniać marżę zakładaną przez wykonawców w tego rodzaju kontraktach oraz będzie generować stratę Wykonawcy. Oznaczałoby to przerzucenie całego lub istotnej części ryzyka związanego ze wzrostem kosztów realizacji zamówienia na wykonawcę w szczególności kosztu paliwa. W konsekwencji, należy wskazać, że Zamawiający dąży do obejścia przepisu, uzależniając działanie waloryzacji od wzrostu wskaźnika cen towarów i usług o aż co najmniej 4%. Nie taki był cel przepisu – było nim ochrona interesów finansowych wykonawcy, zaś Zamawiającemu zapewnienie należytej, terminowej i bezpiecznej realizacji zamówienia publicznego.

Uwarunkowanie zasad waloryzacji wynagrodzenia przez Zamawiającego przy aktualnym poziomie inflacji oraz poziomie marży kontraktów, nie pozwala na zapewnienie ekwiwalentności

świadczeń stron umowy o to zamówienie oraz nie niweluje ryzyk związanych z późniejszą zmianą kosztów wykonania tego zamówienia.

Jak trafnie wskazuje się w doktrynie, stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowie w sprawie zamówienia publicznego pozwala na zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę, minimalizując ryzyko pokrzywdzenia obu stron umowy na skutek zmiany siły nabywczej pieniądza w okresie realizacji zamówienia. Klauzule te zapewniają bowiem konieczną elastyczność w kształtowaniu kosztów związanych z realizacją zamówienia w dłuższym okresie, umożliwiając jednocześnie bieżące dostosowanie stosunku zobowiązaniowego łączącego zamawiającego z wykonawcą do zmiany okoliczności. Obligatoryjne stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 6 miesięcy zdejmuje z wykonawcy ciężar zadeklarowania w ofercie niezmiennej ceny, co prowadziło do jednostronnego obciążenia wykonawcy ryzykiem późniejszej zmiany stosunków gospodarczych. Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy jest również korzystna dla zamawiających, gdyż umożliwia ponoszenie przez nich rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, bez wliczania ryzyka ich wzrostu już w cenę oferty. Wreszcie wskazuje się, że stosowanie klauzul waloryzacyjnych zapobiega również powstawaniu sytuacji, kiedy wykonanie zamówienia przestaje być opłacalne, a tym samym sprzyja trwałości stosunku umownego, co niewątpliwie jest korzystne dla obu stron umowy (por. M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, komentarz do art. 439, Warszawa 2021 oraz A. Matusiak, Waloryzacja umów, Zamówienia Publiczne. Doradca. 2021, nr 9).

Dodatkowo, jak słusznie zwrócił na to uwagę Urząd Zamówień Publicznych, klauzule waloryzacyjne zyskują na znaczeniu zwłaszcza w aktualnej sytuacji gospodarczej, w której obserwujemy m.in. znaczny wzrost cen materiałów i robót budowlanych, braki kadrowe i sprzętowe, wstrzymanie dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu czy też w realizacji usług transportowych. Wskazane przykładowo czynniki zewnętrzne wywierają wpływ na opłacalność realizowanego zamówienia i mogą znacząco ograniczać płynność przedsiębiorstw, stąd niezmiernie istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych jest prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej. Klauzula waloryzacyjna sformułowana w sposób precyzyjny, z poszanowaniem interesów stron kontraktu publicznego, pozwoli ochronić interesy finansowe wykonawcy, zaś zamawiającemu zapewni należyłą, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego (Tak: Wyrok KIO z 5.01.2022 r., [KIO 3600/21](#))

Uregulowania zawarte w art. 439 ust. 1 i 2 ustawy pzp mają charakter bezwzględnie obowiązujący, a zatem stanowią ustawowe ograniczenie swobody umów zawieranych w sprawie zamówień publicznych, które obligatoryjnie muszą zawierać klauzule waloryzacyjne. Jednocześnie, biorąc pod uwagę, że za kształtowanie postanowień tych umów odpowiedzialny jest Zamawiający, który ma obowiązek przestrzegać zasady proporcjonalności, uzasadniony jest wniosek, że do natury stosunku zobowiązaniowego zawieranego w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy zachowanie ekwiwalentności świadczeń na poziomie zbliżonym do ustalonego w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty.

W kontekście powyższego należy przytoczyć stanowisko wyrażone w doktrynie:

"Jednocześnie widać, iż ustawa pozwala konstruować takie klauzule, które doprowadzą do zmiany wynagrodzenia dopiero wówczas, gdy zmiana cen przekroczy określoną wielkość, przy czym wielkość tej różnicy została pozostawiona decyzji samego zamawiającego. Pozwala to na wprowadzenie mechanizmów eliminujących konieczność korekty wynagrodzenia, gdy wahania cen są tak nieistotne, że w istocie nie mają realnego wpływu na koszty realizacji zamówienia.

Jednocześnie wprowadzenie do klauzuli z art. 439 p.z.p. postanowień uzależniających zmianę wynagrodzenia od wystąpienia znacząco dużej zmiany cen całkowicie wypacza sens i cel tego przepisu". (Dzierżanowski Włodzimierz [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz, WKP, 2021, [w]: komentarz do art. 439, uwaga nr 2).

Odwołujący jest świadomy, że klauzule waloryzacyjne nie mają zapewnić, ażeby całość ryzyka wynikającego z tychże zmian spoczywać miała na Zamawiającym, jednakże konieczne jest faktyczne umożliwienie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, nie zaś jedynie formalne wypełnienie przez Zamawiającego wymogów ustawowych, które prowadzi wyłącznie do obejścia przepisu art. 439 ust. 2 pkt 1 i 3 Pzp.

Z uwagi na powyższe zasadne jest dokonanie przez Zamawiającego zmiany poziomu zmiany cen, które uzasadnić będą uruchomienie mechanizmu waloryzacji zgodnie z wnioskiem zawartym w petitum odwołania.

Uzasadnienie zarzutu nr 3

Zgodnie z art. 439 ust. 2 pkt 1 Pzp, w umowie określa się poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz **początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;**

Zamawiający określił początkowy termin zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w § 5 ust. 5 - wzór umowy- załącznik nr 3 do SWZ:

"Pierwsza zmiana/waloryzacja ceny, o której mowa § 5 ust. 1 z powodu opisanego w ust. 3 może nastąpić nie wcześniej niż w trzecim kwartale licząc od daty zawarcia umowy, przy czym początkowym terminem obowiązywania zmiany wynagrodzenia jest pierwszy dzień kwartału następujący po kwartale, w którym został złożony wniosek, o którym mowa w §6 ust. 1. "

Odwołujący wskazuje, że określenie przez Zamawiającego w § 5 ust. 5 wzoru umowy - załącznik nr 3 do SWZ, początkowego terminu zmiany wynagrodzenia, dopiero od 4 kwartału obowiązywania umowy tj. po 9 miesiącach, w istocie nie daje wykonawcy żadnych szans na uratowanie zysku na wykonaniu zamówienia wobec znacznych wahań na rynku – zwłaszcza w obecnych realiach realizacji przedmiotowej usługi w szczególności kosztów paliwa. Ograniczenie to, świadczy o pozorności przestrzegania wymagań ustawowych i zapewnienia ekwiwalentności świadczeń i podziału ryzyka wykonywania umowy. Należy bo-wiem wziąć pod uwagę zarówno dynamiczne i bezprecedensowe zmiany sytuacji rynkowej (wzrost kosztów), jak również terminy obowiązywania umowy. Już okres pomiędzy wyceną kosztów zamówienia a rozpoczęciem świadczenia usługi może charakteryzować się istotnym wzrostem kosztów realizacji zamówienia. Wykonawca nie może bowiem przewidzieć, kiedy dojdzie do kolejnego gwałtownego wzrostu wskaźnika i konieczności waloryzacji wynagrodzenia, zatem zmuszony jest do złożenia wniosku o waloryzację dopiero od 3 kwartału obowiązywania umowy, przy czym waloryzacja może nastąpić od 4 kwartału. Przez ten czas, ekwiwalentność wynagrodzenia nie jest zapewniona i wykonawca sam ponosi cały ciężar finansowy. Nie taki był cel przepisu – było nim ochrona interesów finansowych wykonawcy, zaś Zamawiającemu zapewnienie należytej, terminowej i bezpiecznej realizacji zamówienia publicznego.

Zgodnie z art.439 ust. 3 Pzp, jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień

otwarcia ofert, chyba że zamawiający określi termin wcześniejszy.

Tym samym początkowy termin uprawniający do zmiany wynagrodzenia może być określony na 6 miesięcy po zawarciu umowy (180 dni to przecież 6 miesięcy przy przyjęciu, że miesiąc liczony będzie jako 30 dni).

Uwarunkowanie zasad waloryzacji wynagrodzenia przez Zamawiającego przy aktualnym poziomie inflacji oraz poziomie marży kontraktów, nie pozwala na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy o to zamówienie oraz nie niweluje ryzyk związanych z późniejszą zmianą kosztów wykonania tego zamówienia.

Należy zatem dojść do wniosku, że komentowany przepis, w zakresie, w jakim zobowiązuje Zamawiającego do określenia maksymalnych pułapów, ma charakter jedynie iluzoryczny, i prowadzi do umieszczenia takiej klauzuli w umowie w sposób fasadowy.

Uregulowania zawarte w art. 439 ust. 1 i 2 ustawy pzp mają charakter bezwzględnie obowiązujący, a zatem stanowią ustawowe ograniczenie swobody umów zawieranych w sprawie zamówień publicznych, które obligatoryjnie muszą zawierać klauzule waloryzacyjne. Jednocześnie, biorąc pod uwagę, że za kształtowanie postanowień tych umów odpowiedzialny jest Zamawiający, który ma obowiązek przestrzegać zasady proporcjonalności, uzasadniony jest wniosek, że do natury stosunku zobowiązaniowego zawieranego w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy zachowanie ekwiwalentności świadczeń na poziomie zbliżonym do ustalonego w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty.

Skoro prawidłowo skonstruowana klauzula waloryzacyjna powinna służyć równomiernemu rozłożeniu ryzyka kontraktowego i być adekwatna do aktualnej sytuacji rynkowej, należy uznać, że Zamawiający zarówno za wysoko określił próg zmiany wskaźnika inflacji warunkującego uprawnienie do waloryzacji, jak i zbyt odległy od zawarcia umowy, określił początkowy termin zmiany wynagrodzenia.

Uzasadnienie zarzutu nr 4

Zamawiający zawarł § 10 ust. 4 wzoru umowy- załącznik nr 3 do SWZ, postanowienie określające maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić Strony:

" Zamawiający może naliczyć kary umowne z zastrzeżeniem, że maksymalna wysokość kar nie może przekroczyć 20% wartości wynagrodzenia przysługującego wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia. Wysokość kar umownych dotyczy całego okresu realizacji umowy."

W odniesieniu do w/w zapisu dot. łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, która wynosi 20% wartości wynagrodzenia przysługującego wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia, Odwołujący wskazuje, że kary umowne zostały ustalone na nadmiernie wygórowanym wysokim poziomie.

Podkreślić w tym miejscu należy, że choć komentowane projektowane postanowienie umowne wypełnia literalnie treść art. 436 pkt 3 Pzp, to zupełnie mija się z celem tego przepisu. Nałożenie na wykonawcę kar w łącznej wysokości 20% wynagrodzenia za wykonanie zamówienia prowadzi do utraty przez wykonawcę nie tylko całego zysku z wykonania zamówienia, ale też i sporej części poniesionych przez niego kosztów z tytułu jego realizacji, co powoduje, że finalnie to

wykonawca płaci Zamawiającemu za możliwość realizacji zamówienia. Prowadzi to do całkowitego wynaturzenia stosunku prawnego, co stoi w sprzeczności z art. 353¹ Kodeksu cywilnego (dalej jako „k.c.”) w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp. Celem zamówienia publicznego jest należyte wykonanie usługi przez Wykonawcę i uzyskanie zapłaty umówionego wynagrodzenia, a nie oferowanie Zamawiającemu darmowego świadczenia oderwanego od szkody poniesionej przez Zamawiającego. Tak wysoki limit kar umownych tj. 20% wartości wynagrodzenia przysługującego wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia, traci swój dyscyplinujący charakter i może stać się dodatkowym źródłem dochodu dla Zamawiającego.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający konstruując postanowienia dotyczące kar umownych wypaczył w istocie ich rzeczywisty cel jakim jest naprawienie szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, czym naruszył przepisy kodeksu cywilnego. Uprawnienie Zamawiającego do konstruowania postanowień umowy sprawie zamówienia publicznego nie może być nadużywane i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego poprzez ustalenie rażąco wygórowanych kar umownych.

Naliczenie kar umownych w wysokości 20% wartości wynagrodzenia przysługującego wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia, świadczy o rażącym jej wygórowaniu.

„Rażące wygórowanie” kary umownej jest pojęciem niedookreślonym. Wśród okoliczności rzutujących na możliwość miarkowania kary umownej jako rażąco wygórowanej wskazuje się na stopień winy dłużnika, jeśli na tej zasadzie oparta jest odpowiedzialność, brak szkody lub jej niewielki rozmiar, stosunek kary umownej do wartości spełnionego świadczenia, wartość robót ustalonych w umowie, w której kara została zastrzeżona, jak i przyczynienie się wierzyciela do szkody, zaś w przypadku kary umownej zastrzeżonej za opóźnienie przyczyny opóźnienia w zakończeniu prac (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2011 r. (IV CSK 401/10).

Kara umowna nie może prowadzić do bezpodstawnego wzbogacenia jednej ze stron kosztem drugiej. Kara umowna stanowi sankcję cywilnoprawną, której celem jest naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Winna ona wyłącznie kompensować negatywne konsekwencje prawne wynikające z uchybienia realizacji obowiązków umownych, natomiast nie może być postrzegana w kategoriach środka prawnego, chroniącego jedną ze stron ponad miarę.

Praca wykonana, jeśli nie była świadczeniem pod tytułem darmowym, wymaga wynagrodzenia. Sankcja w postaci pozbawienia wykonawcy zapłaty wynagrodzenia 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. 7 pkt 32 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, a nie jako sposób na obniżenie wynagrodzenia wykonawcy.

Zamawiający, jako podmiot uprawniony, nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Określając treść umowy w sprawie zamówienia publicznego musi mieć na uwadze ograniczenia wynikające z art. 353¹ 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. Zamawiający, który kształtuje ramy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie może kreować zapisów umowy w sposób arbitralny i dowolny. Nie jest uprawnione obarczanie wykonawcy niewspółmiernie wysokim ryzykiem, jakie wiąże się z realizacją zamówienia wobec ryzyka, które obciąża zamawiającego.

Narzućcie tak skrajnie niekorzystnych warunków zamówienia przez Zamawiającego jest przejawem nadużycia przez niego pozycji gospodarza postępowania, co jest sprzeczne z dobrymi obyczajami obrotu gospodarczego. Ogranicza to krąg wykonawców, którzy mogą wziąć udział w postępowaniu. Jedynie bowiem podmiot gospodarczy o wysrubowanych wynikach ekonomicznych i zabezpieczeniu finansowym może sobie pozwolić na realizację zamówienia ze stratą, byle tylko wykonać zamówienie i uzyskać z tego tytułu referencyjności, przydatną przy wykazywaniu doświadczenia w wykonaniu tego rodzaju zamówień przy ubieganiu się o kolejne zamówienia publiczne w tym sektorze. Jest to sprzeczne także z celami dyrektywy 2014/24/UE, która promuje udział małych i średnich przedsiębiorstw („MŚP”) w zamówieniach publicznych w ramach celów socjalnych dyrektywy. Ponadto, ustawodawca nakazuje Zamawiającym sprawdzenie m. in. czy oferta nie jest rażąco niska (art. 224 Pzp), gdyż jego intencją było wyeliminowanie istniejących w zamówieniach publicznych patologii polegających na uzyskiwaniu zamówień przez wykonawców po cenach dumpingowych jedynie w celu eliminacji konkurencji, z narażeniem interesu zamawiającego jako uzyskującego zamówienie o niskiej jakości podyktowanej nadmiernie niską ceną. Taki sam negatywny skutek zostanie osiągnięty w przypadku drastycznego obciążenia wynagrodzenia wykonawcy już po podpisaniu umowy.

Postanowienie projektu umowy o możliwości nałożenia kar umownych w wysokości 20% wartości przedmiotu umowy jest tym bardziej niezasadne, że: w § 10 ust. 5 wzoru umowy - załącznik nr 3 do SWZ, Zamawiający przewidział możliwość dochodzenia odszkodowania uzupełniającego, przewyższającego wysokość kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody. Tym samym, interesy Zamawiającego zostały zabezpieczone a ustalenie maksymalnej wysokości kary umownej na poziomie 20% wartości umowy jest oczywiście wygórowane.

Odwołujący wskazuje, iż ustalenie łącznego limitu kar umownych w wysokości 20% wartości wynagrodzenia przysługującego wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia, traci przyznawany jej powszechnie w piśmiennictwie i orzecznictwie przymiot surogatu odszkodowania. Zatem, konieczne jest sformułowanie przez Zamawiającego treści przepisu art. 436 pkt 3 Pzp nie w sposób literalny, ale w sposób gwarantujący wykonawcom możliwość wykonania zamówienia odpłatnie, z poszanowaniem interesu Zamawiającego w zabezpieczeniu należytego wykonania zamówienia w drodze kar umownych.

Uzasadnienie zarzutu nr 5

Art. 16 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 353¹ Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Zamawiający zawarł § 5 ust. 1 lit. a) wzoru umowy- załącznik nr 3 do SWZ, postanowienie określające ograniczenie zakresu zamówienia poprzez wskazanie minimalnej zmiany ilości kilometrów podanych w pakiecie:

"

2. *Dopuszczalna jest zmiana przedmiotu Umowy w następujących przypadkach i zakresie:*

b) zwiększenie bądź zmniejszenie ilości kilometrów przewidzianych w Umowie z zastrzeżeniem, że **minimalna zmiana ilości kilometrów nie będzie mniejsza niż 30% ilości kilometrów podanych w pakiecie,**"

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".

Jak wskazała M. Sieradzka [w:] "Prawo zamówień publicznych. Komentarz", M. Sieradzka (red.), C. H. Beck, Warszawa 2022, s. 954, "Artykuł 433 pkt 4 PrZamPubl ma na celu ochronę wykonawcy przed jednostronnym działaniem zamawiającego, który mógłby ukształtować postanowienia umowy w sposób, który pozostawiałby wykonawcę w niepewności co do gwarantowanego poziomu świadczenia. **Dopuszczalne jest dokonywanie przez zamawiającego niewielkich w tym zakresie modyfikacji**".

Odwołujący wskazuje, iż art. 433 pkt 4 Pzp, daje możliwość zmian umowy, jednak winny to być stosunkowo niewielkie modyfikacje. Zapewnianie przez Zamawiającego możliwości jednostronnego ingerowania w zakres zamówienia w sposób znaczny tj. ograniczenie ilości realizacji kilometrów do 70%, sprzyja występowaniu niepewności po stronie wykonawców co do ostatecznego kształtu zamówienia. W takiej sytuacji trudno mówić o istnieniu porównywalności ofert bowiem wykonawcy mogą zakładać przy obliczaniu cen swoich ofert inny ostateczny zakres zamówienia, który zostanie zrealizowany.

Pomimo to, że obowiązujące przepisy nie określają minimalnego poziomu, na jakim może zostać wyznaczony gwarantowany zakres zamówienia, wyznaczenie minimalnego gwarantowanego zakresu zamówienia na poziomie 70% stwarza po stronie wykonawców stanowczo zbyt dużą niepewność co do ostatecznego kształtu zamówienia, które zostanie zrealizowane (zamawiający decydować bowiem będzie jednostronnie o kształcie aż 30% zakresu zamówienia). W takiej sytuacji trudno mówić o porównywalności ofert.

Zmniejszenie zakresu przedmiotu zamówienia ma ogromny wpływ na rentowność umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Istnieje prawidłowość ekonomiczna, zgodnie z którą im większy przedmiot zamówienia (ilość kilometrów), tym niższe koszty ponosi wykonawca (tzw. ekonomiczny efekt skali – koszty nie rosną wprost proporcjonalnie do wielkości produkcji, lecz maleją), na skutek czego w takim wypadku wykonawca jest w stanie zaoferować niższą cenę. Jeśli jednak już po zawarciu umowy przedmiot zamówienia zmaleje w stopniu znacznym, okaże się, że wykonawca nie jest w stanie osiągnąć efektu skali i otrzymuje wynagrodzenie po cenach niższych od takich, jakie zaoferowałby, gdyby jeszcze przed złożeniem ofert zamawiający zmniejszył przedmiot zamówienia. W dodatku, wykonawca ponosi tzw. koszty alternatywne, czyli koszty „utraconych szans”, gdyż poprzez fluktuacje wielkości przedmiotu zamówienia zobowiązany jest utrzymać w gotowości – w rezerwie – określoną ilość personelu, samochodów, sprzętu, na wypadek nagłego przywrócenia ograniczonego przedmiotu zamówienia do pierwotnej wartości, które to zasoby mógłby wykorzystać do świadczenia usług w innym miejscu.

Uregulowania zawarte w art. 433 Pzp mają charakter bezwzględnie obowiązujący, a zatem stanowią ustawowe ograniczenie swobody umów zawieranych w sprawie zamówień publicznych, które obligatoryjnie nie mogą zawierać zapisów wskazanych w w/w przepisie. Jednocześnie, biorąc pod uwagę, że za kształtowanie postanowień tych umów odpowiedzialny jest Zamawiający, który ma obowiązek przestrzegać zasady proporcjonalności, uzasadniony jest wniosek, że do natury

stosunku zobowiązaniowego zawieranego w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy zachowanie ekwiwalentności świadczeń na poziomie zbliżonym do ustalonego w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty.

Mając na względzie powyższe wnoszę jak we wstępie.

W załączeniu:

1. wydruk informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców dotyczącego Odwołującego;
2. pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej;
3. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
4. potwierdzenie przesłania odwołania Zamawiającemu w terminie.