

**Sygn. akt KIO 2232/19**

**WYROK**  
**z dnia 20 listopada 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2019 r. przez wykonawcę KBU Sp. z o.o. w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miejską Kraków

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Miejskiej Kraków zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ten sposób, że:

- postanowienie § 3 ust. 11 IPU uzyskuje brzmienie:

„Zamawiający zapewni wykonawcy na jego potrzeby własne dostęp do programu do bieżącej weryfikacji (kontroli) czasu i jakości pracy swoich kontrolerów;

- postanowienie § 3 ust. 5 IPU uzyskuje brzmienie:

„W przypadku, gdy urządzenie okaże się niemożliwe do naprawy lub naprawa będzie niezasadna z przyczyn ekonomicznych, Wykonawca dostarczy nowe urządzenie”;

- wskazanie w § 11 ust. 1 lit. i IPU definicji nierzetelnego wykonywania kontroli oraz innych obowiązków” podlegające sankcji kary umownej;

- odstąpienie za uznanie za działania wykonawcy zachowań pracownika wskazanych w § 11 ust. 1 pkt 7 IPU oraz odstąpienie od uznania takich działań za podstawę do odstąpienia od umowy przez zamawiającego i opatrzenia ich sankcją kary umownej.

1.2. oddala pozostałe zarzuty odwołania

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miejską Kraków i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę KBU Sp. z o.o. w Krakowie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Gminy Miejskiej Kraków na rzecz wykonawcę KBU Sp. z o.o. w Krakowie kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Miejska Kraków – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest obsługę obszaru płatnego parkowania w Krakowie. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 23 października 2019 r. pod numerem 2019/S 205-499831. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawca KBU Sp. z o.o. w Krakowie wniósł odwołanie 4 listopada 2019 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 7 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ”) w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny oraz niepełny, nieuwzględniający wszystkich okoliczności mających wpływ na przygotowanie oferty, a także utrudniający uczciwą konkurencję oraz dostęp do zamówienia, w szczególności przez:

a. żądanie zapewnienia przez wykonawców programu do bieżącej weryfikacji (kontroli) czasu i jakości pracy kontrolerów, którego dostawcą jest podmiot będący konkurencją wobec innych wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu,

b. sformułowanie nieadekwatnego do istoty umowy zobowiązania do zapewnienia gwarancji jakości,

c. brak zawarcia w OPZ informacji dotyczących postępowania w sytuacji, gdy urządzenie mobilne nie jest możliwe do naprawy,

d. brak doprecyzowania co należy rozumieć pod pojęciem „w sposób ciągły” w odniesieniu do wykonywania usługi, odpytywania pojazdów oraz poruszania się po terenie kontroli, w tym z uwzględnieniem okoliczności wynikających z przepisów prawa, ale także ze zdarzeń losowych, itp.,

e. brak wskazania niezbędnych informacji dotyczących urządzeń mobilnych, które będą podlegały serwisowaniu, naprawom i bieżącemu serwisowaniu;

2) art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 7 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób także utrudniający uczciwą konkurencję oraz dostęp do zamówienia, poprzez nałożenie na wykonawców nadmiernych wymagań, nieadekwatnych do potrzeb Zamawiającego, a także

oderwanych od realiów rynkowych oraz przepisów prawa, powodujących wręcz niemożliwość świadczenia, w tym w szczególności:

- a. żądanie zatrudnienia wszystkich kontrolerów na umowy o pracę,
- b. żądanie wyrywkowego prowadzenia badań trzeźwości pracowników,
- c. wymaganie minimalnej częstotliwości odpytań pojazdów nie rzadziej niż co 6 minut, szczególnie wobec niedoprecyzowania pojęcia „w sposób ciągły” oraz wobec wyłączenia z ww. statystyki odpytań biletów parkingowych,
- d. niedoprecyzowania zasad prowadzenia programów pilotażowych;

3) art. 353<sup>1</sup> i art. 5 Kodeksu cywilnego (dalej: "KC") w zw. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy art. 36 ust. 1 pkt 12) ustawy przez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów przez określanie wskazanych w uzasadnieniu odwołania warunków umowy w sposób sprzeczny z zasadą równości i zasadą uczciwej konkurencji, obciążenie wykonawcy nadmiernymi obowiązkami i ryzykiem poprzez nałożenie na wykonawców obowiązków szczegółowo omówionych w uzasadnieniu;

4) art. 353<sup>1</sup> KC, art 5, art. 471, art. 483 § 1 oraz art. 484 § 2 KC, w zw. z art. 7 ust. 1, art. 14 oraz art. 139 ustawy przez wykorzystanie pozycji dominującej zamawiającego i uprzywilejowanie pozycji zamawiającego wobec wykonawcy, polegające na nałożeniu w SIWZ rażąco wygórowanych i nieadekwatnych kar umownych na wykonawcę, co prowadzi do naruszenia zasady współzycia społecznego i wprowadza nadmierną nierówność stron umowy;

5) art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy oraz art. 5 KC w zw. z art. 14 ustawy oraz art. 139 ustawy przez opisanie kar umownych w sposób niejednoznaczny i niedookreślony, a tym samym obarczający wykonawcę zbyt dużym ryzykiem poniesienia straty, co stanowi nadużycie pozycji zamawiającego jako strony konstruującej stosunek prawny i wskazuje na przekroczenie przez zamawiającego granicy swobody umów;

6) art. 14 i 139 ust. 1 ustawy w z w. z art. 353<sup>1</sup> KC przez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego, w szczególności w przypadku wymagania prowadzenia kontroli, odpytań i przemieszczania się po terenie w sposób bezwzględnie ciągły skutkujący koniecznością wykonania odpytań pojazdów (innych niż posiadających opłacony bilet oraz abonament) nie rzadziej niż co 6 minut;

7) art. 353<sup>1</sup>, art. 5 KC w zw. z art. 139 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy przez zastrzeżenie w § 13 ust. 1 pkt 7 IPU klauzuli uprawniającej zamawiającego do odstąpienia od umowy (i nałożenia z tego tytułu podwyższonej kary umownej) w przypadkach niezawinionych

niezależnych od wykonawcy, w tym także niemożliwych do zapobieżenia przez wykonawcę pomimo dołożenia wszelkiej możliwej staranności, a tym samym obarczających wykonawcę zbyt dużym ryzykiem poniesienia straty, co stanowi nadużycie pozycji zamawiającego jako strony konstruującej stosunek prawny i wskazuje na przekroczenie przez Zamawiającego granicy swobody umów;

8) art. 7 ust. 1 Pzp przez ukształtowanie postanowień umowy wskazanych w odwołaniu w sposób naruszający zasadę proporcjonalności, w tym w szczególności proporcjonalności przyjętych sankcji względem chronionych interesów zamawiającego.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienia odwołania;
- 2) nakazanie zamawiającemu zmiany SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania;
- 3) nakazanie zamawiającemu zmiany terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian z zachowaniem terminu określonego w art. 12a ust. 2 pkt 1 Pzp.

Szczegółowe zarzuty i żądania odwołania oraz argumentację odwołujący formułował w następujący sposób:

## **„II. Dotyczy 3.6 SIWZ**

Jednym z elementów Opisu przedmiotu zamówienia (pkt 3 SIWZ), jest wymóg zawarty w pkt 3.6 SIWZ, aby wykonawca udzielił gwarancji na wykonane usługi na okres 12 miesięcy od daty ich odbioru.

Wobec specyfiki usługi objętej przedmiotem zamówienia instytucja gwarancji jakości nie będzie miała co do zasady zastosowania. W odniesieniu do czynności kontroli poboru opłat za postój pojazdów, utrzymania czystości i estetyki urządzeń oraz ochrony i dozoru urządzeń można mówić jedynie o obowiązku ich należytego wykonania. Efekt tych czynności istnieje w momencie ich wykonania w okresie obowiązywania umowy, dlatego też trudno mówić o utrzymaniu tego efektu, a tym bardziej jakości, w okresie kolejnych 12 miesięcy. Dodatkowo zaznaczyć należy, iż umowa nie przewiduje protokolarnego odbioru usługi, a zatem nie jest nawet wiadome od kiedy należałoby liczyć okres gwarancji.

Jedynym przypadkiem, gdy gwarancja jakości będzie miała zastosowanie, jest sytuacja wymiany uszkodzonych elementów zestawów urządzeń mobilnych w ramach wykonywania obowiązków serwisowych, a także dostarczenia nowego urządzenia przy zdawaniu urządzeń przy zakończeniu umowy (w sytuacji odmowy odbioru używanego urządzenia z powodu niedającego się naprawić uszkodzenia). Przypadki te zostały uregulowane jednak w sposób odrębny i wystarczający w § 3 ust. 4 i 9 Załącznika nr 3 do SIWZ „Istotne postanowienia umowy” (dalej „IPU”).

Mając na uwadze powyższe, zapis w pkt 3.6 SIWZ jest nieadekwatny do istoty umowy, wprowadza w błąd, zaś wobec zapisów § 3 ust. 4 i 9 IPU, zbędny.

Wniosek:

Wnoszę o:

- wykreślenie pkt 3.6 SIWZ

- ewentualnie o zmianę tego punktu w następujący sposób:

Pkt 3.6: „Wymagany okres gwarancji na wymienione przez wykonawcę elementy urządzeń mobilnych oraz nowe urządzenia mobilne wynosi 12 miesięcy od dnia wykonania naprawy urządzenia lub - odpowiednio - przekazania zamawiającemu.”

### **III. dotyczy pkt 3.12 SIWZ w zw. z § 4 pkt 14 IPU:**

Zamawiający wymaga zatrudnienia na umowy o pracę wszystkich kontrolerów (osób zajmujących się bezpośrednią kontrolą wnoszenia opłat w strefie płatnego parkowania). Tymczasem należy zauważyć, iż strefa ta w Krakowie obowiązuje w godzinach 10.00-20.00, tj. 10 godzin dziennie przez 6 dni w tygodniu (poniedziałek-sobota). Tym samym liczba godzin wykonywania czynności kontrolnych znacznie przekracza liczbę godzin w ramach etatu, co powoduje, iż konieczne jest zatrudnianie części kontrolerów na niepełnym etacie. Mając na uwadze realia rynku pracy, osób zainteresowanych pracą kontrolera w niepełnym wymiarze jest niewiele, co znacznie utrudnia wykonawcom realizację zamówienia i generuje znaczne dodatkowe koszty. Znacznie większe zainteresowanie takim niepełnym wymiarem jest wśród osób poszukujących dodatkowego zatrudnienia, takich jak np. studenci. W takich przypadkach korzystniejszą formą zatrudnienia dla tych osób, jak również dla wykonawcy, jest umowa zlecenia.

W tym miejscu należy zauważyć, iż sam zamawiający zatrudnia znaczną część kontrolerów na umowy zlecenia. Z informacji przekazanych przez Miejską Infrastrukturę Sp. z o.o. wynika, iż w okresie od 23.09 do 18.10.2019 r. zatrudnionych było 43 kontrolerów, z czego jedynie 6 osób na umowę o pracę, zaś 37 na umowy zlecenia.

Dowód: pismo Miejskiej Infrastruktury Sp. z o.o. z dnia 25.10.2019 r.

Mając na uwadze powyższe, wymóg zatrudniania kontrolerów wyłącznie na umowy o pracę jest nieuzasadniony z uwagi na uwarunkowania rynkowe i brak zainteresowania wskazaną formą zatrudnienia w przypadku niepełnego wymiaru czasu pracy.

Wniosek: Wnoszę o:

- wykreślenie pkt 3.12 SIWZ oraz § 4 ust. 14 IPU

- ewentualnie zmianę tych zapisów w następujący sposób:

Pkt. 3.12 SIWZ: „Zamawiający, zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę co najmniej 50% kontrolerów - osób zajmujących się bezpośrednią kontrolą wnoszenia opłat w strefie płatnego parkowania”.

§ 4 ust. 14 IPU: „Wykonawca oświadcza, że co najmniej 50% osób, które będą wykonywały w trakcie realizacji niniejszej umowy funkcję Kontrolera - osoby zajmującej się bezpośrednią kontrolą wnoszenia opłat w obszarze płatnego parkowania będą zatrudnione przez wykonawcę na podstawie umowy o pracę”.

#### **IV. Dotyczy §3 ust. 11 IPU:**

Zamawiający wymaga, aby Wykonawca zapewnił na własne potrzeby program do bieżącej weryfikacji (kontroli) czasu i jakości pracy swoich kontrolerów.

Należy jednak zauważyć, iż jedynym takim systemem dostępnym na rynku - nota bene, którym posługuje się również Zamawiający-jest oprogramowanie należące do City Parking Group S.A. (dalej jako „CPG”), a zatem wykonawcy będącego bezpośrednią konkurencją dla Odwołującego, jak i dla innych wykonawców świadczących usługi obsługi stref płatnego parkowania. W sytuacji, gdy dla realizacji zamówienia (wobec wskazanego żądania Zamawiającego) narzędzie takie jest obowiązkowe, wykonawcy inni niż CPG mają bardzo utrudniony (a nawet wręcz uniemożliwiony) dostęp do przedmiotowego zamówienia. Na potrzeby złożenia oferty każdy z wykonawców musi bowiem uzyskać ofertę od CPG na zakup odpowiednich licencji, zaś ich cenę w kalkulować we własną cenę ofertową. W konsekwencji możliwość złożenia przez tych wykonawców oferty, a także wysokość oferowanej ceny, jest zależna od bezpośredniego konkurenta na rynku.

Mając na uwadze powyższe, celem zachowania uczciwej konkurencji i zapewnienia równego dostępu do zamówienia wszystkim wykonawcom zainteresowanym jego uzyskaniem, Zamawiający powinien na własny koszt nabyć licencje do tego oprogramowania w celu udostępnienia ich wykonawcy, który uzyska zamówienie lub też (co Zamawiający - ZIKiT Kraków - zrobił w analogicznym postępowaniu w 2013 r.) powinien samodzielnie uzyskać ofertę od CPG, a oferta ta - stanowiąca załącznik do SIWZ - byłaby podstawą zakupu licencji przez wykonawcę. Z punktu widzenia kosztów, oba warianty w takim samym stopniu obciążają Zamawiającego- przy czym w pierwszym wypadku Zamawiający poniósłby koszt zakupu licencji bezpośrednio, zaś w drugim - pośrednio, poprzez zapłatę wykonawcy wynagrodzenia, w które byłby on w kalkulowany. W obu przypadkach natomiast każdy z potencjalnych wykonawców będzie miał zapewnione równe warunki dostępu do ww. licencji, a także wyłączone zostanie ryzyko całkowitej odmowy sprzedaży licencji przez CPG.

Należy podkreślić, iż brak jest na rynku innego rozwiązania technicznego umożliwiającego wykonawcy bieżącą weryfikację czasu pracy i jakości kontroli świadczonej przez kontrolerów (kontrola wykonywanych odczytów).

Wniosek:

Wnoszę o zmianę 3 ust. 11 IPU:

- w następujący sposób:

„Zamawiający zapewni Wykonawcy na jego potrzeby własne dostęp do programu do bieżącej weryfikacji (kontroli) czasu i jakości pracy swoich kontrolerów.”

- ewentualnie na następujący zapis:

„Wykonawca zobowiązany jest zapewnić na własne potrzeby program do bieżącej weryfikacji (kontroli) czasu i jakości pracy swoich kontrolerów. Zamawiający gwarantuje maksymalne ceny na licencję oprogramowania do bieżącej weryfikacji (kontroli) czasu i jakości pracy kontrolerów zgodnie z ofertą z dnia...r. (zał. nr do SIWZ).”

#### **V. dotyczy z § 3 ust. 5 IPU**

Co do zasady, zgodnie z § 3 ust. 1 i nast. IPU, Wykonawca w ramach czynności serwisowych urządzeń mobilnych zobowiązany jest do ich utrzymania, naprawy i serwisu, tj. dostawy i wymiany materiałów eksploatacyjnych (ust. 2 i 3), wymiany uszkodzonych elementów w razie awarii (ust. 4) oraz utrzymania należytego stanu technicznego tych urządzeń (ust. 5). Zgodnie z ust. 5, Zamawiający - zgodnie z ust. 5 - na czas naprawy zobowiązany jest zapewnić urządzenie zastępcze, jednakże na czas nie dłuższy niż 28 dni. Powstaje zatem wątpliwość dotycząca sytuacji, gdy okaże się, iż urządzenie nie jest możliwe do naprawy. Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia nowego urządzenia jedynie w przypadku wskazanym w ust. 9 (przy zdawaniu urządzeń po zakończeniu umowy, gdy zamawiający odmówi odbioru urządzenia z powodu niemożliwego do naprawienia uszkodzenia). Tym samym w sytuacji, gdy - w toku realizacji umowy - urządzenie ulegnie awarii w taki sposób, iż nie będzie możliwa jego naprawa, po 28 dniach użytkowania urządzenia zastępczego, stan urządzeń w stosunku do liczby przekazanej przez Zamawiającego ulegnie zmniejszeniu, co uniemożliwi Wykonawcy wykonywanie obowiązku czynności kontroli poboru opłat. Tym samym niezbędne jest doprecyzowanie w IPU wskazanej sytuacji, w celu uniknięcia ewentualnych sporów prowadzących do zakłócenia płynności świadczenia usługi.

Wniosek:

Skoro stroną zapewniającą odpowiednią liczbę urządzeń dla minimalnej (wymaganej) liczby kontrolerów jest Zamawiający, zaś wykonawca zobowiązany jest do wymiany jedynie elementów, które uległy awarii, wnoszę o doprecyzowanie § 3 ust. 5 IPU poprzez dodanie zdania:

„Zamawiający zapewni także urządzenie zastępcze, w sytuacji gdy naprawa urządzenia okaże się niemożliwa.”

#### **VI. Dotyczy § 4 ust. 1, 2 i 5 IPU, a także § 11 ust. 1 lit. e IPU:**

Zamawiający wymaga wykonywania usługi „w sposób ciągły” w dniach i godzinach obowiązywania strefy płatnego parkowania (ust. 1). Także w ust. 2 wskazano, iż odpytywanie każdego pojazdu po numerze rejestracyjnym ma odbywać się „w sposób



ciągły". Natomiast zgodnie z ust. 5, każdy z kontrolerów porusza się „w sposób ciągły” po określonym terenie kontroli.

Nie zostało jednak doprecyzowane, co należy rozumieć pod pojęciem „w sposób ciągły”.

Należy zauważyć, że kontrolerzy zatrudnieni na podstawie umowy o pracę, których czas pracy przekracza 6 godzin mają prawo, zgodnie z Kodeksem pracy, do 15 min przerwy (np. na posiłek regeneracyjny), która wlicza im się do czasu pracy. Ponadto w obszarach kontroli brak jest pomieszczeń higieniczno-sanitarnych, dlatego też niejednokrotnie koniecznym jest opuszczenie przez kontrolera kontrolowanego obszaru, celem zaspokojenia oczywistych potrzeb fizjologicznych. Tym samym zachodzą przypadki, gdy kontroler musi na krótki czas opuścić obszar kontroli, co nie oznacza zaprzestania wykonywania kontroli. Zdarzają się także przypadki, gdy kontroler zmuszony jest zaprzestać wykonywania czynności stricte kontrolnych, z uwagi na wykonywanie innych czynności, nawet przewidzianych samą umową, np. udzielanie odpowiedzi lub innej pomocy użytkownikowi strefy. Dlatego też niezbędne jest doprecyzowanie w IPU, iż korzystanie z przerw w pracy wynikających z regulacji Kodeksu pracy lub w celu zaspokojenia potrzeb fizjologicznych, a także w celu wykonywania innych obowiązków nałożonych na kontrolerów zgodnie z umową, jest rozumiane jako utrzymywanie ciągłości - odpowiednio - kontroli, odpytywania pojazdów oraz poruszania się po terenie.

Czynności kontroli wykonują osoby fizyczne. Konieczne jest zatem przewidzenie sytuacji losowych, awaryjnych, związanych z chociażby ze złym samopoczuciem czy pogorszeniem zdrowia. Takie przypadki nie powinny być traktowane jako nienależyte wykonanie kontroli, gdyż są to okoliczności niezależne od czyjejkolwiek woli, a jednocześnie nierozdzielnie związane z czynnikiem ludzkim. Oczywistym jest, iż w takich sytuacjach Wykonawca powinien dołożyć należytej staranności w celu zastąpienia kontrolera, który z przyczyn niezależnych nie może kontynuować czynności, jednakże zastępstwo takie nie może zostać zapewnione w sposób bezwzględnie ciągły. Żądanie takiej reakcji byłoby de facto świadczeniem niemożliwym. Dlatego też czas niezbędny Wykonawcy na zapewnienie zastępstwa także nie powinien być traktowany jako przerwanie ciągłości kontroli/odpytywania czy poruszania się po terenie.

Powyższe ma szczególne znaczenie wobec zapisów IPU dotyczących kar umownych, w szczególności § 11 ust. 1 lit. e) IPU, który przewiduje karę umowną w wysokości 150 zł za każdy stwierdzony przypadek nieobecności kontrolera w przydzielonym do kontroli obszarze, a zatem za każdy przypadek opuszczenia kontrolowanego obszaru;

Niedopuszczalne jest obciążenie wykonawcy tak poważnym ryzykiem naliczenia wskazanych kar umownych za przypadki całkowicie niezależne od czyjejkolwiek woli i zupełnie oderwane od staranności wykonawcy. Niestety tożsame zapisy znajdują się w

umowach regulujących analogiczne usługi w latach ubiegłych, w tym wykonywanej obecnie, a praktyka pokazuje, iż właśnie taką rygorystyczną wykładnię stosuje Zamawiający, nakładając na aktualnego wykonawcę regularnie kary umowne nawet przekraczające kwotę 100 000,00 zł w skali miesiąca z tytułu opuszczenia strefy przez kontrolera.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę o:

- dodanie w § 4 ust. 6 zdania drugiego w brzmieniu:

„Nie stanowią naruszenia obowiązku wykonywania kontroli, odpytywania pojazdów oraz poruszania się po terenie w sposób ciągły, przypadki korzystania z kontrolerów z przerw w pracy wynikających z regulacji Kodeksu pracy lub w celu zaspokojenia potrzeb fizjologicznych, a także w celu wykonywania innych obowiązków nałożonych na kontrolerów zgodnie z umową, bądź też innych przerw usprawiedliwionych okolicznościami obiektywnymi.”

- zmianę brzmienia § 11 ust. 1 lit. e) IPU na następujące:

„za każdy stwierdzony nieusprawiedliwiony przypadek nieobecności kontrolera w przydzielonym do kontroli obszarze (zgodnie z przekazanym grafikiem od wykonawcy) w czasie obowiązywania płatnego postoju to jest 10:00-20:00 - 150 zł”

#### **VII. Dotyczy § 4 ust. 2 i 8a IPU:**

Zgodnie z § 4 ust. 2 IPU, kontroler ma obowiązek odpytywania każdego pojazdu parkującego w obszarze płatnego parkowania po numerze rejestracyjnym w sposób ciągły. Odpytywanie to odbywa się za pomocą urządzenia mobilnego do kontroli opłat.

W tym miejscu aktualny jest problem „ciągłości odpytywania”, o którym mowa w pkt VI niniejszego odwołania.

Natomiast dodatkowym problemem jest kwestia niespójności treści § 4 ust. 2 IPU z treścią § 4 ust. 8a IPU oraz Załącznika nr 5 do SIWZ (Opis techniczny urządzeń mobilnych). Mianowicie, w zdaniu drugim § 4 ust. 2 IPU wskazano, iż „Wyjątek w odpytywaniach będą stanowić pojazdy posiadające ważny bilet postojowy zakupiony w parkometrze lub abonament postojowy wydany przez Zamawiającego na dana podstrefę i sektor.” Tymczasem z opisu urządzenia mobilnego (Załącznik nr 5) wynika, iż za pomocą urządzenia mobilnego sprawdza się, czy dokonano opłaty za pojazd, zaś opłata może być dokonana poprzez abonament, bilet, płatność mobilną. Oznacza to, iż odpytanie za pomocą urządzenia mobilnego odbywa się w każdym przypadku weryfikacji uiszczenia opłaty, niezależnie od formy dokonanej opłaty. Taki sposób odpytywania wynika także z praktyki - za pomocą urządzenia mobilnego odpytuje się każdy pojazd, niezależnie od tego czy ma za sobą bilet, abonament, czy inną informację (np. o opłacie mobilnej). Odpytanie takie jest konieczne chociażby w celu weryfikacji, czy umieszczony za szybą bilet jest ważny i rzeczywiście zakupiony w parkometrze, czy abonament jest aktualny, itp. Dlatego też wyjątek ustanowiony

w zdaniu drugim § 4 ust. 2 IPU jest całkowicie niezrozumiały i sprzeczny z pozostałymi wymaganiami (choćby wynikającymi nawet z samej treści tego zdania, gdy wyjątkiem od odpytywania jest „ważny” bilet „zakupiony w parkometrze” - aby ustalić te okoliczności niezbędne jest właśnie odpytanie w urządzeniu mobilnym).

Na wewnętrzną sprzeczność IPU wskazuje także § 4 ust. 8a IPU, zgodnie z którym kontrola wnoszenia opłat obejmuje kontrolę ważności biletów parkingowych/abonamentów/płatności mobilnych oraz innych, zaś „Kontroler zobowiązany jest do weryfikowania każdego dokumentu potwierdzającego wniesienie opłaty”. Przy czym dalej Zamawiający wskazuje, iż za pomocą urządzenia mobilnego odbywa się kontrola abonamentów i płatności mobilnych (a zatem z niewiadomych względów Zamawiający w tym miejscu nie przewiduje kontroli biletów za pomocą urządzenia mobilnego, choć i tak konieczne jest wykonanie takiej kontroli zgodnie z § 4 ust. 8 b IPU („kontroler rozpoczyna czynności od sprawdzenia czy za szybą pojazdu znajduje się jedna z dopuszczalnych form (...), następnie tą samą czynność dokonuje urządzeniem mobilnym”); ponadto wyjątkiem w § 4 ust. 2 objęte jest także odpytywanie abonamentów, zaś ust. 8a nakazuje odpytywanie abonamentów).

Powyższa kwestia nabiera szczególnego znaczenia wobec treści zdania czwartego i piątego w § 4 ust. 8s IPU oraz § 11 ust. 1 lit. i) IPU. Zamawiający zastrzegł bowiem, iż jakość kontroli będzie weryfikowana przez Zamawiającego m.in. poprzez sprawdzenie w systemie częstotliwości i ilości sprawdzeń wykonanych przez kontrolerów w systemie, a dodatkowo wskazał, iż częstotliwość odpytań nie może być rzadsza niż co 6 minut. Z przytoczonych zapisów umowy wynika, iż do oczekiwanej częstotliwości odpytań Zamawiający nie zamierza wliczać odpytań biletów parkingowych (a są to zdecydowanie najczęstsze przypadki sprawdzeń), a nadto nie wiadomo, czy wliczeniu podlegać będą abonamenty czy też nie. Przy takim podejściu Zamawiającego, a dodatkowo wobec zasad procedury wystawiania zawiadomień (§ 4 ust. 7 IPU) oraz zakresu obowiązków kontrolera (m.in. § 4 ust. 8 b, f IPU), niemożliwe jest uzyskanie częstotliwości odpytań nie rzadziej niż co 6 minut:

- kontroler obchodząc swój teren zobowiązany jest do (ust. 8 lit. f 4. kropka) ustalenia autentyczności biletów i abonamentów znajdujących się w pojazdach (i niezwłocznego informowania przełożonego o nieprawidłowościach), a także do weryfikacji ważności biletów (§ 4 ust.2 IPU). Konieczne jest zatem zweryfikowanie po kolei każdego pojazdu znajdującego się w strefie poprzez odpytanie w systemie - dotyczy to zatem nie tylko płatności mobilnych i abonamentów, ale przede wszystkim biletów, których jest zdecydowanie najwięcej oraz pojazdów bez dokumentu opłaty.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, iż w niektórych rejonach (np. okolice ośrodków akademickich), ogromną większość stanowią opłaty uiszczone za pomocą zakupu biletu w parkomacie. W jaki sposób kontroler ma zapewnić oczekiwaną częstotliwość odpytań w

sytuacji, gdy na danym terenie przypadków nieopłaconego postoju jest niewiele, zaś opłaty dokonywane są za pomocą biletów, których nie wlicza się w statystyki częstotliwości odpytań?

- kolejną kwestią obrazującą brak możliwości zapewnienia częstotliwości odpytań na poziomie nie rzadziej niż co 6 minut, jest konieczność wykonywania obowiązków takich jak przygotowanie dokumentacji fotograficznej i sporządzenie notatki w przypadku stwierdzenia nieautentycznego biletu/abonamentu, słuzenie pomocą i informacją kierowcom korzystającym z obszaru płatnego parkowania (w tym także - co często się zdarza - konieczność konfrontacji z użytkownikiem, któremu wystawiono mandat za nieopłacony postój), co najczęściej wiąże się z koniecznością poświęcenia na te czynności co najmniej kilku minut, a zatem znowu nierealne staje się odnalezienie w ciągu 6 minut nieopłaconego pojazdu lub pojazdu z opłatą mobilną (ewentualnie abonamentem);

- co najważniejsze jednak, w przypadku stwierdzenia braku uiszczenia opłaty za postój, kontroler ma obowiązek odczekać 5 minut, ponowić odpytanie, a następnie wykonać zdjęcia (dokumentacja fotograficzna, minimum 5 zdjęć w określonych umową ujęciach), po czym dopiero może wystawić zawiadomienie o opłacie dodatkowej (m.in. § 4 ust. 8 lit b IPU). Wykonanie tych czynności zdecydowanie przekracza 6 minut, a zatem już z samej zasady nie jest możliwe zapewnienie wymaganej częstotliwości odpytań;

- w kontekście częstotliwości odpytań istotne znaczenie mają także wcześniejsze zastrzeżenia dotyczące ciągłości kontroli (przerwy w pracy wynikające z przepisów prawa pracy, czynności fizjologiczne, sytuacje losowe) - przerwy takie nie stanowią przejawu nienależytego wykonania umowy, a zatem możliwość ich wystąpienia powinna być uwzględniona przy ustalaniu wymaganej częstotliwości odpytań. Pamiętać bowiem należy, iż czas ciągłej kontroli w jednym dniu wynosi aż 10 godzin.

Mając na uwadze powyższe, tak sztywno określona częstotliwość odpytań powoduje, iż kontrolerzy będą zmuszeni wykonywać swoje obowiązki bardzo mechanicznie, w ogromnym tempie, co będzie skutkowało z kolei innymi błędami (np. w treści wystawianych zawiadomień czy w treści odpytań). Tak skonstruowany zapis, w świetle ogromu obowiązków nałożonych na kontrolera, stanowi wyłącznie narzędzie do codziennego naliczania kar umownych wykonawcy. Zwrócić należy uwagę na bardzo lakoniczny zapis w § 11 ust. 1 lit. i) IPU, zgodnie z którym za każdy przypadek nierzetelnego wykonywania kontroli oraz innych obowiązków (za wyjątkiem wskazanych w § 11 ust. 1 pkt g i h) w stosunku do zasad i wymogów określonych m.in. w § 4, Zamawiający naliczy karę w wysokości aż 250 zł. Wobec wyraźnego zastrzeżenia minimalnej oczekiwanej częstotliwości odpytań, a także w świetle kilkukrotnego powtórzenia w treści IPU, iż praca kontrolerów będzie sprawdzana przez Zamawiającego m.in. poprzez weryfikację częstotliwości i ilości

odpytań w systemie, należy się spodziewać, iż każde odstępstwo od wspomnianych 6 minut będzie skutkowało karą w wysokości 250 zł, co w skali 10-cio godzinnego dnia, może wiązać się z ogromnymi karami dziennymi dla wykonawcy. Co najważniejsze, kary te nakładane byłyby pomimo tego, iż czynności kontroli wykonywane byłyby zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i przy dołożeniu wszelkiej należytej staranności. Zapewnienie częstotliwości oczekiwanej przez Zamawiającego wymagałoby wykonywania wyłącznie czynności odpytywania z pominięciem jakichkolwiek pozostałych obowiązków. Umowa jest ewidentnie wewnętrznie sprzeczna w tym zakresie, a w konsekwencji zakres kontroli został skonstruowany jako świadczenie obiektywnie niemożliwe do wykonania.

Wniosek: Mając na uwadze powyższe, wnoszę o:

- wykreślenie w § 4 ust. 2 IPU zdania trzeciego („Wyjątek w odpytaniach będą stanowić pojazdy posiadające ważny bilet postojowy (...);
- wykreślenie w § 4 ust. 8 lit. a IPU zdania piątego („Weryfikacja poprzez odpytanie odbywać się musi nie rzadziej niż co 6 minut”),

#### **VIII. Dotyczy § 8 ust. 9 IPU:**

Zgodnie z § 8 ust. 9 IPU, Wykonawca zobowiązany jest wrywkowo prowadzić kontrolę trzeźwości pracowników przed wejściem i zejściem ze strefy. Tymczasem prawo pracy, a w szczególności ustawa z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 2137 z późn. zm.), nie zezwala na prewencyjne żądanie od każdego pracownika poddania się badaniu trzeźwości. Zgodnie z art. 17 ust. 3 ww. ustawy dopuszczalne - i uzasadnione - jest żądanie od pracownika poddania się badaniu trzeźwości, wyłącznie wtedy, gdy zachodzi uzasadnione podejrzenie, że stawił się do pracy w stanie po użyciu alkoholu albo spożywał alkohol w czasie pracy. Ponadto, zgodnie z art. 17 ust. 1 tej ustawy, na kierownika zakładu pracy lub osobę przez niego upoważnioną obowiązek niedopuszczenia do pracy pracownika w razie zaistnienia okoliczności uzasadniających podejrzenie, że pracownik ten znajduje się w stanie po użyciu alkoholu. Tym samym badanie trzeźwości, co podkreśla się w literaturze<sup>1</sup>, można przeprowadzić wyłącznie w sytuacji, gdy zachowanie pracownika, powszechnie, z obiektywnego punktu widzenia wskazuje na pozostawanie pod wpływem alkoholu. Ponadto kontrolę trzeźwości powinien przeprowadzić organ uprawniony do ochrony porządku publicznego, a nie pracodawca (art. 17 ust. 3 ww. ustawy).

Wniosek:

Mając na uwadze powyższe, w celu dostosowania obowiązków Wykonawcy do powszechnie obowiązujących przepisów prawa, wnoszę o:

- zmianę brzmienia zdania pierwszego § 8 ust. 9 IPU na następujące: „Wykonawca zobowiązany jest zażądać przeprowadzenia przez organ uprawniony badania trzeźwości

pracownika przed wejściem lub zejściem ze strefy w przypadku, gdy zachodzi uzasadnione podejrzenie, że pracownik stawiał się do pracy w stanie po użyciu alkoholu albo spożywał alkohol w czasie pracy."

#### **IX. Dotyczy § 9 ust. 4 IPU:**

Zamawiający zastrzegł możliwość wprowadzania programów pilotażowych bez szerszego określenia co jest rozumiane pod tym pojęciem. Dla wykonawców przede wszystkim zapis ten stwarza ryzyko próby jednostronnego dokonania rozszerzenia obowiązków wykonawcy przez Zamawiającego z powołaniem się na przewidziany w umowie program pilotażowy, co może prowadzić do wygenerowania po stronie wykonawcy dodatkowych, nieprzewidzianych kosztów, które - wobec wynagrodzenia ryczałtowego - nie zostaną pokryte przez Zamawiającego. Z drugiej strony zawarte w ww. paragrafie zastrzeżenie, iż Zamawiający może postanowić jednostronnie, iż z uwagi na program pilotażowy, wykonawca ma nie realizować przedmiotu umowy w pełnym jej zakresie, stwarza po stronie wykonawcy ogromne ryzyko poniesienia nieprzewidzianych strat.

Wniosek:

W celu ograniczenia ryzyka wykonawcy, konieczne jest doprecyzowanie, iż program pilotażowy nie będzie obciążał wykonawcy dodatkowymi obowiązkami i kosztami, zaś w przypadku ograniczenia zakresu obowiązków wykonawcy, pozostanie to bez wpływu na wartość wynagrodzenia wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę o:

- dopisanie w § 9 ust. 4 IPU zdania trzeciego w brzmieniu: „Program pilotażowy będzie prowadzony przez Zamawiającego na własny koszt i ryzyko Zamawiającego oraz nie będzie obciążał wykonawcy dodatkowymi obowiązkami i kosztami, zaś w przypadku ograniczenia zakresu obowiązków wykonawcy, pozostanie to bez wpływu na wartość wynagrodzenia wykonawcy."

- oraz dodanie do § 14 ust. 1 IPU należy dodać lit. d) w brzmieniu:

„d) podejmie decyzję o przeprowadzeniu programu pilotażowego, który będzie wiązał się ze zwiększeniem zakresu lub ilości obowiązków wykonawcy".

#### **X. Dotyczy §11 ust. 1 lit. e, f, h, i, j, l, n IPU:**

Zamawiający w § 11 ust. 1 IPU określił szeroki katalog kar umownych. Wskazać należy jednak, iż stawki poszczególnych kar są rażąco wygórowane w stosunku do ewentualnej potencjalnej szkody jaką Zamawiający mógłby ponieść na skutek naruszenia stanowiącego podstawę naliczenia kary, a także zdecydowanie wykraczają poza pozostałe funkcje jakie powinna pełnić kara umowna. Ponadto podstawy naliczenia kar zostały określone w sposób bardzo ogólnikowy i szeroki, pozostawiający Zamawiającemu znaczną dowolność w ocenie czy dany przypadek objęty jest katalogiem kar. Przypadki podlegające okarowaniu w

znacznej mierze oderwane są od staranności wykonawcy i skutkują sankcjami finansowymi dla wykonawcy w sytuacjach będących skutkiem wydarzeń losowych, niemożliwych do zapobieżenia lub zależnych od czynników zewnętrznych, ewentualnie zwykłych błędów ludzkich niemożliwych do całkowitego wyeliminowania. Zamawiający nie przewidział także żadnej możliwości usunięcia uchybień, czy wad jako okoliczności wyłączającej naliczenie kary. Nie przewidziano również możliwości miarkowania kary umownej stosowanie do stopnia/skali przewinienia w proporcji do istoty wykonywanych obowiązków lub do wysokości szkody.

Tymczasem kary umowne zastrzeżone w umowie nie mogą prowadzić do wzbogacenia Zamawiającego kosztem wykonawcy, co następuje w przypadku, gdy wysokość kary pozwala Zamawiającemu pokryć koszty usługi i dodatkowo uzyskać przychód. Taki sposób konstruowania kar prowadzi do wypaczenia ich istoty. Jak zaznaczyła KIO m.in. w wyroku z dnia 28.12.2018 r., sygn. akt KIO 2574/18, w sytuacji, gdy zestawienie kwot za usługę oraz kwoty wskazuje, że Zamawiający nie tylko nie zapłaci Wykonawcy za wykonaną usługę, ale uzyska dodatkową korzyść przewyższającą wartość zlecenia, kara zmienia swój charakter z odszkodowawczej i może doprowadzić do wypaczenia celu odpłatnej umowy. Nie można w ocenie Izby akceptować takich mechanizmów, które pozbawią wykonawcy przychodu z tytułu świadczonej usługi. Kara umowna powinna mieć wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę umowy, ale nie w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony kosztem drugiej, a wręcz czyniącym niecelowym jej wykonywanie. W tym samym wyroku KIO zauważyła także, iż pozostawienie niedookreślonych sytuacji, w jakich Zamawiający będzie mógł uznać, iż zachowanie wykonawcy wyczerpuje znamiona nienależytego wykonania umowy, stwarza wysokie ryzyko po stronie Wykonawcy, którego nie da się zrekompensować ceną za usługę. Nie jest również w interesie Zamawiającego, aby Wykonawca przerzucał na niego koszt takiego ryzyka w cenie oferty, gdyż może to prowadzić do niezasadnego podniesienia kosztów usługi. Zamawiający powinien zatem uwzględnić również ten argument przy konstruowaniu zapisów umowy.

W konsekwencji, aby zapewnić równowagę stron oraz zachować tak istotę samej usługi jak i istotę oraz cel kar umownych, konieczne jest określenie zamkniętego katalogu obiektywnych, nie pozostawiających pola do interpretacji, kryteriów stanowiących postawy naliczenia kar, zaś ich stawki powinny być proporcjonalne do potencjalnej szkody i wagi uchybienia. Z uwagi na fakt, iż znaczna część potencjalnych naruszeń obowiązków może mieć charakter losowy, przypadkowy lub wynikać z prostych błędów ludzkich, niezbędne jest uwzględnienie takich przypadków jako nie stanowiących o nienależytym wykonaniu umowy, poprzez zastosowanie mechanizmu nakładania kary dopiero po wezwaniu do usunięcia naruszenia ewentualnie -

ustalenie progu potencjalnych błędów, którego przekroczenie będzie stanowiło dopiero podstawę naliczenia kary.

Ad. § 11 ust. 1 lit. e IPU „za każdy stwierdzony przypadek nieobecności kontrolera w przydzielonym do kontroli obszarze (zgodnie z przekazanym grafikiem od Wykonawcy) w czasie obowiązywania płatnego postoju to jest 10:00-20:00 - 150,00 zł”

W przypadku omawianej kary konieczne jest obniżenie wartości kary ze 150 zł do 50 zł. a także dookreślenie, iż kara ta zostanie naliczona wyłącznie za nieusprawiedliwiony przypadek nieobecności kontrolera. Konieczność wnioskowanych zmian wynika z okoliczności omówionych w pkt VI odwołania oraz, iż kara ta we wskazanej wysokości jest rażąco wygórowana. Należy zwrócić uwagę na okoliczność, iż chodzi wyłącznie o czasową/przejściową nieobecność kontrolera (brak wymaganej liczby kontrolerów, a zatem całkowity brak danego kontrolera w danym dniu, a także zaniechanie wykonania kontroli - objęte są odrębnymi karami wskazanymi w lit. b i c). Jak podkreślono przy okazji omówienia zarzutu w pkt VI odwołania, niejednokrotnie konieczne jest zejście chwilowe kontrolera z kontrolowanego obszaru (w celu wykorzystania ustawowej przerwy w pracy, zaspokojenia potrzeb fizjologicznych, nagłego problemu zdrowotnego, itp.). Odnosząc się natomiast do stawki kary, 150 zł - szczególnie wobec aktualnego brzmienia podstaw naliczenia kary oderwanych zupełnie od okoliczności zawinienia i staranności wykonywania czynności, może prowadzić do wielokrotnego naliczenia kary za jeden dzień, wręcz nawet przekroczyć wartość usługi.

Wnoszę o zmianę brzmienia § 11 ust. 1 lit. e IPU na następujące:

„za każdy stwierdzony przypadek nieusprawiedliwionej nieobecności kontrolera w przydzielonym do kontroli obszarze (zgodnie z przekazanym grafikiem od Wykonawcy) w czasie obowiązywania płatnego postoju to jest 10:00-20:00 - 50,00 zł”

Ad. § 11 ust. 1 lit. f IPU „za każdy przypadek braku wymaganego ubioru (kamizelki odblaskowej) wynikającej z § 8 - 250,00 zł”

Wniosek:

Wnoszę o obniżenie wartości kary z 250 zł do 50 zł oraz wprowadzenie mechanizmu uprzedniego wezwania do zaprzestania naruszania ww. obowiązku, tj. nadanie następującego brzmienia:

„za każdy przypadek braku wymaganego ubioru (kamizelki odblaskowej) wynikającej z § 8 - pod warunkiem braku uzupełnienia ubioru kontrolera przez Wykonawcę na wezwanie Zamawiającego w ciągu 1 godziny od momentu wezwania - 50,00 zł”

Powyższe uzasadnione jest niewielką wagą przewinienia w postaci jednorazowego zaniechania odpowiedniego ubioru przez kontrolera - sytuacje takie mogą być powodowane całkowicie przypadkowymi, losowymi przyczynami i powinny być możliwe do naprawienia



bez konieczności poniesienia z tego tytułu sankcji finansowych. Stawka 150 zł jest stawką bardzo wysoką i niczym nieuzasadnioną.

Ad. § 11 ust. 1 lit. h IPU „za każdy przypadek złożenia zbyt ogólnego wyjaśnienia lub wyjaśnienia nie odnoszącego się do konkretnego przypadku - 150,00 zł. Zbyt ogólne wyjaśnienia to wyjaśnienia nie zawierające merytorycznego odniesienia do wyjaśnianego problemu. Ponadto jeśli wyjaśnienie winno być udzielone na kilka pytań, za wyjaśnienia zbyt ogólne należy przyjąć taką odpowiedź, która nie uwzględnia merytorycznej odpowiedzi na wszystkie pytania"

Wniosek:

Wnoszę o obniżenie wartości kary z 150 zł do 100 zł.

Należy domyślać się, iż kara ta dotyczy niewykonania obowiązku wynikającego z § 8 ust. 7 i 11 IPU. W § 8 znajdują się także obowiązki związane z przekazywaniem dokumentacji, przy czym kara przewidziana za niedopełnienie tych obowiązków została ustalona na poziomie 100 zł (pot. lit. g). Niezrozumiałe jest zatem przyznanie wyższej wagi przewinieniu związanemu z udzielaniem jedynie wyjaśnień w zestawieniu z przekazywaniem dokumentacji, nadto wobec bardzo subiektywnych przesłanek oceny składanych wyjaśnień. W konsekwencji, wobec niskiej wagi ewentualnego uchybienia, uznaniowości oceny, a przede wszystkim braku szkody będącej następstwem ewentualnego przewinienia, konieczne jest obniżenie wartości stawki omawianej kary.

Ad. § 11 ust. 1 lit. i IPU „za każdy przypadek nierzetelnego wykonywania kontroli oraz innych obowiązków za wyjątkiem przypadków opisanych w pkt. g) i h) powyżej, w stosunku do zasad i wymogów określonych w § 4 i § 9 umowy - 250,00 zł"

Omawiany zapis jest otwartym katalogiem pozwalającym na całkowitą dowolność nakładania kar przez Zamawiającego i to w bardzo dotkliwej stawce - 250 zł za każdy przypadek. Jest to typowy przykład przenoszenia wszelkich ryzyk realizacji umowy na wykonawcę prowadzący do pozbawienia go wynagrodzenia za wykonywaną usługę. Dlatego też zapis ten, jako nieodpowiadający zasadom konstruowania kar umownych, powinien zostać usunięty, ewentualnie zamieniony poprzez określenie zamkniętego katalogu przypadków połączonych z adekwatnymi wartościowo karami. Ewentualnie, poprawie równowagi stron i zminimalizowaniu ryzyk po stronie wykonawcy, służyć może - poza obniżeniem stawki kary - wprowadzenie mechanizmu umożliwiającego zaniechanie naruszeń przed naliczeniem kary.

Wniosek:

Tym samym wnoszę o:

- wykreślenie § 11 ust. 1 lit. i IPU

- ewentualnie zastąpienie tego punktu zapisem zawierającym konkretny zamknięty katalog przypadków nierzetelnego wykonywania kontroli i innych obowiązków podlegających - na obiektywnych zasadach oceny - obłożeniu karami o wartości adekwatnej do naruszenia nie wyższej niż 100 zł,

- ewentualnie zastąpienie tego punktu następującym zapisem: „za każdy przypadek nierzetelnego wykonywania kontroli oraz innych obowiązków za wyjątkiem przypadków opisanych w pkt g) i h) powyżej, w stosunku do zasad i wymogów określonych w § 4 i § 9 umowy, stwierdzony po upływie terminu wyznaczonego Wykonawcy przez Zamawiającego w pisemnym wezwaniu do zaniechanie określonego naruszenia - 100,00 zł”

Ad. § 11 ust. 1 lit. j IPU „z zastrzeżeniem § 3 ust. 5 umowy, za każdy dzień niesprawności zestawu urządzenia mobilnego - 1 000,00 zł”

Zawarte w ww. zapisie zastrzeżenie odnoszące się do § 3 ust. 5 IPU nie do końca jest zrozumiałe co do intencji Zamawiającego. W zakres usług objętych przedmiotem zamówienia wchodzi także serwisowanie i usuwanie awarii urządzeń mobilnych. Wykonawca nie powinien odpowiadać za sam fakt wystąpienia awarii (niesprawności) - nie jest bowiem gwarantem (producentem) urządzenia, ale dopiero w sytuacji barku terminowego usunięcia awarii. Zakresem zamówienia nie są objęte także dostawy nowych urządzeń, a zatem Wykonawca nie może odpowiadać także za niedającą się usunąć/naprawić niesprawność urządzenia.

Nadto wartość kary w wysokości 1000 zł za każdy dzień jest rażąco wygórowana wobec faktu, iż niesprawność urządzenia nie wpływa na płynność i możliwość wykonywania kontroli z uwagi na zapewnienie przez Zamawiającego urządzenia zastępczego.

Wniosek:

Tym samym kara powinna odpowiadać ewentualnym kosztom dziennym udostępniania urządzenia zastępczego. Z tego też względu niezbędne jest doprecyzowanie okoliczności uprawniających do naliczenia kary oraz obniżenie jej wartości poprzez zmianę brzmienia na następujące:

„za każdy dzień zwłoki w usunięciu awarii zestawu urządzenia mobilnego ponad ustalony czas naprawy - 200,00 zł”

Ad. § 11 ust. 1 lit. l IPU „za każdy przypadek naruszenia obowiązku określonego w § 4 ust. 12 - 300,00 zł”

Omawiana kara odnosi się do tego samego obowiązku, którego dotyczy kara wskazana w § 11 ust. 1 lit. f IPU, stwarza zatem ryzyko podwójnego okarowania tego samego przypadku. § 4 ust. 12 odnosi się do obowiązku zapewnienia jednolitego ubioru - zapis ten odsyła dodatkowo do ust. 3 (liczba kontrolerów) oraz § 8 ust. 6 dotyczący także obowiązku zapewnienia kamizelek i jednolitego wyglądu - a zatem obowiązków tożsamy z § 4 ust. 12

IPU. Z kolei w § 8 ust. 6 IPU odesłano do kary wskazanej w § 11 ust. 1 lit f IPU. Tym samym należy uznać, iż właściwą karą za naruszenie obowiązków wynikających z § 4 ust. 12 jest w rzeczywistości wyłącznie kara § 11 ust. 1 lit f IPU. Dlatego też zapis w lit. l powinien zostać usunięty jako zbędny, ewentualnie wartość kary powinna zostać ustalona na takim samym poziomie jak kara wskazana w lit. f. W sytuacji jednak, gdy Zamawiający miał na myśli naruszenia innych obowiązków niż dotyczące zapewnienia jednolitego i odpowiedniego ubioru, powinien w omawianym zapisie wyłączyć przypadki objęte karą z lit. f oraz określić konkretny katalog przypadków kwalifikujących się do omawianej w niniejszym zarzucie kary.

Wniosek:

W konsekwencji wnoszę o:

- wykreślenie § 11 ust. 1 lit. l;
- ewentualnie zmianę jego brzmienia w następujący sposób: „za każdy przypadek naruszenia obowiązku określonego w § 4 ust. 12 innego niż stanowiący jednocześnie naruszenie § 8 IPU,
- 150,00 zł”, przy czym Zamawiający powinien uzupełnić proponowany zapis katalogiem okoliczności stanowiących w jego ocenie przewinienia zasługujące na obłożenie kara umowną.

Ad. § 11 ust. 1 lit. n IPU „za każdy stwierdzony przypadek niespełnienia wymogu zatrudnienia na umowę o pracę personelu Wykonawcy wykonującego czynności określone w § 4 ust. 14 - 2 000,00 zł”

Wniosek

Wnoszę o obniżenie wartości kary z 2 000 zł do 1 000 zł. z uwagi na fakt, iż kara ta jest zbyt wygórowana w stosunku do wagi przewinienia. W sytuacji, gdyby zdarzył się przypadek zatrudnienia kontrolera na podstawie innego stosunku prawnego niż umowa o pracę, kontroler taki nie jest zatrudniany nieodpłatnie, wykonawca nie ponosi z tego tytułu nieuzasadnionych korzyści, zaś Zamawiający jakiegokolwiek straty. Kara ta zatem ma charakter wyłącznie penalizujący, a nie odszkodowawczy. Kwota 2 000 zł jest zatem znacząco wygórowana. Stawka w wysokości 1 000 zł jest kwotą wystarczająco dotkliwą dla wykonawcy, aby spełniać funkcje przymuszające i ewentualnie penalizujące.

#### **XI. Dotyczy § 11 ust. 6 IPU**

Zamawiający zastrzegł łączny limit kar w skali całego kontraktu na poziomie 70%. Jest to limit rażąco wysoki, przekraczający nawet limity stosowane powszechnie na rynku. Limit ten powinien zostać istotnie zmniejszony w celu zminimalizowania ryzyka Wykonawcy związanego z tak licznym katalogiem kar powiązanych z przypadkami w dużej mierze niezależnymi od należytej staranności wykonawcy, ale także w celu ograniczenia ryzyka Zamawiającego związanego z w kalkulowaniem potencjalnych kosztów kar w cenę oferty.

Wniosek:

Wnoszę o:

- zmianę limitu zawartego w § 11 ust. 6 IPU z 70% na 30%
- oraz dodanie w § 11 ust. 7 w brzmieniu:

„Łączna wartość kar naliczonych wykonawcy w danym miesiącu nie może przekroczyć 10% wartości wynagrodzenia miesięcznego wykonawcy brutto.”

#### **XII. Dotyczy § 11 ust. 2 oraz § 13 ust. 1 pkt 7 IPU:**

Co do zasady kara umowna za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, zastrzeżona jest w § 11 ust. 1 lit. a PU w wysokości 10%. Natomiast dodatkowo, w przypadkach wskazanych w § 13 ust. 1 pkt 7 IPU kara ta ulega podwyższeniu do 15%.

Z kolei § 13 ust. 1 pkt 7 IPU przewiduje podstawę odstąpienia od umowy na wypadek każdego działania wykonawcy stanowiącego naruszenie prawa. Taka konstrukcja nie budziłaby zastrzeżeń Odwołującego, gdyby faktycznie odstąpienie wiązało się z dopuszczaniem się naruszania prawa przez wykonawcę. Wykonawca zastrzega jednak, iż wystarczająco dotkliwą karą za naruszenie prawa jest samo odstąpienie od umowy przez zamawiającego, tym bardziej wiążące się dodatkowo z karą umowną. Dlatego też niezasadne jest zastrzeżenie w tym wypadku jeszcze wyższej kary umownej. Przede wszystkim jednak niedopuszczalne jest obciążenie Wykonawcy tak poważnymi konsekwencjami, jak odstąpienie od umowy połączone dodatkowo z podwyższoną do 15% karą umowną, za działania przestępcze pracowników wykonawcy. W § 13 ust. 1 pkt 7 IPU wskazano bowiem, iż za działania wykonawcy uznaje się m.in. przyjmowanie korzyści przez pracownika wykonawcy w zamian za zaniechanie, odstąpienie lub nierzetelne wykonanie czynności kontrolnych. Tymczasem jest to czynność penalizowana na gruncie prawa karnego, za którą odpowiedzialność karną ponosi sprawca, nie zaś jego pracodawca. Na gruncie prawa cywilnego wykonawca może ponosić odpowiedzialność odszkodowawczą za działania osób którym powierzył wykonywanie czynności (tu: kontroli). Odpowiedzialność ta opiera się na zasadzie winy w wyborze. Nie może skutkować jednak przypisaniem winy za sam czyn przestępczy i jego skutków samemu wykonawcy.

Wniosek:

Dlatego też wnoszę o dokonanie następujących zmian w IPU:

- wykreślenie § 11 ust. 2 IPU
- zmianę brzmienia § 13 ust. 1 pkt 7 IPU w następujący sposób: „każde działanie Wykonawcy stanowiące poważne naruszenie prawa, stanowi istotne naruszenie warunków umowy i może być podstawą odstąpienia od umowy”,
- dodanie ust. 13 w § 8 IPU w następującym brzmieniu: „W przypadku stwierdzenia przyjmowania korzyści przez pracownika Wykonawcy w zamian za zaniechanie, odstąpienie

lub nierzetelne wykonywanie czynności kontrolnych, Wykonawca zobowiązany jest do przeprowadzenia czynności wyjaśniających, a w przypadku ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości, iż pracownik popełnił w czasie pracy przestępstwo, które uniemożliwia dalsze zatrudnianie go na zajmowanym stanowisku rozwiązać umowę z tym pracownikiem (zgodnie z art. 52 ust. 1 pkt 2 Kodeksu pracy)".

### **XIII. Dotyczy § 3 ust. 1 IPU oraz Załącznika nr 5 do SIWZ:**

Z treści § 3 ust. 1 IPU wynika, iż Zamawiający przekaze urządzenia mobilne, zaś Wykonawca będzie zobowiązany do ich bieżącego utrzymania, naprawy i serwisu. W załączniku nr 5 do SIWZ znajduje się opis techniczny tych urządzeń. Informacje zawarte w tak skonstruowanym opisie przedmiotu zamówienia nie są jednak wystarczające dla przygotowania oferty i oszacowania kosztów niezbędnych dla realizacji umowy, w szczególności kosztów zakupu nowych baterii dla poszczególnych urządzeń oraz kosztów napraw tych urządzeń.

Wniosek:

Dlatego też wnoszę o dokonanie modyfikacji SIWZ poprzez uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia (dodanie do § 3 ust. 1 lub do treści Załącznika nr 5 do SIWZ) o pełne zestawienie urządzeń mobilnych dla wszystkich części, tj. podanie następujących informacji:

- a) typu urządzeń, a także dokładnego modelu urządzenia mobilnego oraz modelu drukarki,
- b) daty od kiedy urządzenia są użytkowane lub informacji, że są nowe,
- c) czy dane urządzenie podlega gwarancji producenta, jeśli obowiązuje - do kiedy,
- d) ilości i stanu baterii w poszczególnych urządzeniach, zarówno w terminalu, jak i drukarce.

### **XIV. Dotyczy § 3 ust. 4 IPU:**

Zamawiający oczekuje, iż wykonawca udzieli 12-miesięcznej gwarancji na wymienione w ramach czynności serwisowych elementy zestawów urządzeń mobilnych. Brak jest jednak doprecyzowania momentu, w którym rozpoczyna bieg okres gwarancji, co powoduje niepewność co do prawa, a także stwarza ryzyko sporów na tym tle. Z tego względu niezbędne jest doprecyzowanie ww. momentu. Z istoty czynności naprawy poprzez montaż nowego elementu należy wywodzić, iż właściwym momentem rozpoczęcia biegu gwarancji, jest moment dokonania wymiany uszkodzonego elementu na nowy.

Wniosek:

Wnoszę o zmianę § 3 ust. 4 IPU poprzez dopisanie słów „licząc od daty wymiany uszkodzonego elementu” po słowach „12 miesięcy”.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z 14 listopada 2019 r. oświadczył, że uwzględni odwołanie co do zarzutów opisanych w pkt II, VIII, IX, XIII i XIV uzasadnienia odwołania. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, dotyczącą zarzutów nie uwzględnionych przez zamawiającego, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Kwestionowane postanowienia SIWZ, którego częścią z mocy art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp są IPU, zostały prawidłowo przywołane przez odwołującego w uzasadnieniu odwołania. Ich ponowne przytaczanie przez Izbę jest zbędne.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty Izba uznała za zasadne.

**Ad. III odwołania**

Zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Art. 29 ust. 3a Pzp stanowi, że zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2019 r. poz. 1040, 1043 i 1495). Zgodnie z art. 22 § 1 k.p. przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca - do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem.

Izba zważyła, że wymagania zamawiającego dotyczące zamawianych usług wyczerpują konstytutywne cechy stosunku pracy, którymi są: wykonywanie pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod kierownictwem pracodawcy, w miejscu wyznaczonym przez pracodawcę i w czasie przez niego wyznaczonym oraz obowiązek pracodawcy do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem. I tak zamawiający opisał, na

czym mają polegać czynności kontrolerów (wykonywanie czynności określonego rodzaju), ustalił, że czynności te będą wykonywane na rzecz wykonawcy, którego łączy umowa z zamawiającym. Z tą oceną nie stoi w sprzeczności, że beneficjentem czynności kontrolerów będzie faktycznie zamawiający, bowiem należy odróżnić wypełnianie powinności wynikających ze stosunku pracy od relacji pracodawcy z innymi podmiotami, zamawiającymi u pracodawcy dane świadczenia. Czas i miejsce wykonywania usług zostały uregulowane w § 4 ust. 1 i 5 IPU stanowiącymi odpowiednio, że kontrola Obszaru Płatnego Parkowania musi odbywać się w sposób ciągły w dniach i godzinach zobowiązujących do opłaty za postój tj. w dniach i godzinach obowiązywania obszaru płatnego parkowania, określonych stosowną uchwałą RMK. Kontrola polega na sprawdzeniu i udokumentowaniu realizacji obowiązku wnoszenia opłat za postój pojazdów samochodowych na drogach publicznych w obszarze płatnego parkowania oraz każdy z kontrolerów ma określony przez zamawiającego teren kontroli, po którym porusza się w sposób ciągły. W porozumieniu z zamawiającym lub na jego wniosek po okresie nie dłuższym niż 1 tydzień będzie następować rotacja kontrolerów w przydzielonych obszarach. Kontrolerzy w przydzielonych obszarach będą mogli poruszać się jedynie jeden tydzień w ciągu miesiąca. Zatrudnienie nowych pracowników traktowane będzie jako spełnienie wymogu rotacji. O nadzorze pracodawcy stanowi natomiast § 4 ust. 3 IPU, po myśli którego wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia przynajmniej jednego koordynatora na każdych dziesięciu kontrolerów. Koordynator ma za zadanie nadzorować i organizować prace kontrolerów w terenie oraz być w stałym kontakcie z zamawiającym, w tym informować na bieżąco o wszystkich problemach dotyczących wykonywania niniejszej umowy. Zastrzeżona § 4 ust. 6 IPU możliwość kontroli czasu pracy kontrolerów nie podważa obowiązku wykonawcy organizacji wykonywania swoich obowiązków przez kontrolerów oraz odpowiedzialności za prawidłowe wykonywanie przez nich powierzonych obowiązków.

W konsekwencji Izba uznała, że wymaganie zamawiającego zatrudnienia kontrolerów na podstawie umowy o pracę odpowiada prawu.

#### **Ad. IV odwołania**

Izba uznała zarzut za potwierdzony.

W pierwszej kolejności Izba zważyła, że - wbrew twierdzeniom zamawiającego - z § 3 ust. 11 IPU wynika obowiązek posiadania programu i aplikacji do kontroli czasu i jakości pracy kontrolerów. To postanowienie IPU głosi bowiem, że wykonawca zobowiązany jest zapewnić na własne potrzeby program do bieżącej weryfikacji (kontroli) czasu i jakości pracy swoich kontrolerów. W tej sytuacji twierdzenie zamawiającego, że nie wymaga zakupu i posiadania przez wykonawcę konkretnego programu i aplikacji do kontroli czasu i jakości pracy kontrolerów oraz nie narzuca żadnego konkretnego rozwiązania, jest niewystarczające

wobec faktu, że wyniki postępowania dowodowego prowadzą do przekonania, że jedynym dostępnym narzędziem do kontroli pracy osób wykonujących czynności kontrolne jest rozwiązanie posiadane przez City Parking Group S.A. Całkowicie nietrafnie próbował wywieść zamawiający, że wymagane narzędzie/aplikację posiada przynajmniej jeszcze inna firma - SYSTEMEG NET sp. z o.o. Z oferty złożonej przez zamawiającego wynika bowiem nie fakt posiadania przez wskazany podmiot tej aplikacji, lecz jedynie możliwość jej stworzenia. Oznacza to, biorąc pod wyznaczony termin składania ofert, że podmiot ten nie jest w stanie przekazać zainteresowanemu wykonawcy licencji do programu, tak aby wykonawca mógł złożyć ofertę w badanym postępowaniu.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że wymaganie zamawiającego narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż preferuje jeden podmiot, który może być zainteresowany uzyskaniem zamówienia w tym postępowaniu. Mając na uwadze, że zamawiający ustalił, że wszystkie odwołania/reklamacje rozpatrywane będą w oparciu o dane z systemu zamawiającego Izba uznała, że prawidłowemu wykonaniu umowy sprzyjać będzie posługiwanie się przez jej strony takim samym oprogramowaniem. Usunięcie skutków naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp polegać zatem powinno na zapewnieniu dostępu do programu służącemu kontroli jakości i czasu pracy kontrolerów.

#### **Ad. V odwołania**

§ 3 ust. 5 stanowi, że wykonawca zobowiązuje się przez cały okres trwania umowy utrzymać należyty stan techniczny urządzeń mobilnych służących do kontroli wnoszenia opłat, na poziomie gwarantującym ich prawidłowe i ciągłe użytkowanie, a w przypadku uszkodzenia uniemożliwiającego dalsze użytkowanie, zamawiający zapewni na czas naprawy (lecz nie dłuższy niż 28 dni) urządzenie zastępcze, służące do kontroli wnoszenia opłat w strefie płatnego parkowania.

Izba przyznała rację odwołującemu, że powołane postanowienie IPU nie odnosi się do sytuacji, w której naprawa urządzenia mobilnego służącego do kontroli wnoszenia opłat będzie niemożliwa lub nieopłacalna. Powołany przez zamawiającego § 3 ust. 9 IPU odnosi się bowiem nie do okresu obowiązywania umowy, lecz reguluje kwestie zwrotu urządzenia, co odnieść należy do etapu zakończenia umowy. To postanowienie umowne stanowi bowiem, że w przypadku odmowy przez zamawiającego odbioru zwracanego przez wykonawcę urządzenia z powodu jego niesprawności (uszkodzenia) lub zwrotu w stanie pogorszonym ponad zużycie wynikające z normalnej eksploatacji, wykonawca zobowiązany jest do przywrócenia na własny koszt należytego stanu urządzenia, a w przypadku gdy okaże się to niemożliwe, dostarczyć urządzenie nowe o tej samej lub lepszej funkcjonalności



co urządzenie pierwotne i udzielić zamawiającemu gwarancji jakości na okres 12 miesięcy, a w przypadku urządzenia nowego - gwarancji producenta.

W świetle zasad logiki i doświadczenia życiowego całkowicie chybiony jest pogląd zamawiającego, że urządzenie zawsze jest możliwe do naprawy, zatem IPU nie regulują sytuacji, w której w toku wykonywania umowy zaistnieje brak możliwości naprawy urządzenia albo naprawa ta okaże się nieopłacalna.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że doszło do naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp opis wymagań zamawiającego stawianych wykonaniu przedmiotu zamówienia nie jest jednoznaczny i wyczerpujący. W związku z czym do § 3 ust. 5 IPU należało dodać postanowienie dotyczące strony umowy odpowiedzialnej za dostarczenie nowego urządzenia, w sytuacji braku możliwości naprawy. Podzielono w tej mierze stanowisko odwołującego wyrażone w piśmie procesowym i do powołanej regulacji IPU nakazano dodać postanowienie:

„W przypadku, gdy urządzenie okaże się niemożliwe do naprawy lub naprawa będzie niezasadna z przyczyn ekonomicznych, Wykonawca dostarczy nowe urządzenie

#### **Ad. VI odwołania**

Zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Przede wszystkim Izba zważyła, że brak zamieszczenia w treści umowy uregulowań wynikających z obowiązujących przepisów, w tym przypadku prawa pracownika do przerwy w pracy, nie stanowi naruszenia prawa. Źródłem uprawnienia nie jest bowiem w tym przypadku umowne uzgodnienie między stronami, lecz przepis *iuris cogentis* obowiązujący niezależnie od tego, czy został przywołany w treści umowy.

Po drugie, stanowisko odwołującego o braku możliwości realizacji prawa do przerwy w pracy, w tym załatwienia potrzeb fizjologicznych kontrolera, w kontrolowanej strefie pozostał całkowicie gołosłowny, wobec przeciwnego stanowiska zamawiającego. Z uwagi na to, że ciężar dowodu spoczywał niepodzielnie na odwołującym (art. 190 ust. 1 Pzp w zw. z art. 6 k.c.) Izba uznała zarzut za niepotwierdzony.

#### **Ad. VII odwołania**

Izba uznała zarzut za niepotwierdzony.

Przede wszystkim dostrzeżono, że zadość uczynienie żądaniu odwołującego prowadzi do usunięcia możliwości odstąpienia od odpytania oraz likwidację z wymagania częstotliwości odpytania. Oba te żądania Izba uznała za jest nieuzasadnione.

Pierwsza z nich pozwala na rezygnację ze sprawdzenia poprawności wniesienia opłaty za parkowanie w sytuacjach niewątpliwych np. gdy kontroler widzi, że użytkownik pojazdu dokonuje opłaty za parkowanie, albo gdy odpytanie za pomocą urządzenia nie jest możliwe. W tej sytuacji nie można czynić zarzutu kontrolerowi, że nie dokonał odpytania za pomocą urządzenia.

Drugie z żądań odwołującego zmierza w istocie do usunięcia wymagania dotyczącego częstotliwości odpytania. Odwołujący nie wskazuje bowiem, jaki jego zdaniem, powinien być racjonalny okres czasu między kolejnymi odpytaniami. W tej sytuacji ocena wykonania powinności umownych przez wykonawcę byłaby w dużej części niemożliwa.

Ponadto stwierdzić należy, że za naruszenie obowiązku dotyczącego częstotliwości odpytań nie może być poczytane wykonywanie innych obowiązków wynikających z umowy, w tym przykładowo udzielanie informacji kierowcom, wykonywanie dokumentacji fotograficznej albo wystawianie zawiadomień. Całkowicie błędnie zdaje się przyjmować odwołujący, że po jednym odpytaniu stwierdzającym brak uiszczenia opłaty kontroler powinien okres 5 minut spędzić beczynnie, przed przystąpieniem do kolejnych działań, co miałoby uniemożliwić zachowanie wymaganej przez zamawiającego częstotliwości odpytań. Zdaniem izby nic nie stoi na przeszkodzie, aby w tym czasie kontroler dokonywał kolejnych odpytań, a po upływie 5 minut wrócił do pojazdu już raz odpytanego.

#### **Ad. X odwołania**

Zarzuty okazały się w przeważającej części nietrafne. Izba uznała bowiem, że odwołujący nie wykazał, aby zamawiający ustalając katalog kar umownych oraz ich wysokość naruszył prawo, w szczególności, by zapewnił sobie nieuzasadnione korzyści.

Kary umowne przewidziane przez zamawiającego mają na celu zabezpieczenie wykonywania obowiązków umownych przez wykonawcę tzn. osiągnięcie zamierzonego rezultatu: sprawdzenia poprawności wnoszenia opłat za parkowanie oraz podjęcia stosownych działań w razie braku uiszczenia tej opłaty oraz dołożenia przez wykonawcę należytej staranności przy wykonywaniu tych obowiązków uwzględniając również wpływ sposobu wykonywania świadczenia na wizerunek zamawiającego.

Wniesienie odwołania wyłącznie w celu obniżenia wysokości kary umownej według uznania wykonawcy, a tak jest w okolicznościach sprawy, nie może uzyskać aprobaty.

W zakresie § 11 ust. 1 lit. e IPU Izba uznała ponadto, że brak jest podstaw do uznania (odwołujący tego nie udowodnił), że realizacja prawa do przerwy w pracy kontrolera wymaga opuszczenia przez niego przydzielonej strefy na czas dłuższy niż 10 minut. Kwestie te były wyjaśniane przez zamawiającego w trybie art. 38 ust. 1 Pzp pismem z 15 listopada 2019 r.

Nie dopatrzone zostały podstawy do odstąpienia od kary umownej przewidzianej w § 11 ust. 1 lit. f IPU za każdy przypadek braku wymaganego ubioru (kamizelki odblaskowej). Właściwy ubiór kontrolera jest elementem należytego wykonania umowy przez wykonawcę.

Zamawiający jasno sprecyzował w IPU, na czym polega sankcjonowany w § 11 ust. 1 lit. h IPU obowiązek złożenia wyjaśnień. Izba nie podzieliła poglądu odwołującego o marginalnym znaczeniu tego obowiązku, co miałyby wynikać z ustalenia innego obowiązku polegającego na przekazaniu dokumentacji. Uznała bowiem, że w sytuacji, gdy staranność i jakość świadczenia pracy przez kontrolerów ma podstawowe znaczenie dla wykonania umowy, odstąpienie od tego obowiązku nie jest zasadne. Przewidziana przez zamawiającego kara umowna nie jest w tym przypadku nadmierna.

Izba uznała natomiast, że przewidziane w § 11 ust. 1 lit. i IPU kary umowne „za każdy przypadek nierzetelnego wykonywania kontroli oraz innych obowiązków (za wyjątkiem przypadków opisanych w pkt g) i h), w stosunku do zasad i wymogów określonych w § 4 i § 9 umowy, zostały niewłaściwie uregulowane przedmiotowo. Przede wszystkim dostrzec należy, że w § 11 ust. 1 lit. i zamawiający dodatkowo nakłada sankcję umowną za naruszenie obowiązku wynikającego z § 4 ust. 12, zatem proponowane postanowienia IPU nakładają dwukrotną sankcję za to samo.

Po wtóre, Izba uznała, że należy uregulować w tym miejscu kwestię prawidłowego wykonania obowiązku częstotliwości odpytań, tak aby nie było wątpliwości, że niezachowanie tej częstotliwości, w sytuacji wykonywania innych obowiązków umownych, nie było poczytane za nierzetelne wykonywanie umowy. W związku z tym Izba nakazała wskazanie w § 11 ust. 1 lit. i IPU definicji nierzetelnego wykonywania kontroli oraz innych obowiązków” podlegające sankcji kary umownej;

Nie dopatrzone zostały naruszenia prawa przez nałożenie kary umownej wskazanej w § 11 ust. 1 lit. j IPU za każdy dzień niesprawności zestawu urządzenia mobilnego. W ocenie Izby kara ta dotyczy sytuacji, w której wykonawca nie podejmuje działań zmierzających do prawidłowego wykonywania umowy, t.j. nie zgłasza zamawiającemu niesprawności urządzenia, nie korzysta z dostępnego urządzenia zastępczego dostarczonego przez zamawiającego albo nie dostarcza nowego urządzenia. Dla prawidłowego wykonania umowy niezbędne jest posługiwanie się sprawnym urządzeniem do kontroli i jest słusznym prawem zamawiającego zabezpieczenie sobie takiej możliwości.

Izba uznała regulacje dotyczące kary ustalonej w § 11 ust. 1 lit. l IPU za prawidłowe, z zastrzeżeniem usunięcia kolizji z § 11 ust. 1 lit. i IPU.

Brak naruszenia prawa przez wynikającą z § 11 ust. 1 lit. n IPU karę umowną za każdy stwierdzony przypadek niespełnienia wymogu zatrudnienia na umowę o pracę personelu wykonawcy wykonującego czynności określone w § 4 ust. 14 wynika z oceny, że

zamawiający jest uprawniony do wymagania zatrudnienia kontrolerów na podstawie umowy o pracę.

#### **XI. Dotyczy § 11 ust. 6 IPU**

Izba uznała, że zastrzeżenie przez zamawiającego łącznego limitu kar w skali całego kontraktu na poziomie 70% nie jest poziomem rażąco wygórowanym. Postępowanie dowodowe nie dostarczyło argumentów na twierdzenie przeciwne, w szczególności odwołujący jedynie twierdził, że jest to limit rażąco wysoki, przekraczający nawet limity stosowane powszechnie na rynku, jednak słuszności tego twierdzenia nie wykazał.

Celem ustalenia wysokości oraz łącznego limitu kary umownej jest zabezpieczenie prawidłowego wykonania obowiązków umownych przez wykonawcę (nawet kosztem podwyższenia ceny oferty), a nie zminimalizowanie ryzyka wykonawcy. W okolicznościach sporu, wobec licznego katalogu kar uzależnionych w przeważającej części od należytej staranności wykonawcy, ustalenie limitu kar umownych Izba uznała za uzasadnione.

#### **XII. Dotyczy § 11 ust. 2 oraz § 13 ust. 1 pkt 7 IPU:**

Izba uznała w tym zakresie, że jakkolwiek przepisy kodeksu cywilnego pozwalają na obciążenie wykonawcy konsekwencjami złego wyboru osób, które będą wykonywać zobowiązanie, to skumulowanie możliwości nałożenia za działania takich osób podwójnej sankcji stanowi o naruszeniu relacji umownych. Arbitralność decyzji zamawiającego co do możliwości odstąpienia od umowy w połączeniu z wyższym poziomem kar umownych Izba uznała za nadmierne. W sytuacji, gdy działań zabronionych prawem dopuszcza się pracownik wykonawcy, wystarczającą sankcją jest nałożenie kary umownej w wyższej wysokości, bez odstąpienia od umowy, co jest sankcją zbyt daleko idącą. Łączeniu tych dwóch sankcji Izba postanowiła się sprzeciwić nakazując zamawiającemu odstąpienie za uznanie za działania wykonawcy zachowań pracownika wskazanych w § 13 ust. 1 pkt 7 IPU oraz odstąpienie od uznania takich działań za podstawę do odstąpienia od umowy przez zamawiającego i opatrzenia ich sankcją kary umownej

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.  
O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....