

Sygn. akt: KIO 1498/16

WYROK
z dnia 21 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska
Katarzyna Prowadzisz
Justyna Tomkowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 listopada 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 sierpnia 2016 r. przez wykonawcę **Oxygen Information Technology spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Józefowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wrocław we Wrocławiu**

przy udziale wykonawcy **RIDANGO AS. w Tallinie, Estonia**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Oxygen Information Technology spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Józefowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Oxygen Information Technology spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Józefowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Oxygen Information Technology spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Józefowie** na rzecz **Gminy Wrocław** kwotę 3 600 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

1

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

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt KIO 1498/16

Uzasadnienie

I. Gmina Wrocław (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „**Świadczenie usługi dystrybucji biletów komunikacji miejskiej**”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 27 lipca 2016 r., poz. 2016/S 146-264807 Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 11 sierpnia 2016 r. wykonawca Oxygen Information Technology spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych, poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób niepełny i utrudniający uczciwą konkurencję, co uzasadniał wskazując, że Zamawiający w postanowieniach OPZ i wymaganiach przedstawia wybiórczo i częściowo elementy rozwiązania technicznego oprogramowania do wykonywania transakcji płatniczych Kartami płatniczymi i Instrumentami płatniczymi Płatnika (Użytkownika) oraz częściowo

2

czynności składające się na Usługę płatniczą leżące po stronie Akceptanta (Odbiorcy) pomijając szereg czynności formalnych jak i rozwiązań technicznych wymaganych do uruchomienia usługi płatniczej a uregulowanych ustawą o usługach płatniczych. Zamówienie w szczególności nie specyfikuje obowiązków i wynikających z nich czynności spoczywających w Systemie płatności na Akceptancie (Odbiorcy, w szczególności Sprzedawcy), który zgodnie z ustawą zawiera z Agentem Rozliczeniowym Umowę o świadczenie usługi płatniczej, o której mowa w art. 3 ust. 1 pkt. 5 ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (t.j. Dz.U. z 2014 r. poz. 873, z późn. zm.). Należy podkreślić kluczowe uwarunkowanie dla przedmiotowego zamówienia gdzie Wykonawca pełni tylko techniczne czynności w ramach usługi dystrybucji biletów i nie wykonuje usługi przewozowej na rzecz Pasażerów i nie zawiera z nimi umowy przewozu zatem nie jest Sprzedawcą (któremu należy się zapłata za wykonaną usługę) a zatem i Odbiorcą w rozumieniu ustawy o usługach płatniczych. OPZ jak i Projekt Umowy (Załącznik nr 8 do SIWZ) nie określa kto i w jaki sposób będzie pełnił kluczowe role i czynności w Systemie płatności przewidziane ustawą oraz w ich kontekście jaki jest udział prac i odpowiedzialności, który Zamawiający chciałby powierzyć w ramach niniejszego zamówienia Wykonawcy. Dodatkowo Zamawiający powinien wskazać zamknięty i jasny katalog czynności składających się na usługę dystrybucji Biletów oraz powinien być wyspecyfikowany udział prac Wykonawcy (rozumianych jako czynności technicznych, w tym zakresu wymaganego do tego oprogramowania) jakie ma realizować na rzecz i w imieniu Zamawiającego tak, aby możliwe było dokonanie prawidłowej wyceny kosztów ich świadczenia oraz prac związanych z wykonaniem System korzystającego z usług Agenta rozliczeniowego;

- 2) art. 14 Prawa zamówień publicznych w z w. z art. 139 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zw. z naruszeniem art. 353 i Kodeksu cywilnego, art. 387 Kodeksu cywilnego, oraz w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia i sporządzenie wzoru umowy w sposób niepełny, niejednoznaczny, mało wyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności poprzez przerwienie na Wykonawcę niemożliwych do oszacowania ryzyk oraz narzucenia na Wykonawcę realizacji świadczeń niemożliwych.

Tak postawiony zarzut Odwołujący uzasadniał następująco. Zgodnie z przepisem art. 14 Prawa zamówień publicznych do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), o ile szczegółowe przepisy Prawa zamówień publicznych nie stanowią inaczej. Z kolei przepis art. 139 ust. 1

3

Prawa zamówień publicznych nakazuje Zamawiającemu do umów w sprawach zamówień publicznych stosować przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli dane przepisy Prawa zamówień publicznych nie stanowią inaczej. Zamawiający przygotowując wzór umowy powinien mieć na uwadze jego należyte sporządzenie z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji i jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podnosił, że w § 3 ust. 2 pkt 1 lit. i) Zamawiający określił zobowiązanie Wykonawcy do zaprojektowania, wdrożenia oraz uruchomienia Systemu URBANCARD Wrocławska Karta Miejska spełniającego wymagania określone w OPZ (załącznik nr 1 do Umowy), w tym obsługi kart URBANCARD wydanych przez poprzedniego operatora Systemu. Odwołujący wskazuje w tym miejscu, że Zamawiający formułując zobowiązanie Wykonawcy

do obsługi kart URBANCARD wydanych przez poprzedniego operatora Systemu naruszył zasadę uczciwej konkurencji i zawarł świadczenie niemożliwe w opublikowanym wzorze umowy, bowiem przy zobowiązaniu tym nie określił żadnych szczegółów technicznych Systemu obsługi kart URBANCARD poprzedniego operatora. Tym samym, wybrany Wykonawca realizując umowę napotka trudności techniczne związane ze specyfikacją kart URBANCARD poprzedniego operatora.

Zamawiający z kolei w § 3 ust. 2 pkt 3 wzoru umowy zawarł zobowiązanie Wykonawcy do umożliwienia na żądanie Zamawiającego przystosowania Systemu do obsługi przy pomocy URBANCARD EP funkcjonalności innych niż związane z sprzedażą Biletów. Odwołujący podnosi, że takie zobowiązanie narusza uczciwą konkurencję, jest niedookreślone, stanowi nadużycie prawa i w konsekwencji zawiera zobowiązanie niemożliwe. Ponadto, Zamawiający nie określił szczegółowo zasad współpracy pomiędzy Stronami, na jakich nastąpi przystosowanie Systemu w tym trybie.
pomiędzy Stronami"

Zamawiający w § 3 ust. 2 pkt 5 wzoru umowy (Załącznik nr 8 do SIWZ) zawarł zobowiązanie Wykonawcy do utrzymywania Biletów przypisanych do dedykowanej karty URBANCARD wydanej przez poprzedniego operatora Systemu przez okres ich ważności. Odwołujący wskazuje, że wskazane zobowiązania jest podobne w skutkach jak kwestionowane w zarzucie nr 1 dotyczącym wzoru umowy (Załącznika nr 8 do SIWZ). Takie zobowiązanie w praktyce będzie niemożliwe do realizacji przez Wykonawcę lub będzie przyczyną opóźnień w realizacji zamówienia. Zamawiający ani w SIWZ ani w załącznikach do wzoru umowy, nie opublikował szczegółów technicznych dotyczących kart URBANCARD wydanych przez poprzedniego operatora Systemu. Potencjalny Wykonawcy musi mieć pełną wiedzę o tych szczegółach, aby należycie skalkulować swoją ofertę i ocenić wszelkie ryzyka.

4

Zamawiający w § 3 ust. 2 pkt 15 wzoru umowy (Załącznik nr 8 do SIWZ) zawarł zobowiązanie Wykonawcy do wykonania czynności związanych z zakończeniem świadczenia usług, m.in. do zdemontowania urządzeń. Odwołujący podnosi, że Zamawiający określił zakres tych zobowiązań w sposób niepełny i niedookreślony, albowiem użył pojęcia „itp.”, tym samym potencjalny Wykonawca nie ma pełnej wiedzy jaki zakres czynności będzie spoczywać na nim w końcowej fazie świadczenia usługi.

Zamawiający w § 4 ust. 2 wzoru umowy zawarł następujące postanowienie:
„2. W przypadku wytworzenia przez Wykonawcę, w wyniku realizacji Umowy, programów komputerowych wchodzących w skład oprogramowania Systemu (oprogramowanie dedykowane) Wykonawca udziela Zamawiającemu nieograniczonej czasowo i terytorialnie licencji uprawniającej do korzystania z tych programów komputerowych i ich dokumentacji, z dniem uruchomienia Systemu lub odpowiednio z dniem wprowadzenia modyfikacji w oprogramowaniu dedykowanym w zakresie i na polach eksploatacji określonych w ust. 3.”
Odwołujący zwraca uwagę na wyżej wymienione podkreślenia w § 4 ust. 2 Załącznika nr 8 do SIWZ. Skutkiem utrzymania takiego brzmienia wzoru umowy, będzie nabycie uprawnienia (licencji) przez Zamawiającego do Systemu z dniem jego uruchomienia lub z dniem wprowadzenia modyfikacji. Utrzymanie w mocy takiego momentu udzielenia licencji na oprogramowanie dedykowane będzie rażąco niesprawiedliwe dla Wykonawcy i stanowić będzie nadużycie przysługujących Zamawiającemu praw podmiotowych. Odwołujący zwraca uwagę, że praktyce obrotu gospodarczego, w przypadku wytworzenia oprogramowania dedykowanego, za moment udzielenia licencji strony ustalają moment podpisania protokołu uruchomienia takiego oprogramowania.

Zamawiający w § 4 ust. 3 pkt 2 lit. c) Załącznika nr 8 do SIWZ wskazał, że licencja na program komputerowy ma dać mu prawo do tłumaczenia, przystosowania, zmiany układu lub wprowadzenia jakichkolwiek innych zmian w programie komputerowym. Tak określone uprawnienie (pole eksploatacja) oznacza przyznanie Zamawiającemu prawa do ingerencji w kod źródłowy programu komputerowego. Jeżeli do przygotowanie elementów Systemu zostanie użyte tzw. oprogramowanie standardowe (firm trzecich) spełnienie takiego warunku będzie niemożliwe (świadczenie niemożliwe).

Zamawiający w § 4 ust. 4 Załącznika nr 8 do SIWZ określił, że udzielona licencja, o której mowa w § 4 ust. 2 wzoru umowy, nie podlega wypowiedzeniu, chyba że zostałyby naruszone przez Zamawiającego prawa autorskie Wykonawcy. Wskazane postanowienie jest sprzeczne z art. 68 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach

pokrewnych (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 666, z późn. zm.) i z art. 365 § 1 Kc.

Przepis art. 68 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych stanowi, że jeżeli umowa nie stanowi inaczej, a licencji udzielono na czas nieoznaczony, twórca może ją

5

wypowiedzieć z zachowaniem terminów umownych, a w ich braku na rok naprzód, na koniec roku kalendarzowego.

Zgodnie z przepisem art. 365 § 1 Kodeksu cywilnego „Zobowiązanie bezterminowe o charakterze ciągłym wygasa po wypowiedzeniu przez dłużnika lub wierzyciela z zachowaniem terminów umownych, ustawowych lub zwyczajowych, a w razie braku takich terminów niezwłocznie po wypowiedzeniu”.

W poglądach doktryny dotyczących art. 68 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych jest jasno wyrażony pogląd, że umowa licencyjna może być wypowiedziana jak każda umowa o charakterze ciągłym (Prawo Autorskie, System Prawa Prywatnego tom 13, red. prof. dr hab. Janusz Barta, 2013, C.H. Beck).

Zamawiający w Załączniku nr 8 do SIWZ (§ 6 ust. 1) określił sposób płatności za zrealizowane dostawy i świadczone przez Wykonawcę usługi jako prowizję (wskazaną w formularzu ofertowym) liczoną od wartości netto wszystkich sprzedanych przez Wykonawcę biletów powiększoną o należyty podatek od towarów i usług (VAT). Odwołujący przypomina, że przedmiot Umowy określony w § 1 Umowy jest dość szeroki i jego realizacja dzieli się na dwa etapy:

- 1) Etap I obejmujący okres od dnia podpisania Umowy do dnia uruchomienia Systemu,
- 2) Etap II obejmujący okres od dnia uruchomienia Systemu do dnia zakończenia świadczenia usług.

W zakres Etapu 1 wchodzi wykonanie, instalacja i dostawa następujących elementów Systemu:

- 1) System Centralny
- 2) Automaty Biletowe
- 3) Kasowniki
- 4) Aplikacja Mobilna
- 5) Strona WWW
- 6) Czytniki Kontrolerskie
- 7) Biura Obsługi Klienta
- 8) Punkty Sprzedaży Biletów
- 9) Stanowiska Analizy Danych oraz Stanowiska Obsługi Kontrolerów

Natomiast w zakres Etapu II wchodzi usługa dystrybucji biletów szczegółowo określona w Załączniku nr 8 do SIWZ i w OPZ.

Odwołujący podnosił, że zakres usługi i dostaw przewidzianych do wykonania w ramach Etapu I, przy założeniu utrzymania modelu płatności określonego w § 6 ust. 1 Umowy, wymaga de facto kredytowania tych prac, bowiem trudno na etapie kalkulacji ofertowej oszacować po jakim okresie czasu otrzymywana prowizja pokryje środki finansowe poniesione przez Wykonawcę na realizację Etapu I. Wykonawca nie wie i nie jest w stanie określić jakie będą

6

orientacyjne wpływy prowizji, mając na uwadze długi okres realizacji umowy. Ponadto taki model płatności może nawet doprowadzić do utraty płynności Wykonawcy, w sytuacji niezyskania dobrych warunków kredytowania prac z Etapu I od instytucji finansowych lub dostawców urządzeń, jeżeli miesięczna prowizja będzie niższa niż szacowana przez Wykonawcę przy kalkulacji oferty.

W § 7 ust. 3 wzoru umowy, Zamawiający wpisał zobowiązane sprzeczne z aktualnie obowiązującymi przepisami prawa podatkowego, dotyczącymi elementów faktury. Za sprzeczne należy uznać wymóg Zamawiającego do wpisywania na fakturze przez Wykonawcę danych jej wystawcy. Żaden przepis prawa podatkowego nie dopuszcza takiej sytuacji, aby na fakturze umieszczać dane jej wystawcy (np. podmiotu zewnętrznego).

Odwołujący podnosi, że Zamawiający w § 7 ust. 8 pkt 9 wzoru umowy umieścił świadczenie niemożliwe do spełnienia i sprzeczne z przepisami prawa podatkowego. Mianowicie kwestionowany punkt nakłada na Wykonawcę wdrożenie i użytkowanie

oprogramowania stanowiącego element Systemu, które realizuje funkcjonalność polegającą na generowaniu plików „JPK” (Jednolity Plik Kontrolny) i przekazywaniu ich drogą elektroniczną. Odwołujący wskazuje, że zobowiązanie to jest niemożliwe do spełnienia, bowiem Wykonawca ma przygotować system do obsługi procesu fakturowania, a Jednolity Plik Kontrolny zawiera również inne księgi podatkowe, do których prowadzenia zobowiązany jest Zamawiający, a do którego dostępu nie ma Wykonawca. Natomiast w ust. 9 wymienionego paragrafu, Zamawiający zawarł kolejne świadczenie niemożliwe, polegające na zobowiązaniu Wykonawcy do przekazywania zestawień faktur VAT z podziałem na moment podatkowy (w wersji elektronicznej i papierowej oraz pliki JPK - Jednolite Pliki Kontrolne), co z przyczyn wymienionych powyżej jest niemożliwe do realizacji.

Zamawiający w § 6 ust. 9 Załącznika nr 8 do SIWZ określił, że wynagrodzenie prowizyjne Wykonawcy, będzie płatne za każdy miesiąc kalendarzowy, w terminie 30 dni kalendarzowych od daty doręczenia faktury VAT wystawionej po zakończeniu miesiąca kalendarzowego. Tak określony sposób i długi termin płatności wynagrodzenia Wykonawcy, zważywszy na obowiązek przekazywania Zamawiającemu przez Wykonawcę wpływów z biletów w czterech (4) cyklach w danym miesiącu, jest rażąco niesprawiedliwe i stanowi nadużycie prawa podmiotowego przez Zamawiającego, bowiem oznacza, że Wykonawca otrzyma należną prowizję w praktyce po prawie dwóch miesiącach od przekazania pierwszej transzy za dany miesiąc (okres od 01-go do 7-go dnia miesiąca).

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że w § 6 ust. 11 zdanie drugie Załącznika nr 8 do SIWZ wprowadził rażącą dysproporcję, nieuzasadnioną w żaden obiektywny sposób, pomiędzy terminami zwrotów środków w przypadku:

7

a) nadpłaty - Zamawiający jest zobowiązany do zwrotu kwoty nadpłaty w ciągu 10 dni kalendarzowych od dnia otrzymania raportu miesięcznego różnicowego, na rachunek wskazany przez Wykonawcę,

b) niedopłaty - Wykonawca zobowiązany jest do dokonania wpłaty brakującej kwoty w ciągu 5 dni kalendarzowych od dnia otrzymania raportu miesięcznego różnicowego na rachunek Zamawiającego.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że w § 9 ust. 6 Załącznika nr 8 do SIWZ określił zobowiązania Wykonawcy do realizacji czynności związanych z zakończeniem świadczenia usługi. Odwołujący wskazuje, że sposób w jaki Zamawiający określił zakres takich czynności (użycie zwrotu „itp.”) wprowadza katalog otwarty zakresu prac przewidzianych dla Wykonawcy, których nie jest w stanie w pełni wszystkich przewidzieć i prawidłowo skalkulować w swojej ofercie.

Zamawiający w § 11 ust. 3 Załącznika nr 8 do SIWZ określił, że w skład Komitetu Sterującego wejdą co najmniej:

- 1] Przewodniczący - przedstawiciel Zamawiającego,
- 2] Kierownik Projektu - osoba wskazana w ofercie Wykonawcy,
- 3] Specjalista ds. Jakości - osoba wskazana w ofercie Wykonawcy,
- 4] Specjalista ds. Sieci - osoba wskazana w ofercie Wykonawcy,
- 5] Specjalista ds. modelowania procesów biznesowych - osoba wskazana w ofercie Wykonawcy,
- 6] Członkowie Komitetu z ramienia Zamawiającego.

Wykonawca zarzuca, że Zamawiający w § 11 ust. 3 pkt 6 Załącznika nr 8 do SIWZ nie określił maksymalnej liczby osób delegowanych przez niego do pełnienia funkcji „Członków Komitetu”. Wskutek utrzymania w mocy takiego punktu, dojdzie do sytuacji, że Zamawiający powoła do pełnienia funkcji „Członków Komitetu” znaczną liczbę osób, przekraczającą liczbę reprezentantów Wykonawcy tj. cztery (4) osoby. Komitet Sterujący podejmuje kluczowe decyzje dotyczące realizacji umowy i posiadanie przez Zamawiającego przedstawicieli w liczbie przekraczającej przedstawicieli Wykonawcy doprowadzi do rażącej dysproporcji i przegłosowywania wszystkich sporów na korzyść Zamawiającego.

Sytuacja analogiczna jak powyżej określona występuje w tym samym paragrafie (§ 11), a mianowicie w ust. 8 pkt 4, który dotyczy liczby osób delegowanych przez Zamawiającego do pełnienia funkcji w Komitecie Wdrożeniowym jako Członkowie Komitetu. Aktualne brzmienie § 11 ust. 8 pkt 4 wzoru umowy daje prawo Zamawiającemu do powołania nieokreślonej liczby do pełnienia funkcji Członków Komitetu, tym samym dojdzie do sytuacji, gdzie kwestie sporne będą przegłosowywane na korzyść Zamawiającego. Odwołujący przypomina, że Komitet

do wspólnej realizacji Umowy, co ma istotny wpływ na termin i sposób realizacji Umowy w Etapie I.

Ponadto Odwołujący zwraca uwagę na kwalifikację winy potencjalnego Wykonawcy, od której wystąpienia uzależnione jest prawo Zamawiającego do naliczenia kary umownej za opóźnienie Wykonawcy w realizacji konkretnych czynności. Zamawiający w § 13 ust. 3 pkt 1, 2, 4, 5 Załącznika nr 8 do SIWZ wprowadził pojęcie „opóźnienia”, a więc tzw. kwalifikowaną winę Wykonawcy skutkującą tym, że ponosi odpowiedzialność za zdarzenia nawet niezależne od niego. Takie ujęcie winy Wykonawcy powoduje, że jego ryzyko kontraktowe bardzo wzrasta w połączeniu z nieograniczoną odpowiedzialnością odszkodowawczą wynikającą z § 13 ust. 11 Załącznika nr 8 do SIWZ.

Odwołujący zwraca uwagę, że Zamawiający w § 13 ust. 4 wprowadził obowiązek zwrotu przez Wykonawcę jakichkolwiek kar, opłat lub innych obciążeń w związku z naruszeniem przepisów o ochronie danych osobowych, oraz do dodatkowo zapłaty kary umownej w wysokości 25.000,00 zł za każdy stwierdzony przypadek. Po pierwsze Odwołujący zarzuca, że kwestionowane postanowienie to podwójne karanie Wykonawcy, bowiem będzie musiał zwrócić Zamawiającemu nałożone na niego kary, opłaty lub inne obciążenia w związku z naruszeniem przepisów o ochronie danych osobowych plus zapłacić karę umowną w kwocie 25.000,00 zł, czyli de facto Zamawiający może osiągnąć z tego tytułu przychód, jeżeli kary lub opłaty są dużo niższe niż zastrzeżona kara umowna. Po drugie, zastrzeżona kara umowna (25.000,00 zł) może być rażąco wygórowana, bowiem może się okazać, że nałożone na Zamawiającego kary, opłaty lub inne obciążenia związane z naruszeniem przez Wykonawcę przepisów o ochronie danych osobowych, będą znacznie niższe niż zastrzeżona kara umowna. Odwołujący przypomina, że zgodnie z art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Tym samym, Zamawiający nakładając na Wykonawcę obowiązek zwrotu nałożonych na Zamawiającego kar lub opłat plus dodatkowo obowiązek zapłaty kary umownej, prowadzi do naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego.

Zamawiający w § 13 ust. 11 Załącznika nr 8 do SIWZ zastrzegł sobie prawo do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych Kodeksu cywilnego, jeżeli wartość powstałej szkody przekroczy wysokość kary umownej. Takie zastrzeżenie powoduje de facto, że Wykonawca może ponosić nieograniczoną odpowiedzialność majątkową wobec Zamawiającego jak i dochodzić odszkodowania nie tylko za szkody bezpośrednie, ale również za utracone korzyści. Przy takim określeniu odpowiedzialności Wykonawcy, bez górnej granicy, potencjalny Wykonawca nie jest w stanie należycie oszacować podejmowanego ryzyka i prawidłowo skalkulować oferty. Ponadto, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w dokumencie pn. „Analiza dobrych praktyk w zakresie realizacji umów

IT, ze szczególnym uwzględnieniem specyfiki projektów informatycznych 7 osi priorytetowej PO IG” na stronie 54 postuluje, aby ograniczać odpowiedzialność kontraktową Wykonawców do wartości przedmiotu umowy (tzn. maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy). Zastosowanie przez Zamawiającego reguł wprowadzających nieograniczoną odpowiedzialność Wykonawców, bez wątpienia niepotrzebnie przełoży się także na znaczny wzrost kosztów danego projektu. Spowodowane jest to tym, że Wykonawcy, którzy w danym przypadku zdecydują się na złożenie oferty w postępowaniu, niewspółmiernie zwiększą cenę swojej oferty w celu pokrycia wszystkich swoich potencjalnych ryzyk.

Odwołujący zarzuca, że sposób sformułowania uprawnienia do odstąpienia od Umowy przez Wykonawcy z uwagi na zwłokę Zamawiającego w płatności, stanowi nadużycie prawa przez Zamawiającego i nie niewspółmiernie do uprawnień do odstąpienia od Umowy zastrzeżonych na rzecz Zamawiającego. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z § 19 ust. 6 Załącznika nr 8 do SIWZ Wykonawca jest uprawniony do odstąpienia od Umowy, jeżeli Zamawiający nie zapłacił w terminie za fakturę wystawioną zgodnie z postanowieniami Umowy oraz nie dokonał płatności w dodatkowym co najmniej 40-dniowym terminie wyznaczonym mu

przez Wykonawcę. Wykonawca jest uprawniony do odstąpienia od Umowy w terminie 7 dni od upływu dodatkowego terminu, o którym mowa w zdaniu powyżej. Sformułowanie uprawnienia dla Wykonawcy do odstąpienia od Umowy w przypadku zwłoki Zamawiającego w płatności w sposób przedstawiony powyżej powoduje, że potencjalny Wykonawca będzie mógł odstąpić od Umowy jeżeli Zamawiający nie ureguluje należnego mu wynagrodzenia po upływie 77 dni. Przez tak długi okres czasu, Wykonawca będzie musiał samodzielnie finansować świadczenie usługi i może ponieść z tego tytułu jeszcze większe szkody (np. odsetki naliczone przez podwykonawców).

W konsekwencji Odwołujący wnoszą o uwzględnienie odwołania i:

1) zobowiązanie Zamawiającego do zmiany Opisu Przedmiotu Zamówienia, polegającej na jego modyfikacji, aby zawarte w nim postanowienia czyniły zadość wymaganiom przedstawionym w przepisie art. 29 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych, a mianowicie poprzez zobowiązanie Zamawiającego do dokonania następujących zmian:

a) OPZ w ust. 1.2 pkt 12 poprzez nadanie brzmienia:

„12. Agent rozliczeniowy - podmiot lub instytucja w rozumieniu przepisu art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (t.j. Dz.U. z 2014 r. poz. 873, z późn. zm.)”,

b) OPZ ust. 2.3 poprzez nadanie brzmienia:

„Niezależnie od realizacji Systemu i usług wskazanych w punkcie 2.2 Zamawiający wymaga od Wykonawcy takiego przygotowania Systemu oraz sposobu świadczenia Usług, aby realizować jednocześnie wymienione poniżej cele, o ile nie zostało wyraźnie wskazane, że spoczywają na Zamawiającym:”

10

c) OPZ ust. 2.3 pkt 2.3.4 poprzez nadanie brzmienia:

„2.3.4 Zamawiający ponosi wszelkich opłat związanych z transmisją danych do / z Systemu Centralnego, Agenta Rozliczeniowego”

d) OPZ ust. 2.3 pkt 2.3.5 poprzez nadanie brzmienia:

„2.3.5 Na Zamawiającym spoczywa obowiązek ponoszenia wszelkich opłat związanych z obsługą transakcji kartami płatniczymi oraz obsługą płatności internetowych”

e) OPZ ust. 2.3 pkt 2.3.11 poprzez nadanie brzmienia:

„2.3.11 Na Zamawiającym spoczywa zapewnienie, by wszystkie elementy Systemu w bezpieczny sposób mogły obsłużyć Zbliżeniowe Karty Płatnicze w zakresie zakupu biletów jednorazowych/czasowych oraz ich kontroli i obsługi reklamacji. Bezpieczeństwo to określa się na poziomie wyznaczonym przez standardy bezpieczeństwa wymagane dla kart płatniczych, czyli spełniające normę PCI DSS”

f) OPZ ust. 4.1 pkt 4.1.4 lit. e) poprzez nadanie brzmienia:

„4.1.4 e) komunikację Automatów z Systemem Centralnym”

g) OPZ ust. 4.2 pkt 4.2.12 poprzez nadanie brzmienia:

„4.2.1 Automat musi zapewniać komunikację z Systemem Centralnym w sposób umożliwiający prawidłową realizację Usługi.”

h) OPZ ust. 6.2 pkt 6.2.8 poprzez nadanie brzmienia:

„6.2.8 System Centralny będzie wspierał obsługę kart bankowych / innych kart wskazanych przez Zamawiającego celem wykorzystania ich w charakterze identyfikatorów biletu okresowego w przypadku zapewnienia przez te karty standardu technologicznego i umożliwi dopisanie tych kart do bazy danych”.

i) wykreślenia z OPZ ust. 3.2 pkt 3.2.7,

j) zobowiązanie Zamawiającego do dołączenia do OPZ warunków umowy zawartej przez niego z Agentem rozliczeniowym, realizującym usługi autoryzacji transakcji płatniczych celem przeprowadzenia płatności kartami płatniczymi i przelewami internetowymi w tym weryfikacji limitów i zastrzeżeń kart płatniczych i rachunków bankowych.

2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w Załączniku nr 8 do SIWZ (wzór umowy) w następujący sposób:

a) zmiana brzmienia § 3 ust. 2 pkt 1 lit. i):

„2. Wykonawca zobowiązuje się do świadczenia usług dystrybucji Biletów poprzez System Wykonawcy, co obejmuje w szczególności:

1) zaprojektowanie, wdrożenie oraz uruchomienie Systemu URBANCARD Wroclawska Karta Miejska spełniającego wymagania określone w OPZ (załącznik nr 1 do Umowy), w tym w szczególności do zapewnienia:

-
- i) obsługi kart URBANCARD wydanych przez poprzedniego operatora Systemu, których specyfikacja techniczna określona jest w załączniku nr 6 do Umowy,"
- b) zmiana brzmienia § 21 pkt 4 poprzez dodanie: ..
„Załącznik nr 6 - Specyfikacja techniczna kart URBANCARD wydanych przez poprzedniego operatora Systemu."
- c) zmiany brzmienia § 3 ust. 2 pkt 3 poprzez jego wykreślenie albo dookreślenie poprzez enumeratywne określenie dodatkowych funkcjonalności Systemu i jego zmianę w następujący sposób:
„3) umożliwienie na żądanie Zamawiającego przystosowywania Systemu do obsługi przy pomocy URBANCARD EP funkcjonalności innych niż związane z sprzedażą Biletów, na warunkach określonych w odrębnych porozumieniach zawartych pomiędzy Stronami."
- d] zmiana brzmienia § 3 ust. 2 pkt 5:
„5) utrzymanie Biletów przypisanych do dedykowanej karty URBANCARD wydanej przez operatora Systemu, których specyfikacja techniczna określona jest poprzedniego w Załączniku nr 6 do Umowy, przez okres ich ważności;"
- e] zmiana brzmienia § 3 ust. 2 pkt 15:
„15) wykonanie czynności związanych z zakończeniem świadczenia usług, zdemontowania Urządzeń systemu, a)
przywrócenia stanu poprzedniego miejsc b)
c) instalacji Urządzeń,
d) likwidacji Biur Obsługi Klienta,
e)
f)
g) "
- f) zmiana brzmienia § 4 ust. 2:
„2. W przypadku wytworzenia przez Wykonawcę, w wyniku realizacji Umowy, programów wchodzących w skład oprogramowania Systemu (oprogramowanie komputerowych dedykowane) *Wykonawca udziela Zamawiającemu nieograniczonej czasowo i terytorialnie licencji* uprawniającej do korzystania z tych programów komputerowych i ich dokumentacji, z dniem podpisania przez Strony Protokołu gotowości Systemu do uruchomienia, o którym mowa w § 10 ust. 11 Umowy, lub odpowiednio z dniem podpisania przez Strony protokołu wprowadzenia modyfikacji w oprogramowaniu dedykowanym w zakresie i na polach eksploatacji określonych w ust. 3."
- g) zmiana brzmienia § 4 ust. 3 pkt 2 lit. c):
„c) tłumaczenie, przystosowywanie, zmiany układu oraz wprowadzanie jakichkolwiek innych zmian w programie komputerowym - tylko w przypadku oprogramowania dedykowanego"

-
- h] wykreślenie § 4 ust. 4,
- i) zmiana brzmienia § 6 ust. 3 poprzez oznaczenie dotychczasowych ust. 1-17 odpowiednio jako 2-18 i dodanie nowego ust. 1 o następującym brzmieniu, oraz o modyfikację formularza ofertowego poprzez dodanie pozycji wynagrodzenia za realizację Etapu I:
„1. Wynagrodzenie Wykonawcy za realizację Etapu I wynosi zł brutto i płatne będzie w terminie 30 dni od dnia otrzymania przez Zamawiającego faktury prawidłowo wystawionej przez Wykonawcę. Podstawą do wystawienia faktury przez Wykonawcę jest protokół odbioru Etapu I podpisany przez Zamawiającego bez uwag."
- j) zmiana brzmienia § 6 ust. 9:
„9. Wynagrodzenie prowizyjne Wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 niniejszego paragrafu, będzie płatne za każdy miesiąc kalendarzowy, w terminie 7 dni kalendarzowych od daty doręczenia faktury VAT wystawionej po zakończeniu miesiąca kalendarzowego, przelewem na rachunek bankowy Wykonawcy wskazany na fakturze. Za dzień zapłaty Strony uznają datę obciążenia rachunku Zamawiającego."
- k] zmiana brzmienia § 6 ust. 11 zdanie drugie:
„(...) W przypadku, gdy w wyniku korekty okaże się, że Wykonawca dokonał nadpłaty, Zamawiający jest zobowiązany do zwrotu kwoty nadpłaty w ciągu 5 dni kalendarzowych od dnia otrzymania raportu miesięcznego różnicowego, na rachunek wskazany przez

Wykonawcę. W przypadku, gdy w wyniku korekty okaże się, że Wykonawca nie dokonał wpłaty w pełnej wysokości, Wykonawca zobowiązany jest do dokonania wpłaty brakującej kwoty w ciągu 5 dni kalendarzowych od dnia otrzymania raportu miesięcznego różnicowego na rachunek Zamawiającego."

l) zmiana brzmienia § 7 ust. 3:

„3. Faktury VAT będą zawierać dane wymagane przez właściwe przepisy prawa, a mianowicie dane Sprzedawcy to jest Gminy Wrocław oraz dane Nabywcy. Faktura VAT dokumentująca nabycie przez pasażera biletu okresowego będzie ponadto zawierać rodzaj i wartość biletu."

m) wykreślenie § 7 ust. 8 pkt 9 oraz § 7 ust. 9;

n) zmiana brzmienia § 9 ust. 6:

„6. W okresie przejściowym Wykonawca zobowiązany jest do:

zdemontowania Urządzeń wraz z ewentualnymi stelażami lub fundamentami, a)

pozostawienia miejsc instalowania Urządzeń do stanu pierwotnego, b)

..... , c)

..... d)

..... " e)

o) zmiana brzmienia § 11 ust. 3 pkt 6:

„6) Członkowie Komitetu z ramienia Zamawiającego w liczbie nie większej niż trzy osoby."

13

p) zmiana brzmienia § 11 ust. 8 pkt 4:

„4) Członkowie Komitetu z ramienia Zamawiającego w liczbie nie większej niż dwie osoby."

q) zmiana brzmienia § 13 ust. 3 pkt 1, 2,4, 5 poprzez wykreślenia pojęcia „opóźnienia"

i zastąpieniem go pojęciem „zwłoki",

r) zmiana brzmienia § 13 ust. 4:

„4. W przypadku gdy w związku z działaniem lub zaniechaniem Wykonawcy na Zamawiającego zostaną nałożone jakiegokolwiek kary, opłaty lub inne obciążenia w związku z naruszeniem przepisów o ochronie danych osobowych, Wykonawca obowiązany jest do zwrotu kwoty odpowiadającej nałożonej karze, opłacie lub innemu obciążeniu."

s) zmiana brzmienia § 13 ust. 11:

„11. Strony zastrzegają sobie prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych Kodeksu Cywilnego, jeżeli wartość powstałej szkody przekroczy wysokość kary umownej, z zastrzeżeniem, że odszkodowanie uzupełniające nie może przekroczyć maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy określonego w formularzu ofertowym."

t) zmiana brzmienia § 19 pkt 6:

„6) Wykonawca jest uprawniony do odstąpienia od Umowy, jeżeli Zamawiający nie zapłacił w terminie za fakturę wystawioną zgodnie z postanowieniami Umowy oraz nie dokonał płatności w dodatkowym co najmniej 7-dniowym terminie wyznaczonym mu przez Wykonawcę. Wykonawca jest uprawniony do odstąpienia od Umowy po bezskutecznym upływie dodatkowego terminu, o którym mowa w zdaniu poprzednim."

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpił wykonawca RIDANGO A.S. w Tallinie, Estonia.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie wnosił o jego oddalenie w całości.

Ustosunkowując się do zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający podawał, co następuje. Zarzut dotyczy braku wskazania w Opisie Przedmiotu Zamówienia - dokumencie stanowiącym załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej OPZ) oraz projekcie Umowy ról i czynności wykonywanych przez strony umowy w zakresie obsługi kart płatniczych.

Na wstępie wyjaśniał, że przedmiotem zamówienia jest usługa dystrybucji biletów komunikacji miejskiej we Wrocławiu. Zamawiający wymaga, aby wykonawca zaprojektował i wdrożył system do sprzedaży biletów, a następnie przy jego pomocy dystrybuował bilety przez okres wskazany w umowie. Na system składa się infrastruktura techniczna taka jak urządzenia pokładowe, kasowniki, terminale do sprzedaży biletów, czytniki kontrolerskie, automaty

14

biletowe wraz z niezbędnym oprogramowaniem pozwalającym na sprzedaż biletów oraz dokonywanie rozliczeń.

Jednym ze sposobów płatności za bilety jakie mają być udostępnione pasażerom jest płatność przy użyciu karty płatniczej. Zamawiający zakłada, że w ten sposób pasażer będzie mógł zapłacić za bilet w Automacie stacjonarnym (automaty będą zlokalizowane na terenie całego miasta), w Terminalu, który jest zainstalowany w punktach sprzedaży (sklepy, kioski itp.) oraz w Kasowniku (urządzenia zamontowane w pojazdach komunikacji zbiorowej). System ma umożliwiać również nabywanie biletów przez stronę internetową, przy płatności przelewem. Założeniem SIWZ jest, że za obsługę wszelkiego rodzaju płatności, w tym przy pomocy karty odpowiada wykonawca, który ma możliwość zaprojektowania systemu z zastosowaniem własnych rozwiązań technicznych i informatycznych.

Odwołujący powołując się na ustawę z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych, w sposób nieprawidłowy w ocenie Zamawiającego interpretuje definicję agenta rozliczeniowego, jaka została zawarta w pkt 1.2 ppkt 12 OPZ.

Zgodnie z art. 2 ust. 1a przywołanej ustawy o usługach płatniczych przez agenta rozliczeniowego rozumie się, dostawcę prowadzącego działalność w zakresie świadczenia usługi płatniczej, o której mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5. Przepisy art. 4 ust. 2 ustawy zaś wskazują, jakie podmioty mogą być dostawcą.

Art. 3 ust. 1 pkt. 5 ustawy o usługach płatniczych stanowi, że przez usługi płatnicze rozumie się działalność polegającą na umożliwianiu wykonania transakcji, zainicjowanych przez akceptanta lub za jego pośrednictwem, instrumentem płatniczym płatnika, w szczególności na obsłudze autoryzacji, przesyłaniu do wydawcy karty płatniczej lub systemów płatności zleceń płatniczych płatnika lub akceptanta, mających na celu przekazanie akceptantowi należnych mu środków, z wyłączeniem czynności polegających na jej rozliczaniu i rozrachunku w ramach systemu płatności w rozumieniu ustawy o ostateczności rozrachunku.

Nie jest więc możliwe wprowadzenie zmiany w zakresie definicji Agentu Rozliczeniowego jakiej domaga się Odwołujący, gdyż zmiana ta nie odpowiada przepisom ustawy o usługach płatniczych.

Zamawiający podkreślał, że nie zamawia usług płatniczych - jego wymaganiem jest zapewnienie możliwości zapłaty za nabywane bilety przez pasażerów - wymóg taki jest czytelny i nie jest niezbędne wskazywanie czynności jakie ma wykonać wykonawca, aby płatność taką zapewnić. W tej części odwołania oprócz ogólnego stwierdzenia, że wymagane jest wyspecyfikowanie takich czynności nie podano żadnej argumentacji z której wynikałoby, że określenie przedmiotu zamówienia w ten sposób utrudnia faktyczną identyfikację zakresu zobowiązania wykonawcy.

Analiza żądań podniesionych w odwołaniu skłania do wniosku, że rzeczywistym celem Odwołującego nie jest dookreślenie obowiązków wykonawcy, a przeniesienie części

obowiązków na zamawiającego. Obowiązki te tyczą się obsługi transakcji z agentem rozliczeniowym. Zgodnie z OPZ usługa dystrybucji biletów musi być realizowana w oparciu o urządzenia własne wykonawcy, w tym powierzone na czas trwania umowy pracownikom bądź osobom wskazanym przez zamawiającego (czytelniki kontrolerskie). Zamawiający nie ma wiedzy, jaką technologię dla realizacji zamówienia zastosuje wykonawca. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia poprzez wskazanie funkcji, jakie system ma realizować, nie narzucając jednakże wykonawcy technologii użytej do wykonania zamówienia, co pozwala na zastosowanie wielu rozwiązań i umożliwia szeroką konkurencję. To wykonawca dysponuje pełną wiedzą o stosowanej metodzie realizacji zamówienia i jest w stanie skalkulować koszty obsługi komunikacji, zgodnie z własną technologią, w sposób gwarantujący prawidłową realizację wymagań zamawiającego.

Przeniesienie obowiązku obsługi transakcji z agentem rozliczeniowym na zamawiającego, jest niemożliwe z kilku powodów. Zmiana Agentu Rozliczeniowego przez zamawiającego wiązałaby się z koniecznością wymiany (przeprogramowywania) przez wykonawcę wszystkich urządzeń obsługujących realizację płatności kartami płatniczymi i przelewami internetowymi, co w sposób oczywisty prowadziłoby do ponoszenia przez wykonawcę dodatkowych kosztów niemożliwych do oszacowania na etapie składania oferty.

Należy też zwrócić uwagę, że odpowiadając za współpracę z Agentem Rozliczeniowym każdy wykonawca ma możliwość optymalizowania kosztów poprzez prowadzenie bieżących negocjacji wysokości prowizji, a nawet - jeśli byłoby to uzasadnione ekonomicznie -

zaprojektowanie systemu w sposób umożliwiający płynną obsługę zmiany Agenta Rozliczeniowego na taki, który gwarantowałby korzystniejsze stawki opłat. Zamawiający oczekuje od wykonawcy, dostarczenia nie tylko urządzeń niezbędnych do realizacji zamówienia, ale również zapewnienia bezpieczeństwa ich użytkowania. Żądanie przejęcia przez zamawiającego odpowiedzialności za funkcjonowanie urządzeń wykonawcy, którymi ten przecież nie dysponuje jest sprzeczne z ogólnymi zasadami ponoszenia odpowiedzialności prawnej za ruch urządzeń. Co do zasady to wykonawca jest odpowiedzialny za skutki wynikające z działania urządzeń, których używa do wykonywania zamówienia.

W zakresie żądania wskazanego w pkt 1 lit. h) odwołania należy wskazać, że Odwołujący oczekuje od zamawiającego zmiany zapisu na identyczny jak ten, który obecnie występuje w OPZ.

W zakresie żądania wskazanego w pkt. 1 lit. i) Odwołania należy podnieść, że w uzasadnieniu odwołania nie wskazano żadnych argumentów merytorycznych przemawiających za wykreśleniem zapisu pkt 3.2.7 OPZ. Wymogi określone w tym punkcie nie mają też związku z pojęciem Agenta Rozliczeniowego.

16

Niezależnie od powyższego, podkreślić należy, że zgodnie z Prawem zamówień publicznych, to zamawiający dokonuje opisu przedmiotu zamówienia i on określa wymagania dla nabywanych dóbr lub usług. Odwołujący poza próbą zmuszenia zamawiającego do zmiany zastosowanej koncepcji, nie przedstawił żadnych argumentów potwierdzających, że wymagania zamawiającego w tym zakresie naruszają uczciwą konkurencję czy prowadzić mogą do nierównego traktowania wykonawców.

Odnosnie zarzutów dotyczących wzoru umowy, Zamawiający na wstępie przedstawiał kilka uwag o charakterze ogólnym.

Zgodnie z art. 139 ust. 1 Prawa zamówień publicznych do umów w sprawie zamówienia stosuje się przepisy kc, o ile przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Jak wynika z powyższego zamawiający korzysta ze swobody ukształtowania zapisów umowy, a jego działanie jest ograniczone jedynie przez przepisy bezwzględnie obowiązujące. Zgodnie z art. 353 § 1 k.c. strony mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego.

Odwołujący nie wykazał zdaniem Zamawiającego, aby zaproponowane zapisy umowy były niezgodne z naturą przyszłego stosunku prawnego, jego celem lub zasadami współżycia społecznego. W żadnym z punktów odwołania nie wskazano przepisów, z którymi zapisy umowy są niezgodne.. Należy zwrócić uwagę, że postanowienia tworzące określone obowiązki po stronie wykonawcy nie mogą być uznane za niedopuszczalne tylko dlatego, że nie odpowiadają jednemu z podmiotów, które zamierzają ubiegać się o zamówienie, a z taką sytuacją mamy do czynienia.

Zarzut opisany w pkt II.1 Odwołania

Zarzut Odwołującego dotyczy braku przekazania specyfikacji parametrów technicznych kart URBANCARD, które obecnie funkcjonują w systemie dystrybucji biletów obsługiwanych przez obecnego operatora.

W OPZ i Umowie zamawiający zawarł wymaganie, aby nowy System umożliwiał obsługę kart, które już są w posiadaniu pasażerów (czyli wydanych dla obecnie funkcjonującego Systemu). Wbrew pozorom jednak dla obsługi tychże kart nie jest niezbędne posiadanie informacji o tzw. mapie karty.

Zgodnie z założeniami OPZ, wybrany w niniejszym postępowaniu wykonawca ma za zadanie utworzenie nowego systemu dystrybucji biletów - nie będzie on więc korzystał z oprogramowania obecnie używanego w systemie, Nowy system ma być utworzony w oparciu o działanie on-line. Oznacza to, że karty (w tym wydane przez poprzedniego operatora systemu) będą wykorzystywane wyłącznie dla potrzeb identyfikacji użytkownika. Z karty odczytywany będzie jedynie numer seryjny, który w systemie musi zostać powiązany

17

z użytkownikiem karty. Założeniem jest, że informacje o biletach nie będą zapisywane na

samej karcie - a w systemie dostępnym on-line.

Tym samym nie jest niezbędne posiadanie wiedzy o strukturze danych karty. Taka wiedza byłaby potrzebna jedynie w przypadku, gdy zamawiający wymagałby zapisu informacji o biletach bezpośrednio na karcie (w jej procesorze), Brak takiego wymogu czyni bezprzedmiotowym żądanie przekazania szczegółowych informacji o obecnie stosowanym sposobie zapisu danych na karcie. Natomiast wszystkie niezbędne informacje umożliwiające odczyt numeru seryjnego karty URBANCARD oraz interpretację jego prezentacji w systemie zawiera punkt 13.2 OPZ.

Zarzut opisany w pkt II.2. Odwołania

Zamawiający informował, że w celu uniknięcia wątpliwości co do interpretacji intencji zamawiającego, zmodyfikowany zostanie § 3 ust. 2 pkt 3 projektu Umowy, zgodnie z propozycją przedstawioną przez Odwołującego, tj. „umożliwienie na żądanie zamawiającego przystosowania Systemu do obsługi przy pomocy URBANCARD EP funkcjonalności innych niż związane z sprzedażą Biletów na warunkach określonych w odrębnych porozumieniach zawartych pomiędzy Stronami”.

W ramach umowy wykonawca zobowiązuje się do umożliwienia na żądanie zamawiającego przystosowania Systemu do obsługi przy pomocy URBANCARD EP funkcjonalności innych niż związane z sprzedażą Biletów na warunkach określonych w odrębnych porozumieniach zawartych pomiędzy Stronami.

Tym samym zamawiający zapewni, że zasady i warunki wprowadzania ewentualnych innych funkcjonalności niż objęte niniejszym zamówieniem będą podlegały uzgodnieniom z wykonawcą, co zostanie określone ostatecznie w ramach odrębnych umów.

Zarzut opisany w pkt II.3 odwołania.

W tym zakresie Zamawiający przywoływał argumentację przytoczoną do zarzutu z punktu II.1.

Zarzut opisany w pkt II.4 odwołania.

Zarzut dotyczy opisu czynności jakie mają być wykonane przez wykonawcę w końcowym okresie realizacji umowy. W nazwanym w umowie „okresem przejściowym” okresie obejmującym ostatnie 6 miesięcy obowiązywania umowy zamawiający wymaga od wykonawcy m.in. wykonania czynności związanych z zakończeniem świadczenia usług takich jak zdemontowanie urządzeń systemu, przywrócenie do stanu poprzedniego miejsc instalacji tychże urządzeń i podobnych czynności związanych z zaprzestaniem wykonywania umowy oraz demontażem systemu.

W ocenie zamawiającego opis przedmiotu zamówienia w przywołanym zakresie jest precyzyjny i nie budzi wątpliwości.

Odwołujący próbuje przerzucić na zamawiającego obowiązek określenia, jakich czynności będzie musiał dokonać wykonawca, w sytuacji zakończenia świadczenia usług objętych

umową. Jest to zobowiązanie niemożliwe do wykonania. Zamawiający nie ma wiedzy jaką technologię zastosują wykonawcy w celu wykonania zamówienia, w związku z tym nie jest zdolny do utworzenia zamkniętego katalogu czynności niezbędnych do zlikwidowania tej technologii po wygaśnięciu umowy.

Zakres czynności, jakie wykonawca będzie musiał podjąć po ustaniu umowy zawartej z zamawiającym, będzie zależny od tego w jaki sposób wykonawca zaprojektuje i wykona system np. jakiego typu urządzeń i w jaki sposób instalowanych, zasilanych itp. użyje wykonawca. Tylko wykonawca biorący udział w postępowaniu, jest w stanie określić jakie działania będzie zmuszony podjąć aby przywrócić stan sprzed zawarcia umowy.

Powołując się na powyższe zamawiający w sposób celowy w kwestionowanym zapisie nie utworzył zamkniętego katalogu czynności przywracających stan pierwotny. W innym wypadku mogłoby się okazać, że część działań określonych przez zamawiającego jest niewykonalna, nadmierna lub zbyteczna,

Zarzut opisany w pkt II. 5 odwołania.

Zarzut dotyczy momentu udzielenia zamawiającemu licencji na korzystanie w określonym w umowie zakresie z oprogramowania wytworzonego na potrzeby działania systemu (§ 4 ust. 2 umowy).

Odwołujący nie wykazał, aby zaproponowany zapis umowy wskazujący na udzielenie licencji z dniem uruchomienia systemu był niezgodny z naturą przyszłego stosunku prawnego, jego celem lub zasadami współżycia społecznego.

Zamawiający wskazuje, że chwila przejścia licencji na licencjobiorcę jest regulowana na

zasadzie swobody umów. Brak jest w tym zakresie bezwzględnych przepisów prawa, wskazujących na czas, kiedy licencja winna być przeniesiona. Trzeba pamiętać, że zgodnie z obowiązującym orzecznictwem sądowym swobodę kontraktową stron mogą ograniczać tylko przepisy mające charakter iuris cogentis, co oznacza, że nie jest dopuszczalne takie ustalenie treści stosunku zobowiązaniowego lub jego celu, wskutek którego dochodziłoby do naruszenia takich przepisów. Innymi słowy, granica swobody umów kończy się tam gdzie postanowienie umowy narusza przepis o wspomnianym charakterze - Wyrok SN z dnia 20 marca 2014 r., II CSK 290/13, Biul. SN 2014, nr 5, s. 15. Zamawiający podnosi, że udzielenie licencji w momencie wytworzenia przez wykonawcę oprogramowania dedykowanego lub jego modyfikacji nie stoi w opozycji do art. 353 i kc.

Należy wskazać, że zamawiający będzie korzystał z systemu również w trakcie wykonywania umowy. Za pomocą systemu realizowane będą raporty dotyczące wpływów z biletów oraz rozliczeń stron. Zamawiający ma również zagwarantowane prawo kontroli działania systemu, w tym korzystając z oprogramowania. Tym samym udzielenie licencji z dniem uruchomienia systemu jest niezbędne dla prawidłowego wykonywania umowy.

Zarzut opisany w pkt II.6 odwołania.

19

Odwołujący zarzuca zamawiającemu niemożliwe do spełnienia żądanie w zakresie udzielenia licencji na polach eksploatacji obejmujących tłumaczenie, przystosowanie i zmianę układu lub inne zmiany w utworze w zakresie oprogramowania firm trzecich.

Odwołujący powołuje się na niepełne brzmienie §4 umowy. Zamawiający żąda udzielenia licencji na oprogramowanie dedykowane w zakresie pól eksploatacji wymienionych w ust. 3. Ponadto zakres korzystania z oprogramowania również dedykowanego został określony jako niezbędny do korzystania przez Zamawiającego z oprogramowania w celu realizacji umowy, kontroli działania systemu, jak też przygotowania zastąpienia systemu kolejnym systemem po zakończeniu umowy.

W związku z powyższym zamawiający zastrzegł na swoją rzecz możliwość tłumaczenia, przystosowywania, zmiany układu oraz wprowadzenie jakichkolwiek innych zmian w programie jednak wyłącznie w przypadku tego komputerowym, wytworzenia oprogramowania przez wykonawcę oraz w zakresie jaki będzie niezbędny do realizacji umowy. Zarzut opisany w pkt II.7 odwołania.

Odwołujący w treści zarzutu przytoczył art. 68 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Zdanie pierwsze tego przepisu stanowi odpowiedź na zarzut Odwołującego tzn. możliwe jest wypowiedzenie licencji chyba, że umowa stanowi inaczej.

Treść umowy została ukształtowana w zgodzie z przytoczonym już art. 353 i kc. Na potwierdzenie tego można podać, że sam ustawodawca dopuścił umowne wyłączenie prawa do wypowiedzenia udzielonej licencji. Tym bardziej zamawiający miał prawo do ukształtowania kwestionowanego zapisu, tak jak we wzorze umowy.

Odwołujący nie wykazał aby zaproponowany zapis umowy był niezgodny z naturą przyszłego stosunku prawnego, jego celem lub zasadami współżycia społecznego.

Zarzut opisany w pkt II.9 odwołania

Odwołujący kwestionuje przyjęte zasady wypłaty wynagrodzenia domagając się zmiany oraz wypłaty części wynagrodzenia przed rozpoczęciem świadczenia usług (§ 6 umowy).

Zdaniem zamawiającego konstrukcja wypłaty wynagrodzenia przyjęta w kwestionowanym zapisie pozostaje pod ochroną zasady swobody kontraktowania.

Powszechną praktyką w kontraktach handlowych jest kredytowanie wydatków wstępnych np. związanych z budową infrastruktury informatycznej, które następnie zwracane są w formie prowizji od sprzedaży.

Zamawiający w przeciwieństwie do wykonawców nie ma wiedzy odnośnie tego, jaka infrastruktura zostanie zaprojektowana i wykonana, gdyż o ile spełni ona wymagania funkcjonalne zamawiającego to wybór konkretnych urządzeń i rozwiązań należy do wykonawcy. Wykonawca aby wycenić ofertę musi w tym celu oszacować koszt wykonania czynności opisanych w Etapie I zamówienia. Wykonawca znając okres obowiązywania

20

umowy, może ustalić czas zwrotu poniesionych wydatków, ustalając odpowiednią wysokość

pro wizji.

Jest oczywiste, że wprowadzenie zmian do SWZ, których domaga się Odwołujący zmniejszyłoby ryzyko kontraktowe przyszłego wykonawcy. Takie żądanie nie może być jednak podstawą do uwzględnienia odwołania. Te bowiem przysługuje tylko od czynności niezgodnej z ustawą a nie od czynności zamawiającego, które nie uzyskały aprobaty wszelkich podmiotów na rynku. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 2004 r. (II CK 39/03) „Nawet okoliczność, że wykonywanie umowy przynosi jednej ze stron stratę, nie uzasadnia jeszcze przyjęcia, że cel stosunku prawnego ułożonego w umowie sprzeczny jest z zasadami współżycia społecznego.”.

W rozważanym przypadku wykonawcy mają swobodę wyceny ryzyk i zaproponowania ceny zapewniającej zysk. Jednocześnie ich swoboda sięga dalej niż przy udzieleniu zamówienia publicznego, gdyż mogą nie przystąpić do procedury, której celem jest zawarcie umowy wykonawczej. Jak słusznie zauważa Sąd Najwyższy: „Dla podmiotów gospodarczych pozornie atrakcyjne byłoby wyeliminowanie ryzyka przez dopuszczenie następczego badania obiektywnej trafności podjętych zobowiązań i przyjmowanie nieważności zobowiązań niekorzystnych jako sprzecznych z zasadami współżycia społecznego, ale musiałoby to w konsekwencji doprowadzić do rychłego upadku całego systemu gospodarki rynkowej. System ten opiera się bowiem na swobodzie oceny przez podmioty gospodarcze, co jest dla nich korzystne i niekorzystne, i swobodzie w podejmowaniu ryzyka.”. Odwołujący dąży do wyeliminowania wszelkich ryzyk umownych, tak aby zapewnić sobie możliwość realizacji umowy na zasadach pozwalających na następcze badanie trafności podejmowanych dla realizacji umowy czynności.

Zarzut opisany w pkt II.9 odwołania.

Odwołujący kwestionuje dopuszczalność postanowień wskazujących na wystawianie przez wykonawcę faktur VAT dla kupujących bilety w ramach systemu obsługiwanego przez wykonawcę (§ 7 ust. 1 -3 umowy).

Sposób wystawiania faktur VAT określa ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2016 r. poz. 615). Art. 106e ust. 1 wskazuje dane jakie faktura powinna zawierać. Art. 106 ust. 2 stanowi, iż faktury może wystawiać w imieniu i na rzecz podatnika również upoważniona przez niego osoba trzecia, w szczególności jego przedstawiciel podatkowy, o którym mowa w art. 18 a.

Art. 106 e ust. 1 pkt 21 wskazuje z kolei, iż w przypadku faktur wystawianych w imieniu i na rzecz podatnika przez jego przedstawiciela podatkowego, faktura zawiera jego adres i numer, za pomocą, którego jest on identyfikowany na potrzeby podatku.

W ustawie brak przepisu zabraniającego umieszczania danych wystawcy na fakturze, więc wymóg zamawiającego nie jest sprzeczny z obowiązującymi przepisami. Telefoniczne

potwierdzenie tego stanowiska uzyskano w Krajowej Informacji Podatkowej (KIP nie wydaje pisemnych stanowisk, w związku z czym zamawiający takowym nie dysponuje).

Zarzut opisany w pkt II.10 odwołania.

Zobowiązanie wykonawcy dotyczy generowania i przekazywania plików JPK (Jednolitych Plików Kontrolnych) w zakresie faktur VAT i ewidencji sprzedaży VAT, na podstawie danych, jakie wykonawca posiada i przetwarza w ramach umowy z zamawiającym.

Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Informacji Podatkowej (KIP nie wydaje pisemnych stanowisk, w związku z czym zamawiający takowym nie dysponuje), ustawodawca co prawda nie obliuguje podmiotu wystawiającego faktury w imieniu i na podstawie upoważnienia podatnika do sporządzania plików JPK, jeśli jednak strony tak się umówią, to takie pliki powinny być sporządzane i przekazywane zgodnie z umową. Ponadto należy podkreślić, że wyłącznie wykonawca realizujący przedmiot zamówienia, wg koncepcji opisanej przez zamawiającego w OPZ i umowie, będzie dysponował danymi (np. numery NIP i REGON kupującego, kwota faktury, termin wystawienia itp.), umożliwiającymi wygenerowanie Jednolitego Pliku Kontrolnego, jednocześnie zaznaczyć należy, że Odwołujący zobowiązany będzie do generowania JPK wyłącznie w zakresie prowadzonych przez siebie czynności wynikających z zawartej umowy. W pozostałym zakresie zamawiający będzie generował własne JPK.

Powołując się na powyższe, zobowiązań wykonawcy nie można uznać za niemożliwe do spełnienia.

Zarzut opisany w pkt II.11 odwołania.

Zarzut dotyczy zbyt długiego terminu zapłaty wynagrodzenia wykonawcy (§ 6 ust. 9 umowy). Zdaniem zamawiającego kwestionowany zapis jest zgodny z powszechnie obowiązującym prawem. Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych termin zapłaty określony w umowie, z którego długością trwania nie wiąże się obowiązek zapłaty odsetek, nie może przekraczać 30 dni, liczonych od dnia doręczenia dłużnikowi faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi.

Powołując się na powyższy przepis, termin zapłaty określony w podważanym przez Odwołującego zapisie umownym mieści się w dyspozycji przepisów ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych. Nie można w związku z tym stawiać zamawiającemu zarzutu, że zapis ten jest niesprawiedliwy.

Zarzut opisany w pkt II.12 odwołania.

Odwołujący kwestionuje postanowienia regulujące terminy zwrotu nadpłaty przez zamawiającego.

Konstrukcja zwrotu nadpłaty przyjęta w kwestionowanym zapisie pozostaje pod ochroną zasady swobody kontraktowania.

22

Odwołujący nie wyjaśnił dlaczego uważa przyjęte terminy na zwrot środków w przypadku nadpłaty i niedopłaty za rażąco niesprawiedliwe. Termin 10 dni kalendarzowych nie jest okresem długim (skoro ustawodawca sam określa terminy zapłaty na 30 lub 60 dni ustawowo). Termin 10 dni jest niezbędny dla zamawiającego aby obsłużyć płatność zgodnie z zasadami wypłat obowiązującymi w Urzędzie. Różnicy pomiędzy terminem na zwrot nadpłaty i niedopłaty wykazanej przez Odwołującego, nie można uznać za przejaw naruszenia art. 353 ¹ kc, tym bardziej, że nadpłata lub niedopłata wystąpi jedynie w przypadku niepełnych lub nieprawidłowych danych o liczbie i wartości dystrybuowanych biletów zebranych przez system wykonawcy. Zakładając poprawne działanie systemu sytuacja taka powinna wystąpić rzadko i dotyczyć niewielkich kwot. Jednocześnie zapewnienie poprawnego działania systemu należy do obowiązków wykonawcy, a więc od wykonawcy będzie zależało, to czy będzie należycie realizował umowę przekazując środki finansowe w prawidłowych wysokościach tak, aby nie narazić się na konieczność oczekiwania 10 dni na zwrot nieprawidłowo przekazanych środków. Jednocześnie należy zaznaczyć, że zamawiający nie przewidział sankcji w postaci kary umownej za spowodowanie niedopłaty przez wykonawcę.

Zarzut opisany w pkt II.13 odwołania.

Argumentacja w tym zakresie została wskazana do zarzutu II.4 odwołania

Zarzut opisany w pkt II.14 odwołania.

Zarzut dotyczy braku wskazania liczby członków Komitetu sterującego oraz Komitetu wdrożeniowego ze strony zamawiającego (§ 11 umowy).

Zarzut Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Nie sposób uznać dlaczego Odwołujący wymaga od zamawiającego określania liczby członków Komitetów. Argumentacja Odwołującego stanowi w rzeczywistości niczym niepotwierdzone insynuacje. Zamawiający ma swobodę w określeniu liczby członków Komitetu i brak jest podstaw aby prawo to ograniczać. Należy zwrócić uwagę, że z liczbą członków komitetu po stronie zamawiającego nie wiążą się żadne obowiązki wykonawcy.

Odwołujący nie wykazał aby zaproponowany zapis umowy był niezgodny z naturą przyszłego stosunku prawnego, jego celem lub zasadami współżycia społecznego. Nadto zapis ten w świetle wyroku SN z dnia 20 marca 2014 r., II CSK 290/13, nie narusza żadnych norm *iuris cogentis*.

Zarzut opisany w pkt II.15 odwołania.

Odwołujący domaga się zmiany sposobu naliczania kar umownych (§ 13 umowy).

W przypadku braku wykonania świadczenia w terminie wskazuje na zasadność przyjęcia kary za zwłokę w miejsce wpisanej w umowie kary za opóźnienie.

Stosowanie kar umownych za opóźnienie, a nie zwłokę jest praktyką powszechnie stosowaną przez uczestników obrotu prawnego,

23

kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły.

Przytoczony przepis nie zastrzega, że kara umowna należy się wyłącznie na wypadek zwłoki w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.

Jak wskazał Sąd Najwyższy (vide Wyrok SIM z 16 stycznia 2013 r., sygn. akt II CSK 331/12, LEX nr 1293724), strony mogą umownie ukształtować zakres odpowiedzialności, kompensacji i rozkład ryzyka ponoszenia skutków niewykonania zobowiązania. Kara umowna natomiast może być zastrzeżona w kontrakcie zarówno za zwłokę (kwalifikowane opóźnienie zawinione bezpośrednio przez dłużnika bądź osoby, którymi posługiwał się przy wykonywaniu zobowiązania, powstałe z innych przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność), jak i tzw. opóźnienia proste, polegające na niespełnieniu świadczenia w oznaczonym terminie, a w wypadku nieoznaczenia - po wezwaniu dłużnika do wykonania przez wierzyciela (...). Zapis zawarty w umowie jest zgodny z obowiązującym prawem oraz poglądami wyrażonymi przez sądy powszechne.

Zarzut opisany w pkt II. 16 odwołania.

Odwolujący kwestionuje legalność kary umownej, nakładanej w związku z naruszeniem przepisów o ochronie danych osobowych, obok obowiązku zwrotu kosztów jakie poniósł zamawiający w wyniku działania wykonawcy, twierdząc, że kwestionowany zapis umowy stanowi w istocie podstawę do podwójnego karania za to samo zdarzenie.

Zgodnie z §13 ust. 4 umowy, w przypadku gdy w związku z działaniem lub zaniechaniem wykonawcy na zamawiającego zostaną nałożone jakiegokolwiek kary, opłaty lub inne obciążenia w związku z naruszeniem przepisów o ochronie danych osobowych, wykonawca obowiązany jest do zwrotu kwoty odpowiadającej nałożonej karze, opłacie lub innemu obciążeniu oraz do zapłaty dodatkowo kary umownej w wysokości 25 000 zł za każdy stwierdzony przypadek. Konstrukcja zastosowana w umowie nie przewiduje nałożenia podwójnej kary umownej, tylko obciążenie wykonawcy obowiązkiem zwrotu kwoty stanowiącej równowartość szkody, jaką zamawiający poniósł na skutek naruszenia przez wykonawcę przepisów o ochronie danych osobowych, oraz nałożenia na niego kary umownej za stwierdzone naruszenie.

Z §13 ust. 4 umowy wynika nałożenie na wykonawcę jednej kary umownej w wysokości 25 000 zł za każdy stwierdzony przypadek naruszenia przepisów o ochronie danych osobowych oraz wyrównanie szkody majątkowej, jaką zamawiający poniósł na skutek działania wykonawcy niezgodnego z prawem.

Wykonawca jest zobowiązany do zawarcia umowy dot. powierzenia przetwarzania danych osobowych. Zgodnie z § 2 ust. 3 tej umowy administrator danych i przetwarzający (tj. wykonawca) zobowiązują się do przestrzegania postanowień i wymogów przepisów ustawy

(ustawy o ochronie danych osobowych) oraz umowy. Skoro wykonawca zobowiązuje się do przestrzegania przepisów wspomnianej umowy, to zamawiającemu na tej podstawie przysługuje roszczenie wynikające z art. 471 kc. za nieprzestrzeganie jej postanowień, tzn. żądanie naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania dot. stosowania ustawy o ochronie danych osobowych.

W rezultacie roszczenie o zwrot równowartości kary (lub innej opłaty) jaka nałożona zostanie na zamawiającego z tytułu nieprzestrzegania przepisów ustawy o ochronie danych osobowych przez wykonawcę, stanowi roszczenie odszkodowawcze a nie roszczenie, którego źródłem jest kara umowna.

Gdyby przyjąć argumentację Odwołującego za słuszną, to należałoby uznać, że zastrzeżona kara umowna nie spełnia żadnej ze swoich funkcji, ponieważ wartość szkody zamawiającego mogłaby być równa lub wyższa niż zastrzeżona na rzecz zamawiającego wartość kary umownej. W ten sposób analizowany zapis umowny miałby wymiar wyłącznie symboliczny. Należy zauważyć, że wykonawca będzie dysponował ogromną ilością danych o pasażerach korzystających z komunikacji miejskiej. Dane te są cenne z punktu widzenia działań marketingowych wielu firm. Jednocześnie „wyciek” danych, które są przekazywane zamawiającemu wiąże się ze szkodą nie tylko w postaci kary nakładanej przez organ administracji, ale również roszczeń odszkodowawczych osób fizycznych, utratą zaufania oraz wizerunku. Zastrzeżenie kary umownej w odpowiedniej wysokości ma pełnić również funkcję odstrasżającą od chęci nieuprawnionego skorzystania z danych.

Zarzut opisany w pkt II. 17 odwołania.

Zarzut dotyczy zastrzeżenia możliwości dochodzenia odszkodowania przekraczającego wysokość kar umownych.

Podniesiony zarzut nie zasługuje zdaniem Zamawiającego na uwzględnienie.

Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary umownej przyjęte w kwestionowanym zapisie, pozostaje pod ochroną zasady swobody kontraktowania.

Odwołujący nie wykazał aby zaproponowany zapis umowy był niezgodny z naturą przyszłego stosunku prawnego, jego celem lub zasadami współżycia społecznego. Nadto zapis ten nie narusza żadnych norm *iuris cogentis*.

Należy podkreślić, że zgodnie z art. 484 kc, w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba, że strony inaczej postanowiły,

Innymi słowy zamawiający był uprawniony do zastrzeżenia we wzorze umowy odszkodowania uzupełniającego. Możliwość ta wynika wprost z przepisów kc. Omawiane roszczenie nie ma charakteru absolutnego, ponieważ zawsze mieści się w granicach wyrażonej szkody.

25

Ograniczenie odpowiedzialności odszkodowawczej do wartości przedmiotu umowy mogłoby doprowadzić do stanu, w którym zamawiający zostałby zmuszony do ponoszenia kosztów szkody wyrządzonej przez wykonawcę, ponad zastrzeżoną karę umowną. Należy podkreślić, że zamawiający nie jest zobowiązany do ponoszenia ryzyka związanego z prowadzeniem działalności przez wykonawcę.

Zarzut opisany w pkt II.18 odwołania.

Zarzut dotyczy postanowień regulujących uprawnienie wykonawcy do odstąpienia od umowy (§ 19 ust. 6 umowy).

Konstrukcja odstąpienia od umowy przyjęta w kwestionowanym zapisie pozostaje pod ochroną zasady swobody kontraktowania.

Zgodnie z art. 395 §1 kc można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy. Prawo to wykonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie,

Literalne brzmienie art. 395 §1 kc. nie wskazuje na minimalny i maksymalny termin na odstąpienie od umowy, W związku z tym zamawiający był uprawniony do zastrzeżenia terminu na odstąpienie od umowy, mieszczącego się w granicach zasady swobody kontraktowania. Termin na odstąpienie zastrzeżony w umowie jest zgodny z art. 353 ¹ kc. W obowiązującym orzecznictwie sądowym przyjmuje się, że nieważne jest zastrzeżenie umownego prawa odstąpienia nieograniczonego żadnym terminem (vide: wyrok SA w Białymstoku z dnia 18 maja 2016r, I ACa 52/16). W umowie termin na odstąpienie został ograniczony, w rezultacie zapis ten jest ważny.

Niezależnie od powyższego, zamawiający zaznacza, że instytucja odwołania nie służy rozstrzygnięciu wątpliwości wynikających z niezrozumienia czy różnych możliwości interpretacji postanowień OPZ, ani tym bardziej instrumentem służącym do wymuszania zmian zakresu przedmiotowego zamówienia korzystnego dla potencjalnego wykonawcy. Ponadto zamawiający podkreśla, iż nie dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję czy naruszający zasadę równego traktowania. Każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia będzie miał taki sam zakres prac do zrealizowania, a wszelkie wątpliwości podniesione przez Odwołującego, Zamawiający mógł wyjaśniać i doprecyzowywać w drodze odpowiedzi na pytania lub modyfikacji treści SIWZ.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

26

Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołania nie można uwzględnić.

W pierwszej kolejności, oceniając podniesione zarzuty, należy zauważyć, że to Zamawiający jest gospodarzem postępowania i to jego obowiązkiem jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia i sformułowanie istotnych postanowień przyszłej umowy. Poza kognicją Krajowej Izby Odwoławczej jest ocena racjonalności czynności podejmowanych przez Zamawiającego. Ocena czynności Zamawiającego w toku postępowania odwoławczego polega wyłącznie na analizie, czy skarżone odwołaniem czynności są niezgodne z przepisami Prawa zamówień publicznych. W takim kontekście nie można było uwzględnić zarzutów odwołania – skoro na rozprawie Odwołujący precyzował, że skarżone wymagania Zamawiającego powodują „utrudnienia” w realizacji umowy bądź „wydłużą I etap umowy”. Podnoszona na rozprawie przez Odwołującego okoliczność, że dla tego wykonawcy realizacja zadania będzie trudna, nie może przesądzać o uwzględnieniu odwołania, ale może sugerować, że być może Odwołujący nie jest w stanie samodzielnie wykonać zamówienia. Odwołujący zasadniczo żąda przemodelowania opisu przedmiotu zamówienia i wprowadzenie osobnego podmiotu – agenta rozliczeniowego – na podstawie osobnej umowy z Zamawiającym. Izba nie znalazła podstaw do zanegowania koncepcji przyjętej przez Zamawiającego, który założył, że w ramach przedmiotu zamówienia wykonawca będzie rozliczał transakcje płatnicze. Nie było sporne, że Zamawiający przewidział, że wykonawca będzie działał w jego imieniu i na jego rzecz.

Odnosnie zarzutów podniesionych przez Odwołującego w odwołaniu, skład orzekający w całości podzielił stanowisko Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie. I tak, odnośnie zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, Izba ustaliła, że nie ma podstaw, aby uznać przyjęcie przez Zamawiającego rozwiązania, że pasażer będzie mógł zapłacić za bilet w Automacie stacjonarnym (automaty będą zlokalizowane na terenie całego miasta), w Terminalu, który jest zainstalowany w punktach sprzedaży (sklepy, kioski itp.) oraz w Kasowniku (urządzenia zamontowane w pojazdach komunikacji zbiorowej) oraz że system ma umożliwiać również nabywanie biletów przez stronę internetową, przy płatności przelewem – jest niezgodne z przepisami. Założeniem SIWZ jest, że za obsługę wszelkiego rodzaju płatności, w tym przy pomocy karty odpowiada wykonawca, który ma możliwość zaprojektowania systemu z zastosowaniem własnych rozwiązań technicznych i informatycznych. Zgodnie z art. 2 ust. 1a ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych, o usługach płatniczych przez agenta rozliczeniowego rozumie się, dostawcę prowadzącego działalność w zakresie świadczenia usługi płatniczej, o której mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5. Przepisy art. 4 ust. 2 ustawy wskazują, jakie podmioty mogą być dostawcą. Z kolei art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy o usługach płatniczych stanowi, że przez usługi płatnicze rozumie

27

się działalność polegającą na umożliwianiu wykonania transakcji, zainicjowanych przez akceptanta lub za jego pośrednictwem, instrumentem płatniczym płatnika, w szczególności na obsłudze autoryzacji, przesyłaniu do wydawcy karty płatniczej lub systemów płatności zleceń płatniczych płatnika lub akceptanta, mających na celu przekazanie akceptantowi należnych mu środków, z wyłączeniem czynności polegających na jej rozliczaniu i rozrachunku w ramach systemu płatności w rozumieniu ustawy o ostateczności rozrachunku. W ocenie składu orzekającego Odwołujący nie wykazał, że przyjęte przez Zamawiającego rozwiązanie jest niezgodne z Prawem zamówień publicznych bądź innymi przepisami.

Ponadto w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający dostrzegł, że w zakresie żądania wskazanego w pkt 1 lit. h) odwołania - Odwołujący oczekuje od zamawiającego zmiany zapisu na identyczny jak ten, który obecnie występuje w OPZ, natomiast w zakresie żądania wskazanego w pkt. 1 lit. i) odwołania - w uzasadnieniu odwołania nie wskazano żadnych argumentów merytorycznych przemawiających za wykreśleniem zapisu pkt 3.2.7 OPZ. Ze stanowiskiem tym Odwołujący nie polemizował w trakcie rozprawy, dlatego Izba nie miała podstaw do uznania, że Odwołujący udowodnił podnoszone w tym zakresie zarzuty.

Odnosnie zarzutów dotyczących wzoru umowy, Izba również podzieliła stanowisko Zamawiającego, i stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, aby kwestionowane przez niego postanowienia umowy były niezgodne z naturą przyszłego stosunku prawnego, jego celem lub zasadami współżycia społecznego. W żadnym z zarzutów odwołania, dotyczących projektu umowy, nie wskazano przepisów, z którymi zapisy umowy są niezgodne.

Analizując poszczególne uwagi Odwołującego co do projektu umowy, po zapoznaniu się ze stanowiskiem Zamawiającego opisanym w odpowiedzi na odwołanie, Izba ustaliła, co następuje:

Zarzut opisany w pkt II.1 i II.3 odwołania, tj. zarzut Odwołującego dotyczy braku przekazania specyfikacji parametrów technicznych kart URBANCARD, które obecnie funkcjonują w systemie dystrybucji biletów obsługiwanych przez obecnego operatora. W OPZ i projekcie umowy Zamawiający zawarł wymaganie, aby nowy System umożliwiał obsługę kart, które już są w posiadaniu pasażerów (czyli wydanych dla obecnie funkcjonującego Systemu). Zgodnie z założeniami OPZ, wybrany w postępowaniu wykonawca ma za zadanie utworzenie nowego systemu dystrybucji biletów - nie będzie on więc korzystał z oprogramowania obecnie używanego w systemie. Nowy system ma być utworzony w oparciu o działanie on-line. Karty (w tym wydane przez poprzedniego operatora systemu) będą wykorzystywane wyłącznie dla potrzeb identyfikacji użytkownika. Z karty odczytywany będzie jedynie numer seryjny, który w systemie musi zostać powiązany z użytkownikiem karty. Założeniem jest, że informacje o biletach nie będą zapisywane na samej karcie - a w systemie

28

dostępny on-line. W konsekwencji nie jest niezbędne posiadanie wiedzy o strukturze danych karty.

Zarzut opisany w pkt II.2. odwołania - funkcjonalności inne, niż związane z sprzedażą biletów nie są objęte przedmiotem zamówienia, dlatego, jeżeli ma je realizować wykonawca, to wyłącznie na podstawie odrębnych umów. Izba nie znalazła podstaw, by uwzględnić żądania Odwołującego w tym zakresie.

Zarzut opisany w pkt II.4 oraz II.13 odwołania, dotyczący opisu czynności, jakie mają być wykonane przez wykonawcę w końcowym okresie realizacji umowy. W okresie obejmującym ostatnie 6 miesięcy obowiązywania umowy Zamawiający wymaga od wykonawcy m.in. wykonania czynności związanych z zakończeniem świadczenia usług, takich jak zdemontowanie urządzeń systemu, przywrócenie do stanu poprzedniego miejsc instalacji tychże urządzeń i podobnych czynności związanych z zaprzestaniem wykonywania umowy oraz demontażem systemu. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że opis przedmiotu zamówienia w przywołanym zakresie jest precyzyjny i nie budzi wątpliwości, a Odwołujący próbuje przerzucić na Zamawiającego obowiązek określenia, jakich czynności będzie musiał dokonać wykonawca, w sytuacji zakończenia świadczenia usług objętych umową. Tymczasem na obecnym etapie postępowania, Zamawiający nie może mieć wiedzy, jaką technologię zastosują wykonawcy w celu wykonania zamówienia, w związku z tym nie jest zdolny do utworzenia zamkniętego katalogu czynności niezbędnych do zlikwidowania tej technologii po wygaśnięciu umowy.

Zarzut opisany w pkt II. 5 odwołania, dotyczący momentu udzielenia zamawiającemu licencji na korzystanie w określonym w umowie zakresie z oprogramowania wytworzonego na potrzeby działania systemu (§ 4 ust. 2 umowy) - w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby zaproponowany zapis umowy wskazujący na udzielenie licencji z dniem uruchomienia systemu był niezgodny z naturą przyszłego stosunku prawnego, jego celem lub zasadami współżycia społecznego.

Zarzut opisany w pkt II.6 odwołania, w którym Odwołujący zarzuca Zamawiającemu niemożliwe do spełnienia żądanie w zakresie udzielenia licencji na polach eksploatacji obejmujących tłumaczenie, przystosowanie i zmianę układu lub inne zmiany w utworze w zakresie oprogramowania firm trzecich jest również bezpodstawny. Zamawiający dostrzegł, że Odwołujący powołuje się na niepełne brzmienie §4 umowy. Zamawiający żąda udzielenia licencji na oprogramowanie dedykowane w zakresie pól eksploatacji wymienionych w ust. 3. Ponadto zakres korzystania z oprogramowania również dedykowanego został określony jako niezbędny do korzystania przez Zamawiającego z oprogramowania w celu realizacji umowy, kontroli działania systemu, jak też przygotowania zastąpienia systemu kolejnym systemem po zakończeniu umowy. W związku z powyższym Zamawiający zastrzegł na swoją rzecz możliwość tłumaczenia, przystosowywania, zmiany układu oraz wprowadzenie jakichkolwiek

29

innych zmian w programie komputerowym, jednak wyłącznie w przypadku wytworzenia tego

oprogramowania przez wykonawcę oraz w zakresie jaki będzie niezbędny do realizacji umowy. W konsekwencji zarzut jest bezpodstawny.

Zarzut opisany w pkt II.7 odwołania – Zamawiający trafnie zauważył, że Odwołujący w treści zarzutu przytoczył art. 68 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, tymczasem zdanie pierwsze tego przepisu stanowi odpowiedź na zarzut Odwołującego tzn. możliwe jest wypowiedzenie licencji chyba, że umowa stanowi inaczej.

Zarzut opisany w pkt II.9 odwołania, w którym Odwołujący kwestionuje przyjęte zasady wypłaty wynagrodzenia domagając się zmiany oraz wypłaty części wynagrodzenia przed rozpoczęciem świadczenia usług (§ 6 umowy) także skład orzekający uznał za nieuzasadniony. Konstrukcja wypłaty wynagrodzenia przyjęta w kwestionowanym zapisie pozostaje pod ochroną zasady swobody kontraktowania.

Trafnie Zamawiający zwraca uwagę w odpowiedzi na odwołanie, że „Jest oczywiste, że wprowadzenie zmian do SIWZ, których domaga się Odwołujący zmniejszyłoby ryzyko kontraktowe przyszłego wykonawcy. Takie żądanie nie może być jednak podstawą do uwzględnienia odwołania. Te bowiem przysługuje tylko od czynności niezgodnej z ustawą a nie od czynności zamawiającego, które nie uzyskały aprobaty wszelkich podmiotów na rynku. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 2004 r. (II CK 39/03) „Nawet okoliczność, że wykonywanie umowy przynosi jednej ze stron stratę, nie uzasadnia jeszcze przyjęcia, że cel stosunku prawnego ułożonego w umowie sprzeczny jest z zasadami współżycia społecznego.”.

W rozważanym przypadku wykonawcy mają swobodę wyceny ryzyk i zaproponowania ceny zapewniającej zysk. Jednocześnie ich swoboda sięga dalej niż przy udzieleniu zamówienia publicznego, gdyż mogą nie przystąpić do procedury, której celem jest zawarcie umowy wykonawczej. Jak słusznie zauważa Sąd Najwyższy: „Dla podmiotów gospodarczych pozornie atrakcyjne byłoby wyeliminowanie ryzyka przez dopuszczenie następczego badania obiektywnej trafności podjętych zobowiązań i przyjmowanie nieważności zobowiązań niekorzystnych jako sprzecznych z zasadami współżycia społecznego, ale musiałoby to w konsekwencji doprowadzić do rychłego upadku całego systemu gospodarki rynkowej. System ten opiera się bowiem na swobodzie oceny przez podmioty gospodarcze, co jest dla nich korzystne i niekorzystne, i swobodzie w podejmowaniu ryzyka.”. Odwołujący dąży do wyeliminowania wszelkich ryzyk umownych, tak aby zapewnić sobie możliwość realizacji umowy na zasadach pozwalających na następcze badanie trafności podejmowanych dla realizacji umowy czynności.”. Iżba w całości zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego i przywołanym przez niego orzecznictwem Sądu Najwyższego.

Zarzut opisany w pkt II.9 odwołania, w którym Odwołujący kwestionuje dopuszczalność postanowień wskazujących na wystawianie przez wykonawcę faktur VAT dla kupujących bilety

w ramach systemu obsługiwanego przez wykonawcę (§ 7 ust. 1-3 umowy) nie został uzasadniony. Sposób wystawiania faktur VAT określa ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2016 r. poz. 615). Art. 106e ust. 1 wskazuje dane jakie faktura powinna zawierać. Art. 106 ust. 2 stanowi, iż faktury może wystawiać w imieniu i na rzecz podatnika również upoważniona przez niego osoba trzecia, w szczególności jego przedstawiciel podatkowy, o którym mowa w art. 18 a.

Art. 106 e ust. 1 pkt 21 wskazuje z kolei, iż w przypadku faktur wystawianych w imieniu i na rzecz podatnika przez jego przedstawiciela podatkowego, faktura zawiera jego adres i numer, za pomocą, którego jest on identyfikowany na potrzeby podatku.

W ustawie brak przepisu zabraniającego umieszczania danych wystawcy na fakturze, więc wymóg zamawiającego nie jest sprzeczny z obowiązującymi przepisami. Dane wymagane przez Zamawiającego są dodatkowe w stosunku do danych obowiązkowych, ale podanie ich nie jest sprzeczne z przepisami.

Zarzut opisany w pkt II.10 odwołania, w którym Odwołujący kwestionuje zobowiązanie wykonawcy dotyczy generowania i przekazywania plików JPK (Jednolitych Plików Kontrolnych) w zakresie faktur VAT i ewidencji sprzedaży VAT, na podstawie danych, jakie wykonawca posiada i przetwarza w ramach umowy z Zamawiającym również nie został w ocenie Izby wystarczająco przez Odwołującego uzasadniony, i Izba również w tym względzie podzieliła stanowisko Zamawiającego iż kwestionowanego zobowiązania wykonawcy nie można uznać za niemożliwe do spełnienia.

Zarzut opisany w pkt II.11 odwołania, dotyczący zbyt długiego terminu zapłaty

wynagrodzenia wykonawcy (§ 6 ust. 9 umowy), jest nieuzasadniony, ponieważ ustalony przez Zamawiającego termin 30-dniowy jest zgodny z powszechnie obowiązującym prawem. Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych termin zapłaty określony w umowie, z którego długością trwania nie wiąże się obowiązek zapłaty odsetek, nie może przekraczać 30 dni, liczonych od dnia doręczenia dłużnikowi faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi.

Zarzut opisany w pkt II.12 odwołania, w którym Odwołujący kwestionuje postanowienia regulujące terminy zwrotu nadpłaty przez zamawiającego, jednak nie wyjaśnił, dlaczego uważa przyjęte terminy na zwrot środków w przypadku nadpłaty i niedopłaty za rażąco niesprawiedliwie nie może zostać uwzględniony. Termin 10 dni kalendarzowych nie jest okresem długim (skoro ustawodawca sam określa terminy zapłaty na 30 lub 60 dni ustawowo). Izba zaakceptowała stanowisko Zamawiającego, iż termin 10 dni jest niezbędny dla niego, aby obsłużyć płatność zgodnie z zasadami wypłat obowiązującymi w Urzędzie. Różnica pomiędzy terminem na zwrot nadpłaty i niedopłaty wykazanej przez Odwołującego, nie można uznać za przejaw naruszenia art. 353 § 1 kc, tym bardziej, że nadpłata lub niedopłata wystąpi jedynie

31

w przypadku niepełnych lub nieprawidłowych danych o liczbie i wartości dystrybuowanych biletów zebranych przez system wykonawcy.

Zarzut opisany w pkt II.14 odwołania, dotyczący braku wskazania liczby członków Komitetu sterującego oraz Komitetu wdrożeniowego ze strony Zamawiającego (§ 11 umowy) nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający ma swobodę w określeniu liczby członków Komitetu i brak jest podstaw aby prawo to ograniczyć. Należy zwrócić uwagę, że z liczbą członków komitetu po stronie Zamawiającego nie wiążą się żadne obowiązki wykonawcy. Izba zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, że Odwołujący nie wykazał aby zaproponowany zapis umowy był niezgodny z naturą przyszłego stosunku prawnego, jego celem lub zasadami współżycia społecznego. Nadto zapis ten w świetle wyroku SN z dnia 20 marca 2014 r., II CSK 290/13, nie narusza żadnych norm iuris cogentis.

Zarzut opisany w pkt II.15 i 16 odwołania, dotyczący kar umownych (§ 13 umowy) jest nieuzasadniony. Stosowanie kar umownych za opóźnienie, a nie zwłokę jest praktyką powszechnie stosowaną przez uczestników obrotu prawnego, i nie jest sprzeczne z prawem.

Odwołujący kwestionuje również legalność kary umownej, nakładanej w związku z naruszeniem przepisów o ochronie danych osobowych, obok obowiązku zwrotu kosztów jakie poniósł zamawiający w wyniku działania wykonawcy, twierdząc, że kwestionowany zapis umowy stanowi w istocie podstawę do podwójnego karania za to samo zdarzenie. Zgodnie z §13 ust. 4 umowy, w przypadku gdy w związku z działaniem lub zaniechaniem wykonawcy na zamawiającego zostaną nałożone jakiegokolwiek kary, opłaty lub inne obciążenia w związku z naruszeniem przepisów o ochronie danych osobowych, wykonawca obowiązany jest do zwrotu kwoty odpowiadającej nałożonej karze, opłacie lub innemu obciążeniu oraz do zapłaty dodatkowo kary umownej w wysokości 25 000 zł za każdy stwierdzony przypadek.

Trafne jest stanowisko Zamawiającego, że konstrukcja zastosowana w umowie nie przewiduje nałożenia podwójnej kary umownej, tylko obciążenie wykonawcy obowiązkiem zwrotu kwoty stanowiącej równowartość szkody, jaką zamawiający poniósł na skutek naruszenia przez wykonawcę przepisów o ochronie danych osobowych, oraz nałożenia na niego kary umownej za stwierdzone naruszenie.

Zarzut opisany w pkt II. 17 odwołania, dotyczący zastrzeżenia możliwości dochodzenia odszkodowania przekraczającego wysokość kar umownych również nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby Odwołujący nie uzasadnił, dlaczego kwestionowane postanowienie umowne miałyby być sprzeczne z prawem.

Zgodnie z art. 484 kc, w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba, że strony inaczej postanowiły.

32

Zarzut opisany w pkt II.18 odwołania, dotyczący postanowień regulujących uprawnienie wykonawcy do odstąpienia od umowy (§ 19 ust. 6 umowy) pozostaje pod ochroną zasady

swobody kontraktowania i Odwołujący nie wykazał, dlaczego jego wprowadzenie do projektu umowy jest niezgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami.

Reasumując, Izba podzieliła w całości argumentację Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, z którą Odwołujący na rozprawie, mimo takiej możliwości, w ogóle nie polemizował.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych, wskazywanych w odwołaniu, dlatego orzeczono, jak w sentencji.

33

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:

.....
.....
.....

34