

Sygn. akt: KIO 1865/10

P. 7. 10904
22.08.2010.
S. 1

RZ
21.09.2010.
S. 1

Odpis wyroku

ZARZĄD DRÓG I ZIELENI

Wpł. 2010 -09- 2 1

WYROK

z dnia 8 września 2010r.

L.dz. 8359¹ Zał.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 września 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 30 sierpnia 2010 r. wniesionego przez **Zakład Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański Sp. J., 60-476 Poznań, ul. Jasielska 7** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Oczyszczenie zimowe i pozimowe dróg na terenie miasta Gdyni w rejonie I i II”, prowadzonym przez zamawiającego – **Zarząd Dróg i Zieleni w Gdyni, 81-364 Gdynia, ul. 10 Lutego 24,**

orzeka:

1. oddała odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Zakład Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański Sp. J., 60-476 Poznań, ul. Jasielska 7** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczzone przez **Zakład Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański Sp. J., 60-476 Poznań, ul. Jasielska 7**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego,

2) dokonać wpłaty kwoty 760 zł 20 gr (słownie: siedemset sześćdziesiąt złotych dwadzieścia groszy) przez **Zakład Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański Sp. J., 60-476 Poznań, ul. Jasielska 7** na rzecz **Zarządu Dróg i Zieleni w Gdyni, 81-364 Gdynia, ul. 10 Lutego 24**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu.

Pouczenie:

Stosownie do art. 198a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:



[Handwritten signature]

*Na oryginalną korespondencję
Za zgodność*

PREZES
Krajowej Izby Odwoławczej
[Handwritten signature]
Renata Tubisz

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na oczyszczanie zimowe i pozimowe dróg na terenie Gdyni w rejonie I i I, [ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Dz.U/S SI60 19/08/2010 247401-2010-PL] przez Zamawiającego – Gminę Miasto Gdynia – Zarząd Dróg i Zieleni z Gdyni. Odwołanie wniesione przez Zakład Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek Sobański sp. j. z Poznania dotyczy warunków podanych w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), które zdaniem wykonawcy są sprzeczne z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz.759), albowiem bezprawnie utrudniają uczciwą konkurencję wykonawców. Odwołujący się wykonawca stwierdził w odwołaniu, że:

1. Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu niezgodnie z ustawą PZP i rozporządzeniem Prezesa Rady ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226, poz.1817);
2. Zamawiający przewiduje możliwość zlecenia wykonawcom wywozu śniegu, nie przewidując żadnej formy wynagrodzenia za tego typu czynności;
3. wprowadzone zostały pozorne warianty gotowości zimowej o zróżnicowanym sposobie wynagradzania, które godzą w interes wykonawców;
4. przewidziano możliwość zmniejszenia zamówienia nie określając żadnych realnych podstaw do tego typu ograniczeń;
5. przewidziano niewspółmiernie wysokie, niekiedy także bezpodstawne kary umowne.

Wskazując na powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści ogłoszenia oraz treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakwestionowanym zakresie.

W uzasadnieniu podał, że Zamawiający bezpodstawnie wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego załączyli do oferty zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów, wydane na podstawie ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach. Wykonawca realizujący na rzecz Zamawiającego usługi związane z przedmiotem zamówienia, nie jest zobowiązany do uzyskania zezwolenia na transport odpadów. Domaganie się więc przez Zamawiającego od wykonawców wspomnianego powyżej dokumentu jest nieuzasadnione, albowiem dokument ten jest dokumentem zbędnym do przeprowadzenia przedmiotowego postępowania (zarzut1).

Dalej wykonawca podał, że z treści ogłoszenia o zamówieniu bezspornie wynika, że obok odpisu z właściwego rejestru Zamawiający żąda od wykonawców aktualnego zaświadczenia o

wpisie do ewidencji działalności gospodarczej. Dokument ten nie został wymieniony w zamkniętym katalogu dokumentów określonym w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, wobec czego żądanie Zamawiającego w powyższym zakresie jest bezpodstawne i nieuzasadnione z punktu widzenia konieczności wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 2 ustawy (*zarzut2*).

W pkt 3 odwołania podał, że z treści specyfikacji wynika, że Zamawiający żąda, aby wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienia dokonali wizji lokalnej terenów objętych zamówieniem w celu uzyskania informacji niezbędnych do sporządzenia oferty. Na potwierdzenie odbycia tej wizji wykonawca zobowiązany jest podpisać oświadczenie zawarte w treści formularza ofertowego. Można więc się spodziewać, że oferta każdego z wykonawców, który nie podpisze tego oświadczenia (np. wykreśli jego treść z formularza ofertowego) może zostać odrzucona jako niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków zamówienia. Przepis art. 29 ust. 1 ustawy PZP nakłada na Zamawiającego obowiązek opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Niedopełnienie tego obowiązku, a co za tym idzie, żądanie, aby informacje konieczne do przygotowania oferty wykonawcy zdobyli w trakcie wizji lokalnej w miejscu realizacji zamówienia, stanowi naruszenie przepisów regulujących zasady udzielania zamówień publicznych. (*zarzut3*).

Zamawiający wymaga także od wykonawców, aby na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia utrzymywali w gotowości sprzęt i osoby niezbędne do podjęcia określonych zadań. Za pozostawanie w stałej dyspozycji Zamawiający zamierza płacić wykonawcy według cen określonych w formularzu ofertowym. W tym jednak celu Zamawiający wprowadził trzy warianty gotowości zimowej, którym ma odpowiadać określona liczba jednostek sprzętowych jakie wykonawca ma zagwarantować do podjęcia natychmiastowych działań, jak również stosowna do nich cena należna wykonawcy. Zamawiający podał także przewidywaną liczbę dni, w jakich mogą obowiązywać poszczególne warianty gotowości. Oczekiwania Zamawiającego zmierzają także to tego, że dla poszczególnych wariantów gotowości Wykonawca określi cenę stosowną do liczby jednostek sprzętu, który w danym wariantcie ma pozostawać w stałej dyspozycji. Wykonawca podkreślił, że Zamawiający zastrzegł prawo do zmiany wariantu gotowości, a więc liczby osób i sprzętu pozostającego w stałej gotowości, w przeciągu 6 godzin od przekazania wykonawcy stosownej informacji w tym zakresie. Stwierdził, że w rzeczywistości Zamawiający zmusza wykonawców do utrzymywania w stałej gotowości maksymalnej ilości sprzętu (zarezerwowanego pozornie dla wariantu I gotowości), gdyż decyduje o tym sześciogodzinny termin na zmianę wariantu gotowości. Skoro zmiana liczby sprzętu może nastąpić w przeciągu 6 godzin, to nie może być mowy o tym, że sprzęt rezerwowany może uczestniczyć w

realizacji jakiegokolwiek innego zadania. Chcąc podołać oczekiwaniom Zamawiającego co do standardów zimowego utrzymania dróg i wymagań sprzętowych, wykonawca zmuszony jest utrzymywać w stałej gotowości maksymalną liczbę sprzętu i osób zdolnych do jego obsługi. Zatem podział na warianty gotowości zimowej jest pozorny, zmierzający do bezpodstawnego uszczuplenia wynagrodzenia przysługującego wykonawcy. Termin zmiany wariantu gotowości jaki Zamawiający zastrzegł w SIWZ (6 godzin) może także narazić wykonawców na nieuzasadnione nakładanie kar umownych za nieterminową realizację powierzonych zadań. W drugim i trzecim wariacie gotowości zgodnie z przewidywaniami Zamawiającego wykonawca nie musi dysponować pełną liczbą sprzętu. Zatem nie można mu zabronić, aby zbędny w danym czasie sprzęt został np. wypożyczony innemu podmiotowi. Jeżeli więc w takiej sytuacji Zamawiający zmieni wariant gotowości na wyższy (wymagający zabezpieczenia większej liczby sprzętu), to nie można wykluczyć, że Wykonawca nie będzie mógł w ciągu 6 godzin zadośćuczynić żądaniom Zamawiającego w powyższym zakresie. Wprowadzony więc podział na warianty gotowości jest podziałem pozornym, bowiem chcąc uniknąć dotkliwych kar wykonawca przez cały okres będzie musiał dysponować pełną ilością sprzętu i urządzeń. Sprawa dotycząca identycznych poczynań Zamawiającego w zakresie bezprawnego umniejszania wynagrodzenia przysługującego wykonawcom za utrzymywanie gotowości zimowej była już przedmiotem rozpatrywania przez Krajową Izbę Odwoławczą (wyrok z dnia 20. 10. 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1066/08). Z uzasadnienia tego wyroku wynika jednoznacznie, że za określoną przez zamawiającego gotowość (dyspozycyjność sprzętu w ilości wymagającej zaangażowania i konieczność jego użycia, a więc zaangażowania też określonego potencjału osobowego) wykonawca powinien otrzymać 100% wynagrodzenia za utrzymanie gotowości zimowej. Stąd też ustalenie wariantów utrzymywania gotowości do podejmowania działań, w tym stanie rzeczy, należy uznać za bezcelowe. Nie może być bowiem tak, że w okresach obniżonego stanu gotowości, wykonawca będzie miał zapewnione wynagrodzenie na obniżonym poziomie, podczas gdy zobowiązany będzie zagwarantować tyle pojazdów, ile będzie potrzebnych do prawidłowego wykonania usługi. Zakres świadczenia w poszczególnych wariantach jest uznaniowy (potrzeby Zamawiającego i warunki atmosferyczne), tymczasem zakres świadczenia musi być pewny, tak żeby wykonawca miał możliwość prawidłowo skalkulować cenę oferty. W przedmiotowym stanie faktycznym, wykonawca ma pewność jedynie co do tego, że Zamawiający może wprowadzić obniżoną gotowość, która w istocie ma być na poziomie gotowości do wykonania usługi według określonego standardu, zaś gwarantowane wynagrodzenie ma być obniżone proporcjonalnie do liczby dysponowanego sprzętu. Mając na uwadze wykonawca oczekuje, że Zamawiający wprowadzi takie zmiany do treści SIWZ, które zagwarantują wykonawcom prawo do wynagrodzenia za utrzymywania gotowości zimowej w maksymalnym, realnym zakresie. (zarzut4).

Zdaniem wykonawcy, Zamawiający bezprawnie przyjmuje, że w przypadku nie wywiązania się przez Wykonawcę z obowiązku wyposażenia pojazdów w prawidłowo działające urządzenia do monitorowania ich pracy, wykonawcy przysługiwać będzie 50% wynagrodzenia brutto obliczonego na podstawie innych dostępnych dokumentów, wskazujących zakres prac za dany okres realizacji usługi. Jest to postanowienie nie mające żadnych podstaw prawnych, albowiem skoro Zamawiający zakłada, że w przypadku braku urządzeń monitorujących możliwe jest ustalenie wysokości wynagrodzenia na podstawie innych dokumentów wskazujących zakres prac, to nie ma żadnych podstaw, aby tak ustalone wynagrodzenie mogło być obniżane o 50 %. Ograniczenie wynagrodzenia, o którym mowa powyżej, będzie mogło dotyczyć także sytuacji, w której ulegnie awarii urządzenie monitorujące, co Zamawiający będzie wykorzystywał do bezpodstawnego obniżania zapłaty należnej za zrealizowaną usługę. (zarzut5). W ocenie wykonawcy, Zamawiający powinien odstąpić od zastrzeżonego w SIWZ prawa do obniżania wynagrodzenia.

— Za sprzeczne z przepisami Kodeksu Cywilnego wykonawca uznaje postanowienie wedle którego Zamawiający będzie miał prawo do nałożenia kary umownej w wysokości 0,5 % wynagrodzenia miesięcznego brutto za nie usunięcie awarii urządzenia monitorującego, za każdą rozpoczętą dobę. Powołał przepis art. 483 § 1 K. C., które jego zdaniem przewidują, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego może nastąpić poprzez zapłatę kary umownej. Z tytułu opóźnienia w naprawieniu uszkodzonych urządzeń monitorujących Zamawiający nie będzie ponosił żadnych szkód, więc nakładanie kar umownych w powyższym zakresie jest bezpodstawne. Ponadto posiadanie sprawnych urządzeń monitorujących nie jest przedmiotem zamówienia, a więc nie stanowi także umownego zobowiązania niepieniężnego, w rozumieniu przytoczonych powyżej przepisów K. C. Zamiar nakładania kar umownych za tego typu „przewinienia” nie ma żadnego uzasadnienia i jest wyrazem dominującej pozycji Zamawiającego nad wykonawcami. (zarzut6).

Zamawiający przewiduje w SIWZ, że realizacja usług utrzymania zimowego rozpocznie się od dnia 1 listopada i trwać będzie do 15 kwietnia. W zależności zaś od panujących warunków atmosferycznych Zamawiający może przesunąć termin rozpoczęcia usługi zimowego utrzymania nie później niż do dnia 1 grudnia, a termin zakończenia nie wcześniej niż na dzień 31 marca, przy czym o terminie rozpoczęcia i zakończenia usługi zimowego utrzymania Zamawiający powiadomi Wykonawcę z co najmniej ośmiogodzinnym wyprzedzeniem. Tak sformułowane zastrzeżenie godzi w interes wykonawców, albowiem nie daje pewności, co do ilości zamawianych usług. Ośmiogodzinny czas na powiadomienie Wykonawcy o rozpoczęciu (zakończeniu) usługi zimowego utrzymania sprawia, że wykonawca praktycznie będzie pozostawał w stałej gotowości do podjęcia działań. Sprzęt i osoby niezbędne do jego obsługi będą w stałej dyspozycji Zamawiającego, który zastrzegł sobie

prawo do ich uruchomienia w przeciągu 8 godzin. Termin realizacji usług powinien więc zostać określony jednoznacznie, aby wykonawca kalkulując ofertę miał pełne rozeznanie co do ilości i czasu realizacji zadań (zarzut7).

W ramach przedmiotowego zamówienia Zamawiający przewiduje prawo zlecenia wykonawcy wywozu śniegu. Opisany w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia sposób obliczenia ceny ofertowej nie przewiduje możliwości skalkulowania tego typu robót, przez co Wykonawca może zostać narażony na straty finansowe związane z koniecznością bezpłatnego świadczenia tego rodzaju usług. (zarzut8);

W załączonym do SIWZ wzorze umowy przewidziane zostały niewspółmiernie wysokie kary umowne za nienależyte wykonanie przedmiotu umowy. Kary te zostały określone procentowo od przysługującego w danym miesiącu wynagrodzenia, co czyni je zupełnie niejasnymi. Na etapie składania ofert nie jest znana wysokość wynagrodzenia w poszczególnych miesiącach realizacji zamówienia, przez co Wykonawca nie posiada informacji o rzeczywistej wielkości tych kar. Ponadto stwierdza, że wobec zróżnicowanego wynagrodzenia w poszczególnych miesiącach, za podobne, czy wręcz identyczne zarzuty, Zamawiający będzie naliczać kary umowne w różnych wysokościach. Ponadto kary umowne za identyczne przewinienia będą różne dla różnych wykonawców. W przypadku niewłaściwego wykonania usługi wykonawca otrzyma karę za nienależyte wykonanie usługi zimowego utrzymania w wysokości np. 1 %. Wedle założeń Zamawiającego wysokość kary będzie wyliczona na podstawie kwoty miesięcznego rozliczenia brutto. Z jakiego więc prawa za błędy w usłudze zimowego utrzymania dróg Zamawiający zamierza obliczać karę umowną od wynagrodzenia, na które składa się zapłata za pełnienie np. gotowości zimowej lub za realizację sprzętania pozimowego, czy też za oczyszczanie jezdni w warunkach pozazimowych, za pojemniki z piaskiem itp. Stwierdzić także należy, że wysokość przewidzianych w umowie kar umownych jest w sposób w sposób rażący wygórowana. Zgodnie z przepisami art. 483 § 1 K. C. kara umowna ma służyć naprawieniu szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań. W przypadku przedmiotowego postępowania wysokość kar umownych narusza przepisy K. C. dotyczące bezpodstawnego wzbogacenia. Wykonawca powinien mieć jasność, co do wysokości kary, której wysokość musi być adekwatna do straty poniesionej przez Zamawiającego w związku z opóźnieniem, nienależyty wykonaniem czy też wreszcie niewykonaniem konkretnego zadania. Jeżeli więc kara ma się odnosić np. do nienależytego odśnieżenia odcinka drogi, to jej wysokość nie może się odnosić jednocześnie do wynagrodzenia za inne czynności zrealizowane przez wykonawcę prawidłowo w danym miesiącu (zarzut9). Wskazując na powyższe żądanie dotyczy skorygowania SIWZ w powyższym zakresie do poziomu ogólnie przyjętych zasad w tym zakresie.

Zamawiający udzielając odpowiedzi na odwołanie [pismo z dnia dnia 6.09.2010 r.] stwierdził, że uwzględnił zarzuty w zakresie pkt 1 i pkt 9 (wg odwołania) wykreślając te postanowienia. Uwzględnił także zarzut z pkt 7 informując, że w tym zakresie dokonał stosownej zmiany w sposób następujący: w załączniku nr 9 do siwz, sekcja A, pkt. 2.1.1. podał, że Zamawiający przewiduje, że realizacja usług utrzymania zimowego dróg rozpocznie się od dnia 1 listopada i trwać będzie do 15 kwietnia. [w załączniku nr 9 do siwz, sekcja B, pkt. 2.1.1 obecnie jest Zamawiający przewiduje, że realizacja usług utrzymania zimowego dróg rozpocznie się od dnia ok. 15 grudnia (warunkiem rozpoczęcia realizacji usług jest zakończenie prac wykonywanych na podstawie aktualnie obowiązującej umowy) i trwać będzie do 15 kwietnia 2011 r. Natomiast w kolejnym sezonie zimowym realizacja usług utrzymania zimowego dróg rozpocznie się od dnia 1 listopada 2011 r. i trwać będzie do 15 kwietnia 2012 r. W pozostałym zakresie oddalił zarzuty podając, co następuje:

1. (zarzut2) Wskazując na art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowiącym stwierdził, że Zamawiający żąda aktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej celem oceny ważności oferty, która odbywa się na podstawie odrębnych przepisów, w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Odrębne przepisy to przede wszystkim przepisy kodeksu cywilnego. Wśród nich najistotniejsze to art. 78 stanowiący o złożeniu własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli, a takim jest oferta, art. 82-87 traktujące o wadach oświadczeniach woli. Zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej jest wymagane tylko w przypadku, gdy odrębne przepisy wymagają zgłoszenia do ewidencji działalności gospodarczej celem weryfikacji prawidłowości złożonych podpisów w ofercie i potwierdzenia prawidłowości podpisania oferty. W przedmiotowym zaświadczeniu unormowana jest reprezentacja wykonawcy do występowania w imieniu wykonawcy. Wśród dokumentów, o której stanowi art. 25 ust 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, tj. dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania znajduje się również zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej. Bowiem jeżeli z kontekstu i treści oferty wynika, że została ona złożona przez osobę prowadzącą tę działalność gospodarczą to zgodnie z przepisami o reprezentacji zawartymi w kodeksie cywilnym zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej staje się dokumentem niezbędnym do przeprowadzenia postępowania, tj. niezbędnym do wykazania, że oferta została złożona i podpisana przez podmiot uprawniony i właściwie umocowany do reprezentowania wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający podkreślił, że nie żąda zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. W nawiązaniu do art. 25 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający umieścił żądanie załączenia powyższego dokumentu w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt 5.5 ppkt 3) w katalogu pn. „Inne

niezbędne dokumenty, które wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne zobowiązany jest złożyć". W tym katalogu umieszczone są także inne niezbędne dokumenty np. Formularze cenowe. Podkreśla, że nie jest to dokument potwierdzający spełnienie warunków i udziału w postępowaniu. Ze względu na brak w formularzu ogłoszenia stosownej rubryki do zamieszczenia informacji o tzw. innych dokumentach wymaganych do załączenia do oferty zamawiający pierwotnie umieścił wykaz tych dokumentów w sekcji III.2) „Warunki udziału”, zaznaczając jednak, że są to inne, niezbędne dokumenty, które wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne zobowiązany jest złożyć. Celem uniknięcia błędnej weryfikacji dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków Zamawiający dokonał sprostowania Ogłoszenia zamówienia i zamieścił przedmiotowy Katalog w sekcji V1.3) Informacje dodatkowe.

2. (zarzut3) - wskazał na warunek z ppkt 2.1.1 i stwierdził, że w tym przypadku Zamawiający nie wykluczy z postępowania wykonawcy, ponieważ brak jest podstaw prawnych, a także nie odrzuci oferty wykonawcy, który nie dokona wizji lokalnej. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji ma miejsce w sytuacji gdy zaoferowany przedmiot usługi nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia. Sprzeczność treści oferty ze specyfikacją musi mieć charakter materialny, i. nie formalny. Charakter materialny sprzeczności przejawia się tym, iż oferta nie spełnia oczekiwań Zamawiającego, nie zawiera wszystkich elementów koniecznych do wykonania zamówienia. O sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ można mówić tylko w przypadku, kiedy jest ona niezgodna pod względem merytorycznym, a nie formalnym. Niezgodność z treścią oferty należy ocenić w kategoriach oferty zdefiniowanej art. 66 kc. § 1, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w merytorycznym zakresie przedmiotu zamówienia. Można przyjąć, iż co do zasady powodem odrzucenia oferty jako nie odpowiadającej treści SIWZ jest przede wszystkim brak spełnienia wymogów przedmiotowych. Zasadnym jest twierdzenie, że treść oferty odnosi się do jej merytorycznej zawartości - przedmiot, cena, termin realizacji, technologia. Wskazał także na art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z wypracowanym orzecnictwem treść siwz, to przede wszystkim opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia i publicznego. Merytoryczny aspekt zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytoryczne wymagania zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia stanowią podstawę zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Podkreślił, że przedmiotem zamówienia jest oczyszczanie zimowe i pozimowe dróg. Zamawiający bardzo szczegółowo

opisał przedmiot zamówienia w pełny sposób uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także są wystarczające do prawidłowej realizacji usługi w poszczególnych rejonach miasta. Zamawiający wskazał ulice, aby wykonawca miał pełną wiedzę jakie ulice będą oczyszczane w poszczególnych rejonach miasta. Zalecana wizja lokalna ma na celu zapoznanie potencjalnych wykonawców, ze szczególnymi uwarunkowaniami topograficznymi, występującymi w różnych częściach Gdyni, a także sprawdzenie warunków technicznych w poszczególnych częściach miasta przez wykonawców.

3. (zarzut4) - zgodnie z zapisami SIWZ utrzymywanie gotowości zimowej polega na zapewnieniu przez Wykonawcę organizacji do podejmowania akcji usuwania skutków zimy na drogach w czasie i w sposób określony w opisie przedmiotu zamówienia zał. nr 9 Sekcja A/B pkt I. Podkreślił, że utrzymywanie gotowości zimowej nie polega na dysponowaniu przez cały okres realizacji zamówienia w sposób ciągły przyjętą dla wariantu I maksymalną ilością sprzętu. Ilość wymaganego przez Zamawiającego sprzętu zależy od obowiązującego w danym czasie wariantu. Na dokonanie zmian ilości sprzętu Wykonawca ma skreślony czas do 6 godzin. W obecnym postępowaniu, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia dla części A I i A II Wykonawca sam określa cenę świadczonej usługi dla poszczególnych wariantów. Nie jest wykluczone, że cena ta będzie jednakowa dla wszystkich wariantów - sytuacja taka będzie miała miejsce kiedy Wykonawca nie będzie widział możliwości jej zróżnicowania. Z uwagi na specyfikę usługi związanej z zimowym utrzymaniem dróg, Zamawiający nie ma możliwości w sposób precyzyjny określenia zakres świadczenia usługi, ponieważ jest on uzależniony od nieprzewidywalnych warunków pogodowych. Zgodnie z zapisami SIWZ zał. nr 9 sekcja A/B pkt 1 ppkt 1.1- Uwaga że w styczniu i lutym obowiązywać będzie zawsze wariant I który zakłada zaangażowanie przez Wykonawcę największej ilości sprzętu jest to część zamówienia gwarantowana). W pozostałym okresie trwania sezonu zimowego, tj. od 1 listopada do 15 kwietnia z wyłączeniem stycznia i lutego (bez możliwości zmiany tego terminu) obowiązywać będą warianty określone na podstawie pozyskanych informacji z prognoz pogody IMiGW oraz z innych źródeł (przewidywane ilości dób poszczególnych wariantów podane zostały w załączniku nr 9 Sekcja A/B pkt I ppkt 1). Zamawiający podał również przewidywaną ilość dób poszczególnych wariantów i przedstawił stosowne wyjaśnienia w odpowiedzi na pytanie nr; i 1. Powyższe informacje zdaniem Zamawiającego są wystarczające dla obliczenia ceny ofertowej. Zamawiający nie obniża należnego Wykonawcy wynagrodzenia w zależności od liczby zaangażowanego sprzętu, ponieważ wynagrodzenie to będzie opierało się na cenach podanych przez Wykonawcę w formularzy ofertowym.

4.(zarzut5) - Zamawiający założył, że usługa wykonywana będzie przy użyciu pojazdów wyposażonych w GPS. Urządzenia te służyć mają do kontroli pracy sprzętu, a odczyty z tych

urządzeń stanowiąc będą podstawę do rozliczania usługi. Obowiązek wyposażenia pojazdów ww. urządzenia wynika z zapisów SIWZ zał. nr 9 sekcja A/B pkt 1 ppkt.1.2 „Wykonawca zobowiązany jest w szczególności do wyposażenia wszystkich pojazdów wykorzystywanych do realizacji przedmiotu zamówienia w urządzenia monitorujące ich prace” Nie wywiązanie się przez wykonawcę z ww. obowiązku może skutkować odstąpieniem przez Zamawiającego od umowy - załącznik nr 8 par. 9 pkt e) umowy. Zamawiający będący jednostką sektora finansów publicznych ponosi odpowiedzialność za ujemne skutki prawne i finansowe mogące wystąpić w przypadku braku należytego zabezpieczenia wykonania umowy. Zamawiający ma prawo stawiania dla świadczonych na jego rzecz usług określonych wysokich i bardzo wysokich standardów. Wykonawca chcąc uczestniczyć w przedmiotowym postępowaniu powinien wziąć pod uwagę wskazane wymogi Zamawiającego, które służą realizacji określonego i uzasadnionego celu jakim jest potrzeba zapewnienia sprawnego ruchu ulicznego w mieście. Zamawiający ma prawo do określenia przedmiotu zamówienia zgodnie ze swoimi potrzebami, a także może tym bardziej - w granicach kształtowanych zasadami i uczciwej konkurencji - ustalać granice w jakich Wykonawcy mają się poruszać. Jest to uzasadnione potrzebą zapewnienia sprawnego ruchu ulicznego w mieście, bo przecież tak, jest cel udzielenia przedmiotowego zamówienia publicznego, a także ma swoje uzasadnienie w szczególności w związku z koniecznością zachowania wymogów bezpieczeństwa związanych z ochroną życia i zdrowia ludzkiego. Zamawiający określa przedmiot zamówienia oraz takie funkcje ma spełniać ten przedmiot zamówienia, co ma miejsce w tym przypadku. W wyłącznych kompetencjach Zamawiającego jest ostateczne określenie przedmiotu zamówienia, a Wykonawcy muszą się temu określeniu podporządkować i przedstawić właściwy przedmiot oferty. Każdy z wykonawców, w oparciu o SIWZ musi samodzielnie podjąć decyzję czy opłacalne jest dla niego podjęcie ryzyka i złożenie oferty.

5.(zarzut6) - zgodnie z § 7 ust. 10 umowy „W przypadku wystąpienia awarii urządzeń monitorujących uniemożliwiających realizację zadań systemu monitorowania i o których mowa w zał. nr 1 zawinionej przez Wykonawcę i nie usunięcie takiej awarii w ciągu 48 godzin od jej wystąpienia - Zamawiający ma prawo każdorazowo naliczyć karę umowną w wysokości 0,5 % wynagrodzenia miesięcznego brutto za każdą rozpoczętą dobę, w której nastąpi o ww. naruszenie. Tak więc, aby kara mogła być naliczona muszą być spełnione dwa warunki: awaria nastąpiła z winy wykonawcy oraz nie została usunięta w ciągu 48 godzin. Odczyty z urządzeń monitorujących pozwalają Zamawiającemu w sposób prawidłowy ocenić zakres wykonanych prac i na tej podstawie rozliczyć i usługę. Pozwalają również na ocenę, czy usługa wykonana została zgodnie z warunkami umownymi. W związku z powyższym urządzenia powinny być sprawne przez cały okres obowiązywania umowy, a w przypadku wystąpienia awarii wykonawca powinien dołożyć wszelkich starań, aby dokonać ich naprawy w możliwie najkrótszym czasie. Urządzenia te są ogólnie dostępne na rynku i stosowane

przez wiele firm. Dostęp do serwisu nie powinien stanowić dla Wykonawcy problemu, tym bardziej, że na usunięcie awarii Zamawiający przewidział 48 godzin. Biorąc pod uwagę popularność sprzętu i dostęp do serwisu - wyznaczony przez Zamawiającego czas jest wystarczający. Posiadanie sprawnych urządzeń monitorujących stanowi istotny element przedmiotu zamówienia. Zgodnie z brzmieniem art. 483 § 1 ko można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Przywołany przepis prawa podobnie jak art. 471 k.c. dotyczy skutków nienależytego wykonania zobowiązania. W przypadku art. 471 k.c. przyjęto, że swym zakresem obejmuje on również niewykonanie obowiązków ubocznych, to w odniesieniu do omawianego przepisu należy przyjąć analogiczne stanowisko (komentarz do art. 484 k.c. Zagrobelny, S. Grzybowski System prawa cywilnego...). Zgodnie z w/w komentarzem w praktyce niejednokrotnie kary umowne zastrzegane są na wypadek naruszenia i poszczególnych obowiązków, które same w sobie nie prowadzą bezpośrednio do zaspokojenia interesu wierzyciela, mają one jednak dla jednej ze stron na tyle istotne znaczenie, że uzasadniają skorzystanie z instytucji kar jako gwarancji ich wykonania. Jeżeli więc, prawidłowo funkcjonujące urządzenia do monitorowania pracy sprzętu, stanowią podstawę do oceny prawidłowości wykonanych usług, a tym samym do zapłaty za nie, to można przyjąć, że brak sprawnie funkcjonującego w/w systemu uniemożliwia dokonanie właściwej oceny wykonanej usługi oraz możliwości wyliczenia (sprawdzenia) należności. Podsumowując, chybiony jest zarzut, jakoby ustalenie kary umownej za wystąpienie awarii urządzeń monitorujących dotyczyło niezawinionych działań wykonawcy w zakresie eksploatacji i naprawy urządzeń. W § 7 ust. 8 projektu umowy wyraźnie zaakcentowano przesłankę odpowiedzialności w postaci winy, co oznacza że Zamawiającemu nie chodziło o rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy, poprzez obciążanie go ryzykiem wadliwego działania przedmiotowych urządzeń, lecz o zasadę odpowiedzialności wykonawcy opartej na winie stosownie 4 i art. 483 § 1 Kc. w związku z art. 471 i 472 Kc.

6.(zarzut7) - Zamawiający założył, że kary umowne obliczane będą procentowo od przysługującego w danym miesiącu wynagrodzenia, które uzależnione jest od zakresu wykonanych prac. Zakres wykonanych prac ma bezpośredni związek z panującymi warunkami pogodowymi. W przypadku wystąpienia trudnych warunków pogodowych, rośnie zagrożenie bezpieczeństwa ruchu drogowego. W związku z powyższym w razie stwierdzenia nienależytego wykonania prac w tym okresie, kara powinna być adekwatna do występujących zagrożeń. Każda nieprawidłowość wykazana w takim okresie powinna skutkować naliczaniem stosownie wysokiej kary. Przepis art. 484 § 1 k.c. stanowi, że w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości, bez względu na wysokość

poniesionej szkody. Wysokość zastrzeżonej kary umownej w zasadzie jest dowolna. Zważywszy jednak, że jest ona odszkodowaniem umownym, a odszkodowanie nie powinno być źródłem wzbogacenia się poszkodowanego i nie powinno przewyższać szkody, to jej wysokość nie powinna przewyższać wielkości świadczenia, którego wykonanie ma zabezpieczać (wyrok NSA w Katowicach z 17.12.2008 r. V Aca 483/09). Możliwe jest natomiast miarkowanie kary, które przewiduje § 2 art. 483 k.c., gdzie przy spełnieniu przez dłużnika określonych przesłanek sąd jest uprawniony do ustalenia w ramach tzw. Prawa sędziowskiego do ustalenia czy kara umowna była rażąco wygórowana. Zgodnie z tezą wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8.08.2008 r. sygn. akt V CSK 85/2008, kara umowna zabezpiecza wykonanie różnorodnych świadczeń niepieniężnych (a nie tylko spełnia rolę kompensacyjną, odszkodowawczą), dlatego rzeczą stron uczestniczących w obrocie gospodarczym jest ustalanie wagi i znaczenia niewykonania zobowiązania w całości w odniesieniu do zindywidualizowanych okoliczności. Kara umowna ma spełniać funkcję nie tylko kompensacyjną, ale i prewencyjną. Kary umowne zastrzeżone na wypadek nie wykonania lub nie należytego wykonania zamówienia przez Wykonawcę, mają charakter prewencyjne - represyjny i mają na celu zmotywować dłużnika do wykonania świadczenia niepieniężnego w sposób zgodny z treścią zobowiązania. Każde wykonywanie prawa podmiotowego, podlega kontroli na gruncie art. 5 k.c. (potwierdza to wyrok SA w Krakowie z 18.12.1990r. sygn. I ACr 117/90). Artykuł 5 k.c. ustala obiektywne przesłanki naruszenia prawa podmiotowego. Jak podkreślił SN w wyroku z 24.4.1997 r. II CKN 118/97, nadużycie prawa podmiotowego, to zachowanie rażące, nieakceptowane z aksjologicznego, ewentualnie technologicznego punktu widzenia. Wskazał także, że zgodnie z zasadą domniemywa się korzystanie z prawa w sposób zgodny z zasadami współżycia społecznego i jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem, co potwierdzone zostało przez SN w tezie wyroku z 22.11.2000 r.: "Działanie zgodne z prawem korzysta z domniemania zgodności z zasadami współżycia społecznego, chyba że wykazane zostaną konkretne okoliczności obalające to domniemanie". Tym samym ciężar udowodnienia okoliczności uzasadniających tezę o nadużyciu spoczywa na stronie, która domaga się zastosowania art. 5 k.c. Jednocześnie w doktrynie formułowany jest postulat powściągliwego stosowania art. 5 k.c. Całkowicie wyjątkowy charakter art. 5 k.c., który przełamuje zasadę, że wszystkie prawa podmiotowe korzystają z ochrony prawnej, podkreślił SN w wyroku z 24.4.1997 r. II CKN 118 '97. Podnoszone przez wykonawcę okoliczności przerzucenia ciężaru odpowiedzialności za niewykonanie zobowiązania przez Zamawiającego na Wykonawcę nie znajdują uzasadnienia. Zgodnie z art. 486 § 1 k.c. w razie zwłoki wierzyciela, dłużnik może żądać naprawienia wynikłej stąd szkody. Zamawiający będący jednostką sektora finansów publicznych ponosi odpowiedzialność za ujemne skutki prawne i finansowe mogące wystąpić w przypadku braku należytego zabezpieczenia wykonania umowy. Jednym ze sposobów

takiego zabezpieczenia przed ujemnymi konsekwencjami niewykonania lub nienależytego wykonania umowy są przewidziane przez Zamawiającego kary umowne za opóźnienia wykonania umowy. Reasumując Zamawiający stwierdził, że jest uprawniony do stawiania dla świadczonych na jego rzecz usług określonych wysokich i bardzo wysokich standardów. Standard ten może być osiągnięty przy zwiększeniu intensywności wykonywania usług. Niedopuszczalność zmiany opisu przedmiotu zamówienia i zmiany wykonywania usługi ma swoje uzasadnienie w szczególności w związku z koniecznością zachowania wymogów bezpieczeństwa związanych z ochroną życia i zdrowia ludzkiego. Mając na uwadze długość powierzonych dróg oraz wartość wykonania czynności polegających na ich utrzymaniu, należy stwierdzić, iż zaproponowane kary umowne odpowiadają randze czynności, których rzetelne i terminowe wykonanie leży w interesie publicznym, ponieważ gwarantuje zachowanie bezpieczeństwa na drogach.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu odwołania na rozprawie uznała, iż odwołanie nie jest zasadne.

Wobec zarzutu Zamawiającego, co do braku interesu odwołującego się wykonawcy we wnoszeniu odwołania w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 113, poz.759) [dalej ustawa PZP] Izba stwierdziła, że zarzut ten jest niezasadny. Wykonawca bowiem – jak podał - zamierza ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, a warunki, które kwestionuje nie pozwalają mu na złożenie oferty. Stwierdził także, że niespełnienie kwestionowanych warunków może również skutkować w konsekwencji odrzuceniem jego oferty. Tym samym - zdaniem Izby - powyższe okoliczności powodują, że brak możliwości ubiegania się o zamówienie powoduje, że wnoszący odwołanie wykonawca może ponieść szkodę, o której stanowi wskazany przepis art.179 ust.1 ustawy PZP.

Rozpatrując zarzuty podniesione w odwołaniu Izba przede wszystkim uwzględniła stanowisko odwołującego się wykonawcy, który stwierdził, że cofa zarzuty w zakresie pkt 1(zarzut1), pkt 7(zarzut7), pkt 9 (zarzut8), albowiem te zarzuty zostały przez Zamawiającego uwzględnione. Stwierdził także, że cofa zarzut z pkt 3 (zarzut3), albowiem Zamawiający dokonał zmiany specyfikacji w dniu 2 września 2010 r., która to zmiana została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

Rozpatrując zarzut wg pkt 2 odwołania (zarzut 2), Izba stwierdziła, że zarzut ten jest niezasadny. W tym przypadku KIO stwierdziła, iż wymagane przez Zamawiającego zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej nie narusza przepisu art. 25

ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych i tym samym przepisów rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zgodnie ze wskazanym przepisem Zamawiający może żądać wszystkich dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania i zakres tych dokumentów [art.25 ust.1 zdanie 1] nie został zdefiniowany szczegółowo ustawą. Dokumenty na które wskazuje odwołujący się wykonawca określone zostały w zdaniu 2 wskazanego art.25 ust.1 i dotyczą tylko tych dokumentów (oświadczeń), które mają służyć potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzeniu wymagań określonych dla oferowanych dostaw, usług czy robót budowlanych. Powoływane przez wykonawcę ograniczenie wynikające z rozporządzenia w § 2 ust.1 pkt 2, dotyczy właśnie potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w oparciu o przepis art.24 ust.1 pkt 2 ustawy PZP. Tym samym zarzut naruszenia przepisów rozporządzenia w zakresie wskazanym w odwołaniu, zdaniem Izby jest nieuzasadniony i żądanie tego dokumentu w zakresie wskazanym w art. 25 ust.1 ustawy jest dopuszczalne.

Rozpatrując zarzut z pkt 4 (zarzut4) i z pkt 7 (zarzut7) Izba przede wszystkim stwierdziła, że specyfika usługi będącej przedmiotem zamówienia związanej z zimowym utrzymaniem dróg na terenie miasta Gdyni powoduje, że precyzyjność zakresu świadczenia usługi w sposób obiektywny jest uzależniona od nieprzewidywalnych warunków pogodowych. Założone w specyfikacji warianty wiążą się z tym czynnikiem, stąd też ich uwzględnianie w specyfikacji nie narusza powołanego w odwołaniu przepisu art. 29 ust.1 ustawy PZP. Zdaniem Izby wskazywane w specyfikacji warianty, umożliwiają oszacowanie kosztu realizacji zamówienia, z tym, że każdy z wykonawców musi uwzględniać obiektywne i zindywidualizowane ryzyka, które wiążą się z czynnikiem pogodowym i z danym przedsiębiorcą. Dotyczy to także Zamawiającego, dokonującego wyboru najkorzystniejszej oferty. Także wymagania sprzętowe wiążą się przy tej specyfice przedmiotu zamówienia z obiektywnym czynnikiem jakim jest pogoda. Tym samym wykonawca ubiegając się o zamówienie musi te okoliczności uwzględniać, zaciągając zobowiązania na rzecz innego podmiotu w zakresie sprzętu, który stawia do dyspozycji przy realizacji tego zamówienia. Żądany czas reakcji 36 godzin w miejsce 6 godzin, ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia i konieczność bezzwłocznego przystąpienia do usuwania opadów śniegu jest niezasadny, albowiem wykonawca wiedząc o specyfice tego przedmiotu zamówienia przede wszystkim powinien założyć obiektywnie możliwe warunki organizacyjne i uwzględnić to w kosztach realizacji przedsięwzięcia.

Izba stwierdza także, iż w tym przypadku odwołujący się wykonawca nie wskazał, który przepis ustawy PZP naruszają tak sformułowane – przytoczone powyżej – warunki, niemniej jednak Izba stwierdza, iż wskazywany ogólnie we wstępie odwołania przepis art. 29

ust.1 ustawy PZP, dotyczący opisu przedmiotu zamówienia nie został w tym przypadku naruszony, jak również zarzut utrudniania uczciwej konkurencji nie został wykazany.

Także warunek opisany w pkt 5 odwołania, dotyczący wykonywania usługi przy użyciu pojazdów wyposażonych w GPS i warunki kwestionowane w odwołaniu w pkt 6 [zarzut6] i w pkt 10 [zarzut9], stanowiące o karach umownych związanych z usuwaniem awarii urządzeń monitorujących oraz z nienależytym wykonaniem umowy nie naruszają – zdaniem Izby - wskazanego przepisu art. 29 ust.1 ustawy PZP, jak również nie utrudniają uczciwej konkurencji.

Wykonawca nie udowodnił, że ustalony wymóg użycia pojazdu wyposażonego w urządzenie GPS narusza przepis art. 29 ust.1 ustawy PZP, albowiem to wymaganie zgodnie z powołanym przepisem zostało sformułowane jednoznacznie i wyczerpująco, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Urządzenie to jest powszechnie dostępne na rynku, zatem taki warunek nie może także stanowić dowodu na potwierdzenie podnoszonego zarzutu utrudniania w tym postępowaniu uczciwej konkurencji. Sankcje przewidziane za niezastosowanie się do tego wymagania [także w przypadku jego awarii] dotyczą wszystkich potencjalnych wykonawców i tym samym także to postanowienie nie może być kwalifikowane jako utrudniające uczciwą konkurencję.

W przypadku postanowień dotyczących kar umownych wg pkt 6 i 10 odwołania Izba również nie zgodziła się z zarzutem naruszenia przepisów ustawy PZP, albowiem zgodnie z treścią projektu umowy, w przypadku awarii (pkt6) wykonawca będzie zobowiązany zapłacić karę umowną tylko wówczas, gdy taka awaria jest zawiniona przez wykonawcę i nie zostanie usunięta przez wykonawcę w wymaganym czasie, po upływie wymaganego czasu tj. po upływie 48 godzin. Także kary umowne zastrzeżone w innych postanowieniach umowy wiążą się z nienależytym wykonaniem prac związanych z zimowym utrzymaniem dróg, które to prace – także w przekonaniu Izby - są niezwykle ważne z punktu widzenia bezpieczeństwa ruchu drogowego. Tym samym, szczególnie w tym przypadku kara umowna ma spełniać funkcje nie tyle kompensacyjne, co prewencyjne i m.in. z tego powodu wysokość kar nie budzi zastrzeżeń, także co do jej procentowego wymiaru. Izba stwierdza jednocześnie, że na gruncie ustawy PZP żądania wykonawcy, co negocjacji wysokości kar po wyborze najkorzystniejszej oferty jest niezasadne, albowiem ustawa PZP nie przewiduje negocjowania warunków umowy po wyborze najkorzystniejszej oferty.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy PZP. Izba uwzględniła także - na podstawie § 3 pkt 2 lit. a 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. Nr 41 poz. 238)- wniosek Zamawiającego dotyczący kosztów związanych z dojazdem na rozprawę, jednakże ograniczając wnioskowaną kwotę do kosztów potwierdzonych przedłożonymi biletami lotniczymi i rachunkiem za przejazd taxi z lotniska.

Przewodniczący:



[Handwritten signature]

Na to zgodzić się nie mogę.
Za zgodność

PREZES
Krajowej Izby Odwoławczej
[Handwritten signature]
Renata Tubisz