

Sygn. akt: KIO 2560/15

WYROK

z dnia 7 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 grudnia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 listopada 2015 r. przez **Windykacja PL Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Intercity S.A. z siedzibą w Warszawie,**

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża **Windykacja PL Sp. z o.o.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. 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

Zamawiający – PKP Intercity S.A. – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Windykacja należności dla PKP Intercity Spółka Akcyjna*.

W dniu 23 listopada 2015 r. wykonawca Windykacja PL Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a także art. art. 139 ust. 1 w zw. z art. 58 § 1 i 2, art. 353¹, art. 483 § 1 i art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego.

Odwołujący wskazał, że w następstwie oceny złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu zaproszono do składania ofert trzy podmioty, w tym Odwołującego. Analiza postanowień SIWZ wraz z załącznikami spowodowała u Odwołującego przekonanie o zasadności skorzystania z przysługujących mu środków ochrony prawnej. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie SIWZ, sugerując jednocześnie zmianę SIWZ zgodnie z niniejszym odwołaniem oraz uzasadniając swe stanowisko. Zamawiający do chwili złożenia niniejszego odwołania nie ustosunkował się do wniosku Odwołującego.

1. Odwołujący podniósł, że ustanawiając kryteria oceny ofert w niniejszym postępowaniu (pkt XII.4 SIWZ) Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Wskazał, że kryteria oceny ofert powinna cechować: zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarancja, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji, a opis stosowania kryteriów oceny ofert powinien być jednoznaczny, czytelny i niepozostawiający swobody interpretacji.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający, wybierając kryterium odnoszące się do wykonawców (do czego miał prawo zamawiając usługi niepriorytetowe), powinien szczególnie ostrożnie dokonywać opisu sposobu oceny oferty. Analiza postanowień rozdziału XII.4 SIWZ pod tym kątem budzi podejrzenie co do tego, że mogła ona powstać dopiero pod wpływem treści wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i wskazanych w ich treści usług. Krótki okres pomiędzy terminem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz terminu składania ofert sprawia bowiem, że w ogromnej większości poddane ocenie zostaną doświadczenia wskazane w wykazach usług.

Odwołujący zakwestionował sposób punktacji poszczególnych doświadczeń, w szczególności zaś różnicę między punktacją dotyczącą zamówień zrealizowanych na rzecz zamawiającego prowadzącego działalność w zakresie publicznego transportu zbiorowego oraz pozostałych zamówień. Brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia dla wprowadzenia tego rodzaju różnicy, windykacja należności powstających z tytułu przewozu zbiorowego osób nie różni się w sposób istotny od jakiegokolwiek innej masowej windykacji wierzytelności. W ocenie Odwołującego należy różnicę tę zmniejszyć, bądź też zupełnie zlikwidować powstałe rozróżnienie.

Zdaniem Odwołującego, niezgodne z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest również zastrzeżenie wyłączające udzielone zasoby od oceny. Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt. III.2.3.3 Ogłoszenia o zamówieniu: *W takim przypadku Zamawiający wymaga, by podmiot udostępniający wykonawcy swoją wiedzę i doświadczenie uczestniczył w realizacji zamówienia, odpowiednio do zakresu udostępnianych zasobów.* Z jednej strony zatem Zamawiający „wymusza” udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia (jako podwykonawcę), z drugiej zaś strony nie pozwala jego doświadczenia wykorzystać przy ocenie oferty w kryterium doświadczenia. Rozwiązanie to wydaje się być wewnętrznie sprzeczne, a zaskarżone postanowienie SIWZ nie może się ostać.

2. Odwołujący podniósł, że zupełnie zbędne, a mając na względzie przepisy obowiązującego prawa oraz zasady współżycia społecznego, wręcz niezgodne z prawem zdaje się być zastrzeżenie kontaktu z każdym z dłużników co najmniej raz w miesiącu, niezależnie od rzeczywistych potrzeb oraz zachowania tego dłużnika (§ 3 ust. 1 lit. b Projektu umowy). W sytuacji, gdy np. dłużnik uzna wierzytelność, wystąpi o rozłożenia jej na raty oraz realizuje swe zobowiązania, ale także i w takiej, gdy stanowczo odmawia zapłaty i dalszej współpracy, comiesięczny kontakt z nim nosi wszelkie znamiona nękania, które można nawet potraktować jako czyn karalny. Z tej przyczyny zaskarżony fragment winien zostać usunięty z Projektu umowy.

3. Odwołujący podniósł, że Zamawiający definiując „rażące naruszenie postanowień Umowy” przywołał szereg sytuacji, które noszą znamiona zupełnie błahych, zarówno w zakresie skutków dla Zamawiającego, jak i dla natężenia ewentualnej niestaranności wykonawcy (§ 15 ust. 3 lit. a-d Projektu umowy).

Zdaniem Odwołującego, opóźnienie w zakresie przedstawienia miesięcznego Raportu (w sytuacji dostępu pracowników Zamawiającego do oprogramowania umożliwiającego bieżący wgląd do stanu spraw), każdy błąd (nawet drobne omyłki, w tym oczywiste omyłki) w dokonanym rozliczeniu, doprowadzenie kilkunastu wierzytelności do stanu „Wierzytelności Zagrożonych” (co jest możliwe np. w wypadku błędnych danych

adresowych), czy każde naruszenie przepisów o przetwarzaniu danych osobowych stanowią w rzeczywistości bardzo błahe zdarzenia, którym w treści Projektu umowy nadaje się jednak fundamentalne znaczenie, umożliwiające rozwiązanie Umowy oraz naliczenie bardzo wysokich kar umownych.

4. Odwołujący podniósł, że wprowadzając postanowienia dotyczące kar umownych, Zamawiający w pełni wykorzystał nierówność stron wynikającą z faktu, że to on jako gospodarz postępowania tworzy SIWZ i Projekt umowy.

Odwołujący wskazał, że podstawą do naliczania kar umownych jest hipotetyczna, maksymalna wartość wynagrodzenia wykonawcy, która zapewne będzie zrealizowana jedynie w pewnej istotnej części. Brak jest również wskazania górnej granicy dla naliczanych w ramach jednej wierzytelności kar umownych. Poszczególne wysokości kar umownych, zwłaszcza te wskazane w treści § 16 ust. 1 lit. a, e i f Projektu umowy, również mają charakter zdecydowanie wygórowanych.

Zdaniem Odwołującego, postanowienia dotyczące kar umownych – w miejsce dyscyplinowania wykonawcy do rzetelnego i skutecznego działania – mogą prowadzić do wzbogacenia Zamawiającego. Wskazane w treści § 16 ust. 1 lit. a, e i f Projektu umowy kary, które nałożone mogą zostać w stosunku do każdej z wierzytelności kumulatywnie, razem pozwolą uzyskać kilkukrotność dochodzonej wierzytelności, pomimo braku jakiegokolwiek szkody po stronie Zamawiającego (i możliwości dalszego dochodzenia tejże wierzytelności).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- wykreślenia z rozdziału XII.4 SIWZ pkt a lub zmianę sposobu punktacji doświadczenia polegającą na zmniejszeniu różnicy między zamówieniami zrealizowanymi na rzecz zamawiającego prowadzącego działalność w zakresie publicznego transportu zbiorowego oraz pozostałymi zamówieniami;
- wykreślenia z rozdziału XII.4 SIWZ akapitu rozpoczynającego się od słów „Uwaga: Zamawiający zastrzega”;
- wykreślenia z § 3 ust. 1 lit. b Projektu umowy słów „nie rzadziej niż raz w miesiącu”;
- wykreślenia § 15 ust. 3 lit. a, b, c oraz d Projektu umowy, względnie uznanie jako sytuacji stanowiących „rażące naruszenie postanowień Umowy” sytuacji niestanowiących błahych zachowań wykonawców;
- wprowadzenia w § 16 ust. 1 Projektu umowy górnego limitu dla wysokości kar naliczonych z tytułu zachowań wykonawcy w odniesieniu do tej samej wierzytelności w postaci kwoty wierzytelności pomniejszonej o wynagrodzenie wykonawcy;
- ustanowienia w § 16 ust. 1 Projektu umowy jako podstawy wyliczenia kar umownych realnej kwoty wynagrodzenia wykonawcy w miejsce wynagrodzenia maksymalnego;

- zmiany § 16 ust. 1 lit. a, e oraz f Projektu umowy poprzez zmniejszenie kwot kar umownych z tytułu zachowań wykonawcy w nich opisanych.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca zaproszony do składania ofert – spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

1. Izba ustaliła, że Zamawiający przed wszczęciem postępowania założył (Wniosek na posiedzenie Zarządu z dnia 24 sierpnia 2015 r. str. 3), że kryteria wyboru wykonawcy poza ceną, której wada wyniesie 70%, powinny odzwierciedlać potencjał wykonawcy adekwatny do działań, które powinny zostać podjęte przez wykonawcę w ramach wykonywanych usług windykacyjnych. W szczególności planowane jest uwzględnienie takich kryteriów jak:

1. Zadeklarowany przez wykonawcę minimalny poziom należności rekomendowanych przez wykonawcę do postępowania sądowego względem należności przekazanych do wykonawcy przez spółkę, przy założeniu, że stosunek ten nie powinien być niższy niż 50%;
2. Doświadczenie w zakresie windykacji we współpracy z podmiotami prowadzącymi działalność w zakresie publicznego transportu zbiorowego.

Zgodnie z rozdziałem XII pkt 1 SIWZ, przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający kierować się będzie następującymi kryteriami:

- a. cena rozumiana jako wyrażona w procentach stawka prowizji należnej wykonawcy od kwoty odzyskanych wierzytelności – waga 70%;
- b. zadeklarowany przez wykonawcę minimalny poziom należności objętych usługą windykacyjną, które wykonawca zobowiązuje się na własny koszt skierować do postępowania sądowego – waga 20%;
- c. Doświadczenie w zakresie windykacji należności – waga 10%.

Zgodnie z rozdziałem XII pkt 4 SIWZ, w kryterium „Doświadczenie w zakresie windykacji należności” maksymalna liczba punktów, jakie może uzyskać wykonawca wynosi 10 pkt. Zamawiający poinformował, że przyzna:

- a) 3 pkt – za każde zamówienie zrealizowane w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, którego przedmiotem były usługi windykacji należności zrealizowane na rzecz zamawiającego prowadzącego działalność w zakresie publicznego transportu zbiorowego, w ramach którego wykonano (tj. wysłano wezwania do zapłaty) co najmniej 20.000 spraw z tytułu niedopełnienia przez podróżnych obowiązku zapłaty należności przewozowych z tytułu przewozu osób, rzeczy i zwierząt lub spowodowanie zatrzymania pociągu bez uzasadnionej przyczyny;
- b) 1 pkt – za każde zamówienie zrealizowane w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, którego przedmiotem były usługi windykacji należności zrealizowane na rzecz zamawiającego, innego niż określony w lit. a powyżej, w ramach którego wykonano (tj. wysłano wezwania do zapłaty) co najmniej 20.000 spraw, o wartości jednostkowej należności składającej się na poszczególną sprawę nieprzekraczającej 1.000,00 zł.

Zamawiający zastrzegł, że w ramach kryterium „Doświadczenie w zakresie windykacji należności” wykonawca zobowiązany jest do wykazania się wyłącznie własnym doświadczeniem (Zamawiający nie dopuszcza posługiwania się potencjałem podmiotów trzecich).

Do Zamawiającego wpłynął wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ (pyt. nr 21): *dłaczego Zamawiający niekorzystnie rozdzielił punkty w zakresie doświadczenia wykonawcy, poprzez wprowadzenie informacji o przyznaniu większej ilości punktów: 3 pkt dla wykonawcy, który świadczył usługi windykacji na rzecz podmiotu, prowadzącego działalność w zakresie publicznego transportu zbiorowego, natomiast tylko 1 pkt zostanie przyznany wykonawcy, który świadczył usługi windykacji na rzecz innego podmiotu. Zgodnie z wymogami dot. doświadczenia Zamawiający z premedytacją znacznie ograniczył krąg wykonawców mogących otrzymać maksymalną ilość punktów w tym zakresie po zapoznaniu się z przedstawianymi przez oferentów referencjami. Wykonawca badając referencje firm zakwalifikowanych do 2 etapu postępowania jednoznacznie stwierdził, że wymogi te spełnia tylko firma Intrum Justitia, co jest wyraźnym preferowaniem tylko jednego oferenta. Prosimy o zmianę w tej części SIWZ poprzez dostosowanie punktacji do obiektywnej oceny w zakresie doświadczenia wykonawców.*

W dniu 23 listopada 2015 r. Zamawiający, udzielając odpowiedzi na pyt. nr 21 poinformował, że nie dokonuje wnioskowanej zmiany i wskazał, że ma prawo do takiego

kształtowania kryteriów oceny ofert, aby móc dokonać wyboru wykonawcy, który umożliwi taką realizację zawartej umowy, aby była ona najpełniejsza oraz najbardziej adekwatna do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wyjaśnił, że jego intencją od początku postępowania było takie ustalenie kryteriów, aby uwzględniały doświadczenie w windykacji należności na rzecz podmiotów prowadzących działalność w zakresie publicznego transportu zbiorowego. Powyższe uzasadnione jest tym, że wierzytelności z tytułu przejazdów bez ważnego biletu mają swoją specyfikę, a w szczególności są stwierdzone wezwaniami do zapłaty, które mają ograniczoną ilość danych dłużnika oraz cechuje je bardzo krótki okres przedawnienia. Wskazane cechy odróżniają te wierzytelności od wierzytelności, które powstają np. w obrocie z bankami lub instytucjami pożyczkowymi, czy wobec firm prowadzących działalność telekomunikacyjną, w których to sytuacjach na ogół wierzyciel dysponuje umową oraz możliwością pozyskania danych od dłużnika przy samym zawarciu umowy. Taką możliwością praktycznie nie dysponuje Zamawiający (zawarcie umowy przewozu co do zasady stwierdzone jest poprzez wystawienie biletu). Zamawiający ocenia, że wykonawcy, którzy dysponują doświadczeniem także w windykacji tych specyficznych wierzytelności mogą wykorzystać do doświadczenia we współpracy z Zamawiającym z korzyścią dla efektów tej współpracy.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Pierwszy z przywołanych przepisów stanowi, że Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z drugim z ww. przepisów zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp odnosi się do czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, zobowiązując Zamawiającego do jej wyboru zgodnie z kryteriami, które określił uprzednio w SIWZ. Do naruszenia powyższego przepisu mogłoby dojść w sytuacji, gdyby Zamawiający ocenił oferty z zastosowaniem innych kryteriów niż te, które wskazał w SIWZ. Powyższe stanowiłoby również naruszenie zasad wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W niniejszym postępowaniu spór dotyczy postanowień SIWZ. Naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy na tym etapie postępowania mogłoby polegać na ustanowieniu kryteriów niezgodnych z ustawą i godzących w zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 7 ustawy Pzp. Dopuszczalne kryteria oceny ofert określa art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria

odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji. Jednocześnie bezsporne między stronami jest, że w niniejszym postępowaniu, którego przedmiotem są usługi niepriorytetowe, Zamawiający był uprawniony do określenia kryteriów oceny ofert odnoszących się do właściwości wykonawcy (art. 5 ust. 1 ustawy Pzp). Zatem w świetle przywołanych przepisów dopuszczalne było ustanowienie kryteriów odnoszących się do doświadczenia wykonawcy. Kryterium to, jak każde inne, powinno być opisane w sposób pozwalający zrealizować zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, która przy dokonywaniu czynności oceny ofert wyraża się w obowiązku oceny ofert wszystkich wykonawców według tych samych zasad oraz w sposób pozwalający na zweryfikowanie prawidłowości postępowania zamawiającego w tym zakresie.

Nie ma zdaniem Izby wątpliwości, że kryterium doświadczenia opisane przez Zamawiającego, z rozróżnieniem na doświadczenie w usługach świadczonych na rzecz podmiotów prowadzących działalność w zakresie publicznego transportu zbiorowego oraz na rzecz innych podmiotów, jest kryterium precyzyjnym i niepozostawiającym Zamawiającemu niedopuszczalnej uznaniowości przy ocenie ofert. W tym znaczeniu tak określone kryterium doświadczenia należało uznać za zgodne z zasadami określonymi w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Rozstrzygnięcia wymagała kwestia, czy tak określone kryterium stanowiło wyraz nieuzasadnionego preferowania wybranych wykonawców. W ocenie Izby brak jest podstaw do takiej oceny.

Po pierwsze nie ma podstaw do uznania, że Zamawiający przyjął tak zróżnicowane kryterium doświadczenia i sposób przyznawania punktów pod wpływem analizy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jak bowiem wynika ze złożonego przez Zamawiającego wniosku na posiedzenie Zarządu z dnia 24 sierpnia 2015 r., Zamawiający jeszcze przed wszczęciem przedmiotowego postępowania zdecydował się oceniać oferty z uwzględnieniem kryterium doświadczenia w świadczeniu usług windykacji należności na rzecz podmiotów prowadzących działalność w zakresie publicznego transportu zbiorowego.

Po drugie, przyjęte przez Zamawiającego rozróżnienie doświadczenia i zróżnicowanie punktacji ma oparcie w obiektywnie uzasadnionych potrzebach Zamawiającego. Zamawiający uzasadnił przyjęcie takich kryteriów wskazując na specyfikę windykacji należności podmiotów prowadzących działalność w zakresie publicznego transportu zbiorowego (w szczególności fakt, że są to należności stwierdzone wezwaniami do zapłaty, które mają ograniczoną ilość danych dłużnika oraz cechuje je bardzo krótki okres przedawnienia). W ocenie Izby jest to uzasadnienie racjonalne i przekonujące. Zamawiający

miał prawo uznać, że ofertą korzystniejszą będzie oferta wykonawcy mającego doświadczenie w takim właśnie zakresie.

Należy również zauważyć, że Zamawiający określając takie kryteria oceny ofert i sposób przyznawania punktacji nie uniemożliwił innym wykonawcom (w tym Odwołującemu) udziału w postępowaniu. Ofertę może złożyć także wykonawca niemający doświadczenia w świadczeniu usług na rzecz podmiotów prowadzących działalność w zakresie publicznego transportu zbiorowego. Co więcej, taki wykonawca również otrzyma punkty za swoje doświadczenie, nabyte przez świadczenie usług na rzecz podmiotów prowadzących innego rodzaju działalność, z tym że liczba punktów przyznanych za takie doświadczenie będzie mniejsza. Fakt, że istnieją wykonawcy, dla których taki sposób punktacji jest mniej korzystny, nie przesądza sam w sobie o niedopuszczalności zastosowania takiego zróżnicowania. Dążenia wykonawcy do jak najkorzystniejszego dla siebie ukształtowania postanowień SIWZ nie korzystają z ochrony prawnej, jeżeli treść nadana przez Zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów. Zdaniem Izby w niniejszej sprawie nie można dopatrzeć się takiego naruszenia.

Nie sposób również uznać, że Zamawiający wyłączając z punktacji w ramach kryteriów oceny ofert doświadczenie udostępnione przez inne podmioty naruszył art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że *wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.* Powyższy przepis odnosi się do warunków udziału w postępowaniu i ich oceny, co należy odróżnić od kryteriów oceny ofert. O ile Zamawiający oceniając spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie może zabronić posiłkowania się cudzymi zasobami (a jedynie ma obowiązek ocenić prawidłowość i realność takiego udostępnienia), o tyle przepis art. 26 ust. 2b ustawy nie formułuje on po stronie zamawiającego żadnych obowiązków na etapie oceny ofert. Nie można Zamawiającemu czynić zarzutu z faktu niezastosowania art. 26 ust. 2b na tym etapie postępowania. Co więcej, wyłączenie z punktacji doświadczenia udostępnionego przez inne podmioty w ocenie Izby należy uznać za racjonalne. Uzasadnione jest bowiem stwierdzenie, że ofertą korzystniejszą jest oferta złożona przez podmiot legitymujący się własnym doświadczeniem, a nie doświadczeniem, którego udostępnienie zawsze obarczone jest w pewnym stopniu ryzykiem dotyczącym

realności jego przekazania czy wyegzekwowania od podmiotu trzeciego odpowiedzialności za udostępnienie zasobu.

2. Izba ustaliła, że zgodnie z § 3 ust. 1 lit b Projektu umowy (w brzmieniu obowiązującym w dacie wniesienia odwołania), do obowiązków wykonawcy należy w szczególności bieżący kontakt z dłużnikami (nie rzadziej niż raz w miesiącu) na każdym etapie windykacji, w tym prowadzenie negocjacji oraz uzyskiwanie pisemnych oświadczeń o uznaniu należności przez dłużnika oraz w uzasadnionych przypadkach zobowiązań dłużników do ratalnej spłaty należności.

W dniu 23 listopada 2015 r. Zamawiający, udzielając odpowiedzi na pyt. Nr 15 do SIWZ poinformował, że dokonuje zmiany § 3 ust. 1 lit b Projektu umowy, nadając mu brzmienie: bieżący kontakt z dłużnikami na każdym etapie windykacji, w tym prowadzenie negocjacji oraz uzyskiwanie pisemnych oświadczeń o uznaniu należności przez dłużnika oraz w uzasadnionych przypadkach zobowiązań dłużników do ratalnej spłaty należności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 58 Kc, który stanowi, że czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednio przepisy ustawy (§ 1) oraz że nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego (§ 2).

Zamawiający nie tylko nie przedstawił żadnego uzasadnienia nałożenia na wykonawców spornego obowiązku, ale przyznał podczas rozprawy, że było to bezpodstawne i mogło prowadzić do nękania dłużników, w związku z czym dokonał modyfikacji SIWZ. W związku z powyższym należało uznać zasadność przedmiotowego zarzutu, co jednak nie mogło to prowadzić do uwzględnienia odwołania, Zamawiający bowiem w dniu 23 listopada 2015 r. zmienił treść zaskarżonego postanowienia zgodnie z żądaniem odwołania. Zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, a stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Na moment zamknięcia rozprawy sporne postanowienie nie znajdowało się już w Projekcie umowy, co Izba musiała wziąć pod uwagę przy wyrokowaniu. Uznanie, że było ono niezgodne z przepisami, nie mogło prowadzić do uwzględnienia odwołania, bowiem naruszenie to – jako wyeliminowane przez Zamawiającego – nie może mieć wpływu na wynik postępowania.

3. Izba ustaliła, że zgodnie z § 15 ust. 2 projektu umowy, każda ze stron ma prawo rozwiązać umowę ze skutkiem natychmiastowym w razie rażącego naruszenia przez drugą stronę postanowień umowy i po uprzednim wezwaniu do usunięcia naruszenia w wyznaczonym terminie nie krótszym niż 7 dni od dnia doręczenia wezwania i bezskutecznym upływie tego terminu. Zgodnie z § 15 ust. 3, za rażące naruszenie postanowień umowy przez wykonawcę uważa się w szczególności:

- a) opóźnienie w przedstawieniu Raportu z obsługi za danym miesiącem o więcej niż 14 dni w stosunku do terminu wskazanego w § 7 ust. 1,
- b) nieprawidłowe w tym niezgodne z umową skalkulowanie Rozliczenia spłat w ramach Wykazu spłat, o którym mowa w § 3 ust. 3,
- c) dopuszczenie w toku windykacji należności do powstania należności zagrożonych, o których mowa w § 5 ust. 12, o łącznej wartości powyżej 10.000 zł dla całego okresu obowiązywania umowy,
- d) przetwarzania danych osobowych, o których mowa w § 12 ust. 3 niezgodnie z Umową,
- e) naruszenia obowiązku zachowania poufności, o którym mowa w § 13,
- f) nieprzystąpienie do realizacji umowy.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił, że takie zdefiniowanie pojęcia „rażącego naruszenia postanowień umowy” jest sprzeczne z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ Kc. Pierwszy z przywołanych przepisów stanowi, że do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej „umowami”, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z drugim z nich, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

W ocenie Izby Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, z jakim to przepisem ustawy jest sprzeczne zaskarżone postanowienie projektu umowy. Nie wykazał również, na czym miałyby polegać jego sprzeczność z naturą stosunku ani jakie zasady współżycia społecznego postanowienie to narusza. Odwołujący ograniczył się wyłącznie do stwierdzenia, że definicja rażącego naruszenia postanowień umowy obejmuje naruszenia błahę, z czym nie sposób się zgodzić. Trudno uznać za błahę np. naruszenie postanowień dotyczących przetwarzania danych osobowych, co może skutkować odpowiedzialnością na podstawie ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych. Również inne naruszenia przewidziane w § 15 ust. 3 Projektu umowy należy również uznać za istotne

z punktu widzenia Zamawiającego. Jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, Raport z obsługi, o którym mowa w § 15 ust. 3 lit. a jest podstawowym dokumentem powstającym w toku realizacji umowy, stanowiącym fundament sprawozdawczości o całym procesie windykacyjnym, a rzetelne i bezbłędne opracowanie tego dokumentu jest jednym z najważniejszych obowiązków wykonawcy. Podobnie dopuszczenie w toku windykacji należności do powstania należności zagrożonych o łącznej wartości powyżej 10.000 zł nie może być uznane za zdarzenie błahe, celem profesjonalnie prowadzonego procesu windykacji jest bowiem skuteczne doprowadzenie do spłaty należności i zapobieganie powstaniu sytuacji mogących skutkować brakiem ich wyegzekwowania. Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że rozwiązanie umowy może nastąpić dopiero po bezskutecznym wezwaniu wykonawcy do usunięcia naruszenia. Ten mechanizm, w ocenie Izby, zabezpiecza przed rozwiązaniem umowy z powodów nieistotnych, np. drobnych błędów w rozliczeniu spłat.

W związku z powyższym Izba nie dopatrzyła się podstaw do uwzględnienia przedmiotowego zarzutu.

4. Izba ustaliła, że zgodnie z § 16 ust. 1 Projektu umowy, wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty na rzecz Zamawiającego kar umownych w przypadkach i wysokości:

a) Za każdy przypadek niezłożenia przez wykonawcę:

- wezwania w terminie wskazanym w § 5 ust. 4 lub
- pozwu do sądu w terminie wskazanym w § 5 ust. 5 lub w terminie wskazanym w § 5 ust. 5 (w odniesieniu do należności uznanych za należności rekomendowane w trybie § 5 ust. 5,

w wysokości 0,01% maksymalnego wynagrodzenia brutto;

b) W przypadku opóźnienia wykonawcy w przedstawieniu raportu z obsługi w terminie wskazanym w § 7 ust. 1 – w wysokości 0,01% maksymalnego wynagrodzenia brutto za każdy dzień opóźnienia;

c) Za każdy przypadek niepoddania się przez wykonawcę (lub podmiot, którym wykonawca posługuje się w celu realizacji umowy) kontroli Zamawiającego w zakresie opisanym w § 7 ust. 6-8 umowy, w wysokości 0,05% maksymalnego wynagrodzenia brutto;

d) W przypadku przerwy w dostępie dla Zamawiającego do programu komputerowego lub innego rozwiązania informatycznego, o którym mowa w § 7 ust. 2, który umożliwi Koordynatorowi Zamawiającego lub osobie przez niego wyznaczonej możliwość stałego monitoringu (online) stanu windykacji poszczególnych należności, przekraczającej 3 dni, w wysokości 0,01% maksymalnego wynagrodzenia brutto za każdy dzień przerwy

(ponad te 3 dni), z wyjątkiem przypadków, gdy przerwa ta spowodowana jest okolicznościami leżącymi wyłącznie po stronie Zamawiającego (w tym awarię jego systemów teleinformatycznych);

- e) W przypadkach opóźnienia wykonawcy w zwrocie dokumentacji w terminach wskazanych w § 6 ust. 5 – w wysokości 0,01 % maksymalnego wynagrodzenia brutto za każdy dzień opóźnienia;
- f) W przypadku dopuszczenia w toku windykacji do powstania należności zagrożonej, o której mowa w § 5 ust. 12 – w wysokości odpowiadającej wartości tej należności pomniejszonej o kwotę wynagrodzenia wykonawcy przysługującego wykonawcy, gdyby należność została zapłacona w wyniku windykacji;
- g) W przypadku rozwiązania umowy przez Zamawiającego w trybie § 15 ust. 2 z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w wysokości 10% maksymalnego wynagrodzenia brutto;
- h) Za każdy przypadek naruszenia przez wykonawcę postanowień umowy dotyczących poufności lub ochrony danych osobowych – w wysokości 0,05% wartości maksymalnego wynagrodzenia.

Zgodnie z rozdziałem XI SIWZ cena oferty to maksymalne wynagrodzenie wyliczone z uwzględnieniem szacowanej wartości należności, które zostaną przekazane do obsługi w zakresie świadczenia usług windykacyjnych w ramach zamówienia podstawowego (53.363.500,00 zł). Zamawiający poinformował, że jest to szacowana wartość należności przyjęta dla celów wyliczenia, czy cena najkorzystniejszej oferty nie przekracza kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za rzeczywiste wykonanie usług, przy czym zamawiający zastrzega, że szacowana wartość należności, które Zamawiający przekaże do obsługi w zakresie świadczenia usług windykacyjnych wynosi 37.355.000,00 zł. Z kolei w rozdziale III SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) pkt 2 Zamawiający poinformował, że szacowana wartość należności, które Zamawiający przekaże do obsługi w zakresie świadczenia usług windykacyjnych zawiera się w przedziale od 37.355.000,00 zł do 53.363.500,00 zł.

Zdaniem Odwołującego takie określenie sposobu obliczenia i wysokości kar umownych stanowi przekroczenie granic swobody umów (art. 353¹ Kc) oraz narusza art. 483 § 1 Kc stanowiący, że *można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna)* oraz art. 484 § 2 Kc, zgodnie z którym *jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.*

W ocenie Izby nie sposób dopatrzeć się w § 16 ust. 1 Projektu umowy naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów Kc. Art. 483 § 1 Kc daje stronom możliwość zastrzeżenia w umowie kar umownych. Odwołujący oparł zarzuty na tezie, że ukształtowanie tych kar jest przejawem lepszej pozycji Zamawiającego. Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy, że ustawa przyznaje zamawiającym możliwość określenia istotnych postanowień przyszłej umowy i podania ich do wiadomości wykonawców, którzy akceptują te postanowienia przystępując do udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany jest podać w SIWZ istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Fakt skorzystania przez Zamawiającego z przyznanego ustawowo uprawnienia kształtowania treści umowy nie stanowi sam w sobie o przekroczeniu granic swobody umów w rozumieniu art. 353¹ Kc. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, aby tak określone kary umowne ograniczały konkurencję w postępowaniu, a dopiero wykazanie takiej okoliczności mogłoby być uznane za naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy. Z tych powodów określenie zarówno stawek kar umownych, jak i podstawy ich obliczania, a także nieokreślenie limitu kar dotyczących jednej wierzytelności nie może być uznane za naruszenie przepisów ustawy. Niezależnie od powyższego należy stwierdzić, że stawki kar umownych w zakresie objętym odwołaniem trudno uznać za wygórowane, a Odwołujący nie wskazał, do jakiego poziomu powinny być zmniejszone.

Nie sposób podzielić stanowiska Odwołującego o naruszeniu przez Zamawiającego art. 484 § 2 Kc. Przepis ten uprawnia stronę umowy do domagania się zmniejszenia kary umownej, co może nastąpić na etapie realizacji umowy, gdyż podstawą domagania się takiego zmniejszenia jest określony stopień wykonania zobowiązania. Podobnie domaganie się zmniejszenia kar umownych z powodu ich rażącego wygórowania może być realizowane po naliczeniu takich kar. Przepis ten nie może przesądzać o niezasadności zastrzeżenia określonych kar umownych w postanowieniach umowy.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy w stopniu mogącym mieć wpływ na wynik postępowania, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: