

WYROK
z dnia 27 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2020 r. przez wykonawcę **On Traffic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa, Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie**.

przy udziale wykonawcy **LOCTRA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** głaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1283/20 po stronie Odwołującego.

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 1.1, 3.2, 3.11, 3.13 oraz 3.15 *petitum* odwołania.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawcę **On Traffic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę **On Traffic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:
Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Stołeczne Warszawa, Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usuwanie pojazdów z dróg leżących na terenie m. st. Warszawy w trybie art. 50a i 130a ustawy z dnia 20 czerwca 1997 roku Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. z 2020 r. poz. 110), dalej [Prd], usuwanie lub kierowanie na parking strzeżony pojazdów w przypadku stwierdzenia naruszenia obowiązków lub warunków przewozu drogowego w przypadkach określonych w art. 95 ustawy o transporcie drogowym (Dz. U. z 2019 r. poz. 2140 ze zm.), dalej [utd], przechowywanie ww. pojazdów na parkingach strzeżonych (również pojazdów usuniętych w ramach innych umów) oraz przekazywanie na wniosek zamawiającego do utylizacji pojazdów usuniętych w ww. trybach i przejętych na własność m.st. Warszawy. Przechowywanie pojazdów będzie trwało do czasu odbioru pojazdów przez osoby upoważnione lub do czasu wydania przez Zamawiającego zlecenia co do sposobu postępowania z tymi pojazdami (znak postępowania: ZDM/UM/DZP/42/PN/37/20).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 czerwca 2020 r. pod numerem 2020/S 105 - 254222.

W dniu 10 czerwca 2020 r. wykonawca On Traffic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie obu części zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. Rozdział I Instrukcja dla Wykonawców

1) pkt 10.3 SIWZ - naruszenie art. 22a ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 25a ust. 3 ustawy Pzp, albowiem Zamawiający żąda

zobowiązania podmiotu trzeciego na udostępnienie zasobów dopiero na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, a nie wraz z ofertą, co jest niezgodne z Pzp, gdyż zgodnie z utrwalonym orzecnictwem (np. KIO 2336/17), wykładnią i stanowiskiem UZP, takie zobowiązanie składają wszyscy wykonawcy wraz z ofertą, a nie tylko ten, który złożył ofertę najkorzystniejszą;

Wniosek: zmiana na obowiązek złożenia zobowiązania wraz z ofertą.

2)pkt 16.1 lit. a) tiret 5 i 6 SIWZ - naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1, 2, 2c i 2d ustawy Pzp z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 487 § 2 k.c. poprzez określenie przelicznika dla DMC 7,5 t - 16 t w wysokości 1,81 Cu oraz dla DMC powyżej 16 t w wysokości 2,67 Cu, podczas gdy koszty usuwania i holowania pojazdów o wskazanych DMC znacznie przewyższają koszty dla pojazdów o DMC do 3,5 t, a zatem nie ma mowy o ekwiwalentności świadczeń w tym zakresie, a przykładowo koszt usunięcia pojazdu o DMC ponad 16 t może przewyższać kwotę 3000 zł, co jest ceną rynkową, co więcej poprzednio nie było usług z art. 95 utd, a one dotyczą przede wszystkim pojazdów ponad 16 t;

Wniosek: zmiana na DMC 7,5 t - 16 t - 7 Cu; DMC powyżej 16 t - 10 Cu, ewentualnie poprzez pozostawienie wartości z pkt 16.1. lit. a) do uzupełnienia przez wykonawcę w formularzu ofert i nakazanie stosownej modyfikacji formularza oferty.

2.Opis przedmiotu zamówienia [dalej „OPZ”]:

1)pkt III ust. 2 lit. b) i ust. 3 OPZ - przewiezienie i przechowywanie pojazdów - naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 13) ustawy Pzp w zw. z art. 405 k.c. w zw. z art. 140 ustawy Pzp poprzez żądanie bezpłatnego przewiezienia nieokreślonej ilości pojazdów, nie tylko tych, które teraz znajdują się na parkingach wykonawców, ale też ma to być usługa cykliczna i comiesięczna, a brak podania maksymalnej ilości pojazdów do przewiezienia powoduje, że wykonawca nie jest w stanie wycenić tej usługi. Dodatkowo Zamawiający nie wskazuje lokalizacji z jakiej i do jakiej ma nastąpić przewiezienie pojazdów w ramach tej usługi - taka niejasna i nieprecyzyjna regulacja może zakłócić wykonywanie zasadniczej części zamówienia i może stanowić bezpodstawne przysporzenie po stronie Zamawiającego, gdyż ten żąda od wykonawcy realizacji usług bezpłatnie, bez określenia zakresu i bez żadnego merytorycznego uzasadnienia takiej usługi, co również uniemożliwia skalkulowanie kosztów takiej usługi;

Wniosek: określenie maksymalnej ilości pojazdów oraz zastąpienia zdania „Przewiezienie przedmiotowych pojazdów nastąpi na koszt wykonawcy” zdaniem „Koszt przewiezienia przedmiotowych pojazdów ustala się zgodnie z wartościami usunięcia pojazdów w trybie art. 130a Prd” - ewentualnie zamiast 130 to 50a.

2)pkt III. ust. 1 lit. a), b) i c) OPZ - naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 140 ustawy Pzp poprzez określenie, że ilość holowań może przekroczyć określoną ilość pojazdów dziennie, miesięcznie i w tym samym czasie, ale bez określenia maksymalnej ilości pojazdów, która jest najważniejsza, albowiem należy zapewnić odpowiednią ilość sprzętu i ludzi, co ma wpływ na wycenę oferty, a zatem uniemożliwia to zaplanowanie jaka ilość sprzętu oraz kadry pracowniczej będzie niezbędna do realizowania zamówienia;

Wniosek: określenie maksymalnej ilości pojazdów.

3.Rozdział IV Wzory umów [dalej „Umowa”]

1) § 1 ust. 4 pkt 16 - naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 354 k.c. i art. 353¹ k.c. poprzez określenia na godzinę 9.00 obowiązku przekazywania zbiorczej informacji o usuniętych pojazdach do godziny 23.59 dnia poprzedniego, co jest żądaniem nadmiernym i nieproporcjonalnym i generuje zbędne koszty w postaci konieczności opracowywania tych zestawień w godzinach nocnych, co jednak nie jest ani uzasadnione, ani konieczne, ani niezbędne, a już na pewno nie jest wymogiem proporcjonalnym, a nadto Zamawiający przewiduje kary umowne za opóźnienia w przekazaniu tych danych;

Wniosek: zmiana godziny 9.00 na godzinę 12.00.

2)§ 4 ust. 4 - naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 139 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 384 k.c. poprzez nieprecyzyjne, niepełne i nieobejmujące wszystkich sytuacji sformułowanie postanowienia, że w przypadku odwołania zlecenia usunięcia pojazdu wykonawcy przysługuje ryczałtowe wynagrodzenie obliczane na zasadach z pkt 1) - 5) oraz akapit bezpośrednio pod pkt 5) tj. przez brak uregulowania sytuacji gdy holownik ani nie wyjechał z parkingu wykonawcy, ani nie miał wcześniej zlecenia, a i tak jest w drodze (nawet z domu) i otrzymuje zlecenie, co bardzo często ma miejsce. Literalna zaś treść ww. postanowień prowadzi do wniosku, że w takiej sytuacji wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia lub nie może zlecić realizacji zlecenia holownikowi będącemu w trasie, a zatem

Zamawiający nie przewidział istotnej i częstej sytuacji, co powoduje, że postanowienie w tym zakresie narusza ww. przepisy;

Wniosek: poprzez objęcie płatnościami analogicznie jak w pkt 1-3 sytuacji opisanej w treści zarzutu.

3)§ 4 ust. 4 akapit 4 - naruszenie art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 472 k.c. a contrario w zw. z art. 473 k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp - poprzez to, że ww. postanowienie nakłada na wykonawcę sankcję za sytuacje niezależne od niego, jak i nieistotne, co prowadzi do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego, który może chcieć dla samej zasady kwestionować usługę, albowiem nie może być sytuacji, że Zamawiający nie uzna przedstawionych dowodów wynikających z „niespójności danych pomiędzy danymi podmiotu wydającego dyspozycję usunięcia pojazdu a danymi zawartymi w Ewidencji zleceń” i odmówi zapłaty, gdyż w przypadku czyli odwołania jadącego do zlecenia kierowcy wykonawca nie może porównać ani zweryfikować danych podanych telefonicznie wykonawcy przez pracownika Straży Miejskiej (na tej podstawie wpisywane są wówczas dane do ewidencji), jak i wykonawca nie jest w stanie zweryfikować co strażnik miejski wpisał w dyspozycji bo jej wykonawca nie otrzymuje (np. dyspozycja usunięcia pojazdu telefonicznie i funkcjonariusz podaje że do usunięcia jest pojazd Ford nr rej WE4...5 - (dana wpisywania do systemu), na dyspozycji Strażnik wpisuje Fiat WN4...5). Wykonawca nie może odpowiadać za działanie osób trzecich, tj. pracowników Zamawiającego Policji i służb miejskich, a co więcej sprzeczny z ww. przepisami jest określenie, że „brak potwierdzenia przyjęcia zlecenia przez kierowcę usuwającego pojazd” neguje zlecenie, a zatem dowodem powinno być wszystko, co możliwe, aby wykazać prawidłowość zlecenia;

Wniosek: usunięcie wskazanego postanowienia.

4)§ 4 ust. 4 ostatni akapit piąty - naruszenie art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 472 k.c. a contrario w zw. z art. 473 k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością za sytuacje od niego, gdyż wykonawca nie jest uczestnikiem postępowania administracyjnego, gdyż obowiązkiem Zamawiającego jest weryfikacja przed dokonaniem zapłaty wykonawcy prawidłowości wykonania usługi, bo wtedy każdorazowo weryfikuje on dokumentację dotyczącą konkretnych zleceń i jeżeli wykonawca zrealizował zlecenie zgodnie z postanowieniami umowy, to nie ma możliwości by wykonawca ponosił konsekwencje przegranych przez Zamawiającego spraw w postępowaniu administracyjnym i dalej ponosił odpowiedzialność za nieprawidłowe działania w toku takich postępowań;

Wniosek: usunięcie wskazanego postanowienia.

5)§ 4 ust. 5 i 6 i pkt 16.1 lit. b) tiret 7 i lit. c) tiret 7 i pkt III ust. 2 lit. b) OPZ (akapit pod) - naruszenie art. 2 pkt 13 w zw. z art. 139 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 405 k.c. w zw. z art. 835 k.c. w zw. z 50a Prd poprzez ustalenie, że przechowywanie pojazdów usuniętych w trybie art. 50a Prd przez okres 8 miesięcy odbywa się nieodpłatnie, a zgodnie z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp umowy w trybie PZP są odpłatne, a obowiązek przechowywania pojazdów (zasadnicze świadczenie umowne) skutkuje tym, że powstaje umowa przechowania między wykonawcą, a Zamawiającym (Miastem Stołecznym Warszawa). Powyższe skutkuje bezpodstawnym wzbogaceniem Zamawiającego, który w przypadku nie zlecenia przechowywania pojazdów w trybie PZP, samodzielnie musiałby zadbać o ich przechowywanie i ponosiłby z tego tytułu koszty, a obowiązek przechowywania pojazdów w trybie art. 50a Prd jest jedną z zasadniczych usług zamówienia. Powołując się na wyrok w sprawie KIO 1339/17 wskazać należy, że wykonawca może nie otrzymać przychodu za likwidację tych pojazdów, gdyż Zamawiający (w myśl postanowień OPZ) może uznać, że nie będzie tych pojazdów likwidować, a zatem wykonawca może nawet nie zrekompensować sobie strat wywołanych przechowaniem, którego obowiązkiem jest obciążony Zamawiający z mocy przepisów. Prowadzi to do przerzucenia obowiązków i kosztów na wykonawcę bez ekwiwalentu, a Zamawiający tych kosztów przez określony czas nie ponosi;

Wniosek:

-zmiana pkt 16.1 lit. b i c tiret 7 odpowiednio z 0,00 na 1,00 Cp i 1,00 Cpr,

-w umowie wykreślenie § 4 ust. 5 i 6 oraz zmiana ust. 3 pkt 2) i 3) poprzez dodanie po 130a wyrażenia „i art. 50a”.

6)§ 4 pkt 7 - naruszenie art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 472 k.c. a contrario w zw. z art. 473 k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1

i 2 ustawy Pzp w zakresie demontażu z parkingów innych niż wykonawcy, albowiem brak jest informacji z jakich dodatkowo innych parkingów Zamawiającego mają zostać wywożone pojazdy tj. z jakiej lokalizacji, w jakiej ilości i w jakim

stanie, co uniemożliwia wycenę tej usługi do kalkulacji oferty, a zatem jest to postanowienie niejasne, które uniemożliwia skonstruowanie oferty. Może okazać się, że odległość jest duża, a co więcej stan pojazdu uniemożliwia odzyskanie jakichkolwiek środków z utylizacji, a zatem ta usługa będzie jedynie generować koszty wykonawcy;

Wniosek: usunięcie ze wskazanego postanowienia wyrażenia „(w tym również na parkingach Zamawiającego)”.

7)§ 4 ust. 9 - naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 139 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 384 k.c. poprzez brak uregulowania sytuacji wykonawcy, w tym w kwestii wynagrodzenia w okresie działania siły wyższej, tak jak miało to miejsce w marcu i kwietniu 2020 r. wobec COVID-19, kiedy to bez informacji do wykonawcy, faktyczna realizacja ówczesnej umowy ustała, bo nie były zgłaszane zlecenia usunięcia pojazdów, a mimo to wykonawca był cały czas w gotowości i ponosił tego koszty. Odwołujący wskazał, że w umowie powinien być uregulowany przypadek związany z różnymi sytuacjami nadzwyczajnymi, takimi jak obecna epidemia COVID-19, a jak wskazuje Ministerstwo Zdrowia na jesieni tego roku należy oczekiwać kolejnego drastycznego nawrotu epidemii i sytuacja może się powtórzyć. Ustawodawca wprowadził ustawą z 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych możliwości zmian umów w związku z COVID-19, a kolejne nowelizacje tej ustawy mają na celu polepszenie niepewnych sytuacji z tym związanych, a zatem konieczne jest uregulowanie tej kwestii np. analogicznie jak przy zamówieniach na odśnieżanie tj. tzw. wynagrodzenie za gotowość;

Wniosek: o dodanie ust. 10 o treści „W przypadkach z ust. 9 lub spowodowanych ogłoszonym stanem nadzwyczajnym lub stanem zagrożenia epidemicznego lub stanem epidemii, co by skutkowało istotnym brakiem lub istotnym ograniczeniem przekazywania zleceń Wykonawcy, ustala się ryczałtowe wynagrodzenie miesięczne za pozostawanie w gotowości w wysokości 100 000 zł brutto obejmujące czas oczekiwania na zlecenia w ramach Umowy i niezależnie od zleceń. W przypadku otrzymania zleceń przez Wykonawcę w danym miesiącu rozliczeniowym, wartość zleceń będzie podlegała rozliczeniu w ramach danego miesiąca do wysokości ww. kwoty. Wynagrodzenie, o którym mowa w zdaniu poprzednim wypłacane jest w ramach wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 1 i 2”.

8)§ 7 ust. 2 pkt 2), 4), 5), 7) i 9) - naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 354 k.c. w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. poprzez określenia rażąco wygórowanej wysokości kar umownych podczas gdy jest to nieproporcjonalne w stosunku do zamówienia, w tym co do jednostkowych cen usług, co prowadzi do rażącego wygórowania oraz przykładowo za rozpoczętą 1 godzinę zwłoki może być kara większa niż wartość usługi (kara za spóźnienie w wysokości 200 zł przewidziana jest za każdą rozpoczętą godzinę, a więc już 1 minuta spóźnienia generuje taką karę), jak i w zakresie innych obowiązków, a nadto sprzeciwia się istocie instytucji kar umownych, której zasadniczym celem jest ustalenie ryczałtowego odszkodowania, a nie nieuzasadnione wzbogacenie Zamawiającego, a do tego wbrew istocie tej instytucji zmierzają zastrzeżone kary, co też bez żadnych wątpliwości doprowadzi do tego, że ceny ofert będą bardzo wysokie, gdyż należy ryzyko kar skalkulować w cenie oferty, a tym samym będzie to sytuacja niekorzystna dla Zamawiającego;

Wniosek: zmiana z 200 na 80, a 100 na 40 zł.

9)§ 7 ust. 2 pkt 3) - naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. . z art. ... 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw.

z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. w zw. z art. 483 k.c. w zw. ... z art. 472 k.c. i art. 473 k.c. w zw. z art. 405 k.c. poprzez ustalenie kary umownej za każdą godzinę zwłoki, mimo że w sprawie KIO 1339/17 Izba zakwestionowała karę za godzinę w wykonaniu zlecenia usunięcia pojazdu w trybie art. 50a, jak i w poprzednio rozstrzygniętym przetargu, kara w trybie art. 50 Prd była naliczana za opóźnienie rzędu jednego dnia, a zatem określenie w postępowaniu ww. kary umownej jest rażąco wygórowane i nieproporcjonalne;

Wniosek: zastąpienie wyrażenia „godzinę” wyrażeniem „dobę”.

10)§ 7 ust. 2 pkt 6) - naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw.

z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. w zw. z art. 483 k.c. w zw. ... z art. 472 k.c. i art. 473 k.c. w zw. z art. 405 k.c. poprzez określenie rażąco wygórowane kary umownej za sytuację również niezależną od wykonawcy, jak i kara w stosunku do rzeczywistej wartości danej jednostkowej usługi jest wygórowana. Zachodzi też podwójne karanie, gdyż Zamawiający ma zamiar zlecać taką usługę w ramach wykonania

zastępczego:

Wniosek: dodanie przed słowem odmowę słowa „nieuzasadniona” oraz zmianę kwoty z 1000 zł na „100”, jak i dodanie zdania „Koszty wykonania zastępczego nie mogą przekraczać 150% wartości usługi określonej w umowie”.

11)§ 7 ust. 2 pkt 8) - naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 472 k.c. i art. 473 k.c. w zw. z art. 405 k.c. poprzez określenie rażąco wygórowane kary umownej za sytuację również niezależną od wykonawcy, jak i kara w stosunku do rzeczywistej wartości danej jednostkowej usługi jest wygórowana, a co więcej może się również okazać, że okoliczność objęta karą powstała bez winy wykonawcy, czy w skutek konieczności wywołanej daną sytuacją i wymogiem szybkiego działania, a przykładowo taka sytuacja może mieć miejsce np. podczas przygotowania ulic na przyjazd delegacji prezydentów z innych państw, co już miało miejsce - czy też przed protestami, marszami itp., albo szczytem NATO, kiedy to Odwołujący musiał usunąć w krótkim czasie, aż 500 pojazdów i to na inne parkingi, co też wymagało szybkich decyzji;

Wniosek: zmiana poprzez dodanie przed słowem przemieszczenie słowa „nieuzasadnione” oraz zmianę z „200” na „50”.

12)§ 7 ust. 2 pkt 10) - naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 472 k.c. i art. 473 k.c. w zw. z art. 405 k.c. poprzez określenie kary umownej w sytuacji, w której ewentualne szkody pokrywane są z OC wykonawcy, a co więcej nie powstaje szkoda u Zamawiającego, czyli przedmiotowa kara ma w rzeczywistości na celu nieuzasadnione przysporzenie po stronie Zamawiającego;

Wniosek: o wykreślenie.

13)§ 7 ust. 2 pkt 12) w zw. z § 5 ust. 6 - naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 58 k.c. poprzez określenie kary umownej w sytuacji w której dotyczy to kwestii wystawienia korekty faktury, z którą wykonawca może się nie zgadzać, co powoduje konieczność ewentualnego rozstrzygnięcia sporu przez Sąd, zatem Zamawiający nie może obciążać karą umowną w przypadku braku przekazania faktury korygującej, jak wykonawca się nie zgadza z tą korektą, a nadto sprzeciwia się istocie instytucji kar umownych, której zasadniczym celem jest ustalenie ryczałtowego odszkodowania, a nie nieuzasadnione wzbogacenie Zamawiającego, a do tego wbrew istocie tej instytucji zmierzają zastrzeżone kary, co też bez żadnych wątpliwości doprowadzi do tego, że ceny ofert będą bardzo wysokie, gdyż należy ryzyko kar skalkulować w cenie oferty, a tym samym będzie to sytuacja niekorzystna dla Zamawiającego;

Wniosek: o wykreślenie.

14)§ 7 ust. 5 w zw. z § 1 ust. 4 pkt 11) w zw. z § 12 ust. 2 w zw. z pkt IV ust. 9 i V ust. 2 OPZ - naruszenie art. 130a ust. 5c uprd w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 k.c. w zw. z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 6/17 w zw. z art. 483 k.c. poprzez określenie obowiązku i w rzeczywistości kary umownej w sytuacji, w której wykonawca nie jest uprawniony do weryfikacji przed wydaniem pojazdu prawidłowości uiszczenia opłat, a nie przewiduje tego art. 130a ust. 5c i art. 140ad uprd, ani też art. 95 utd, który odsyła do art. 130a ust. 5c, a zatem nie ma możliwości weryfikacji prawidłowości opłaty przed wydaniem, na co wprost wskazał Trybunał Konstytucyjny; Wniosek: o wykreślenie postanowień lub ich fragmentów mówiących o weryfikacji płatności.

15)§ 6 - naruszenie art. 142 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 354 k.c. poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązków i odpowiedzialności za świadczenie usług po zakończeniu realizacji umowy, co narusza ww. przepisy o terminach obowiązywania umów o zamówienie publiczne, bez zakreślenia terminu do którego ten obowiązek i postanowienie obowiązuje, co przykładowo może uniemożliwić za X lat działanie/likwidację/sprzedaż parkingu wykonawcy i generuje koszty w postaci utrzymywania obsługi parkingu 24h np. dla jednego pojazdu i pracowników administracyjnych sporządzających ewidencje itp.

Wniosek: o określenie terminu tego zobowiązania w sposób zgodny z PZP, nie dłużej jednak niż obowiązek przechowywania pojazdów z art. 50a liczony od dnia zakończenia terminu realizacji umowy.

Odwołujący przedstawił uzasadnienie dla zarzutu zawartego w punkcie 1.1 *petitum* odwołania, który to zarzut został cofnięty w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Uczestnika postępowania.

W przedmiocie zarzutu zawartego w punkcie 1.2 *petitum* odwołania Odwołujący podniósł, że określone przez Zamawiającego przeliczniki są nieadekwatne do rynku rzeczywistego. Koszty holowania pojazdów powyżej 7,5 tony

sięgają kilku tysięcy złotych. Tym samym, w ten właśnie sposób Zamawiający w sposób sztuczny i rażąco zaniżony określa wartość holowania dużych pojazdów. Nie ulega przy tym wątpliwości, że koszt usunięcia pojazdu do 3,5 tony może dojść do 400 zł, ale nie jest zgodne, ze wskazanymi w zarzucie przepisami, określanie przelicznika w sposób sztuczny dla pojazdów powyżej 7,5 tony. Zwracał uwagę, że wynagrodzenie za takie usunięcie winno być ekwiwalentem, a w rzeczywistości przy zastosowaniu takiego przelicznika, wykonawca świadczyłby tę usługę poniżej kosztów, co mogłoby zostać dodatkowo uznane za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 uznk. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2020 r. sygn. akt: KIO 2615/19. Wskazał, iż w jego ocenie, każdy wykonawca powinien wyceniać wszystkie pozycje z pkt 16.1 lit. a) SIWZ odrębnie i indywidualnie. W ostatecznym rozrachunku każdy wykonawca samodzielnie by wycenił koszt usunięcia każdego z pojazdów, co miałoby odzwierciedlenie w praktyce i stawkach rynkowych. Zamiast zatem odgórnie narzucać sztuczne przeliczniki, Zamawiający powinien dopuścić swobodną konkurencję dla wykonawców w tym zakresie. Narzucając zaś sztuczne i nieprawidłowe przeliczniki w zaskarżonym zakresie prowadzi do wskazanych naruszeń. Uniemożliwia bowiem prawidłowe wyliczenie cen ofert, a wobec ogromnej ilości uchybień i nieprecyzyjności postanowień dokumentacji postępowania, wyliczenie aktualnie ceny ofertowej, nawet dla Odwołującego staje się mało możliwe. Ceny za holowanie pojazdów o DMC powyżej 7,5 tony są znacznie wyższe niż zastosowane przeliczniki Zamawiającego. W ocenie Odwołującego brak jest też podstaw do przyjęcia takich, a nie innych przeliczników. Dokonując opisu kryteriów oceny ofert Zamawiający powinien dokonać tego w sposób należyty. Biorąc zaś pod uwagę ceny rynkowe i porównując ceny za holowania pojazdów o DMC do 3,5 tony i te powyżej 7,5 tony, to nie jest możliwym określenie wag tak, jak to zrobił Zamawiający.

Odnosnie zarzutu zawartego w punktach 2.1 i 2.2 *petitum* odwołania Odwołujący podniósł, że Zamawiający wadliwie dokonał opisu przedmiotu zamówienia. Przede wszystkim wadliwie opisano pkt III ust. 2 lit. b) i ust. 3 OPZ - przewiezienie i przechowywanie pojazdów.

Wskazał, iż po pierwsze przedmiotowe postanowienie stwarza dla wykonawcy kosztowne świadczenie, za które Zamawiający nie ma zamiaru zapłacić. Za świadczoną dodatkową usługę, wykonawca nie otrzyma żadnego ekwiwalentnego świadczenia. Dodatkowo, Zamawiający nie określił maksymalnej ilości pojazdów, które będą przewożone. Określił jedynie dolny pułap. Wobec tego, nie dość, że wykonawca ma świadczyć usługę bezpłatnie, to jeszcze nie zna jej zakresu i wielkości. Nie może nawet w żaden sposób tego wycenić na zasadzie wyceny ryzyka, ani też wycenić tego w odpłatnych częściach usług. Nie może tego zrobić, gdyż nie zna zakresu tego świadczenia.

Brak podania maksymalnej ilości pojazdów do przewiezienia powoduje, że wykonawca nie jest w stanie wycenić tej usługi, a co więcej Zamawiający nie wskazuje lokalizacji z jakiej i do jakiej ma nastąpić przewiezienie pojazdów w ramach tej usługi. Warto też podnieść, że wskazana nieprecyzyjność itp. może negatywnie wpływać na zasadniczą część zamówienia, która będzie absorbować zasoby wykonawcy i generować po jego stronie koszty, których nie będzie w stanie zrekompensować, a zatem dane świadczenie zawsze będzie generować straty dla wykonawcy. Odwołujący składał wniosek o zmianę i doprecyzowanie tego postanowienia, jak i o wyrugowanie bezpodstawnego wzbogacenia z art. 405 k.c. po stronie Zamawiającego, kosztem wykonawcy.

Uzasadniał, że analogiczną nieprecyzyjność należy zarzucić pkt III ust. 1 lit. a), b) i c) OPZ. W tym zakresie wykonawca bowiem nie zna maksymalnej ilości pojazdów, a zatem nie wie jakie środki będzie zobowiązany przeznaczyć do realizacji zamówienia. Warto stwierdzić, że określenie możliwości przekroczenia danej ilości holowań, bez informacji o maksymalnej kumulacji skutkuje brakiem możliwości właściwego skalkulowania oferty.

Następnie Odwołujący przywołał argumentację prawną dotyczącą m.in. wykładni art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz ograniczonej zasady swobody umów, popartą orzecznictwem KIO (wyrok o sygn. akt: 123/14, wyrok o sygn. akt: 1206/17 KIO 1208/17, KIO 171/13, KIO 706/14).

Odwołujący wskazał, że obecna sytuacja uniemożliwia właściwe oszacowanie oferty przez wykonawcę, a Zamawiający powinien w sposób zupełny podać szczegółowy zakres tego zobowiązania. Wykonawca nie wie, albowiem, jaki jest zakres zamówienia, co wprost przekłada się na to, że jakakolwiek oferta wykonawców nie musi uwzględniać tożsamesgo zakresu tego postanowienia, z zakresem jaki uznaje Zamawiający. W końcu Odwołujący stwierdził, że Zamawiający winien działać zgodnie z art. 354 k.c. Prawo zamówień publicznych nakłada na zamawiającego określone obowiązki, co wprost wynika z art. 29 ustawy Pzp. OPZ musi być jasny i precyzyjny, jak też zupełny, czyli musi określać także takie kwestie jak konieczność zapewnienia praw, gdyż jak tego brak w OPZ, to na etapie realizacji umowy nie

można tego wymagać od wykonawcy.

Odwołujący przedstawił uzasadnienie dla zarzutu zawartego w punkcie 3.2 *petitum* odwołania, który to zarzut został cofnięty w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Uczestnika postępowania.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 3.3 *petitum* odwołania Odwołujący uzasadniał, że wykonawca kwestionuje to postanowienie, gdyż nakłada ono na niego sankcję za sytuację niezależną od niego, jak i nieistotne, co prowadzi też do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego, który może chcieć dla samej zasady kwestionować usługę, która została wykonana i jest to okoliczność bezsporna, a zakwestionowane zostanie jedno zdjęcie, czy inna mało istotna rzecz. Co więcej, nie może sytuacji, że Zamawiający nie uzna przedstawionych dowodów wynikających z „niespójności danych pomiędzy danymi podmiotu wydającego dyspozycję usunięcia pojazdu a danymi zawartymi w Ewidencji zleceń”, gdyż w przypadku odstąpienia (czyli odwołania jadącego do zlecenia kierowcy) wykonawca nie może porównać ani zweryfikować danych podanych telefonicznie wykonawcy przez pracownika Straży Miejskiej (na tej podstawie wpisywane są wówczas dane do ewidencji), jak i wykonawca nie jest w stanie zweryfikować co strażnik miejski wpisał w dyspozycji bo jej wykonawca nie otrzymuje (np. dyspozycja usunięcia pojazdu telefonicznie i funkcjonariusz podaje że do usunięcia jest pojazd Ford nr rej WE4...5 - (dana wpisywania do systemu), na dyspozycji Strażnik wpisuje Fiat WN4...5. Wykonawca nie może odpowiadać za działanie osób trzecich w żaden sposób z nim nie związanych, a zatem za tych za których w świetle art. 474 k.c. nie odpowiada. Co więcej, zgodnie z art. 474 k.c. a contrario, wykonawca nie odpowiada za działanie osób wykraczających poza ww. przepis.

Jako naruszające wskazane w zarzucie przepisy jest też stwierdzenie „brak potwierdzenia przyjęcia zlecenia przez kierowcę usuwającego pojazd” i to mimo oczywistości, że zlecenie wykonano, a brakuje formalnej i nieistotnej kwestii, która jest wykazywana innymi środkami. Nie może być sytuacji, gdy Zamawiający nie uzna przedstawionych dowodów wynikających z „niespójności danych pomiędzy danymi podmiotu wydającego dyspozycję usunięcia pojazdu a danymi zawartymi w Ewidencji zleceń”.

W kwestii zarzutu zawartego w punkcie 3.4 *petitum* odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający obciąża wykonawcę odpowiedzialnością za sytuację niezależną od niego, a wynikającą z decyzji administracyjnych lub wyroków sądów w sprawach, w których wykonawca nie jest uczestnikiem. Zwracał uwagę, że obowiązkiem Zamawiającego jest weryfikacja przed dokonaniem zapłaty wykonawcy prawidłowości wykonania usługi, bo wtedy każdorazowo weryfikuje dokumentację dotyczącą konkretnych zleceń i jeżeli wykonawca zrealizował zlecenie zgodnie z postanowieniami umowy. Nie ma możliwości by wykonawca ponosił konsekwencje przegranych spraw przez Zamawiającego w postępowaniu administracyjnym i dalej ponosił odpowiedzialność za nieprawidłowe działania w toku takich postępowań. Uzasadniał, że Zamawiający korzystając z dominującej pozycji w postępowaniu, narzuca reguły wykonania umowy stanowiące naruszenie zasad prowadzenia postępowania oraz zasad współżycia społecznego. Zamawiający powinien tak ukształtować treść umowy, aby realizacja zamówienia była możliwa (wyrok akt KIO 283/14) bez przerzucania całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę (wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w sprawie IV Ca 508/05). Przejawem nierównego traktowania stron są regulacje dotyczące obowiązków przyszłych, nieznanych, ryzyk oraz odpowiedzialności. Wadliwym obciążeniem wykonawcy jest w szczególności nałożenie ryzyka i odpowiedzialności za działania i sytuację od niego niezależne. Dlatego też te wymagania jest nieprecyzyjne i w zasadzie nie mierzalne oraz powoduje sankcje dla wykonawcy za brak jej wykonania w sposób oczekiwany przez Zamawiającego, które stanowią o niedozwolonym korzystaniu z prawa.

W zakresie zarzutu, o którym w punkcie 3.5 *petitum* odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający żąda i oczekuje, że przechowywanie pojazdów w trybie art. 50a Prd będzie przez aż 8 miesięcy dla niego bezpłatne. Koszty tego jednak poniesie wykonawca, a to z mocy przepisów Zamawiający winien tego koszty ponosić. Uzasadniał, że jednym z głównych przedmiotów zamówienia jest też przechowywanie pojazdów usuniętych w trybie art. 50a Prd, a zatem jest to jedna z zasadniczych, a nie ubocznych usług świadczonych. Ww. zapis skutkuje tym, że koszty przechowywania ww. pojazdów przenoszone są na wykonawcę, mimo iż obowiązek ich przechowania z upr. ciąży na Zamawiającym. Tym samym Zamawiający staje się podmiotem bezpodstawnie wzbogaconym w rozumieniu art. 405 k.c. i konstruuje ww. obowiązek w sposób sprzeczny z art. 353¹ k.c. i art. 835 k.c. oraz art. 2 pkt 13 PZP. Zasadnicza część usług objętych zamówieniem nie może być świadczona bezpłatnie. Nie ulega wątpliwości, że w tym zakresie powstaje umowa przechowania. Nie jest to pierwsza sytuacja, w której KIO rozpatruje ww. zarzut. Był on rozpatrywany w sprawie

KIO 1339/17, ale wtedy był zupełnie inny stan faktyczny. Wykonawca może bowiem nie uzyskać dochodu, jak wskazało KIO w ww. orzeczeniu, ze złomowania takich pojazdów. Zamawiający bowiem nie musi wcale skierować tych pojazdów do likwidacji, a może np. dokonać ich zbycia itp. Wtedy zatem wprost występuje brak odpłatności ze strony Zamawiającego za jedną z zasadniczych części zamówienia. Wykonawca w żaden sposób nie jest w stanie uzyskać dochodów ubocznych, skoro Zamawiający nie zezwolił mu na likwidację tzw. wraków. W poprzednim postępowaniu, na skutek którego wydano orzeczenie w sprawie KIO 1339/17 uznało, że jest możliwe nieodpłatne przechowywanie tych pojazdów przez okres 8 miesięcy, ponieważ zlecając demontaż wykonawca może czerpać pożytki z likwidacji. W przypadku, gdy wykonawca nie będzie sam przekazywał do likwidacji wraków to i nie będzie mógł czerpać żadnych pożytków, a zatem parkowanie powinno być odpłatne przez cały okres przechowywania. Potencjalne ww. pożytki z kasacji mogą gwarantować przynajmniej częściowy zwrot kosztów przechowywania pojazdów, które są bezpłatnie przechowywane przez 8 miesięcy. W przypadku odbioru tych pojazdów przez ich właścicieli, w sposób nieuzasadniony wykonawca obciążony jest całością kosztów. Jeśli w ramach postępowania Zamawiający zamierza część pojazdów holowanych na podstawie art. 50a Prd zagospodarować we własnym zakresie, to z całą pewnością będą to pojazdy w najlepszym stanie, czyli właśnie te, z których wykonawca mógłby zrekompensować koszty i uzyskać pożytki. Oznacza to, że wykonawca będzie ponosił wyłącznie koszty związane z przechowywaniem, przewiezieniem w miejsca wskazane przez Zamawiającego oraz koszty przewiezienia do demontażu pojazdów w złym stanie, z których nie będzie możliwości uzyskania jakiegokolwiek rekompensaty. Odwołujący wskazał na art. 2 pkt 13 ustawy Pzp i uzasadniał, że definicja zawarta w tym przepisie pozwala na wyodrębnienie kolejnego ograniczenia w zakresie swobody umów, które wprost wynika z przepisów ustawy. Chodzi mianowicie o odpłatność umów o zamówienia publiczne. Cecha umów wzajemnych (umowy w trybie PZP są takimi) jest to, że każda ze stron według treści umowy jest zobowiązana do świadczenia wobec drugiej, uznawanego za odpowiednik (równoważnik ekwiwalent) tego, co sama otrzymuje (art. 487 § 2 k.c.). W umowach wzajemnych istnieje zatem równowaga, inaczej mówiąc ekwiwalentność świadczeń. Ponadto Odwołujący przywołał wyrok Sądu Rejonowego w Gliwicach w sprawie I C 75/15 z dnia 4 maja 2015 r.

Podsumowując Odwołujący wskazał, że wykonawca jako przechowawca winien otrzymać wynagrodzenie również za przechowanie pojazdów przed możliwością stosowania art. 50a ust. 2 Prd, czyli przed upływem 6 miesięcy. Zamawiający, wobec braku obowiązku uiszczania wynagrodzenia za przechowanie pojazdów w trybie art. 50a Prd staje się bezpodstawnie wzbogacony w rozumieniu art. 405 k.c. Przy czym, zgodnie z wyrokiem KIO z 27 grudnia 2016 r. (KIO 2284, KIO 2290/16), dodatkowe źródło dochodu Zamawiającego jest bezpodstawnym wzbogaceniem. W tym znaczeniu zaoszczędzenie środków również jest dochodem, gdyż Zamawiający „oszczędza” środki, które by wydał.

Ewentualnie, z uwagi na treść art. 50a ust. 2 uprzd, po upływie 6 miesięcy, to Zamawiający staje się właścicielem pojazdu usuniętego w trybie art. 50a Prd, a tym samym bezpodstawnym wzbogaceniem jest w szczególności obciążenie wykonawcy świadczeniem nieodpłatnym w zakresie 2 miesięcy (por. § 4 ust. 5 - 6 Umowy). W tym znaczeniu Zamawiający jest zgodnie z art. 405 k.c. bezpodstawnie wzbogacony w sposób oczywisty, gdyż „za darmo” składa swoje własne mienie, nabyte z mocy ustawy.

Odnosnie zarzutu podniesionego w punkcie 3.6 *petitum* odwołania Odwołujący wskazał, że w zakresie demontażu z parkingów innych niż wykonawcy, nie wiadomo z jakich parkingów ma się to odbywać. Treść tego postanowienia uniemożliwia wycenę tej usługi, bo nie wiadomo skąd i dokąd będą te przewozy i w jakim stanie, co uniemożliwia wycenę tej usługi do kalkulacji oferty, a zatem jest to postanowienie niejasne, które uniemożliwia skonstruowanie oferty, gdyż może okazać się, że odległość jest duża, a co więcej stan pojazdu uniemożliwia odzyskanie jakichkolwiek środków z utylizacji co będzie generowało wyłącznie koszty wykonawcy.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 3.8 *petitum* odwołania wykonawca wskazał, iż zarzut dotyczy rażąco wysokich kar, które nadto są zastrzegane za sytuacje bez znaczenia, które nie generują żadnych szkód, czy ryzyk dla Zamawiającego, a bardzo często nawet za rozpoczętą 1 godzinę zwłoki (czyli już za 1 minutę opóźnienia, która często - co absurdalne - wynika z rozbieżności w ustawieniach zegarka funkcjonariusza Straży Miejskiej i zegara w systemie śledzącym ruch holownika) w realizacji usługi, przekraczają samą jej wartość. Uzasadniał, że katalog i wysokość tych kar jest tak duża i wysoka, że stanowi możliwość dla Zamawiającego do uzyskania dodatkowych kwot z jakiegokolwiek naruszenia wykonawcy. Pozyskane w ten sposób środki finansowe nie realizują funkcji kar umownych. Zamawiający stworzył rozbudowany katalog kar umownych, który w sposób bardzo szybki może pozbawić wykonawcę płynności

finansowej, zwłaszcza przy zapewnieniu sobie przez Zamawiającego możliwości potrącania naliczonych kar z wynagrodzenia wykonawcy. Odwołujący przywołał fragment orzeczenia KIO 323/18. Wskazał, że taka wysokość kar, jaka jest aktualnie, w sposób znaczny podroży oferty i spowoduje, że Zamawiający będzie musiał wyłożyć więcej środków na realizację zamówienia, niż wtedy, gdyby je ustalili w sposób prawidłowy.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 3.9 *petitum* odwołania Odwołujący podał, iż zarzut dotyczy określania kar umownej, która była przedmiotem rozważań w sprawie KIO 1339/17, gdzie takowy, zresztą podniesiony przez aktualnego Odwołującego przeciwko aktualnemu Zamawiającemu, zarzut został uwzględniony. Mimo jednoznacznych stanowisk KIO, Zamawiający ponownie stara się nałożyć taką karę na wykonawcę. Zamawiający zatem w sposób rażąco zmienił czas zwłoki z 1 dnia opóźnienia, jak było poprzednio na 1 godzinę, jak chce teraz. Zmiana ta jest niczym nieuzasadniona, szczególnie w stosunku do przedmiotu umowy, jak też wobec kary umownej za opóźnienie usunięcia w trybie art. 130a Prd, gdzie przewidziano karę analogiczną, mimo iż czas dojazdu w trybie art. 130a uprd liczony jest w minutach, a w trybie art. 50a w godzinach. Ww. kara umowna jest również rażąco wygórowana w rozumieniu art. 484 § 2 k.c. i sprzeczna z art. 483 k.c. (por. wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1126/13, KIO 1128/13, KIO 1132/13 oraz KIO 1133/13. Odwołujący podniósł, że w sprawie KIO 1339/17 wskazano „ponadto, w poprzednio rozstrzygniętym przetargu (znak. DP/41/PN/39/14), kara za opóźnienie w trybie art. 50 uprd była naliczana za opóźnienie rzędu jednego dnia, a zatem określenie w postępowaniu ww. kary umownej jest rażąco wygórowane i nieproporcjonalne oraz co więcej, zastrzeżenie kary umownej za opóźnienie, obejmuje wszelkie opóźnienia, zarówno zawinione, jak i niezawinione, co tym samym jest nieproporcjonalnym obciążeniem i sprzecznym z art. 473 k.c., gdyż wykonawca powinien odpowiadać jedynie za zawinione opóźnienie, czyli za zwłokę, jak też poprzez odmienną interpretację przez Zamawiającego pojęcia „opóźnienie” niż ta przyjęta powszechnie, co wprowadza w błąd wykonawców; W ocenie Izby zarzut jest uprawniony. Zamawiający powinien zmodyfikować postanowienia SIWZ wynikające z uwzględnienia zarzutu w tym uwzględniając podniesione żądania, jak też odpowiednią modyfikację ogłoszenia uwzględniającą żądania odwołania, zgodnie z sentencją Wyroku”.

Odnosnie zarzutu zawartego w punkcie 3.10 *petitum* odwołania Odwołujący podtrzymał zarzuty i argumentację w zakresie nieproporcjonalności, a wręcz nieracjonalności tej kary. Co więcej, ta kara obejmuje też okoliczności niezawinione przez wykonawcę, a w świetle art. 471 k.c. i art. 472 k.c. tylko takie podlegają odpowiedzialności wykonawcy. Należy też podnieść, że kara ta jest całkowicie oderwana od rzeczywistej wartości danej jednostkowej usługi, a co więcej zachodzi podwójne karanie, gdyż Zamawiający ma zamiar zlecać taką usługę w ramach wykonania zastępczego. Tym samym, przy wartości usługi 200 zł, Zamawiający zleci wykonanie zastępcze za 500 zł i naliczy jeszcze 1 000 zł kary, a nadto niewykonanie było niezawinione. W takiej sytuacji, nie ze swej winy, wykonawca poniesie odpowiedzialność na kwotę około 1 500 zł, co nie jest niczym uzasadnione. Ponadto na poparcie prezentowanego stanowiska Odwołujący przywołał wyrok KIO 2085/18.

Odwołujący przedstawił uzasadnienie dla zarzutu podniesionego w punkcie 3.11 *petitum* odwołania, który to zarzut został następnie cofnięty przez Odwołującego.

W zakresie zarzutu, o którym mowa w punkcie 3.12 *petitum* odwołania Odwołujący podał, że w ogóle tej kary nie powinno być. Szkoda powstała na skutek opisanego stanu faktycznego jest naprawiana z OC wykonawcy, a zatem nie ma podstaw do karania wykonawcy. Zamawiający nie ponosi w tym zakresie żadnej szkody

Odwołujący przedstawił uzasadnienie w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 3.13 *petitum* odwołania, który to zarzut został następnie cofnięty przez Odwołującego.

W kontekście zarzutu zawartego w punkcie 3.14 *petitum* odwołania Odwołujący podniósł, że aktualnie obowiązujące przepisy nie przewidują, że pojazd usunięty w trybie art. 130a, 50a i 140ad uprd, czy też art. 95 utd może być wydany dopiero po przedstawieniu dowodu uiszczenia opłaty. Przepisy art. 130a ust. 5c i ust. 7 pkt 1) Prd zostały uznane za niekonstytucyjne przez Trybunał Konstytucyjny wyrokiem z 5 grudnia 2018 r. (K 6/17). Przepisy z art. 140ad Prd i art. 95 utd odsyłają do norm art. 130a Prd w tym do ust. 5c.

Wykonawcę zatem nie można obarczać weryfikacją płatności przed wydaniem pojazdu, jak i też z tego powodu nie można karać określoną w zawołowany sposób karą umowną. Jeżeli zaś obowiązek taki jest, to Zamawiający winien go wprost wskazać, jaki to obowiązek weryfikacyjny, czyli w oparciu o jaką regulację i jakich przypadków dotyczy. Nie określając tego Zamawiający dodatkowo narusza art. 29 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Uzasadniał, że skutkiem ww.

orzeczenia w sprawie K 6/17 jest, że aktualnie nie jest dopuszczalne uzależnianie wydania pojazdu od zapłaty należności za usunięcie i pozostawienie pojazdu na parkingu strzeżonym wyznaczonym przez starostę. Oczywiście po stronie powiatu powstanie roszczenie o zapłatę należności na usunięcie pojazdu z drogi i przechowywanie na parkingu strzeżonym, jednakże w przypadku braku dobrowolnej zapłaty konieczne będzie podjęcie odpowiednich działań prawnych. Do tej zapłaty tej należności motywowała okoliczność niewydania pojazdu.

Odwołujący zaprezentował również uzasadnienie w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 3.15 *petitum* odwołania, który to zarzut został następnie cofnięty przez Odwołującego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 20 lipca 2020 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości i obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego, w tym z tytułu zastępstwa przed Izbą.

Zamawiający odniósł się w odpowiedzi na odwołanie do zarzutu zawartego w punkcie 1.1 *petitum* odwołania.

Odnosnie zarzutu wskazanego w punkcie 1.2 *petitum* odwołania Zamawiający przywołał brzmienie art. 130a Prd i wskazał, że określając wysokości przeliczników dla innych niż pojazd do 3,5t rodzajów pojazdów zastosował przeliczniki wynikające z analogicznych stawek ustalonych w uchwale z dnia 28 listopada 2019 r. Rady m.st. Warszawy nr XXII/619/2019 w sprawie ustalenia wysokości opłat za usunięcie i parkowanie pojazdu oraz wysokości kosztów powstałych w przypadku odstąpienia od usunięcia pojazdu na rok 2020 (np. stawka w ww. uchwale za usunięcie pojazdu do 3,5 t - 490,00 zł, a stawka za usunięcie pojazdu powyżej 16t - 1308,00 zł, czyli przelicznik 16t/3,5t wynosi 2,67) (Dz. Urz. Woj. Maz. poz. 14475). Wysokość zaś stawek ustalonych w uchwale nie może być wyższa niż stawek maksymalnych określonych w corocznym obwieszczeniu Ministra Finansów. Zgodnie z przepisem art. 130a Prd „na każdy rok kalendarzowy minister właściwy do spraw finansów publicznych ogłasza, w drodze obwieszczenia, w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej "Monitor Polski" maksymalne stawki opłat, o których mowa w ust. 6a, z uwzględnieniem zasady określonej w ust. 6b, zaokrąglając je w górę do pełnych złotych”. Stawki w uchwałach przeliczane są wg przeliczników wynikających z corocznego obwieszczenia ministra. Co roku te przeliczniki nieznacznie się różnią (dziesiętne lub setne miejsc po przecinku). Na 2020 rok obwieszczenie Ministra Finansów z dnia 1 sierpnia 2019 r. w sprawie ogłoszenia obowiązujących w 2020 r. maksymalnych stawek opłat za usunięcie pojazdu z drogi i jego parkowanie na parkingu strzeżonym (M.P. poz. 735) wyznaczyło np. stawkę za usunięcie pojazdu do 3,5t na 503,00 zł, a po pojazd o DMC powyżej 16t na 1308,00 zł). Wprowadzenie wyższych stawek za niektóre pojazdy (o co wnosi Odwołujący) spowodowałoby, że koszt usunięcia pojazdu mógłby być wyższy od maksymalnych stawek wynikających z obwieszczenia i nie tylko właściciel, ale i powiat (a więc i podatnicy) ponosiliby koszty usunięcia pojazdów. Zamawiający, mając na uwadze obowiązek dbałości o finanse publiczne, nie może powodować zwiększania kosztów wydatków publicznych.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że przepis art. 95 utd nie dotyczy tylko pojazdów o dopuszczalnej masie całkowitej powyżej 16 t, ale dotyczy każdego pojazdu, jeśli zostanie stwierdzone naruszenie obowiązków lub warunków przewozu drogowego przez podmiot wykonujący przewóz drogowy. Na potwierdzenie powyższego Zamawiający wskazał, że w 2019 roku Mazowiecka Inspekcja Transportu Drogowego na podstawie ww. art. 95 zlecała usuwanie w większości przypadków pojazdy osobowe (w 2019 roku na zlecenie ITD usunięto 8 pojazdów i wszystkie pojazdy to były pojazdy o DMC do 3,5t).

Zamawiający wskazał, że zarzut uznania za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 uznk jest nietrafiony, gdyż wszyscy oferenci mają identyczne wytyczne co do sporządzenia oferty i wszyscy oferenci mają stosować identyczne przeliczniki w zakresie przedmiotowego kryterium oceny ofert. Zamawiający stosując przeliczniki stawek z ww. uchwały Rady m.st. Warszawy nie utrudnia żadnemu potencjalnemu wykonawcy dostępu do rynku.

Zamawiający wskazał również, że doświadczenia poprzednich lat wskazują, że pojazdy o dopuszczalnej masie całkowitej powyżej 7,5t stanowią jedynie niewielki odsetek (poniżej 0,2%) wszystkich usuwanych pojazdów (średnio było to kilka - kilkanaście pojazdów rocznie). Równocześnie Zamawiający wskazał, że usuwanie pojazdu niekoniecznie musi polegać na holowaniu pojazdu, ale może również polegać na odprowadzeniu pojazdu na parking. W takiej sytuacji (a w przypadku dyspozycji wydawanych w trybie ww. art. 95 będzie ich większość) nie ma potrzeby wynajęcia specjalistycznego holownika i ponoszenia kosztów wskazanych przez Odwołującego w wysokości kilku tysięcy złotych.

Uzasadniał, iż niezrozumiałe jest wskazanie przez Odwołującego naruszenia przepisu art. 91 ust. 2d ustawy Pzp, bowiem nawet w uzasadnieniu Odwołujący nie wskazuje, że sposób opisu tego kryterium oceny ofert jest

niejednoznaczny czy niezrozumiały przez Odwołującego czy też uniemożliwiający sprawdzenie informacji przedstawionych przez wykonawców - wręcz przeciwnie Wykonawca nie zgadza się ze sposobem przeliczenia ceny w tym kryterium, a zatem o naruszeniu ww. przepisu ustawy Pzp nie może być mowy.

Wskazanie przez Odwołującego naruszenia przepisu art. 91 ust. 2c ustawy Pzp jest zupełnie już niezrozumiałe, bowiem trudno byłoby stwierdzić, że cena nie jest związana z przedmiotem zamówienia. Z jednej strony, zamawiający ma obowiązek opisać kryteria w sposób precyzyjny, jednoznaczny, obiektywny itp., a z drugiej - ma prawo je określić tak, aby pozyskać od wykonawców rozwiązanie maksymalnie odpowiadające jego uzasadnionym potrzebom.

Zamawiający podkreślał, iż Odwołujący startując w przetargu w 2017 roku (nr postępowania DPZ/72/PN/66/17) nie kwestionował przyjętego przelicznika stawek w kryterium oceny ofert - cena, a które to przeliczniki w zakresie pojazdów o DMC pow. 7500 kg do 16 000 kg oraz pojazdów o DMC pow. 16 000 kg wręcz wzrosły (odpowiednio z 1,77 Cu na 1,81 Cu, oraz z 2,60 Cu na 2,67 Cu).

Odnosnie zarzutu zawartego w punkcie 2.1 *petitum* odwołania Zamawiający wskazał na dokonaną w dniu 20 lipca 2020 r. zmianę treści SIWZ (pkt 2 ppkt 1 i 2).

Co do lokalizacji parkingów, na jakich obecnie znajdują się pojazdy i na jakie ewentualnie pojazdy będą przewożone, Zamawiający wyjaśnił, że znajdują się one w granicach m.st. Warszawy, co wynika ze SIWZ, w tym OPZ i Umowy. Zamawiający wskazał, że pojazdy które będą przewożone w trakcie trwania umowy (nie dotyczy to pojazdów zleconych do przewiezienia bezpośrednio po podpisaniu umowy), to będą to pojazdy usunięte przez wykonawcę realizującego umowę ZDM/UM/DPZ/42/PN/37/20 (czyli zawartą w wyniku rozstrzygnięcia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co do którego wniesiono niniejsze odwołanie) i znajdujące się na jego parkingu.

Dodatkowo, Zamawiający poinformował, że zgodnie z treścią przepisu art. 130a Prd właściciel pojazdu ma ponosić opłatę za usunięcie pojazdu i jego przechowywanie nie może jednak ponosić kosztów przewiezienia pojazdu między parkingami. Tym samym Zamawiający, mając na uwadze obowiązek dbałości o finanse publiczne nie może generować dodatkowych kosztów, którymi nie będzie mógł obciążyć właściciela pojazdu w trybie decyzji administracyjnej określającej wysokość kosztów za usunięcie pojazdu.

Wykonawca zaś po przewiezieniu pojazdu będzie otrzymywał wynagrodzenia za każdą dobę jego przechowywania (przez okres średnio kilku-kilkunastu miesięcy jak wynika z dotychczasowego doświadczenia Zamawiającego), więc wykonawca wyliczając swoją cenę koszt przewiezienia pojazdu może w kalkulować w stawkę za jedną dobę jego przechowywania.

W kwestii zarzutu z punktu 2.2 *petitum* odwołania Zamawiający wskazał na dokonaną zmianę treści SIWZ z dnia 20 lipca 2020 r. Dodał, że Zamawiający nie może określić maksymalnej ilości pojazdów, gdyż nie jest to zależne od Zamawiającego. Ilość wydanych dyspozycji i ilość usuwanych pojazdów jest przede wszystkim zależna od zachowań właścicieli i kierujących pojazdami oraz cechuje się znacznymi wahaniami (zarówno w ciągu doby, jak i tygodni czy miesięcy oraz może być czasowo zwiększona lub zmniejszona ze względu na np. czasowe zmiany w organizacji ruchu lub też działania władz państwowych związanych z bezpieczeństwem Państwa). Zamawiający wskazał więc szacunkową średnią wartość wyliczoną na podstawie doświadczeń z ubiegłych okresów.

Wykonawca jako profesjonalista prowadzący działalność gospodarczą od kilku lat, w tym świadczący przedmiotowe usługi dla Zamawiającego na podstawie umów zawartych w wyniku wygranych przetargów (z czego firma Loctra Sp. z o.o. od 2014 roku, a firma ON Traffic Sp. z o.o. od 2012 roku), a więc dokładnie zna specyfikę świadczenia usług będących przedmiotem niniejszego postępowania.

W zakresie zarzutu, o którym mowa w punkcie 3.1 *petitum* odwołania Zamawiający podał, iż wskazując godzinę 09:00 brał pod uwagę wymogi stawiane potencjalnym wykonawcom - tj. np. konieczność prowadzenia parkingu 24h/dobę oraz zakres danych koniecznych do sporządzenia przesyłanych zestawień. Równocześnie Zamawiający pozostawia dowolność wykonawcy co do sposobu organizacji jego pracy i nie wskazuje, że prowadzenie zestawień ma się odbywać np. w godzinach nocnych (zestawienia takie mogą wykonywać np. pracownicy obsługi parkingów, którzy te pojazdy przyjmują na parking i to oni tę wiedzę posiadają).

Zamawiający podkreślał, że przysyłanie raportów jak najwcześniej jest niezbędne Zamawiającemu do udzielania informacji właścicielom pojazdów, którzy zgłaszają się do Zamawiającego od samego rana, o tym gdzie pojazd się znajduje i w jaki sposób można go odebrać. Nieposiadanie przez Zamawiającego informacji o pojazdach usuniętych

poprzedniego dnia, w szczególności informacji o aktualnym miejscu przechowywania pojazdu może skutkować skargami obywateli, którzy dzwoniąc do Zamawiającego nie będą mogli uzyskać rzetelnych informacji.

Dodatkowo Zamawiający zwracał uwagę, że przesunięcie godziny przesyłania zestawienia na godzinę 12:00 spowodowałoby powstanie dodatkowych kosztów po stronie Zamawiającego związanych z koniecznością pracy własnych pracowników po godzinach pracy urzędu (standardowe godziny pracy Zamawiającego to 7.30 - 15.30), czego Zamawiający, dbając o finanse publiczne, musi unikać. Biorąc pod uwagę godziny pracy Zamawiającego podkreślał, że jeżeli wykonawca będzie stosował te same godziny pracy dla swoich pracowników pracujących w danym systemie czasu pracy, pozostanie mu półtorej godziny na sporządzenie raportu, co wydaje się wystarczającym okresem czasu.

Zaznaczył, iż Zamawiający nie przewiduje kar za opóźnienie, ale za zwłokę w przekazaniu przedmiotowych zestawień.

Zamawiający odniósł się w odpowiedzi na odwołanie do zarzutu zawartego w punkcie 3.2 *petitum* odwołania.

Odnosnie zarzutu zawartego w punkcie 3.3 *petitum* odwołania Zamawiający wskazał, że wykonawca, aby zapobiec niespójnościom w danych powinien podczas przyjmowania zgłoszenia (lub przyjmowania informacji o odstąpieniu od zgłoszenia) uzgadniać jakie informacje znajdują się w dokumentach (w szczególności dane godzinowe czy numer rejestracyjny pojazdu usuwanego). Wskazał, że literówki znajdujące się w dokumentach nie dyskwalifikują automatycznie zlecenia, a mogą zostać sprostowane, wyjaśnione przez wykonawcę. Co oczywiste Zamawiający pod określeniem „niespójności” miał na myśli takie niezgodności, których nie da się wyjaśnić.

Zamawiający wskazał, że to na wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia, że zostały wykonane czynności zmierzające do usunięcia pojazdu. Wykonawca jest zobowiązany do każdego odwołanego zlecenia dostarczyć dowody potwierdzające powstanie kosztów po jego stronie - w szczególności wydruki z systemu dokumentujące sekwencję zdarzeń (np. fakt przyjęcia zlecenia przez kierowcę Wykonawcy, raporty drogowe, dokumentację fotograficzną, materiały wideo itp.). W przypadku np. jeśli kierowca Wykonawcy nie potwierdził, że przyjął zlecenie to nie można uznać, że rozpoczął realizację tego zlecenia i wykonał jakiegokolwiek czynności z nim związane. Przyjęcie zlecenia tylko przez dyspozytora Wykonawcy nie generuje kosztów zgodnie z postanowieniami umowy (gdyż nie zostały wykonane czynności wskazujące na powstanie kosztów - nie ma załadunku pojazdu, nie ma dojazdu na miejsce zlecenia itp. o czym stanowi umowa).

Podkreślał, iż zgodnie z § 2 ust. 1, 2 i 3 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 22 czerwca 2011 r. w sprawie usuwania pojazdów, których używanie może zagrażać bezpieczeństwu lub porządkowi ruchu drogowego albo utrudniających prowadzenie akcji ratowniczej (Dz. U. z 2018 r., poz. 2285) usunięcie pojazdu z drogi rozpoczyna się z chwilą wydania uprawnionej jednostce dyspozycji usunięcia pojazdu. Dyspozycję usunięcia pojazdu wydaje niezwłocznie w formie pisemnej funkcjonariusz lub pracownik uprawnionego podmiotu, po upewnieniu się, że istnieją przesłanki do usunięcia pojazdu. Dyspozycję można wydać ustnie, w tym za pośrednictwem środków łączności. W takim przypadku dyspozycja wymaga niezwłocznego potwierdzenia w formie pisemnej.

Nieprawdą jest zatem, że wykonawca nie może zweryfikować danych, które dostaje telefonicznie, jak i tego co jest wpisane do dyspozycji, bo zdaniem wykonawcy nie dostaje dyspozycji, co jest sprzeczne z wyżej wskazanym przepisem rozporządzenia, że dyspozycje wydaje się w formie pisemnej, a te wydane nawet ustnie, w tym telefonicznie, wymagają niezwłocznego potwierdzenia w formie pisemnej.

Zatem tak stanowią obowiązujące przepisy prawa, a Zamawiający zleca wykonywanie przedmiotowych czynności wykonawcy, który zostanie wyłoniony w wyniku przetargu. To wykonawca z którym Zamawiający zawrze umowę będzie wykonywał całość czynności związanych z usuwaniem pojazdów, w tym wszelkie formalności będą realizowane przez takiego wykonawcę, aby wypełnić obowiązki nałożone przepisami prawa. To pracownicy wykonawcy będą odbierać zlecenia usunięcia, wydawać pojazdy, sporządzać ewidencje itd. - Zamawiający nie ma wpływu na te czynności i opiera się potem na tym tylko co dostanie od wykonawcy. Zatem to Wykonawca musi tak zorganizować pracę, aby wszystkie dokumenty i dane w nich zawarte były prawidłowe i zbieżne i aby nie było w nich żadnych niespójności, bo to Wykonawca realizuje te czynności. Tak więc to wykonawca jako podmiot wykonujący te czynności, które zobowiązuje się wykonywać zgodnie z obowiązującymi przepisami i działający jako profesjonalista musi wykonać je prawidłowo, tak aby potem Zamawiający mógł, w razie wykonania czynności za które przysługuje wynagrodzenie dokonać zwrotu kosztów wykonawcy. Żeby móc tego dokonać musi mieć prawidłowe dowody je potwierdzające, jako

podmiot dysponujący finansami publicznymi.

W przedmiocie zarzutu, o którym mowa w punkcie 3.4 *petitum* odwołania Zamawiający wskazał, że wykonawca przystępując do przetargu ma obowiązek znać obowiązujący system prawny i zobowiązuje się do realizacji umowy zgodnie z obowiązującymi przepisami. Zamawiający nie jest organem administracyjnym ostatecznym — w przypadku postępowań administracyjnych organem II stopnia jest Samorządowe Kolegium Odwoławcze, a później również Wojewódzki Sąd Administracyjny i Naczelny Sąd Administracyjny, które ponownie badają dowody zebrane w sprawie i oceniają czy w danej sprawie powstały koszty. Zamawiający podkreśla, że wykonawca w celu potwierdzenia powstania kosztów, może na etapie postępowań odwoławczych czy sądowych również dołączać dodatkowe dowody potwierdzające powstanie kosztów. W interesie wykonawcy jest więc szczegółowe i dokładne udokumentowanie czynności podejmowanych podczas realizacji zleceń.

Zamawiający wskazał, że mając obowiązek dbania o finanse publiczne oraz jako organ administracji musi mieć na uwadze treść art. 7 Kodeksu postępowania administracyjnego. W związku z tym Zamawiający jako administracyjny organ I stopnia ma ustawowy obowiązek tak kształtować zapisy SIWZ, aby właściciele pojazdów nie ponosili nieuzasadnionych kosztów (np. poprzez weryfikację kosztów wykazywanych przez wykonawcę). Podkreślał, iż § 4 ust. 4 akapit 5 umowy dotyczy kwestii kosztów usuwania pojazdów w sytuacji odwołania dyspozycji usunięcia pojazdu, jak cały § 4 ust. 4 umowy. Zamawiający bazuje na tych dokumentach, które dostanie od wykonawcy i zdarza się, że organ II instancji inaczej ocenia dowody (tj. dowody przekazane przez wykonawcę) niż organ I instancji stąd konieczność wprowadzenia do umowy takiego postanowienia, dbając o wydatkowanie środków publicznych.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 3.4 *petitum* odwołania Zamawiający wyjaśnił, że przewiduje, że przechowywanie pojazdów usuniętych w trybie art. 50a Prd odbywa się „nieodpłatnie”, gdyż ze specyfiki tych pojazdów wynika, że są to pojazdy nieużytkowane, których trudno jest ustalić właściciela i których część zostanie uznana za porzucone i przekazana „nieodpłatnie” przez Zamawiającego Wykonawcy do demontażu. Wykonawca będzie uzyskiwał z tytułu demontażu pojazdów korzyści (choćby wartość odzyskanych katalizatorów sięga nawet kilku tysięcy). Do czasu przekazania takiej dyspozycji demontażu poczynając od 9 miesiąca będzie przysługiwało wykonawcy wynagrodzenie za ich przechowanie zgodnie z § 4 ust. 6 umowy.

Zamawiający przyjął więc, że ponieważ de facto jest to świadczenie ekwiwalentne - podmiot otrzymuje od Zamawiającego zlecenie przekazania pojazdu do utylizacji to (z czego osiąga przychód) Wykonawca będzie przechowywał te pojazdy w ramach tych dodatkowych korzyści.

Okres natomiast 8 miesięcy, jest to czas niezbędny dla Zamawiającego na zakończenie wszelkich procedur związanych z przejęciem pojazdu (po 6 miesiącach) oraz utylizacją pojazdu. Po tym czasie Wykonawca będzie dostawał wynagrodzenie za dalszy czas przechowywania pojazdów. Zamawiający zaznacza przy tym, że przejęcie pojazdu na własność m.st. Warszawy nie zawsze następuje po 6 miesiącach, w niektórych przypadkach następuje to w terminie późniejszym (np. ze względu na procedurę ustalania kolejnych właścicieli danego pojazdu). Jednocześnie przez ww. okres 6 miesięcy Zamawiający nie może swobodnie dysponować takimi pojazdami, gdyż - w przypadku nieodebrania - przechodzą one na własność Zamawiającego dopiero po upływie 6 miesięcy od dnia holowania. Zatem dopiero wówczas Zamawiający może podjąć kroki mające na celu zakończenia postępowania dotyczącego pojazdów usuniętych w trybie art. 50a (tj. wycena, przekazanie do demontażu, uzyskanie z organu rejestrowego decyzji administracyjnej o wyrejestrowaniu pojazdu). W związku z tym, iż najczęściej są to pojazdy nieużytkowane, których właścicieli nie da się ustalić i które nie przedstawiają wartości sprzedażowej, są one przeznaczone do recyklingu (utylizacji), który jest już realizowany przez wykonawcę.

Z argumentacją Zamawiającego zgodziła się również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO sygn. akt 1339/17 z 17.07.2017 roku dotyczącym obecnie realizowanej umowy DZP/72/PN/66/17 (której Wykonawcą jest Odwołujący).

Odnosząc się zaś do zarzutu, że Zamawiający może przekazywać takie pojazdy do sprzedaży to zwracamy uwagę, że musiałby to być pojazd, który nadaje się do dalszej eksploatacji. Dotychczasowe doświadczenia wskazują, że pojazdy usunięte w trybie art. 50a, nieodebrane przez właścicieli i które przechodzą na własność m.st. Warszawy nie nadają się do dalszej eksploatacji. Do tej pory żaden pojazd nie został przeznaczony do sprzedaży. Tym niemniej Zamawiający pozostawia możliwość sprzedaży tych pojazdów wskazując w pkt III. 2 OPZ, że „Pojazdy usunięte w trybie art. 50a Prd będą przechowane bezpłatnie przez co najmniej 8 miesięcy. Zamawiający może przekazać pojazd

Wykonawcy do demontażu (bez pobierania opłat, o których mowa w art. 23 ust. 4 uor lub może zagospodarować pojazd w inny sposób". Przez "inny sposób zagospodarowania" Zamawiający miał na myśli sprzedaż pojazdów, co w praktyce może okazać się, iż w ogóle nie będzie mieć miejsca.

Zamawiający podkreślał, że zgodnie z art. 50a Prd ustawodawca zdecydował, że właściciel usuniętego pojazdu może być obciążony jedynie kosztami usunięcia pojazdu. Nie ma więc podstaw prawnych do obciążania właściciela kosztami przechowywania pojazdu. Ze względu na specyfikę wykonywania całej procedury Zamawiający wskazuje, że w przypadku pojazdów usuniętych w trybie art. 50a Prd, istnieje obowiązek przechowywania pojazdów na parkingu strzeżonym przez okres 6 miesięcy. Za ten okres Zamawiający nie może pobierać opłat za przechowywanie od właścicieli usuniętych pojazdów (nawet gdyby udało się ich ustalić), gdyż ustawodawca nie przewidział takiego uprawnienia w art. 50a ustawy Prawo o ruchu drogowym (odmiennie jest w przypadku pojazdów usuniętych w trybie art. 130a ustawy Prawo o ruchu drogowym). Zamawiający, dbając o finanse publiczne nie może zatem ponosić kosztów, których nie będzie mógł odzyskać następnie od właściciela pojazdu. Tym samym zarzut wzbogacenia Zamawiającego jest bezpodstawny.

Zamawiający wskazał, iż zarzut naruszenia art. 2 pkt 13 ustawy Pzp jest chybiony, bowiem zgodnie z umową Zamawiający przewidział wynagrodzenie za realizację niniejszej umowy, a więc zamówienie jest umową odpłatną.

Ponadto, Zamawiający zwracał uwagę (podobnie jak w odwołaniu Odwołującego do przetargu do obecnie obowiązującej umowy, którą realizuje Odwołujący) na niekonsekwencję Odwołującego, gdyż kwestionuje on „bezpłatny” okres przechowywania pojazdów usuniętych w trybie art. 50a przez okres 8 miesięcy, a jednocześnie zgadza się, w razie nieuwzględnienia jego pierwszego wniosku, na „bezpłatny” okres przechowywania ww. pojazdów przez okres 6 miesięcy i proponuje zmianę treści SIWZ na taki zapis.

Podkreślał, iż Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 1339/17 z 17.07.2017 roku nie uwzględniła odwołania Odwołującego w tym zakresie.

W zakresie zarzutu podniesionego w punkcie 3.6 *petitum* odwołania Zamawiający podał, że wszystkie parkingi, na jakich znajdują się i będą się znajdować usunięte pojazdy muszą znajdować się w granicach m.st. Warszawy. Odnośnie zarzutu, że nie wskazano ilości tych pojazdów, to Zamawiający zwraca uwagę, że nie jest w stanie wskazać tych ilości, gdyż jest to niezależne od niego - zależy to w pierwszej kolejności od tego czy właściciele pojazdów będą je odbierać z parkingu oraz od sprawności sądów powszechnych orzekających przepadki pojazdów. Podobnie zresztą Zamawiający nie jest w stanie wskazać ile pojazdów zostanie przekazanych do demontażu z parkingów Wykonawcy, co do których to zapisów SIWZ w tym zakresie Odwołujący nie ma zastrzeżeń. Aktualne jest tutaj uzasadnienie Zamawiającego do pkt. IX odpowiedzi na odwołanie (zarzut 3.5 *petitum* odwołania), że generalnie Wykonawca będzie mieć z tytułu demontażu pojazdów korzyści (choćby wartość odzyskanych katalizatorów sięga nawet kilku tysięcy). Równocześnie zarzut Odwołującego, że nie może wycenić tej usługi (demontażu pojazdów) jest bezzasadny, gdyż Zamawiający nie przewidział dodatkowego wynagrodzenia za przekazanie pojazdów do demontażu.

W przedmiocie zarzutu zawartego w punkcie 3.7 *petitum* odwołania Zamawiający uzasadniał, że zgodnie ze swoim statutem wykonuje zadania, określone w art. 50a Prd w imieniu Prezydenta m.st. Warszawy oraz określone w art. 130a Prd w imieniu Starosty. Przywołane przepisy określają jakie koszty i opłaty są przewidziane za usuwanie pojazdów i wyraźnie wskazują, że rozliczanie dotyczy każdego pojazdu osobno. Tym samym Zamawiający nie ma możliwości ryczałtowego rozliczania zadania, a tym bardziej płacenia za np. przyszłe zlecenia czy pozostawiania wykonawcy w gotowości. Wprowadzenie zapisów wnoszonych przez Odwołującego byłoby niezgodne z zasadami rozliczania finansów publicznych oraz ustawy Prd. Zamawiający wskazał, że specyfika niniejszego zamówienia polega na tym, że dotyczy konkretnych zleceń, a ich ilość nie może zostać z góry dokładnie określona. Podobnie Zamawiający nie może zapewnić minimalnej ilości pojazdów, które będą usuwane.

Kwestie natomiast COVID -19 reguluje ustawa z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. z 2020 r., poz. 374 z późn. ml). Stąd też nie ma potrzeby wpisywać konkretnych postanowień z tym związanych, bo reguluje to ww. ustawa.

Ponadto, Zamawiający w § 16 ust. 1 umowy przewidział możliwość zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty w zakresie terminów realizacji umowy, terminu zakończenia umowy czy zakresu przedmiotu umowy, jego

sposobu realizacji czy terminów płatności w przypadku zasinienia okoliczności o charakterze siły wyższej.

Ponadto, w dniu 20 lipca 2020 roku, Zamawiający podjął decyzję o zmianie treści SIWZ (załącznik nr 2) w następującym zakresie: Zamawiający dokonał zmiany umowy poprzez usunięcie ust. 9 z § 4 umowy, tym samym przedmiotowa zmiana SIWZ oraz powyższe powodują, iż zarzut Odwołującego jest bezpodstawny.

Odnosnie zarzutu zawartego w punkcie 3.8 *petitum* odwołania Zamawiający wskazał, że kara ma za zadanie zmobilizować wykonawcę do terminowej realizacji zadań i w związku z tym kara nie może być symboliczna, gdyż nie spełniałaby swojej podstawowej funkcji mobilizowania wykonawcy do prawidłowego wykonywania zadania. Wysokość kar nie jest ustalona, aby wzbogacić Zamawiającego, ale aby zmobilizować wykonawcę do realizacji umowy zgodnie z jej postanowieniami. Po drugie wykonawca może być obciążony karą tylko za zawinione przez siebie opóźnienie w realizacji zlecenia, czyli to od wykonawcy zależy czy będzie obciążany karą. Zamawiający wskazał, że obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. Zamawiający odwołał się także do orzecznictwa KIO, tj. wyroku z dnia 14 marca 2017 r. sygn. akt: KIO 371/17, wyroku z dnia 16 maja 2017 r. sygn. akt: KIO 833/17, wyroku z dnia 18 grudnia 2014 r. sygn. akt: KIO 2559/14.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 3.9 *petitum* odwołania Zamawiający podał, że w niniejszym postępowaniu zarówno czasy dojazdu, jak i kary w przypadkach dyspozycji wydanych w trybie art. 130a jak i 50a Prd są identyczne. Nierozumiiałm jest więc wniosek Odwołującego, aby w przypadku dyspozycji z art. 50a Prd kara była naliczana za dobę zwłoki, podczas gdy czas dojazdu do zlecenia wynosi maksymalnie 1 godzinę.

Zamawiający podkreślał, iż w przetargu DPZ/72/PN/66/17 (KIO 1339/17) maksymalny czas dojazdu od otrzymania zlecenia usunięcia w trybie 50a Prd wynosił 24 godziny stąd zasadne było określenie też kary miernikiem doby. W niniejszym przetargu maksymalny czas dojazdu od otrzymania zlecenia usunięcia w trybie 50a Prd wynosi 1 godzinę stąd także kara za każdą godzinę zwłoki.

W przedmiocie zarzutu zawartego w punkcie 3.10 *petitum* odwołania Zamawiający wskazał na dokonaną w dniu 20 lipca 2020 r. zmianę treści SIWZ (pkt 3 ppkt 6). Uzasadniał, że wykonawca podpisując umowę podejmuje się realizacji wszystkich dyspozycji usunięć pojazdów. W przypadku, jeśli odmówi realizacji konkretnego zlecenia Zamawiający ma prawo obciążyć go karą. Wykonawca ponosi jednak odpowiedzialność za przypadki niewykonania lub nienależnego wykonania umowy na zasadach ogólnych określonych w kodeksie cywilnym, w szczególności w art. 471 k.c., w szczególności może zwolnić się z odpowiedzialności poprzez wykazanie, że nie ponosi odpowiedzialności za dany przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

Ponownie Zamawiający wskazał, że kara nie może być symboliczna, gdyż ma za zadanie zmobilizować wykonawcę do realizacji zadań zgodnie z postanowieniami umownymi, więc wysokość tej kary nie jest wygórowana. Aktualna w tym zakresie argumentacja z pkt. XII odpowiedzi na odwołanie.

Zamawiający wskazał, że odmowa realizacji zlecenia przez wykonawcę nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku usunięcia pojazdu, więc musi to zlecić w takiej sytuacji innej firmie, a tym samym kosztami wykonania zastępczego obciążyć wykonawcę. Ponadto, Zamawiający w sytuacji odmowy wykonania przez wykonawcę zlecenia musi wykonywać dodatkową pracę w celu znalezienia innego wykonawcy. Te czynności będą generować dodatkowe koszty po stronie Zamawiającego, których rekompensatą ma być kwota kary.

Podkreślał, iż przecież usuwanie pojazdów to jedna z głównych części zakresu przedmiotu postępowania, co do których Zamawiający jest zobowiązany ustawowo do realizacji, a wykonawca do realizacji tych ustawowych obowiązków Zamawiającego zgodnie z przepisami zawierając umowę. W związku z tym, iż jest to wykonywanie obowiązków ustawowych to tym bardziej powinna być szczególna dbałość wykonawcy o zgodne ich realizowanie z przepisami i umową.

Zamawiający odniósł się w odpowiedzi na odwołanie do zarzutu zawartego w punkcie 3.11 *petitum* odwołania.

Odnosnie zarzutu, o którym mowa w punkcie 3.12 *petitum* odwołania Zamawiający wskazał, że postanowienie umowne dotyczy pojazdów, które zostały przejęte na rzecz m.st. Warszawy. Zamawiający musi dbać o mienie publiczne (a takim staje się taki pojazd), więc w przypadku mechanicznego uszkodzenia pojazdu powstaje szkoda u Zamawiającego (gdyż pojazd traci na wartości). Pokrycie szkody z ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej pojazdu nie zrekompensuje utraty wartości pojazdu wskutek uszkodzenia. Zarzut nieuzasadnionego przysporzenia po stronie

Zamawiającego jest nietrafiiony.

Zamawiający odniósł się w odpowiedzi na odwołanie do zarzutu zawartego w punkcie 3.13 *petitum* odwołania.

Odnosząc się do zarzutu zawartego w punkcie 3.14 *petitum* odwołania Zamawiający przywołał brzmienie art. 130a ust. 5c i 7 Prd. Uzasadniał, iż w umowie wprost w § 1 ust. 4 pkt 11 wskazał, iż wykonawca zobowiązany jest także do sprawdzania, jeśli przepisy tego wymagają, przed wydaniem pojazdu, prawidłowości dokonanych wpłat za usunięcie i przechowywanie pojazdu przez osoby zgłaszające po jego odbiór. Obecnie wymóg ten dotyczy tylko wskazanej w art. 130a ust. 7 Prd sytuacji. Zatem Zamawiający zaznaczył, iż dotyczy to sytuacji, jeśli przepisy tego wymagają. Zarzut naruszenia zdaniem Odwołującego przepisu Prd jest nieuzasadniony, tym bardziej naruszenia któregośkolwiek przepisu PZP. Ponadto, w postanowieniu § 7 ust. 5 umowy Zamawiający także wskazał, iż sytuacja wydania pojazdu bez wniesienia opłaty za usunięcie i przechowanie pojazdu dotyczy tylko zobowiązanej do tego przez odpowiednie przepisy osoby. Stąd i w tym zakresie zarzut jest bezpodstawny. Zamawiający wskazał także na dokonaną w dniu 20 lipca 2020 r. zmianę treści SIWZ (pkt 3 ppkt 7). Tym samym zdaniem Zamawiającego zarzut naruszenia jakiegokolwiek przepisu, a przede wszystkim PZP, w tym postanowieniu jest bezpodstawny, bowiem wskazane w nim odesłania do § 1 ust. 4 pkt 1 1 oraz w 7 ust. 5 umowy odnoszą się do sytuacji jeśli przepisy prawa wymagają wydania pojazdu po okazaniu dokonania opłaty za jego usunięcie i parkowanie.

Zamawiający odniósł się w odpowiedzi na odwołanie do zarzutu zawartego w punkcie 3.15 *petitum* odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania.

Októrej mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 12 czerwca 2020 r. zawiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę LOCTRA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 15 czerwca 2020 r. po stronie Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz ze zmianami i wyjaśnieniami.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron

1.Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 22 lipca 2020 r.

Izba zaliczyła również w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego, tj.:

- 1.ofertę Odwołującego złożoną Zamawiającemu w postępowaniu prowadzonym pod numerem DPZ/72/PN/66/17 - 1 str.,
- 2.dwie faktury (jedna z dnia 9.12.2019 r., druga z dnia 17.11.2017 r.),
- 3.wykaz spóźnień podmiotów usuwających pojazdy w trybie art. 130a Prd w okresie 0821.02.2020 r. wraz ze zdjęciami.

Izba ustaliła, co następuje:

W rozdziale III opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający określił sposób realizacji zamówienia:

1.Usuwanie pojazdów w trybie art. 50a i 130a [Prd] oraz usuwanie lub kierowanie na parking strzeżony pojazdów w przypadku stwierdzenia naruszenia obowiązków lub warunków przewozu drogowego w przypadkach określonych w art. 95 [utd].

W zakres usługi usuwania lub kierowania na parking strzeżony wchodzi w szczególności:

- dojazd do miejsca zdarzenia,

- usunięcie pojazdu na najbliższy parking Wykonawcy.
- uprzątnięcie miejsca zdarzenia (z części i innych elementów usuwanych pojazdów).
- wykonanie dokumentacji fotograficznej z usunięcia pojazdu.

Wykonawca będzie zobowiązany do dojazdu do zlecenia (licząc od momentu przyjęcia zlecenia przez dyspozytora Wykonawcy) w czasie nie dłuższym niż:

a)30 minut , z zastrzeżeniem postanowień punktu b. i c. poniżej - w przypadku zlecenia z art. 130a Prd i pojazdu do 16000 kg DMC:

przewidywana ilość pojazdów może przekroczyć:

- część 1 - 60 na dobę i 5 w tym samym czasie

- część 2 - 15 na dobę i 5 w tym samym czasie

b)60 minut - w przypadku zlecenia z art. 130a Prd i pojazdu powyżej 16000 kg DMC, przewidywana ilość pojazdów może przekroczyć:

- część 1 - 2 miesięcznie

- część 2 - 2 miesięcznie

c)60 minut - w przypadku zlecenia z art. 50a Prd przewidywana ilość pojazdów może przekroczyć:

- część 1 - 3 na dobę

- część 2 - 2 na dobę.

2.Przechowywanie pojazdów

Przechowywanie pojazdów winno się odbywać na parkingu strzeżonym, odpowiednio ogrodzonym, utwardzonym, oświetlonym oraz monitorowanym. Pojazdy uszkodzone winny być zabezpieczone w sposób niezagrażający środowisku, a jednocześnie tak, by ich stan nie ulegał znacznemu pogorszeniu poprzez parkowanie. Parking winien posiadać odpowiednią liczbę miejsc, która pozwoli na swobodne przechowywanie powierzonej liczby pojazdów (przy zapewnieniu swobodnego dostępu do każdego pojazdu).

W zakres usługi przechowywania na parkingu strzeżonym wchodzi, w szczególności:

1)wykonanie dokumentacji fotograficznej po przyjęciu pojazdu na parking.

2)przechowywanie pojazdu na parkingu.

3)umożliwienie osobom upoważnionym, w szczególności przedstawicielom Zamawiającego, do dokonywania oględzin przechowywanego pojazdu na terenie parkingu.

4)umożliwienie osobom upoważnionym, w szczególności przedstawicielom Zamawiającego, kontroli pracy wykonawcy na każdym jej etapie, w tym warunków przechowywania pojazdów.

5)wydanie lub przekazanie pojazdu.

Przechowywanie pojazdu będzie odbywać się do czasu:

a)zgłoszenia się właściciela (lub innej osoby uprawnionej) z zezwoleniem na odbiór pojazdu wydanym przez organ uprawniony (jeśli jest wymagane przepisami) oraz dowodem wniesienia opłat (jeśli jest wymagane przepisami);

b)wydania zlecenia przez Zamawiającego o przemieszczeniu pojazdu na inny parking lub

0innym sposobie zadysponowania pojazdem.

Pojazdy usunięte w trybie art. 50a [Prd] będą przechowywane bezpłatnie przez co najmniej 8 miesięcy. Zamawiający może przekazać pojazd Wykonawcy do demontażu (bez pobierania opłat, o których mowa w art. 23 ust. 4 [uor]) lub może zagospodarować pojazd w inny sposób.

3.Przewiezienie i przechowywanie pojazdów

Przewiezienie i przechowywanie pojazdów może dotyczyć pojazdów, które zostały usunięte z obszaru m.st. Warszawy na podstawie art. 50a oraz 130a [Prd] przez wykonawców, którzy świadczą lub świadczą usługi na rzecz m.st. Warszawy w ramach niniejszej umowy lub innych umów.

Zamawiający wskaże Wykonawcy pojazdy, które mają być przewieszone

1)przechowywane i miejsce ich dotychczasowego przechowywania oraz miejsce docelowe, w które pojazd ma zostać przewieziony (w przypadku jeśli pojazd ma zostać przewieziony na parking Zamawiającego). Przewiezienie przedmiotowych pojazdów nastąpi na koszt wykonawców.

Przewidywana ilość pojazdów do przemieszczenia po podpisaniu umowy może przekroczyć:

-część 1 - 400

-część 2 - 250

przewidywana ilość pojazdów do przemieszczenia miesięcznie może przekroczyć:

-część 1 - 10

-część 2 - 10.

Zgodnie z punktem 16.1 SIWZ kryterium oceny ofert była cena o wadze 60%. Zamawiający wskazał, iż wykonawca w ofercie oferuje ceny jednostkowe za wykonanie następujących elementów przedmiotu zamówienia (DMC - dopuszczalna masa całkowita pojazdu):

a)cena jednostkowa „Cu” za usunięcie pojazdu w trybie art.130a pojazdu o DMC do 3500 kg włącznie.

b)cena jednostkowa „Cp” za każdą dobę przechowania pojazdu usuniętego w trybie art.130a pojazdu o DMC do 3500 kg włącznie.

c)cena jednostkowa „Cpr” za każdą dobę przechowania ponad 3 miesiące pojazdu usuniętego w trybie art.130a pojazdu o DMC do 3500 kg włącznie.

Pozostałe ceny jednostkowe, jakie będą miały zastosowanie przy rozliczeniach usług będących przedmiotem zamówienia w trakcie jego realizacji, będą pochodnymi cen jednostkowych Cu, Cp i Cpr, zgodnie z poniższym wykazem:

a) cena jednostkowa za usunięcie pojazdu:

-roweru, motoroweru

-motocykla

-pojazdu o DMC do 3500 kg włącznie

-pojazdu o DMC pow. 3500 kg do 7500 kg

-pojazdu o DMC pow. 7500 kg do 16000 kg

-pojazdu o DMC pow. 16000 kg

-pojazdu porzuconego (art.50a)

Stosownie do treści § 1 ust. 4 pkt 11 wzoru umowy, wykonawca zobowiązany jest także do sprawdzania, jeśli przepisy tego wymagają, przed wydaniem pojazdu, prawidłowości dokonanych wpłat za usunięcie i przechowywanie pojazdu przez osoby zgłaszające się po jego odbiór.

Zgodnie z § 1 ust. 4 pkt 16 wzoru umowy wykonawca zobowiązany jest także do przekazywania codziennie, w sposób określony poniżej, do Zamawiającego, do godz. 09.00 zbiorczej informacji o pojazdach usuniętych z drogi, przyjętych i wydanych z poszczególnych parkingów za ubiegłą dobę liczoną do godz. 23.59 poprzedniego dnia, sporządzonej według ewidencji, o których mowa w pkt 5): Informacje w postaci *Zestawienia zleceń* (wg załącznika nr 4 do umowy) zawierać będą następujące dane: numer rejestracyjny pojazdu, marka i typ pojazdu, data wydania dyspozycji usunięcia pojazdu, miejsce usunięcia pojazdu (oznaczenie ulicy z nr. porządkowym), podstawa usunięcia pojazdu (50a, 130a, 130a ust. 2a), nazwa zlecającego usunięcia (np. SM, Policja, ITD), oznaczenie pojazdu wykonawcy (nazwa firmy), numer dyspozycji, informację na który parking pojazd został usunięty, numer zezwolenia na odbiór (jeśli jest), data wydania zezwolenia, data odbioru pojazdu, dane osoby odbierającej pojazd. Jeśli odbiór danego pojazdu nastąpi później niż w dniu przekazania ww. *Zestawienia zleceń* do ZDM, to dane dotyczące jego odbioru (data wydania zezwolenia, nr zezwolenia (jeśli jest), dane osoby odbierającej pojazd), należy uzupełnić w odrębnej tabelce *Zestawieniu odbiorów* - wzór jak w załączniku 4 do umowy).\

Zgodnie z § 4 ust. 4 wzoru umowy:

Żałożeniem przyjmowanym przez Zamawiającego jest, iż to na Wykonawcy ciąży udowodnienie Zamawiającemu, że zostały wykonane jakiekolwiek czynności zmierzające do usunięcia pojazdu. Jeśli Wykonawca nie przedstawi dowodów na wykonanie czynności lub przedstawi dokumenty, których Zamawiający nie zaakceptuje (ze względu na błędy np. w opisie zdjęć - brak lub błędna data i godzina wykonania zdjęć, nieczytelne zdjęcia, niespójność danych pomiędzy danymi podmiotu wydającego dyspozycję usunięcia pojazdu

a danymi zawartymi w *Ewidencji zleceń*, brak dokumentacji zdarzeń np. brak potwierdzenia przyjęcia zlecenia przez kierowcę usuwającego pojazd itp.), to przyjmuje się, że mamy do czynienia z sytuacją opisaną w punkcie 4 lub 5 powyżej i Wykonawcy nie przysługuje wynagrodzenie.

W przypadku, gdy w trakcie postępowania administracyjnego ustalającego koszty wydania dyspozycji usunięcia pojazdu organ I instancji albo organ II instancji lub sąd administracyjny stwierdzą, że dowody przekazane przez Wykonawcę nie potwierdzają, że powstały koszty związane ze zleceniem Zamawiający wezwie Wykonawcę do zwrotu kosztów poniesionych przez Zamawiającego na podstawie noty księgowej.

W ust. 5 ww. postanowienia umownego Zamawiający wskazał, iż pojazdy usunięte z drogi w trybie art. 50a [Prd] przechowywane są nieodpłatnie przez Wykonawcę przez okres 8 miesięcy, z zastrzeżeniem postanowień ust. 6. Z kolei w myśl ust. 6, po upływie terminu określonego w ust. 5, Wykonawca przechowuje pojazdy do czasu otrzymania od Zamawiającego pisemnego zlecenia demontażu pojazdu z tym, że od dziewiątego miesiąca przechowywania pojazdów, obowiązują opłaty przewidziane w ust. 3 pkt 3.

W ust. 7 ww. postanowienia umownego, na wniosek Zamawiającego, Wykonawca dokona utylizacji/demontażu pojazdów przechowywanych na parkingach strzeżonych (w tym również parkingach Zamawiającego), o których mowa w art. 50a oraz 130a [Prd], nie obciążając Zamawiającego żadnymi dodatkowymi kosztami, poza określonymi w niniejszej umowie.

W ust. 9 ww. postanowienia umownego, Zamawiający zastrzegł sobie prawo do czasowego wstrzymania usług świadczonych przez Wykonawcę na podstawie niniejszej umowy.

Zgodnie z § 7 ust. 2 wzoru umowy, wykonawca z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

- 1) za odstąpienie od umowy przez Zamawiającego wskutek okoliczności, za które odpowiada Wykonawca lub za odstąpienie od umowy przez Wykonawcę z przyczyn, za które Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności - w wysokości 10 % (słownie: dziesięć procent) wartości brutto określonej w § 4 ust. 1,
- 2) za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki wykonania zlecenia usunięcia pojazdu w trybie art. 130a [Prd] - w wysokości 200 zł,
- 3) za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki w wykonaniu zlecenia usunięcia pojazdu w trybie art. 50a [Prd] - w wysokości 200 zł,
- 4) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w przekazywaniu informacji i dokumentacji wymienionej w § 1 ust. 4 pkt 15-19 (w tym dokumentacji fotograficznej) - w wysokości 100 zł za każdy przypadek,
- 5) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w przesłaniu na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień co do realizacji zamówienia, o których mowa w § 1 ust. 4 pkt 20-21 w wysokości 200 zł za każdy przypadek,
- 6) za odmowę usunięcia pojazdu w wysokości 1000 zł za każdy przypadek, przy czym Zamawiający zastrzega sobie prawo do wyznaczenia, innego podmiotu do realizacji tego zgłoszenia. Koszty i ryzyko związane z wykonaniem zastępczym poniesie w całości Wykonawca,
- 7) za umieszczenie błędnych danych w raportach, o których mowa w § 1 ust. 4 pkt 16 w wysokości 100 zł za każdy błędny raport dobowy (w przypadku raportu obejmującego kilka dni - kara będzie liczona za każdy dzień osobno),
- 8) za przemieszczenie pojazdu na inny parking niż wskazany w dyspozycji usunięcia bez zgody Zamawiającego naliczana jest kara w wysokości 200 zł za każdy pojazd,
- 9) za zwłokę powyżej 5 dni roboczych w przekazaniu informacji o wydanej dyspozycji usunięcia pojazdu lub odbiorze pojazdu z parkingu - w wysokości 200 zł za każdy przypadek,
- 10) za mechaniczne uszkodzenie pojazdu po otrzymaniu od Zamawiającego informacji o przejściu prawa własności pojazdu na rzecz m.st. Warszawy, w wysokości 200 zł za każdy pojazd,
- 11) za brak dostępu do przechowywanego pojazdu w wysokości 100 zł za każdy stwierdzony przypadek,
- 12) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w przekazaniu na wezwanie Zamawiającego faktury korygującej, o której mowa w § 5 ust. 6 w wysokości 50 zł za każdy przypadek.

Zgodnie z ust. 5 § 7 wzoru umowy, w przypadku wydania przez Wykonawcę pojazdu bez wniesienia przez zobowiązaną do tego przez odpowiednie przepisy osobę całości opłaty należnej za usunięcie i przechowywanie pojazdu, Wykonawca ponosi z tego tytułu odpowiedzialność materialną. W takim przypadku Zamawiającemu przysługuje prawo do potrącenia należnej różnicy z tytułu opłaty za usunięcie i przechowywanie, jaką winien otrzymać od rzeczywiście otrzymanej z należności przysługującej Wykonawcy za przedmiot umowy, na podstawie noty księgowej.

Zgodnie z § 12 ust. 2 wzoru umowy, Wykonawca jak to wskazano w § 1 ust. 4 pkt 12 oraz w § 7 ust. 5 ponosi

materialną odpowiedzialność za wydanie pojazdu bez wniesienia całości należnej opłaty za usunięcie i przechowywanie pojazdu.

W dniu 20 lipca 2020 r. Zamawiający dokonał zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia m.in. poprzez:

1.zmianę pkt III ust. 3 OPZ - Przewiezienie i przechowywanie pojazdów

-dotychczasowy zapis: „przewidywana ilość pojazdów do przemieszczenia po podpisaniu umowy może przekroczyć” zastępuje się: „szacunkowa ilość pojazdów do przemieszczenia się po podpisaniu umowy”.

-dotychczasowy zapis: „przewidywana ilość pojazdów do przemieszczenia miesięcznie może przekroczyć” zastępuje się: „szacunkowa ilość pojazdów do przemieszczenia miesięcznie”.

2.pkt III ust. 1 lit a), b) i c) OPZ Usuwanie pojazdów w trybie art. 50a i 130a Prd oraz usuwanie lub kierowanie na parking strzelony pojazdów w przypadku stwierdzenia naruszenia obowiązków lub warunków przewozu drogowego w przypadkach określonych w art. 95 utd:

-dotychczasowy zapis: „przewidywana ilość pojazdów może przekroczyć” zastępuje się: „szacunkowa ilość pojazdów”;

3.wykreślenie w § 4 ust. 9:

4.dodanie w § 7 ust. 10 o treści: „W celu uniknięcia wątpliwości, Strony potwierdzają, że Wykonawca ponosi odpowiedzialność za przypadki niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, o których mowa w ust. 2, na zasadach ogólnych określonych w kodeksie cywilnym, w szczególności w art. 471 k.c., w szczególności może zwolnić się z odpowiedzialności poprzez wykazanie, że nie ponosi odpowiedzialności za dany przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy”;

5.„Wykonawca jak to wskazano w § 1 ust. 4 pkt 11 oraz w § 7 ust. 5 ponosi materialną odpowiedzialność za wydanie pojazdu bez wniesienia całości należnej opłaty za usunięcie i przechowywanie pojazdu.”

Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, Odwołujący oświadczył, iż cofa zarzuty zawarte w punkcie 1.1, 3.2, 3.11, 3.13 oraz 3.15 *petitum* odwołania. Z uwagi na powyższe, Izba uznała, że postępowanie odwoławcze w zakresie ww. zarzutów podlega umorzeniu. Ww. zarzuty nie podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

W ocenie Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, zasadnym jest wskazanie, że wykonawca, który kwestionuje w ramach środków ochrony prawnej treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu winien również w sposób precyzyjny i staranny określić swoje żądania, bowiem ocena zarzutów podniesionych w ramach odwołania dokonywana jest z uwzględnieniem żądań wykonawcy co do nowych postanowień SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu. Podkreślić należy, iż to obowiązkiem wykonawcy, a nie rolą Izby, jest precyzowanie żądań odwołującego, które uczynią zadość jego interesom w przypadku uwzględnienia odwołania. Precyzyjnie postawione przez odwołującego zarzuty odwołania oraz skorelowane z nim żądania wykonawcy wyznaczają zatem granice postępowania odwoławczego prowadzonego przez Izbę.

W tym miejscu za wyrokiem Izby z dnia 31 sierpnia 2018 r. (sygn. akt: KIO 1613/18) podnieść należy, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą, jest postępowaniem kontradyktoryjnym, nie zaś reklamacyjny, ze wszystkimi tego konsekwencjami dla stron postępowania. Tym samym w ramach toczącego się przed Izbą procesu strony są zobligowane do popierania swoich twierdzeń stosownymi dowodami, jak również powinny reagować na oświadczenia oraz zarzuty formułowane przez przeciwników procesowych. W takim procesie rola organu orzekającego ogranicza się w zasadzie do stania na straży gwarancji procesowych stron, tj. udzielania głosu na równych zasadach, dopuszczaniu i przeprowadzaniu wnioskowanych przez uczestników postępowania dowodów i w zakresie merytorycznego rozpoznania ocena zgromadzonego materiału dowodowego oraz dokonanie subsumcji ustalonego stanu faktycznego pod adekwatne normy prawne (wskazane w odwołaniu jako zarzuty) - tak w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 2010 r. sygn. akt II UK 286/09. Charakter postępowania (kontradyktoryjność) powoduje, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mają obowiązek wykazywania dowodów na potwierdzenie faktów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy Pzp i przechodząc do art.

6 ustawy Kodeks cywilny ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Należy zatem wskazać, iż właśnie z tej zasady wywodzi się reguła procesowa ujęta w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Następnie, odnosząc się łącznie do zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, Izba wskazuje, że sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Czynność ta stanowi jednocześnie obowiązek zamawiającego, ale i jego uprawnienie, bowiem odzwierciedla rzeczywiste potrzeby zamawiającego w danym postępowaniu. To Zamawiający ma prawo, tak określić przedmiot zamówienia, aby opisać go adekwatnie do wyznaczonego celu, zachowując jednocześnie obiektywizm i precyzję w formułowaniu swoich potrzeb.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy 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. Z powyższego przepisu wynika zatem, iż zamawiający opisując przedmiot zamówienia winien dążyć do staranności, by opis zamówienia był kompletny, jasny, zrozumiały dla potencjalnych wykonawców.

Jednocześnie ograniczenia w swobodzie określenia przedmiotu zamówienia zawiera norma art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, która zakazuje opisania przedmiotu zamówienia w sposób dyskryminacyjny.

W kwestii zarzutów dotyczących postanowień wzoru umowy wskazać należy, iż zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Z kolei w myśl art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie natomiast z art. 58 § 1 k.c., czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. Z kolei stosownie do treści § 2 ww. przepisu, nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Jednocześnie w świetle art. 353¹ k.c., strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Zgodnie natomiast z art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Jednocześnie zgodnie z art. 484 § 1 k.c. w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły.

Wskazać należy, iż jakkolwiek zasada swobody umów doznaje ograniczeń na gruncie prawa zamówień publicznych, to nie oznacza to, że zamawiający może nadużywać i wykorzystywać swoją pozycję przy formułowaniu postanowień umowy. Umowa w sprawie zamówienia publicznego, wieńcząca proces udzielenia zamówienia publicznego winna uwzględniać interesy obu stron, a sposób formułowania warunków umowy przez zamawiającego podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa (art. 5 k.c.), ograniczeń swobody kontraktowania (353¹ k.c.) a wręcz nieważności czynności prawnej (art. 58 k.c.).

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 1.2 *petitum* odwołania dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1, 2, 2c i 2d w zw. z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 487 § 2 k.c.

Odwołujący kwestionował przewidziane przez Zamawiającego w punkcie 16.1 lit. a tiret 5 i 6 SIWZ przeliczniki dla pojazdów o DMC 7,5 t - 16 t w wysokości 1,81 Cu oraz dla pojazdów o DMC powyżej 16 t w wysokości 2,67 Cu.

Po pierwsze Izba wskazuje, iż zarzut Odwołującego postawiony w ww. zakresie jest nietrafiony z przyczyn

prawnych, ponieważ w istocie nie dotyczył on kryterium oceny ofert.

Zauważyć należy, iż zgodnie z postanowieniami punktu 16 SIWZ Zamawiający oczekiwał od wykonawców zaofertowania w ofercie ceny jednostkowej: 1) „Cu” za usunięcie pojazdu w trybie art.130a pojazdu o DMC do 3500 kg włącznie, 2) „Cp” za każdą dobę przechowania pojazdu usuniętego w trybie art.130a pojazdu o DMC do 3500 kg włącznie oraz c) „Cpr” za każdą dobę przechowania ponad 3 miesiące pojazdu usuniętego w trybie art.130a pojazdu o DMC do 3500 kg włącznie. Powyższe postanowienia SIWZ nie były kwestionowane przez odwołującego się Wykonawcę, w szczególności Odwołujący nie kwestionował, że ceny jednostkowe za pozostałe usługi będące przedmiotem zamówienia będą pochodną cen jednostkowych Cu, Cp i Cpr.

Dalej Zamawiający wskazał, iż pozostałe ceny jednostkowe, jakie będą miały zastosowanie przy rozliczeniach usług będących przedmiotem zamówienia w trakcie jego realizacji, będą pochodnymi cen jednostkowych Cu, Cp i Cpr, zgodnie z poniższym wykazem: dla pojazdu o DMC pow. 7500 kg do 16 000 kg - 1,81 Cu oraz dla pojazdu o DMC pow. 16 000 kg - 2,67 Cu. Z powyższego wynika zatem, iż kwestionowane przez Odwołującego wskaźniki w wysokości 1,81 Cu oraz 2,67 Cu miały znaczenie na etapie realizacji zamówienia w zakresie rozliczeń między Stronami umowy, nie wpływały natomiast na ocenę ofert w świetle ustanowionych kryteriów.

Następnie Izba wskazuje, że nie podzieliła stanowiska Odwołującego, jakoby brak było podstaw do ustanowienia ww. przeliczników. Podstawy ustanowienia przez Zamawiającego przyjętych przeliczników dla pojazdów o DMC pow. 7500 kg do 16 000 kg oraz dla pojazdów o DMC pow. 16 000 kg wynikają z przepisów prawa, w tym prawa miejscowego.

Zgodnie z art. 130a ust. 6 Prd, rada powiatu, biorąc pod uwagę konieczność sprawnej realizacji zadań, o których mowa w ust. 1-2, oraz koszty usuwania i przechowywania pojazdów na obszarze danego powiatu, ustala corocznie, w drodze uchwały, wysokość opłat, o których mowa w ust. 5c, oraz wysokość kosztów, o których mowa w ust. 2a. Wysokość kosztów, o których mowa w ust. 2a, nie może być wyższa niż maksymalna kwota opłat za usunięcie pojazdu, o których mowa w ust. 6a. Zamawiający określając wysokości przeliczników dla innych niż pojazd do 3,5t rodzajów pojazdów zastosował przeliczniki wynikające z analogicznych stawek ustalonych w uchwale z dnia 28 listopada 2019 r. Rady m.st. Warszawy nr XXII/619/2019 w sprawie ustalenia wysokości opłat za usunięcie i parkowanie pojazdu oraz wysokości kosztów powstałych w przypadku odstąpienia od usunięcia pojazdu na rok 2020 (np. stawka w ww. uchwale za usunięcie pojazdu do 3,5 t - 490.0zł, a stawka za usunięcie pojazdu powyżej 16t - 1308,00 zł, czyli przelicznik 16t/3,5t wynosi 2,67) (Dz. Urz. Woj. Maz. poz. 14475).

Jednocześnie wysokość stawek ustalonych w uchwale nie może być wyższa niż stawek maksymalnych określonych w corocznym obwieszczeniu Ministra Finansów. Zgodnie z przepisem art. 130a ust. 6c Prd, na każdy rok kalendarzowy minister właściwy do spraw finansów publicznych ogłasza, w drodze obwieszczenia, w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski” maksymalne stawki opłat, o których mowa w ust. 6a, z uwzględnieniem zasady określonej w ust. 6b, zaokrąglając je w górę do pełnych złotych. Na 2020 rok obwieszczenie Ministra Finansów z dnia 1 sierpnia 2019 r. w sprawie ogłoszenia obowiązujących w 2020 r. maksymalnych stawek opłat za usunięcie pojazdu z drogi i jego parkowanie na parkingu strzeżonym (M.P. poz. 735) wyznaczyło np. stawkę za usunięcie pojazdu do 3,5t na 503,00 zł, a za usunięcie pojazdu o DMC powyżej 16t - na 1308.0zł. Tym samym wprowadzenie wyższych stawek za niektóre pojazdy, jak wnosił Odwołujący spowodowałoby, że koszt usunięcia pojazdu mógłby być wyższy od maksymalnych stawek wynikających z obwieszczenia Ministra Finansów.

Powyższe potwierdza, że zastosowane przez Zamawiającego przeliczniki dotyczące zasad rozliczenia - na etapie realizacji kontraktu - świadczeń z zakresu usług usunięcia pojazdów o DMC pow. 7500 kg do 16 000 kg oraz dla pojazdów o DMC pow. 16 000 kg znajdują uzasadnienie merytoryczne w przepisach prawa.

Zamawiający wykazał również w oparciu o doświadczenia z poprzednich lat, że pojazdy o dopuszczalnej masie całkowitej powyżej 7,5t stanowią jedynie niewielki odsetek (poniżej 0,2%) wszystkich usuwanych pojazdów, czego nie podważał Odwołujący.

Co warte podkreślenia Odwołujący nie zaprzeczył twierdzeniom Zamawiającego, że usuwanie pojazdu niekoniecznie musi polegać na holowaniu pojazdu, ale może również polegać na odprowadzeniu pojazdu na parking, co w przypadku dyspozycji wydawanych na podstawie art. 95 utd będzie stanowiło większość. W takiej sytuacji nie ma

potrzeby wynajęcia specjalistycznego holownika i ponoszenia kosztów wskazanych przez Odwołującego w wysokości kilku tysięcy złotych.

Wziąwszy pod rozwagę powyższe okoliczności, w tym szczególności, że zastosowane przez Zamawiającego przeliczniki znajdują uzasadnienie w przepisach prawa oraz że usuwanie pojazdów nie jest każdorazowo związane z jego odholowaniem, Izba uznała, iż postawiony przez Odwołującego zarzut był chybiony.

Izba oddaliła zarzuty odwołania zawarte w punkcie 2.1 i 2.2 *petitum* w zakresie naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp w zw. z art. 405 k.c. w zw. z art. 140 ustawy Pzp.

W zakresie ww. zarzutów Odwołujący kwestionował postanowienie zawarte w punkcie III ust. 2 lit. b) i ust. 3 opisu przedmiotu zamówienia wskazując, że stwarza ono dla wykonawcy kosztowne świadczenie, za które Zamawiający nie ma zamiaru zapłacić, a dodatkowo Zamawiający nie określił maksymalnej ilości pojazdów, które będą przewożone, gdyż określił jedynie dolny pułap oraz nie wskazał lokalizacji z jakiej i do jakiej ma nastąpić przewiezienie pojazdów w ramach tej usługi. Zdaniem Odwołującego powyższe uniemożliwiało prawidłową wycenę oferty przez wykonawcę oraz mogło negatywnie wpływać na zasadniczą część zamówienia, która będzie absorbować zasoby wykonawcy i generować po jego stronie koszty, których nie będzie w stanie zrekompensować, a zatem dane świadczenie zawsze będzie generować straty dla wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że analogiczną nieprecyzyjność należy zarzucić pkt III ust. 1 lit. a), b) i c) opisu przedmiotu zamówienia, ponieważ wykonawca nie zna maksymalnej ilości pojazdów, a zatem nie wie jakie środki będzie zobowiązany przeznaczyć do realizacji zamówienia, co przekłada się na brak możliwości właściwego skalkulowania oferty.

Odnosząc się do kwestionowanych przez Odwołującego postanowień SIWZ Izba wskazuje, iż nakazanie przez Izbę zmian żądanych poprzez odwołującego się Wykonawcę polegających na określeniu maksymalnej ilości pojazdów usuwanych w trybie art. 50a i 130a Prd oraz usuwanych lub kierowanych na parking strzeżony w przypadkach określonych w art. 95 utd, jak również maksymalnej ilości pojazdów do przemieszczenia po podpisaniu umowy oraz pojazdów do przemieszczenia miesięcznie, było obiektywnie niemożliwe do zrealizowania.

Podkreślić należy, iż specyfika niniejszego zamówienia powoduje, że brak jest możliwości określenia maksymalnej ilości pojazdów z przyczyn niezależnych od Zamawiającego. Jak wyjaśnił Zamawiający ilość wydanych dyspozycji i ilość usuwanych pojazdów jest przede wszystkim zależna od zachowań właścicieli i kierujących pojazdami oraz cechuje się wahaniami (zarówno w ciągu doby, jak i tygodni czy miesięcy oraz może być czasowo zwiększona lub zmniejszona ze względu na np. czasowe zmiany w organizacji ruchu lub też działania władz państwowych związanych z bezpieczeństwem Państwa). Zamawiający wskazał więc szacunkową średnią wartość wyliczoną na podstawie doświadczeń z ubiegłych okresów. Z powyższym stanowiskiem Zamawiającego nie polemizował Odwołujący, który poprzestał na twierdzeniach dotyczących braku możliwości kalkulacji ceny ofertowej z uwagi na brak określenia maksymalnej liczby pojazdów, których usunięcia lub przemieszczenia obowiązany będzie podjąć się wykonawca w toku realizacji zamówienia. Dostrzec należy, iż Odwołujący nie podważał szacunkowych liczb pojazdów wskazanych w SIWZ, w szczególności nie twierdził, że dane te są zaniżone. Tym samym mając na uwadze obiektywny brak możliwości przewidzenia maksymalnej liczby ww. pojazdów nie sposób postawić Zamawiającemu zarzut sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

W zakresie kwestii lokalizacji parkingów Zamawiający wyjaśnił, iż parkingi na jakich obecnie znajdują się pojazdy i na jakie ewentualnie będą przewożone pojazdy znajdują się na terenie m.st. Warszawy, co potwierdza SIWZ. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że pojazdy, które będą przewożone w trakcie trwania umowy (nie dotyczy to pojazdów zleconych do przewiezienia bezpośrednio po podpisaniu umowy), będą to pojazdy usunięte przez wykonawcę realizującego umowę DM/UM/DPZ/42/PN/37/20 (czyli zawartą w wyniku rozstrzygnięcia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) i znajdujące się na jego parkingu. W oparciu o ww. informacje oraz uwzględniając granice administracyjne m. st. Warszawy wykonawca winien dokonać stosownych założeń i uwzględnić je w cenie ofertowej.

W końcu odnoszącej się do kwestii przewiezienia pojazdów na koszt wykonawcy wskazać należy, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego, ww. świadczenie nie ma bezpłatnego charakteru. W ocenie Izby Odwołujący nie wyjaśnił, dlaczego uważał, że nie może skalkulować ww. kosztów w cenie oferty. Stanowiska Odwołującego nie potwierdza zapis

SIWZ wskazujący, że przewiezienie pojazdów nastąpi na koszt wykonawców. To, że przewiezienie pojazdów ma nastąpić na koszt wykonawców, nie oznacza, że wykonawcy nie mogą uwzględnić ww. kosztów w cenie oferty.

Jednocześnie jak wyjaśnił Zamawiający, do czego po raz kolejny nie odniósł się Odwołujący, w świetle art. 130a Prd właściciel pojazdu ma ponosić opłatę za usunięcie pojazdu i jego przechowywanie, nie może jednak ponosić kosztów przewiezienia pojazdu między parkingami. Zamawiający, mając na uwadze obowiązek dbałości o finanse publiczne nie może generować dodatkowych kosztów, którymi nie będzie mógł obciążyć właściciela pojazdu w trybie decyzji administracyjnej określającej wysokość kosztów za usunięcie pojazdu.

Co więcej, jak zauważył Zamawiający, wykonawca po przewiezieniu pojazdu będzie otrzymywał wynagrodzenia za każdą dobę jego przechowywania (przez okres średnio kilku- kilkunastu miesięcy jak wynika z dotychczasowego doświadczenia Zamawiającego), więc wykonawca wyliczając swoją cenę koszt przewiezienia pojazdu może w kalkulować w stawkę za jedną dobę jego przechowywania.

Biorąc pod uwagę całokształt okoliczności podniesionych przez Strony postępowania odwoławczego Izba nie znalazła podstaw do uznania przedmiotowych zarzutów za zasadne.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut zawarty w punkcie 3.1 *petitum* odwołania dotyczący § 1 ust. 4 pkt 16 wzoru umowy - naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 354 k.c. i art. 353¹ k.c.

Odnosząc się do ww. zarzutu Izba wskazuje, że przedmiotowy zarzut został podniesiony wyłącznie w *petitum* odwołania. We wstępnej części odwołania odwołujący się Wykonawca zarzucał, że określenie na godzinę 9.00 obowiązku przekazywania zbiorczej informacji o usuniętych pojazdach do godziny 23.59 dnia poprzedniego, jest żądaniem nadmiernym i nieproporcjonalnym i generuje zbędne koszty w postaci konieczności opracowywania tych zestawień w godzinach nocnych oraz że nie jest to uzasadnione, konieczne i niezbędne, a nadto Zamawiający przewiduje kary umowne za opóźnienia w przekazaniu danych. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania nie przedstawił żadnego wyводу merytorycznego w zakresie podniesionego zarzutu, zatem z treści odwołania nie można wywieść dlaczego zdaniem Wykonawcy wymóg Zamawiającego wynikający z § 1 ust. 4 pkt 16 umowy był nadmierny, nieproporcjonalny i nieuzasadniony.

Dalej Izba wskazuje, iż nawet podniesione przez Odwołującego szczątkowe uzasadnienie ww. zarzutu polegającego na naruszeniu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp zawarte w *petitum* odwołania nie koresponduje ze stanowiskiem Odwołującego. Wbrew twierdzeniom Odwołującego wymóg Zamawiającego zawarty w § 1 ust. 4 pkt 16 ustawy Pzp opisany został w sposób jednoznaczny i pełny oraz nie rodził po stronie Odwołującego wątpliwości interpretacyjnych. Z treści odwołania nie wynika także, w jaki sposób wymóg Zamawiającego określony w § 1 ust. 4 pkt 16 wzoru umowy, ograniczał konkurencję. Podkreślić należy, iż rolą środków ochrony prawnej, w ramach których wykonawcy kwestionują postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie jest kształtowanie SIWZ w sposób dogodniejszy dla wykonawców, lecz konwalidacja sprzecznych z prawem czynności zamawiającego

Ponadto przedmiotowy zarzut Izba uznała za uzasadniony w świetle przedstawionej przez Zamawiającego argumentacji, który wskazywał, że przesyłanie raportów jak najwcześniej jest niezbędne Zamawiającemu do udzielania informacji właścicielom pojazdów, którzy zgłaszają się do Zamawiającego od samego rana, o tym gdzie pojazd się znajduje i w jaki sposób można go odebrać. Nieposiadanie przez Zamawiającego informacji o pojazdach usuniętych poprzedniego dnia, w szczególności informacji o aktualnym miejscu przechowywania pojazdu może skutkować skargami obywateli, którzy dzwoniąc do Zamawiającego nie będą mogli uzyskać rzetelnych informacji.

Z uwagi na powyższe ww. zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut zawarty w punkcie 3.3. *petitum* odwołania dotyczący § 4 ust. 4 akapit 4 umowy, naruszenia art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 472 k.c. a contrario w zw. z art. 473 k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż Odwołujący nie wykazał zasadności usunięcia postanowienia zawartego § 4 ust. 4 akapit 4 umowy. Dostrzec należy, iż Odwołujący kwestionował w istocie dwa wskazane przez Zamawiającego przykłady sytuacji, w których Zamawiający nie zaakceptuje dokumentów złożonych przez wykonawcę celem udowodnienia Zamawiającemu, że zostały wykonane jakiejkolwiek czynności zmierzające do usunięcia pojazdu.

Po pierwsze Odwołujący wskazywał, iż nie może być sytuacji, w której Zamawiający nie uzna przedstawionych

dowodów wynikających z niespójności danych pomiędzy danymi podmiotu wydającego dyspozycję usunięcia pojazdu a danymi zawartymi w Ewidencji zleceń, gdyż w przypadku odstępień (czyli odwołania jadącego do zlecenia kierowcy) wykonawca nie może porównać ani zweryfikować danych podanych telefonicznie wykonawcy przez pracownika Straży Miejskiej (na tej podstawie wpisywane są wówczas dane do ewidencji), jak i wykonawca nie jest w stanie zweryfikować co strażnik miejski wpisał w dyspozycji bo jej wykonawca nie otrzymuje. Powyższe twierdzenie Odwołującego zostało podważone przez Zamawiającego, który wskazał, że zgodnie z § 2 ust. 1, 2 i 3 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 22 czerwca 2011 r. w sprawie usuwania pojazdów, których używanie może zagrażać bezpieczeństwu lub porządkowi ruchu drogowego albo utrudniających prowadzenie akcji ratowniczej (Dz. U. z 2018 r., poz. 2285) usunięcie pojazdu z drogi rozpoczyna się z chwilą wydania uprawnionej jednostce dyspozycji usunięcia pojazdu. Dyspozycję usunięcia pojazdu wydaje niezwłocznie w formie pisemnej funkcjonariusz lub pracownik uprawnionego podmiotu, po upewnieniu się, że istnieją przesłanki do usunięcia pojazdu. Dyspozycję można wydać ustnie, w tym za pośrednictwem środków łączności. W takim przypadku dyspozycja wymaga niezwłocznego potwierdzenia w formie pisemnej. Z ww. przepisów wprost wynika, iż wykonawca jako podmiot przyjmujący dyspozycję usunięcia pojazdu ma możliwość zapoznania się z jej treścią oraz zweryfikowania treści w niej zawartych.

Ponadto jak wyjaśnił Zamawiający literówki znajdujące się w dokumentach nie dyskwalifikują automatycznie zlecenia, a mogą zostać sprostowane, wyjaśnione przez wykonawcę. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż pod określeniem „niespójności” miał na myśli takie niezgodności, których nie da się wyjaśnić.

Po drugie Odwołujący wskazywał, że naruszenie stanowi również postanowienie o treści „brak potwierdzenia przyjęcia zlecenia przez kierowcę usuwającego pojazd” i to mimo oczywistości, że zlecenie wykonano, a brakuje formalnej i nieistotnej kwestii, która jest wykazywana innymi środkami. Odnośnie powyższego zważyć, iż katalog sytuacji wskazanych przez Zamawiającego w akapicie czwartym § 4 ust. 4 umowy był przykładowy, otwarty. Ponadto jak wynika z omawianego postanowienia umownego, Zamawiający nałożył na przyszłego wykonawcę zamówienia obowiązek udowodnienia, że wykonawca wykonał jakiegokolwiek czynności zmierzające do usunięcia pojazdu. Tym samym mając na uwadze, że przedmiotowe zadanie publiczne w całości będzie realizował wykonawca, to za zasadne należy uznać oczekiwanie od przyszłego wykonawcy zamówienia takiej organizacji pracy, w tym należytego prowadzenia stosownej dokumentacji, w sposób dający Zamawiającemu podstawę do wypłaty wynagrodzenia wykonawcy. Ponadto Izba wskazuje, iż Odwołujący nie podnosił jakoby potwierdzenie przyjęcia zlecenia przez kierowcę usuwającego pojazd wiązało się z nadmiernymi niedogodnościami.

Z uwagi na powyższe w ocenie Izby przedmiotowy zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 472 k.c. a contrario w zw. z art. 473 w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp (pkt 3.4 *petitum* odwołania).

W zakresie przedmiotowego zarzutu wskazać należy, iż realizacja zadania publicznego objętego niniejszym postępowaniem o udzielenie zamówienia odbywać się będzie w całości przez wykonawcę. Przyszły wykonawca zamówienia w świetle postanowień umowy zobowiązany będzie do starannego i należytego prowadzenia dokumentacji związanej m.in. z odwołaniem zlecenia usunięcia pojazdu, ponieważ założeniem wynikającym z umowy jest to, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia Zamawiającemu, że zostały wykonane jakiegokolwiek czynności zmierzające do usunięcia pojazdu. Zatem to jakie dowody zostaną zgromadzone w danej sprawie administracyjnej zależne jest wyłącznie od wykonawcy. To na podstawie przedłożonych przez wykonawcę dowodów organ I instancji (Zamawiający), organ II instancji a także sądy administracyjne będą podejmować rozstrzygnięcia w sprawach związanych z powstaniem kosztów usuwania pojazdów w przypadku odwołania dyspozycji usunięcia pojazdów. Nie ma również przeszkód, by wykonawca na etapie postępowań odwoławczych czy sądowych przedkładał dodatkowe dowody potwierdzające powstanie kosztów. Tym samym kluczowe jest szczegółowe dokumentowanie podejmowanych przez wykonawcę czynności związanych z odwołaniem dyspozycji usunięcia pojazdu.

Wobec powyższego nie dziwi okoliczność, iż Zamawiający będący jednocześnie organem pierwszej instancji w sprawach administracyjnych, mając na względzie wynikający z art. 7 Kodeksu postępowania administracyjnego interes społeczny oraz słuszny interes obywateli dąży jego zabezpieczenia, aby właściciele pojazdów nie ponosili

nieuzasadnionych kosztów. Wobec powyższego Izba nie nakazała Zamawiającemu usunięcia kwestionowanego przez Odwołującego postanowienia umownego.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 2 pkt 13 w zw. z art. 139 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 405 k.c. w zw. z art. 835 k.c. w zw. z art. 50a Prd (punkt 3.5 *petitum* odwołania).

Zgodnie z art. 50a ust. 1, 2, 3 i 4 Prd, pojazd pozostawiony bez tablic rejestracyjnych lub pojazd, którego stan wskazuje na to, że nie jest używany, może zostać usunięty z drogi przez straż gminną lub Policję na koszt właściciela lub posiadacza. Pojazd usunięty w trybie określonym w ust. 1, nieodebrany na wezwanie gminy przez uprawnioną osobę w terminie 6 miesięcy od dnia usunięcia, uznaje się za porzucony z zamiarem wyzbycia się. Pojazd ten przechodzi na własność gminy z mocy ustawy. Przepisu ust. 2 nie stosuje się, gdy nieodebranie pojazdu nastąpiło z przyczyn niezależnych od osoby zobowiązanej. Przepis ust. 2 stosuje się odpowiednio, gdy w terminie 6 miesięcy od dnia usunięcia pojazdu nie została ustalona osoba uprawniona do jego odbioru.

Mając na uwadze powyższe przepisy prawa wskazać należy, iż Odwołujący nie prowadził w toku rozprawy polemiki z Zamawiającym odnośnie podniesionej w odpowiedzi na odwołanie interpretacji art. 50a Prd, w kontekście rodzaju kosztów (koszty usunięcia pojazdu, a nie jego przechowania), którymi może zostać obciążony właściciel lub posiadacz pojazdów.

Zamawiający w ust. 5 § 4 wzoru umowy wskazał, że pojazdy usunięte z drogi w trybie art. 50a [Prd] przechowywane są nieodpłatnie przez wykonawcę przez okres 8 miesięcy, z zastrzeżeniem postanowień ust. 6. Z kolei w myśl ust. 6, po upływie terminu określonego w ust. 5, wykonawca przechowuje pojazdy do czasu otrzymania od Zamawiającego pisemnego zlecenia demontażu pojazdu z tym, że od dziewiątego miesiąca przechowywania pojazdów, obowiązują opłaty przewidziane w ust. 3 pkt 3.

Nie było sporu między Stronami, iż od 9 miesiąca wykonawcy będzie przysługiwało wynagrodzenie za przechowanie pojazdów. Sporny był okres 8 miesięcy, przez który wykonawca obowiązany będzie przechowywać pojazdy usunięte z drogi w trybie art. 50a Prd nieodpłatnie.

Na wstępie Izba wskazuje, iż stanowisko prezentowane przez Odwołującego i sformułowane przez wykonawcę żądania były niespójne. Słusznie zwrócił uwagę Zamawiający na niekonsekwencję Odwołującego, który z jednej strony kwestionował „bezpłatny” okres przechowywania pojazdów usuniętych w trybie art. 50a przez okres 8 miesięcy, z drugiej zaś strony zgadzał się, w razie nieuwzględnienia jego pierwszego wniosku, na „bezpłatny” okres przechowywania ww. pojazdów przez okres 6 miesięcy i proponował zmianę treści SIWZ na taki zapis.

Następnie Izba wskazuje, iż Odwołujący nie wykazał, że realizacja usług objętych przedmiotem ww. zamówienia nie będzie ekwiwalentna w świetle uzyskanych przez wykonawcę korzyści z tytułu przekazania pojazdu do utylizacji po otrzymaniu zlecenia od Zamawiającego. Jak wyjaśnił Zamawiający przechowanie pojazdów usuniętych w trybie art. 50a Prd odbywa się „nieodpłatnie”, gdyż ze specyfiki tych pojazdów wynika, że są to pojazdy nieużytkowane, dla których trudno ustalić właściciela i których część zostanie uznana za porzucone i przekazana „nieodpłatnie” wykonawcy do demontażu. Z kolei Odwołujący, świadczący od wielu lat usługi na rzecz Zamawiającego, nie wykazał jakie koszty osiąga wykonawca w związku z przekazaniem pojazdów do demontażu. Odwołujący nie pokazał także, jakie koszty generuje przechowywanie pojazdów na parkingu. Wobec braku inicjatywy dowodowej Odwołującego w tym zakresie niemożliwa była ocena zarzucanego przez Wykonawcę braku ekwiwalentności świadczeń. Innymi słowy Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających, iż przychód osiągnięty z tytułu utylizacji pojazdów nie zrekompensuje wydatków poniesionych na ich przechowywanie.

Co więcej, Odwołujący nie kwestionował dowodu złożonego przez Zamawiającego stanowiącego zestawienie pojazdów usuniętych w trybie art. 50a Prd, przejętych na własność m.st. Warszawy i przekazanych do demontażu. Z ww. dowodu wynikało, iż w roku 2017 i 2018 znacząca większość pojazdów przekazanych do demontażu Odwołującemu oraz Przystępującemu została przekazana do utylizacji. Z kolei w roku 2019 Zamawiający wydał Odwołującemu dyspozycję utylizacji dla 733 pojazdów z 734 ogólnej liczby pojazdów usuniętych w ww. trybie. W przypadku Przystępującego w roku 2019 zutilizowane zostały wszystkie pojazdy przekazane do demontażu (427).

Powyższe potwierdza również stanowisko Zamawiającego, iż jakkolwiek zastrzegł w postanowieniu umowy możliwość przekazania pojazdów usuniętych w trybie art. 50a Prd do sprzedaży, to jednak dotychczasowe

doświadczenia Zamawiającego wskazują, iż pojazdy usuwane w ww. trybie nie nadają się do dalszej eksploatacji. Zamawiający wskazał, iż do tej pory żaden pojazd nie został przeznaczony do sprzedaży, czego nie podważał Odwołujący.

Za przekonujące Izba uznała również wyjaśnienia Zamawiającego co do przewidzianego w postanowieniach SIWZ okresu 8 - miesięcy. Zamawiający wyjaśnił, iż jest to czas niezbędny na zakończenie wszelkich procedur związanych z przejęciem pojazdu oraz jego utylizacją. Nie zawsze bowiem przejęcie pojazdu na własność m.st. Warszawy następuje po 6 miesiącach z uwagi na np. obowiązujące procedury związane z ustaleniem kolejnych właścicieli pojazdu.

Biorąc pod uwagę ww. okoliczności, w tym brak aktywności dowodowej Odwołującego, przedmiotowy zarzut Izba uznała za niewykazany.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 472 k.c. a contrario w zw. z art. 473 w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp (pkt 3.6 *petitum* odwołania).

Zgodnie z § 4 ust. 7 wzoru umowy, na wniosek Zamawiającego, wykonawca dokona utylizacji/demontażu pojazdów przechowywanych na parkingach strzeżonych (w tym również parkingach Zamawiającego), o których mowa w art. 50a oraz 130a [Prd], nie obciążając Zamawiającego żadnymi dodatkowymi kosztami, poza określonymi w niniejszej umowie.

W zakresie ww. zarzutu Izba podtrzymuje stanowisko zaprezentowane w ramach zarzutu zawartego w punkcie 2.1 i 2.2 *petitum* odwołania w kontekście braku określenia w SIWZ lokalizacji parkingów Zamawiającego, tym samym niezasadne jest powielanie argumentacji.

Odnosnie braku wiedzy Odwołującego co do stanu technicznego pojazdów, które będą poddawane utylizacji/demontażowi skutkującej brakiem możliwości prawidłowej kalkulacji ceny oferty Izba podtrzymuje stanowisko zawarte w zarzucie 3.5 *petitum* odwołania.

Jednocześnie wskazać należy, iż słusznie dostrzegł Zamawiający, że Odwołujący nie kwestionował zapisów SIWZ poprzez brak podania liczby pojazdów, które zostaną przekazane do demontażu z parkingów wykonawcy.

Biorąc pod uwagę ww. okoliczności zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał zarzutu zawartego w punkcie 3.7 *petitum* odwołania, tj. naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 139 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 384 k.c. z uwagi na brak uregulowania w postanowieniach umowy sytuacji wykonawcy, w tym kwestii wynagrodzenia w okresie działania siły wyższej związanej z epidemią COVID - 19, powodującej brak lub ograniczenie liczby zleceń przekazywanych wykonawcy zamówienia.

W kontekście ww. zarzutu Izba po raz kolejny wskazuje, że Odwołujący nie podważał stanowiska Zamawiającego, który akcentował, iż przepisy prawa (art. 50a Prd oraz art. 130a Prd) określają jakie koszty i opłaty są przewidziane za usuwanie pojazdów i jednoznacznie wskazują, iż rozliczenie za wykonane zadanie publiczne dotyczy każdego pojazdu osobno, a nie za pozostawanie wykonawcy w gotowości do realizacji zamówienia publicznego. Tym samym specyfika przedmiotowego zamówienia publicznego wynikająca z braku możliwości przewidzenia z góry faktycznej liczby pojazdów, które zostaną usunięte i związane z tym rozliczenie za każdy usunięty pojazd pozostają w sprzeczności z żądanym przez Odwołującego wprowadzeniem do umowy wynagrodzenia za pozostawanie wykonawcy „w gotowości”.

Ponadto wskazać należy, iż ustawodawca w ustawach związanych z zapobieganiem przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID - 19 nie zdecydował się na zmianę sposobu rozliczania ww. usług przewidzianych w przepisach ustawy Prawo o ruchu drogowym.

Niezależnie od powyższego, gdyby nawet przyjąć hipotetyczną możliwość wprowadzenia do wzoru umowy wynagrodzenia wykonawcy za postawienie w gotowości, to Izba wskazuje, że Odwołujący i w tym aspekcie nie sprostął ciężarowi dowodowemu, o którym mowa w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący nie wytłumaczył i nie wykazał, dlaczego wynagrodzenie wykonawcy za pozostawanie w gotowości winno zostać ukształtowane na poziomie 100 000 zł miesięcznie brutto. Powyższa kwota nie została poparta przez Odwołującego żadnymi wyliczeniami referującymi do

kosztów prowadzenia działalności gospodarczej w skali miesiąca.

Wobec powyższych okoliczności w ocenie Izby przedmiotowy zarzut podlegał oddaleniu.

Za nieuzasadniony Izba uznała zarzut zawarty w punkcie 3.8 *petitum* odwołania dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 354 k.c. w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. dotyczący kar umownych zastrzeżonych w § 7 ust. 2 pkt 2), 4), 5), 7) i 9) wzoru umowy.

Izba wskazuje, iż lektura odwołania prowadzi do wniosku, że Odwołujący nie przeprowadził analizy merytorycznej ww. kar umownych, w szczególności w aspekcie ich wysokości. Odwołujący w zakresie kary umownej zastrzeżonej w § 7 ust. 2 pkt 4, 5, 7 i 9 wzoru umowy nie przedstawił żadnego stanowiska uzasadniającego żądanie ich obniżenia do wysokości postulowanej przez wykonawcę. Za niewystarczający w ocenie Izby należy uznać ogólny wywód Odwołującego dotyczący funkcji kary umownej i argumenty o rażącym zawyżeniu kar umownych.

Odwołujący odniósł się jedynie do kary umownej zastrzeżonej w § 7 ust. 2 pkt 2 wzoru umowy (przywołując ją zresztą jako przykład), za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki wykonania zlecenia usunięcia pojazdu w trybie art. 130a Prd - w wysokości 200 zł wskazując, że już 1 minuta spóźnienia generuje ww. karę. Odwołujący pominął całkowicie stanowisko Zamawiającego, który wskazywał, że wykonawca może zostać obciążony karą tylko za zawnione przez siebie opóźnienie w realizacji zlecenia. Tym samym nie jest tak, iż w przypadku, gdy wykonawca spóźni się w wykonaniu zlecenia usunięcia pojazdu w trybie art. 130a Prd choćby o jedną minutę automatycznie zostanie mu naliczona kara umowna. To od wykonawcy zamówienia w dużej mierze będzie zależało, czy wykaże Zamawiającemu, iż spóźnienie nastąpiło z przyczyn od wykonawcy niezawnionych, czy też nie. Ponadto w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał zasadności obniżenia rzeczowej kary umownej do wskazywanej kwoty 80 zł. W treści odwołania Wykonawca nie poświęcił nawet jednego zdania uzasadnieniu ww. żądania.

W świetle ww. okoliczności Izba nie stwierdziła jakoby Zamawiający zastrzegł ww. kary umowne w wysokości rażąco wygórowanej i nieproporcjonalnej do przedmiotu zamówienia.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. w zw. z art. 483 w zw. z art. 476 k.c. dotyczący kary umownej zastrzeżonej w § 7 ust. 2 pkt 3 wzoru umowy (punkt 3.9 *petitum* odwołania).

W § 7 ust. 2 pkt 2 i 3 wzoru umowy Zamawiający przewidział, że wykonawca zapłaci karę umowną odpowiednio za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki wykonania zlecenia usunięcia pojazdu w trybie art. 130a [Prd] albo art. 50a [Prd] - w wysokości 200 zł.

W ocenie Izby zastrzeżone kary umowne, o których mowa powyżej, były uzasadnione w stosunku do przedmiotu zamówienia. Podkreślić należy, iż Odwołujący pominął postanowienia opisu przedmiotu zamówienia wskazujące, iż wykonawca zobowiązany będzie do dojazdu do zlecenia (licząc od momentu przyjęcia zlecenia przez dyspozytora wykonawcy) w czasie nie dłuższym niż 60 minut w przypadku zlecenia z art. 50a Prd, 60 minut w przypadku zlecenia z art. 130a Prd i pojazdu powyżej 16 000 kg DMC oraz 30 minut w przypadku zlecenia z art. 130a Prd i pojazdu do 16 000 kg DMC. W świetle powyższych postanowień SIWZ za niezrozumiały należy uznać wniosek Odwołującego, aby w przypadku dyspozycji z art. 50a Prd oraz art. 130a Prd dla pojazdów powyżej 16 000 kg kara była naliczana za dobę zwłoki, podczas gdy czas dojazdu do zlecenia wynosi maksymalnie 1 godzinę. Tym bardziej taki wniosek nie znajduje uzasadnienia w przypadku dyspozycji usunięcia pojazdów w trybie art. 130a Prd o DMC do 16 000 kg, dla których jako maksymalny czas przewidziano 30 minut.

Ponadto jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, z czym nie polemizował Odwołujący, w przetargu DPZ/72/PN/66/17 maksymalny czas dojazdu od otrzymania zlecenia usunięcia w trybie 50a Prd wynosił 24 godziny stąd zasadne było określenie też kary miernikiem doby.

W świetle powyższych okoliczności za nieuzasadniony, w kontekście opisu przedmiotu zamówienia, należy uznać wniosek Odwołującego poprzez zmianę w § 7 ust. 2 pkt 2 i 3 wzoru umowy wyrażenia „godzinę” zwrotem „dobę”.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 354 k.c. w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c.

w zw. z art. 472 k.c. i art. 473 k.c. w zw. z art. 405 k.c. dotyczącego kary umownej zastrzeżonej w § 7 ust. 2 pkt 6 wzoru umowy (pkt 3.10 *petitum* odwołania).

Zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 6 wzoru umowy, wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za odmowę usunięcia pojazdu w wysokości 1000 zł za każdy przypadek, przy czym Zamawiający zastrzega sobie prawo do wyznaczenia, innego podmiotu do realizacji tego zgłoszenia. Koszty i ryzyko związane z wykonaniem zastępczym poniesie w całości Wykonawca.

Za nietrafione Izba uznała twierdzenia Odwołującego, iż kara ta obejmuje również okoliczności niezawinione przez wykonawcę, w kontekście dokonanej przez Zamawiającego w dniu 20 lipca 2020 r. modyfikacji treści SIWZ (pkt 3 ppkt 6). Z dokonanej przez Zamawiającego zmiany postanowień SIWZ wynika, iż wykonawca ponosi odpowiedzialność za przypadki niewykonania lub nienależnego wykonania umowy na zasadach ogólnych określonych w kodeksie cywilnym, w szczególności w art. 471 k.c., jednakże może zwolnić się z odpowiedzialności poprzez wykazanie, że nie ponosi odpowiedzialności za dany przypadek niewykonania lub nienależnego wykonania umowy.

Ponadto stanowisko prezentowane przez Odwołującego nie było spójne. Z jednej strony Odwołujący wskazywał, iż w przypadku ww. kary umownej zachodzi podwójne karanie wykonawcy, z drugiej zaś w toku rozprawy twierdził, iż nie odmawia Zamawiającemu prawa do określenia wykonania zastępczego. W tym miejscu stwierdzić należy, iż słusznie argumentował Zamawiający, iż odmowa realizacji zlecenia przez wykonawcę nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku usunięcia pojazdu, które i tak musi zlecić innej firmie, a tym samym kosztami wykonania zastępczego obciążyć wykonawcę, gdyż taka jest funkcja tej instytucji. Odwołujący nie polemizował z twierdzeniami Zamawiającego, iż w sytuacji odmowy wykonania zlecenia przez wykonawcę, Zamawiający musi wykonać dodatkową pracę w celu znalezienia innego wykonawcy, a czynności te będą generować po stronie Zamawiającego koszty, których rekompensatą ma być kwota kary.

Nadto Izba wskazuje, iż Odwołujący nie wyjaśnił na jakiej podstawie przyjął, że koszty wykonania zastępczego w przypadku wartości jednostkowej usługi w kwocie 200 zł wyniosą 500 zł.

Ze względu na powyższe okoliczności, w szczególności dokonaną zmianę SIWZ kreującą odpowiedzialność wykonawcy w przypadkach, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, ww. zarzut Izba uznała za nieuzasadniony.

Za nieuzasadniony Izba uznała zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 472 k.c. i art. 473 k.c. w zw. z art. 405 k.c. poprzez zastrzeżenie kary umownej przewidzianej w § 7 ust. 2 pkt 10 wzoru umowy (punkt 3.12 *petitum* odwołania).

Odwołujący podniesiony wyżej zarzut uzasadnił jednym ogólnym zdaniem, iż kary tej nie powinno być, ponieważ szkoda powstała w okolicznościach wskazanych w ww. postanowieniu umownym jest naprawiana z OC wykonawcy, zatem nie ma podstaw do karania wykonawcy, gdyż Zamawiający nie ponosi w tym zakresie żadnej szkody.

Stosownie do § 7 ust. 2 pkt 10 wzoru umowy, wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za mechaniczne uszkodzenie pojazdu po otrzymaniu od Zamawiającego informacji o przejściu prawa własności pojazdu na rzecz m.st. Warszawy, w wysokości 200 zł za każdy pojazd.

Odnosząc się do powyższego Izba wskazuje, iż wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp nie zostało przez Odwołującego wykazane, że szkody w uszkodzeniu pojazdów faktycznie będą naprawiane z polisy OC wykonawcy. Na powyższą okoliczność Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu.

Co więcej, Odwołujący nie polemizował ze stanowiskiem Zamawiającego, iż celem zastrzeżonej kary umownej jest zmobilizowanie wykonawcy do dbania o powierzone pojazdy, stanowiące własność Zamawiającego. Nie odniósł się także do twierdzeń Zamawiającego, który upatrywał szkody w spadku wartości pojazdu, którego polisa OC wykonawcy nie zrekompensuje.

Z uwagi na powyższe ww. zarzut nie został uwzględniony.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut zawarty w punkcie 3.14 *petitum* odwołania dotyczący naruszenia art. 130a ust. 5c Prd w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 k.c. w zw. z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 6/17 w zw. z art. 483 k.c.

Stosownie do treści art. 130a ust. 5c Prd, pojazd usunięty z drogi w przypadkach określonych w ust. 1-2

oraz umieszcza się na wyznaczonym przez starostę parkingu strzeżonym do czasu uiszczenia opłaty za jego usunięcie i parkowanie, z uwzględnieniem ust. 7.

Zgodnie natomiast z art. 130a ust. 7 Prd, wydanie pojazdu następuje po okazaniu: 1)(utracił moc), 2) w przypadku, o którym mowa w- dowodu uiszczenia opłaty, o której mowa w ust. 5c, oraz dowodu uiszczenia kaucji, a także po usunięciu przyczyny umieszczenia pojazdu na parkingu.

Jak wynika zatem z powyższych przepisów aktualnie wymóg okazania dowodu uiszczenia opłaty, o której mowa w art. 130a ust. 5c Prd dotyczy sytuacji wskazanej w art. 130a ust. 7 Prd. Wskazać należy, iż Zamawiający wprost w § 1 ust. 4 pkt 11 umowy wskazał, iż wykonawca zobowiązany jest do sprawdzania, jeśli przepisy tego wymagają, przed wydaniem pojazdu, prawidłowości dokonanych wpłat za usunięcie i przechowywanie pojazdu przez osoby zgłaszające się po jego odbiór. Tym samym na gruncie postanowień SIWZ Zamawiający uszczegółowił, iż sytuacja sprawdzenia przez wykonawcę dokonania wpłat za usunięcie i przechowywanie pojazdu przez osoby zgłaszające się po jego odbiór, dotyczy sytuacji, gdy przepisy prawa tego wymagają. Jednocześnie w § 7 ust. 5 wzoru umowy Zamawiający wskazał, iż sytuacja wydania pojazdu bez wniesienia opłaty za usunięcie i przechowanie pojazdu dotyczy tylko zobowiązanej do tego przez odpowiednie przepisy osoby.

Mając na uwadze powyższe nie można stwierdzić, iż Zamawiający naruszył wskazane przez Odwołującego przepisy Prd w związku z przepisami ustawy Pzp, ponieważ wskazane w § 1 ust. 4 pkt 11 oraz w § 7 ust. 5 wzoru umowy odesłania odnoszą się do sytuacji jeśli przepisy prawa wymagają wydania pojazdu po okazaniu dokonania opłaty za jego usunięcie i parkowanie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący: