

Sygn. akt KIO 2580/10

WYROK
z dnia 15 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Członkowie: Agnieszka Trojanowska

Agnieszka Bartczak-Żuraw

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7, 13 i 15 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Mennica Polska S.A., ul. Pereca 21, 00-958 Warszawa** od czynności Zamawiającego **Komunikacyjnego Związku Komunalnego Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego, ul. Barbary 21a, 40-053 Katowice.**

przy udziale **COMP S.A., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i odpowiednio zapisów ogłoszenia o zamówieniu w ten sposób, że:

- 1) w pkt 3.1 SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia – na stronie 12 skreślić zdanie: „Warunkiem odbioru czwartego etapu jest ponadto wydanie użytkownikom przynajmniej 50 tys. kart ŚKUP.”;**

- 2) w pkt 5.3 lit D SIWZ, po słowie „znajomość” dodać słowa: „w budowie”;
- 3) w pkt 8.5 SIWZ skreślić słowa: „oraz, że podpisy mają należeć do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu Beneficjenta gwarancji.”;
- 4) w pkt 15.6 SIWZ skreślić słowa „oraz, że podpisy mają należeć do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu Beneficjenta gwarancji.”;
- 5) w § 5 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ określić zasady zmiany podwykonawców, którym wykonawca zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia wskazanej w ofercie;
- 6) w § 10 ust. 2 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ po słowach „a także wystąpienia” dodać słowa: „z winy wykonawcy”;
- 7) w § 10 ust. 2 lit. a) wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ po słowach „za wystąpienie” dodać słowa: „z winy wykonawcy”,
- 8) w § 10 ust. 5 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ, słowa „W razie zwłoki w wykonaniu obowiązku, o którym mowa w § 9 ust. 4” zastąpić słowami: „W przypadku nie zachowania ciągłości zabezpieczenia należytego wykonania umowy, o którym mowa w § 9 ust. 4”;
- 9) w § 10 ustępowi 8 nadać brzmienie: „W przypadku wstrzymania bądź obniżenia finansowania przez IZ RPO WSL w związku z zawartą umową o dofinansowanie, wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości równej w/w kwotom, o ile wstrzymanie bądź obniżenie finansowania wynikać będzie z winy wykonawcy.”;
- 10) w § 12 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ uregulować kwestię przeniesienia na zamawiającego praw do licencji lub sublicencji programów komputerowych niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania zamawianego systemu;
- 11) w § 12 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ skreślić ust. 2;
- 12) w załączniku nr 6 do SIWZ – Opis Techniczno-Funkcjonalny Przedmiotu Zamówienia, strona 11 skreślić zdanie: „Nie wykluczone jest w późniejszym etapie realizacji projektu dołączenie do sieci akceptacji również organizacji

międzynarodowych takich jak VISA czy MASTERCARD, jednakże ze względu na regionalny charakter projektu jego zakres nie obejmuje w/w organizacji.”;

13)w pkt 2.3.2 załącznika nr 6 do SIWZ - Opis Techniczno-Funkcjonalny Przedmiotu Zamówienia, na stronie 16 zdanie „Numeracja kart powinna być zgodna z systemem numeracji bankowych kart płatniczych” zastąpić zdaniem: „Numeracja kart powinna być zgodna z systemem numeracji wynikającym z normy PN-EN ISO/IEC 7812-1 w zakresie cyfr pierwszych 4, 5 lub 6”.

2. kosztami postępowania obciąża **Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego, ul. Barbary 21a, 40-053 Katowice.**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Mennica Polska S.A., ul. Pereca 21, 00-958 Warszawa**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 18.600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset zł 00 gr) przez **Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego, ul. Barbary 21a, 40-053 Katowice** na rzecz **Mennica Polska S.A., ul. Pereca 21, 00-958 Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „dostawa, wdrożenie i utrzymanie systemu Śląska Karta Usług Publicznych”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 listopada 2010 r. pod numerem 2010/S 224-343103.

Pismem z dnia 29 listopada 2010 r. odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”) jak również zapisów ogłoszenia o zamówieniu, złożył wykonawca Mennica Polska S.A. z siedzibą w Warszawie. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust 1; art. 22 ust 1 pkt 1, 2, 3, ust 3 oraz 4; art. 25 ust 1; art. 29; art. 36 ust 1 pkt 15, ust 4 i 5; art. 45; art. 46; art. 91, art. 140 ust 1; art. 150 ust 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), a także jej art. 14 w związku z art. 58, 59, 354, 355, 362, 387, 484, 627, 760 Kc oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, iż:

1. „Sformułowanie warunku udziału w postępowaniu polegającego na wykazaniu się doświadczeniem przez wykonawcę (pkt 5.2 SIWZ) w literze A jak i B oraz C i D w sposób określający zarówno rzeczowy jak i finansowy zakres dotychczasowych czynności ma charakter nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i dyskryminujący wykonawców, którzy wykonali wymagany zakres rzeczowy, lecz taniej. (...)Zawyżanie wymagań lub żądanie wykazania takich cech lub doświadczeń które nie są niezbędne do realizacji zamówienia stanowią o naruszeniu zasady proporcjonalności i zdaniem ETS są nielegalne (wyrok w sprawie 44/79). (...)Odwołujący wnosi o nakazanie skreślenia tych elementów warunków sformułowanych w pkt 5.2 lit A-D które odnoszą się do wartości realizowanych dostaw lub usług.”.
2. „Str. 12 - odbiór 4 etapu [siwz] oznacza obowiązek wydania, co najmniej 50 tys kart. Zamawiający nie zapewnia wykonawcy ze swojej strony współdziałania w celu zachęcenia mieszkańców do korzystania z kart ani nie deklaruje, że uzna, że gotowość wydania tych kart tj działające od odpowiedniego czasu POK, działania informacyjne itp. podjęte przez wykonawcę wystarczą dla uznania, że zamówienie w tej części zostało należycie zrealizowane. Tym samym całkowite ryzyko przeniesiono na wykonawcę nawet gdyby brak było współdziałania ze strony zamawiającego. Odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu skreślenia tego punktu SIWZ.”.
3. „Pkt 5.3 lit D [siwz] - żądanie w przypadku specjalisty ds. spraw sieci znajomości sieci WAN, LAN, VPN na poziomie administratora, które należy uznać za celowe, zostało ograniczone do jednej metody nabycia tej wiedzy tj udziału w projekcie budowy systemów. Znajomość *na poziomie administratora* może być nabyta zarówno w trakcie budowy, jak i w trakcie funkcjonowania systemu. Jeśli więc zamawiający nie żąda umiejętności w budowie systemu, lecz umiejętności administratora, to ograniczenie dróg jego nabycia należy uznać za pozbawione podstaw prawnych i dyskryminację niektórych sposobów zdobywania wiedzy. (...)Odwołujący wnosi o

nakazanie skreślenia tej części warunku, która wskazuje na sposób uzyskania umiejętności administratora.”.

4. „4 Pkt 5.3 lit J. [siwz] - warunek dysponowania osobami wspomnianymi w tym pkt SIWZ nie został opisany zgodnie z dyspozycją art. 22 ust 3. Nie wskazano bowiem, jakie osoby (oraz ile osób) z uprawnieniami do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie winno być wskazane w ofercie. Nie wskazano także, jakie uprawnienia winny posiadać tj jakich dotyczą specjalności budowlanych, czy winny być to uprawnienia bez ograniczeń czy z ograniczeniami. Niemożliwa jest więc ocena spełniania tego warunku. (...)Odwołujący wnosi o nakazanie skreślenia warunku lub zapewnienia opisu sposobu oceny jego spełniania z uwzględnieniem przepisów prawa.”.
5. „Pkt 8.5 naruszeniem art. 45 jest żądanie zamawiającego, aby w treści gwarancji (stanowiących wadium nie było wskazania że podpisy na żądaniu zapłaty mają należeć od osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań w imieniu Beneficjenta Gwarancji. Oznacza to więc, że zamawiający dopuszcza aby z żądaniem zapłaty wystąpiły osoby nie działające w imieniu zamawiającego co podważa istotę wadium jako zabezpieczenia oferty składanej konkretnemu zamawiającemu, a nie zobowiązania o abstrakcyjnym charakterze. (...). Analogiczne naruszenie ma miejsce w przypadku pkt 15.6 SIWZ odnoszącego się do zabezpieczenia należytego wykonania umowy Takie postanowienie prowadzi do nieważności tej części czynności prawnej jaką jest sformułowanie wymagań dotyczących wadium w SIWZ na podstawie art. 36 ust 1 pkt 8. Nieważność ta wynika z art. 58 Kc który znajduje zastosowanie w związku z odesłaniem zawartym w art. 14 pzp. Nieważność ta ma miejsce, ponieważ art. 65 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe, stanowi, że bank dokonujący wypłat z rachunku bankowego jest obowiązany sprawdzić autentyczność i prawidłowość formalną dokumentu stanowiącego podstawę do wypłaty oraz tożsamość osoby dającej zlecenie. (...)Odwołujący wnosi o skreślenie tego postanowienia SIWZ (...) gdyż prowadzi ono do faktycznego ograniczenia możliwych do wykorzystania form złożenia wadium, gdyż banki (a także ubezpieczyciele) mogą odmówić wystawienia gwarancji w jedynym dopuszczalnym przez zamawiającego kształcie.”.
6. „W przypadku złożenia wadium w formie niepieniężnej w kasie zamawiającego (pkt 8.3) dokument wadialny będzie zwracany. Jednak w przypadku załączenia go do oferty (pkt 8.4) zwrot nie będzie możliwy. Stanowi to rażące naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, którzy zdecydowali się na taką samą formę wniesienia wadium (dokument wadialny), a jedynie inną drogą złożyli taki dokument u zamawiającego. Takie zróżnicowanie nie znajduje jakichkolwiek podstaw prawnych i tym samym stanowi naruszenie art. 7 ust 1 pzp. Ponadto sam fakt odmowy zwrotu dokumentu wadialnego stanowi rażące naruszenie art. 46 Pzp zobowiązującego zamawiającego w wymienionych w tym przepisie sytuacjach do zwrotu wadium niezależnie od formy jego złożenia. Odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu skreślenia objętych odwołaniem postanowień pkt 8.4 SIWZ.”.
7. „Zgodnie z zapisami SIWZ pkt. 13. W podpunkcie 1 (Zamawiający ustala następujące kryteria oceny ofert i ich znaczenie, cena oferty 90%, uśredniony czas wydania 100 kart spersonalizowanych 5%, Całkowity czas akceptacji 30 kart SKUP - 5%) - Opis

sposobu dokonywania oceny w ramach niecelowych przewiduje się iż członkowie komisji mają wyłącznie przyznać punkty w ramach tych kryteriów zgodnie z oświadczeniem Wykonawcy. Nie przewidziano jakiegokolwiek prezentacji ani testu. Kryterium nie jest więc faktyczna wydajność sprzętu lecz jedynie prawdziwość wykonawcy. Takie kryterium, jako odnoszące się do cech podmiotowych jest zabronione stanowiąc naruszenie art. 91 Pzp. Nie prowadzi również do wyboru najkorzystniejszej faktycznie, lecz jedynie deklarowanej, jako najkorzystniejszej oferty. Odwołujący wnosi o nakazanie doprecyzowania sposobu dokonywania oceny w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert.”.

8. § 2 ust 4 lit b) - w zakresie jednostek które będą korzystać ze stworzonej w ramach zamówienia aplikacji wskazano między innymi „14 innych jednostek”. Oznacza to, że zamawiający wie dokładnie ile ich będzie, ale nie wskazał, o jakie jednostki chodzi. Naruszył w ten sposób art. 29 ust 1 ustawy Pzp. Po pierwsze nie dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący i precyzyjny, a po drugie nie wskazał wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. (...)Odwołujący wnosi o nakazanie doprecyzowania SIWZ (wzoru umowy) w tym zakresie.”.
9. § 2 ust 7 - obowiązek dostosowania systemu do euro jest to świadczenie dotyczące zdarzenia przyszłego i niepewnego z jednoczesnym żądaniem, aby było ono spełnione bez dodatkowego wynagrodzenia. Tak sformułowane postanowienie narusza obowiązek jednoznacznego i precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, czyli art. 29 ust. 1 wykonawca winien wiedzieć czy będzie dostosowywał system do euro czy też nie gdyż niezbędne jest to do przygotowania i złożenia oferty. (...)Odwołujący wnosi o skreślenie tego postanowienia umowy lub ustalenie zasad wynagrodzenia za żądane czynności, gdyby do ich wykonania miało dojść.”.
10. „§ 3 ust 6 również narusza art. 29 ust 1 Pzp. Żądanie, *wykonania wszelkich dodatkowych prac niezbędnych..*, po pierwsze niedookreśla przedmiotu zamówienia, a po wtóre nie może być w świetle równoprawności stron umowy uzależniane od przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Przyczyny te mogą być od wykonawcy niezależne, choć jego obciążał obowiązek dokonania czynności związanych z powstaniem tych przyczyn. Odwołujący wnosi o nakazanie zastąpienia przyczyn leżących po stronie wykonawcy winą jako przesłanką do nieodpłatnego wykonywania czynności zmierzających do zrealizowania umowy, a opóźnienia zwłoką.”.
11. „Zawarte w § 5 wzoru umowy żądanie wskazania nazw podwykonawców już w zawieranej umowie jest de facto żądaniem podania ich w ofercie czego zabrania art. 36 ustawy. Umowa trwająca 65 miesięcy nie może opierać się na dopuszczalności podwykonawstwa świadczonego przez jeden konkretny podmiot wskazany przy podpisaniu umowy jeśli np. zadania objęte podwykonawstwem pojawią się w 60 miesiącu jej realizacji. Może to spowodować brak możliwości prawidłowego wykonania umowy, np. gdy podwykonawca upadnie, lub zakończy działalność. Odwołujący proponuje, aby w § 15 wprowadzić zasady zmiany podwykonawców (np. „zamawiający może wyrazić zgodę na udział innych podwykonawców w wykonywaniu umowy, gdy wynika to z braku możliwości skorzystania ze świadczenia wskazanego podwykonawcy, a wykonawca wykaże że proponowany podwykonawca jest zdolny do wykonania powierzanego mu świadczenia w sposób nie gorszy niż poprzedni

podwykonawca"). Dotychczasowe brzmienie SIWZ prowadzące do skutku sprzecznego z art. 36 ust 4, a także ustanawiające faktyczny zakaz swobody podwykonawstwa wyrażony w art. 36 ust 5 jest działaniem zmierzającym do obejścia prawa i ograniczenia praw wykonawców do korzystania z podwykonawstwa bez nadmiernej ingerencji ze strony zamawiającego wynikających z przywołanych przepisów.”.

12. „Odwołujący wnosi o zmianę § 10 ust 1 wzoru umowy, w którym kara umowna za zwłokę w wykonaniu umowy lub etapów to uzależnianie jej wysokości w każdym z tym przypadków od wartości całej umowy nie różnicuje skutku opóźnienia w realizacji całej umowy oraz jej części. (...). Ponadto kara umowna za część lub etap zamówienia jest szczególnie rażąco wysoka gdy porównuje się karę liczoną od całości wynagrodzenia ze spóźnieniem w realizacji np. etapu I, za który wynagrodzenie wynosi zgodnie z § 8 umowy 8,5% całości . Odwołujący wnosi o uzależnienie wysokości kary od wynagrodzenia odpowiednio za całość umowy, część lub etap. Obecne brzmienie wzoru umowy prowadzi do naruszenia art. 14 Pzp w zw. z art. 484 Kc.”.
13. „Odwołujący wnosi o skreślenie § 10 ust 2 lit a przewidującego karę umowną za samo wystąpienie awarii (błędu/problemu klasy 0). Taka awaria może wystąpić również i z winy zamawiającego, ponieważ kary stanowią uproszczoną formę odszkodowania muszą odnosić się do działań lub zaniechań wykonawcy. Umowa przewiduje więc kary za nieusuwanie awarii, ale nie może nakładać na wykonawcę odpowiedzialności za działania czynników od niego niezależnych. To jej postanowienie stoi w sprzeczności z art. 139 Pzp w związku z art. 362 Kc.”.
14. „Odwołujący wnosi o skreślenie § 9 ust 5. Przewidziana w tym postanowieniu umowy kara umowna naliczana za brak wniesienia zabezpieczenia, ale za okres w którym jeszcze jest ważne poprzednie zabezpieczenie jest sprzeczna z art. 14 Pzp i 484 kc gdyż nie rodzi po stronie zamawiającego szkody, Wnosimy więc o zmianę postanowienia na nakładające na wykonawcę kary umowne tylko gdy nastąpi przerwa w ciągłości terminu zabezpieczenia należytego wykonania umowy.”.
15. „Odwołujący wnosi o skreślenie § 10 ust 8 w części dotyczącej korekt finansowych. Korekty takie, w odróżnieniu od wstrzymania lub obniżenia dofinansowania, (o których też mowa w przepisie umowy) są zgodnie z umowami o dofinansowanie i wytycznymi MRR wydawanymi na podstawie art 15a ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju nakładane wyłącznie za naruszenia procedury udzielania zamówień. Nie jest więc możliwe, aby za błędy ewentualne zamawiającego mógł być obciążony wykonawca poprzez choćby potencjalne wyszukiwanie przyczyn leżących u podstaw decyzji o nałożeniu korekt (tak w dalszej części przepisu). Ponadto odwołujący wnosi, aby kara umowna za obniżenie lub wstrzymanie dofinansowania była należna jedynie gdy zamawiający wykorzystał wszystkie dostępne zgodnie z ustawą o zasadach prowadzenia polityki rozwoju i ustawą o finansach publicznych środki wzniesienia decyzji o wstrzymaniu (obniżeniu) finansowania.”.
16. „Odwołujący wnosi o skreślenie § 12 ust 1. przeniesienie wszelkich praw autorskich majątkowych, a więc także np. do kodu źródłowego pozbawia wykonawcę możliwości stosowania tych rozwiązań w jego pozostałej działalności. Jest to żądanie

nieuprawnione i pozbawiające wykonawców możliwości wykonywania ich podstawowej działalności gospodarczej w ramach innych umów, w których korzystają z tych samych rozwiązań technicznych, gdyż przestają być właścicielami praw do tych rozwiązań. Takie żądanie jest czynieniem przez zamawiającego ze swego prawa użytku niezgodnego z jego przeznaczeniem gospodarczym naruszając rażąco art. 5 kc. Obowiązek przeniesienia całości praw na zamawiającego, który nabył np. jedno urządzenie zawierające autorskie oprogramowanie informatyczne uniemożliwi wykonawcy dalsze prowadzenie działalności gospodarczej w tym zakresie. Ponadto sformułowanie, że obowiązek przeniesienia prawa dotyczy również utworów dostarczonych (a nie tylko stworzonych) zobowiąże również wykonawcę do przeniesienia na zamawiającego wszelkich (a więc własności) praw autorskich np. do wykorzystywanych i dostarczonych programów Microsoft, itp, co skutecznie uniemożliwi wykonanie umowy w tym zakresie. Zdaniem odwołującego uwzględnienie odwołania może polegać również na zastąpieniu żądania przeniesienia wszelkich praw autorskich obowiązkiem udzielenia niewyłącznej licencji nieograniczonej terytorialnie i czasowo.”.

17. „Odwołujący wnosi o skreślenie § 12 ust 2. Umowa o zamówienie publiczne musi być tożsama z treścią oferty zgodnie z art. 140 pzp. Zamawiający nie może oczekiwać w ofercie zaoferowania przeniesienia praw autorskich majątkowych na nieistniejących polach eksploatacji, gdy tego wprost zabrania ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Postanowienie umowy, które do tego zobowiązuje - nawet w sposób pośredni tj. poprzez obowiązek zawarcia przyszłej umowy jest niezgodne zarówno z ustawą o prawie autorskim (a tym samym nieważne na podstawie art. 58 Kc) jak i z art. 140 Pzp. Ustalenie w niniejszej umowie ceny za przeniesienie takich praw na kwotę 1 zł narusza również przepisy ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych a także o ochronie konkurencji. Zgodnie z Art. 43.1. Pierwszej z wymienionych ustaw jeżeli z umowy nie wynika, że przeniesienie autorskich praw majątkowych lub udzielenie licencji nastąpiło nieodpłatnie, twórcy przysługuje prawo do wynagrodzenia. Narzucenie wynagrodzenia w wysokości 1 zł stanowi zamiar obejścia prawa wyrażonego w art. 43 ust 2 tej ustawy tj proporcjonalności przenoszonych praw do należnego wynagrodzenia. Takie postanowienie umowy należy więc uznać za nieważne na podstawie art. 58 kc, a tym samym niemożliwe do zastosowania w umowie.”.
18. „§ 12 ust 7 wzoru umowy wskazuje na prawo zamawiającego do przeprowadzania przez niego (lub w jego imieniu przez zewnętrzny podmiot trzeci) testów. Określono jednak wyłącznie nazwy tych testów, które zresztą nie są nazwami zestandaryzowanych czynności dokonywanych przy badaniu oprogramowania. Nie można więc na ich podstawie wnioskować jaki będzie zakres planowanych przez zamawiającego testów, a tym samym wykonawca nie posiada wystarczającej wiedzy jakie parametry oprogramowania poddawanego testem będą szczególnie istotne dla uznania, że zamówienie jest wykonywane zgodnie z treścią umowy.”.
19. „Zawarty na str. 11 ostatni akapit w brzmieniu - *"Doładowanie konta technicznego Karty w przypadku płatności internetowej, polegającej na błyskawicznym przelaniu pieniędzy z konta (płatność typu mTransfer, MultiTransfer, Przelew24), musi nastąpić nie później niż w 15 minut od momentu dokonania przez Użytkownika płatności internetowej, a w przypadku płatności przelewem do 2 dni roboczych od momentu*

wykonania przelewu oraz w trybie natychmiastowym w momencie wpłaty środków pieniężnych w punktach sprzedaży (kioski, kolektury), POP-ach, POK-ach, stacjonarnych automatach doładowujących karty." zobowiązuje wykonawcę do czynności doładowania karty w terminach przed otrzymaniem płatności od klienta. Obowiązek doładowania w 15 minut po dokonaniu płatności odnosi się, bowiem nie do wpływu tej płatności na właściwe konto, lecz od jej dokonania przez użytkownika tj wydania polecenia płatności bankowi. Wykonawca nie tylko nie będzie dysponował środkami, którymi ma zasilić konto techniczne karty, ale nawet nie będzie wiedział, że płatność w celu doładowania konta została dokonana. Analogicznie sytuacja wygląda przy płatnościach przelewem. Odwołujący wnosi więc o zmianę zobowiązania wykonawcy na zasilanie konta technicznego Karty w terminie rozpoczynanym zdarzeniem wpływu środków przekazywanych przez osobę żądającą doładowania na właściwe konto."

20. „Ostatnie zdanie ostatniego akapitu na str 11 w brzmieniu *"W przypadku zgubienia karty z doładowanymi na niej środkami pieniężnymi, do momentu zastrzeżenia karty, Wydawca kart SKUP nie będzie zwracał zakodowanego na niej pieniądza elektronicznego, a także nie będzie odpowiadał za szkody wynikłe z utraty karty do momentu jej zastrzeżenia."* - prowadzi do zobowiązania wykonawcy do działania niezgodnego z prawem. To on bowiem jest wydawcą karty, a zgodnie z art. 28 ustawy o Elektronicznych Instrumentach Płatniczych, wydawca zawsze odpowiada powyżej 150 Euro. (...)Sformułowanie SIWZ wprowadza wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w błąd przy ustalanie ewentualnej ceny oferty, przez co opis przedmiotu zamówienia nie jest zgodny z art. 29 gdyż nie uwzględnia wszystkich okoliczności niezbędnych do złożenia oferty. Może prowadzić również do naruszenia art. 14 pzp w zw. z art. 59 Kc. gdyż czynność prawna w postaci umowy między zamawiającym a wykonawcą prowadziła by do niemożności zadośćuczynienia roszczeniu osobie trzeciej tj posiadaczowi karty, a roszczenie to przysługuje mu wprost z mocy prawa tj art. 28 ustawy o elektronicznych instrumentach płatniczych. Odwołujący wnosi o nakazanie skreślenia tego postanowienia SIWZ i ustalenia w to miejsce zasad wynagrodzenia zamawiającego za koszty poniesione w związku z utraconymi kartami."
21. „Na końcu str. 10 i początku 11 mowa jest o późniejszym wprowadzeniu do systemu kart VISA czy Mastercard. Taka czynność w stosunku do kart już wydanych (co jest obowiązkiem wykonawcy) nie będzie możliwa. Karta musi od początku mieć logo organizacji i odpowiedni numer a ich zmiana na karcie fizycznie już istniejącej jest niemożliwa. Zgodnie z zasadami funkcjonowania organizacji VISA czy Mastercard karta musi mieć wizerunek zaakceptowany przez organizację przed wydaniem karty. Musi spełniać wymagania wizerunkowe, posiadać odpowiedni numer, mieć odpowiednie zapisane dane. Odwołujący wnosi więc o skreślenie tego postanowienia SIWZ, gdyż może on sugerować, że obowiązkiem wykonawcy będzie dostosowanie zarówno kart jak i SKUP do wymogów organizacji Visa/Mastercard."
22. „Na str. 16 zamieszczono postanowienie zgodnie z którym *numeracja kart powinna być zgodna z systemem numeracji bankowych kart płatniczych*. Spełnienie tego żądania jest niemożliwe jeśli karta nie jest od początku kartą VISA lub MC. Wykorzystanie numeru z zakresu VISA czy Mastercard bez zgody organizacji, jest przesłanką odpowiedzialności karnej na podstawie art 71 ustawy o elektronicznych

instrumentach płatniczych. Mogłoby być również uznane za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 10 ust 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż oznaczenie karty mogłoby wprowadzać w błąd co do jej możliwości zastosowania. (...)Odwołujący wnosi o nakazanie skreślenia tego postanowienia SIWZ."

23. „Na stronie 23 zawarto postanowienie w brzmieniu: *„nowo wydana karta nie będzie mogła być zarządzana przez Internet, dopóki nie zostanie nadany jej numer PIN. Nadanie PIN-u do karty będzie możliwe w stacjonarnym automacie doładowania kart oraz w POK i POP, gdzie musi się znajdować stanowisko umożliwiające jego nadanie. Wskazane jest umieszczenie informacji, aby taka operacja odbywała się bez udziału osób postronnych, aby zapobiec ewentualnym nadużyciom. Numer PIN nie może być prezentowany w formie jawnej podczas procesu jego nadawania. Numer PIN musi być nie krótszy niż 4 znaki cyfrowe i nie może być ciągiem znaków „0000”* Należy wskazać, że jeśli karta ma być kartą organizacji VISA lub Mastercard to zgodnie z regulacjami organizacji całe środowisko musi być certyfikowane z systemem EMV. W świetle wyżej podnoszonych niejasności co do wykorzystywania w tworzonym środowisku kart tych organizacji nie można ustalić czy tworzone środowisko musi bezwzględnie posiadać odpowiedni certyfikat EMV. Taka niejasność stanowi naruszenie art. 29 ust 1 Pzp, a w praktyce całkowicie uniemożliwia prawidłowe wykonanie zamówienia. (...)Gdyby jednak nawet przyjąć w dobrej wierze, że karta wydawana w ramach SKUP nie musi być zgodna z wymogami organizacji Visa/Mastercard, i stanowi „tylko” elektroniczny instrument płatniczy, to teoretycznie urządzenie nie musi być certyfikowane z EMV. Jednak również wówczas, jako iż wymogiem SIWZ jest, aby karta była zgodna z EMV,(str 14,15, 77 załącznika 6 do SIWZ) to będzie ona się komunikować z urządzeniami z którymi musi współpracować wyłącznie przy użyciu rozwiązań EMV Zatem urządzenie musi być zgodne ze standardem EMV, ale teoretycznie nie musi być certyfikowane. (...)Odwołujący żąda więc jednoznacznego przesądzenia konieczności certyfikacji systemu EMV.”
24. „Punkt 2.3.1 załącznika 6 Wymagania techniczne karty nie precyzuje, czy wymagania określone w punktach 11-18 dotyczą interfejsu stykowego, czy interfejsu bezstykowego karty, zatem należy przyjąć, że dotyczą one obydwu interfejsów. Aktualnie na rynku kart inteligentnych nie istnieje karta, która spełniałaby ww. wymagania Zamawiającego w odniesieniu do interfejsu bezstykowego. (...)Żądanie zamawiającego jest więc niemożliwe do spełnienia, a tym samym narusza art. 29 ust 1 gdyż opis przedmiotu zamówienia nie zawiera informacji wystarczających do złożenia oferty, a wręcz przeciwnie, uniemożliwia to. Odwołujący wnosi o dostosowanie wymagań zamawiającego do istniejących rozwiązań technicznych.”
25. „Punkt 3.13.2 załącznika 6, W opisie wymaganej funkcjonalności urządzenia do pobierania opłat/doładowania kart SKUP na str. 165 znajduje się zapis, że urządzenie musi „identyfikować elektroniczną kartę studenta”; wymaganie to jest następnie rozwinięte na stronie 166: „Elektroniczna legitymacja studenta - zawiera podstawowe dane o studencie (nazwisko, imiona, PESEL). Dzięki temu powinna istnieć możliwość identyfikacji studenta w Systemie. Po przyłożeniu karty do czytnika nastąpi odczyt z karty konkretnych danych, co pozwoli na automatyczne pozyskiwanie danych studenta.” Realizacja tego wymagania zakłada konieczność pobrania z karty danych osobowych studenta, a to nie jest prawnie możliwe bez uzyskania zgody ze strony

uczelnia (i/lub studenta). Realizacja tego wymagania SIWZ jest zatem uzależniona od trudnego do przewidzenia działania strony trzeciej (uczelnia mogą nie wyrazić zgody na przekazanie danych osobowych studentów poprzez odczyt tych danych z karty ELS przez urządzenia wykonawcy). Odwołujący wskazuje, że zapewnienie takiej zgody jako czynności, która warunkuje możliwość wykonania zamówienia winno być w umowie określone jako obowiązek zamawiającego.”

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający – Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „dostawa, wdrożenie i utrzymanie systemu Śląska Karta Usług Publicznych”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 listopada 2010 r. pod numerem 2010/S 224-343103. W tej samej dacie zamawiający opublikował treść SIWZ na swojej stronie internetowej.

Zgodnie z pkt 5.2. SIWZ o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który wykonał lub wykonuje (...) następujące dostawy i usługi:

- A. Dostawa i uruchomienie automatycznego systemu pobierania opłat oraz rozliczeń i kontroli, spełniającego łącznie poniższe warunki: (...) wartość dostawy i usługi wynosiła co najmniej 10 000 000, zł brutto;
- B. Dostawa i instalacja urządzeń oraz oprogramowania systemu teleinformatycznego, spełniająca łącznie poniższe warunki: (...) wartość dostawy i usługi wynosiła co najmniej 3 000 000,00 zł brutto;
- C. Dostawa i uruchomienie systemu teleinformatycznego zbierającego i przetwarzającego dane z pojazdów, spełniająca łącznie poniższe warunki: (...) wartość dostaw i usług wynosiła co najmniej 2 000 000,00 zł brutto;
- D. Dostawa i uruchomienie instalacji pokładowych w pojazdach zasilanych elektrycznie, spełniająca łącznie poniższe warunki: (...) wartość dostawy i usługi wynosiła co najmniej 200 000,00 zł brutto.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (pkt 3 SIWZ) zawartym na stronie 12 SIWZ „Warunkiem odbioru czwartego etapu jest ponadto wydanie użytkownikom przynajmniej 50 tys. kart ŚKUP”.

Zgodnie z pkt 5.3 lit. D SIWZ zamawiający określił, iż o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który: dysponuje lub będzie dysponował osobami posiadającymi następujące kwalifikacje zawodowe, doświadczenie oraz wykształcenie niezbędne do wykonania zamówienia (...): Specjalista ds. sieci:

- wykształcenie wyższe,
- znajomość sieci WAN, LAN i VPN na poziomie administratora, potwierdzona udziałem w roli specjalisty ds. sieci, która obejmowała WAN, LAN lub VPN, potwierdzona udziałem w projekcie polegającym na budowie systemów teleinformatycznych zrealizowanych dla klientów o rozproszonej strukturze organizacyjnej (posiadających minimum 20 jednostek usytuowanych w różnych lokalizacjach – posiadających różne adresy pocztowe).

Pismem z dnia 10 grudnia 2010 r. zamawiający zmodyfikował treść SIWZ, pkt 5.3 lit. D w ten sposób, iż dopuścił, aby specjalista ds. sieci wykazał się doświadczeniem w budowie systemu teleinformatycznego a nie jak uprzednio systemów teleinformatycznych.

Zgodnie z pkt 5.3.lit. J SIWZ zamawiający określił, iż o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który: dysponuje lub będzie dysponował osobami posiadającymi następujące kwalifikacje zawodowe, doświadczenie oraz wykształcenie niezbędne do wykonania zamówienia (...) : Projektanci kierownicy robót elektrycznych i budowlanych, posiadający aktualne uprawnienia niezbędne do wykonywania tych funkcji zgodnie z odpowiednimi przepisami prawa.

Pismem z dnia 10 grudnia 2010 r. zamawiający zmodyfikował treść SIWZ, poprzez wykreślenie w pkt 5.3 SIWZ litery J.

Zgodnie z pkt 8.5 SIWZ w przypadku wnoszenia wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, gwarancja nie może zawierać warunku, że żądanie wypłaty powinno być przekazane za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek Zamawiającego (Beneficjenta) oraz, że podpisy mają należeć do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu Beneficjenta gwarancji. Analogiczny zapis znalazł się również w pkt 15.6 SIWZ dotyczącym wymagań dotyczących zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Zgodnie z pkt 8.3 i 8.4 SIWZ Wadium w inne formie niż pieniądź należy złożyć w kasie w siedzibie Zamawiającego w formie oryginału dokumentu, przed upływem terminu składania ofert. Kopia dokumentu wniesienia wadium powinna być dołączona do oferty. W przypadku złożenia w ofercie oryginalnego dokumentu wadium w formie niepieniężnej, nie będzie on podlegał zwrotowi.

Pismem z dnia 10 grudnia 2010 r. zamawiający zmodyfikował brzmienie pkt 8.4 SIWZ poprzez wykreślenie zdania „W przypadku złożenia w ofercie oryginalnego dokumentu wadium w formie niepieniężnej, nie będzie on podlegał zwrotowi”.

Zgodnie z pkt 13.1 SIWZ zamawiający ustala następujące kryteria oceny ofert i ich znaczenie:

- cena oferty 90%
- uśredniony czas wydania 100 kart spersonalizowanych 5%
- całkowity czas akceptacji 30 kart ŚKUP przez moduł do pobierania opłat za przejazd 5%.

Zgodnie z pkt 13.3 SIWZ sposób obliczenia liczby punktów w kryterium „uśredniony czas wydania 100 kart spersonalizowanych” każdy z członków komisji przetargowej, który będzie dokonywać oceny ofert, przyzna ofercie badanej odpowiednią ilość punktów w zależności od czasu zaoferowanego w pkt 2 Formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ. Punkty przyznawane będą w następujący sposób:

- od 48 godz. do 72 godz. – 1 punkt,
- od 24 godz. do 48 godz. – 2 punkty
- poniżej 24 godz. – 5 punktów.

Zgodnie z pkt 13.4 SIWZ sposób obliczenia liczby punktów w kryterium „całkowity czas akceptacji 30 kart ŚKUP przez moduł do pobierania opłat za przejazd” każdy z członków komisji przetargowej, który będzie dokonywać oceny ofert, przyzna ofercie badanej odpowiednią ilość punktów w zależności od czasu zaoferowanego w pkt 3 Formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ. Punkty przyznawane będą w następujący sposób:

- od 50 sekund do 75 sekund – 1 punkt
- od 30 sekund do 50 sekund – 2 punkty

poniżej 30 sekund – 5 punktów.

Pismem z dnia 10 grudnia 2010 r. zamawiający zmodyfikował treść SIWZ, pkt 13.3 oraz 13.4 w taki sposób, iż doprecyzował przyznawanie punktów w kryterium:

- uśredniony czas wydania 100 kart spersonalizowanych w następujący sposób:

od 48 godz. do 72 godz. – 1 punkt,

od 24 godz. do 47 godz. – 2 punkty

poniżej 24 godz. – 5 punktów;

- całkowity czas akceptacji 30 kart ŚKUP przez moduł do pobierania opłat za przejazd w następujący sposób:

od 50 sekund do 75 sekund – 1 punkt

od 30 sekund do 49 sekund – 2 punkty

poniżej 30 sekund – 5 punktów.

Zgodnie z brzmieniem § 2 ust. 4 lit. b wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ w ramach wskaźników rezultatu wpisano: „120 jednostek sektora publicznego będzie korzystać z utworzonych aplikacji, w tym: KZK GOP, 21 urzędów miast, 51 instytucji kultury (biblioteki, muzea, teatry, centra kultury, itp.), 33 instytucje sportowo-rekreacyjne i 14 innych”. Zgodnie z zapisami SIWZ szczegółowy wykaz wszystkich jednostek zawiera załącznik nr 6 do SIWZ, pkt 3.13.2.

Zgodnie z brzmieniem § 2 ust. 7 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ „system od strony sprzętowej i programowej ma być przystosowany do wprowadzenia euro. W przypadku wprowadzenia w Polsce euro w okresie obowiązywania umowy, obowiązkiem Wykonawcy jest dokonanie niezbędnych prac na swój koszt w celu wdrożenia płatnością w Euro.”.

Zgodnie z brzmieniem § 3 ust. 6 zd. 2 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ „Jeżeli konsekwencją opóźnienia z przyczyn, za które odpowiada Wykonawca, będzie konieczność wykonania dodatkowych prac, Wykonawca musi je wykonać na pisemne wezwanie Zamawiającego.

Zgodnie z § 5 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ „w toku realizacji umowy wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom. Ponadto zgodnie z § 15 ust. 1 lit. g wzoru umowy, zamawiający przewiduje możliwość dokonania istotnych zmian postanowień umowy (...) gdy zajdzie konieczność zmiany podwykonawców. Zgodnie z § 15 ust. 3 w/w wzoru umowy wprowadzenie zmian wymaga zgodnego oświadczenia woli stron o formy pisemnej pod rygorem nieważności.

Zgodnie z § 10 wzoru umowy w przypadku zwłoki wykonawcy w wykonaniu przedmiotu umowy albo jego poszczególnych części lub etapów (...) zamawiającemu przysługuje prawo naliczenia kary umownej w następującej wysokości:

- a) 0,02 % wynagrodzenia brutto określonego w § 8 ust. 1 umowy za każdy rozpoczęty dzień zwłoki – w przypadku, gdy zwłoka wykonawcy wynosi nie więcej niż 30 dni
- b) 0,05 % wynagrodzenia brutto określonego w § 8 ust. 1 umowy za każdy rozpoczęty dzień zwłoki – w przypadku, gdy zwłoka wykonawcy wynosi powyżej 30 dni.

Zgodnie z § 10 ust. 2 lit. a wzoru umowy w przypadku wystąpienia błędu klasy 0, zamawiającemu przysługuje prawo żądania kar umownych w wysokości: a) 30.000 zł za wystąpienie Problemu/Awarii klasy 0.

Zgodnie z § 10 ust. 5 wzoru umowy w razie zwłoki w wykonaniu obowiązku, o którym mowa w § 9 ust. 4, wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,05 % wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 8 ust. 1, za każdy

rozpoczęty dzień zwłoki w dostarczeniu przedłużonego lub nowego zabezpieczenia.

Zgodnie z § 10 ust. 8 wzoru umowy w przypadku zapłaty przez zamawiającego naliczonej korekty finansowej, lub wstrzymania, bądź obniżenia finansowania przez IZ RPO WSL w związku z zawartą umową o dofinansowanie, wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości równej w/w kwotom, jeżeli ponosi odpowiedzialność za przyczynę, która legła u podstaw w/w zdarzeń.

Zgodnie z § 12 ust. 1 wzoru umowy, w przypadku, gdy w trakcie lub w wyniku realizacji umowy zostanie stworzony lub dostarczony utwór w rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, z momentem podpisania przez zamawiającego właściwego protokołu odbioru, zamawiający nabywa wszelkie autorskie prawa majątkowe do utworów stworzonych lub dostarczonych w trakcie realizacji umowy przez wykonawcę lub na jego zlecenie. Powyższe dotyczy również wyłącznych praw do zezwalania na wykonywanie zależnych praw autorskich oraz przenoszenia praw na inne osoby wraz z prawem do dokonywania w nich zmian oraz prawem własności egzemplarzy tych utworów.

Zgodnie z § 12 ust. 2 wzoru umowy w przypadku ujawnienia nowego pola eksploatacji mającego znaczenie dla zamawiającego, strony zmieniają umowę dodając postanowienie, na mocy którego wykonawca zobowiązuje się do przeniesienia na zamawiającego prawa do tego pola eksploatacji za kwotę 1 złoty netto.

Zgodnie z § 12 ust. 7 wzoru umowy zamawiający zastrzega sobie prawo do przeprowadzenia pełnego zakresu testów modułowych, integracyjnych, akceptacyjnych i wydajnościowych dostarczonego oprogramowania oraz oceny ergonomii oprogramowania dla weryfikacji cech jakościowych określonych w pkt 3 załącznika nr 7 do umowy.

Zgodnie z opisem techniczno-funkcyjnym przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ „(...) Doładowanie konta technicznego Karty w przypadku płatności internetowej, polegającej na błyskawicznym przelaniu pieniędzy z konta (płatność typu mTransfer, MultiTransfer, Przelew24), musi nastąpić nie później niż w 15 minut od momentu dokonania przez Użytkownika płatności internetowej, a w przypadku płatności przelewem do 2 dni roboczych od momentu wykonania przelewu oraz w trybie natychmiastowym w momencie wpłaty środków pieniężnych w punktach sprzedaży (kioski, kolektury), POP-ach, POK-ach, stacjonarnych automatach doładujących karty.” (str. 11 zał. nr 6 do SIWZ).

Ponadto „(...) w przypadku zgubienia karty z doładowanymi na niej środkami pieniężnymi, do momentu zastrzeżenia karty, Wydawca kart SKUP nie będzie zwracał zakodowanego na niej pieniądza elektronicznego, a także nie będzie odpowiadał za szkody wynikłe z utraty karty do momentu jej zastrzeżenia”.

Zamawiający wskazał również, iż „nie wykluczone jest w późniejszym etapie realizacji projektu dołączenie do sieci akceptacji również organizacji międzynarodowych takich jak VISA czy MASTERCARD, jednakże ze względu na regionalny charakter projektu jego zakres nie obejmuje w/w organizacji.

Zgodnie z pkt 2.3.2 załącznika nr 6 do SIWZ „numeracja kart powinna być zgodna z systemem numeracji bankowych kart płatniczych”.

Wymagania techniczne karty zamawiający określił w pkt 2.3.1 załącznika nr 6 do SIWZ.

W zakresie wymaganej funkcjonalności urządzenia do pobierania opłat/doładowania kart ŚKUP zamawiający wskazał, że urządzenie musi „identyfikować elektroniczną kartę studenta”. Ponadto zamawiający określił, iż „Elektroniczna legitymacja studenta - zawiera podstawowe dane o studencie (nazwisko, imiona, PESEL). Dzięki temu powinna istnieć możliwość identyfikacji studenta w Systemie. Po przyłożeniu karty do czytnika nastąpi odczyt z karty konkretnych danych, co pozwoli na automatyczne pozyskiwanie danych studenta.” (str. 166 zał. nr 6 do SIWZ).

Przywołane postanowienia SIWZ jak i odpowiadające im informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu leżą u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 3 grudnia 2010 r. swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił wykonawca COMP S.A. z siedzibą w Warszawie. Mając na uwadze treść art. 185 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) Izba ustaliła, iż wykonawca ten stał się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności postanowienia specyfikacji, treść ogłoszenia o zamówieniu, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności ustalono, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes

w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy p.z.p., jest wykonawcą, który zajmuje się działalnością objętą przedmiotem zamówienia, a zaniechania i czynności Zamawiającego, mogą uniemożliwić odwołującemu złożenie prawidłowej i konkurencyjnej oferty w przedmiotowym postępowaniu.

1. W zakresie zarzutu zgłoszonego w pkt 1 odwołania Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego uznając, iż wartościowy poziom i zakres rzeczowy zostały określone proporcjonalnie do zakresu prac, jakie

wykonawca będzie musiał wykonać w trakcie realizacji zamówienia. Izba wzięła pod uwagę zarówno treść wyciągu z kosztorysu przedłożonego przez zamawiającego jak i złożone przez niego oświadczenia, z których wynika, że wartość dostawy i uruchomienia automatycznego systemu pobierania opłat oraz rozliczeń i kontroli określona w lit. a pkt 5.2. SIWZ wynosi 10.000.000,00 zł brutto (wg. SIWZ) natomiast zgodnie z kosztorysem 17 000 000 złotych. W zakresie lit. b pkt 5.2 zgodnie z kosztorysem projektu, wartość dostawy Centrum Przetwarzania Danych netto kształtuje się na poziomie 3 908 180 złotych, natomiast w warunku określonym przez zamawiającego na poziomie 3.000.000,00 zł brutto. Powyższa argumentacja znajduje również zastosowanie, co do lit. c i d pkt 5.2 SIWZ. W ocenie Izby, odwołujący nie wykazał, iż warunki określone przez zamawiającego są nieadekwatne do przedmiotu zamówienia, a przedłożone przez niego wyciągi z ofert złożonych do innych Zamawiających na takie same usługi, bądź też oferty innych podmiotów nie uprawdopodobniły twierdzeń odwołującego gdyż nie odnosiły się wprost do przedmiotu zamówienia objętego niniejszym postępowaniem.

2. W zakresie zarzutu zgłoszonego w pkt 2 odwołania Izba podzieliła argumentację odwołującego. Uzależnienie odbioru etapu czwartego od wydania użytkownikom przynajmniej 50 tys. kart ŚKUP w ocenie Izby narusza interes odwołującego. Izba stoi na stanowisku, iż spełnienie wymogu wydania przynajmniej 50 tys. kart jest niezależne od wykonawcy a takimi argumentami nie mogą być, jak podawał zamawiający szybkość obsługi, dostępność i wygląd punktów obsługi klienta itp. Izba przyjmuje potrzebę sprawdzenia części funkcji systemu, jak też oceny jego działania na określonej próbie (w tym przypadku 50 tys. kart) brak jest jednak możliwości przerwania ryzyka na wykonawcę.
3. W zakresie zarzutu zgłoszonego w pkt 2 odwołania Izba podzieliła argumentację odwołującego. Jak sam przyznał zamawiający, wymaga udziału specjalisty w budowie systemów teleinformatycznych, gdyż przedmiotem zamówienia nie jest jedynie administrowanie, ale również zbudowanie systemu od podstaw. Biorąc pod uwagę sposób potwierdzenia wymaganego doświadczenia poprzez udział w projekcie polegającym na budowie systemu teleinformatycznego, należało stwierdzić brak prawidłowej relacji pomiędzy postawionym wymogiem merytorycznym, a będącą również częścią warunku metodą uzyskania odpowiedniej wiedzy, znajomości na poziomie administratora.
4. W zakresie zarzutu zgłoszonego w pkt 4 odwołania wobec jego uwzględnienia

przez zamawiającego Izba uznała, iż zarzut ten potwierdził się. Izba stwierdziła, iż zamawiający dokonał modyfikacji treści SWZ czyniąc zadość żądaniu.

5. W zakresie zarzutu zgłoszonego w pkt 5 odwołania Izba podzieliła stanowisko odwołującego. Bezsposornie w pkt 8.5 SIWZ, w przypadku wnoszenia wadium w formie gwarancji bankowej bądź ubezpieczeniowej, zamawiający postawił dwa zakazy: po pierwsze dokument wadium nie może zawierać warunku, że żądanie wypłaty powinno być przekazane za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek zamawiającego oraz po drugie, że podpisy mają należeć do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu Beneficjenta gwarancji. Nie sposób nie zgodzić się z odwołującym, że przy takich zapisach zamawiający dopuszcza, aby z żądaniem zapłaty wystąpiły osoby nie działające w imieniu zamawiającego. O ile intencją zamawiającego było otrzymanie bezwarunkowej gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej to wymóg taki mógł być zachowany przy użyciu sformułowań „bezwarunkowo, na pierwsze wezwanie”. Izba podziеляjąc stanowisko odwołującego stwierdza, iż zawarcie kwestionowanego zakazu w pkt 8.5 SIWZ prowadzić może do ograniczenia możliwych do wykorzystania form złożenia wadium. Powyższa argumentacja znajduje również zastosowanie w zakresie zapisów dotyczących zabezpieczenia należytego wykonania umowy.
6. W zakresie zarzutu zgłoszonego w pkt 6 odwołania wobec jego uwzględnienia przez zamawiającego Izba uznała, iż zarzut ten potwierdził się. Izba stwierdziła, iż zamawiający dokonał modyfikacji treści SWZ czyniąc zadość żądaniu.
7. W zakresie zarzutu zgłoszonego w pkt 7 odwołania wobec jego uwzględnienia przez zamawiającego Izba uznała, iż zarzut ten potwierdził się. Izba stwierdziła, iż zamawiający dokonał modyfikacji treści SWZ czyniąc zadość żądaniu w zakresie przyznawania punktów za poszczególne kryteria oceny ofert. W zakresie żądania doprecyzowania sposobu dokonywania oceny w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert bądź względnie skreślenie tych kryteriów Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, iż kryteria uśredniony czas wydania 100 kart spersonalizowanych bądź całkowity czas akceptacji 30 kart ŚKUP były kryteriami odnoszącymi się do cech podmiotowych wykonawców i w konsekwencji naruszające art. 91 ustawy p.z.p.. Wszystkie oferty zostaną ocenione w oparciu o te same kryteria, na podstawie oświadczeń wykonawców w zakresie wartości oferowanych parametrów a skoro zamawiający nie określa metod weryfikacji złożonych oświadczeń bierze na siebie związane z

tym ryzyko.

8. Wobec cofnięcia przez odwołującego zarzutu zgłoszonego w pkt 8 odwołania, Izba nie rozpatrywała jego zasadności.
9. W zakresie zarzutu zgłoszonego w pkt 9 odwołania Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Bezsprzecznie, każdy z wykonawców konstruując własną ofertę jest w stanie uwzględnić w cenie koszty dostosowania systemu od strony sprzętowej jak i programowej do wprowadzenia waluty euro. Nie sposób uznać, iż ujęcie takiego wymogu w opisie przedmiotu zamówienia narusza obowiązek jednoznacznego i precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby zamawiający opisując przedmiot zamówienia jednoznacznie nałożył na wykonawców obowiązek przystosowania systemu od strony sprzętowej i programowej do wprowadzenia waluty euro, do czego był uprawniony.
10. W zakresie zarzutu zgłoszonego w pkt 10 odwołania Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Skoro zgodnie z ust. 6 § 3 wzoru umowy wykonawca będzie zobowiązany do wykonania dodatkowych prac będących konsekwencją opóźnienia, ale opóźnienia wynikającego z przyczyn, za które ten wykonawca odpowiada to wbrew twierdzeniom odwołującego, nie sposób uznać, iż obowiązek wykonania prac dodatkowych obciążać będzie wykonawcę nawet wówczas, gdy konieczność ich wykonania wyniknie z opóźnienia powstałego z przyczyn, za które on nie odpowiada. W tym zakresie nie sposób przypisać zamawiającemu, jak to wskazywał odwołujący, naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy p.z.p.
11. W zakresie zarzutu zgłoszonego w pkt 11 odwołania Izba podzieliła stanowisko Odwołującego. Biorąc pod uwagę zapisy SIWZ jak też długi okres trwania umowy, Izba widzi potrzebę określenia zasad zmiany podwykonawców. Brak uregulowania w tym zakresie prowadzić będzie do arbitralnej zgody na zmianę podwykonawcy w trakcie realizacji zamówienia. Izba stoi na stanowisku, iż zasady zmiany podwykonawców winny być znane wykonawcom już na etapie przystępowania do postępowania. Na marginesie należy wskazać, iż zamawiający wbrew twierdzeniom odwołującego nie żądał wskazania nazw podwykonawców na etapie składania ofert, czym miałby naruszyć art. 36 ustawy p.z.p.
12. W zakresie zarzutu zgłoszonego w pkt 12 odwołania, Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Izba wskazuje, iż kary za przekroczenie terminu realizacji poszczególnych etapów zadania jak i terminu końcowego słusznie zabezpieczają interes zamawiającego. Wbrew twierdzeniu odwołującego nie

można wykluczyć, iż przekroczenie terminu realizacji poszczególnych etapów nie wpłynie na terminowe zakończenie całego zadania. Powyższe uzasadnia określenie kary umownej za przekroczenie terminu realizacji etapu, jako określony procent wartości całej umowy a nie wartości poszczególnych etapów. W ocenie Izby kary te nie są niewspółmiernie wysokie i wskazują jak istotne dla całego przedsięwzięcia jest terminowe wykonanie przedmiotu zamówienia.

13. W zakresie zarzutu zgłoszonego w pkt 13 odwołania, Izba podzieliła stanowisko odwołującego. Izba wskazuje, iż zamawiający nie wykazał, aby błąd klasy zero mógł wystąpić wyłącznie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Zapis ust. 2 § 10 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ nie wyłącza odpowiedzialności za wystąpienie błędu klasy „0” chociażby w przypadku jego powstania z powodu „siły wyższej”. Niewykluczone jest również, aby błąd klasy „0” mógł wystąpić z przyczyn leżących po stronie zamawiającego gdyż zarówno CPD I jak i CPD znajduje się w infrastrukturze zamawiającego.
14. W zakresie zarzutu zgłoszonego w pkt 14 odwołania, Izba podzieliła stanowisko odwołującego. Jak przyznał na rozprawie zamawiający kara umowna będzie naliczana w przypadku nie zachowania ciągłości zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Mając na względzie zapis ust. 5 § 10 w związku z ust. 4 § 9 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ nie sposób nie stwierdzić, iż wykonawca aby uniknąć przewidzianej kary umownej jeszcze w okresie ważności poprzedniego zabezpieczenia (na co najmniej 14 dni przed upływem okresu ważności zabezpieczenia) musi wnieść nowe zabezpieczenie. Izba podzieliła stanowisko odwołującego, iż prowadzić będzie to do dublowania się zabezpieczenia w w/w okresie.
15. W zakresie zarzutu zgłoszonego w pkt 15 odwołania, Izba podzieliła stanowisko odwołującego. Izba wskazuje, iż korekty finansowe naliczane przez Instytucję Zarządzającą nakładane są za naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Mając na względzie powyższe nie sposób uznać zasadności ponoszenia przez wykonawców kosztów takiej korekty skoro za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o dzielenie zamówienia w sposób nienaruszający przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych odpowiada zamawiający. Nie sposób podzielić tu stanowiska zamawiającego, iż podstawą takich korekt może być np. udzielenie zamówienia dodatkowego. W takim przypadku to również zamawiający będzie odpowiadał za prawidłowość takiego postępowania. Odnosząc się do możliwości ponoszenia przez wykonawcę odpowiedzialności za

wstrzymanie bądź obniżenie finansowania przez Instytucję Zarządzającą Izba wskazuje, iż odpowiedzialność taka może być zasadna, ale w sytuacji, gdy wina za te zdarzenia leżeć będzie po stronie wykonawcy.

16. W zakresie zarzutu zgłoszonego w pkt 16 odwołania, Izba podzieliła stanowisko odwołującego uznając, iż wykonawca nie może przenieść na zamawiającego wszelkich praw autorskich a tylko te, które dotyczą utworu dla zamawiającego dedykowanego jak też te, które zamawiający posiada. Bezsparnie przedmiotem dostawy będą również programy komputerowe wspomagające, niezbędne do prawidłowego funkcjonowania systemu. Dlatego też w ocenie Izby kwestia przeniesienia na zamawiającego praw do licencji lub sublicencji tych programów wymaga uregulowania.

17. W zakresie zarzutu zgłoszonego w pkt 17 odwołania, Izba podzieliła stanowisko zamawiającego uznając, iż przeniesienie praw autorskich może nastąpić jedynie na polach eksploatacji znanych stronom. Nakładanie na wykonawcę obowiązku zawarcia w przyszłości umowy na przeniesienie praw autorskich na nieokreślonym polu eksploatacji za kwotę 1 zł. Nie znając zakresu przyszłej umowy wykonawca naraża się na stratę wyrażając już w chwili obecnej zgodę na przeniesienie praw autorskich za 1 zł gdyż nie sposób mówić o proporcjonalności przenoszonych, bliżej nieokreślonych praw do należnego wynagrodzenia. Istotnym również jest, iż zapis ust. 2 § 12 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ prowadziłby jak wskazywał odwołujący do zawarcia przyszłych umów stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż cena za przeniesienie praw autorskich opiewałaby poniżej kosztów nabycia lub wytworzenia takich praw. Należy wskazać, iż przystępując do postępowania, wykonawca winien dokładnie wiedzieć, co musi zaoferować, aby rzetelnie wyliczyć cenę oferty.

18. W zakresie zarzutu zgłoszonego w pkt 18 odwołania, Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Jak wynika z brzmienia ust. 7 § 12 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ zamawiający zastrzegł sobie prawo przeprowadzenia pełnego zakresu testów. Zamawiający wskazał, iż aby uznać, że oprogramowanie spełnia wymagania i zostanie zaakceptowane, muszą zostać zaimplementowane funkcje opisane w SIWZ oraz muszą być spełnione cechy jakościowe oprogramowania opisane w załączniku nr 7 do umowy. Należy wskazać, iż poziom cech jakościowych systemu, który będzie oceniany został zawarty w pkt 3 załącznika nr 7 do umowy (np. „każda operacja wykonywana przez użytkownika karty (w tym w interfejsie Portalu Klienta), serwisantów lub

administratorów musi zawierać się w maksymalnie 6 krokach(...) kroki dla każdej operacji będą zliczane).

19. W zakresie zarzutu zgłoszonego w pkt 19 odwołania, Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego uznając, iż warunek zrealizowania uznania konta technicznego karty ŚKUP do 2 dni roboczych w przypadku przelewu oraz 15 min. w przypadku płatności internetowej polegającej na błyskawicznym przelaniu pieniędzy z konta jest możliwy do spełnienia. Izba stoi na stanowisku, iż biorąc pod uwagę powszechnie stosowane standardy w tym zakresie pozwalają uznać iż czas doładowania konta technicznego w przypadku płatności błyskawicznych 15 min., a w przypadku płatności standardowych 2 dni robocze pozwolą wykonawcy powziąć wiedzę, iż środki znajdują się na koncie, gdyż płatności te i przyjęty czas pozwala na weryfikację dokonania tych płatności.
20. W zakresie zarzutu zgłoszonego w pkt 20 odwołania, Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Jak wskazywał odwołujący zgodnie z art. 18 ustawy o Elektronicznych Instrumentach Płatniczych wydawca zawsze odpowiada powyżej 150 euro. Biorąc pod uwagę oświadczenie zamawiającego, iż na kartach ŚKUP nie może być więcej środków niż 150 euro to nie sposób uznać zasadności podnoszonych w odwołaniu w tym zakresie argumentów. Zamawiający jasno określił, iż wydawca karty nie będzie odpowiadał za szkody wynikłe z utraty karty do momentu jej zastrzeżenia. Jak wskazał zamawiający, karta ŚKUP nie ma być kartą płatniczą tylko instrumentem pieniądza elektronicznego zasilanym do określonej wartości, dlatego też nie może być mowy o odpowiedzialności wydawcy karty za środki o równowartości w złotych powyżej 150 euro.
21. W zakresie zarzutu zgłoszonego w pkt 21 odwołania, Izba podzieliła stanowisko odwołującego. Należy wskazać, iż kwestionowany zapis zawarty został w załączniku nr 6 do SIWZ, Opis Techniczno-Funkcjonalny Przedmiotu Zamówienia, a zatem m.in. o informacje tam zawarte wykonawcy konstruować będą swoją ofertę. Zatem skoro, jak stwierdził zamawiający, dołączenie systemu na dalszym etapie projektu do sieci akceptacji również organizacji międzynarodowych takich jak VISA czy MASTERCARD nie jest konieczne to zawarcie tego zapisu w opisie techniczno-funkcjonalnym wprowadzać będzie w błąd potencjalnych wykonawców. Prawdopodobna wydaje się sytuacja, w której część wykonawców uzna kwestionowany zapis za obligatoryjny i uwzględni go w swojej ofercie i jej cenie a część jako zapis niewymagany. Sytuacja tak prowadzić będzie do nieporównywalności ofert.

22. W zakresie zarzutu zgłoszonego w pkt 22 odwołania, Izba podzieliła stanowisko odwołującego. Skoro jak sam wskazał zamawiający intencją jego było podkreślenie faktu, że numeracja kart ŚKUP powinna być zgodna z wytycznymi normy ISO 7812-1 to pozostawienie zapisu zgodności numeracji kart ŚKUP z systemem numeracji bankowych kart płatniczych może wprowadzać wykonawców w błąd.
23. W zakresie zarzutu zgłoszonego w pkt 23 odwołania, Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Izba wskazuje, iż zamawiający wymaga jedynie aby architektura systemu była zgodna ze standardem EMV i nie wymaga przy tym certyfikacji środowiska. Izba za zamawiającym wskazuje, iż zasady bezpieczeństwa wymagane przy obsłudze kart płatniczych nie mogą mieć bezpośredniego przełożenia na instrument pieniądza elektronicznego ze względu na znaczące różnice w ryzyku związanym z różnicami wartości środków udostępnianych za pośrednictwem tych dwóch elektronicznych instrumentów płatniczych.
24. Wobec cofnięcia przez odwołującego zarzutu zgłoszonego w pkt 24 odwołania, Izba nie rozpatrywała jego zasadności.
25. W zakresie zarzutu zgłoszonego w pkt 23 odwołania, Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. System ŚKUP zgodnie z postanowieniami SIWZ, musi umożliwiać zakodowanie biletu okresowego na nośniku elektronicznej legitymacji studenckiej a więc po stronie wykonawcy istnieje będzie jedynie obowiązek wgrania odpowiedniej aplikacji służącej do zapisywania uprawnień okresowych na elektroniczną legitymację studencką, a obowiązek taki wykonawca będzie mógł wypełnić wyłącznie w przypadku, gdy osoba taka zgłosi się z legitymacją i wyrazi na to zgodę. Mając na względzie powyższe nie znajduje uzasadnienia argumentacja odwołującego iż realizacja tego wymagania SIWZ jest uzależniona od trudnego do przewidzenia działania strony trzeciej.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

