

**WYROK**  
**z dnia 28 grudnia 2018 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Członkowie: Aneta Mlącka**

**Katarzyna Odrzywolska**

**Protokolant: Marta Słoma**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2018 r. przez **Wykonawcę – Luxury Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa** z siedzibą w Warszawie przy ul. Słomińskiego 17, lok. 47 (00-195 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza-Radeckiego we Wrocławiu**, ul. Borowska 213 (50-556 Wrocław)

**orzeka:**

- 1 **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu modyfikację zapisów załącznika nr 4 do siwz, tj. wzoru umowy w ten sposób, że w § 15 ust. 1 kara umowna za opóźnienie w realizacji zleceń określonych w § 2 naliczana będzie za każde 20 minut opóźnienia w wysokości 20% wartości transportu i nie przekroczy wartości danej usługi, natomiast kara przewidziana w § 15 ust. 2 zostanie odniesiona do zdarzeń opisanych w zamkniętym katalogu naruszeń precyzujących zachowania rodzące odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.**
- 2 Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza-Radeckiego we Wrocławiu i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę Luxury Medical Care Sp. z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Zamawiającego – Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego im. Jana Mikulicza-Radeckiego we Wrocławiu na rzecz Wykonawcy - Luxury Medical Care Sp. z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. z siedzibą w Warszawie kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu.**

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

### **Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza-Radeckiego we Wrocławiu na *świadczenie usług transportu sanitarnego rozumianego jako przewóz pacjentów, transport materiałów biologicznych oraz zespołu ds. transplantacji narządów, leków i innych wynikających z działalności Zamawiającego przez 24h/7 dni w tygodniu na okres 12 miesięcy* (nr postępowania: USK/DZP/PN-319/2018), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5.12.2018 r., 2018/S 234-535030, wobec czynności polegającej na ustaleniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) oraz ogłoszenia o zamówieniu, Wykonawca Luxury Meidcal Care Sp. z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. z/s w Warszawie (dalej jako Odwołujący), wniósł w dniu 17 grudnia 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2574/18).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 353<sup>123</sup> kodeksu cywilnego oraz art. 484 § 2, art. 5 kc w zw. z art. 7 ust. 1, art. 14 oraz art. 139 ustawy Pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy, polegające na nałożeniu w siwz rażąco wygórowanych i nieadekwatnych kar umownych na wykonawcę;
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 5 kc w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 139 ustawy Pzp poprzez opisanie kar umownych w sposób niejednoznaczny i niedookreślony.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w dokumentacji postępowania, które spowodują usunięcie wszystkich naruszeń wskazanych w odwołaniu, w szczególności przez modyfikację w siwz oraz ogłoszeniu kar umownych i wprowadzenie adekwatnych wysokości za konkretne, opisane w umowie naruszenie.

#### Uzasadnienie faktyczne i prawne

We wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 4 do siwz Zamawiający opisał w § 15 kary umowne wskazując, iż Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za nieuzasadnione niedotrzymanie warunków umowy, co do terminów realizacji świadczeń w następującej wysokości: 20% wartości poszczególnej usługi brutto, jednak nie mniej niż 300 zł za każde rozpoczęte 20 minut spóźnienia w realizacji zleceń określonych w § 2 umowy (§15 ust. 1). W ocenie Odwołującego kara ta jest rażąco wygórowana, gdyż w sytuacji opóźnienia wynoszącego jedną godzinę doprowadzi do sytuacji, w której będzie mogła być

naliczona kara przekraczająca nawet 20-krotność wartości transportu wynoszącej 70 zł. Biorąc pod uwagę ilość transportów, jak i położenie siedziby Zamawiającego we Wrocławiu – piątym pod względem powierzchni miastem w Polsce, istnieje wysokie prawdopodobieństwo wystąpienia w 12-miesięcznym okresie obowiązywania umowy losowych i nieplanowanych opóźnień w transportach.

Ponadto, Zamawiający nie przewidział możliwości miarkowania kar w stosunku do stopnia zawinienia Wykonawcy, czy też możliwości odniesienia wysokości kary umownej do wartości konkretnej usługi wykonywanej w ramach zamówienia.

Rażąco wygórowaną jest również kara przewidziana w § 15 ust. 2 – w kwocie 1.000 zł. za każdy stwierdzony przypadek niewykonania usługi oraz za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Wskazane w lit a-k przykłady naruszeń zostały opisane w sposób ogólnikowy i bardzo szeroki, co pozostawia Zamawiającemu dowolność w ocenie poszczególnych zdarzeń. Obecny zapis prowadzi do dysproporcji pomiędzy orientacyjną ceną za wykonany transport w stosunku do potencjalnej kary za opóźnienie. Przykładowo, jednogodzinne opóźnienie w przypadku planowanego odwozu pacjenta (w stabilnym stanie, po wypisie do domu) jest zagrożone karą w wysokości 900 zł, a cena takiej usługi wynosi ok 80 zł. (czyli ponad 1000% ceny usługi). Jednocześnie Zamawiający zgłaszając transport robi to bez uwzględnienia jego zastrzeżeń (np. zlecając wszystkie transporty na jedną godzinę), co w konsekwencji powoduje, że w łatwy sposób może kreować sytuację, w której konieczne stanie się naliczenie kar umownych celem zmniejszenia wysokości należnych faktur. Odwołujący obecnie realizuje usługę na rzecz Zamawiającego i opiera się na własnych doświadczeniach.

Zamawiający nie przewidział możliwości usunięcia uchybień, czy wad jako okoliczności wyłączającej naliczenie kary. Nie przewidziano również możliwości miarkowania kary umownej do wysokości szkody lub co najmniej odniesienia wysokości kary do wartości konkretnej usługi wykonywanej w zamówieniu.

Ponadto, poprzez stwierdzenie, iż „kara umowna należy się za każdy stwierdzony przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy” bez określenia zamkniętego, doprecyzowanego katalogu tychże naruszeń doprowadził do sytuacji, w której w sposób dowolny będzie mógł traktować poszczególne zdarzenia, jako uprawniające do naliczenia kary umownej.

Zamawiający nie dookreślił: czym jest wyposażenie środków transportu; jak określić „najkrótszą możliwą drogę” zgodnie z § 8 ust. 4; czym jest „nieuzasadnione niedotrzymanie warunków umowy, co do terminów realizacji świadczeń w tym czasie, który upłynął od zleconej przez Zamawiającego godziny odbioru pacjenta do momentu fizycznego odebrania

pacjenta przez Wykonawcę z miejsca wskazanego w zleceniu”; czym jest „stwarzanie innych sytuacji zagrażających bezpieczeństwu pacjenta (w tym zbyt długi czas transportu)”. Użyte sformułowania odwołują się do subiektywnych odczuć pacjenta lub osoby nadzorującej (kontrolującej) realizację umowy oraz opisują nie koniecznie zdarzenia, a stan ciągły. Brak obiektywnych kryteriów stwierdzenia uchybienia prowadzi do wniosku, iż kary umowne nie zostały w umowie zastrzeżone. Zamawiający powinien zastosować mechanizm opisany w § 15 ust. 1 lit a, tj. nałożenia kary po wezwaniu do usunięcia naruszenia i nie „za każdy przypadek”.

Rażąco wygórowaną jest także kara opisana w § 15 ust. 10 w wysokości 0,5% wartości umowy brutto za każdy przypadek naruszenia postanowień umowy oraz zapisów siwz, innych niż wskazane w § 15 ust. 1-2. Jako nieprecyzyjny zapis może stanowić podstawę istotnych nadużyć ze strony Zamawiającego. Katalog przewinień powinien być zamknięty i nie pozostawiać pola do dodatkowej interpretacji. Biorąc pod uwagę wartość zamówienia 2.500.000 zł., wysokość kary umownej wyniosłaby 12.500 zł za każdy przypadek przewinienia, które nie zostało zdefiniowane.

Odwołujący wniósł o zmianę umowy w ten sposób, że:

- a) zostanie sporządzony zamknięty katalog naruszeń, za których dokonanie możliwe będzie naliczenie kar umownych;
- b) w przypadku naruszeń ciągłych (n. udzielania świadczeń niezgodnie ze zleceniem) Zamawiający będzie miał obowiązek wezwania do usunięcia naruszenia wraz z wyznaczeniem dodatkowego terminu, przed naliczeniem kar umownych;
- c) suma kar umownych nie przekroczy 10% wartości zamówienia;
- d) wysokość poszczególnych naliczonych kar umownych nie może w żadnym przypadku przekraczać jednostkowej wartości danej usługi wykonywanej w ramach realizacji przedmiotu zamówienia;
- e) w przypadku opóźnienia transportu kara umowna nie będzie przekraczać 20% wartości danego transportu za każde 20 minut opóźnienia;
- f) w przypadku stwierdzenia niewykonania usługi oraz niewykonania lub nienależytego wykonania umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy kara umowna wynosić będzie 300 zł, zamiast 1.000 zł;
- g) zmniejszona zostanie wysokość kary umownej za każdy przypadek naruszenia postanowień umowy oraz zapisów siwz, innych niż wskazane w § 15 ust. 1-2 umowy, której wysokość Zamawiający ustalił na 0,5% wartości brutto umowy, a Zamawiający

będzie miał obowiązek wezwania do usunięcia naruszenia wraz z wyznaczeniem dodatkowego terminu, przed naliczeniem kary.

Przed otwarciem rozprawy Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości. Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron pełnomocnik Zamawiającego zmodyfikował stanowisko wyrażone w piśmie procesowym uznając w części podniesione zarzuty, tj. w zakresie dotyczącym kary z § 15 ust. 10 wzoru umowy. Zamawiający zmodyfikował zapis siwz w ten sposób, iż wykreślił powyższe postanowienie i jednocześnie w § 15 ust 2, dodał literę l) o następującej treści: „naruszenie postanowień niniejszej umowy oraz zapisu SIWZ innych, niż wymienione w § 15 ust. 2 lit. od a-k”. Tym samym wysokość kary umownej została powiązana z kwotą wskazaną w §15 ust. 2 tj. 1.000 złotych za każdy stwierdzony przypadek niewykonania usługi, a nie z ogólną wartością umowy brutto.

W pozostałym zakresie stanowisko zawarte w odpowiedzi na odwołanie zostało podtrzymane w niezmienionym kształcie, tj. Zamawiający nie uznał zarzutów.

Odwołujący podtrzymał odwołanie w zakresie zarzutów, których Zamawiający nie uwzględnił.

Na podstawie art. 186 ust. 4a ustawy Pzp odwołanie podlegało rozpoznaniu na rozprawie w zakresie zarzutów, których Zamawiający nie uwzględnił, a Odwołujący nie wycofał.

### **Stanowisko Izby**

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanej czynności Zamawiającego. Z uwagi na znaczenie zapisów siwz kształtujących zakres odpowiedzialności kontraktowej przyszłego wykonawcy usługi, Odwołujący posiadał interes we wniesieniu odwołania, wyrażający się w dążeniu do zmiany wysokości kar umownych i zasad ich naliczania na obecnym etapie postępowania. Pozostawienie skarżonych klauzul umownych w niezmienionym kształcie mogło stanowić realną przeszkodę dla obrony interesów Wykonawcy realizującego kontrakt. Zgoda na zawarcie umowy na warunkach ustalonych w siwz ma bowiem istotne znaczenie z punktu widzenia dochodzenia roszczeń przed sądem w sytuacji powstania sporu dotyczącego

zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego. W świetle powyższego nie budzi wątpliwości, iż odwołanie, które ma na celu doprowadzenie zapisów siwz do stanu zgodnego z przepisami prawa, wyczerpuje przesłanki opisane w art. 179 ust. 1 Ustawy i podlega rozpoznaniu.

**Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), stanowisk stron prezentowanych na rozprawie, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.**

Przedmiot zamówienia stanowi usługa transportu sanitarnego rozumianego, jako przewóz pacjentów (transport w stanie zagrożenia życia, transport na dializoterapię, konsultacje i badania diagnostyczne, przekazanie pacjenta do innego podmiotu leczniczego, transport do domu), transport materiałów biologicznych (krwi i materiałów krwiopodobnych, materiałów biologicznych do badań) oraz zespołu ds. transplantacji narządów, leków i innych wynikających z działalności Zamawiającego przez całą dobę (24h)/7 dni w tygodniu/ przez okres 12 miesięcy. Zamawiający ustalił pakiety obejmujące różne kategorie transportu realizowanego karetkami o różnym stopniu wyposażenia i przeznaczenia (karetki specjalistyczne „S”, podstawowe „P”, transportowe „T”). Zamawiający opisał czas, w jakim zespół karetki zobowiązany jest wykonać przewóz ,tj. 30 minut od otrzymania zgłoszenia (zespół „S”), w czasie wskazanym w zleceniu, a gdy w zleceniu nie określono godziny w czasie nie dłuższym niż 60 minut od otrzymania zgłoszenia (zespół „P” i „T”). Dla zespołu „P i „T” oznaczonych, jako pilnych CITO – na ratunek, czas dotarcia do miejsca wezwania nie powinien być dłuższy niż 30 minut od zgłoszenia. Zamawiający przewidział transport pacjentów na zabiegi hemodializy według harmonogramu oraz na podstawie potrzeb Zamawiającego.

Zamówienie podzielone zostało na części (pakiety od 1 do 5) obejmujące poszczególne rodzaje przewozów w ilości szacunkowej wskazanej przez Zamawiającego, wycenianych ryczałtem lub ceną za 1 km.

We wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 4 do siwz Zamawiający w § 15 przewidział kary umowne naliczane za:

- *nieuzasadnione niedotrzymanie warunków umowy, co do terminów realizacji świadczeń, w tym czas który upłynął od zleconej przez Zamawiającego godziny odbioru pacjenta do momentu fizycznego odebrania pacjenta przez Wykonawcę z miejsca wskazanego w zleceniu. W przypadku określonym wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w*

*następującej wysokości: 20% wartości poszczególnej usługi brutto, jednak nie mniej 300 zł za każde rozpoczęte 20 minut spóźnienia realizacji zleceń określonych w § 2 umowy (ust. 1);*

*- karę umowną w wysokości 1.000,00 zł za każdy stwierdzony przypadek niewykonania usługi oraz za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, a w szczególności w przypadku: a) udzielania świadczeń niezgodnie ze zleceniem, b) udzielania świadczeń środkiem transportu nie spełniającym wymogów określonych w niniejszej umowie, c) braków w wyposażeniu środków transportu, d) używania aparatury i sprzętu medycznego bez aktualnych atestów i certyfikatów, e) udzielania świadczeń przez osoby nie posiadające odpowiednich kwalifikacji i uprawnień, f) realizacji przewozów bez wymaganej obsady personalnej, g) przewozu osób w warunkach nie odpowiadających wymogom sanitarno-epidemiologicznym, h) stwarzania innych sytuacji zagrażających bezpieczeństwu pacjenta (w tym m.in. zbyt długi czas transportu), i) pobierania opłat od pacjentów lub innych podmiotów za świadczenie realizowane w ramach niniejszej umowy, j) niedotrzymania warunków umowy zawartych w § 8 ust. 4, k) niedotrzymania warunków umowy zawartych w § 8 ust. 16 (ust. 2).*

Ponadto, zgodnie z ust. 3 Zamawiający uprawniony będzie do dochodzenia odszkodowania przewyższającego karę umowną do wysokości szkody.

Zamawiający na rozprawie wskazał, iż aktualne zapisy wzoru umowy dotyczące kar umownych mają na celu zdyscyplinowanie Wykonawcy, jak również uniknięcie kosztów jakie wiązać mają się z zakłóceniami w transporcie pacjentów (m.in. dłuższego pobytu w szpitalu), czy też ewentualnej odpowiedzialności kontraktowej Zamawiającego, jaka wiąże się z umową o świadczenie usług medycznych zawartą z NFZ. Zgodnie bowiem z § 30 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 8 września 2015 r. w sprawie ogólnych warunków umów o udzielenie świadczeń opieki zdrowotnej: „1. W przypadku zastrzeżenia w umowie kar umownych, w razie niewykonania lub wykonania umowy niezgodnie z jej postanowieniami, z przyczyn leżących po stronie świadczeniodawcy, wysokość kary umownej wynosi do 1% kwoty zobowiązania określonej w umowie, za każde stwierdzone naruszenie, w przypadku nieudzielenia świadczeń w czasie lub miejscu ustalonym w umowie”. Zamawiający wyjaśnił, iż NFZ uprawniony jest do przeprowadzenia kontroli sposobu świadczenia przez Zamawiającego usług medycznych w okresie do 10 lat, co może doprowadzić do nałożenia kary, która w obecnej umowie została zastrzeżona do wysokości 1% od wartości umowy za każde stwierdzone naruszenie (tj. od wartości 555.214.997,39 zł – działalność szpitalna umowa nr 03/8/01/3101109 oraz 11.290.471,56 zł – umowa na dializy nr 11/1/01/3101109/2018/02). Mając na uwadze takie ryzyko, jak również koszty jakie generują po jego stronie zaburzenia w transporcie pacjentów zdecydował się na powiązanie wysokości kary przewidzianej w § 15 ust. 2 nie z wartością jednostkowej usługi transportu,



ale z kwotą 1000 zł za każdy stwierdzony przypadek niewykonania usługi oraz niewykonania lub nienależytego wykonania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Ponadto, na podstawie oświadczenia Zamawiającego ustalono, że dotychczas nałożone przez płatnika na Zamawiającego kary nie były związane z usługą transportu pacjentów.

**W oparciu o poczynione ustalenia Izba uznała, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, jednak nie wszystkie żądania podniesione przez Odwołującego zostały uwzględnione mając na uwadze cel, jakiemu miało służyć odwołanie, tj. przywrócenie stanu postanowień umowy zgodnego z przepisami Ustawy.**

Zasadniczym przedmiotem zarzutów opisanych w pkt 1 i 2 odwołania były postanowienia wzoru umowy określające zasady naliczania kar umownych przewidzianych za nieterminowe wykonanie transportu pacjenta (§ 15 ust. 1) oraz niewykonanie usługi lub niewykonanie/nienależyte wykonanie umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy (§ 15 ust. 2).

W odniesieniu do kary z ust. 1 zarzut dotyczy sposobu wyliczenia kary prowadzący do jej zbyt wygórowanej i nieadekwatnej do szkody, jaka z tytułu opóźnienia w transporcie pacjenta wystąpi po stronie Zamawiającego, wysokości, tj. nie mniej niż 300 zł za każde rozpoczęte 20 minut opóźnienia. W odniesieniu do kary z ust. 2 to nie rodzaj uchybień wymienionych w lit od a do k budził zastrzeżenia, chociaż w odwołaniu wskazano na ich niejednoznaczność. Na rozprawie Odwołujący sprecyzował, iż zarzut związany jest z zapisem, który pozostawia niedookreślony katalog zachowań, które Zamawiający mógłby swobodnie uznać, za wyczerpujące znamiona niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, zagrożone karą 1.000 zł.

Mając na uwadze taki zakres zarzutów Izba uznała, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Odnosząc się do zapisu określającego wysokość kary za opóźnienie w wykonaniu zlecenia transportu pacjentów Izba uznała za zasadne stwierdzenie, że wysokość kary nie mniejsza niż 300 zł za każde rozpoczęte 20 minut spóźnienia prowadzić może do rażąco wygórowanej odpowiedzialności kontraktowej Wykonawcy. Dokonując takiej oceny Izba uwzględniła uśrednioną jednostkową wartość usługi transportu pacjentów szpitala, ustaloną na podstawie oświadczenia strony aktualnej umowy, tj. Odwołującego, wynoszącą poniżej 100 zł (Zamawiający nie zaprzeczył oświadczeniu Odwołującego). Samo zestawienie kwot za usługę oraz kary za 20 minutowe opóźnienie wskazuje, że Zamawiający nie tylko nie zapłaci Wykonawcy za wykonaną usługę, ale uzyska dodatkową korzyść przewyższającą wartość zlecenia. W tej sytuacji kara zmienia swój charakter z odszkodowawczej i może doprowadzić

do wypaczenia celu odpłatnej umowy. Nie można w ocenie Izby akceptować takich mechanizmów, które pozbawią wykonawcy przychodu z tytułu świadczonej usługi. Kara umowna powinna mieć wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę umowy, ale nie w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony kosztem drugiej, a wręcz czyniącym niecelowym jej wykonywanie. W ocenie Izby brak było uzasadnienia do utrzymania obecnego mechanizmu wyliczenia kary, który prowadził do przekroczenia wartości pojedynczego zlecenia, a co wynikała z nałożenia sztywnej kwoty 300 zł za każde 20 minut opóźnienia, niezależnie od wartości usługi. Zamawiający wskazywał w sposób generalny na utrudnienia, jakie opóźnienia w transporcie pacjentów dializowanych powodują w pracy stacji dializ, bez odniesienia się do rzeczywistych kosztów, jakie z tego tytułu ponosi. Tym samym Izba nie miała podstaw do ustalenia, czy wysokość kary przewidziana pierwotnie we wzorze umowy pozostaje we właściwej proporcji i jest uzasadniona potrzebą ochrony interesów Zamawiającego. Podobnie, Izba oceniła argument dotyczący kosztów dłuższego pobytu pacjentów, którzy zostaliby odebrani z opóźnieniem wynoszącym 20 minut lub większym. Po pierwsze doświadczenie życiowe wskazuje, iż po wypisaniu ze szpitala pacjenci oczekujący na transport nie są już na utrzymaniu szpitala. Po drugie, koszty utrzymania pacjenta idą za pacjentem, a zatem Zamawiający nie ponosi ryzyka braku otrzymania zwrotu kosztów od płatnika, gdyby zaistniała potrzeba ponownego przyjęcia pacjenta na oddział. Podobnie takiego ryzyka nie ma w przypadku transportu pacjentów pomiędzy placówkami szpitalnymi, kiedy koszty utrzymania pacjenta idą za pacjentem. Niewątpliwie, opóźnienie w usłudze transportu dotyka samego pacjenta i zrozumiałe jest wprowadzenie przez Zamawiającego mechanizmu dyscyplinującego Wykonawcę, co pozwoli podnieść jakość usługi sprzyjającą pacjentowi. Nie może on jednak prowadzić do wzbogacenia Zamawiającego kosztem Wykonawcy, co następuje w przypadku, gdy wysokość kary pozwala Zamawiającemu pokryć koszty usługi i dodatkowo uzyskać przychód.

W odniesieniu do drugiej z podstaw zarzutu, tj. klauzuli odpowiedzialności za niewykonanie usługi oraz niewykonanie/nienależyte wykonanie umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, zagrożonej karą 1000 zł za każdy taki przypadek Izba uznała, iż zasadnym jest żądanie, aby zapisy umowy konkretyzujące podstawę do dochodzenia kary były jednoznaczne. W ocenie Izby nie każde uchybienie, do jakiego może dojść w trakcie przedmiotowej umowy oceniane powinno być, jako nienależyte wykonanie umowy zagrożone karą umowną. Dynamika sytuacji zachodzących na drodze, w szczególności przy dużym natężeniu ruchu sprawia, że wysoce prawdopodobne staje się, iż Wykonawca może napotkać przeszkody w realizacji usługi/umowy. Z uwagi na potrzebę zagwarantowania sprawnego transportu pacjentów/materiałów biologicznych/zespołów do spraw transplantacji,

zespół karetki nie powinien skupiać się na dokumentowaniu każdej przeszkody, lecz skupiony powinien być na jak najszybszym i bezpiecznym wykonaniu zlecenia. Przy pozostawieniu niedookreślonej sytuacji, w jakich Zamawiający będzie mógł uznać, iż zachowanie Wykonawcy wyczerpuje znamiona nienależytego wykonania umowy, skutkiem niepożądanym byłoby odwracanie uwagi od celu umowy i zabezpieczenie się Wykonawcy przed ewentualnymi roszczeniami ze strony Zamawiającego, czemu służyć miałyby dokumentowanie zaistniałej sytuacji. Uwzględniając wysokość kary, tj. 1.000 zł, pozostawienie niedookreślonego katalogu zachowań stwarza wysokie ryzyko po stronie Wykonawcy, którego nie da się zrekompensować ceną za usługę. Nie jest również w interesie Zamawiającego, aby Wykonawca przerzucił na niego koszt takiego ryzyka w cenie oferty, gdyż może to prowadzić do niezasadnego podniesienia kosztów usługi. Zamawiający powinien zatem uwzględnić również ten argument przy konstruowaniu zapisów umowy. Kwota 1.000 zł, której Izba nie zdecydowała się obniżyć, zgodnie z żądaniem Odwołującego, stanowi wysokość potencjalnie dyscyplinującą Wykonawcę. Jej obniżenie do 300 zł, w szczególności przy uwzględnieniu kary za opóźnienie ujętej w ust.1, w ocenie Izby mogłoby prowadzić do sytuacji, w której bardziej opłacalnym dla Wykonawcy byłoby niezrealizowanie jednorazowego transportu generującego wysoki koszt. Obniżenie kary nie powinno pozostawiać pola do kalkulacji, czy bardziej opłacalnym dla Wykonawcy będzie zaniechanie wykonania zlecenia, które musiałby wykonać z opóźnieniem również zagrożonym karą.

Również z tych powodów Izba nie przychyliła się do żądania wprowadzenia ograniczenia wysokości kar umownych do 10 % wartości zamówienia. Odwołujący nie uzasadnił dlaczego brak takiego ograniczenia miałby czynić zapisy umowy niezgodnymi z przepisami ustaw. Odnośnie żądania wprowadzenia mechanizmu, przy którym Zamawiający zobowiązany byłby przed naliczeniem kary wezwać Wykonawcę do usunięcia naruszeń wyznaczając dodatkowy termin Izba uznała, iż przy przedmiocie usługi, jakim jest wykonanie transportu czy to na podstawie zlecenia, czy też według harmonogramu, prowadzić mogłoby to do istotnego zakłócenia w realizacji umowy, w której pozostawiono Wykonawcy właściwą organizację usługi. Nałożenie na Zamawiającego dodatkowego obowiązku dotyczącego nadzoru nie powinno prowadzić do uniknięcia odpowiedzialności za uchybienia leżące po stronie Wykonawcy, a taki właśnie skutek niósłby zapis, o jaki wnosił Odwołujący.

W świetle powyższego odwołanie podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości stwierdzonej rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy, tj. 3600 zł.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....