

Krajowa Izba Odwoławcza
ul. Postępu 17a
02 – 676 Warszawa

Zamawiający: Gmina Małdyty
ul. Kopernika 10
14-330 Małdyty
tel. (89) 758 61 24
e-mail: gmina@maldyty.pl
strona internetowa: www.maldyty.pl
reprezentowana przez reprezentowaną przez Wójta Gminy Małdyty
Marcina Krajewskiego

Odwołujący: Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe CARO
Bogdan Stepianiuk
ul. Warszawska 5B lok. 11, 11-040 Dobre Miasto
reprezentowany przez radcę prawnego Adama Głockiego
Kancelaria Rady Prawnego Adam Głocki
ul. Pohulanka 5 lok.1, 03 – 980 Warszawa
tel. 504-170-214
e-mail: a.glocki@glocki.pl

UZP/BO/WD/15981/20786/22
Sygn. akt: KIO 1972/22

ODPOWIEDŹ ZAMAWIAJĄCEGO NA ODWOŁANIE

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 26 lipca 2022 r. wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez Bogdana Stepianiuka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe CARO (w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie podstawowym pn.: *Dowóz uczniów do szkół i przedszkoli z terenu gminy Małdyty w roku szkolnym 2022/2023, część I*):

1. Zamawiający, tj. Gmina Małdyty zwraca się z wnioskiem o oddalenie odwołania w całości z uwagi na niewykazanie przez Wykonawcę szkody, jaką poniósł lub może ponieść w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.
2. Na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w punkcie 1 Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w części dotyczącej pozycji odwołania:
 - 1) III pkt 2) lit. b),
 - 2) III pkt 2) lit. e),
 - 3) III pkt 2) lit. f),
 - 4) III pkt 2) lit. g),

- 5) III pkt 2) lit. j),
 - 6) III pkt 2) lit. k),
 - 7) III pkt 3) lit. b),
 - 8) III pkt 3) lit. c) w części, w jakiej Wykonawca zarzuca brak ustalenia szczegółowych wymagań pozwalających na określenie rodzajów pojazdów, ilości kursów, długości trasy,
 - 9) III pkt 2) lit. e),
ze względów wskazanych w dalszej części niniejszej odpowiedzi na odwołanie.
3. Zamawiający uwzględnia pozostałe zarzuty odwołania, tj. niewymienione w punkcie 2 niniejszej odpowiedzi na odwołanie.
 4. Zamawiający zwraca się z wnioskiem o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

UZASADNIENIE

1. W pierwszej kolejności Zamawiający, tj. Gmina Małdyty zwraca się z wnioskiem o oddalenie odwołania w całości z uwagi na niewykazanie przez Wykonawcę szkody, jaką poniósł lub może ponieść w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (dalej jako ustawa PZP) środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W świetle powyższego nie ulega wątpliwości, że uprawnienie do korzystania ze środków ochrony prawnej wymaga wykazania spełniania łącznie następujących przesłanek:

- 1) posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia;
- 2) poniesienia lub możliwości poniesienia szkody, będącej wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów PZP.

W przypadku niewykazania łącznego spełniania powyższych przesłanek odwołanie podlega oddaleniu po przeprowadzeniu rozprawy. Stanowią one bowiem przesłanki dopuszczalności odwołania o charakterze materialnoprawnym, w odróżnieniu od przesłanek formalnoprawnych, określonych w art. 528 PZP, których wystąpienie powoduje odrzucenie odwołania przed otwarciem rozprawy. Niewykazanie spełniania przesłanek materialnoprawnych skutkuje oddaleniem odwołania bez konieczności odnoszenia się do zarzutów podniesionych w odwołaniu (por. wyr. z 21.11.2017 r., KIO 2340/17, Legalis, oraz z 17.2.2017 r., KIO 227/17, KIO 228/17, KIO 229/17, Legalis).

Należy zauważyć, że odwołanie Wykonawcy w żadnym swoim fragmencie nie odnosi się do szkody, jaką Wykonawca poniósł lub może ponieść w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Niezależnie zatem od tego, czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy, odwołanie Wykonawcy winno być oddalone z uwagi na brak wykazania materialnoprawnej przesłanki warunkującej możliwość jego wniesienia.

2. Na wypadek nieuwzględnienia argumentu Zamawiającego wskazanego w punkcie 1, odnosząc się do poszczególnych zarzutów podniesionych w punkcie III odwołania Zamawiający wskazuje jak niżej:

Ad III pkt 1)

Zamawiający uwzględnia przedmiotowy zarzut odwołania.

Ad III pkt 2) lit. a)

Zamawiający uwzględnia przedmiotowy zarzut odwołania. Z obiektywnych przyczyn zachowanie

terminu określonego na złożenie harmonogramu dowozu i odwozu dzieci ze szkół(tj. 3 tygodnie przed rozpoczęciem roku szkolnego)nie jest praktycznie możliwe.

Ad III pkt 2) lit. b)

Zamawiający nie uwzględnił przedmiotowego zarzutu odwołania i wnosi o jego oddalenie. Jak wynika z treści kwestionowanego przez Wykonawcę zapisu § 1 ust. 7 umowy, zmiana godzin dowozu i rozwoju dzieci wynikająca z potrzeb szkoły musi być **niezwłocznie** uwzględniona przez Wykonawcę po uzyskaniu informacji od Zamawiającego. W ocenie Zamawiającego sformułowanie „niezwłocznie” jest jednoznaczne, a jego interpretacja jest dostatecznie utrwalona w orzecznictwie i sprowadza się do uznania, że pojęcie niezwłocznie oznacza „bez zbędnej zwłoki”. Jeśli więc Wykonawca dla wprowadzenia zmian godzin dowozu i rozwoju dzieci upatruje konieczności uprzedniego uzyskania pewnych zezwoleń, to w ocenie Zamawiającego czas niezbędny na ich uzyskanie z pewnością nie będzie stanowić zbędnej zwłoki. Innymi słowy, interes Wykonawcy jest dostatecznie chroniony poprzez obecne brzmienie § 1 ust. 7 umowy. Dodatkowo Zamawiający zwraca uwagę na to, że w zakresie § 1 ust. 6 umowy Wykonawca kwestionując brzmienie proponowanego zapisu umownego proponuje brzmienie identyczne.

Ad III pkt 2) lit. c)

Zamawiający uwzględnił przedmiotowy zarzut odwołania.

Ad III pkt 2) lit. d)

Zamawiający uwzględnił przedmiotowy zarzut odwołania.

Ad III pkt 2) lit. e)

Zamawiający nie uwzględnił przedmiotowego zarzutu odwołania i wnosi o jego oddalenie. Przedmiotowy zarzut jest nieuzasadniony. Wbrew twierdzeniom Wykonawcy w treści projektowanej umowy (por. § 4 ust. 2) wskazano, że minimalna liczba zamówionych biletów wynosić będzie 270. Tym samym wynikający z art. 433 pkt 4) ustawy PZP wymóg wskazania minimalnej wielkości świadczenia Zamawiającego bezspornie został spełniony. Zamawiający zauważa również, że potencjalnie istniejące zapisy umowne lub regulacje wynikające z przepisów powszechnie obowiązujących, które powodować mogą ograniczenie wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, nie stanowią naruszenia art. 433 pkt 4) ustawy PZP. Czym innym jest bowiem minimalny zakres świadczenia Zamawiającego (ten został określony na poziomie 270 biletów), a czym innym jest potencjalna możliwość ograniczenia wysokości wynagrodzenia Wykonawcy.

Ad III pkt 2) lit. f)

Zamawiający nie uwzględnił przedmiotowego zarzutu odwołania i wnosi o jego oddalenie. Przedmiotowy zarzut jest nieuzasadniony. Wykonawca nie podaje jakich danych dotyczy jego zarzut, tj. jakie dane podano w sposób nieprecyzyjny i powodujący brak możliwości ustalenia faktycznych przychodów Wykonawcy. Zarzut Wykonawcy ma charakter bardzo ogólny, a przez to Zamawiający nie jest w stanie się do niego odnieść.

Ad III pkt 2) lit. g)

Zamawiający nie uwzględnił przedmiotowego zarzutu odwołania i wnosi o jego oddalenie. Przedmiotowy zarzut jest nieuzasadniony. Zamawiający wskazuje, że przedmiotowy zapis umowy ma na celu ochronę interesów Wykonawcy. Jego celem jest stworzenie sytuacji, gdy skutki ekonomiczne wywołane niewykonywaniem umowy przez Wykonawcę w danym miesiącu kalendarzowym nie będą obciążać wyłącznie Wykonawcy. Należy zauważyć, że żaden przepis prawa nie nakłada na Zamawiającego obowiązku uregulowania w umowie zasad rozliczeń między stronami w sytuacji, gdy umowa nie jest wykonywana. W tym zakresie istnieją mechanizmy zawarte w powszechnie

obowiązujących przepisach prawa. Biorąc jednak pod uwagę potencjalną długotrwałość postępowań prowadzonych w celu zastosowania ww. mechanizmów Zamawiający zdecydował się na wprowadzenie kwestionowanych przez Wykonawcę zapisów. W ocenie Zamawiającego nie sposób jednak traktować tych zapisów jako niezgodnych z prawem, albowiem są one w pełni dopuszczalne zgodnie z zasadą swobody umów. Nadto w ocenie Zamawiającego przedmiotowy zarzut stanowi w istocie próbę wynegocjowania przez Wykonawcę korzystniejszych warunków przyszłej umowy. Zamawiający zauważa jednak, że Wykonawca nie przedłożył żadnych wyliczeń, w oparciu o które można by uznać, że kwota należna Wykonawcy w przypadku niewykonania umowy w danym miesiącu (tj. kwota stanowiąca 35% średniego miesięcznego wynagrodzenia Wykonawcy określonego na podstawie oferty Wykonawcy) nie pokrywa kosztów stałych, jakie Wykonawca musi ponieść niezależnie od tego, czy świadczy w danym miesiącu usługi czy nie.

Ad III pkt 2) lit. h)

Zamawiający uwzględnia przedmiotowy zarzut odwołania.

Ad III pkt 2) lit. i)

Zamawiający uwzględnia przedmiotowy zarzut odwołania.

Ad III pkt 2) lit. j)

Zamawiający nie uwzględnia przedmiotowego zarzutu odwołania i wnosi o jego oddalenie.

Przedmiotowy zarzut jest nieuzasadniony. Ustalenie maksymalnej granicy kar umownych stanowi wymóg wynikający z art. 436 pkt 3) ustawy PZP. Należy podkreślić, że przedmiotowy przepis nie określa wysokości takiego limitu. Jednocześnie należy mieć na uwadze, że rolą kar umownych jest funkcja odszkodowawcza i dyscyplinująca, oraz że kary umowne nie powinny prowadzić do wzbogacenia się uprawnionego. Zamawiający podnosi, że zwłaszcza funkcja dyscyplinująca kar umownych ma istotne znaczenie w niniejszym postępowaniu, którego przedmiot z uwagi na swój charakter i doniosłość dla społeczności lokalnej wymaga wykonania w sposób należyty, co dotyczy zarówno terminowości jak i jakości usługi świadczonej przez Wykonawcę. Dodatkowo należy mieć na uwadze, że w każdym przypadku nałożenia na Wykonawcę kary umownej ma on prawo domagać się jej miarkowania na podstawie przepisów kodeksu cywilnego. W efekcie może się więc okazać, że finalna wysokość kary umownej nałożonej w danym przypadku na Wykonawcę będzie zdecydowanie niższa od tej, którą zastrzeżono w umowie. Wydaje się również, że formułując przedmiotowy zarzut Wykonawca niesłusznie utożsamia wysokość maksymalnego limitu kar umownych z wysokością kar za poszczególne naruszenia. Wniosek taki można wysnuć ze stwierdzenia Wykonawcy, iż na podstawie kwestionowanego zapisu Zamawiający ma prawo zatrzymać 50% wynagrodzenia Wykonawcy. Należy jednak zauważyć, że samo ustalenie wysokości limitu kar umownych na tym (lub jakkolwiek innym) poziomie nie stanowi samodzielnej podstawy do nakładania kar umownych, co czyni sugestię Wykonawcy nieuzasadnioną. Nie ulega również wątpliwości, że na podstawie precyzyjnych informacji o wysokości kar umownych należnych Zamawiającemu w poszczególnych sytuacjach Wykonawca może oszacować odpowiednio ryzyko związane z potencjalnym niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy i uwzględnić je w cenie swojej oferty.

Powyższe okoliczności powodują zatem, że interes Wykonawcy jest odpowiednio chroniony.

Niezależnie od powyższego Zamawiający podnosi, że również niniejszy zarzut stanowi w istocie próbę wynegocjowania przez Wykonawcę korzystniejszych warunków przyszłej umowy.

Ad III pkt 2) lit. k)

Zamawiający nie uwzględnia przedmiotowego zarzutu odwołania i wnosi o jego oddalenie.

Brak jest jakiegokolwiek korelacji między minimalnym zakresem świadczenia, o którym mowa w art. 433 pkt 4) ustawy PZP, a kwestionowanym przez Wykonawcę zapisem umownym.

Ad III pkt 3 lit. a)

Zamawiający uwzględni przedmiotowy zarzut odwołania.

Ad III pkt 3 lit. b)

Analogicznie jak w odniesieniu do zarzutu z pozycji III pkt 2) lit. b) odwołania, Zamawiający nie uwzględni przedmiotowego zarzutu odwołania i wnosi o jego oddalenie. Jak wynika z treści kwestionowanego przez Wykonawcę zapisu § 1 ust. 7 umowy, zmiana godzin dowozu i rozwoju dzieci wynikająca z potrzeb szkoły musi być **niezwłocznie** uwzględniona przez Wykonawcę po uzyskaniu informacji od Zamawiającego. W ocenie Zamawiającego sformułowanie „niezwłocznie” jest jednoznaczne, a jego interpretacja jest dostatecznie utrwalona w orzecznictwie i sprowadza się do uznania, że pojęcie niezwłocznie oznacza „bez zbędnej zwłoki”. Jeśli więc Wykonawca dla wprowadzenia zmian godzin dowozu i rozwoju dzieci upatruje konieczności uprzedniego uzyskania pewnych zezwoleń, to w ocenie Zamawiającego czas niezbędny na ich uzyskanie z pewnością nie będzie stanowić zbędnej zwłoki. Innymi słowy, interes Wykonawcy jest dostatecznie chroniony poprzez obecne brzmienie § 1 ust. 7 umowy. Dodatkowo Zamawiający zwraca uwagę na to, że w zakresie § 1 ust. 6 umowy Wykonawca kwestionując brzmienie proponowanego zapisu umownego proponuje brzmienie identyczne.

Ad III pkt 3 lit. c)

Zamawiający nie uwzględni przedmiotowego zarzutu odwołania w części, w jakiej Wykonawca zarzuca brak ustalenia szczegółowych wymagań pozwalających na określenie rodzajów pojazdów, ilości kursów, długości trasy, i wnosi o jego oddalenie w tej części. Wbrew twierdzeniom Wykonawcy SWZ wraz z załącznikami zawierają szczegółowy opis zamówienia, który pozwala na ustalenie wymagań kwestionowanych przez Wykonawcę. Znamienne jest zresztą, że w odwołaniu Wykonawca nie wskazuje jakie dokładnie wymagania nie zostały jego zdaniem wskazane przez Zamawiającego.

Zamawiający uwzględni przedmiotowy zarzut odwołania w części odnoszącej się do terminu na złożenie harmonogramu dowozu i odwozu dzieci ze szkół (tj. 3 tygodnie przed rozpoczęciem roku szkolnego), albowiem jego zachowanie nie jest praktycznie możliwe.

Ad III pkt 3 lit. d)

Zamawiający uwzględni przedmiotowy zarzut odwołania.

Ad III pkt 3 lit. e)

Zamawiający nie uwzględni przedmiotowego zarzutu odwołania i wnosi o jego oddalenie. Przedmiotowy zarzut jest nieuzasadniony, z analogicznych względów jak zarzut z pozycji III pkt 2) lit. e) odwołania. Skoro wskazano, że minimalna liczba zamówionych biletów wynosić będzie 270 to tym samym wynikający z art. 433 pkt 4) ustawy PZP wymóg wskazania minimalnej wielkości świadczenia Zamawiającego bezspornie został spełniony.

Ad III pkt 3 lit. f)

Zamawiający uwzględni przedmiotowy zarzut odwołania.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający wnosi jak na wstępie niniejszej odpowiedzi na odwołanie. Stosownie do treści wezwania z 1 sierpnia br. kopia pisma została przekazana Wykonawcy.

WÓJT
Marek Krajewski