

Sygn. akt: KIO/UZP 586/09

KIO/UZP 600/09

WYROK

z dnia 22 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

**Członkowie: Izabela Kuciak
Emil Kuriata**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 maja 2009 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 maja 2009 r. do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A Konsorcjum firm: Sygnity S.A., 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180 i Mennica Polska S.A., 00-958 Warszawa, ul. Pereca 21,

B Konsorcjum firm: ComArch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39A, Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne – Łódź Sp. z o.o., 90-132 Łódź, ul. Tramwajowa 6, Kaliskie Linie Autobusowe Sp. z o.o., 62-800 Kalisz, ul. Majkowska 26 i Mikroelektronika spol. s r.o., Republika Czeska, Dráby 849, Vysoké Mýto 566 01

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Zarząd Dróg i Transportu, 90-447 Łódź, ul. Piotrkowska 175 protestów:

A Konsorcjum firm: Sygnity S.A., 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180 i Mennica Polska S.A., 00-958 Warszawa, ul. Pereca 21 z dnia 10 kwietnia 2009 r.,

B Konsorcjum firm: ComArch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39A, Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne – Łódź Sp. z o.o., 90-132 Łódź, ul. Tramwajowa 6, Kaliskie Linie Autobusowe Sp. z o.o., 62-800 Kalisz, ul. Majkowska 26 i Mikroelektronika spol. s r.o., Republika Czeska, Dráby 849, Vysoké Mýto 566 01 z dnia 10 kwietnia 2009 r.,

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego:

- Konsorcjum firm: Sygnity S.A., 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180 i Mennica Polska S.A., 00-958 Warszawa, ul. Pereca 21

po stronie odwołującego **Konsorcjum firm: ComArch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39A, Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne – Łódź Sp. z o.o., 90-132 Łódź, ul. Tramwajowa 6, Kaliskie Linie Autobusowe Sp. z o.o., 62-800 Kalisz, ul. Majkowska 26 i Mikroelektronika spol. s r.o., Republika Czeska, Dráby 849, Vysoké Mýto 566 01,**

- Konsorcjum firm: ComArch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39A, Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne – Łódź Sp. z o.o., 90-132 Łódź, ul. Tramwajowa 6, Kaliskie Linie Autobusowe Sp. z o.o., 62-800 Kalisz, ul. Majkowska 26 i Mikroelektronika spol. s r.o., Republika Czeska, Dráby 849, Vysoké Mýto 566 01

po stronie odwołującego **Konsorcjum firm: Sygnity S.A., 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180 i Mennica Polska S.A., 00-958 Warszawa, ul. Pereca 21**

orzeka:

1. Uwzględnić oba odwołania i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami,

2. Kosztami postępowania obciąża Zarząd Dróg i Transportu, 90-447 Łódź, ul. Piotrkowska 175 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 2 287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: Sygnity S.A., 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180 i Mennica Polska S.A., 00-958 Warszawa, ul. Pereca 21,**

- B** koszty w wysokości 2 287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum firm: ComArch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39A, Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne – Łódź Sp. z o.o., 90-132 Łódź, ul. Tramwajowa 6, Kaliskie Linie Autobusowe Sp. z o.o., 62-800 Kalisz, ul. Majkowska 26 i Mikroelektronika spol. s r.o., Republika Czeska, Dráby 849, Vysoké Mýto 566 01,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 11 774 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy siedemset osiemdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
- A** kwoty 5 887 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy osiemset osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) przez **Zarząd Dróg i Transportu, 90-447 Łódź, ul. Piotrkowska 175** na rzecz **Konsorcjum firm: Sygnity S.A., 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180 i Mennica Polska S.A., 00-958 Warszawa, ul. Pereca 21,** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
- B** kwoty 5 887 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy osiemset osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) przez **Zarząd Dróg i Transportu, 90-447 Łódź, ul. Piotrkowska 175** na rzecz **Konsorcjum firm: ComArch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39A, Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne – Łódź Sp. z o.o., 90-132 Łódź, ul. Tramwajowa 6, Kaliskie Linie Autobusowe Sp. z o.o., 62-800 Kalisz, ul. Majkowska 26 i Mikroelektronika spol. s r.o., Republika Czeska, Dráby 849, Vysoké Mýto 566 01,** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 25 426 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty 12 713 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzysta złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum firm: Sygnity S.A., 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180 i Mennica Polska S.A., 00-958 Warszawa, ul. Pereca 21,**
- B** kwoty 12 713 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzysta złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum firm: ComArch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39A, Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne – Łódź Sp. z o.o., 90-132 Łódź, ul. Tramwajowa 6, Kaliskie Linie**

**Autobusowe Sp. z o.o., 62-800 Kalisz, ul. Majkowska 26
i Mikroelektronika spol. s r.o., Republika Czeska, Dráby 849, Vysoké
Mýto 566 01.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający, tj. Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę, wdrożenie oraz obsługę systemu Łódzkiej Karty Miejskiej. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 grudnia 2007 r. pod numerem 2007-S 239-291352. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia została przekazana Wykonawcom w dniu 1 kwietnia 2009 r.

Sprawa o sygn. akt KIO/UZP 586/09:

W dniu 10 kwietnia 2009 r. protest wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia złożyło Konsorcjum firm: Sygnity S.A. i Mennica Polska S.A. zwane dalej Konsorcjum Sygnity zarzucając Zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania zasady uczciwej konkurencji, w szczególności przez:

a) treść § 18 ust. 2.1, 2.2, 2.3 i 3 Wzoru umowy;

Konsorcjum Sygnity w uzasadnieniu wskazało na pkt 5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, gdzie określono termin wykonania zamówienia na 69 miesięcy od daty zawarcia umowy precyzując też czas trwania etapów realizacji zamówienia (Etap I - 9 miesięcy, Etap II – 60 miesięcy). Tymczasem w § 18 ust. 2 Zamawiający określił, iż wynagrodzenie Wykonawcy za 2009 r. nie może przekroczyć zł brutto, natomiast wynagrodzenie Wykonawcy za wykonanie umowy w roku 2010 oraz w latach kolejnych zostanie określone aneksem do umowy, po zapewnieniu środków finansowych w budżecie Miasta Łodzi. W ocenie Konsorcjum Sygnity, powyższe postanowienie narusza zasadę uczciwej konkurencji. Wykonawca zauważył, iż z przepisów ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 249, poz. 2104 z późn. zm.) wynika zasada,

że podstawą gospodarki jednostki sektora finansów publicznych jest budżet państwa lub budżet jednostek samorządu terytorialnego, obejmujące również plany finansowe ich jednostek budżetowych. Budżety te są rocznym planem dochodów i wydatków oraz przychodów i rozchodów jednostki. Jednocześnie, jak zauważyło Konsorcjum, zgodnie z art. 36 ust. 1 ustawy o finansach publicznych jednostkom sektora finansów publicznych nie wolno zaciągać zobowiązań, których wysokość przekracza kwoty wynikające z planu wydatków lub kosztów jednostki. Konsorcjum Sygnity stwierdziło, że zgodnie z art. 166 ust. 1 ustawy o finansach publicznych uchwała budżetowa jednostki samorządu terytorialnego może określać, oprócz limitów wydatków na okres roku budżetowego, również limity wydatków na wieloletnie programy inwestycyjne, zatem Zamawiający, zaciągając zobowiązanie na okres przekraczający rok budżetowy, powinien posiadać środki finansowe zapewnione w uchwale budżetowej, o której mowa powyżej. Zdaniem Konsorcjum, brak stosownej uchwały, w której określonyby limity wydatków na wieloletnie programy inwestycyjne, stanowi o braku środków finansowych na realizację zamówienia i jest przesłanką uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zawarcie umowy na kolejne lata budżetowe bez zapewnienia środków finansowych na realizację umowy w tych latach, skutkować będzie, jak stwierdziło Konsorcjum Sygnity, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 15 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.).

Konsorcjum wskazało także na niezgodność treści § 18 ust. 2 pkt 3 Wzoru umowy przyznającego Zamawiającemu prawo do odstąpienia od umowy w przypadku braku środków na rok 2010 i lata kolejne „bez konieczności składania oświadczenia woli przez Zamawiającego” z art. 145 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 395 § 1, art. 493 § 1 i art. 494 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.). Wskazało także na utrwaloną linię orzecznictwa, zgodnie z którą brak środków na realizację zamówienia nie stanowi przesłanki do odstąpienia od umowy. Konsorcjum przywołało wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 kwietnia 2003 r. (sygn. akt III CKN 1320/00), z którego wynika, iż „niewypłacalność dłużnika lub brak u niego środków pieniężnych na realizację rozpoczętej inwestycji jest okolicznością, za którą ponosi odpowiedzialność, gdyż dłużnik zawsze odpowiada za swą zdolność płatniczą. Brak środków pieniężnych na realizację umowy nie może jednak być kwalifikowany w kategoriach niemożliwości świadczenia” w rozumieniu art. 493 w zw. z art. 475 kc, bowiem prowadziłoby to do podważenia zasady *pacta sunt servanda*. Jak stwierdziło Konsorcjum, nawet gdyby Zamawiającemu faktycznie przysługiwało prawo do odstąpienia od umowy w przypadku braku środków finansowych, to nadal zdanie drugie § 18 ust. 2 pkt 3 Wzoru umowy stoi w sprzeczności z obowiązkiem

naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania przez Zamawiającego określonym w art. 494 kc.

Konsorcjum Sygnity wyraziło zdziwienie wobec postanowienia o prawie Zamawiającego do odstąpienia od umowy „bez konieczności składania oświadczenia woli przez Zamawiającego”. Konsorcjum zwróciło uwagę, iż z art. 395 § 1 kc jednoznacznie wynika, że można zastrzec, iż jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy, które wykonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie.

b) określenie maksymalnej kwoty prowizji, jaką Wykonawca może wskazać jako jego wynagrodzenie od każdego 1 000 zł wpływów Zamawiającego ze sprzedaży biletów kodowanych na karcie elektronicznej (§ 18 ust. 1.2 Wzoru umowy);

c) wskazanie w § 8 Wzoru umowy rażąco wygórowanych kar umownych w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań umownych;

d) wskazanie w § 8 ust. 1.1 Wzoru umowy, iż w razie rozwiązania przez wykonawcę umowy z winy Zamawiającego nałożona zostanie kara umowna w kwocie 5 % wartości umowy netto bez wskazania, która ze stron i w jakich okolicznościach obowiązana jest do zapłaty ww. kary;

e) wprowadzenie postanowień umownych prowadzących do powstania sytuacji, w której Wykonawca dostarcza Zamawiającemu 200 000 szt. kart, które następnie jest obowiązany odkupić od Zamawiającego w celu dalszej dystrybucji po nieokreślonej w umowie cenie;

f) ustalenie w Załączniku Nr 9 do Wzoru umowy w § 8 rażąco wygórowanego zakresu odpowiedzialności z jednoczesnym brakiem określenia, co Zamawiający rozumie pod pojęciami uzasadniającymi pociągnięcie Wykonawcy do takiej odpowiedzialności np. w zakresie błędu w kodowaniu kart, w tym błędu polegającego na przyznaniu nieprawidłowego nominału biletu, rodzaju biletu, itp.;

g) ustanowienie w Załączniku Nr 9 do Wzoru umowy w § 8 odpowiedzialności Wykonawcy w całości za szkody powstałe wskutek utraty, uszkodzenia i zniszczenia urządzenia do kodowania kart, w tym również za szkody powstałe w związku ze sprzedażą kart kodowanych z użyciem takiego urządzenia;

h) zbyt szerokie określenie katalogu sytuacji, które umożliwiają Zamawiającemu odebranie zdeponowanego kodu źródłowego na podstawie § 10 ust. 12.4 Wzoru umowy;

i) wskazanie w punkcie 26.1.8 ppkt 1) Instrukcji dla Wykonawców, że poręczyciel lub gwarant winien bezzwłocznie wypłacić te kwoty (kwoty, za jakie poręczyciel lub gwarant odpowiada w ramach poręczenia lub gwarancji z powodu uchybień Wykonawcy w realizacji

kontraktu) na żądanie Zamawiającego i nie może wnieść jakiegokolwiek sprzeciwu niezależnie od powodu;

2. naruszenie art. 86 ust. 3 ustawy Pzp przez wskazanie kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przez określenie jej jako maksymalnej kwoty zobowiązań Zamawiającego z tytułu wykonania umowy, określonej w § 18 ust. 3.

Jak zauważyło Konsorcjum, jeżeli ustalona przez Zamawiającego kwota wynagrodzenia jest kwotą, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to podanie tej kwoty powinno odbyć się zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp, tj. bezpośrednio przed otwarciem ofert. Ponadto, ustalenie sztywnej kwoty wynagrodzenia na okres realizacji przedmiotu umowy trwający 69 miesięcy stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz art. 5 kc. Konsorcjum zwróciło uwagę, że wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu umowy obejmuje wynagrodzenie za wykonanie Etapu I umowy w ustalonej w ofercie kwocie, a także wynagrodzenie za wykonanie Etapu II w formie prowizji od każdego 1 000 zł. wpływów uzyskanych przez Zamawiającego ze sprzedaży biletów. Jak stwierdziło Konsorcjum Sygnity, możliwa jest sytuacja, w której wysokość prowizji podczas trwającego 5 lat Etapu II zamówienia przekroczy ustaloną przez Zamawiającego kwotę maksymalną, stąd postanowienie § 18 ust. 3 Wzoru umowy stawia w uprzywilejowanej sytuacji Zamawiającego, który z tego tytułu może osiągnąć nieuzasadnione korzyści.

3. naruszenie art. 29 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności przez:

a) brak wskazania w § 1 ust. 2.1.2 Wzoru umowy, jakiego rodzaju dokumenty oraz jaka ilość dokumentów będzie podlegała ocenie w ustalaniu zasad i procedur obiegu, w szczególności w kontekście konieczności ustalenia zasad obowiązujących w chwili dokonania analizy;

Ustalenie ilości dokumentów mających podlegać ocenie w chwili dokonywania analizy jest szczególnie ważne, w ocenie Konsorcjum Sygnity, w kontekście ustalenia zakresu prac koniecznych do zrealizowania na tym etapie prac oraz ustalenia, jakie koszty poniesie Wykonawca w czasie ich realizacji. Konsorcjum podkreśliło, iż ustalenia te będą różne w zależności od tego czy Wykonawca w chwili dokonywania analizy obowiązany jest do uwzględnienia np. obiegu 10 czy 10 000 dokumentów.

b) wskazanie w § 1 Wzoru umowy, że pod pojęciem „Karty” należy rozumieć bezstykową kartę elektroniczną, będącą nośnikiem elektronicznych biletów oraz innych usług w aglomeracji łódzkiej, nie precyzując, jakie inne usługi powinien przewidzieć Wykonawca tworząc System Łódzkiej Karty Miejskiej i samą Kartę.

Zdaniem Konsorcjum Sygnity, Wykonawca musi być świadom, jakiego rodzaju „inne usługi” ma na myśli Zamawiający, aby odpowiednio dostosować do nich tworzoną na potrzeby Zamawiającego Kartę. Nie posiadając takich informacji, a tym samym nie znając podstawowych wymagań dotyczących bazowych elementów przedmiotu zamówienia, Wykonawca nie ma możliwości złożenia prawidłowej oferty.

c) brak określenia podstawowych funkcji systemu, takich jak procedury umożliwiające realizację przez użytkowników kart podstawowych uprawnień z tytułu reklamacji, a co za tym idzie, uniemożliwienie zarówno użytkownikom systemu, jak i Wykonawcy, realizacji praw weryfikacji poprawności kodowania kart oraz brak wskazania podmiotu odpowiedzialnego za obsługę i prowadzenie takich procedur;

Przez brak procedur reklamacyjnych Zamawiający ograniczył, w ocenie Konsorcjum, prawa użytkowników komunikacji miejskiej do weryfikowania decyzji realizującego usługę, jak również prawo Wykonawcy do określenia odpowiednich procedur umożliwiających weryfikację prawidłowości wydawania i kodowania kart. Konsorcjum zauważyło, iż jest to szczególnie ważne w kontekście odpowiedzialności Wykonawcy, o której mowa w § 8 Załącznika 9 do Wzoru umowy.

d) brak wskazania skali wpływów uzyskiwanych przez Zamawiającego z tytułu biletów kodowanych na karcie elektronicznej w okresie ostatnich lat stanowiącej podstawę (punkt odniesienia) do ustalenia wynagrodzenia za obsługę Systemu i prowadzenie sieci sprzedaży w formie prowizji od sprzedaży biletów;

Ustalenie przez Wykonawcę prowizji wyrażonej w złotych od każdego 1 000 złotych wpływów uzyskanych przez Zamawiającego ze sprzedaży biletów kodowanych na karcie elektronicznej zależy od ustalenia, jakie są wpływy Zamawiającego osiąmane z tego tytułu. Jak zauważyło Konsorcjum, również pojęcie wpływu, jako niewystępujące w przepisach o rachunkowości ani przepisach podatkowych jest pojęciem nieprecyzyjnym - Wykonawca nie wie czy ma szacować prowizję od przychodów czy dochodów uzyskanych przez Zamawiającego z tytułu biletów kodowanych na karcie czy innego rodzaju wpływów.

e) brak wskazania jakie warunki, parametry i funkcjonalność ma część Systemu Łódzkiej Karty Miejskiej dotycząca Elektronicznego Biletu Parkingowego;

Konsorcjum zwróciło uwagę na pkt 1.1.1. Opisu przedmiotu zamówienia, gdzie Zamawiający określił, iż w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi dostawa Systemu Łódzkiej Karty Miejskiej, obejmującego m.in. Oprogramowanie dedykowane dla Systemu do obsługi elektronicznego Biletu w transporcie zbiorowym oraz Elektronicznego Biletu Parkingowego. Jednocześnie w pkt 2 Opisu przedmiotu zamówienia brak jakichkolwiek wskazań co ma zawierać, jak funkcjonować oraz jak działać część Systemu umożliwiająca funkcjonowanie Elektronicznego Biletu Parkingowego. Jak zauważyło Konsorcjum Sygnity, niewskazanie

odpowiednich, wymagań dotyczących wyposażenia Systemu w funkcje umożliwiające kodowanie biletu parkingowego w płatnej strefie parkingowej, w szczególności brak określenia czy system ten ma być gotowy do świadczenia usług kodowania kart parkingowych, a Wykonawca obowiązany do świadczenia takich usług, czy zawierać jedynie ogólne rozwiązania w zakresie możliwości kodowania biletów parkingowych oraz koncepcję sposobu świadczenia tych usług bez ich realizacji. W konsekwencji, Wykonawca nie zna zakresu realizacji zamówienia i nie ma możliwości złożenia prawidłowej oferty.

f) brak wskazania w jaki sposób i na jakich zasadach pobierane będą ewentualne opłaty za świadczenie usług związanych ze strefą płatnego parkowania;

g) wskazanie w § 1 punkt 1.5 Załącznika Nr 9 do Wzoru umowy, że „Wykonawca w ramach zawartej umowy będzie dokonywał personalizacji kart za pomocą urządzeń należących do Zamawiającego w liczbie ... szt.” nie precyzując ani ilości sztuk urządzeń ani ilości punktów, w których należy dokonywać takiej personalizacji. Zamawiający nie wskazał również, na czym ma polegać personalizacja kart, na których zapisany będzie bilet grupowy czy bilet rodzinny, czy należy dokonać personalizacji każdej osoby uprawnionej do korzystania z biletu czy też tylko jednej osoby spośród upoważnionych.

Powyższe uniemożliwia, zdaniem Konsorcjum, złożenie prawidłowej oferty z uwagi na brak doprecyzowania ilości urządzeń przeznaczonych do personalizacji (czy Wykonawca ma przygotować się na zapewnienie jednego punktu, w którym dokonywana będzie personalizacja, czy też umożliwić jej dokonywanie we wszystkich punktach sprzedaży), jak również ze względu na niemożność oszacowania kosztów tej części zamówienia oraz przygotowania odpowiedniej karty umożliwiającej dokonanie prawidłowej personalizacji.

h) brak sprecyzowania typów biletów, jakie ma uwzględniać kodowanie Systemu Łódzkiej Karty Miejskiej oraz nie określenie czy w przypadku konieczności dostosowania Systemu do nowego typu biletu Zamawiający przewiduje zmianę umowy na podstawie art. 144 ustawy Pzp;

i) wskazanie w punkcie 2.1.5. lit. b) Opisu przedmiotu zamówienia, że wykonawca przedstawi w ofercie Moduł (Portal) WWW dla Systemu Łódzkiej Karty Miejskiej zapewniający m.in. „zakup każdego definiowanego przez administratora Systemu rodzaju Elektronicznego Biletu (Bilet dla komunikacji miejskiej lub/i Bilet Parkingowy) poprzez formularz WWW” bez wskazania kto i na jakich zasadach poniesie koszt transakcji zakupu biletów przez Portal WWW, w szczególności koszt prowizji agentów rozliczeniowych, z usług których należy skorzystać przy realizacji tego typu usług;

W związku z niewskazaniem, kto poniesie koszty prowizji agentów rozliczeniowych oraz niepewnością dotyczącą częstotliwości dokonywania takich transakcji niemożliwym jest, w ocenie Konsorcjum, właściwe ustalenie prowizji od sprzedaży biletów, gdyż w przypadku

konieczności ponoszenia kosztów obsługi transakcji internetowych koszt takiej usługi kształtuje się inaczej niż w przypadku sprzedaży biletów w punktach sprzedaży i kodowania.

j) wprowadzenie rozbieżnych pojęć we Wzorze umowy i Instrukcji dla wykonawców dotyczących określenia biletu elektronicznego oraz biletu kodowanego na karcie elektronicznej;

Powyższe, zdaniem Konsorcjum Sygnity, prowadzi do niemożności określenia, jaki jest punkt odniesienia w przypadku ustalania prowizji Wykonawcy ze sprzedaży biletów. Konsorcjum wskazało, iż we Wzorze umowy Zamawiający posługuje się pojęciem „elektronicznego biletu” określając desygnaty tego pojęcia, w Instrukcji dla Wykonawców, w części dotyczącej sposobu obliczania ceny, Zamawiający posługuje się z kolei pojęciem biletów kodowanych na karcie elektronicznej, co może wskazywać na zróżnicowanie tych pojęć w celu zawężenia pojęcia „elektronicznego biletu”.

k) brak wskazania w punkcie 2.3.3. Opisu przedmiotu zamówienia kto ma ponosić koszty transmisji danych z urządzeń do systemu centralnego, zakresu transmisji danych oraz czasu, w jakim transmisja ta będzie się odbywać.

Konsorcjum Signity wniosło o doprowadzenie postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia do stanu zgodności z przepisami powszechnie obowiązującego prawa tj. usunięcie postanowień bezprawnych i doprecyzowanie postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie wystarczających, ze względu na nieprecyzyjność, do przygotowania prawidłowej oferty.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 21 kwietnia 2009 r. przez jego uwzględnienie w zakresie dotyczącym § 18, § 8 ust. 1.1, § 6 ust. 3 Załącznika nr 9 do Wzoru umowy i danych dotyczących wpływów ze sprzedaży biletów oraz oddalenie w części dotyczącej pkt 1 b, c, f, g, h, i, pkt 2, pkt 3 a-c, e-k protestu.

Odnosząc się do zarzutu zawartego w pkt 1b protestu Zamawiający stwierdził, iż ograniczenie (50 zł) ma służyć zabezpieczeniu interesu Zamawiającego w celu racjonalnego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych. Zamawiający oświadczył, iż kwota 50 zł została ustalona na podstawie analizy danych z ostatnich lat związanych ze sprzedażą biletów.

W zakresie pkt 1c, f, g, h Zamawiający podtrzymał dotychczasowe postanowienia Wzoru umowy uzasadniając to koniecznością zabezpieczenia interesu Zamawiającego oraz specyfiką przedmiotu zamówienia.

Utrzymując treść oprotestowaną w pkt 2 protestu Zamawiający wyjaśnił, iż przez wskazanie maksymalnego zobowiązania określił zakres zamówienia i tym samym wartość maksymalnego zobowiązania, jakie zostanie zaciągnięte przez Zamawiającego. Wyjaśnił, iż

takie określenie zakresu zamówienia uwarunkowane jest jego specyfiką i przepisami prawa obowiązującymi Zamawiającego jako jednostkę sektora finansów publicznych, a zawarta umowa wygaśnie z upływem terminu na jaki została zawarta lub w momencie wyczerpania kwoty przeznaczonej na realizację przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do pkt 3a protestu Zamawiający stwierdził, że wynik analizy przedwdrożeniowej dokonanej przez Wykonawcę ma określać rodzaj dokumentów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia i ich obieg.

W zakresie pkt 3b protestu Zamawiający wyjaśnił, iż w chwili obecnej nie jest w stanie określić wszystkich usług, których nośnikiem będzie Karta elektroniczna, dlatego jednym z elementów postępowania są modyfikacje Systemu, w ramach których nowe usługi mogą być wprowadzane na Kartę. Podkreślił, iż Wykonawca ma dostarczyć System, który w chwili uruchomienia musi obsługiwać bilet okresowy komunikacji miejskiej oraz elektroniczną opłatę parkingową.

Ustosunkowując się do zarzutu sprecyzowanego w pkt 3c protestu Zamawiający przywołał treść pkt 3 ppkt 3.2 Opisu przedmiotu zamówienia stwierdzając, iż Wykonawca realizując zamówienie zobowiązany będzie do przedstawienia wszelkich wymaganych procedur niezbędnych do prawidłowej realizacji.

W zakresie zarzutów podniesionych w pkt 3 e i f protestu Zamawiający wyjaśnił, iż przy realizacji zamówienia Wykonawca zobowiązany będzie zaproponować funkcjonalność elektronicznego biletu parkingowego, a analiza przedwdrożeniowa wykonana przez Wykonawcę będzie musiała zawierać koncepcję ww. biletu. Wskazał, iż elektroniczny bilet parkingowy musi współpracować z parkomatami zainstalowanymi w Strefie Płatnego Parkowania. Zamawiający poinformował też, iż zgodnie z obowiązującą umową, firma Coolar ma obowiązek dostosować parkomaty do obsługi elektronicznego biletu parkingowego (Łódzkiej Karty Miejskiej). Wszelkie opłaty za parkowanie w Strefie Płatnego Parkowania realizowane przy pomocy karty elektronicznej będą realizowane i rozliczane przez firmę Coolar.

Odnosząc się do pkt 3 g protestu Zamawiający zwrócił uwagę, iż zgodnie z pkt 2 ppkt 2.3.5 Opisu przedmiotu zamówienia, Wykonawca ma obowiązek dostarczyć 10 stanowisk personalizacji. Analiza przedwdrożeniowa, dokonana przez Wykonawcę ma między innymi wskazać szczegóły dotyczące samej personalizacji (niezbędny nadruk na karcie oraz informacje personalne wgrane na kartę).

Oddalając zarzut podniesiony w pkt 3 h protestu Zamawiający wskazał, iż zgodnie z Załącznikiem nr 9 do Wzoru umowy, § 1 pkt 1.2., „na Karcie kodowane będą elektroniczny bilet komunikacji miejskiej i bilet parkingowy z możliwością przedłużenia ich ważności na kolejne okresy”. Zamawiający wyjaśnił, że w pierwszej fazie życia Systemu przewiduje,

iz będzie on obsługiwał bilety długoterminowe. Wszelkie nowe typy biletów elektronicznych wprowadzane będą do Systemu w ramach jego modyfikacji.

Odnosząc się do zarzutów sprecyzowanych w pkt 3 i oraz 3 k protestu Zamawiający stwierdził, iż w ramach prowizji ze sprzedaży/kodowania Łódzkiej Karty Miejskiej Wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia sprzedaży biletów przez moduł WWW. Podkreślił, iż wszelkie koszty związane z realizacją transakcji ponosi Wykonawca. Wskazał też, że w ramach prowizji Wykonawca musi zapewnić transmisję danych z urządzeń do systemu centralnego. Zakres transmisji danych, czas transmisji zostanie ustalony z Wykonawcą po dokonaniu przez niego analizy przedwdrożeniowej.

Zamawiający nie zgadzając się z zarzutem opisanym w pkt 3 j protestu stwierdził, iż nie występuje rozbieżność pojęć. Zauważył, iż w słowniczku umowy zostały zawarte pojęcia Elektronicznego biletu (Biletu) oraz Karty.

Do rozstrzygnięcia protestu Zamawiający dołączył dane dotyczące wpływów ze sprzedaży biletów z okresu ostatnich 3 lat.

Wobec rozstrzygnięcia protestu Konsorcjum Sygnity wniosło w dniu 30 kwietnia 2009 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu jak w proteście, za wyjątkiem zarzutu podniesionego w proteście w pkt 1 e oraz 3 d.

Konsorcjum Sygnity wniosło o modyfikację treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w taki sposób, aby jej postanowienia były zgodne z obowiązującymi przepisami prawa.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Odwołującego zgłosiło pismem z dnia 14 maja 2009 r. Konsorcjum ComArch wnosząc o uwzględnienie zarzutów podniesionych w pkt 1 a-c oraz e protestu.

Sprawa o sygn. akt KIO/UZP 600/09:

W dniu 10 kwietnia 2009 r. protest wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia złożyło również Konsorcjum firm: ComArch S.A., Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne – Łódź Sp. z o.o., Kaliskie Linie Autobusowe Sp. z o.o. i Mikroelektronika spol. s.r.o. zwane dalej Konsorcjum ComArch zarzucając Zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 12, art. 91 ust. 2 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp oraz naruszenie art. 2 ust. 2 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. z 2001 r. Nr 97, poz. 1050) w zw. z art. 58 § 1 kc w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp przez określenie w sposobie obliczenia ceny górnej granicy ceny za obsługę Systemu i prowadzenie sieci sprzedaży.

Konsorcjum wskazało, iż w pkt 14.1 lit. b ppkt 2 Specyfikacji Zamawiający określił wysokość prowizji jako nie większą niż 50 zł brutto. Powyższe ograniczenie jest zdaniem Konsorcjum niezgodne z ustawą Pzp i nie znajduje uzasadnienia. Konsorcjum podniosło, iż określenie wysokości ceny należy do Wykonawcy. Zachowanie kompetencji Zamawiającego do określenia maksymalnej wysokości ceny czyniłoby martwym art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Spornym postanowieniem Specyfikacji Zamawiający naruszył art. 2 pkt 2 ustawy o cenach ustalając cenę maksymalną, do czego nie był uprawniony, zatem postanowienie to jako niezgodne z ustawą prowadzi do nieważności czynności prawnej w całości, bowiem nieważność dotyczy istotnego elementu umowy tj. ceny. Konsorcjum przywołało wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2000 r. (sygn. akt I CKN 618/98) oraz z dnia 5 lutego 2002 r. (sygn. akt II CKN 726/2000).

2. Naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie określenia sposobu oceny ofert i ograniczenie się jedynie do określenia sposobu oceny poszczególnych kryteriów oceny ofert bez odniesienia się do bilansu ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (pkt 16.3 Specyfikacji).

Konsorcjum zwróciło uwagę na fakt, iż Zamawiający określił cztery kryteria oceny ofert, w tym trzy cenowe, którym przyznał odrębne wagi. Zdaniem Konsorcjum, ofertą najkorzystniejszą powinna być oferta, która uzyska największą sumę punktów uzyskanych w każdym z poszczególnych kryteriów. Konsorcjum wskazało na brak wzoru, o którym mowa w pkt. 16.3 Specyfikacji – Specyfikacja zawiera tylko wzory odnoszące się do poszczególnych kryteriów.

3. Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nie pozwalający na wycenę przedmiotu zamówienia przez wykonawcę i uniemożliwiający złożenie oferty, co jednocześnie utrudnia uczciwą konkurencję.

a). Konsorcjum stwierdziło, iż § 8 ust. 2.3 Wzoru umowy odwołuje się do § 11, który z kolei odsyła do Załącznika nr 6 do Wzoru umowy przewidującego 3 różne terminy: czas reakcji, czas przywrócenia funkcjonalności oraz czas usunięcia usterki. Zdaniem Konsorcjum, niejasne jest, odnośnie którego z tych terminów określonych w ramach usług gwarancyjnych znajdzie zastosowana kara umowna. Brak sprecyzowania powyższego może oznaczać, iż kara znajdzie zastosowanie w odniesieniu do wszystkich trzech ww. terminów. W ocenie Konsorcjum, kara nie powinna dotyczyć czasu reakcji, który nie oznacza wykonania naprawy, podczas gdy w § 8 ust. 2.3 jest mowa o „opóźnieniu w wykonaniu usługi”. Taka treść umowy uniemożliwia, zdaniem Konsorcjum, właściwe oszacowanie kosztu przygotowania oferty, bowiem gwarantowane czasy reakcji sankcjonowane karą umowną wpływają na konieczność zapewnienia podwyższonej gotowości Wykonawcy, co przekłada

się na konieczność zapewnienia odpowiednich zasobów ludzkich, a tym samym na cenę realizacji zamówienia,

b). Konsorcjum oprotestowało treść § 13 ust. 2 Wzoru umowy zwracając uwagę, iż opracowanie dokumentacji stanowi istotny element wykonania przedmiotu zamówienia, a jej wymagana ilość i zakres wpływają na koszt realizacji zamówienia i cenę oferty. Powyższe jest też istotne ze względu na odbiór umowy, uwarunkowany dostarczeniem wymaganej dokumentacji i uznania umowy za należyście wykonaną.

c). Naruszenie przepisów prawa Konsorcjum zarzuciło również w związku z treścią § 19 ust. 3.2 Wzoru umowy w zakresie kary umownej z tytułu naruszenia procedur ochrony informacji ściśle tajnych. Konsorcjum podniosło, iż w umowie Zamawiający nie przewidział obowiązku ochrony informacji ściśle tajnych, nie określił też co rozumie przez to pojęcie, a także przez pojęcie procedury ochrony informacji ściśle tajnych. Zamawiający nie wyjaśnił też różnicy pomiędzy informacjami ściśle tajnymi, a informacjami poufnymi, o których mowa w § 19 ust. 3.1 Wzoru umowy.

Zdaniem Konsorcjum nie ma podstaw do nakładania kary za każdy przypadek złamania procedur ochrony informacji ściśle tajnych, bowiem nawet gdyby uznać, że u Wykonawcy bądź Zamawiającego są ustanowione takie procedury, to fakt ich naruszenia może nie mieć żadnego związku z umową. Jak stwierdziło Konsorcjum, nie ma też podstaw do nakładania kary umownej za samo zagrożenie ujawnienia informacji ściśle tajnych.

d). Konsorcjum oprotestowało też wymaganie zawarte w Załączniku nr 5 do Wzoru umowy, zgodnie z którym „Ramowy Harmonogram Realizacji zostanie uzgodniony z wykonawcą przed podpisaniem Umowy”. Zobowiązanie to jest zobowiązaniem niemożliwym do wykonania, a ponadto przesądza o niejasności opisu sposobu wykonania zamówienia. Jak stwierdziło Konsorcjum, wykonawca nie jest w stanie określić ramowego harmonogramu z podziałem na podetapy w granicach terminów realizacji umowy przed wykonaniem analizy, która jest podstawą do podjęcia tak istotnej decyzji, jak określenie terminów realizacji poszczególnych prac w ramach Etapu I i II.

4. Naruszenie art. 58 ust. 1 kc w zw. z art. 395 § 1 i 2 kc w zw. z art. 60 i 61 § 1 kc w zw. z art. 14 i 139 § 1 ustawy Pzp oraz art. 353¹ kc w zw. z art. 58 § 1 kc w zw. z art. 58 § 2 kc w zw. z art. 484 § 1 kc w zw. z art. 14 i 139 § 1 ustawy Pzp, a także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez ukształtowanie treści stosunku zobowiązaniowego z naruszeniem przepisów kodeksu cywilnego oraz prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

a). Konsorcjum wywiodło, iż w § 18 ust. 2.2 Wzoru umowy Zamawiający określił tzw. umowne prawo odstąpienia do końca obowiązywania umowy. Zwróciło uwagę, iż przedmiotowe zamówienie składa się z dwóch odrębnie rozliczanych etapów. Odstąpienie

od umowy wywiera skutek wstecz, wobec czego umowa uważana jest za nie zawartą, a strony zobowiązane są zwrócić sobie to, co wzajemnie świadczyły. Zdaniem Konsorcjum, o ile w zakresie Etapu I umowne prawo odstąpienia miałyby uzasadnienie, to przy przyjętej konstrukcji umowy, złożonej faktycznie z dwóch odrębnych umów (dzieła i dostawy oraz usług ciągłych), odstąpienie zastrzeżone do końca realizacji umowy (tj. do dnia uchwalenia budżetu na ostatni rok obowiązywania umowy) na etapie świadczenia usług ciągłych jest sprzeczne z naturą stosunku zobowiązaniowego. Powyższe prowadzi do nieważności czynności prawnej. Konsorcjum przywołało wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 października 2004 r. (sygn. akt V CK 670/2003).

W ocenie Konsorcjum, niezgodne z art. 60 i 60 § 1 kc jest też postanowienie o odstąpieniu od umowy bez konieczności składania oświadczenia woli przez Zamawiającego. Zwróciło uwagę, iż odstąpienie od umowy jako czynność prawo kształtująca o charakterze konstytutywnym wymaga dla swej skuteczności złożenia oświadczenia woli przez uprawnionego i dojścia tego oświadczenia do drugiej strony w taki sposób, aby mogła się zapoznać z jego treścią.

Zdaniem Konsorcjum, niezrozumiałe jest także postanowienie zawarte w § 18 ust. 2.2 Wzoru umowy o treści „z dniem 31 grudnia danego roku”. Zwróciło uwagę, iż Zamawiający odsyła do sytuacji braku środków w budżecie na dany rok, nie zaś do projektu budżetu. Tymczasem, jak wskazało, budżet może zostać zatwierdzony do końca I kwartału roku budżetowego, co powoduje, że niewiadome jest z jaką datą w przypadku braku środków w budżecie na 2010 rok, uchwalonym w 2011 roku, miałyby nastąpić odstąpienie: w 2010 czy 2011 roku.

Zarzut Konsorcjum dotyczy również § 25 ust. 1.1 Wzoru umowy. Konsorcjum zauważyło, iż uprawnienie do odstąpienia w przypadku naruszenia „któregokolwiek z postanowień Umowy” odnosi się do postanowień właściwych dla Etapu II wykonania umowy tj. świadczenia usług ciągłych. Ww. postanowienie jest szerokie i powinno ograniczać się jedynie do zobowiązań o charakterze jednorazowym, w pozostałych zaś przypadkach Zamawiający powinien przewidzieć wypowiedzenie umowy. Konsorcjum podniosło także, że nie wszystkie zobowiązania są równej wagi i powinna nastąpić ich hierarchizacja przez przypisanie prawa do odstąpienia (wypowiedzenia) tym najistotniejszym z punktu widzenia Zamawiającego.

Konsorcjum wskazało też, że niejednoznaczne jest sformułowanie „naruszenie któregokolwiek z postanowień trwające dłużej niż 6 dni” – nie wszystkie zobowiązania Umowy mają charakter terminowy.

b). Konsorcjum zakwestionowało również wysokość nałożonych przez Zamawiającego kar umownych jako rażąco wygórowaną, oderwaną od wysokości szkody, prowadzącą do

nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego (§ 8 ust. 1.1, 2.1, 2.2, 2.3 i 2.5 Wzoru umowy).

c). Konsorcjum oprotestowało treść Załącznika nr 8 do Wzoru umowy, § 1, pozycja 8 tabeli „modyfikacja Oprogramowania Dedykowanego”. Stwierdziło, iż wykonanie „innych modyfikacji”

w czasie 48 godzin jest świadczeniem niemożliwym, bowiem niemożliwe jest określenie czasu wykonania modyfikacji, skoro nieznany jest ich zakres.

5. Naruszenie art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), przez określenie podstawy zatrzymania wadium, która nie ma zastosowania w niniejszym postępowaniu tj. podstawy wynikającej z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

6. Naruszenie art. 4 ust. 4 ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie określenia warunków zmiany umowy, podczas gdy we Wzorze umowy Zamawiający takie zmiany dopuszcza.

7. Naruszenie art. 36 ust. 5 ustawy Pzp przez ograniczenie uprawnienia Wykonawcy do powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcy przez wymóg uzyskania uprzedniej pisemnej zgody Zamawiającego, podczas gdy w Specyfikacji Zamawiający nie zastrzegł, iż zamówienie lub jego część nie może być powierzona podwykonawcom.

Konsorcjum wniosło o modyfikację Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przez:

- zmianę sposobu obliczenia oceny ofert przez usunięcie limitu oferowanej prowizji w wysokości 50 zł od każdego 1 000 zł wpływów uzyskanych ze sprzedaży biletów kodowanych na karcie elektronicznej,
- określenie sposobu oceny ofert w odniesieniu do bilansu ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego,
- zmianę postanowień Wzoru umowy (TOM III),
- dokonanie precyzyjnego, jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia,
- modyfikację w zakresie przesłanek zatrzymania wadium przez usunięcie przesłanki nie znajdującej zastosowania w niniejszym postępowaniu,
- określenie warunków zmiany umowy uprawniających do ważnej zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty we wszystkich przypadkach, w których zgodnie z postanowieniami Wzoru umowy Zamawiający taką zmianę dopuszcza,
- usunięcie wymogu uzyskiwania uprzedniej pisemnej zgody Zamawiającego na powierzenie wykonania zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 21 kwietnia 2009 r. przez jego uwzględnienie w zakresie dotyczącym § 19 ust. 3.2, § 8 ust. 1.1, 2.1, 2.2.6 (2.6), 2.2 (2.3) Wzoru umowy i przesłanki zatrzymania wadium oraz oddalenie w części dotyczącej pkt 14.1 lit b ppkt 2 Specyfikacji, pkt 16.3 Specyfikacji, § 8 ust. 2.3 Wzoru umowy, § 13 ust. 2 Wzoru umowy, Załącznika nr 5 do Wzoru umowy, § 8 ust. 2.2 Wzoru umowy, § 8 ust. 2.5 Wzoru umowy, Załącznika nr 8 do Wzoru umowy oraz art. 4 ust. 4 ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do postanowień pkt 14.1 lit. b) ppkt 2 Specyfikacji Zamawiający stwierdził, że ograniczenie wysokości prowizji do 50 zł ma służyć zabezpieczeniu jego interesów w celu racjonalnego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych. Wyjaśnił, iż ww. kwota została ustalona na podstawie analizy danych z ostatnich lat związanych ze sprzedażą biletów.

Zdaniem Zamawiającego, sposób oceny ofert oraz kryteria zostały określone w Specyfikacji i są czytelne.

Zamawiający podtrzymał również treść § 8 ust. 8.2.3. i 8.2.2. Wzoru umowy podnosząc, iż kara umowna przewidziana w ramach serwisu gwarancyjnego odnosi się do wszystkich terminów określonych w Załączniku nr 9 do Wzoru umowy, co służy zabezpieczeniu interesu Zamawiającego przez prawidłowe i terminowe wykonanie przedmiotu zamówienia. W ocenie Zamawiającego, wysokość kar jest odpowiednia do specyfiki przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem przychodów ze sprzedaży biletów okresowych w skali roku i nie powoduje wzbogacenia Zamawiającego.

W zakresie zarzutu dotyczącego § 13 ust. 13.2. Wzoru umowy Zamawiający wyjaśnił, iż Wykonawca będzie zobowiązany do dostarczenia tych dokumentów, które są w nim wskazane. Podkreślił, iż katalog dokumentów jest otwarty.

Oddalając zarzut dotyczący Załącznika nr 8 do Wzoru umowy Zamawiający stwierdził, iż na obecnym etapie postępowania nie jest w stanie określić pełnego zakresu modyfikacji Systemu.

Wobec takiego rozstrzygnięcia protestu Konsorcjum ComArch wniosło w dniu 30 kwietnia 2009 r. odwołanie podtrzymując zarzuty nie uwzględnione przez Zamawiającego.

Konsorcjum wniosło o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przez:

1. zmianę sposobu obliczenia oceny oferty przez usunięcie limitu oferowanej prowizji w wysokości 50 zł od każdego 1 000 zł wpływów uzyskanych ze sprzedaży biletów kodowanych na karcie elektronicznej,

2. określenie sposobu oceny ofert w odniesieniu do bilansu ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego,
3. zmianę postanowień Wzoru umowy (TOM III) ,
4. dokonanie precyzyjnego, jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Odwołującego – Konsorcjum ComArch zgłosiło pismem z dnia 15 maja 2009 r. Konsorcjum Sygnity.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Izba ustaliła co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa, wdrożenie oraz obsługa systemu Łódzkiej Karty Miejskiej. Przedmiot zamówienia został podzielony na dwa etapy:

- Etap I:

- 1) dostawa systemu Łódzkiej Karty Miejskiej,
- 2) Wdrożenie systemu Łódzkiej Karty Miejskiej,
- 3) Udzielenie licencji na oprogramowanie systemu Łódzkiej Karty Miejskiej,
- 4) przeszkolenie pracowników Zamawiającego lub wskazanych przez Zamawiającego,
- 5) Zorganizowanie akcji promocyjnej związanej z Łódzką Kartą Miejską,

- Etap II:

- 1) Zorganizowanie i prowadzenie sieci sprzedaży/dystrybucji Łódzkiej Karty Miejskiej,
- 2) Utrzymanie i nadzór nad prawidłowym funkcjonowaniem systemu Łódzkiej Karty Miejskiej,
- 3) Modyfikacje oprogramowania systemu Łódzkiej Karty Miejskiej.

Wartość przedmiotu zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego na kwotę 33 600 000 zł, co stanowi równowartość 7 658 992,48 euro.

Do składania ofert zostało zaproszonych dwóch wykonawców.

Kryteriami oceny ofert są w przedmiotowym postępowaniu:

- cena za dostawę i wdrożenie systemu (wraz z oprogramowaniem) – 10%,
- wynagrodzenie za obsługę systemu i prowadzenie sieci sprzedaży w formie prowizji od sprzedaży biletów – 80%,

- koszt roboczogodziny zespołu pracującego w ramach modyfikacji systemu – 5%,
- ilość punktów sprzedaży/kodowania – 5%.

Na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, a także biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone do protokołu rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Odwołania zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że obaj Odwołujący posiadają interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający do wniesienia środków ochrony prawnej. Odwołujący, jako Wykonawcy, którzy zostali zaproszeni do składania ofert, są uprawnieni do ubiegania się o zmianę treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia naruszających, w ich ocenie, przepisy prawa.

Izba za zasadny uznała zarzut Konsorcjum ComArch dotyczący treści pkt 14.1 lit. b ppkt 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, gdzie Zamawiający uregulował maksymalną wartość prowizji, którą Wykonawcy mogą zaoferować od każdego 1 000 zł wpływów uzyskanych przez Zamawiającego ze sprzedaży biletów kodowanych na karcie elektronicznej. Charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie pozwala Zamawiającemu na określanie cen za wykonanie przedmiotu zamówienia. Obowiązkiem Zamawiającego jest, zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, ustalenie z należytą starannością szacunkowej wartości zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest także określić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposób obliczenia ceny (art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp). Ponadto, ustawodawca zobowiązał Zamawiającego do podania bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 86 ust. 3 ustawy Pzp), dając mu jednocześnie możliwość unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp). Co więcej, regulacje ustawy Pzp w zakresie dialogu konkurencyjnego, w trybie którego prowadzone jest przedmiotowe postępowanie nie pozwalają na prowadzenie z Wykonawcami negocjacji w zakresie zaoferowanych przez nich cen. Cena za realizację zamówienia podawana jest przez Wykonawcę na etapie składania ofert i nie może być modyfikowana. Fakt, iż cena jest elementem oferty wynika także z przepisów kodeksu cywilnego, który w art. 66 § 1 stanowi, iż oferta jest oświadczeniem drugiej stronie woli zawarcia umowy zawierającym istotne jej postanowienia, do których niewątpliwie należy

cena. Stanowisko, iż określenie ceny za realizację zamówienia jest czynnością Wykonawcy można wywieść ponadto z faktu, iż cena jest obligatoryjnym kryterium oceny ofert w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (art. 91 ust. 2 ustawy Pzp) i często jest jedynym lub głównym elementem konkurencji pomiędzy Wykonawcami. Powyższe prowadzi do wniosku, iż ustalenie przez Zamawiającego górnej granicy kwoty prowizji wykracza poza przyznane mu w ustawie Pzp kompetencje. Izba przychyliła się również do stanowiska Konsorcjum ComArch, które stwierdziło w odwołaniu, iż działania Zamawiającego tego rodzaju czyniłyby martwym art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, bowiem żaden z wykonawców składających ofertę nie zaoferowałby cen wyższych niż określone przez zamawiającego.

Za bezpodstawny Izba uznała zarzut zaniechania przez Zamawiającego określenia sposobu oceny ofert i ograniczenia się jedynie do określenia sposobu oceny poszczególnych kryteriów oceny ofert, bez odniesienia się do bilansu ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Bezzasadne jest twierdzenie Odwołującego Konsorcjum ComArch o braku wzoru służącego obliczeniu sumy punktów uzyskanych w poszczególnych kryteriach, pozwalającego na wybór oferty najkorzystniejszej tj. takiej, która uzyska najwyższą liczbę punktów. Należy zwrócić uwagę, iż w pkt 16.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający oznaczył cztery kryteria oceny ofert, wskazując ich wagi oraz stwierdzając, iż za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta „zawierająca najwyższą liczbę punktów obliczoną zgodnie z poniższym wzorem”. W pkt 16.3 Specyfikacji Zamawiający wskazał wzory służące obliczeniu punktów w każdym z czterech kryteriów oceny ofert, a ponadto jednoznacznie określił, iż dla oceny punktowej ofert zastosowany zostanie wzór $W_t = W_{c1} + W_{c2} + W_{c3} + W_p$, wyznaczający łączną ilość punktów. Wobec tak opisanych kryteriów oceny ofert oraz wskazania, iż za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która otrzyma najwyższą liczbę punktów obliczonych według podanego wzoru brak jest podstaw do uwzględnienia ww. zarzutu.

Izba nie uwzględniła zarzutu Odwołującego ComArch dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez poprzedzenie wyliczenia rodzajów dokumentacji, jaką zobowiązany jest dostarczyć Wykonawca sformułowaniem „w szczególności” (§ 13 ust. 13.2 Wzoru umowy) oraz brak wyspecyfikowania zakresu wymaganej dokumentacji. Z brzmienia ww. fragmentu umowy jednoznacznie wynika, iż umowa kształtuje uprawnienie po stronie Wykonawcy do dostarczenia innych dokumentów ponad wskazane w treści umowy, przy czym z treści przedmiotowego postanowienia Umowy nie można wywieść uprawnienia Zamawiającego do żądania dodatkowej, innej niż wymieniona w § 13 ust. 13.2 Wzoru umowy dokumentacji. Z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia, w tym zobowiązanie Wykonawcy do przeprowadzenia analizy przedwdrożeniowej, za zasadne Izba uznała pozostawienie Wykonawcy uprawnienia do złożenia dodatkowych dokumentów, które zostaną opracowane w toku realizacji zamówienia

lub mogą okazać się potrzebne, w ocenie Wykonawcy, Zamawiającemu. Jednocześnie Izba stwierdziła, iż brak dookreślenia przez Zamawiającego zakresu dokumentacji powykonawczej i szkoleniowej nie stanowi naruszenia ustawy Pzp. Zamawiający specyfikując zakres dokumentacji administracyjnej oraz użytkownika końcowego pozostawił Wykonawcy dowolność co do zakresu pozostałych ww. dwóch rodzajów dokumentacji, co nie wpływa, w ocenie Izby, na możliwość złożenia rzetelnej oferty.

Za zasadny Izba uznała zarzut dotyczący wymogu uzgodnienia Ramowego Harmonogramu Realizacji po wyborze Wykonawcy przed podpisaniem Umowy (Załącznik nr 5 do Wzoru umowy). Na wstępie wskazać należy, iż zgodnie z pkt 3.3 Opisu przedmiotu zamówienia, Ramowy Harmonogram Realizacji powinien zawierać m.in. takie elementy jak szczegółowy harmonogram prac i dostaw (harmonogram powinien być precyzyjny, aby umożliwiał prawidłowe zarządzanie projektem), zakres zaangażowania Zamawiającego, w tym listę osób ze strony Zamawiającego, których współdziałanie będzie wymagane i zakres ich zaangażowania. Biorąc pod uwagę fakt, iż istotnym elementem przedmiotowego zamówienia jest analiza przedwdrożeniowa potrzeb Zamawiającego odnośnie Systemu (§ 1 ust. 1.2.1 i następne Wzoru umowy), nieuprawnione jest, w ocenie Izby, postawienie Wykonawcy wymogu przygotowania Harmonogramu o dużym stopniu szczegółowości przed przeprowadzeniem takiej analizy. W sytuacji, gdyby Opis przedmiotu zamówienia i wiedza Wykonawców zdobyta podczas dialogu pozwalały na przygotowanie takiego Harmonogramu, zasadne byłoby wymaganie od Wykonawców złożenia takiego Harmonogramu wraz z ofertą bądź przygotowanie Harmonogramu przez samego Zamawiającego. Niezrozumiała jest wobec powyższego wprowadzona przez Zamawiającego konstrukcja przygotowania Ramowego Harmonogramu po wyborze Wykonawcy a przed podpisaniem umowy. Powyższe pozostawia wątpliwość co do uprawnienia żądania wykonania przez Wykonawcę zadania przed zaciągnięciem zobowiązania, jak również co do konsekwencji braku możliwości dojścia do porozumienia Zamawiającego z Wykonawcą w tym zakresie (czyżby w wyniku powyższego miało nie dojść do podpisania umowy?).

Izba uwzględniła również zarzut Konsorcjum ComArch dotyczący Załącznika nr 8 do Wzoru umowy, § 1, pozycji 8 tabeli tj. modyfikacji Oprogramowania Dedykowanego, gdzie Zamawiający zastrzega, że „w okresie wykonywania niniejszej Umowy Wykonawca na zlecenie Zamawiającego wprowadzać będzie modyfikacje dostarczonego Oprogramowania Dedykowanego”. W spornej pozycji Zamawiający zastrzegł, iż czas pracy zespołu programistów dokonujących „innych modyfikacji” to maksymalnie 48 godzin. Wobec obowiązku zaoferowania ceny za pracę zespołu pracującego w ramach modyfikacji Systemu już na etapie składania ofert (pkt 14.1 lit c Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia), Izba uznała, iż ww. ograniczenie nie może zostać utrzymane. Za nieuprawnione Izba uznała wymaganie Zamawiającego, aby Wykonawca zobowiązał się z góry do wykonania

modyfikacji Systemu o nieznanym zakresie i stopniu skomplikowania za z góry określoną cenę i w czasie maksymalnie 48 godzin.

Odwołujący Konsorcjum ComArch postawił również zarzuty wobec postanowień Wzoru umowy dotyczących zastrzeżonych w § 8 ust. 8.1.1., 8.2.1., 8.2.2., 8.2.3., 8.2.5. oraz § 19 ust. 19.3.2. Wzoru umowy kar umownych. Co do zasady, Izba uznała zarzuty te za niezasadne, uwzględniając je częściowo w zakresie, o którym mowa poniżej. Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Z kolei jedną z podstawowych zasad obowiązujących w prawie cywilnym jest zasada swobody umów określona w art. 353¹ kodeksu cywilnego. Swoboda stron w określaniu stosunku zobowiązaniowego nie jest absolutna, doznaje ona ograniczenia w taki sposób, że treść lub cel umowy nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku, ustawą ani zasadami współżycia społecznego. Izba zważyła, iż ustawa Pzp wprowadza ograniczenia swobody umów, bowiem już na etapie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany jest określić 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 na takich warunkach. Zatem to do zamawiającego należy określenie warunków umowy. W ocenie Izby, Zamawiający ma prawo użyć dozwolonych przepisami prawa środków zabezpieczających interes Zamawiającego, bowiem opóźnienia w realizacji zamówienia, niewykonanie umowy lub jej nienależyte wykonanie mogą skutkować dla Zamawiającego poważnymi konsekwencjami. Kara umowna ma niewątpliwie na celu wzmocnienie skuteczności więzi między stronami, zawierając dodatkowo element represyjny. Ułatwia tym samym realizację uprawnień zamawiającego przez dochodzenie zapłaty kary bez względu na wysokość poniesionej szkody. Wobec powyższego, Izba nie dopatrzyła się naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów kodeksu cywilnego i ustawy Pzp. Podkreślić przy tym należy, iż we Wzorze umowy stanowiącym przedmiot sporu Zamawiający wprowadził możliwość uchylenia się przez Wykonawcę od zapłaty kar przez wykazanie winy Zamawiającego w niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zobowiązań wynikających z umowy.

Jednocześnie za uzasadniony Izba uznała zarzut dotyczący podstawy naliczania kary umownej z tytułu naruszenia praw autorskich (§ 8 ust. 8.2.5. Wzoru umowy) stwierdzając, iż podstawę nałożenia kary powinno stanowić naruszenie praw autorskich osób trzecich stwierdzone prawomocnym orzeczeniem sądu. Nieuprawnione jest bowiem wprowadzanie sankcji za ewentualną czynność Wykonawcy na podstawie np. tylko oświadczenia podmiotu trzeciego w tym przedmiocie.

Podobnie, Izba przyznała rację Odwołującemu w zakresie zarzutu odnoszącego się do kary za „niedbalstwo mogące skutkować ujawnieniem Informacji Poufnej” (§ 19 ust. 19.3.2. Wzoru umowy w wersji po rozstrzygnięciu protestu). W pełni nieuprawnione jest sankcjonowanie samego zagrożenia ujawnienia Informacji, bez względu na skutek, bez wskazania dodatkowo trybu i osób, które miałyby je stwierdzić.

Kolejny zarzut, podnoszony przez Odwołującego Konsorcjum ComArch to zarzut wobec treści § 18 ust. 18.2.3. Wzoru umowy dotyczący zastrzeżenia prawa Zamawiającego do odstąpienia od Umowy z dniem 31 grudnia danego roku, bez konieczności składania oświadczeń woli przez Zamawiającego oraz zastrzeżenia odnośnie ewentualnych roszczeń odszkodowawczych, o których mowa w § 8 Wzoru umowy. Zamawiający uwzględnił zarzut wprowadzając obowiązek pisemnego poinformowania Wykonawcy o odstąpieniu oraz uprawnienie przysługujące Wykonawcy w przypadku odstąpienia w postaci wynagrodzenia z tytułu wykonania części umowy. Na rozprawie Zamawiający wyjaśnił, iż posiada zagwarantowane środki na realizację Etapu I zamówienia, który będzie finansowany w ramach wieloletniego programu inwestycyjnego, w przeciwieństwie do Etapu II, który będzie finansowany w ramach wpływów bieżących. Wobec takich wyjaśnień Zamawiającego Izba uznała za uzasadnione wprowadzenie do treści Wzoru umowy postanowienia, z którego będzie wynikało, iż prawo odstąpienia w przypadku braku środków dotyczy wyłącznie Etapu II. Jednocześnie za zgodne z przepisami kodeksu cywilnego i ustawy Pzp Izba uznała opisane powyżej zastrzeżenie prawa odstąpienia od Umowy. Odstąpienie od umowy jest oświadczeniem woli o charakterze prawo kształtującym, którego skutkiem jest z reguły wygaśnięcie stosunku prawnego *ex tunc*, co wynika z treści art. 395 kc. Jednakże przy umowach na świadczenie o charakterze ciągłym przyjmuje się odmienny skutek odstąpienia od umowy – stosunek prawny przestaje wiązać *ex nunc* (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 3 lipca 2008 r., sygn. akt V ACa 199/08). Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 stycznia 2008 r., skoro strony, w zależności od ich woli, mogą zastrzec prawo odstąpienia od umowy, mogą też określić skutki odstąpienia (w szczególności, gdy ma ono skutek *ex nunc*) i wzajemne obowiązku w razie odstąpienia, inaczej niż przewiduje to art. 395 § 2 kc (sygn. akt V CSK 379/07). Tym samym, zarzut dotyczący treści § 18 ust. 18.2.3. nie zasługuje na uwzględnienie. Jednocześnie Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego § 25 ust. 25.1.1. Wzoru umowy z uwagi na fakt, iż zarzut ten podnoszony na etapie protestu dotyczył prawa Zamawiającego do odstąpienia i dopiero na etapie odwołania Odwołujący podniósł zasadność wprowadzenia do treści § 25 uprawnienia do zatrzymania przez Wykonawcę wynagrodzenia za wykonaną część umowy.

Izba nie uwzględniła zarzutów podniesionych przez Odwołującego Konsorcjum Sygnity w pkt 1a – h odwołania. Wykonawca stawiając poszczególne zarzuty wskazał na naruszenie przez Zamawiającego jedynie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym

zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców są fundamentalnymi zasadami udzielania zamówień publicznych. Obowiązek przestrzegania ww. zasad w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego znajduje swoje odzwierciedlenie w przepisach ustawy Pzp. Zasada uczciwej konkurencji odgrywa szczególną rolę na etapie przygotowania opisu przedmiotu zamówienia i warunków udziału w postępowaniu, kiedy Zamawiający zobowiązany jest okazać szczególną dbałość o nieograniczanie w sposób nieuzasadniony kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie. Z kolei zasada równego traktowania wykonawców sprowadza się do obowiązku stosowania jednakowej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej sytuacji. Oprotestowana w ww. punktach odwołania treść dokumentacji przetargowej nie prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, nie zakłóca wykonawcom możliwości konkurencji elementami stanowiącymi kryteria oceny ofert, nie stawia również części wykonawców w sytuacji uprzywilejowanej-przeciwnie, zakwestionowana treść ma zastosowanie do każdego z wykonawców biorącego udział w postępowaniu w równym stopniu.

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 86 ust. 3 ustawy Pzp przez umieszczenie we Wzorze Umowy (§ 18 ust. 18.3) kwoty stanowiącej maksymalne zobowiązanie Zamawiającego tj. kwoty 44 652 00 zł. Przepis ten zobowiązuje jedynie Zamawiającego do podania bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, która zwykle wynika z możliwości finansowych Zamawiającego określonych w stosownym dokumencie. Podanie ww. kwoty we Wzorze umowy nie prowadzi do naruszenia art. 86 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem nie jest równoznaczne z tym, iż bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający nie poinformuje o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wobec powyższego, zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. Wskazać również należy, iż informacja na temat kwoty środków posiadanych przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia może być także uzyskana w drodze dostępu do informacji publicznej. Złożenie oferty z kwotą wyższą od podanej przez Zamawiającego przed otwarciem ofert nie prowadzi bezpośrednio do unieważnienia postępowania, bowiem możliwe jest jej zwiększenie w przypadku, gdy cena oferty najkorzystniejszej przekracza środki przeznaczone na sfinansowanie zamówienia. W sytuacji, gdy Zamawiający nie ma możliwości pozyskania dodatkowych środków uprawniony jest do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Nie znajduje uzasadnienia zarzut Odwołującego Konsorcjum Sygnity naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ustawy Pzp przez brak wskazania w § 1 ust. 1.2.1.2 Wzoru umowy ilości dokumentów mających podlegać ocenie w chwili dokonywania analizy

przedwdrożeniowej. Zakres analizy opisany w § 1 ust. 1.2.1. Wzoru umowy prowadzi do wniosku, iż to Wykonawca podczas jej przeprowadzania będzie w stanie określić rodzaj i ilość dokumentów niezbędnych do wykonania tego zadania. Podkreślić w tym miejscu należy, iż wymóg przeprowadzenia analizy jako część zamówienia nie był kwestionowany przez Wykonawców. Podobnie, z uwagi na analizę przedwdrożeniową jako istotną część przedmiotu zamówienia oraz jej szeroki zakres, Izba oddaliła zarzuty dotyczące personalizacji kart (§ 1 ust. 1.5 Załącznika nr 9 do Wzoru umowy) oraz zakresu i funkcjonalności części Systemu umożliwiającej funkcjonowanie Elektronicznego Biletu Parkingowego. Jednocześnie z uwagi na treść odpowiedzi Zamawiającego, który poinformował, iż „zgodnie z obowiązującą umową firma Coolar ma obowiązek dostosować parkomaty do obsługi elektronicznego biletu parkingowego (Łódzkiej Karty Miejskiej). Wszelkie opłaty za parkowanie w Strefie Płatnego Parkowania realizowane przy pomocy karty elektronicznej będą realizowane i rozliczane przez firmę Coolar”, zasadne jest zamieszczenie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wszelkich niezbędnych informacji na temat współpracy z firmą Coolar, które mają wpływ na zakres przedmiotu zamówienia, sposób jego realizacji, ewentualne koszty itp.

Oddaleniu podlega zarzut użycia przez Zamawiającego w treści Wzoru umowy i Instrukcji dla Wykonawców pojęć „bilet elektroniczny” oraz „bilet kodowany na karcie elektronicznej”, wprowadzenie których, zdaniem Odwołującego, świadczy o konieczności innego ich definiowania. W ocenie Izby, wobec przytoczonych w treści § 1 ust. 1.1. Wzoru umowy definicji Elektronicznego biletu oraz Karty, nie można mieć wątpliwości co do znaczenia określeń „bilet elektroniczny” oraz „bilet kodowany na karcie elektronicznej”.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut dotyczący typów biletów podlegających kodowaniu. W ocenie Izby oczywistym jest, wobec braku innego postanowienia Opisu przedmiotu zamówienia, iż kodowaniu będą podlegały typy biletów funkcjonujące obecnie.

Izba uwzględniła zarzuty dotyczące braku wskazania w Opisie przedmiotu zamówienia strony przyszłej umowy, która będzie ponosiła koszty transakcji zakupu biletu przez Portal WWW oraz transmisji danych. Użyte w pkt 2.1.5. Opisu przedmiotu zamówienia sformułowanie „Wykonawca przedstawi w ofercie Moduł (Portal) WWW dla Systemu Łódzkiej Karty Miejskiej” oraz wskazanie jego funkcji nie prowadzą do wniosku, iż po stronie Wykonawcy leży obowiązek zapewnienia jego funkcjonowania.

Izba za zasadny uznała zarzut dotyczący braku sprecyzowania przez Zamawiającego jakie inne usługi powinien przewidzieć Wykonawca tworząc System Łódzkiej Karty Miejskiej i samą kartę. Z postanowień Opisu przedmiotu zamówienia nie wynika obowiązek zapewnienia możliwości realizacji, oprócz biletu komunikacji miejskiej i opłaty parkingowej, innych usług za pomocą Karty, jednak definicja Karty przytoczona w § 1 ust. 1.1. Wzoru

umowy może prowadzić do innych wniosków. Izba przychyliła się do argumentacji Konsorcjum Sygnity, iż rodzaj i ilość „innych usług” mają wpływ na tworzoną na potrzeby Zamawiającego kartę tj. na jej funkcjonalność i cenę. Jednocześnie Izba dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego, który stwierdził, iż na obecnym etapie nie jest w stanie określić zamkniętego katalogu „innych usług”. Jednak wobec wynikającego z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp obowiązku Zamawiającego do dokonania jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia Izba stwierdziła, iż możliwe jest jednoznaczne określenie czy Zamawiający wymaga umożliwienia realizacji innych usług za pomocą Karty, a w przypadku odpowiedzi pozytywnej na to pytanie, podanie przez Zamawiającego rodzaju planowanych usług (co uczynił na rozprawie Zamawiający wymieniając np. usługę opłaty za bilet do muzeum, na basen lub opłatę za bilet kolejowy) oraz ich przewidywanej ilości. Brak sprecyzowania powyższego powoduje brak pewności po stronie Wykonawcy co do możliwości dostarczanej Karty.

Izba uwzględniła zarzut dotyczący braku wymogu przygotowania przez Wykonawcę procedur reklamacyjnych. Prawem Zamawiającego jest postawienie Wykonawcy wymogu opracowania tego typu regulacji tym bardziej, iż jak zauważył na rozprawie Zamawiający, nałożył on na siebie obowiązek współpracy z Wykonawcą przy realizacji zamówienia, w tym dostęp do wszelkich źródeł informacji, osób, dokumentów, przepisów i regulaminów obowiązujących Zamawiającego (§7 ust. 7.1.2 i 7.1.6 Wzoru umowy). Jednak wymóg opracowania tego typu procedur powinien zostać jasno wskazany w Specyfikacji. Wobec braku takiego wymagania Zamawiający nie będzie uprawniony do żądania od Wykonawcy realizacji tego zadania. Niewystarczający jest w tym przypadku zawarty w pkt 3.2 lit. b) Opisu przedmiotu zamówienia wymóg przedstawienia ogólnego opisu organizacji projektu z uwzględnieniem wszelkich innych niezbędnych procedur.

Mając na uwadze, iż potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 58 § 2 kc w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, na podstawie art. 191 ust. 1, 1a i 2pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami postępowania odwoławczego Izba obciążyła Zamawiającego uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocników obu Odwoływających.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

Lucia Stamejko

Członkowie:

Opuszał

Wojciech