

Łódź, dnia 22 marca 2021 roku

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

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Szpital Wojewódzki
im. Papieża Jana Pawła II
Aleje Jana Pawła II 10, 22-400 Zamość
Tel.: +48 846773333
Faks: +48 846386669
E-mail: zammagdziak@szpital.zam.pl
www.szpital.zam.pl

Odwołujący: Kolumna Transportu Sanitarnego Triomed
spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Lublinie
ul. Północna 22a, 20-064 Lublin
KRS: 0000182633
Tel. +48 426405777
Fax: +48 422572816
E-mail: przetargi@rekeep.pl
Pełnomocnik: Katarzyna Adamczyk-Bąkowicz

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach, o jakich stanowi art. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 roku, poz. 2019 z późn. zm.), pn.: „Świadczenie usług transportu sanitarnego”, ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 12 marca 2021 roku pod pozycją nr 2021/S 050-124795, nr referencyjny: DZP.3320.12.21

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 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 roku, poz. 2019 z późn. zm., dalej: Pzp),, wnoszę odwołanie wnoszę odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia: treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym projektowanych postanowień umowy.

Zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

- 1. art. 240 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp** poprzez określenie w rozdziale XIX pkt 1 ppkt 2 SWZ, opisu kryterium oceny ofert „średni wiek pojazdów”, w sposób niejasny i niezrozumiały, a to ze względu na fakt, że Zamawiający wskazał, iż *„Średni wiek pojazdu należy podawać z zaokrągleniem do pełnego roku - do 0,49 roku niższy średni wiek pojazdów, 0,5 roku i więcej - wyższy średni wiek pojazdów.”*, co utrudnia złożenia ważnej i

skutecznej oferty przez Odwołującego, a złożone oferty mogą się okazać nieporównywalne, co ma istotny wpływ na wynik postępowania.

2. **art. 240 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp** poprzez określenie w rozdziale XIX SWZ kryterium oceny ofert „norma emisji spalin” i "średni wiek pojazdów" w sposób uniemożliwiający weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach, a to ze względu na fakt, że Zamawiający na podstawie oświadczenia oferenta o średnim wieku pojazdów oraz na podstawie oświadczenia o posiadaniu przez pojazd normy Euro, nie jest w stanie zweryfikować poprawność i wiarygodność wymagań technicznych i jakościowych, a co za tym idzie, czy prawidłowo zostały przyznane punkty oferentowi w kryterium oceny ofert.
3. **art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp**, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, nie wyczerpujący i utrudniający uczciwą konkurencję, a to poprzez wskazanie w § 4 ust. 1 załącznika nr 3 do SWZ – wzoru umowy, iż rozliczanie usługi nastąpi na podstawie cen jednostkowych za poszczególne rodzaje transportu, podczas gdy w SWZ oraz Załącznik nr 1 do SWZ - Formularz „Oferta Wykonawcy”, Zamawiający nie wymaga podania cen jednostkowych za 1 km transportu w ofercie, lecz tylko cenę całkowitą zamówienia, co utrudnia *złożenia ważnej i skutecznej oferty przez Odwołującego, a złożone oferty mogą się okazać nieporównywalne.*
4. **art. 436 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 483 § 1 w zw. z art. 484 § 2 i art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 P.z.p.** przez zastrzeżenie w § 8 ust. 6 załącznika nr 3 do SWZ – wzoru umowy, maksymalnej wysokości kar umownych możliwych do nałożenia na wykonawcę przez Zamawiającego w wysokości 50% wynagrodzenia wykonawcy brutto, co jest wartością rażąco wygórowaną, prowadzącą do ograniczenia kręgu wykonawców mogących się ubiegać o zamówienie, 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. **Zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 Pzp i art. 434 ust. 1 w zw. z art. 431 w zw. art. 16 pkt 1-3, art. 17 ust. 1 pkt 1-2 Pzp i art. 5 oraz 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp.:**

a) poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy i zastrzeżenie w § 13 załącznika nr 3 do SWZ – wzór umowy, prawa do wypowiedzenia umowy jedynie po stronie Zamawiającego;

b) poprzez nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego w przetargu przez zastrzeżenie w § 13 ust. 1 pkt 4 załącznika nr 3 do SWZ – wzoru umowy:

"...Zamawiający zastrzega sobie prawo do wypowiedzenia niniejszej umowy ze skutkiem natychmiastowym w następujących przypadkach:

... 4) gdy Wykonawca w sposób rażący narusza postanowienia niniejszej umowy, w szczególności:

a) dopuszcza się zwłoki w wykonywaniu usług transportu,

b) nie podejmuje się świadczeń zgodnie z ustalonym harmonogramem,

c) odmówi Zamawiającemu wykonywania usługi z jakiegokolwiek przyczyny, ...

f) nie wykonuje dezynfekcji pojazdów.

2. W razie rozwiązania niniejszej umowy przez Zamawiającego ze skutkiem natychmiastowym w przypadkach, o których mowa w ust. 1, § 8 ust. 2 stosuje się odpowiednio. ",

co prowadzi do zagwarantowania Zamawiającemu uprzywilejowania wobec wykonawcy i możliwość arbitralnego natychmiastowego wypowiedzenia umowy, wobec niedookreślenia i

niejednoznacznych przesłanek natychmiastowego wypowiedzenia umowy, skutkujących nałożeniem wygórowanych kar umownych, co ma wpływ na wynik postępowania.

Wobec powyższego żądam nakazania Zamawiającemu:

1. odnośnie zarzutu nr 1:

dokonanie zmiany rozdziału XIX pkt 1 ppkt 2 SWZ : *Kryterium oceny ofert "średni wiek pojazdów"*, na poniższe brzmienie:

"Średni wiek pojazdów 20% – będzie oceniany na podstawie złożonego oświadczenia o średnim wieku pojazdów **oraz kopii dowodów rejestracyjnych pojazdów**, jakich wykonawca będzie używał w trakcie realizacji usługi. Poprzez wiek pojazdu Zamawiający rozumie czas od roku produkcji do chwili złożenia oferty. Należy wskazać średni wiek pojazdów, które zostaną użyte i wskazane w wykazie środków transportu przewidywanych do realizacji przedmiotu zamówienia (musi się pokrywać z wykazem środków transportu dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia składanym na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu).

Sposób obliczania punktów za kryterium średni wiek pojazdów:

- w przypadku średniego wieku pojazdów $0 \leq 3$ lat – 20 pkt,
- w przypadku średniego wieku pojazdów $3 \leq 6$ lat – 15 pkt,
- w przypadku średniego wieku pojazdów $6 \leq 9$ lat – 10 pkt,
- w przypadku średniego wieku pojazdów $9 \leq 12$ lat – 5 pkt.

Średni wiek pojazdów ma być liczony jako średnia arytmetyczna wieku 5 pojazdów zaoferowanych przez Wykonawcę"

2. odnośnie zarzutu nr 2 – dokonania zmiany SWZ, poprzez:

a) wprowadzenie zapisu w pkt 1 rozdziału V SWZ w następującym brzmieniu:

"W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania lub posiadają cechy określone przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, należy przedstawić:

- 1) *Oświadczenie o średnim wieku oraz normie emisji spalin pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia wraz z dokumentami: kopią dowodów rejestracyjnych pojazdów przeznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia oraz certyfikatów Euro potwierdzających normy emisji spalin dla pojazdów przeznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia*
- 2) *W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu - wykaz środków transportu dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi pojazdami oraz numerami rejestracyjnymi".*

b) wprowadzenie zapisu w rozdziale XIX pkt 1 ppkt 2 SWZ:

z: *"Średni wiek pojazdów 20%* - będzie oceniany na podstawie złożonego oświadczenia o średnim wieku pojazdów, jakich wykonawca będzie używał w trakcie realizacji usługi",

na: *"Średni wiek pojazdów 20%* - będzie oceniany na podstawie złożonego oświadczenia o średnim wieku pojazdów **oraz kopii dowodów rejestracyjnych pojazdów**, jakich wykonawca będzie używał w trakcie realizacji usługi",

c) wprowadzenie zapisu w rozdziale XIX pkt 1 ppkt 3 SWZ :

z: *"Norma emisji spalin 20%* - będzie oceniana na podstawie złożonego oświadczenia",

na: *"Norma emisji spalin 20%* - będzie oceniana na podstawie złożonego oświadczenia **oraz certyfikatów Euro potwierdzających normy emisji spalin dla pojazdów przeznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia.**"

3. Odnośnie zarzutu nr 3 - dokonanie zmiany SWZ poprzez dodanie załącznika - oferta cenowa, który stanowiłby wzór dla oferentów, do wprowadzenia i obliczenia cen jednostkowych za

poszczególne transporty zgodnie z § 4 ust. 1 załącznika nr 3 do SWZ – wzór umowy.

4. Odnośnie zarzutu nr 4 - dokonanie zmiany § 8 ust. 6- załącznika nr 3 do SWZ – wzoru umowy, poprzez wprowadzenie zapisu w brzmieniu:

"Łączna wartość kar umownych naliczonych Wykonawcy na podstawie niniejszej umowy nie może przekroczyć wysokości 10 % łącznego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1."

5. Odnośnie zarzutu nr 5 – dokonanie zmiany § 13 - załącznika nr 3 do SWZ – wzoru umowy, poprzez:

a) dodanie do nowego ustępu przewidującego możliwość wypowiedzenia umowy przez Wykonawcę np. w brzmieniu „Wykonawca ma prawo do rozwiązania umowy w drodze złożenia Zamawiającemu oświadczenia na piśmie pod rygorem nieważności, z zachowaniem -2 miesięcznego okresu wypowiedzenia, bez podania przyczyn”.

b) usunięcie ust. 1 pkt 4 lit. a, b, c, f z § 13 - załącznika nr 3 do SWZ – wzoru umowy ewentualnie poprzez doprecyzowanie ust. 1 pkt 4 lit. a, b, c, f, i stworzenie zapisów jednoznacznych, nie pozostawiających na arbitralne uznanie Zamawiającemu.

Oświadczam, iż Odwołujący posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ prowadzi działalność gospodarczą w zakresie usług będących przedmiotem zamówienia i zamierza złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zaś zaskarżone postanowienia SWZ oraz Projektu Umowy uniemożliwiają mu złożenie ważnej i rzetelnej oferty w postępowaniu.

UZASADNIENIE

I. Wstęp

W dniu 12 marca 2021 roku zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu pod pozycją nr 2021/S 050-124795, nr referencyjny: DZP.3320.12.21, pn.: „świadczenie usług transportu sanitarnego”.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że dokonał niezgodnych z przepisami ustawy czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia: zaskarżona treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym projektowane postanowienia umowy naruszają Pzp.

II. Uzasadnienie zarzutów odwołania

1. Zarzut naruszenia art. 240 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp.

Zamawiający w rozdziale XIX pkt 1 ppkt 2 SWZ, opisał kryterium oceny oferty:

"Średni wiek pojazdów 20% – będzie oceniany na podstawie złożonego oświadczenia o średnim wieku pojazdów, jakich wykonawca będzie używał w trakcie realizacji usługi. Poprzez wiek pojazdu Zamawiający rozumie czas od roku produkcji do chwili złożenia oferty. Należy wskazać średni wiek pojazdów, które zostaną użyte i wskazane w wykazie środków transportu przewidywanych do realizacji przedmiotu zamówienia (musi się pokrywać z wykazem środków transportu dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia składanym na potwierdzenie spełnienia warunków

udziału w postępowaniu). **Średni wiek pojazdu należy podawać z zaokrągleniem do pełnego roku – do 0,49 roku niższy średni wiek pojazdów, 0,5 roku i więcej – wyższy średni wiek pojazdów.**

Sposób obliczania punktów za kryterium średni wiek pojazdów:

- w przypadku średniego wieku pojazdów 0–3 lat – 20 pkt,
- w przypadku średniego wieku pojazdów 4–6 lat – 15 pkt,
- w przypadku średniego wieku pojazdów 7–9 lat – 10 pkt,
- w przypadku średniego wieku pojazdów 10–12 lat – 5 pkt."

Zamawiający w sposób niejasny i niezrozumiały, określił powyższe kryterium oceny ofert, poprzez wskazanie, iż **Średni wiek pojazdu należy podawać z zaokrągleniem do pełnego roku – do 0,49 roku niższy średni wiek pojazdów, 0,5 roku i więcej – wyższy średni wiek pojazdów.** Odwołujący w sposób nie budzący wątpliwości nie jest w stanie na podstawie tak opisanego kryterium ocenić, jaką ilość punktów otrzyma w kryterium średniego wieku pojazdów.

Zamawiający nie wskazał jaka ma być przyjęty sposobu do obliczania średniego wieku pojazdów np. czy to ma być średnia arytmetyczna, mediana. Także sposób przyznawania punktów za średni wiek pojazdów nie jest dla Odwołującego jednoznaczny w latach między 3 a 4, 6 a 7, 9 a 10. Nie jest, również określone ile punktów otrzyma oferent w przypadku średniego wieku pojazdów powyżej 12 lat.

Obowiązek jasnego i zrozumiałego opisywania kryteriów wywodzony jest z zasad równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości i stanowi gwarancję uczciwego wyboru wykonawcy.

Zgodnie z art. 240 Pzp:

1. Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały.
2. Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

Na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą. Jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, dla każdej części zamówienia może ustalić inny opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Opis sposobu oceny ofert powinien być tak skonstruowany, aby zapewniał obiektywną ocenę złożonych ofert. Możliwość subiektywnej, uznaniowej i dowolnej oceny powinna zostać wyłączona. Wybór taki będzie możliwy tylko wtedy, gdy kryteria będą niezmiennie stosowane przy ocenie każdej oferty w tym samym postępowaniu oraz skonkretyzowane, wymierne i zobiektywowane (umożliwiające dokonanie obiektywnej oceny ofert). Osiągnąć można to wyłącznie wtedy, gdy szczegółowość, kompletność i jednoznaczność opisu kryteriów oceny ofert umożliwia każdemu znającemu treść ofert dokonanie ich właściwej i obiektywnie uzasadnionej oceny i hierarchizacji w rankingu ofert najkorzystniejszych. „Kryteria oceny ofert powinna cechować: zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarancja, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji. Opis stosowania kryteriów oceny ofert powinien być jednoznaczny, czytelny i niepozostawiający swobody interpretacji” (zob. wyrok KIO z 23.04.2015 r., [KIO 712/15](#)).

Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać Zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz muszą umożliwiać weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w

ofertach. Swoboda zamawiającego musi być ograniczona, a temu ograniczeniu służy przede wszystkim precyzyjny i jasny opis sposobu dokonywania oceny. Jednakże, w przedmiotowym postępowaniu swoboda Zamawiającego w ocenie ofert nie została ograniczona, gdyż opis sposobu dokonywania oceny oferty w ramach kryterium "średnia wieku pojazdów", jest nie jasny i nie precyzyjny, co powoduje że oferty nie będą obiektywnie oceniane zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

2) Zarzut naruszenia art. 240 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp.

Zamawiający w rozdziale XIX SWZ, wskazał, iż przy wyborze oferty będzie kierował się kryteriami oceny ofert: Cena - 60%, średni wiek pojazdów - 20%, norma emisji spalin - 20%. Kryteria oceny ofert: średni wiek pojazdów oraz norma emisji spalin, Zamawiający będzie oceniał na podstawie oświadczeń. Opis kryterium oceny ofert powinien umożliwiać weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. Na podstawie oświadczeń Zamawiający nie ma możliwości zweryfikować poprawność i wiarygodność oferowanych technicznych wymagań.

W ocenie Odwołującego brak jest wymogu żądania wskazania dokładnych informacji identyfikujących dany pojazd na etapie oceny ofert, brak jest żądania dokumentów potwierdzających, że wykonawca dysponuje na etapie składania i oceny ofert wskazanym pojazdem oraz dokumentu potwierdzającego, że pojazd ten spełnia normy emisji spalin pojazdów, pomimo tego, że zgodnie z art. 240 ust. 2 Pzp Zamawiający obowiązany jest określić kryteria oceny ofert w sposób umożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez Wykonawcę; co więcej, narusza to zasadę przejrzystości oraz zasadę uczciwej konkurencji między wykonawcami, jako że uniemożliwia rzeczywistą weryfikację przez Zamawiającego i innych wykonawców, czy wykonawca, który uzyska punkty w ramach tego kryterium je faktycznie spełnia;

Zgodnie z art. 67 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE:

"Kryteria udzielenia zamówienia nie mogą skutkować przyznaniem instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru. Zapewniają one możliwość efektywnej konkurencji i dołączone są do nich specyfikacje, które umożliwiają skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów, tak aby ocenić, na ile oferty spełniają kryteria udzielenia zamówienia. W razie wątpliwości instytucje zamawiające skutecznie weryfikują prawidłowość informacji i dowodów przedstawionych przez oferentów."

Dla każdego wprowadzonego kryterium zamawiający musi być w stanie i musi mieć zamiar sprawdzać, na ile poszczególne oferty rzeczywiście spełniają wymagania, do których odnosi się dane kryterium (na ile oferty są wiarygodne pod tym względem. Zgodnie z art. 240 ust. 2 Pzp kryteria oceny ofert muszą być powiązane z przedmiotem zamówienia. Przy ich ustanawianiu konieczne jest także poszanowanie norm proceduralnych: zasady jawności, równego traktowania, zapewnienia uczciwej konkurencji, proporcjonalności. Zgodnie z art. 240 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający musi określić narzędzia umożliwiające sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert.

Podkreślić należy, że kryteria oceny ofert stanowią - obok opisu przedmiotu zamówienia - podstawowy instrument w procesie wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Najlepszy bilans tych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia decyduje zazwyczaj o wskazaniu oferty, która ma być realizowana. Zatem kryteria oceny ofert jako narzędzie wyboru optymalnej oferty, pozwalają na konkurowanie wykonawców w zakresie takich aspektów, jak m.in.: parametry, jakość, koszty eksploatacji czy oddziaływanie na

środowisko.

Brak zagwarantowania przez Zamawiającego możliwości weryfikacji oferowanych parametrów technicznych i jakościowych pojazdów na podstawie dokumentów, powoduje uniemożliwienie zbadania czy zaoferowany pojazd spełnia normę emisji spalin oraz czy przy jego użyciu będzie wykonywane zamówienie. Zamawiający ustalił, iż ocena i punkty w kryterium średni wiek pojazdów oraz norma emisji spalin, dokona w oparciu o oświadczenie oferenta.

Natomiast wprowadzenie przez Zamawiającego, możliwości żądania złożenia kopii dokumentów rejestracyjnych, spowoduje możliwość zweryfikowania, czy oferent posiada dane pojazdy na dzień składania ofert i czy prawidłowo przyznał punkty w ramach kryterium średni wiek pojazdów. Także, żądanie Certyfikatów EURO, spowoduje umożliwienie Zamawiającemu weryfikacji jakości oferowanych pojazdów tj. jaką normę emisji spalin spełniają.

Zgodnie z art. 240 ust 2 ustawy Pzp kryteria oceny ofert i ich opis powinny umożliwiać Zamawiającemu weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. *Kryteria oceny ofert powinny zapewniać możliwość efektywnej i uczciwej konkurencji, a także powinny im towarzyszyć rozwiązania, które pozwalają na skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów.*

Brak żądania przez Zamawiającego od Oferentów dokumentów w ofercie na potwierdzenia spełnienia przez pojazdy wymogów jakościowych i technicznych, uniemożliwi mu weryfikację, czy zaoferowany pojazd spełnia określone wymagania w zakresie podstawy do dysponowania i wymagania w zakresie odpowiedniej normy w zakresie emisji spalin. Zatem Konieczne jest określenie przez Zamawiającego z jakiego dokumentu zamawiający będzie czerpał wiedzę o cechach i parametrach pojazdu który będzie podlegał ocenie. Za wyrokiem ETS z 4 grudnia 2003 r. sygn. C- 448/01 EVN AG and Wienstrom GmbH wskazać należy, że "kryteria oceny ofert nie mogą naruszać zasady równego traktowania, muszą być sformułowane w sposób przejrzysty, zrozumiały dla wykonawców i niepowodujący wątpliwości interpretacyjnych. Ocena ofert w tym zakresie powinna być dokonana na podstawie przedłożonych przez wykonawców informacji i dowodów".

Z powyższego wywieść należy, że ustalone przez Zamawiającego kryteria oceny ofert winny umożliwiać weryfikację informacji przedstawianych przez wykonawców. Niewątpliwym jest, że ustalone przedmiotowe kryterium może mieć decydujący wpływ na wybór wykonawcy do realizacji tego zamówienia. Tym samym zarówno Zamawiający jak i inni wykonawcy winni mieć możliwość sprawdzenia, czy oferowany pojazd jest oferowany tylko dla jednego sektora przedmiotowego zamówienia oraz, czy spełnia postawione przez Zamawiającego wymagania określone w SWZ, oraz że pojazdy przeznaczone do realizacji przedmiotu zamówienia powinny spełniać odpowiednie normy emisji spalin, były zarejestrowane i dopuszczone do ruchu oraz posiadały aktualne badania techniczne i świadectwa dopuszczenia do ruchu zgodnie z przepisami o ruchu drogowym.

3. Zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp

Zamawiający w § 4 ust. 1 załącznika nr 3 do SWZ – wzoru umowy, zawarł zapisy dotyczące sposobu rozliczenia wynagrodzenia za poszczególne rodzaje transportu:

"

1. Strony ustalają, że podstawą do rozliczenia świadczonych w ramach niniejszej umowy usług jest cena brutto za 1 km określona w następującej wysokości: transport sanitarny wykonywany

karetkami przewozowymi przy obsadzie zespołu:

1) *dla transportu sanitarnego z obsadą kierowca z uprawnieniami do udzielania pierwszej pomocy z ratownikiem medycznym:zł / km*

2) *dla transportu sanitarnego z obsadą kierowca z uprawnieniami do udzielania pierwszej pomocy z sanitariuszem:zł / km*

3) *dla transportu sanitarnego z obsadą kierowca z uprawnieniami do udzielania pierwszej pomocy: zł /km.*

Przewidywaną łączną cenę netto (bez podatku VAT) za całość przedmiotu umowy ustala się w wysokości zł. słownie:

Przewidywaną łączną cenę brutto (z podatkiem VAT) za całość przedmiotu umowy ustala się w wysokości..... zł. słownie:"

Natomiast Zamawiający w ofercie nie wymaga podania przez Oferentów, cen jednostkowych za poszczególne rodzaje transportu.

Wynagrodzenie wykonawcy na podstawie wzoru umowy ma być obliczane na podstawie cen jednostkowych, jednakże Zamawiający nie wymaga podania tych cen w ofercie, wobec czego zapisy formularza ofertowego i wzoru umowy są sprzeczne i utrudniają uczciwą konkurencję. Brak wymogu podania w ofercie cen jednostkowych za poszczególne rodzaje transportu, może doprowadzić także do niezgodności treści oferty z SWZ tj. wzorem umowy.

Treścią oferty jest zarówno opis i charakterystyka wymaganych elementów w formularzu ofertowym, jak i określenie modeli, ilości i cen w formularzu cenowym (zob. wyrok z dnia 30 października 2014 r., KIO 2121/14; KIO 2129/14; KIO 2139/14)

Wobec czego Zamawiający opisał przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, nie wyczerpujący i utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez brak podania formularza do wpisania cen jednostkowych za 1 km transportu zgodnie z § 4 ust. 1 załącznika nr 3 do SWZ – wzoru umowy, lecz tylko cenę całkowitą zamówienia, co utrudnia *złożenia ważnej i skutecznej oferty przez Odwołującego, a złożone oferty mogą się okazać nieporównywalne.*

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).

4. Zarzut naruszenia art. 436 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp. i art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i art. 483 § 1 w zw. z art. 484 § 2 i art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp.

Zamawiający przewidział w § 8 ust. 6 załącznika nr 3 do SWZ – wzoru umowy, że:

"Łączna wartość kar umownych naliczonych Wykonawcy na podstawie niniejszej umowy nie może przekroczyć wysokości 50 % łącznego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1.
"

Powyższy zapis wzoru umowy wypełnia literalnie treść art. 436 pkt 3 Pzp, lecz zupełnie mijają się z celem wprowadzenia tego przepisu w nowej ustawie Pzp.

W treści uzasadnienia projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, VIII kadencja, druk sejm. nr 3624, prawodawca zwrócił uwagę, że: „Kierując się często uproszczonym postrzeganiem interesu zamawiającego, postanowienia umów zawierają rozwiązania nazbyt restrykcyjne i nieproporcjonalne do rodzaju i wartości zamówienia publicznego (np. z zakresu wysokości i kategorii zastrzeżonych kar umownych” (s. 82). Projektodawca podkreślał także, że w wyniku chętnego stosowania przez zamawiających wygórowanych kar umownych, po pierwsze realizowane inwestycje okupione były długoletnimi sporami sądowymi, a często zdarzało się też tak, że zamawiający zdawali sobie sprawę z ich rażącego wygórowania w zakresie naliczonej i dochodzonej kwoty. W trakcie prac legislacyjnych nad nową ustawą – Prawo zamówień publicznych, Ministerstwo Rozwoju próbowało przeforsować pomysł, aby ustawowym wymogiem było zawieranie w umowach w sprawie zamówienia publicznego nie tylko obowiązku limitowania kar umownych, ale także konkretnej, z góry ustalonej kwoty tegoż limitu. W projekcie przewidziano ustalenie tej granicy na poziomie 20% wartości netto umowy, jednak ostatecznie nie został on przyjęty.

Zamawiający określając pułap maksymalnej wysokości kar umownych na poziomie 50%, spowoduje utratę przez wykonawcę nie tylko całego zysku z wykonania zamówienia, ale też i sporej części poniesionych przez niego kosztów z tytułu jego realizacji, co powoduje, nieuzasadnione wzbogacenie Zamawiającego. Co z kolei prowadzi to do całkowitego zaburzenie równości stosunku prawnego, i naruszenia art. 353¹ Kodeksu cywilnego (dalej jako „k.c.”) w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp.

Kara umowna jest, bowiem surogatem odszkodowania, zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 września 2010 r., V ACa 267/10). Kary umowne zastrzeżone przez Zamawiającego pozwolą mu nie tylko na pokrycie ewentualnej szkody, ale przede wszystkim na sfinansowanie znacznej części zamówienia przez Wykonawcę, a tym samym na wzbogacenie Zamawiającego. Pozbawienie Wykonawcy znacznej części miesięcznego wynagrodzenia z powodu jednorazowych uchybień, doprowadzi do zachwiania zasady ekwiwalentności świadczeń w umowie o charakterze wzajemnym. Fakt, że kara umowna pełni funkcję dyscyplinującą, nie może prowadzić do nadmiernego wzbogacenia Zamawiającego. Kara umowna pełni w pierwszej kolejności funkcję odszkodowawczą (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 4 grudnia 2014 r., I ACa 793/14 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 23 września 2014 r., I ACa 343/14). Podstawą przyjęcia w umowie określonych, co do wysokości kar umownych na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania jest zawsze pewna kalkulacja przyszłej, hipotetycznej szkody, jaką poniesie strona w związku z nienależytym wykonaniem zobowiązania (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 27 listopada 2014 r., I ACa 773/14).

Ponadto, naliczenie kar umownych w wysokości aż 50% łącznego wynagrodzenia wykonawcy świadczy też o rażącym wygórowaniu tej kwoty. „Rażące wygórowanie” kary umownej jest pojęciem niedookreślonym. Miarkując karę umowną na podstawie tej przesłanki bierze się pod uwagę różne kryteria, w szczególności stosunek wartości kary umownej do wartości świadczenia spełnionego przez dłużnika z opóźnieniem (vide: wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 15 maja 2015 roku pod sygn. akt VI ACa 1937/13). Praca wykonana, jeśli nie była świadczeniem pod tytułem darmym, wymaga wynagrodzenia. Sankcja w postaci pozbawienia wykonawcy zapłaty poprzez nałożenie i potrącenie kary umownej nie może być aprobowana (por.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2014 roku, sygn. akt: IV CSK 416/13). Art. 7 pkt 32 Pzp definiuje zamówienie publiczne jako umowę odpłatną, więc nie może ta umowa przewidywać braku wynagrodzenia w wypadku wykonania znacznej części zamówienia. Kara umowna powinna

być stosowana jako substytut odszkodowania, a nie jako sposób na obniżenie wynagrodzenia wykonawcy.

Narzucenie tak skrajnie niekorzystnych warunków zamówienia przez Zamawiającego jest przejawem nadużycia przez niego pozycji gospodarza postępowania, co jest sprzeczne z dobrymi obyczajami obrotu gospodarczego, o czym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „u.z.n.k.”). Ogranicza to krąg wykonawców, którzy mogą wziąć udział w postępowaniu. Jedynie bowiem podmiot gospodarczy o wyśrubowanych wynikach ekonomicznych i zabezpieczeniu finansowym może sobie pozwolić na realizację zamówienia ze stratą, byle tylko wykonać zamówienie i uzyskać z tego tytułu referencyjność, 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.

W konsekwencji, konieczne jest spełnienie przez Zamawiającego treści przepisu art. 436 pkt 3 Pzp w sposób literalny, który gwarantowałby wykonawcom możliwość wykonania zamówienia odpłatnie, z poszanowaniem interesu Zamawiającego w zabezpieczeniu należytego wykonania zamówienia w drodze kar umownych.

5. Zarzut naruszenia 99 ust. 1 Pzp i art. 434 ust. 1 w zw. z art. 431 w zw. art. 16 pkt 1-3, art. 17 ust. 1 pkt 1-2 Pzp i art. 5 oraz 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp

A)

Zamawiający przewidział w § 13 załącznika nr 3 do SWZ – wzoru umowy, uprawnienie do wypowiedzenia umowy, które przysługuje tylko Zamawiającemu.

"1. Zamawiający zastrzega sobie prawo do rozwiązania niniejszej umowy ze skutkiem natychmiastowym w następujących przypadkach:

- 1) w razie nieprzedłożenia przez Wykonawcę kserokopii polis ubezpieczeniowych potwierdzających zawarcie umów ubezpieczenia, o których mowa w § 9 ust. 2 lub innych dokumentów potwierdzających zachowanie ciągłości umów ubezpieczenia, w określonym przez Zamawiającego terminie,*
- 2) w razie nieprzedłożenia przez Wykonawcę dokumentów, o których mowa w § 11 ust. 2 w określonym przez Zamawiającego terminie,*
- 3) w przypadku niewykonywania usług stanowiących przedmiot Umowy powyżej 2 dni,*
- 4) gdy Wykonawca w sposób rażący narusza postanowienia niniejszej umowy, w szczególności:
 - a) dopuszcza się zwłoki w wykonywaniu usług transportu,*
 - b) nie podejmuje się świadczeń zgodnie z ustalonym harmonogramem,*
 - c) odmówi Zamawiającemu wykonywania usługi z jakiegokolwiek przyczyny,*
 - d) realizuje usługi innym, niż wymagany, transportem, lub przy użyciu niesprawnych pojazdów,*
 - e) oddeleguje do realizacji umowy osoby nie posiadające niezbędnych kwalifikacji, wymaganych przez Zamawiającego,*
 - f) nie wykonuje dezynfekcji pojazdów.**

2. W razie rozwiązania niniejszej umowy przez Zamawiającego ze skutkiem natychmiastowym w przypadkach, o których mowa w ust. 1, § 8 ust. 2 stosuje się odpowiednio.

3. Zamawiający zastrzega sobie prawo do rozwiązania niniejszej umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadku gdy nastąpi zmniejszenie lub zaprzestanie finansowania przez NFZ procedur medycznych bezpośrednio związanych z przedmiotem niniejszej umowy.

4. Zamawiający zastrzega sobie prawo do rozwiązania niniejszej umowy z zachowaniem miesięcznego okresu wypowiedzenia w przypadku wystąpienia zmian organizacyjnych w strukturze Zamawiającego.

5. W przypadku rozwiązania niniejszej umowy przed upływem terminu, o którym mowa w § 12, Wykonawcy przysługiwać będzie wyłącznie wynagrodzenie z tytułu faktycznego jej wykonania do momentu rozwiązania umowy i nie przysługuje mu żadne dodatkowe roszczenie o zapłatę."

Powyższe narusza zasadę równowagi stron stosunku cywilnoprawnego, świadczy o niesymetrycznym kreowaniu uprawnień stron, nadużyciu dominującej roli Zamawiającego, a ostatecznie skutkuje dyskryminacją wykonawcy.

Jednym z celów nowej ustawy było wprowadzenie uregulowań prowadzących do zrównoważenia praw i obowiązków stron w umowach w sprawie zamówienia publicznego. Cel ten ustawodawca planuje osiągnąć poprzez zachęcenie zamawiających w szczególności do odejścia od jednostronnego kształtowania umów i bardziej proporcjonalnego podziału praw i obowiązków stron oraz ryzyk z tym związanych. W uzasadnieniu nowej ustawy wskazano, że wielu zamawiających, kierując się często uproszczonym postrzeganiem interesu zamawiającego, sporządza umowy nazbyt restrykcyjne i nieproporcjonalne do rodzaju i wartości zamówienia publicznego – w szczególności w zakresie ilości i wysokości kar umownych, przerzucania nawet niemożliwych do oszacowania ryzyk na wykonawców, braku postanowień w zakresie waloryzacji lub indeksacji wynagrodzenia z tytułu zmian cen rynkowych.

Zgodnie z art. 431 Pzp, strony umowy o wykonanie zamówienia publicznego są zobowiązane współdziałać przy jej wykonaniu. Oznacza to, że umowa w sprawie wykonania zamówienia publicznego nie powinna być jedynie nałożeniem obowiązków na wykonawcę i sankcji za ich niewypełnienie, lecz powinna także przewidywać na rzecz wykonawcy choćby minimalne uprawnienia, w stopniu co najmniej adekwatnym do uprawnień zamawiającego tj. Wykonawcy nie przysługuje wypowiedzenie umowy a Zamawiający może wypowiedzieć umowę także w trybie natychmiastowym.

B)

Zamawiający przewidział w § 13 pkt 4 załącznika nr 3 do SWZ – wzoru umowy, uprawnienie do natychmiastowego wypowiedzenia umowy, w przypadkach niedookreślonych i niejednoznacznych, które skutkują także nałożeniem na wykonawcę wygórowanej kary umownej.

"Zamawiający zastrzega sobie prawo do rozwiązania niniejszej umowy ze skutkiem natychmiastowym w następujących przypadkach: gdy Wykonawca w sposób rażący narusza postanowienia niniejszej umowy, w szczególności:

- a) dopuszcza się zwłoki w wykonywaniu usług transportu,*
- b) nie podejmuje się świadczeń zgodnie z ustalonym harmonogramem,*
- c) odmówi Zamawiającemu wykonywania usługi z jakiegokolwiek przyczyny,*
- f) realizuje usługi innym, niż wymagany, transportem, lub przy użyciu niesprawnych pojazdów,*
- g) oddeleguje do realizacji umowy osoby nie posiadające niezbędnych kwalifikacji, wymaganych przez Zamawiającego,*
- f) nie wykonuje dezynfekcji pojazdów.*

2. W razie rozwiązania niniejszej umowy przez Zamawiającego ze skutkiem natychmiastowym w przypadkach, o których mowa w ust. 1, § 8 ust. 2 stosuje się odpowiednio."

Zgodnie z dyspozycją art. 434 ust. 1 Pzp umowę zawiera się na czas oznaczony.

Omawiany przepis statuuje ogólną zasadę, jaką na gruncie zamówień publicznych jest zawieranie umów na czas oznaczony.

Podejmując decyzję o ubieganiu się o udzielenie zamówienia wykonawca musi mieć pewność, że wykonując zamówienie zgodnie z zawartą umową otrzyma wynagrodzenie.

Cechą takich umów jest ich trwałość rozumiana w ten sposób, że przepisy Pzp nie przewidują możliwości dowolnego rozwiązywania takich umów zarówno przez zamawiającego, jak i wykonawcę. Jeżeli taka umowa jest wykonywana należycie, to powinna obowiązywać do upływu terminu jej wykonywania. W wyroku z dnia 22 stycznia 2014 r., KIO 24/14, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „Cechą tego stosunku zobowiązaniowego jest trwałość, rozumiana w ten sposób, że ustawa nie przewiduje możliwości dowolnego rozwiązywania tego stosunku przez żadną ze stron. Jest to całkowicie zrozumiałe, biorąc pod uwagę, iż wykonawcy mogą racjonalnie skalkulować cenę, wysokość opłat oraz inne parametry finansowe, a także przewidzieć ryzyko związane z kontraktem (w tym ryzyko czy poniesione przez nich nakłady zostaną zrekompensowane przychodami uzyskanymi w określonym okresie obowiązywania umowy), jedynie wówczas, gdy mogą przewidzieć, przez jaki odcinek czasu strony umowy pozostaną nią związane.”. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła również, że z przepisów Pzp nie wynika zakaz stosowania przepisów kodeksu cywilnego w przypadku postanowień umowy dotyczących możliwości wypowiedzenia umowy.

Zastrzeżenie natychmiastowego wypowiedzenia przez zamawiającego umowy - w przypadku § 13 ust. 1 pkt 4 lit a,b,c,f wzoru umowy nie jest dopuszczalne, gdyż przyczyny wypowiedzenia są niedookreślone i nieprecyzyjne np. Zamawiający może wypowiedzieć umowę gdy Wykonawca odmówi wykonania transportu z powodu stanu pacjenta lub gdy Wykonawca wykonuje transport ze zwłoką np. 1 minuty.

Postanowienia o natychmiastowym rozwiązaniu umowy w przypadkach niedookreślonych i niejednoznacznych w istocie prowadzi do zagwarantowania Zamawiającemu uprzywilejowania wobec wykonawcy i możliwość arbitralnego natychmiastowego wypowiedzenia umowy oraz stwarza nadmierne ryzyko podjęcia się danego zamówienia i muszą być uznane za zaprzeczające wytycznym art. 99 ust. 1 Pzp.

W przypadku powyższych niedookreślonych zdarzeń Zamawiający, może zarówno wypowiedzieć umowę w trybie natychmiastowym jak i nałożyć wygórowaną karę umowną w wysokości 20 % wartości brutto umowy na podstawie § 8 ust. 2 wzoru umowy.

W przypadku okoliczności z § 13 ust. 1 pkt 4 lit a,b,c,f wzoru umowy uprawniających Zamawiającego do natychmiastowego wypowiedzenia umowy i nałożenia wygórowanej kary umownej należy podnieść:

- 1) odnośnie zapisu: *"dopuszcza się zwłoki w wykonywaniu usług transportu"*, podstawy wypowiedzenia i nałożenia tej kary są niedookreślone. Jeżeli rozumieć to postanowienie dosłownie, podstawą naliczenia kary mogą być nawet naruszenia bardzo nieistotne. Sprawia to wrażenie, że w przypadku przerwy na 1 minutę w gotowości do wykonywania transportu oraz w zabezpieczeniu stałej łączności Zamawiający może natychmiastowo wypowiedzieć umowę i nałożyć karę umowną w wysokości 20 % wartości brutto,
- 2) odnośnie zapisu: *"nie podejmie się świadczeń zgodnie z ustalonym harmonogramem"*, podstawy wypowiedzenia i nałożenia tej kary są niedookreślone. Jeżeli rozumieć to postanowienie dosłownie, podstawą naliczenia kary mogą być nawet naruszenia bardzo nieistotne. W § 3 ust. 1 wzoru umowy., *maksymalny czas dojazdu wynosi, w przypadku zleceń zgłaszanych z co najmniej jednodniowym wyprzedzeniem - dojazd na określoną godzinę ±15 minut, natomiast do 60 minut od chwili otrzymania zgłoszenia - jeżeli zgłoszenie zostało przekazane Wykonawcy w dniu planowanego transportu.* Sprawia to wrażenie, że w przypadku przekroczenia o choćby 1 minutę terminu punktualności

Zamawiający może natychmiastowo wypowiedzieć umowę i nałożyć karę umowną w wysokości 20 % wartości brutto.

- 3) odnośnie zapisu: "*odmówi Zamawiającemu wykonywania usługi z jakiegokolwiek przyczyny,*" podstawy wypowiedzenia i nałożenia tej kary są niedookreślone. Jeżeli rozumieć to postanowienie dosłownie, podstawą naliczenia kary mogą być nawet naruszenia bardzo nieistotne oraz nie wynikające z winy Wykonawcy. Zamawiający może żądać od Wykonawcy wykonania usługi np. niezgodnie z zasadami BHP lub innymi przepisami, i jeżeli Wykonawca odmówi wykonania usługi, to Zamawiający może natychmiastowo wypowiedzieć umowę i nałożyć karę umowną w wysokości 20 % wartości brutto. Taka kara jest z pewnością rażąco wygórowana – właśnie ze względu na nieprecyzyjny, zbyt ogólny sposób jej ujęcia w opisie przedmiotu zamówienia,
- 4) odnośnie zapisu: "*nie wykonuje dezynfekcji pojazdów*" podstawy nałożenia tej kary są niedookreślone. Jeżeli rozumieć to postanowienie dosłownie, podstawą naliczenia kary mogą być nawet naruszenia bardzo nieistotne np. nie wykonuje dezynfekcji co godzinę pojazdu, to Zamawiający może natychmiastowo wypowiedzieć umowę i nałożyć karę umowną w wysokości 20 % wartości brutto.

Powyższe zapisy uprawniają Zamawiającego do natychmiastowego wypowiedzenia umowy w bliżej niedookreślonych przypadkach. Zasadą jest że umowy w sprawach zamówień publicznych są zawierane na czas oznaczony, a cechą stosunku obligacyjnego zawartego w wyniku udzielenia zamówienia jest jego trwałość.

Relacja wysokości przewidzianych kar umownych do uchybień, na wypadek których zostały przewidziane, powoduje zachwianie relacji pomiędzy wysokością zastrzeżonej kary umownej za do wysokości wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania oraz zachwianie stosunku wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznawanej szkody (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2007 r., V CSK 139/07 oraz uchwałę składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03). Kara umowna jest, bowiem surogatem odszkodowania, zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 września 2010 r., V ACa 267/10). Kary umowne zastrzeżone przez Zamawiającego pozwolą mu nie tylko na pokrycie ewentualnej szkody, ale przede wszystkim na sfinansowanie znacznej części zamówienia przez Wykonawcę, a tym samym na wzbogacenie Zamawiającego. Pozbawienie Wykonawcy znacznej części miesięcznego wynagrodzenia z powodu jednorazowych uchybień, doprowadzi do zachwiania zasady ekwiwalentności świadczeń w umowie o charakterze wzajemnym. Fakt, że kara umowna pełni funkcję dyscyplinującą, nie może prowadzić do nadmiernego wzbogacenia Zamawiającego. Kara umowna pełni w pierwszej kolejności funkcję odszkodowawczą (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 4 grudnia 2014 r., I ACa 793/14 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 23 września 2014 r., I ACa 343/14). Podstawą przyjęcia w umowie określonych, co do wysokości kar umownych na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania jest zawsze pewna kalkulacja przyszłej, hipotetycznej szkody, jaką poniesie strona w związku z nienależytym wykonaniem zobowiązania (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 27 listopada 2014 r., I ACa 773/14).

Wobec powyższego wnoszę jak w petitum niniejszego odwołania.

Załączniki:

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