

WYROK

z dnia 17 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Edyta Paziewska

w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 czerwca 2017 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia odwołującego: O.T. Sp. z o.o., (...) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa

przy udziale:

A. wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia: L. Sp. z o.o. (...) zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka

1. uwzględnia odwołanie oraz nakazuje zamawiającemu dokonanie zmian w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia odnoszących się do: obowiązku przyjmowania opłat na koszt i ryzyko wykonawcy poprzez jego wykreślenie jako obowiązku wykonawcy, formuły kar umownych „za opóźnienia” na obowiązującą formułę kar umownych „za zwłokę”, formuły „godziny opóźnienia” na formułę „dobę zwłoki” przy naliczaniu przewidzianych kar umownych oraz do miejsca przechowywania pojazdów holowanych w trybie art.50 a ustawy Prawo o ruchu drogowym nie według tej części miasta, której dotyczy oferta, zgodnie z uzasadnieniem wyroku. W pozostałym zakresie nie uwzględnia odwołania to jest co do żądań wykreślenia wymagania normy EURO 3 oraz co do ustalenia pokrywania przez zamawiającego

kosztówprzechowywania do ośmiu miesięcy pojazdów holowanych w trybie art.50 a ustawy Prawo o ruchu drogowym, zgodnie z uzasadnieniem wyroku.

2. kosztami postępowania obciąża Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa

i

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez O.T. Sp. z o.o., (...) tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz O.T. Sp. z o.o., (...) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) 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

Pismem z dnia 29 czerwca 2017 r. wniesione zostało odwołanie w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Dróg Miejskich ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa zwane dalej „zamawiającym”.

Odwołującym jest O.T. Sp. z o.o. z siedzibą w W.; (...) zwany dalej „odwołującym”.

Postępowanie oznaczono znakiem: DPZ/72/PN/66/17

SIWZ dostępny pod adresem www.zdm.waw.pl od 20 czerwca 2017 r.

I. „Usuwanie i przechowywanie pojazdów usuwanych 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 (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 128 ze zm.) zwaną dalej także ustawą 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 przez osoby upoważnione lub do czasu wydania przez zamawiającego pisemnego zlecenia co do sposobu postępowania z tymi pojazdami” (dalej jako „postępowanie”) wobec następujących postanowień:

Ust. 7.2.2.1. pkt 3 SIWZ o treści: „Wszystkie powyższe pojazdy wymienione w pkt 2 i 3 muszą spełniać europejskie normy spalin - co najmniej normę EURO 3.” jak też w Standardowym Formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej jako „JEDZ”) cz. IV lit C. pkt 9);

„10) przyjmowania opłat za usunięcie i przechowanie pojazdów (w formie gotówkowej lub bezgotówkowej) i wydania wpłacającym potwierdzeń za przyjęte opłaty (np. na standardowych drukach KP). Wykonawca będzie zobowiązany do prowadzenia Zestawienia przyjętych opłat wg. Załącznika nr 2 do umowy oraz do przechowywania potwierdzeń zapłaty. Wszelkie opłaty manipulacyjne i opłaty/prowizje bankowe obciążać będą Wykonawcę.

11) przekazywaniestawienia przyjętych opłat w ciągu 3 dni roboczych (w rozumieniu umowy dni robocze to dni tygodnia od poniedziałku do piątku za wyjątkiem dni ustawowo wolnych od pracy) od zakończenia danego tygodnia (okres poniedziałek-niedziela) oraz dodatkowo w ciągu 3 dni roboczych od zakończenia danego miesiąca,

12)przekazywanie opłat wymienionych w pkt 10) na poniższe rachunki bankowe Zamawiającego w cyklu tygodniowym, w ciągu 3 dni roboczych od zakończenia danego

tygodnia (okres poniedziałek-niedziela) oraz dodatkowo w ciągu 3 dni roboczych od zakończenia danego miesiąca przy czym przyjmuje się, że liczy się data wpływu na rachunek bankowy zamawiającego:

-opłaty za pojazdy usunięte z art. 130a - numer 70 1030 1508 0000 0005 5005 9037 -opłaty za pojazdy usunięte z art. 50a - numer 92 1030 1508 0000 0005 5005 9126."

„19)przekazywania w ciągu 3 dni roboczych od zakończenia danego tygodnia (okres poniedziałek-niedziela) kserokopii lub wydruków ze zdjęć zezwoleń na odbiór, dowodów wniesienia opłaty oraz dokumentacji fotograficznej (w formie elektronicznej)"

oraz Rozdział V Opis przedmiotu zamówienia (dalej iako „OPZn ust. I pkt 3 lit. G. - _H. o treści;

„G. Przyjmowania opłat za usunięcie i przechowywanie pojazdów (w formie gotówkowej lub bezgotówkowej) i wydawania wpłacającym potwierdzeń za przyjęte opłaty (np. na standardowych drukach KP). Wykonawca będzie zobowiązany do prowadzenia Zestawienia przyjętych opłat wg załącznika nr 2 do umowy wraz z kserokopiami potwierdzeń zapłaty. Wszelkie opłaty manipulacyjne i opłaty/prowizje bankowe obciążać będą Wykonawcę.

H. Przekazywania opłat wymienionych w punkcie G na konta Zamawiającego." oraz ust lpkt 4 lit. E. - F o treści:

„E. Zestawienia przyjętych opłat wymienionych w punkcie 1.G przyjętych opłat będą przekazywane Zamawiającemu, w ciągu 3 dni roboczych od zakończenia danego tygodnia (okres poniedziałek-niedziela) oraz dodatkowo w ciągu 3 dni roboczych od zakończenia danego miesiąca. Zestawienia będą przekazywane w formie elektronicznej za pomocą poczty elektronicznej (e-mail), w formie pliku w formacie „xls" (standardowy format dokumentu tworzonego przez program Excel 2003, dane zgromadzone zgodnie z zasadami tworzenia arkusza Excel 2003) lub w innym formacie uzgodnionym z Zamawiającym oraz w formie wydruku podpisanego przez uprawnioną osobę.

F. Opłaty wymienione w punkcie 1.G będą przekazywane na poniższe rachunki bankowe Zamawiającego w cyklu tygodniowym, w ciągu 3 dni roboczych od zakończenia danego tygodnia (okres poniedziałek-niedziela) oraz dodatkowo w ciągu 3 dni roboczych od zakończenia danego miesiąca - przy czym przyjmuje się, że liczy się data wpływu na rachunki bankowe:

- opłaty za pojazdy usunięte z art. 130a - numer rachunku 70 1030 1508 0000 0005 5005 9037

- opłaty za pojazdy usunięte z art. 50a - numer rachunku 92 1030 1508 0000 0005 5005 9126."

iii. W Umowie par.4 ust. 5 - 6,„o treści:

„5. Pojazdy usunięte z drogi w trybie art. 50a ustawy przechowywane są nieodpłatnie (erga omnes) przez Wykonawcę przez okres do 8 miesięcy z zastrzeżeniem postanowień ust 6.

6. Po upływie terminu określonego w ust. 5 Wykonawca przechowuje pojazdy do czasu otrzymania od Zamawiającego pisemnego zlecenia recyklingu pojazdu z tym, że od dziewiątego miesiąca przechowywania pojazdów obowiązują opłaty przewidziane w ust 3 pkt 2."

oraz ust. 12.2 lit b) tiret 7 SIWZ o treści

„cena jednostkowa za każdą rozpoczętą dobę przechowania pojazdu porzuconego (art. 50a) - 0,00 Cp"

iv. W Umowie par. 7 ust. 2 pkt 2) – 3) o treści:

„2. za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia wykonania zlecenia usunięcia pojazdu w trybie art. 130a ustawy - w wysokości 200 zł,

3. za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia w wykonaniu zlecenia usunięcia pojazdu w trybie art. 50a ustawy - w wysokości 500 zł"

V. W SIWZ ust. 7.2.2.1 pkt 1 lit b. tiret 1 o treści:

„zlokalizowane w granicach m.st. Warszawy, w tej jego części, której dotyczy oferta, w obszarze obsługiwanym komunikacją miejską (przystanek/stacja metra/dworzec itp.) w odległości nie większej niż 1000 metrów,"

vi. Odpowiednich postanowień z ww. wskazanych, a umieszczonych w treści ogłoszenia

II. Interes prawny odwołującego został naruszony przez zamawiającego w postępowaniu, ponieważ czynności Zamawiającego objęte odwołaniem

uniemożliwiają odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym dokonanie wyboru jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia postawionych przez

zamawiającego nadmiernie rygorystycznych i nieproporcjonalnych do przedmiotu

zamówienia ograniczeń kręgu potencjalnych wykonawców, w tym odwołującego, którzy będą mogli złożyć ofertę. Odwołujący się jest podmiotem, który zamierza ubiegać się o zamówienie, gdyż poprzednio świadczył i nadal świadczy do 31 sierpnia 2017 r. usługi objęte Postępowaniem, ale w okresie wcześniejszym.

III. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1. W zakresie pkt. I ppkt. i. - art. 22 ust. 1a PZP w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 PZP poprzez nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nieuzasadnione jego specyfiką oraz naruszające równą i uczciwą konkurencję, opisanie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania potencjału technicznego oraz sposobu dokonania jego oceny, który przekracza też minimalne poziomy zdolności, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, w zakresie wymogu, by wykonawcy ubiegający się o zamówienie dysponowali pojazdami spełniającymi wskazane normy, tj. normę emisji spalin EURO 3 dla wszystkich pojazdów, mimo iż m.in. przeważająca część usług dotyczy usług w zakresie pojazdów o d.m.c. do 3 500 kg, jak też ze względu na małą

ilość na rynku pojazdów holowniczych przeznaczonych do obsługi pojazdów o d.m.c. powyżej 3 500 kg, spełniających normę EURO 3 i ich znaczny koszt nabycia, w tym przede wszystkim tych o d.m.c. ponad 16 000 kg (co nie było wymagane przez zamawiającego w analogicznym poprzednim przetargu w tym zakresie - znak DZP/41/PN/39/14, który w zakresie usług dla lewobrzeżnej Warszawy wygrał odwołujący), co jest żądaniem nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia oraz ogranicza w sposób znaczny uczciwą konkurencję, albowiem kryterium oceny ofert w postaci ceny (60%) dotyczą pojazdu o d.m.c. do 3.500 kg, a zatem narzucenie obowiązku normy EURO 3 dla pojazdów przeznaczonych do usuwania pojazdów powyżej d.m.c. 3 500 kg jest wymogiem nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia, a z uwagi na wydatkowanie środków publicznych niecelowym;

2.w zakresie pkt I ppkt ii. - art. 36 ust. 1 pkt 16 PZP w zw. z art. 29 ust. 1 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. art. 140 ust. 1 PZP w zw. z art. 130a ust. 5f ustawy prawo o ruchu drogowym (dalej jako „uprd”) w z w. z art. 130a ust. 6e uprd w zw. z § 2 ust. 5 Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 22 czerwca 2011 r. w sprawie usuwania pojazdów pozostawionych bez tablic rejestracyjnych lub których stan wskazuje na to, że nie są używane (Dz. U. z 2011 r., Nr 143, poz. 845 ze zm.) (dalej jako „Rozporządzenie 50a”) w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 58 § 1 i 3 k.c. poprzez wskazanie w treści Umowy oraz w OPZ jako przedmiotu Umowy/zamówienia po stronie Wykonawcy, obowiązku przyjmowania opłat za usunięcie oraz przechowywanie pojazdów na własny rachunek bankowy i ich późniejszego przekazywania, mimo iż zgodnie z art. 130a ust. 5f uprd w trybie PZP można zlecić jedynie usuwanie oraz przechowywanie pojazdów, a kompetencji do pobierania opłat publicznoprawnych na własny rachunek bankowy, stanowiących dochód własny powiatu nie można w trybie PZP zlecić innemu podmiotowi, a nadto:

1) przyjmowanie przez wykonawcę opłat należnych z uprd za usunięcie i przechowywanie pojazdu i umieszczanie ich na rachunku własnym wykonawcy na określony czas, a następnie przekazywanie ich na rachunki Zamawiającego skutkuje tym, iż opłaty te generują odsetki od kwot stanowiących te opłaty, których nie sposób właściwie sklasyfikować, czyli czym te odsetki od kwot opłat publicznoprawnych są i czy przynależą wykonawcy czy Zamawiającemu;2) przyjmowanie opłat skutkuje tym, że Wykonawca przechowuje na swym rachunku bankowym środki innego podmiotu, co zgodnie z orzecznictwem jest depozytem nieprawidłowym w rozumieniu art. 845 k.c., co prowadzi do tego, że przechowawca (wykonawca) jest zobowiązany do uiszczenia zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 4) ustawy z 9 września 2000 r. o podatku od czynności cywilnoprawnych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1150) (dalej jako „PCC”) podatku w wysokości 2% od kwoty opłaty,

- 3) przyjmowanie opłat i ich przekazywanie skutkuje, niemożliwym do oszacowania przez wykonawcę wysokości opłat manipulacyjnych/prowizji itp., związanych z koniecznością przekazywania środków z pobranych opłat i prawidłowe sporządzenie oferty;
 - 4) przyjmowanie opłat w postaci gotówki skutkuje po stronie wykonawcy powstaniem nieproporcjonalnych kosztów w postaci obowiązku przekazywania gotówki na rachunki bankowe wskazane w treści Umowy, gdyż wykonawca musiałby ponieść koszty związane z wynajęciem agencji ochroniarskiej specjalizującej się w konwojowaniu środków pieniężnych, jak i zakupem odpowiedniej jakości sejfów, w których te środki byłyby przechowywane oraz ochroną dla tego sejfów;
 - 5) na podstawie Umowy wykonawca nie zyskuje uprawnień do pobierania opłat stanowiących dochód własny powiatu w rozumieniu art. 130a ust. 6e uprd oraz brak jest danych czy potwierdzenie wpłaty opłaty jest wystawiane w imieniu i na rzecz Zamawiającego, czy w imieniu i na rzecz wykonawcy, co może mieć wpływ na to, czy przez organy podatkowe pobrane opłaty nie zostaną uznane nawet za dochody wykonawcy, co skutkowałoby koniecznością odprowadzenia podatku od towarów i usług, mimo iż opłaty z art. 130a uprd pobierane przez powiat nie podlegają temu podatkowi;
 - 6) nie jest możliwe ustalenie opłat należnych do pobrania od właściciela usuniętego pojazdu w trybie art. 50a uprd, gdyż inaczej niż w przypadku usunięcia i przechowywania w trybie art. 130a uprd, nie są znane wysokości opłat za to, a tym samym wykonawca nie wie jakie kwoty ma pobierać;
 - 7) zakres świadczeń ze wzoru oferty jest niekompatybilny z Umową, a zgodnie z art. 140 ust. 1 PZP zakres świadczenia z Umowy i oferty musi być tożsamy, co przez nałożenie dodatkowego obowiązku związanego z przyjmowaniem opłat nie jest możliwe;
 - 8) sędowanie obowiązku przyjmowania opłat publicznoprawnych na prywatny i zewnętrzny podmiot jest sprzeczne z uprd, czego skutkiem winna być sankcja z art. 58 k.c. a zatem powyższe skutkuje nałożeniem nieproporcjonalnych i sprzecznych z prawem obowiązków na wykonawcę, które nadto ze względu na lakoniczność uregulowań je kształtujących są niejasne, niejednoznaczne, a również nie są wyczerpujące, czym też naruszają art. 29 ust. 1 PZP;
3. w zakresie pkt I ppkt iii. - art. 2 pkt 13 PZP w zw. z art. 139 PZP w zw. art. 353.1 k.c. w zw. art. 405 k.c. w zw. z art. 835 k.c. w zw. z 50a uprd poprzez ustalenie, że przechowywanie pojazdów usuniętych w trybie art. 50a uprd przez okres 8 miesięcy odbywa się nieodpłatnie, a zgodnie z art. 2 pkt 13 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), co skutkuje bezpodstawnym wzbogaceniem zamawiającego, który w przypadku nie zlecenie przechowywania pojazdów w trybie PZP, samodzielnie musiałby zadbać o ich

przechowywanie i ponosiłby z tego tytułu koszty, obowiązek przechowywania pojazdów w trybie art. 50a uprd jest jedną z zasadniczych usług zamówienia; 4. ewentualnie, w przypadku nie podzielenia zarzutu z pkt 3 art. 2 pkt 13 PZP w zw. z art. 139 PZP w zw. art. 353.1 k.c. w zw. art. 405 k.c. wzw, z art. 835 k.c. w zw. z 50a ust. 2 uprd poprzez określenie, że zamawiający będzie uiszczal opłaty za przechowywanie pojazdów usuniętych w trybie art. 50a uprd dopiero od 9 miesiąca ich przechowywania, podczas gdy zgodnie z art. 50a ust. 2 uprd „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”, a zatem już po upływie 6 miesięcy wykonawca przechowywałby pojazdy stanowiące przedmiot własności zamawiającego, co również w tym zakresie skutkuje bezpodstawnym wzbogaceniem zamawiającego w zakresie tych 2 miesięcy,

5. w zakresie pkt I pkt iv. - art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353.1 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. w zw. z art. 483 w zw. z art. 476 k.c. poprzez ustalenie kary umownej za każdą godzinę opóźnienia w wykonaniu zlecenia usunięcia pojazdu w trybie art. 50a uprd w kwocie 500 zł, w sytuacji gdy zgodnie z ust. 16.2.4. SIWZ czas dojazdu określany jest w godzinach (max. 24 godziny), a w sytuacji określonej w pkt 16.2.3. SIWZ (w trybie art. 130a uprd) w minutach, a mimo to kara umowa za opóźnienie w trybie art. 130a uprd wynosi 200 zł w stosunku do kary w trybie art. 50a uprd, która wynosi 500 zł za godzinę opóźnienia, a 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;

6. w zakresie pkt I ppkt v. - art. 22 ust. 1a PZP w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3

PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nieuzasadnione jego specyfiką oraz naruszające równą i uczciwą konkurencję opisanie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania potencjału technicznego oraz sposobu dokonania jego oceny, który przekracza też minimalne poziomy zdolności, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, poprzez wymaganie, aby parkingi znajdowały się po tej samej części m.st. Warszawy, której dotyczy konkretna część zamówienia, co ogranicza liczbę potencjalnych wykonawców z uwagi na koszty posiadania parkingu po stronie lewobrzeżnej Warszawy, co utrudnia złożenie oferty

odwołującemu, który świadczył usługi dla zamawiającego w okresie od 2014 roku dla lewobrzeżnej Warszawy, gdyż posiada parking po stronie prawobrzeżnej Warszawy, co do tej pory nie stanowiło problemu.

IV. Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE - numer ogłoszenia: 2017/S 116-233393, data zamieszczenia: 20 czerwca 2017r.

VI. Wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania Odwołujący powziął w dniu 20 czerwca 2017 r.. tj. w dniu zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego. Uwzględniając powyższe, termin na wniesienie niniejszego odwołania został dochowany.

VII. Wskazując na powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ w następujący sposób:

1. Wykreślenie ust. 7.2.2.1. pkt 3 SIWZ oraz Cz. IV lit. c. pkt 9) JEDZu w zakresie wymagania normy EURO 3;

2. ewentualnie, w razie nieuwzględnienia pkt 1. powyżej, zastąpienie ust. 7.2.2.1. pkt 3 SIWZ o treści: „Wszystkie powyższe pojazdy wymienione w pkt 2 i 3 muszą spełniać europejskie normy spalin - co najmniej normę EURO 3.” następującą treścią: „Pojazdy wymienione w pkt 2 muszą spełniać europejskie normy spalin - co najmniej EURO 3”. Jak też modyfikację Cz. IV lit. c. pkt 9) JEDZu;

3. Ewentualnie, w razie nieuwzględnienia pkt 1 lub 2. powyżej, modyfikację SIWZ w ten sposób, aby ww. określony warunek zamawiający zastąpił odpowiednim kryterium w zakresie oceny ofert;

4. Wykreślenie z Umowy § 1 ust. 4 pkt. 10) - 12), a w pkt 19) wykreślenie wyrażenia „dowodów wniesienia opłat” oraz usunięcie Załącznika nr 2 do Umowy „Zestawienie przyjętych opłat)

5. W OPZ wykreślenie ust. I pkt 3 lit. G.-H. oraz ust. I pkt 4 lit. E.-F.;

6. W Umowie wykreślenie § 4 ust. 5 i dokonanie modyfikacji ust. 6 poprzez zastąpienie treści „Po upływie terminu określonego w ust. 5 Wykonawca przechowuje pojazdy do czasu otrzymania od Zamawiającego pisemnego zlecenia recyklingu pojazdu z tym, że od dziewiątego miesiąca przechowywania pojazdów obowiązują opłaty przewidziane w ust. 3 pkt 2.” treścią „Wykonawca przechowuje pojazdy usunięte w trybie art. 50a ustawy do czasu otrzymania od Zamawiającego pisemnego zlecenia recyklingu pojazdu, z tym że te pojazdy przechowywane są odpłatnie wg. wysokości opłat ustalonych w ust. 3 pkt 2.” jak też usunięcie ust. 12.2. lit. b) tiret 7 SIWZ;

7. Ewentualnie, w razie nieuwzględnienia żądania z pkt 6 powyżej, dokonanie modyfikacji ust. 5 poprzez zastąpienie wyrażenia „8 miesięcy” wyrażeniem „6 miesięcy” oraz w ust. 6 poprzez zastąpienie w nim słowa „dziewiątego” pojęciem „siódmego”

8. W Umowie dokonania zmiany § 7 ust. 2 pkt 2) - 3), poprzez zastąpienia w ust. 2 pkt) słowa „opóźnienia” słowem „zwłoki”, a w ust. 2 pkt 3) poprzez zastąpienie wyrażenia „godzinę opóźnienia” wyrażeniem „dobę zwłoki”;

9. W ust. 7.2.2.1. pkt 1 lit b. tiret 1 SIWZ poprzez wykreślenie wyrażenia „w tej części której dotyczy oferta”;

10. Modyfikacja wszelkich innych postanowień SIWZ wynikających z powyższych zmian, w sposób zgodny z przepisami jak też będącymi spójnymi z ww. zmianami, jak też odpowiednią modyfikację ogłoszenia, zgodnie z ww. żądaniami.

W uzasadnieniu odwołania przedstawiono między innymi następującą argumentację formalną i prawną.

Zamawiający wprowadził wymóg, aby wszelkie pojazdy, którymi wykonawca ma świadczyć usługi spełniały normę emisji spalin EURO 3.

Jest to wymóg niczym nieuzasadniony oraz w sposób znaczny ograniczający konkurencję.

Nie ulega wątpliwości, że większość usług wykonywana jest pojazdami holującymi pojazdy o d.m.c. do 3.500 kg. Świadczy o tym m.in. sposób skonstruowania kryterium oceny ofert, gdyż cena dotyczy jedynie tego fragmentu zamówienia. Tym samym nie jest zasadne wymaganie, aby pozostałe pojazdy, które zajmowałyby się usuwaniem pojazdów o d.m.c. powyżej 3.500 kg spełniały normę EURO 3.

Zamawiający wymaga, aby wykonawca miał 5 pojazdów do d.m.c. 3.500 kg, jak też m.in. po 1 dla d.m.c. 3.500 kg, a 7.500 kg; 7.500 kg, a 16.000 kg oraz ponad 16.000 kg.

Zamawiający nie wziął pod uwagę specyfiki dotyczącej samochodów do holowania pojazdów, które należy holować bez możliwości wyłączenia biegów czy hamulców a więc takich z jakimi będzie miał do czynienia wykonawca. Są to samochody z tzw. wysięgnikiem hydraulicznym, których możliwości zakupu są znacznie ograniczone. Powoduje to że nawet gdyby potencjalny wykonawca posiadał odpowiednie środki finansowe, to i tak zakup wymaganej ilości pojazdów byłby w praktyce niemożliwy. Należy przy tym wskazać, iż pojazdów do obsługi usług holowania, dostępnych w sprzedaży na rynku jest niewiele (szczególnie tych do d.m.c. powyżej 16.000 kg), a ich cena jest bardzo wysoka (kilkaset tysięcy euro).

Pojazdy holownicze latami dostosowywane i udoskonalane przez właścicieli, przez nieprzemysłany i wygórowany warunek Zamawiającego nie będą mogły być wykorzystane do realizacji zamówienia, mimo iż spełniają wszystkie wymogi bezpieczeństwa, posiadają ważne badania techniczne i ubezpieczenie OC. W przypadku tego typu sprzętu kryterium

normy EURO 3 nie przesądza w żaden sposób o sprawności ani o niezawodności pojazdu. Decydujące znaczenie winien mieć stan techniczny, jego użytkowanie i eksploatacja oraz rodzaj i jakość zamontowanych specjalistycznych urządzeń.

Wskazany wymóg w zakresie zdolności technicznej - wymóg normy EURO 3 zbiorczo, dla wszystkich pojazdów mających wykonywać usługi w ramach zamówienia, jest nadmierny i nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak również nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego. Postanowienie to narusza zasady uczciwej konkurencji i uniemożliwia udział w postępowaniu wykonawcom, którzy byliby w stanie w należyty sposób zrealizować zamówienia, tj. przy użyciu pojazdów spełniających wszystkie funkcjonalności, lecz nieco starszych lub z innymi normami emisji spalin od wymaganych. Wymagania Zamawiającego nie prowadzą do poprawienia jakości świadczonych usług lecz jedynie do wyeliminowania z rynku Wykonawców, którzy nie mogą przeznaczyć nowszych pojazdów do realizacji przedmiotu zamówienia. Wymagania dotyczące emisji spalin nie są ani uzasadnione potrzebami Zamawiającego ani nie wynikają z wewnętrznych regulacji.

Pamiętać również należy, że stawianie przed wykonawcami warunków ograniczających ich udział w postępowaniu musi być zgodne z zasadą proporcjonalności, która nakazuje dobór takiego środka jaki jest konieczny, a zarazem wystarczający do założonego celu. Jeśli zatem przyjąć, że celem takim jest wybór wykonawcy zdolnego wykonać zamówienie za konkurencyjną cenę, to dobór środka do osiągnięcia tego celu winien być adekwatny, wystarczający i zarazem zgodny z zasadą uczciwej konkurencji. Zasada proporcjonalności jest uznawana przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej za jedną z podstawowych zasad prawa UE, która wymaga, by środki wprowadzane w ramach aktów prawa unijnego były właściwe dla osiągnięcia zakładanych celów i nie wykraczały poza to co jest niezbędne dla ich zrealizowania (por. wyrok z 10 grudnia 2002 r. w sprawie C-491/01 *The Queen v. Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco*, rec. 2002, s-I-11453). W ten sam sposób państwa członkowskie są związane zasadą proporcjonalności podczas procesu transpozycji prawa unijnego do prawa krajowego. Już w 2004 r. ustawodawca unijny przyjmując dyrektywę 2004/18/WE w pkt 2 preambuły podkreślił, że zamówienia powinny być udzielane zgodnie z podstawowymi zasadami UE - w tym zgodnie z zasadą proporcjonalności.

W niniejszym przypadku z pewnością nie można uznać za zgodnego z powyższymi zasadami środka, który już na wstępie ogranicza w sposób znaczny i kompletnie nieuzasadniony konkurencję, poprzez zastosowanie nieuzasadnionej normy emisji spalin. Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym warunków dotyczących dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie powinien formułować wskazanych warunków w sposób nadmiernie wygórowany (tutaj norma emisji spalin), stawiając potencjalnym wykonawcom nieuzasadnione, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia (czy też zakres usług do wykonania, których wymagane jest posiadanie sprzętu spełniającego określone, wygórowane normy), wymagania. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wskazujące, że proporcjonalność należy rozumieć jako zakaz ustanowienia wymogów nadmiernie wygórowanych, eliminujących w sposób nieuzasadniony wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Dlatego też sformułowanie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga wyważenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb zamawiającego, z drugiej zaś umożliwienia dostępu do tego zamówienia szerokiej grupie wykonawców (uchwała Izby z 3 czerwca 2015 r., KIO/KD 30/15).

11. Ponadto, przedmiotem postępowania nie jest zakup sprzętu przez Zamawiającego, a jedynie zakup usługi z wykorzystaniem sprzętu wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu.

12. Aktualne brzmienie SIWZ praktycznie eliminuje z przetargu wykonawców, którzy posiadają odpowiedni sprzęt, w pełni funkcjonalny, niespełniający jedynie wskazanej normy Euro 3 w jakimkolwiek z wymaganych typach pojazdów.

Posiadany przez nich dotychczas park maszynowy, który jak dotąd pozwalał na wykonywanie przedmiotu zamówienia, aktualnie uniemożliwia im złożenie oferty. Wskazać należy, że żadne z obowiązujących przepisów prawa, tak dotyczących sposobu wykonania przedmiotowej usługi, jak i dotyczących poruszania się DO drogach publicznych takich ograniczeń jak w SIWZ nie przewidują. Przykładowo pojazdy do holowania pojazdów o d.m.c. powyżej 3 500 kg były i zapewne będą używane sporadycznie przy realizacji zamówienia, a zatem wpływ emisji zanieczyszczeń do atmosfery generowany przez pojazdy używane przez wykonawców jest nieistotny.

13. Fakt, że znacząca ilość usług w ramach tego typu zamówień realizowanych jest w zakresie pojazdów o d.m.c. do 3 500 kg jest bezsporny. W uzasadnieniu do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 13 maja 2014 r. (VII SA/Wa 2579/13) wprost wskazano, iż z wyjaśnień „Dyrektora Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie wynika, że miasto zawarło umowy z dwiema firmami świadczącymi usługi w zakresie holowania pojazdów. Wyliczony przez ww. zarząd średni koszt usunięcia z drogi pojazdu o dopuszczalnej masie całkowitej do 3.5 t (które stanowiły 99 procent odholowanych pojazdów)”.

14. W ocenie Odwołującego Zamawiający uniemożliwił zakup tego typu urządzeń, spełniających normę EURO 3, na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia. Pojazdy holownicze, jeśli nie są kupowane z rynku wtórnego, to takie zamówienie i cykl produkcji pojazdu trwa z reguły, co najmniej 5-6 miesięcy. Nie jest więc możliwe wyprodukowanie

pojazdów przeznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia od momentu publikacji Ogłoszenia, ani do upływu terminu składania ofert, ani do dnia rozpoczęcia realizacji zamówienia, chyba że dokonywałoby się ich zakupu z rynku wtórnego, na którym zresztą takich pojazdów zbyt wiele nie ma. Na niezasadność zbytniego zawyżania wymogów w zakresie spełniania norm emisji spalin wskazano w wyroku KIO z 18 czerwca 2015 r. fKIO 1174/151! iak też w zakresie nadmierności normy EURO 3. w sprawie KIO 633/16, gdzie Zamawiający w tym zakresie uwzględnił odwołanie.

15. Ponadto, wymóg spełniania normy EURO 3 dla wszystkich pojazdów ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy dysponują pojazdami wyposażonymi w inne rozwiązania, które ograniczają emisje spalin iak np. instalacje LPG. czv CNG. advż zastosowanie ww. instalacji w praktyce zmienia wysokość emisji od tej uietei w sposób fabryczny w pojazdach.

16. Żądanie zatem Zamawiającego wprowadza konieczność wymiany sprzętu dla wykonawców obecnie realizujących zamówienie i innych którzy zamierzają ubiegać się o zamówienie.

17. Przy czym też, realizacje trwających obecnie kontraktów nie potwierdzają konieczności spełnienia normy EURO 3, a Zamawiający nie wskazuje w jaki sposób posiadanie samochodów spełniających taką normę usprawni realizację zamówienia. Wymagania dotyczące normy emisji spalin nie są zatem uzasadnione potrzebami zamawiającego ponieważ nie poprawią jakości usług lecz służyć mogą jedynie do wyeliminowania z rynku obecnych wykonawców, których sprzęt był do tej pory wystarczający do prawidłowej realizacji usług a obecnie uniemożliwi im złożenie oferty, oraz innych ubiegających się o zamówienie.

18. Powyższe potwierdza również KIO m.in. w wyroku z 19 grudnia 2016 r. w sprawie KIO 2880/16, gdzie wskazano iż „trudno oczekiwać, aby wykonawcy inwestowali znaczne środki na zakup nowego sprzętu bez gwarancji otrzymania zamówienia tylko po to by potwierdzić formalne spełnienie wygórowanego warunku udziału w postępowaniu.n

19. Dodać jeszcze należy, że warunek, aby holowniki do usług w zakresie pojazdów o d.m.c. powyżej 3 500 kg spełniały normę EURO 3, nie jest prawidłowy z uwagi na zasadę racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Usługi przez nie świadczone stanowiąć beda około 1% usług w ramach zamówienia. Skutkować to będzie znacznym podrożeniem kosztów świadczenia usług z uwagi na: (1) koszt takich pojazdów, których ceny są ogromne, (2) koszty amortyzacyjne takich pojazdów, (3) ograniczoną liczbę holowników tego typu na rynku, (4) ograniczoną konkurencję. Wykonawcy, którzy posiadają takie pojazdy (o ile w ogóle tacy są), będą mogli skonstruować ofertę w sposób wygórowany. Będą oni mieć

świadomość, że nie istnieje bowiem żadna konkurencja dla nich. Powyższe w szczególności odnosi się do holowników do obsługi pojazdów o d.m.c. powyżej 16 000 kg.

20. Taki zatem warunek zwiększy bezspornie środki publiczne, które będą wydatkowane w ramach niniejszego zamówienia w sposób nieracjonalny, nieuzasadniony i nadmierny. Szczegółowe zasady odnoszące się do wydatkowania środków publicznych znalazły odzwierciedlenie w regulacji art. 35 i 44 ustawy o finansach publicznych. Wydatki publiczne mają być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, iak również w sposób umożliwiający terminową realizację zadań. Ponadto, taki warunek może skutkować ryzykiem naruszenia dyscypliny finansów publicznych, co wiązałoby się z odpowiedzialnością za jego naruszenie. Ponoszenie zaś zwiększonych wydatków, aby pojazd holowniczy o nadmiernej normie, w praktyce niezmiernie rzadko używany, jedynie był, nie jest bez wątpienia wydatkiem celowym.

21. Co więcej, aspekt środowiskowy nie jest wskazany jako istotny dla Postępowania (brak go w kryterium). Zamawiający nie określił, że aspekty pro-ekologiczne będą istotne dla sprawy. Tym samym, jeśli Zamawiający dążyłby do działań proekologicznych to powinien określić to w odpowiednim i proporcjonalnym kryterium oceny ofert, a nie w warunku udziału w postępowaniu.

22. Na marginesie, na terenie m.st. Warszawy nie obowiązuje żaden akt prawny, czy wymóg, aby pojazdy poruszające się po nim, spełniały określone normy emisji spalin. Polski Sejm odrzucił 24 lutego 2017 r. projekt ustawy wprowadzający obowiązek przestrzegania w miastach wysokich norm emisji spalin dla pojazdów. (<http://www.seirp.gov.pl/seim8.nsf/PrzebiegProc.xso2nr-ll991>)

[Zarzut nr III.2]

23. Zamawiający w treści Umowy oraz w OPZ, jako przedmiot Umowy/zamówienia po stronie wykonawcy wskazał obowiązek przyjmowania opłat za usunięcie i przechowywanie pojazdów, co ma następować na własny rachunek, a dopiero później wykonawca miałby otrzymane kwoty przekazywać Zamawiającemu.

24. Przekazanie kompetencji do pobierania opłat w trybie zamówień publicznych nie jest możliwe ze względu na treść art. 130a ust. 5f uprd. odwołując się w trybie PZP można zlecić jedynie usuwanie oraz przechowywanie pojazdów, a kompetencji do pobierania opłat publicznych, stanowiących dochód własny powiatu nie można w trybie PZP zlecić innemu podmiotowi.

25. Zamawiający zatem przerzuca ponad dopuszczalne zadania ponad te z art. 130a ust. 5f uprd na wykonawcę i to jeszcze za brak ekwiwalentności takiego

świadczenia. Zamawiający nie może udzielać zamówienia w zakresie większym, niż wynika z przepisu, a zatem nie może zlecać usług innych niż usuwanie i przechowywanie. Nie jest

też możliwe rozszerzanie kompetencji w zakresie usług powierzanych w trybie PZP w zw. z art. 130a ust. 5f uprd w zw. z § 2 ust. 5 Rozporządzenia 50a.

26. Powierzenie zatem czynności w zakresie większym niż wskazane w ww. przepisach, skutkowałoby zastosowaniem art. 58 k.c. i nieważnością Umowy w zakresie niedozwolonym, gdyż naruszałoby przepis art. 130a ust. 5f uprd. Byłaby to czynność niezgodna z ustawą.

27. Co więcej, przyjmowanie przez wykonawcę należnych opłat za usuwanie i przechowywanie pojazdów w trybie uprd i ich umieszczanie na własnym rachunku bankowym (obowiązek przyjmowania opłat w formie bezgotówkowej), generować będzie naliczanie odsetek bankowych od takich środków na rachunku bankowym.

28. Ze względu na to, iż opłaty które miałby pobierać wykonawca są należnościami administracyjnymi, to nie jest możliwym ustalenie, czym będą odsetki od takich opłat. Nie wiadomo bowiem, czy wykonawca miałby te odsetki przekazać Zamawiającemu, czy traktować je jako dochód własny.

29. Co więcej, w przypadku konieczności pobierania opłat za usunięcie i przechowywanie pojazdów w trybie art. 50a uprd, wykonawcy nie wiedzą jakie te opłaty są lub będą. W przypadku trybu z art. 130a uprd uchwalana jest uchwała regulująca wysokość takich opłat.

Dowód:

Wydruk - [http://zdrLwaw.pl/sprawv-w-zdm/usuwanie](http://zdrLwaw.pl/sprawv-w-zdm/usuwanie%20Dojazdow) „Dojazdów - wysokość opłat za 130a i brak wysokości opłat z art. 50a

30. Jak zatem wykonawca ma wyliczyć takie opłaty? W treści SIWZ brak jest danych na ten temat. Wykonawca nie może samowolnie ustalić tych opłat, gdyż Zamawiający zapewne by takie samowolne ustalenia zanegował, a brak jest informacji o sposobie ich ustalania.

31. Co więcej, przyjmowanie opłat należnych innemu podmiotowi skutkuje tym, że Wykonawca przechowuje na swym rachunku bankowym środki innego podmiotu, co zgodnie z orzecznictwem jest depozytem nieprawidłowym w rozumieniu art. 845 k.c. i prowadzi do tego, że przechowawca (wykonawca) jest zobowiązany do uiszczenia zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 4) PCC podatku w wysokości 2% od kwoty opłaty. Zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z 10 czerwca 2010 r. w sprawie II FSK 1722/10 „Przechowywanie cudzych środków pieniężnych na koncie powoduje powstanie depozytu nieprawidłowego, od którego przechowujący te środki płaci 2-proc. podatek/”

32. Dla ustalenia treści czynności prawnej, o której mowa w art. 845 k.c. (depozytu nieprawidłowego), wystarczającym jest ustalenie, czy środki pieniężne zostały przelane na rachunek bankowy prowadzony dla nie właściciela tych środków oraz czy właściciel rachunku mógł takimi kwotami rozporządzać. Stwierdzenie powyższych faktów skutkuje tym, że stosunek prawny łączący wykonawcę oraz Zamawiającego w sposób ewidentny wskazuje na istnienie umowy depozytu nieprawidłowego. Na powyższe wskazał też Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie w wyroku z 11 kwietnia 2013 r. (I SA/Kr 152/13) stwierdzając, że

„Sama wpłata środków na konto bankowe, a co za tym idzie możliwość dokonywania obrotu tymi środkami wpłaconymi na konto jest równoznaczna z prawem rozporządzania nimi.”

33. Wyjaśnić należy, że zarówno umowa użyczenia, jak i umowa rachunku bankowego, są ustawowo uregulowanymi typami stosunków prawnych. W konsekwencji "użyczenie rachunku bankowego" można by, co najwyżej, traktować jako swego rodzaju umowę mieszaną, czyli stosunek prawny, którego treść zawiera elementy swoiste dla umów nazwanych, lecz występujące w odmiennych układach strukturalnych lub obok elementów niespotykanych w umowach nazwanych (Zbigniew Radwański, Janina Panowicz-Lipska w: "Zobowiązania - część szczegółowa" Warszawa 1996, Wydawnictwo C.H. BECK seria Podręczniki prawnicze, str. 37, Nb. 25). Z oczywistych względów nie może być mowy o "użyczeniu" rachunku bankowego. Rachunek bankowy nie jest rzeczą w rozumieniu k.c. Ponadto bank jest zobowiązany do przeprowadzania rozliczeń pieniężnych jedynie względem posiadacza rachunku i nie w sprawie zatem użyczenia przez wykonawcę swego rachunku bankowego zamawiającego w celu przechowania opłat.

34. Jednocześnie, ze względu na niemożliwość ustalenia wysokości opłat manipulacyjnych/prowizji, nie jest się w stanie dokonać wyliczenia tych kosztów i dokonanie oceny, jak ofertę skonstruować i jak te koszty kwalifikować.

35. Co więcej, Zamawiający przewiduje obowiązek również pobieranie opłat w formie gotówkowej, a ze względu na wysokość tych opłat, Wykonawca musiałby zatrudnić agencję ochroniarską do konwojowania tych środków do banku i dokonania wpłat, jak też zakupić urządzenia do zabezpieczenia tych środków typu sejf oraz zatrudnić osoby do ochrony takiego sejfu. Taka sytuacja, czyli obowiązki po stronie wykonawcy skutkują po jego stronie powstaniem nieproporcjonalnych i nieuzasadnionych kosztów. Zdecydowanie tańsze, ekonomicznie uzasadnione i bezpieczniejsze byłoby przekazywanie opłat przez wpłacającego bezpośrednio na dedykowane rachunki Zamawiającego, czyli tak jak było do tej pory (por. wydruk <https://zdm.waw.pl/sprawv-w-zdm/usuwanie-poiazdowT>

36. Dochody własne powiatu (art. 130a ust. 6e uprd), a takimi są wskazywane opłaty nie podlegają opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług (por. Interpretacja podatkowa wydana przez Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu 10 marca 2014 r. ILPP1/443-1120/13-4/AW). Zgodnie z ustawą z 13 listopada 2003 r. o dochodach jednostek samorządu terytorialnego oraz zgodnie z art. 167 ust. 2 Konstytucji dochodami jednostek samorządu terytorialnego są m.in. dochody własne. Pojęcie dochodów własnych ma określone znaczenie prawne. Dochody własne to te, w stosunku do których jednostce samorządu terytorialnego przysługuje prawo podmiotowe podlegające ochronie sądowej tak na gruncie prawa cywilnego, jak i publicznego. Z kolei, jeśli wykonawca pobierałby te opłaty to świadczyłby usługi, a zatem podlegałby opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług, co też

w sposób nieproporcjonalny zwiększa koszty realizacji zamówienia po stronie wykonawcy i utrudnia w sposób właściwy sporządzenie oferty, a co nie jest uzasadnione celem zamówienia.

37. W treści Umowy, ani w OPZ nie wskazano też, czy Zamawiający będzie uprawnionym w ogóle do poboru opłat, które zgodnie z art. 130a ust. 6e uprd stanowią dochód własny powiatu. Nie upoważnienia do tego. Brak też informacji, czy potwierdzenie wpłaty opłaty jest wystawiane w imieniu i na rzecz Zamawiającego, czy w imieniu i na rzecz wykonawcy, co może mieć wpływ na to, czy przez organy podatkowe pobrane opłaty nie zostaną uznane nawet za dochody wykonawcy, co skutkowałoby koniecznością odprowadzenia podatku od towarów i

usług, a opłaty z art. 130a uprd pobierane przez powiat nie podlegają temu podatkowi.

38. Sporządzony przez Zamawiającego wzór formularza oferty jest niespójny z Umową i OPZ, a zgodnie z art. 140 ust. 1 PZP między zakresem świadczenia z Umowy, a ofertą musi być tożsamy, co przez nałożenie dodatkowego obowiązku związanego z przyjmowaniem opłat nie jest możliwe. Rozbieżny jest zakres świadczeń.

39. Reasumując, powyższe skutkuje nałożeniem nieproporcjonalnych obowiązków na wykonawcę, które nadto ze względu na lakoniczność uregulowań je kształtujących są niejasne, niejednoznaczne, a również nie są wyczerpujące, czym też naruszają art. 29 ust. 1 PZP. Ponadto są obarczone prawną niemożliwością i wobec tego nieważnością (art. 58 k.c.). Naruszenie art. 29 ust. 1 PZP przejawia się również w tym, że pobieranie opłat w zakresie usług z art. 50a uprd jest niemożliwe do ustalenia w zakresie ich wysokości. Ww. przepis mówi jedynie o tym, że koszty obciążają właściciela pojazdu, ale brak jest podstawy prawnej do ustalenia wysokości tych kosztów (opłat), takiej jak w art. 130a uprd. Tym samym, obowiązek pobierania opłat (kosztów), co wynika zarówno z Umowy jak i z OPZ jest nieprecyzyjny i niejasny. Czy chodzi zatem o rzeczywiste koszty wg stawek obowiązujących u konkretnego wykonawcy, czy może o średnią z obowiązujących na rynku lokalnym stawek? Zamawiający tak określając obowiązek wykonawcy, ma możliwość kwestionowania kosztów pobranych i naliczania z tego powodu kar umownych wykonawcy.

40. Powołane w zarzucie przepisy regulują m.in. sposób postępowania przy udzieleniu zamówienia w zakresie uprd, określają zakres takiego zamówienia oraz sposób postępowania w sprawie usuwania, przechowania i pobierania opłat.

[Zarzut nr III.3. - III.4.]

41. Zamawiający przewiduje w Umowie (§ 4 ust. 5-6), że przechowanie pojazdów usuniętych w trybie art. 50a uprd przez okres pierwszych 8 miesięcy odbywa się nieodpłatnie, a dopiero później Zamawiający będzie płacił za ich przechowanie.

42. Na wstępie, jednym z głównych przedmiotów zamówienia jest też przechowywanie pojazdów usuniętych w trybie art. 50a uprd, 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. Ponadto, Zamawiający nakłada duże wymagania w zakresie usługi przechowywania - ust. 7.2.2.1. pkt 1 lit, b. SIWZ. odziewvmaaa aż 300 miejsc dla pojazdów usuniętych w trybie art. 5Qa upr. co wiąże się z kosztami stworzenia takiego miejsca, za które wykonawca nie otrzyma świadczenia wzajemnego, co też narusza zasadę proporcjonalności. Wykonawca ma bowiem spełnić wyśrubowane wymagania, ale nic w zamian nie zyska.

43. Zgodnie z art. 2 pkt 13 PZP zamówieniem publicznym jest umowa odpłatna. Wskazana definicja pozwala na wyodrębnienie kolejnego ograniczenia w zakresie swobody umów, które wprost wynika z przepisów ustawy. Chodzi mianowicie o odpłatność umów o zamówienia publiczne. Cechą umów wzajemnych (umowy w trybie PZP są takimi¹) jest to, że każda ze stron według treści umowy jest zobowiązana do świadczenia wobec drugiej, uznawanego za odpowiednik

usług, a opłaty z art. 130a upr. pobierane przez powiat nie podlegają temu podatkowi.

38. Sporządzony przez Zamawiającego wzór formularza oferty jest niespójny z Umową i OPZ, a zgodnie z art. 140 ust. 1 PZP między zakresem świadczenia z Umowy, a ofertą musi być tożsamy, co przez nałożenie dodatkowego obowiązku związanego z przyjmowaniem opłat nie jest możliwe. Rozbieżny jest zakres świadczeń.

39. Reasumując, powyższe skutkuje nałożeniem nieproporcjonalnych obowiązków na wykonawcę, które nadto ze względu na lakoniczność uregulowań je kształtujących są niejasne, niejednoznaczne, a również nie są wyczerpujące, czym też naruszają art. 29 ust. 1 PZP. Ponadto są obarczone prawną niemożliwością i wobec tego nieważnością (art. 58 k.c.). Naruszenie art. 29 ust. 1 PZP przejawia się również w tym, że pobieranie opłat w zakresie usług z art. 50a upr. jest niemożliwe do ustalenia w zakresie ich wysokości. Ww. przepis mówi jedynie o tym, że koszty obciążają właściciela pojazdu, ale brak jest podstawy prawnej do ustalenia wysokości tych kosztów (opłat), takiej jak w art. 130a upr. Tym samym, obowiązek pobierania opłat (kosztów), co wynika zarówno z Umowy jak i z OPZ jest nieprecyzyjny i niejasny. Czy chodzi zatem o rzeczywiste koszty wg stawek obowiązujących u konkretnego wykonawcy, czy może o średnią z obowiązujących na rynku lokalnym stawek? Zamawiający tak określając obowiązek wykonawcy, ma możliwość kwestionowania kosztów pobranych i naliczania z tego powodu kar umownych wykonawcy.

40. Powołane w zarzucie przepisy regulują m.in. sposób postępowania przy udzieleniu zamówienia w zakresie uprd, określają zakres takiego zamówienia oraz sposób postępowania w sprawie usuwania, przechowania i pobierania opłat.

[Zarzut nr III.3. - III.4.]

41. Zamawiający przewiduje w Umowie (§ 4 ust. 5-6), że przechowanie pojazdów usuniętych w trybie art. 50a uprd przez okres pierwszych 8 miesięcy odbywa się nieodpłatnie, a dopiero później Zamawiający będzie płacił za ich przechowanie.

42. Na wstępie, jednym z głównych przedmiotów zamówienia jest też przechowywanie pojazdów usuniętych w trybie art. 50a uprd, 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 uprd 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. Ponadto, Zamawiający nakłada duże wymagania w zakresie usługi przechowywania - ust. 7.2.2.1. pkt 1 lit. b. SIWZ. odziewvmaaa aż 300 miejsc dla pojazdów usuniętych w trybie art. 50a uprd. co wiąże się z kosztami stworzenia takiego miejsca. za które wykonawca nie otrzyma świadczenia wzajemnego, co też narusza zasadę proporcjonalności. Wykonawca ma bowiem spełnić wyśrubowane wymagania, ale nic w zamian nie zyska.

43. Zgodnie z art. 2 pkt 13 PZP zamówieniem publicznym jest umowa odpłatna. Wskazana definicja pozwala na wyodrębnienie kolejnego ograniczenia w zakresie swobody umów, które wprost wynika z przepisów ustawy. Chodzi mianowicie o odpłatność umów o zamówienia publiczne. Cechą umów wzajemnych (umowy w trybie PZP są takimi¹) jest to, że każda ze stron według treści umowy jest zobowiązana do świadczenia wobec drugiej. uznawanego za odpowiednik

właścicielowi. Sąd w ww. sprawie wskazał, iż „powódka jest podmiotem, któremu powierzono wykonywanie czynności parkowania pojazdów usuwanych w trybie art. 130 a ustawy Prawo o ruchu drogowym na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych. Jest więc też podmiotem, który ma współdziałać w zakresie usuwania pojazdów w trybie art. 50a ustawy Prawo o ruchu drogowym, poprzez przyjmowanie pojazdów kierowanych m.in. przez straż miejską na parking powódki. (...) W ocenie Sadu to pozwana winna koszty te ponieść w zaledem powódki, a strony łączą w tym zakresie umowy przechowania pojazdów kierowanych na parking powódki przez straż miejską w trybie art. 50 a ustawy Prawo o ruchu drogowym. (...) Zaprezentowana przez pozwaną.

interpretacją przepisu art. 50a ustawy, zgodnie z którą właściciel parkingu, gdzie jest przechowywany usunięty z drogi pojazd winien kierować roszczenie o zapłatę

wynagrodzenia za przechowanie bezpośrednio do właściciela pojazdu, jest przy tym również nielogiczna i nieracjonalna. Przychylenie się do tego stanowiska oznaczałoby bowiem, w zasadzie przerzucenie na podmiot prywatny ciężaru egzekwowania kosztów zadań własnych podejmowanych przez jednostki samorządu terytorialnego. Podczas gdy po pierwsze - podmiot prywatny nie jest związany żadnym stosunkiem obligacyjnym z właścicielem pojazdu, lecz właśnie z jednostką samorządu terytorialnego i to na zlecenie jej jednostek wykonuje czynności przechowawcy. Po drugie - to nie jego ustawodawca obciążył obowiązkami w zakresie zapewnienia porządku publicznego - drogowego. Zatem to podmiot ustawowo zobligowany do podejmowania wskazanych czynności (zadań własnych) powinien pokrywać ich koszty, a następnie żądać ich zwrotu od osób zachowania których obowiązywały jednostkę do podjęcia czynności związanej z wydatkami. Brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych, aby podmioty prywatne (obywatele) miały na swój własny koszt i ryzyko realizować zadania należące do obowiązków i zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego. (...) Niewykluczone, a w zasadzie najczęstsze są przy tym sytuacje, gdy ustalenie właściciela pojazdu jest niemożliwe, a wtedy oznaczałoby to, że podmiot prywatny wykonuje zadania jednostek samorządu terytorialnego wyłącznie na swój koszt, co jest w państwie prawa niedopuszczalne."

47. Reasumując, wykonawca jako przechowawca winien otrzymać wynagrodzenie również za przechowanie pojazdów przed możliwością stosowania art. 50a ust. 2 uprd, czyli przed upływem 6 miesięcy. Zamawiający, wobec braku obowiązku uiszczania wynagrodzenia za przechowanie pojazdów w trybie art. 50a uprd 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.

48. Ewentualnie, z uwagi na treść art. 50a ust. 2 uprd, PO upływie 6 miesięcy, to Zamawiający staje się właścicielem pojazdu usuniętego w trybie art. 50a uprd. atvm 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. adwż „za darmo” składa swoje własne mienie, nabyte z mocy ustawy.

[Zarzutek nr III.5.]

49. Zamawiający w sposób wadliwy formułuje kary umowne w Umowie. W sposób nieproporcjonalny (art. 7 ust. 1 PZP) i niejasny pojęciowo ustalił bowiem kary umowne za

opóźnienie w wykonania zlecenia usunięcia pojazdu w trybie art. 50a uprd w kwocie 500 zł. w sytuacji adv zgodnie z ust. 16.2.4. SIWZ czas dojazdu określany jest w godzinach fmax. 24 godziny), a w sytuacji określonej w pkt 16.2.3. SIWZ (w trybie art. 130a uprdl w minutach, a mimo to kara umowa za opóźnienie w trybie art. 130a uprd wynosi jedynie 200 zł w stosunku do kary w

trybie art. 50a uprd. która wynosi 500 zł, a ponadto, w poprzednio rozstrzygniętym przetargu (znak. DP/41/PN/39/141, 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.

Dowód:

Wydruk WZORU UMOWY nr DZP/41/PN/39/14 pobranego ze strony

<https://zdm.waw.pl/zamowienia-publiczne/233> - § 7 ust. 2 pkt 3)

50. Zamawiający zatem w sposób rażący zmienił czas opóźnienia. Zmiana ta jest niczym nieuzasadniona, szczególnie w stosunku do przedmiotu Umowy, jak też wobec kary umownej za opóźnienie usunięcia w trybie art. 130a uprd, gdzie przewidziano niższą karę, 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).

51. Ponadto zastrzeżenie kary umownej za każde opóźnienie, które obejmuje wszelkie opóźnienia, zarówno zawinione, jak i niezawinione, co tym samym jest nieproporcjonalnym obciążeniem, gdyż wykonawca powinien odpowiadać jedynie za zawinione opóźnienie, czyli za zwłokę.

52. Co więcej, Zamawiający w poprzednim postępowaniu (znak. DP/41/PIM/39/14) również zastosował pojęcie „opóźnienia” w sposób błędny. Zamawiający na skutek pytań wykonawców określił i pyta nie nr 1): „Jednocześnie Zamawiający informuje, że zdaie sobie sorawe z wvstepuiacvch w Warszawie czasowych utrudnień i spowolnień w ruchu. Jeśli wiew niedochowanie przez Wykonawcę przyjętych okresów doiazdubędzie niezawinione przez Wykonawcę i spowodowane onzezvżweżi wskazane utrudnienia i spowolnienia w ruchu, nie beda wobec Wykonawcy wyciągane konsekwencje

Dowód:

Wydruk - [https://zdm.waw.pl/uploads/przetargi/2014-07-](https://zdm.waw.pl/uploads/przetargi/2014-07-07_DZP_41_PN_39_14_odpowiedzi_na_pytania_z_dnia_4_07_2014_r.pdf)

07 DZP 41 PN 39 14 odpowiedzi na pytania z dnia 4 07 2014 r .pdf

53. Zamawiający zatem błędnie rozumie i stosuje pojęcie „opóźnienia”. Z powyższego bowiem wprost wynika, że Zamawiającemu chodzi o zwłokę, czyli o zawinione opóźnienie. Opóźnienie bowiem może być zawinione lub niezawinione, a fakt nieuszczerłowienia tego w treści Umowy skutkuje nieprecyzyjnością oraz nieproporcjonalnością. Zamawiający stosuje

bowiem przepisy Kodeksu cywilnego i powinien to robić w sposób właściwy, nie budzący wątpliwości, a z powyższego wynika, że Zamawiający przy konstrukcji Umowy oraz przy jej własnej wykładni pomija art. 476 k.c., zgodnie z którym „Dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie (...), Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik

odpowiedzialności nie ponosi. ”

54. Ponadto, jak wskazano w wyroku KIO z dnia 25 kwietnia 2013 r. (KIO 827/13; KIO 832/13), zgodnie zaś z art. 471 k.c. odpowiedzialność odszkodowawcza dłużnika z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania dotyczy okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Wprawdzie, zgodnie z art. 473 § 1 k.c. dłużnik może przyjąć na siebie odpowiedzialność rozszerzoną na okoliczności, za które z mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi, jednak zamawiający powinien wówczas przewidzieć we wzorze umowy okoliczności, za które, dłużnik odpowiada, pomimo tego, że nie ponosi za nie odpowiedzialności, czego zamawiający w swoim wzorze umowy nie uczynił.

55. W przywołanym orzeczeniu wskazano, że przy braku odmiennego od postanowień k.c. uregulowania pojęć niewykonania lub- nienależytego wykonania umowy na gruncie umowy o zamówienie publiczne, zastrzeżenie kary umownej wykracza poza art. 483 k.c. Z tego względu KIO uznała, że wykonawcy powinni ponosić odpowiedzialność w postaci ryzyka zapłaty kar umownych wyłącznie za okoliczności od nich zależne. W ocenie Izby działanie zamawiającego narusza w tym zakresie art. 7 ust. 1 PZP, gdy prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji poprzez niejednoznaczny zakres odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawców, co w konsekwencji może prowadzić do braku wyceny wszystkich istotnych elementów oferty, w tym ryzyk związanych z realizacją kontraktu. Z tego względu Izba w ww. sprawie uznała, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 PZP i nakazała zamawiającemu modyfikację siwz przez wskazanie, jako podstawy naliczenia kary umownej odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy. Ponadto, w wyroku z 21 maja 2014 r. (KIO 923/14) KIO nakazała modyfikację postanowień o karach umownych w kontekście określenia ich w zakresie zwłoki.

56. Wobec tego, wykonawcy nie mogą opierać się na subiektywnym odczuciu Zamawiającego w kontekście rozumienia pojęć i dlatego wymagane jest doprecyzowanie ww. postanowienia. Podmioty, które wiedzą wcześniej, jak Zamawiający będzie interpretował ww. postanowienia mają przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami, gdyż wiedzą, w jaki sposób skonstruować korzystną ofertę w zakresie szybkości dojazdu, mając na uwadze ryzyko postanowień o karze umownej, niż wykonawcy, którzy interpretowaliby ww. postanowienia zgodnie z art. 476 k.c. Taka sytuacja ogranicza konkurencję.

57. Reasumując, wskazane powyżej naruszenia mają wpływ na Postępowanie, gdyż obecnie obowiązująca treść SIWZ utrudnia Odwołującemu wzięcie udziału w tym Postępowaniu, gdyż utrudnia skonstruowanie i złożenie oferty, narusza konkurencję formułując nieproporcjonalne wymagania oraz w wprowadza w treści Umowy postanowienia skutkujące wątpliwą opłacalnością wykonywanie przedmiotu zamówienia, gdyż w sposób niejasny i mało precyzyjny określa przedmiot świadczeń, jak też zastrzega rażąco wygórowane kary umowne, nie adekwatne do stanu rzeczy i odchodzące od poprzednich warunków, jak też stosuje pojęcia, które rozumie inaczej niż utrwalona cywilistyczna linia orzecznicza.

[Zarzut nr III.6]

58. Zamawiający wymaga, aby parking wykonawcy był po tej stronie po której jest świadczona usługa, czyli dla lewobrzeżnej Warszawy parking, co do przechowywania pojazdów usuniętych w trybie art. 50a uprd, musi być po tej części Warszawy, co jest wymaganiem sprzecznym z powołanym w zarzucie przepisami.

59. W okolicznościach sprawy warunek ten narusza zasady uczciwej konkurencji i

równego traktowania wykonawców. Wymaganie Zamawiającego w sposób nieuzasadniony uniemożliwia odwołującemu złożenie oferty, gdyż aktualnie posiadany przez niego parking znajduje się w dzielnicy Wawer po prawobrzeżnej części Warszawy, a Odwołujący chciałby startować na usługi dla lewobrzeżnej części Warszawy dla której świadczył usługi dotychczas. Spełnienie ww. wymogu wiąże się z pozyskaniem terenów po części lewobrzeżnej Warszawy, gdzie takie tereny są znacznie droższe, niż te po części prawobrzeżnej.

60. Ponadto przywołane wymaganie nie znajduje uzasadnienia w świetle żądanego przez zamawiającego maksymalnego czasu dojazdu oraz ustalenia kryterium oceny ofert określonych SIWZ w postaci czasu dojechania przez wykonawcę na miejsce. Parking jest miejscem przechowywania pojazdów usuniętych, w tym w trybie art. 50a uprd, za co zamawiający nie ma zamiaru płacić, mimo iż stawia wygórowane, co do niego wymagania. Z postanowień SIWZ wynika zatem, że dla należytego wykonania usługi istotna jest realizacja poszczególnych czynności w czasie zgodnym z Umowa i na terenie objętym zamówieniem.

61. Brak jest podstaw, aby parking dla pojazdów usuwanych w trybie art. 50 uprd był w tej części, której dotyczy dana część zamówienia. Nie ma uzasadnienia, że usługa przechowania tych pojazdów (w trybie art. 50a uprd) uniemożliwia jej wykonanie z należyłą starannością, jeśli parking byłby w innej części miasta, niż ta objęta daną częścią zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu nie mogą uniemożliwiać złożenie oferty wykonawcom zdolnym do jego wykonania zamówienia, (por. wyrok KIO z 19 stycznia 2015 r. KIO 2833/14)

Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak w treści odwołania oraz we wstępie.

W imieniu Odwołującego:

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Na rozprawie, przeprowadzono postępowanie dowodowe w sprawie, na podstawie dokumentacji o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej do akt sprawy przez zamawiającego oraz zgodnie z zawnioskowanymi dowodami z dokumentów przedłożonych przez strony i uczestnika.

Co do poszczególnych poniżej przedstawionych zarzutów odwołania dokonano następującego rozpoznania.

I.

Co do Ust. 7.2.2.1. pkt 3 SIWZ o treści: „Wszystkie powyższe pojazdy wymienione w pkt 2 i 3 muszą spełniać europejskie normy spalin - co najmniej normę EURO 3.” jak też w Standardowym Formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej jako „JEDZ”) cz. IV lit C. pkt 9);

Izba rozważając uzasadnienie zawarte w odwołaniu i przedstawione powyżej oraz złożoną na rozprawie argumentację zarówno odwołującego, przystępującego po jego stronie jak i zamawiającego nie uwzględniła zarzutu odwołania co do wykreślenia wymogu w zakresie europejskich norm spalin na poziomie EURO 3. W związku z powyższym postanowienia odnoszące się do tej normy na poziomie EURO 3 ma prawo zamawiający zachować w postanowieniach SIWZ. Tym samym Izba nie kwestionuje prawa zamawiającego do swobodnego określenia poziomu norm spalin użytkowanych pojazdów to jest posiadających rok produkcji poniżej 2000 roku. W związku z tym starsze pojazdy niż 17 letnie mają prawo być użytkowane przy wykonywaniu przedmiotowych usług holowniczych. Podsumowując odwołujący nie wykazał naruszenia art. 22 ust. 1a PZP w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 PZP poprzez nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nieuzasadnione jego specyfiką oraz naruszające równą i uczciwą konkurencję, opisanie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania potencjału technicznego oraz sposobu dokonania jego oceny, który przekracza też minimalne poziomy zdolności, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, w zakresie wymogu, by wykonawcy ubiegający się o zamówienie dysponowali pojazdami spełniającymi wskazane normy, tj. normę emisji spalin EURO 3 dla wszystkich pojazdów. W ocenie Izby zamawiający miał prawo taki warunek ustanowić, ponieważ jakość świadczonych usług wbrew twierdzeniom odwołujących to nie tylko sprawność, niezawodność pojazdów ale również ich ekologia użytkowania to jest wpływ użytkowania na środowisko w tym przypadku miasta

Warszawy. W związku z powyższym zamawiający nie ma obowiązku dokonać opisanych modyfikacji w żądaniach odwołania ani innych z tym zarzutem związanych modyfikacji pozostałych postanowień SIWZ, jak też odpowiedniej modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu, zgodnie z żądaniem odwołania.

II. Co do zarzutu naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 PZP w zw. z art. 29 ust. 1 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. art. 140 ust. 1 PZP w zw. z art. 130a ust. 5f ustawy prawo o ruchu drogowym (dalej jako „uprd”) w zw. z art. 130a ust. 6e uprd w zw. z § 2 ust. 5 Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 22 czerwca 2011 r. w sprawie usuwania pojazdów pozostawionych bez tablic rejestracyjnych lub których stan wskazuje na to, że nie są używane (Dz. U. z 2011 r., Nr 143, poz. 845 ze zm.) (dalej jako „Rozporządzenie 50a”) w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 58 § 1 i 3 k.c. poprzez wskazanie w treści Umowy oraz w OPZ jako przedmiotu Umowy/zamówienia po stronie Wykonawcy, obowiązku przyjmowania opłat za usunięcie oraz przechowywanie pojazdów na własny rachunek bankowy i ich późniejszego przekazywania. Bowiernie zgodnie z art. 130a ust. 5f uprd w trybie PZP można zlecić jedynie usuwanie oraz przechowywanie pojazdów a kompetencji do pobierania opłat publicznoprawnych na własny rachunek bankowy, stanowiących dochód własny powiatu nie można w trybie PZP zlecić innemu podmiotowi, a nadto:

1) przyjmowanie przez wykonawcę opłat należnych z uprd za usunięcie i przechowywanie pojazdu i umieszczanie ich na rachunku własnym wykonawcy na określony czas, a następnie przekazywanie ich na rachunki zamawiającego skutkuje tym, iż opłaty te generują odsetki od kwot stanowiących te opłaty, których nie sposób właściwie sklasyfikować, czyli powstaje zagadnienie czym te odsetki od kwot opłat publicznoprawnych są i czy przynależą wykonawcy czy zamawiającemu; 2) przyjmowanie opłat skutkuje tym, że Wykonawca przechowuje na swym rachunku bankowym środki innego podmiotu, co zgodnie z orzecznictwem jest depozytem nieprawidłowym w rozumieniu art. 845 k.c., co prowadzi do tego, że przechowawca (wykonawca) jest zobowiązany do uiszczenia zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 4) ustawy z 9 września 2000 r. o podatku od czynności cywilnoprawnych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1150) (dalej jako „PCC”) podatku w wysokości 2% od kwoty opłaty, 3) przyjmowanie opłat i ich przekazywanie skutkuje, niemożliwym do oszacowania przez wykonawcę wysokości opłat manipulacyjnych/provizji itp., związanych z koniecznością przekazywania środków z pobranych opłat i prawidłowe sporządzenie oferty; 4) przyjmowanie opłat w postaci gotówki skutkuje po stronie wykonawcy powstaniem nieproporcjonalnych kosztów w postaci obowiązku przekazywania gotówki na rachunki bankowe wskazane w treści umowy, gdyż wykonawca musiałby ponieść koszty związane z wynajęciem agencji ochroniarskiej specjalizującej się w konwojowaniu środków pieniężnych, jak i zakupem

odpowiedniej jakości sejfu, w którym te środki byłyby przechowywane oraz ochroną dla tego sejfu; 5) na podstawie umowy wykonawca nie zyskuje uprawnienia do pobierania opłat stanowiących dochód własny powiatu w rozumieniu art. 130a ust. 6e uprd oraz brak jest danych czy potwierdzenie wpłaty opłaty jest wystawiane w imieniu i na rzecz zamawiającego, czy w imieniu i na rzecz wykonawcy, co może mieć wpływ na to, czy przez organy podatkowe pobrane opłaty nie zostaną uznane nawet za dochody wykonawcy, co skutkowałoby koniecznością odprowadzenia podatku od towarów i usług, mimo iż opłaty z art. 130a uprd pobierane przez powiat nie podlegają temu podatkowi; 6) nie jest możliwe ustalenie opłat należnych do pobrania od właściciela usuniętego pojazdu w trybie art. 50a uprd, gdyż inaczej niż w przypadku usunięcia i przechowywania w trybie art. 130a uprd, nie są znane wysokości opłat za to, a tym samym wykonawca nie wie jakie kwoty ma pobierać; 7) zakres świadczeń ze wzoru oferty jest niekompatybilny z umową, a zgodnie z art. 140 ust. 1 PZP zakres świadczenia z umowy i oferty musi być tożsamy, co przez nałożenie dodatkowego obowiązku związanego z przyjmowaniem opłat nie jest możliwe; 8) scedowanie obowiązku przyjmowania opłat publicznoprawnych na prywatny i zewnętrzny podmiot jest sprzeczne z uprd, czego skutkiem winna być sankcja z art. 58 k.c. a zatem powyższe skutkuje nałożeniem nieproporcjonalnych i sprzecznych z prawem obowiązków na wykonawcę, które nadto ze względu na lakoniczność uregulowań je kształtujących są niejasne, niejednoznaczne, a również nie są wyczerpujące, czym też naruszają art. 29 ust. 1 PZP. W ocenie Izby argumentacja odwołujących zasługuje na uwzględnienie w szczególności w sytuacji gdy zamawiający poza przywołaniem skarg właścicieli holowanych pojazdów co do organizacji przyjmowania opłat przez Miasto jak i przykładów podobnych rozwiązań w innych miastach przerzucenia obowiązku przyjmowania opłat na jednostki holujące nie przedstawił argumentacji niweczącej argumentację odwołujących. Zamawiający w szczególności odniósł się do wątpliwości podatkowych w związku z zastrzeżeniami formalnymi jak i prawnymi odwołujących. W ocenie Izby zarzut odwołujących jest uprawniony. W związku z powyższym zamawiający jest zobowiązany do modyfikacji wszelkich postanowień SIWZ wynikających z uwzględnienia przez Izbę podniesionego zarzutu odwołania.

III. Co do zarzutu naruszenia - art. 2 pkt 13 PZP w zw. z art. 139 PZP w zw. art. 353.1 k.c. w zw. art. 405 k.c. w zw. z art. 835 k.c. w zw. z 50a uprd poprzez ustalenie, że przechowywanie pojazdów usuniętych w trybie art. 50a uprd przez okres 8 miesięcy odbywa się nieodpłatnie, a zgodnie z art. 2 pkt 13 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), co skutkuje bezpodstawnym wzbogaceniem zamawiającego, który w przypadku

nie zlecenie przechowywania pojazdów w trybie PZP, samodzielnie musiałby zadbać o ich przechowywanie i ponosiłby z tego tytułu koszty, obowiązek przechowywania pojazdów w trybie art. 50a uprd jest jedną z zasadniczych usług zamówienia; 4. ewentualnie, w przypadku nie podzielenia zarzutu z pkt 3 art. 2 pkt 13 PZP w zw. z art. 139 PZP w zw. art. 353.1 k.c. w zw. art. 405 k.c. w zw. z art. 835 k.c. w zw. z 50a ust. 2 uprd poprzez określenie, że zamawiający będzie uiszczal opłaty za przechowywanie pojazdów usuniętych w trybie art. 50a uprd dopiero od 9 miesiąca ich przechowywania, podczas gdy zgodnie z art. 50a ust. 2 uprd „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”, a zatem już po upływie 6 miesięcy wykonawca przechowywałby pojazdy stanowiące przedmiot własności zamawiającego, co również w tym zakresie skutkuje bezpodstawnym wzbogaceniem zamawiającego w zakresie tych 2 miesięcy. W ocenie Izby zarzut jest nieuprawniony. Jak sam odwołujący podnosi regulacja w zakresie ponoszenia opłat nie wynika wprost z przepisu prawa. W związku z powyższym ustalenie po jakim upływie okresu czasu powstaje po stronie Miasta obowiązek opłatności za przechowanie wraków pojazdów holowanych jest sprawą swobodnej regulacji zamawiającego. Izba dokonując oceny złożonych wyjaśnień zamawiającego w kontekście wskazanej regulacji nie stwierdza naruszenia po stronie zamawiającego ani zasady proporcjonalności ani równości stron. Po stronie wykonawcy pozostaje zagadnienie wyceny ponoszenia kosztów parkowania wraków przez okres nie pobierania opłat od Miasta. Tym bardziej, że odwołujący nie udowodnił braku dochodów jakie uzyskuje przy likwidacji pojazdów to jest ich złomowania na polecenie Miasta. Natomiast powszechnie wiadomym jest, że w Polsce istnieje rynek tzw. części używanych do pojazdów samochodowych odzyskiwanych na tzw. szrotach, które są legalną formą działalności gospodarczej. W związku z powyższym argumentacja zamawiającego jest przekonująca co do uzasadnienia regulacji w tym zakresie zawartych w SIWZ. Tym samym Izba nie nakazała zamawiającemu obowiązku modyfikacji wskazanych postanowień SIWZ wynikających z podniesionych zarzutów odwołania, również co do żądań modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu.

IV Co do zarzutu naruszenia - art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353.1 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. w zw. z art. 483 w zw. z art. 476 k.c. poprzez ustalenie kary umownej za każdą godzinę opóźnienia w wykonaniu zlecenia usunięcia pojazdu w trybie art. 50a uprd w kwocie 500 zł, w sytuacji gdy zgodnie z ust. 16.2.4. SIWZ czas dojazdu określany jest w godzinach (max. 24 godziny), a w sytuacji określonej w pkt 16.2.3. SIWZ (w trybie art. 130a uprd) w minutach, a mimo to kara umowna za opóźnienie w trybie art. 130a uprd wynosi 200 zł w stosunku do kary w trybie art. 50a uprd, która wynosi 500 zł za godzinę

opóźnienia, a 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.

V. Co do zarzutu naruszenia - art. 22 ust. 1a PZP w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3

PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nieuzasadnione jego specyfiką oraz naruszające równą i uczciwą konkurencję opisanie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania potencjału technicznego oraz sposobu dokonania jego oceny, który przekracza też minimalne poziomy zdolności, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, poprzez wymaganie, aby parkingi znajdowały się po tej samej części m.st. Warszawy, której dotyczy konkretna część zamówienia, co ogranicza liczbę potencjalnych wykonawców z uwagi na koszty posiadania parkingu po stronie lewobrzeżnej Warszawy, co utrudnia złożenie oferty odwołującemu, który świadczył usługi dla zamawiającego w okresie od 2014 roku dla lewobrzeżnej Warszawy, gdyż posiada parking po stronie prawobrzeżnej Warszawy, co do tej pory nie stanowiło problemu. W ocenie Izby zarzut jest uprawniony. Zamawiający powinien dokonać modyfikacji wszelkich postanowień SIWZ wynikających z uwzględnienia zarzutu, w tym w sposób zgodny z żądaniami zmian SIWZ jak i ogłoszenia o zamówieniu zgodnie z sentencją Wyroku.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji wyroku, ponieważ naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów ma wpływ na wynik postępowania to jest co do wyboru najkorzystniejszej oferty. Tym samym spełniła się dyspozycja art. 192 ust.2 ustawy pzp. umożliwiająca uwzględnienie odwołania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca

2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238 zm. Dz.U. 2017r.) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15.000,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis odwołującego oraz wynagrodzenie dla pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600,00zł według załączonej faktury VAT.

Przewodniczący: