

Białystok, dnia 03.01.2018r

ZP/I/18/37

Zawiadomienie o wniesieniu odwołania

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług z zakresu kompleksowego sprzątnia, transportu wewnętrznego oraz czynności pomocniczych (nr sprawy 85/2017)

Działając na podstawie art. 185 ust. 1 ustawy z dn. 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U 2015r, poz. 2164 ze zm.) zwaną dalej ustawą, Zamawiający informuje, iż ww. postępowaniu w dniu 02.01.2017r. wpłynęła do Zamawiającego kopia odwołania (w załączeniu), które zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez firmę:

DGP Clean Partner Sp. z o.o. ul. N. M. Panny 5e, 59-220 Legnica

Jednocześnie Zamawiający wzywa Wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia odwołania poprzez przystąpienie po stronie Odwołującego lub po stronie Zamawiającego. Przystąpienie do postępowania odwoławczego Wykonawcy wnoszą na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania.

DYREKTOR
Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego
w Białymstoku

Marek Karp

Warszawa, dnia 2 stycznia 2018 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku
ul. M. Skłodowskiej-Curie 24 A
15-276 Białystok
fax 85 831 86 91
e-mail:
zamowienia@poczta-usk.pl
pszyszlo@poczta-usk.pl

Odwołujący:

DGP Clean Partner Sp. z o.o.
ul. Najświętszej Marii Panny 5e
59-220 Legnica
fax: 76 856 76 09
e-mail: i.januszewska@dozorbud.pl

Dotyczy: *postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonym na: „Świadczenie usług z zakresu kompleksowego sprzątnia, transportu wewnętrznego oraz czynności pomocniczych”, o wartości zamówienia przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, numer referencyjny: 85/2017*

Ogłoszenie o zamówieniu: opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem **2017/S 245-512176** w dniu 21 grudnia 2017 r.

ODWOŁANIE

Działający w imieniu DGP Clean Partner sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) jako pełnomocnik, na podstawie art. 179 ust. 1, art. 180 ust. 1 art. 182 ust. 2 pkt 1 w związku z art. 185 ust.8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn.zm.; dalej: „Pzp”), niniejszym wnoszę odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w wyżej wymienionym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegających na:

1. zaniechaniu wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia,
2. wprowadzeniu do projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego niejednoznacznych oraz sprzecznych z przepisami prawa postanowień,

tj. od treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) w postępowaniu o udzielenie powyższego zamówienia publicznego.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam naruszenie:

- 1) przepisów art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 12 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp, oraz w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 i 6 Pzp, poprzez:

a) niewyodrębnienie w opisie przedmiotu zamówienia, zawartym w załączniku nr 2 do SIWZ pn. Zakres czynności pomocniczych oraz w załączniku nr 3 do SIWZ pn. Zakres czynności związanych z transportem, w załączniku nr 11 do SIWZ pn. Miesięczny koszt realizacji przedmiotu zamówienia, samodzielnej pozycji zawierającej wskazanie jakie usługi objęte przedmiotem zamówienia stanowią, w ocenie Zamawiającego, usługi służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu i poprawie zdrowia tj. czynności stanowiących usługę pomocniczą przy pacjencie zwolnioną z podatku VAT, o których mowa w ustawie z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2016 poz. 710 z późn. zm.; dalej: „ustawa o podatku od towarów i usług” lub „ustawą o VAT”); albowiem w chwili obecnej opis przedmiotu zamówienia zawarty w załączniku nr 2 do SIWZ pn. Zakres czynności pomocniczych oraz w załączniku nr 3 do SIWZ pn. Zakres czynności związanych z transportem, w załączniku nr 11 do SIWZ pn. Miesięczny koszt realizacji przedmiotu zamówienia zawiera czynności wypełniające znamiona czynności służących profilaktyce zdrowia, a tym samym korzystające ze zwolnienia z podatku VAT określonego w ustawie o VAT tj. m.in.:

- pomoc przy karmieniu chorych pod nadzorem pielęgniarki,
- pomoc chorym przy toalecie, kąpiel. Wymiana pampersów, podawanie basenów pod nadzorem pielęgniarki,
- pomoc przy ubieraniu/rozbieraniu pacjentów hospitalizowanych,
- transport chorych do pracowni diagnostycznych, leczniczych, rehabilitacyjnych, na blok operacyjny, SOR, do jednostek łóżkowych (kliniki, oddziały) i na konsultacje wewnątrzszpitalne.

Znamienne jest, iż co prawda pozycja usługi „przy pacjencie” została przez Zamawiającego wyodrębniona w treści załącznika nr 2 do SIWZ pn. Zakres czynności pomocniczych, jednakże nie wszystkie wskazane tam usługi stanowią usługi służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu i poprawie zdrowia tj. czynności stanowiących usługę pomocniczą przy pacjencie zwolnioną z podatku VAT, o których mowa w ustawie o podatku od towarów i usług; ponadto brak jest pozycji umożliwiającej wycenę czynności transportu przy pacjencie.

W ocenie Odwołującego, na co wskazuje również przywołane powyżej wyodrębnienie dokonane przez Zamawiającego w treści załącznika nr 2 do SIWZ pn. Zakres czynności pomocniczych oraz w załączniku nr 3 do SIWZ pn. Zakres czynności związanych z transportem, w załączniku nr 11 do SIWZ pn. Miesięczny koszt realizacji przedmiotu zamówienia, na opis przedmiotu zamówienia składają się usługi, wypełniające znamiona czynności służących profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu i poprawie zdrowia, a tym samym korzystające ze zwolnienia z podatku VAT określonego w ustawie o VAT m.in. wykonywanie usługi polegającej na m.in.:

- pomoc przy karmieniu chorych pod nadzorem pielęgniarki,
- pomoc chorym przy toalecie, kąpiel. Wymiana pampersów, podawanie basenów pod nadzorem pielęgniarki,
- pomoc przy ubieraniu/rozbieraniu pacjentów hospitalizowanych,
- transport chorych do pracowni diagnostycznych, leczniczych, rehabilitacyjnych, na blok operacyjny, SOR, do jednostek łóżkowych (kliniki, oddziały) i na konsultacje wewnątrzszpitalne,

b) zaniechanie uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia informacji wyrażonej w procentach, określającej, jaki procent wartości całego zamówienia stanowią usługi pomocnicze przy pacjencie zwolnione z VAT, o których mowa w art. 43 ust. 1 pkt. 18a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2016 poz. 710 z późn.zm.) tj. wprowadzenie postanowienia o brzmieniu: „ % wartości całego zamówienia netto stanowią czynności

służące profilaktyce zachowaniu, ratowaniu i poprawie zdrowia”,

- c) zaniechanie uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia, w szczególności w zakresie dokonanie opisu sposobu obliczenia ceny, informacji iż usługi pomocnicze nie są związane ze swej natury z metrażem (w przeciwieństwie do usług sprzątnia) i na potrzeby postępowania powinno się obliczyć ich wartość, jako kwotę ryczałtową z przeliczeniem na 1 miesiąc (36 miesięcy),

co, mając dodatkowo na uwadze treść formularza ofertowego i opisany tam sposób obliczenia ceny, doprowadzi do złożenia przez wykonawców ofert, których ceny nie będą mogły zostać porównane, z uwagi na to, iż każdy z wykonawców, będzie mógł w sposób dowolny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia i sprzeczny z przepisami prawa, ustalić proporcję wartości usług zwolnionych względem usług opodatkowanych podatkiem VAT, co będzie miało wpływ zarówno na interes publiczny (ograniczenie wpływów do budżetu), jak i naruszenie uczciwej konkurencji w toku postępowania; co w konsekwencji doprowadzi do złożenia w postępowaniu ofert, których ceny zostaną obliczone w sposób dowolny i różny, uniemożliwiający ich porównania,

- 2) przepisów art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 Kodeksu cywilnego (dalej: „Kc”) w zw. z art. 483 § 1 Kc w zw. z art. 484 § 2 Kc w zw art. 5 Kc, poprzez:

- a) określenie kar umownych w treści § 10 wzoru umowy (..) na wykonanie usług sprzątnia, transportu wewnętrznego i czynności pomocniczych, stanowiącego załącznik nr 17 do SIWZ, na poziomie nieadekwatnym do wartości zamówienia, w wysokości rażąco wygórowanej,
- b) określenie w treści § 10 wzoru umowy (..) na wykonanie usług sprzątnia, transportu wewnętrznego i czynności pomocniczych, stanowiącego załącznik nr 17 do SIWZ, stanowiącego załącznik nr 17 do SIWZ, sankcji na poziomie nieadekwatnym do rodzaju przewinienia uzasadniającego jej zastosowanie, sprzecznej z naturą stosunku prawnego,

a tym samym opisanie okoliczności naliczenia kar umownych oraz odstąpienia od umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszające zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Wskazując na powyższe zarzuty, **wnoszę o:**

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu zmodyfikowanie treści SIWZ/ogłoszenia poprzez:

- a) utworzenie w opisie przedmiotu zamówienia w treści załącznika nr 2 do SIWZ pn. Zakres czynności pomocniczych, w treści załącznika nr 3 do SIWZ pn. Zakres czynności związanych z transportem oraz w treści załącznika nr 11 do SIWZ pn. Miesięczny koszt realizacji przedmiotu zamówienia „samodzielnego punktu pn. „czynności służące profilaktyce zachowaniu, ratowaniu i poprawie zdrowia”, zawierającego w swej treści wskazanie wyłącznie czynności służących



profilaktyce czynności służące profilaktyce zachowaniu, ratowaniu i poprawie zdrowia, korzystających ze zwolnienia z podatku VAT określonego w ustawie o VAT tj. m.in.:

- pomoc przy karmieniu chorych pod nadzorem pielęgniarki,
- pomoc chorym przy toalecie, kąpiel. Wymiana pampersów, podawanie basenów pod nadzorem pielęgniarki,
- pomoc przy ubieraniu/rozbieraniu pacjentów hospitalizowanych,
- transport chorych do pracowni diagnostycznych, leczniczych, rehabilitacyjnych, na blok operacyjny, SOR, do jednostek łóżkowych (kliniki, oddziały) i na konsultacje wewnątrzszpitalne,

- b) uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia o informację, iż stosunek wartości usług pomocniczych przy pacjencie zwolnionych z podatku VAT, do zakresu całkowitej (ogólnej) wartości usług utrzymania czystości tym podatkiem objętych należy wyliczyć w odniesieniu do całkowitej (ogólnej) wartości usługi brutto, tj. wprowadzenie postanowienia o brzmieniu: „.... % wartości całego zamówienia netto stanowią czynności służące profilaktyce zachowaniu, ratowaniu i poprawie zdrowia”.

w konsekwencji:

- c) dokonanie stosownych zmian w treści formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 13 do SIWZ, poprzez dodanie kolejnego wiersza do ww. formularza o treści „usługi służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu i poprawie zdrowia”, z wyodrębnieniem wartości netto i brutto tych usług (zamówienia) za 1 miesiąc oraz za 36 miesięcy,
- d) doprecyzowanie, iż przewidziane w załączniku nr 17 do SIWZ tj. treści § 10 wzoru umowy (..) na wykonanie usług sprzątnięcia, transportu wewnętrznego i czynności pomocniczych sankcje w postaci naliczenia kar umownych mają zastosowanie jedynie w przypadkach uporczywego, wielokrotnego nieusuwania usterek tego samego rodzaju, w krótkich odstępach czasu,
- e) obniżenie o 50% wysokości każdej z kar umownych określonych w § 10 wzoru umowy (..) na wykonanie usług sprzątnięcia, transportu wewnętrznego i czynności pomocniczych, stanowiącego załącznik nr 17 do SIWZ,

ponadto wnoszę o:

- f) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Termin:

Stosownie do przepisu art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Zgodnie z art. 185 ust. 8 ustawy Pzp jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 grudnia 2017 r.. Mając powyższe na uwadze termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 2 stycznia 2018 r.. Niniejsze odwołanie jest wnoszone w dniu 2 stycznia 2018 r., co oznacza, iż Odwołujący uczynił zadość wymaganiom określonym w art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 185 ust.8 ustawy Pzp.



Interes prawny:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Zgodnie z powyższym, aby wykonawca był legitymowany do wniesienia środków ochrony prawnej muszą łącznie wystąpić dwie przesłanki materialno-prawne wskazane w ww. przepisie:

- wykonawca musi posiadać interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz
- wykonawca poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Odwolujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ jest przedsiębiorcą w zakresie będącym przedmiotem niniejszego postępowania. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia, zaś sformułowane przez Zamawiającego niezgodnie z prawem treści ogłoszenia i specyfikacji, uniemożliwia Odwołującemu skuteczne ubieganie się o udzielenie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania niniejszego zamówienia, a tym samym nieosiągnięcia spodziewanego zysku z jego realizacji. Zgodnie z przyjętym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed otwarciem ofert, każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia, co do zasady, posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Jak wskazano m.in. w:

- wyroku KIO z dnia 22 lutego 2012 r. (sygn. akt KIO 282/12): *„Na etapie postępowania, przed otwarciem ofert, krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcy mogącego wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Nie można na tym etapie oceniać interesu wykonawców bądź możliwości poniesienia szkody w kontekście zdarzenia przyszłego i niepewnego, jakim jest złożenie oferty w postępowaniu czy też wybór oferty najkorzystniejszej. Prowadziłoby to w każdym przypadku do niezasadnego ograniczenia prawa wnoszenia środków ochrony prawnej”.*
- wyroku KIO z dnia 1 kwietnia 2014 r. (sygn. akt: KIO 527/14, wraz z cytowanym tam orzecznictwem): *„Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz, przyjęć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...)). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz”.*
- Wyroki KIO z dnia 31 lipca 2015 r. lex 1771700 w odwołaniu od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami ustawy oferty.



Tym samym krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Wobec powyższego, w związku z naruszeniem przez Zamawiającego przywołanych przepisów Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, albowiem nieprawidłowe sformułowanie postanowień SIWZ i postanowień ogłoszenia o zamówieniu będzie utrudniało mu dostęp do zamówienia. Odwołujący będzie musiał konkurować z wykonawcami, których oferta może nie uwzględniać bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy, co ma wpływ na zaoferowaną cenę, co doprowadzić do nieporównywalności oferty Odwołującego z ofertami innych wykonawców. Zamawiający zobowiązany jest dokonać wyboru oferty zgodnej z SIWZ, wobec czego winien zadbać o to, aby warunki określone w tym dokumencie odpowiadały przepisom prawa. Zobowiązanie zamawiającego do podania wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, wynikające z art. 29 ust.1 ustawy Pzp oznacza, że rolą Zamawiającego jest ustalenie i przekazanie potencjalnemu wykonawcy informacji niezbędnych do złożenia oferty, który to obowiązek zamawiający winien realizować samodzielnie. Dokonanie prawidłowej oceny podatkowej jest obowiązkiem wykonawców, ale aby móc odpowiedzialnie ją zrealizować, musi znać precyzyjny opis przedmiotu zamówienia, w tym określenie przez Zamawiającego procentowanego udziału wartości usług pomocniczych do wartości całego zamówienia publicznego. Jednocześnie szkoda, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, może mieć charakter nie tylko bezpośredni, ale również hipotetyczny. W pierwszym przypadku wykonawca traci bezpośrednio możliwość otrzymania zamówienia, w drugim szansę na jego uzyskanie.

Uzasadnienie

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług z zakresu:

- a) czynności pomocniczych,
- b) kompleksowego sprzątnia,
- c) transportu wewnętrznego,

Szczegółowy opis zakresu czynności związanych z wykonywaniem przedmiotu zamówienia znajduje się. W Załącznikach nr 1, 2, 3, 4 do SIWZ. Przedmiot zamówienia będzie świadczony w budynkach mieszczących się przy ulicach M. Skłodowskiej-Curie i Waszyngtona oraz w bloku mieszkalnym przy ulicy Szpitalnej

Odnośniki odnoszą się do postawionych zarzutów

Ad.1

Dla usług składających się na przedmiot zamówienia ustawodawca przewidział różny sposób opodatkowania podatkiem od towarów i usług (zw., 23%). Przy czym, zwolnienie z podatku obejmuje swoim przedmiotem jedynie:

- czynności pomocowe polegające na czynnym udziale personelu sprzątającego w opiece nad pacjentem oraz
- transportu wewnętrznego,

w zakresie, w jakim usługi te stanowią usługi opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia świadczone na rzecz zakładów opieki zdrowotnej na ich terenie albo wykonywane w ramach działalności leczniczej przez podmioty lecznicze.

Podstawą powyższego zwolnienia jest art. 43 ust. 1 pkt 18 lub art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy o podatku od towarów i usług.

Zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy o VAT zwalnia się od podatku usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawę towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane, świadczone na rzecz podmiotów leczniczych na terenie ich zakładów leczniczych, w których wykonywana jest działalność lecznicza.

W art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy VAT określono natomiast, że zwalnia się od podatku usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawę towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane, wykonywane w ramach działalności leczniczej przez podmioty lecznicze.

Wreszcie objęte zwolnieniem zostały przez ustawodawcę czynności pomocowe polegających na czynnym udziale personelu sprząającego w opiece nad pacjentem - w zakresie przedmiotowym określonym art. 43 ust. 1 pkt (18) 18a ustawy VAT, na podstawie którego to przepisu zwolnieniu podlegają m.in. czynności polegające na:

- a) pomocy i czynnym udziale przy myciu pacjentów,
- b) pomocy przy zmianie pozycji w łóżku,
- c) pomocy przy przełożeniu pacjenta na łóżko po zabiegu, na wózek transportowy na stół rtg itp.,
- d) pomocy przy zmianie pampersów pacjentom,
- e) pomocy przy ubieraniu, rozbieraniu pacjentów oraz przy zmianie bielizny,
- f) asystowaniu pacjentom przy korzystaniu z toalety i łazienek,
- g) podawaniu na prośbę pacjenta i odbieranie basenów, kaczek, nocników, misek nerkowatych, misek do mycia i pomoc w ich użyciu i użyciu artykułów higienicznych,
- h) opróżnianiu ssaków z wydalini,
- i) reagowaniu na alarmy z sal pacjentów np: podanie basenu, odebranie basenu.

Pamiętać w powyższym względzie należy, że zasadą wynikającą z orzecznictwa TSUE, jak i sądów krajowych jest to, iż każde świadczenie powinno być traktowane jako odrębne i niezależne (jako przedmiot opodatkowania), zaś traktowanie ich jako świadczeń złożonych (kompleksowych) ma charakter wyjątkowy. (por. wyrok TSUE z dnia 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96 (Card Protection Plan Ltd, wyrok WSA w Białymstoku w wyroku z dnia 19 stycznia 2012 r. (I SA/Bk 462/11, LEX nr 1109597)). Podobnie jak wyjątek od zasady stanowi zwolnienie podatkowe z usług. W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że aby usługa mogła zostać uznana za kompleksową, składające się na nią świadczenia powinny pozostawać między sobą w nierozzerwalnym związku. Dopiero wówczas te świadczenia, nie dając się wyodrębnić, tworzą w efekcie jednorodną usługę (świadczenie) (tak Adam Bartosiewicz, VAT. Komentarz, wyd. IX, LEX 2015).

Przypomnieć w tym miejscu należy, że w obecnym stanie prawnym dla uzyskania takiego zwolnienia konieczne jest:

- po pierwsze: spełnienie warunku podmiotowego, tj. posiadanie odpowiedniego statusu przez podmiot, na rzecz którego świadczy się usługę (art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy o VAT), lub przez podmiot, który tę usługę świadczy (art. 43 ust. 1 pkt 18 ustawy o VAT), oraz
- po drugie: spełnienie warunku przedmiotowego, tj. przedmiotem usługi muszą być usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawę towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane.

Zwolnienia – stanowiącego wyjątek od zasady opodatkowania - nie stosuje się w odniesieniu do czynności, które nie spełniają chociażby jednego z ww. warunku (podmiotowego lub przedmiotowego) (podobnie Jacek Matarewicz, Komentarz do art. 43 Ustawy o podatku od towarów

i usług, Opublikowano: LexisNexis 2014, por. także Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie, 26 kwietnia 2011 r., IPPP1-443-363/11-4/PR, LexisNexis nr 2516596 (<http://sip.mf.gov.pl/>, 2 sierpnia 2013 r.).

W ocenie Odwołującego, niektóre z usług objętych przedmiotem zamówienia kwalifikują się jako usługi pomocnicze przy pacjencie, o których mowa w art. 43 ust. 1 pkt. 18a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, tj. zwolnione z podatku VAT. Co do zasady są to usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawy towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane, świadczone na rzecz podmiotów leczniczych na terenie ich zakładów leczniczych, w których wykonywana jest działalność lecznicza. Na gruncie tego postępowania wydaje się, iż do usług tego rodzaju można zaliczyć usługi tj. m.in.

- pomoc przy karmieniu chorych pod nadzorem pielęgniarki,
- pomoc chorym przy toalecie, kąpielach. Wymiana pampersów, podawanie basenów pod nadzorem pielęgniarki,
- pomoc przy ubieraniu/rozbieraniu pacjentów hospitalizowanych,
- transport chorych do pracowni diagnostycznych, leczniczych, rehabilitacyjnych, na blok operacyjny, SOR, do jednostek łóżkowych (kliniki, oddziały) i na konsultacje wewnętrzne,

W celu klasyfikacji, o jakich usługach jest mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18, 18a ustawy o podatku od towarów i usług, należy pamiętać, iż zwolnienie o jakim mowa w przepisach przywołanych powyżej ma charakter zwolnienia podmiotowo- przedmiotowego. Zwolnienie podmiotowe oznacza, iż zwolnieniu od podatku podlegają usługi opieki medycznej, które spełniają określone warunki – służą profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia i świadczone są przez konkretne, wymienione przez ustawodawcę podmioty, podmioty lecznicze lub inne podmioty wykonujące te usługi na rzecz podmiotów leczniczych na terenie ich przedsiębiorstw, w których wykonywana jest działalność lecznicza. Z uwagi na status prawny zamawiającego aspekt podmiotowy zwolnienia wydaje się nie budzić wątpliwości. Pozostaje jednak aspekt przedmiotowy.

Należy zauważyć, że powyższe zwolnienie odnosi się do usług w zakresie opieki medycznej oraz dostawy towarów i usług ściśle z tymi usługami związanych, wykonywanych w ramach działalności leczniczej przez podmioty lecznicze oraz świadczonych na rzecz podmiotów leczniczych na terenie ich przedsiębiorstw, w których wykonywana jest działalność lecznicza.

Stanowisko powyższe poparte zostało m.in. przez Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu w interpretacji indywidualnej z dnia 17 grudnia 2014 r., sygn. sprawy ILPP/443-234/14-3/PG oraz interpretacji indywidualnej Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 28 kwietnia 2014 r., sygn. sprawy ILPP5/443-23/14-4/KG. Poniżej przywołane zostały najważniejsze fragmenty obu interpretacji:

„Jeżeli chodzi o pojęcie „opieki medycznej” dotyczy świadczeń medycznych, które służą diagnozie, opiece oraz w miarę możliwości, leczeniu chorób lub zaburzeń zdrowia. Cel usługi medycznej określa, czy powinna ona korzystać ze zwolnienia: jeżeli z kontekstu wynika, że jej głównym celem nie jest ochrona, utrzymanie bądź przywrócenie zdrowia, lecz inny cel, to wówczas zwolnienie nie będzie miało zastosowania. Innymi słowy, aby podlegać zwolnieniu świadczenie powinno mieć cel terapeutyczny, tym samym liczy się nie charakter usługi, ale jej cel. Pojęcia „opieka medyczna” i „działalność ściśle związana z opieką szpitalną i medyczną (leczeniem szpitalnym, medycznym) nie obejmują świadczeń, które nie przedstawiają żadnego związku z opieką szpitalną nad odbiorcami tych świadczeń ani z opieką medyczną świadczoną ewentualnie na ich rzecz.

Usługi są ściśle związane z opieką szpitalną i medyczną jedynie wówczas, gdy są rzeczywiście świadczone jako usługi pomocnicze względem stanowiącej świadczenie główne opieki szpitalnej/medycznej nad odbiorcami. Świadczenie może być uznane za pomocnicze względem świadczenia głównego, jeżeli nie stanowi celu samego w sobie, lecz środek służący jak najlepszemu skorzystaniu ze

świadczenia głównego usługodawcy. Jedynie świadczenie usług, które logicznie wpisują się w ramy dostarczania usług opieki szpitalnej i medycznej i które w procesie świadczenia tych usług stanowią etap niezbędny, aby osiągnąć cele terapeutyczne, którym te ostatnie służą, mogą stanowić „działalność ściśle związaną” w rozumieniu omawianych przepisów, gdyż jedynie takie usługi mogą mieć wpływ na koszty opieki zdrowotnej, która staje się dostępną w drodze zwolnienia od podatku.

Zaznaczyć należy, iż zdefiniowano w przepisach ustawy o podatku VAT zakres zwolnienia poprzez zawężenie go wyłącznie do usług opieki medycznej służących profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia. Istotny jest cel wykonywanych świadczeń. Ze zwolnienia generalnie korzystają tylko czynności, które mają charakter diagnostyczny lub terapeutyczny (lecniczy) tj. których celem jest profilaktyka, zachowanie, ratowanie, przywracanie i poprawa zdrowia. „Profilaktyka” to wszelkie działania i środki stosowane w celu zapobiegania czemuś niepożądanemu, likwidowanie przyczyn niekorzystnych zjawisk, to działania i środki stosowane w celu zapobiegania chorobom. „Zachowywanie” rozumiane jest jako dochowanie czegoś w stanie niezmienionym, nienaruszonym lub niezniszczonym mimo upływu czasu lub niesprzyjających okoliczności, utrzymanie. Definiując „ratowanie”: należy odwołać się słów: ratować” „ratownictwo”; „ratować” to starać się ocalić, zachować coś, natomiast „ratownictwo” jest rozumiane jako ogół środków i metod ratowania życia ludzkiego i niesienia pomocy w warunkach zagrożenia; „przywracać” oznacza doprowadzić coś do poprzedniego stanu, wprowadzić coś na nowo, odtworzyć coś w pierwotnej postaci, wznowić odnowić, sprawić, że ktoś się znajdzie w takiej sytuacji, w takim stanie, w jaki był poprzednio.

Pojęcie „opieki medycznej” przewidziane w art. 43 ustawy o podatku od towarów i usług, obejmuje zatem świadczenie medyczne wykonywane w celu ochrony, w tym zachowania lub przywrócenia zdrowia osób, a zatem to obejmuje zarówno diagnozę, leczenie jak i profilaktykę. Innymi słowy opieka medyczna rozumiana jako zespół czynności funkcjonalnie skierowanych na utrzymanie bądź przywrócenie dobrego stanu zdrowia stanowiący ciąg czynności, których celem jest utrzymanie bądź przywrócenie dobrego stanu zdrowia, obejmująca na wstępie czynności polegające na obserwacji i badaniu, a następnie ewentualnie na diagnozie i leczeniu. Jednakże, aby wykonywane czynności miały status opieki medycznej muszą być podejmowane w stosunku do konkretnego pacjenta w procesie prowadzonej lub planowanej terapii. Usługi ściśle związane z opieką szpitalną medyczne, dostarczane jako usługi pomocnicze względem świadczenia głównego tj. opieki szpitalnej nad ich odbiorcami. Jednocześnie usługa pomocnicza to taka usługa, która nie stanowi dla odbiorcy celu samego w sobie, ale jest środkiem dla lepszego wykorzystania usługi zasadniczej. Z powyższego wynika, że dla rozstrzygnięcia czy konkretna usługa medyczna korzysta ze zwolnienia, decydująca znaczenie ma cel na jaki jest ona świadczona. Oznacza to, że takie samo świadczenie wykonywane na różne cele może być równie opodatkowane.

Reasumując usługami korzystającymi ze zwolnienia będą usługi polegające na: pomocy pacjentom przy zaspokajaniu potrzeb fizjologicznych (podawania kaczek, basenów, zmiana pieluch), pomoc przy wymianie i opróżnieniu worków z wydzielinami i wydaliniami, pomoc pacjentom przy zmianie bielizny osobistej, bielizny pościelowej chorego leżącego, pomoc przy toalecie pacjentom, pomoc przy zmianie pozycji pacjentom leżącym, karmienie, pomoc przy karmieniu pacjentów, pomoc lub transport do karetki, na zabiegi, badania diagnostyczne.

Natomiast nie będą zwolnione usługi polegające na: myciu i dezynfekcji kaczek, nocników, basenów, zdejmowanie bielizny pościelowej, mycie i dezynfekcja łóżek po wypisie, rozdawanie lub pomoc przy rozdawaniu posiłków, zmywanie, wyparzanie naczyń, pomoc przy toalecie pośmiertnej, pomoc przy transporcie zwłok, transport odpadków, transport posiłków, transport narzędzi i materiałów, transport łóżek, transport materiałów biologicznych do badań. Powyższe wynika z faktu, iż wymienione wyżej usługi nie są usługami w zakresie opieki medycznej, służącymi profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu,

przywracaniu i poprawie zdrowia ani też ściśle z tymi usługami związanymi. Świadczenia zdrowotne działania medyczne dotyczą bowiem pacjentów, wykonywane są w stosunku do pacjentów, którzy są ich odbiorcami. Zaś wymienione powyżej czynności służą prawidłowemu funkcjonowaniu podmiotu leczniczego pod względem technicznym i porządkowych oraz dotyczą zmarłych pacjentów i nie są skierowane na leczenie pacjentów."

Zważywszy na fakt, iż:

- ww. prace pomocnicze przy pacjencie są zwolnione z podatku VAT, natomiast prace pozostałe są opodatkowane wg stawki 23%,
- prawidłowość ustalania relacji pomiędzy sprzedażą opodatkowaną a zwolnioną w już realizowanych kontraktach tego typu jest przedmiotem zainteresowania Urzędów Kontroli Skarbowej - koniecznym jest określenie przez Zamawiającego jaki procent wartości usługi kompleksowej będą w ocenie Zamawiającego stanowić czynności pomocnicze przy pacjencie rzeczywiście korzystające ze zwolnienia z podatku VAT oraz które świadczenie stanowi świadczenie przeważające.

Dla usług składających się na przedmiot zamówienia ustawodawca przewidział różny sposób opodatkowania podatkiem od towarów i usług (zw.,23%). Wydaje się, iż poprzez dokonane przez Zamawiającego wyodrębnienie pozycji usługi „przy pacjencie” w treści załącznika nr 2 do SIWZ pn. Zakres czynności pomocniczych, Zamawiający zauważa fakt, iż na przedmiot zamówienia składają się również usługi objęte zwolnieniem z podatku VAT. Jednakże nie wszystkie wskazane tam usługi stanowią usługi służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu i poprawie zdrowia tj. czynności stanowiących usługę pomocniczą przy pacjencie zwolnioną z podatku VAT, o których mowa w ustawie o podatku od towarów i usług; ponadto brak jest pozycji umożliwiającej wycenę czynności transportu przy pacjencie.

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest zatem kilka, niezwiązanych ze sobą usług, dla których powinny zostać przyjęte różne stawki podatku VAT w zależności od ich zakresu.

Ponieważ w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z usługami, podlegającym opodatkowaniu różnymi stawkami podatku VAT, istnieje realne ryzyko ustalania przez wykonawców w ofertach stawek podatku VAT w sposób dowolny, co sprawi, iż staną się ofertami nieporównywalnymi, a w braku stosownej informacji w SIWZ odnośnie proporcji wartości czynności pomocniczych przy pacjencie zwolnionych z VAT do wartości pozostałych usług, Zamawiający nie będzie mógł również ocenić zgodności ofert z SIWZ lub stwierdzić błędu w obliczeniu ceny.

Wyżej opisana dowolność w kształtowaniu proporcji poszczególnych usług w ramach oferowanego świadczenia, którą Zamawiający pozostawił wykonawcom, może być nadużywana przez niektórych wykonawców w sposób naruszający konkurencję, tj. dowolne, oderwane od rzeczywistości ustalanie proporcji wartości poszczególnych usług na korzyść usług zwolnionych z VAT, celem zaoferowania niższej ceny (niższej o podatek VAT), przy jednoczesnym naruszeniu przepisów podatkowych.

W obecnym kształcie treści opisu przedmiotu zamówienia może dojść do sytuacji gdy różnica pomiędzy ceną netto, a ceną brutto za świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia będzie znikoma (kilka procent), a w konsekwencji prowadzić będzie do konkluzji, że znaczną część ceny netto stanowi cena za wykonanie usług objętych zwolnieniem od podatku VAT.

Przyjęty przez Wykonawcę model kształtowania ceny zakładać może, że np. ok. 20% całości usługi zostało wycenionych na poziomie przekraczającym 80% ceny oferty. Dla takiego przyjęcia trudno poszukiwać uzasadnienia w zakresie usługi objętym zwolnieniem od podatku VAT, w tym obowiązującymi przepisami podatku VAT, jakimikolwiek obiektywnymi ekonomicznie podstawami. Skutki zaś takie działania mogą być takie, iż Wykonawcę, który zaproponuje niższą cenę netto, niż Wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, nie otrzyma przedmiotowego

zamówienia. Opisany model nie ma bowiem na celu zaferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu poprzez konkurowanie ceną, lecz jedynie wykorzystanie proporcji usług, której wynikiem było przyjęcie określonej, korzystnej dla Wykonawcy stawki podatku VAT i uzyskanie w ten sposób przedmiotu zamówienia.

W opinii Odwołującego – ustalenie relacji pomiędzy wartością sprzedaży opodatkowanej i zwolnionej przez Zamawiającego, już na etapie prowadzonego postępowania – pozwoli na uniknięcie opisanych powyżej czynności w przyszłości.

Zamawiający powinien dokonać jednej z wnioskowanych wyżej czynności, z uwagi na zasadę przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W oparciu o aktualne postanowienia opisu przedmiotu zamówienia, mogą bowiem zostać złożone oferty cenowe, których nie będzie się dało porównać, gdyż wykonawcy obliczą cenę oferty brutto w oparciu o założenie odmiennych relacji usług sprzątanania do usług pomocniczych przy pacjencie.

W treści SIWZ w szczególności formularza ofertowego, dokonano wyodrębnienie różnych pozycji składających się na całość przedmiotu zamówienia, jest wyodrębnienie czynności pomocniczych przy pacjencie, choć brak jest samodzielnej pozycji zawierającej odniesienie tylko do czynności służących profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu i poprawie zdrowia. Powyższe jest o tyle istotne, iż wysokość stawki należnego od poszczególnych usług podatku - jak zostało wskazane powyżej – będzie różna. Ponadto różne są przeliczniki wartości usługi w przypadku usługi sprzątanania – m² i usług pomocniczych służących profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu i poprawie zdrowia – miesiąc. Tak sformułowany opis *de facto* umożliwia wykonawcom wycenę usług, które wiążą się ściśle ze sprzątananiem powierzchni szpitalnych.

Zamawiający powinien zatem jednoznacznie określić, że przewiduje odrębną kalkulację czynności pomocniczych przy pacjencie w tym usług służących profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu i poprawie zdrowia oraz uwzględnić w formularzu pn. kalkulacja cenowa, iż pozycje dla ww. usług wycenia się podając wartości netto i brutto za 1 miesiąc oraz za 36 miesięcy.

Mając na uwadze powyższe, zmiana treści formularza cenowego jest konieczna, z uwagi na zasadę przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający ustalając sposób wyceny usługi nie może korzystając ze swej pozycji dominującej w postępowaniu sztucznie, wbrew naturze danej usługi, określać sposobu jej wyceny. Sposób wyceny ofert nie może być oderwany od przedmiotu zamówienia i jego charakteru.

Ad.2

W procedurze udzielania i realizacji zamówień publicznych to zamawiający jest w pozycji uprzywilejowanej względem wykonawców, umożliwiającą mu narzucanie warunków dotyczących realizacji zamówienia, jednak powinien on tak ukształtować treść umowy, aby realizacja zamówienia w ogóle była możliwa. Zatem zastrzeżenie kar umownych nie powinno być celem samym w sobie, ale środkiem dyscyplinującym wykonawcę. Wielokrotnie wskazywała na to Krajowa Izba Odwoławcza, m.in. w wyroku z dnia 5 marca 2014 r., sygn. akt KIO 283/14.

Jeśli wykonawca uzna określone zapisy wzoru umowy za sprzeczne z prawem – czy to z ustawą PZP, czy też z Kodeksem cywilnym – może skorzystać ze środków ochrony prawnej, tzn. wnieść do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z art. 182 ust. 2 PZP. Należy zwrócić uwagę, że KIO często uwzględnia takie odwołania, jeśli zamawiający przykładowo określił niewspółmiernie wysokie kary umowne, czy też nieprecyzyjnie opisał zasady odpowiedzialności wykonawcy. Przywołać można m.in. wyrok w sprawach KIO 1626/16; KIO 1632/16;

KIO 1636/16, w którym Izba przyjęła, iż „Mimo, że umowy w sprawie zamówienia publicznego zbliżone są w swojej naturze do umów adhezyjnych, w których ograniczenie zasady równości stron kontraktu jest szczególnie widoczne, to przyzwolenie na nieekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie może być nieograniczone. Za rażąco niesprawiedliwe należy uznać obciążenie wykonawcy działającego z należytą starannością oraz zgodnie z wymaganiami zamawiającego opisanymi w PFU konsekwencjami działania podmiotów trzecich. Zamawiający mając faktyczną przewagę nad wykonawcami, nie może narzucać im warunków umowy, które są dla nich widocznie krzywdzące. Takie działanie narusza zasady współżycia społecznego, przez co jest sprzeczne z art. 353¹ Kodeksu cywilnego”.

W ocenie Odwołującego Zamawiający próbuje wykorzystać swoją pozycję dominującą w przetargu i wbrew zasadom współżycia społecznego, wprowadzić do umowy rażąco wygórowaną karę umowną, która z uwagi na swą konstrukcję, może mieć zastosowanie zarówno w przypadku drobnego uchybienia, nieskutkującego powstaniem jakiegokolwiek szkody po stronie Zamawiającego, jak i w przypadku niewykonania zobowiązania w znacznej części. Nie można również zapominać, że podstawową funkcją kary umownej jest naprawienie szkody (zryczałtowane odszkodowanie), a zatem stawka kary umownej nie powinna być ustalona abstrakcyjnie, lecz z uwzględnieniem przewidywanej szkody, jaka może powstać po stronie Zamawiającego. Jednakże postanowienie projektu umowy nie zostało oparte na powyższych założeniach, stąd wniosek o jego zmianę.

W zakresie samej kary umownej należy wskazać, iż kara umowna ma charakter wyłącznie odszkodowawczy i kompensacyjny. Na gruncie przepisów prawa cywilnego nie ma podstaw do uznania kary umownej jako środka prewencyjnego, którego celem jest silne oddziaływanie na niesolidnych wykonawców w sposób zapewniający należyte wykonanie umowy. Zatem ustalenie przez Zamawiającego zbyt wygórowanych kar umownych stanowi rażące naruszenie prawa. Rażąco wygórowane kary prowadzą do sprzeczności celu umowy z zasadami współżycia społecznego, której skutkiem jest bezwzględna nieważność czynności prawnej (art. 353¹ Kc w zw. z art. 58 § 1 Kc).

Zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego prawo Zamawiającego do ustalenia warunków umowy ma swoje ograniczenie - Zamawiający nie może prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to m.in. z brzmienia jednej z najważniejszych zasad prawa cywilnego wyrażonej w art. 5 Kc, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Zamawiający konstruując wskazane kary umowne dopuścił się naruszenia art. 5 Kc.

Zaproponowane przez Odwołującego obniżenie wysokości kar umownych ma z jednej strony zapewnić, iż w dalszym ciągu kary umowne będą spełniały funkcję represyjną, z drugiej zaś, że zaczną spełniać funkcję odszkodowawczą oraz prewencyjną, a nie „zarobkową”. Słuszność powyższego stanowiska poparła również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 grudnia 2015 r., sygn. akt KIO 2546/15. Zmiany, których Odwołujący oczekuje w SIWZ są również powodowane koniecznością zapobieżenia określonym działaniom Zamawiającego polegającym na nadużyciu prawa do obciążania wykonawcy karami umownymi (kary umowne nie powinny służyć wzbogaceniu Zamawiającego).

Przechodząc do wniosku o doprecyzowanie okoliczności stanowiących podstawę naliczenia kary umownej, wskazać należy, iż w przypadku gdy określone zachowanie się wykonawcy obwarowane jest sankcją zapłaty kary umownej, niezwykle istotnym staje się obowiązek Zamawiającego jasnego, wyraźnego i jednoznacznego sformułowania postanowień SIWZ, którego integralną częścią jest projekt umowy. W okolicznościach omawianego przypadku przejawia się to poprzez zweryfikowanie okoliczności, stanowiących podstawę naliczenia kary umownej. Tytułem przykładu: zgodnie z SIWZ „Wykonawca zapłaci za rzecz Zamawiającego karę umowną, w wysokości

0,25 % wartości miesięcznego wynagrodzenia brutto, określonego w § 8 ust. 2, za każdy stwierdzony przypadek uchybienia obowiązkowi określonemu w Umowie, w tym w załącznikach do Umowy, z zastrzeżeniem pkt 3 - 4; (...)

1 % wartości miesięcznego wynagrodzenia brutto, określonego w § 8 ust. 2, za każdy stwierdzony przypadek naruszenia określonego w załącznikach do Umowy obowiązku znajomości przez Personel procedur, opisanych w Księdze Higieny Szpitalnej lub innych procedur ogólnoszpitalnych, obowiązujących u Zamawiającego, wyszczególnionych w Załączniku nr 4;

proceedzi to do wniosku, że gdy Zamawiający podczas kontroli zobaczy brudną podłogę, idąc dalej po obiekcie sytuacja się powtórzy to będzie podstawą do naliczenia kary umownej w wysokości jak powyżej za każdy brudny parapet czy też kara w wysokości jak powyżej będzie naliczana za każdą błędną odpowiedź osoby z Personelu w zakresie znajomości przez Personel procedur zawartych w Księdze Higieny Szpitalnej lub w innych procedurach ogólnoszpitalnych.

Tak rygorystyczne określenie okoliczności uzasadniających naliczenie kary umownej należy uznać, za nadużycie pozycji dominującej przez zamawiającego i określenie sankcji zbyt daleko idącej a tym samym nadmiernej np. jednokrotne nieumycie kaloryfera lub inne „małe przewinienie” może skutkować naliczeniem wysokiej kary umownej a następnie nawet odstąpieniem od umowy.

Powyższe uzasadnia wniosek o zmianę przesłanek zastosowania kary umownej poprzez zastosowanie tak daleko idącej sankcji jedynie w przypadkach uporczywego, wielokrotnego nieusuwania usterek tego samego rodzaju, w krótkich odstępach czasu.

W ocenie Odwołującego Zamawiający próbuje wykorzystać pozycję dominującą w przetargu i wbrew zasadą współżycia społecznego, wprowadzić do umowy instytucję kary umownej z wykorzystaniem klauzul generalnych które, pozwolą na rozszerzającą interpretację okoliczności stanowiących podstawę naliczenia kary umownej. Można wyobrazić sobie również sytuację w której ta sama okoliczność będzie podstawą naliczenia kary umownej a następnie odstąpienia od umowy. W tym stanie rzeczy, opis przedmiotu zamówienia powinien zostać uzupełniony zgodnie z wnioskiem Odwołującego.

Reasumując, należy uznać, iż czynności dokonane przez Zamawiającego, opierające się na wskazanych powyżej błędach i zaniechaniach, są nieprawidłowe i w sposób bezsporny naruszają przepisy ustawy Pzp. W związku z powyższym, niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione i zasługuje na uwzględnienie, dlatego też wnoszę jak w petitum.



r. pr. Iwona Januszewska
(nr wpisu WA-11144)
pełnomocnik Odwołującego

Załączniki:

1. informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Odwołującego;
2. pełnomocnictwo do złożenia odwołania;
3. dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
4. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.



CENTRALNA INFORMACJA KRAJOWEGO REJESTRU SĄDOWEGO

KRAJOWY REJESTR SĄDOWY

Stan na dzień 02.01.2018 godz. 06:10:40
Numer KRS: 000041127

Informacja odpowiadająca odpkowi aktualnemu
z REJESTRU PRZEDSIĘBIORCÓW
pobrana na podstawie art. 4 ust. 4aa ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze
Sądowym (Dz. U. z 2007 r. Nr 168, poz.1186, z późn. zm.)

Table with 4 columns: Data nadania, Data wycofania, Data wykreślenia, Data aktualizacji. Row 1: 14.02.2013, 12, 04.11.2017, 04.11.2017.

Dział 1

Rubryka 1 - Dane podmiotu. Includes: 1. Nazwa i forma prawna: SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ, 2. Siedziba: ul. NAHORSKIEGO 100A, 01-220 Warszawa.

Rubryka 2 - Siedziba i adres podmiotu. Includes: 1. Siedziba: ul. NAHORSKIEGO 100A, 01-220 Warszawa, 2. Adres: ul. NAHORSKIEGO 100A, 01-220 Warszawa.

Rubryka 3 - Oddziały. Brak wpisów.

Rubryka 7 - Dane wspólników. Includes: 1. Nazwa i forma prawna: WUSILA, 2. Nazwa: ANNA, 3. Numer PESEL: 74112700070.

Rubryka 8 - Kapitał spółki. Podrubryka 1: Informacja o wkładzie aportu. Brak wpisów.

Rubryka 9 - Nie dotyczy. Brak wpisów.

Rubryka 10 - Nie dotyczy. Brak wpisów.

Dział 2

Rubryka 1 - Organ uprawniony do reprezentacji podmiotu. Includes: 1. Nazwa organu: Zarząd, 2. Zasadnicze informacje o organie: DO SAŁADZKA OŚWIADCZENIA I W ZAKRESIE PRAW I OBOWIĄZKÓW MAJĄKOWYCH SPÓŁKI...

Rubryka 4 - Informacje o umowie. Includes: 1. Data i treść umowy, 2. Data i treść umowy, 3. Data i treść umowy.

Rubryka 5. Includes: 1. Nazwa i forma prawna, 2. Nazwa i forma prawna, 3. Nazwa i forma prawna.

Rubryka 6 - Sposób powołania spółki. Includes: 1. Nazwa i forma prawna, 2. Nazwa i forma prawna, 3. Nazwa i forma prawna.

Podrubryka 1 - Podstawa powołania spółki. Includes: 1. Nazwa i forma prawna, 2. Nazwa i forma prawna, 3. Nazwa i forma prawna.

Podrubryka 1 - Dane osób wchodzących w skład organu. Includes: 1. Nazwa i forma prawna: WUSILO, 2. Nazwa: ANNA, 3. Nazwa: ANNA.

Rubryka 2 - Organ nadzoru. Includes: 1. Nazwa organu: RADA NADZORCZA, 2. Nazwa i forma prawna: WUSILA, 3. Nazwa: ANNA.

Rubryka 3 - Prokuranci. Includes: 1. Nazwa i forma prawna: PIREB, 2. Nazwa: ANNESIA.

Handwritten signature or mark.

1) Numer CEIDG:	13791300046
4) Rodzaj procedury:	ROZWIĄZANIE SPÓŁNOŚCI

Dział 3

Rubryka 1 - Przedmiot działalności		
1) Przynajmniej jedna z poniższych działalności	1	01.10.2. DZIAŁALNOŚĆ KONWENCJA ZWIĄZANA Z WYKORZYSTANIEM POROZUMIENIA W BUDYNKACH
2) Przynajmniej jedna z poniższych przedsięwzięć	1	02.10.2. DZIAŁALNOŚĆ KONWENCJA Z WYKORZYSTANIEM SYSTEMÓW
	2	02.10.3. DZIAŁALNOŚĆ KONWENCJA W ZAKRESIE OBSŁUGI SYSTEMÓW
	3	01.21.2. NIEPEŁNOSPRAWNOŚĆ I SPÓŻYTKI W BUDYNKACH I OBIEKTACH HUBISZOWYCH
	4	01.22.2. SPECJALISTYCZNE PRACOWNIE ALDARMIÓW I OBIEKTÓW PRZEMISŁOWYCH
	5	01.29.2. POZOSTAŁE WYKAZANE
	6	01.70.2. DZIAŁALNOŚĆ ILLUMINACYJNA Z ZAKRESU PRACOWNIE I TERENÓW ZIELONE
	7	02.11.7. DZIAŁALNOŚĆ ILLUMINACYJNA Z ZAKRESU PRACOWNIE I TERENÓW ZIELONE
	8	02.20.2. DZIAŁALNOŚĆ ZWIĄZANA Z ORGANIZACJĄ TARGÓW, WYSTAW I KONFERENCJI
	9	02.31.1. RESTAURACJE I INNE STAŁE PŁACÓWKI GASTRONOMICZNE

Rubryka 2 - Wzmianki o sędziowych dokumentach			
Rodzaj dokumentu	Numer w toku	Data ogłoszenia	Zakończono do
1) Wzmianka o ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia	1	13.08.2013	14.02.2012 R. - 31.12.2012 R.
	2	12.07.2014	00.01.01.2015 DO 31.12.2015
	3	07.07.2014	00.01.01.2015 DO 31.12.2014
	4	05.06.2016	00.01.01.2015 DO 31.12.2015
	5	15.07.2017	00.01.01.2016 DO 31.12.2016
2) Wzmianka o ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia	1	*****	14.02.2012 R. - 31.12.2012 R.
	2	*****	00.01.01.2014 DO 31.12.2014
	3	*****	00.01.01.2015 DO 31.12.2015
	4	*****	00.01.01.2016 DO 31.12.2016
3) Wzmianka o udzieleniu zamówienia lub wyłonieniu wykonawcy	1	*****	14.02.2012 R. - 31.12.2012 R.
	2	*****	00.01.01.2015 DO 31.12.2015
	3	*****	00.01.01.2016 DO 31.12.2016
	4	*****	00.01.01.2015 DO 31.12.2015
4) Wzmianka o udzieleniu zamówienia z dostawą towarów	1	*****	00.01.01.2016 DO 31.12.2016
	2	*****	14.02.2012 R. - 31.12.2012 R.
	3	*****	00.01.01.2016 DO 31.12.2016
	4	*****	00.01.01.2015 DO 31.12.2015

Rubryka 3 - Sprawozdania grupy kapitałowej	Brak wpisów
Rubryka 4 - Przedmiot działalności statutowej organizacji pożytku publicznego	Brak wpisów
Rubryka 5 - Informacje o dniu kończącym rok obrotowy	Brak wpisów
Dział 4	
Rubryka 1 - Zaległości	Brak wpisów
Rubryka 2 - Wierzytelności	Brak wpisów
Rubryka 3 - Informacje o oddaleniu wniosku o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 13 ustawy z 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe albo o zabezpieczeniu majątku dłużnika w postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości albo w postępowaniu restrukturyzacyjnym albo po prawomocnym umorzeniu postępowania restrukturyzacyjnego	Brak wpisów
Rubryka 4 - Umorzenie prowadzonej przeciwko podmiotowi egzekucji z uwagi na fakt, że z egzekucji nie uzyskała się sumy wyższej od kosztów egzekucyjnych	Brak wpisów
Dział 5	
Rubryka 1 - Kwalifikacja	Brak wpisów
Dział 6	
Rubryka 1 - Ustanowienie	Brak wpisów

Rubryka 1 - Informacja o rozwiązaniu lub ulżeniu spółki	Brak wpisów
Rubryka 3 - Nie dotyczy	Brak wpisów
Rubryka 4 - Informacja o połączeniu, podziale lub przekształceniu	Brak wpisów
Rubryka 5 - Informacja o postępowaniu upadłościowym	Brak wpisów
Rubryka 6 - Informacja o postępowaniu układowym	Brak wpisów
Rubryka 7 - Informacja o postępowaniach restrukturyzacyjnych lub o postępowaniu naprawczym	Brak wpisów
Rubryka 8 - Informacja o zawieszeniu działalności gospodarczej	Brak wpisów

Wniosek sporządza wyrok z dnia 02.01.2018
 Sąd Rejonowy dla M. St. w Warszawie, XII Rejonowy Sąd Gospodarczy, Informacje z rejestru, http://krs.ms.gov.pl



ING Bank Śląski S.A.
ul. Sokolska 34
40-086 Katowice

Potwierdzenie transakcji

Nr transakcji w ING Banku Śląskim S.A.: 64001013794 Data księgowania: 02.01.2018 Data transakcji: 02.01.2018

Dane Płatnika:

67 1050 1575 1000 0023 6068 8218
ING Bank Śląski
DGP CLEAN PARTNER SPÓŁKA Z
OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ
UL. NAJŚWIĘTSZEJ MARII PANNY 5E
59-220 LEGNICA

Dane Odbiorcy:

60 1010 1010 0081 3622 3100 0000
URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Tytuł operacji:

WPIS OD ODWOŁANIA - UNIWERSYTECKI
SZPITAL KLINICZNY W BIAŁYMSTOKU

Szczegóły operacji:

PRZELEW

Kwota:

15 000,00

Waluta:

PLN

Dokument wygenerowany elektronicznie, nie wymaga pieczęci ani podpisu. Dokument sporządzony na podstawie art.7 Ustawy Prawo Bankowe (Dz. U. Nr 72 z 2002 roku, poz. 663 z późniejszymi zmianami).