

2009 CZE 19 12:51

Comarch o/Gdansk

+48583264563

st 1

Wykonawca (Protestujący):

Konsorcjum firm:

Kraków, dnia 19 czerwca 2009 roku.

1. **ComArch S.A.** (pełnomocnik konsorcjum)
Aleja Jana Pawła II 39A,
31 – 864 Kraków – lider konsorcjum
fax: (12) 64 61 100
tel.: (12) 64 61 000
2. **Fin Skog S.A.** (członek konsorcjum)
ul. Chmielna 85/87
00-805 Warszawa

Zamawiający:

Instytut Oceanologii Polskiej Akademii Nauk
ul. Powstańców Warszawy 55
87-712 Sopot

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Opracowanie i wdrożenie Zintegrowanego Systemu Przetwarzania Danych Oceanograficznych”, znak IOPAN/ZSPDO/2009.

PROTEST WYKONAWCY

ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie, zarejestrowana w Krajowym Rejestrze Sądowym pod numerem KRS 0000057567, wysokość kapitału zakładowego Spółki wynosi 7.960.596,00 zł, kapitał zakładowy został opłacony w całości, NIP: 677-00-65-406, działając w imieniu w/w Konsorcjum - na podstawie przepisów art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 i ust. 2 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. 2007 Nr 223 poz. 1655) („Ustawa”) - składa protest na działanie Zamawiającego – **Instytutu Oceanologii Polskiej Akademii Nauk** – podjęte w ramach ww. postępowania.

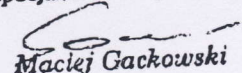
Czynnościami i zaniechaniami Zamawiającego objętymi protestem są:

1. określenie warunku udziału w postępowaniu w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny, przez co utrudniający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców,
2. z ostrożności - określenie warunku udziału w postępowaniu w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, przez co utrudniający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców,
3. opis przedmiotu zamówienia - określenie wzoru umowy,
4. zaniechanie określenia w ogłoszeniu lub w SIWZ warunków zmiany umowy warunkujących ważną zmianę umowy o udzielenie zamówienia publicznego,

W związku z powyższym Protestujący wnosi o:

1. zmianę wymagań ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie **VII.6.a) SIWZ** (odpowiednio pkt.

Specjalista ds. Sprzedaży


Maciej Gackowski
IO PAN SOPOT

2009 -06- 19

Str 1/16

L.dz. 1469

2009 CZE 19 12:51

Comarch o/Gdansk

+48583264563

st2

- III.2.1) 6).a)** ogłoszenia) w sposób jednoznaczny, nie utrudniający uczciwej konkurencji, określony w uzasadnieniu protestu,
2. modyfikację SIWZ i dokonanie precyzyjnego, jednoznacznego i wyczerpującego przedmiotu zamówienia poprzez zmianę postanowień projektu umowy w sposób wskazany w uzasadnieniu protestu,
 3. modyfikację SIWZ poprzez określenie warunków zmiany umowy uprawniających do ważnej zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty we wszystkich przypadkach w których zgodnie z postanowieniami wzoru umowy Zamawiający taką zmianę dopuszcza.

Protestujący zarzuca Zamawiającemu:

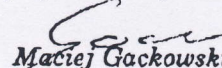
1. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 oraz 22 ust 2 Ustawy, poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny, przez co utrudniający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców,
2. z ostrożności - naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 oraz 22 ust 2 Ustawy, poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w sposób w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, przez co utrudniający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców,
3. naruszenie przepisu art. 29 ust 1 i 2 Ustawy – poprzez określenie wzoru umowy, opisującego przedmiot zamówienia publicznego w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, co jednocześnie utrudnia uczciwą konkurencję oraz naruszenie przepisu art. 353 [1] kc.) w zw. z art. 58 § 1 kc. w zw. z art. 58 § 2 kc w zw. z art. 484 § 1 kc. w zw. z art. 139 § 1 Ustawy, a także art. 7 ust 1 Ustawy – poprzez ukształtowanie treści stosunku zobowiązaniowego z naruszeniem przepisów kodeksu cywilnego oraz prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
4. naruszenie przepisu z art. 4 ust 4 Ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2008.171.1058) – dalej „Ustawa nowelizująca”, która weszła w życie 24.10.2008 roku w zw. z art. 144 ust 1 Ustawy – poprzez zaniechanie określenia warunków zmiany umowy, podczas gdy we wzorze umowy Zamawiający takie zmiany dopuszcza.

SIWZ została zamieszczona na stronie internetowej w dniu **5 czerwca 2009 roku**, dlatego też niniejszy protest jest wnoszony w terminie, zgodnie z art. 180 ust. 3 pkt 2) Ustawy.

UZASADNIENIE:

1. Zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 oraz 22 ust 2 Ustawy, poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny, przez co utrudniający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców.

Specjalista ds. Sprzedaży


Maciej Gackowski

Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu zamieścił w SIWZ wymaganie dotyczące potencjału osobowego wykonawcy, według którego w skład zespołu, który będzie wykonywał zamówienie, musi wchodzić m.in.:

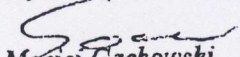
„Ekspert ds. zarządzania projektem - kierownik zespołu spełniający następujące wymagania:

- *posiada minimum 10 lat doświadczenia związanego z zarządzaniem projektami, oraz*
- *posiada umiejętność zarządzania projektami, w ramach których opracowywano systemy informatyczne, tj. wskazana osoba zarządzała, w ciągu ostatnich 3 lat, jako kierownik projektu, co najmniej 3 projektami obejmującymi swym zakresem opracowanie zintegrowanych systemów informatycznych o wartości przekraczającej 10 mln zł, oraz*
- *posiada umiejętność stosowania metodyki zarządzania projektami PRINCE 2 lub PMP tj. posiada aktualny certyfikat PRINCE2 Practitioner lub PMP; certyfikat, musi pochodzić wyłącznie od jednostki posiadającej akredytację do wydawania certyfikatów PRINCE2 lub PMP, oraz*
- *posiada wyższe wykształcenie techniczne o kierunku informatyka lub pokrewne” (pkt VII.6.a) SIWZ (odpowiednio pkt. III.2.1) 6).a) ogłoszenia).*

Wskazujemy, iż w/w warunek w części dotyczącej umiejętności zarządzania projektami jest niejednoznaczny. Nie jest mianowicie jasne, czy określona w warunku wartość minimum 3 zintegrowanych systemów informatycznych na poziomie co najmniej 10 mln zł jest wartością, która odnosi się do każdego z tych systemów, czy jest wartością, która może być spełniona przez te systemy łącznie. Protestujący skłania się ku pierwszej z tych Interpretacji, za czym przemawia wykładnia językowa warunku, jednak wyraża obawę, iż zamierzenie zamawiającego może być inne. Świadczy o tym fakt znaczącej nieproporcjonalności tak rozumianego (językowo) warunku, dotyczącego kierownika projektu (każdy z 3 systemów po 10 mln zł) wobec warunku stawianego samemu wykonawcy (firmie), gdzie wymaganie dotyczące doświadczenia w dostawie i wdrożeniu systemów kształtuje się na poziomie 2 wdrożeń o wartości po 5 mln. zł każde (pkt VII.5. a) SIWZ). Tak znacząca i nieuzasadniona dysproporcja nakazywałaby z kolei łącznie interpretowanie wartości systemów, jakimi zarządzać miał kierownik projektu, co jednakowoż nie wynika wprost z w/w zapisu. Podnosimy zatem, iż powyższa niejednoznaczność prowadzić może do istotnych różnic w składanych ofertach, czyniąc je nieporównywalnymi, co w konsekwencji uniemożliwi wybór najkorzystniejszej z nich i zawarcia ważnej umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Na powyższe ryzyko wskazywały wielokrotnie wypowiedzi orzecznictwa w których przykładowo czytamy:

- *„Wykonawcy przygotowując ofertę muszą posiadać jednoznaczną informację, co do warunków określonych przez Zamawiającego, tak aby móc wykazać się spełnianiem warunku udziału w postępowaniu. Jeżeli Zamawiający dokonując opisu warunku oraz sposobu jego oceny postępuje*

Specjalista ds. Sprzedaży


Maciej Gackowski

się terminami nieprecyzyjnymi, rodzi to ryzyko różnej ich interpretacji przez uczestników postępowania" - Postanowienie KIO z dnia 9 lipca 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 636/08;

- „Warunki udziału w postępowaniu mają szczególne znaczenie w procedurze udzielania zamówienia, ponieważ ich spełnienie lub nie, niesie za sobą doniosłe skutki dla wykonawców – dlatego też są one w szczególny sposób traktowane w ustawie Prawo zamówień publicznych oraz dyrektywach unijnych – przede wszystkim muszą być one wyraźnie określone przez zamawiających, co służy jawności i przejrzystości postępowania" - Wyrok KIO z dnia 5 lutego 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 31/08.

W związku z powyższym wnosimy o usunięcie w/w niejednoznaczności poprzez doprecyzowanie, czy przedmiotowe wymaganie odnośnie wartości systemów ma być spełnione przez każdy z tych systemów indywidualnie, czy też łącznie. Stanowi ono podstawę do unieważnienia postępowania ze względu na niemożność zawarcia ważnej umowy o udzielenie zamówienia publicznego (art. 93 ust 1 pkt 7) w zw. z art. 146 ust 1 pkt 5 i 6 Ustawy).

2. Z ostrożności – zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 oraz 22 ust 2 Ustawy, poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w sposób w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, przez co utrudniający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców.,

W przypadku stanowiska Zamawiającego wobec zarzutu określonego w punkcie 1 protestu, iż wskazany tam warunek był i jest jednoznaczny i należy go rozumieć w sposób taki, iż min. 3 systemy, jakimi zarządzać miał kierownik projektu, muszą mieć wartość min. 10 mln. zł każdy – Protestujący zarzuca z ostrożności, iż warunek tak rozumiany jest warunkiem nadmiernym, nieadekwatnym do przedmiotu zamówienia, znacząco ograniczającym konkurencję. Protestujący podnosi ten zarzut w tym miejscu z tego względu, iż jak wskazano powyżej taka interpretacja wynika z wykładni językowej przedmiotowego warunku, a jedynie względy systemowe (zapisy pozostałych warunków udziału w postępowaniu) powodują, iż istnieją co do jego rozumienia uzasadnione wątpliwości. Protestujący nie chce tym samym uchybić terminowi na protest na brzmienie warunku w jego językowym znaczeniu.

Stwierdzamy zatem, iż wymaganie, że za spełniające warunek doświadczenia kierownika projektu (pkt VII.6.a) SIWZ (odpowiednio pkt. III.2.1) 6).a) ogłoszenia) Zamawiającego będą uznane wyłączenie systemy, którymi zarządzał, o wartości min. 10 mln. zł każdy, ogranicza konkurencję i prowadzi do nieuzasadnionej eliminacji z postępowania wykonawców, którzy posiadają wystarczający potencjał i doświadczenie, pozwalające na realizację przedmiotu zamówienia. Ograniczenie to nie znajduje żadnego uzasadnienia również w kontekście przedmiotu zamówienia oraz określonych przez Zamawiającego zasad jego udzielenia, a przede wszystkim realizacji. Zwracamy uwagę, iż **warunek dotyczący potencjału osobowego nie może być bardziej restrykcyjny (dalej idący) niż ten dotyczący doświadczenia samego**

Specjalista ds. Sprzedaży

Maciej Gackowski

wykonawcy. Nakazywałoby to wykonawcy sięgać po osoby spoza firmy, co znacznie podwyższałoby koszt wykonania zamówienia. Taka sytuacja zachodzi w niniejszym postępowaniu, gdyż wymagane wobec wykonawcy odnośnie dostawy i wdrożenia systemów kształtuje się na znacznie niższym poziomie (2 dostawy i wdrożenia systemów po 5 mln. zł każdy), niż wymagane stawiane kierownikowi projektu (aż 3 projekty o wartości 10 mln. zł każdy).

Wskazujemy ponadto, że również w zakresie określania ilości i wartości wymaganego doświadczenia kierownika projektu Zamawiający winien mieć na względzie zasadę zachowania uczciwej konkurencji, kierując się nakazem adekwatności warunku udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia. Podkreślamy, że zgodnie z **dyrektywą 2004/18/WE** Zamawiający może określić minimalne wymagania proporcjonalne do przedmiotu zamówienia publicznego, jednak w sposób, który nie ogranicza konkurencji. Ustalenie ilości i wartości wymaganego doświadczenia członka zespołu, który wykonywać będzie zamówienie, musi być zatem proporcjonalne do doświadczenia wymaganego od samego wykonawcy, które – co oczywiste – musi „*odpowiadać swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia*” (§ 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy (...)) (Dz. U. Nr 87, poz. 605).

Powyższe stanowisko potwierdza przykładowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz aktualne wypowiedzi Zespołu Arbitrów:

- wyrok z dnia 14 stycznia 2008 r. (sygn. KIO/UZP/62/07) czytamy: „*Ocenę zasadności warunku udziału w postępowaniu i jego zgodności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należy rozpatrywać w kontekście jego adekwatności do przedmiotu zamówienia, tj. warunek musi zagwarantować należyte wykonanie zamówienia, przy jednoczesnym zachowaniu niedyskryminującego charakteru, winien mieć na celu ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia, a nadto nie może prowadzić do faworyzowania jednych i tym samym dyskryminacji innych wykonawców. Zamawiający musi mieć na względzie interes publiczny, który wymaga, aby zamówiony produkt (lub usługa) został wykonany, ale jednocześnie granicą tego interesu jest dyskryminacja, która może uniemożliwić uczciwym wykonawcom konkurencję podczas postępowania. Dyskryminacja jest więc odwrotnością adekwatności warunków do przedmiotu zamówienia. Warunki są wtedy nieadekwatne, gdy w żaden sposób nie są związane z przedmiotem zamówienia*”;
- wyrok z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-167/06 - „*Zamawiający może określać kryteria odpowiednie do specyfiki zamówienia, jednak nie mogą one prowadzić do naruszenia zasad określonych w ustawie - Prawo zamówień publicznych m.in. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 i art. 22 ustawy - Prawo zamówień publicznych)*”;
- wyrok z dnia 24 lutego 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-494/06 - „*Zamawiający ma prawo do wskazywania konkretnych warunków jakich będzie wymagał od wykonawców mogących brać udział w postępowaniu. Jednakże ustalone warunki nie mogą eliminować z postępowania tych wykonawców, którzy posiadają wystarczające doświadczenie do realizacji zamówienia, lecz nie mogą wykazać się zrealizowaniem zadania ustalonego o wartości jaką określa Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia*”.

Specjalista ds. Sprzedaży

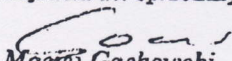
Maciej Gackowski

W związku z powyższym wskazujemy, że **adekwatnym do przedmiotu zamówienia, a zatem warunkiem nie ograniczającym konkurencji, byłoby wymaganie doświadczenia kierownika** na poziomie zarządzania min. 1 systemem o wartości podanej w warunku, tj. 10 mln. zł (a nie min. 3), zaś wymagana wartość pozostałych systemów winna zostać obniżona – bądź przez jej dostosowanie do doświadczenia wykonawcy (po 5 mln zł każdy), bądź przez dopuszczenie łącznego spełniania przez te systemy wymaganej wartości 10 mln zł. Systemy o tak dużej wartości nie są częstymi na rynku, zatem znalezienie kierownika projektu, który w stosunkowo krótkim okresie czasu (3 lat) miałby zarządzać aż 3 systemami o wartości min 10 mln zł jest *de facto* niemożliwe. Oznaczałoby to, że równolegle musiałby prowadzić 3 takie projekty, co również z metodologicznego punktu widzenia jest dyskusyjne. Przy dużych, występujących relatywnie rzadko zamówieniach, stawianie wymagań podmiotowych nie powinno prowadzić do „tożsamości” tych wymagań ze specyfiką przedmiotu zamówienia, wystarczające jest, by wymagania te były „zbliżone” do przedmiotu zamówienia (tak: wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 9 stycznia 2007 r., Sygn. akt: XIX Ga 581/06). W przeciwnym przypadku Zamawiający czyniłby warunkiem udziału w postępowaniu doświadczenie jednorazowe, rzadkie, niepowtarzalne, które nie świadczy o ugruntowanym doświadczeniu wykonawcy.

- 3. Zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust 1 i 2 Ustawy – poprzez określenie wzoru umowy, opisującego przedmiot zamówienia publicznego w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, co jednocześnie utrudnia uczciwą konkurencję oraz naruszenie przepisu art. 353 [1] kc.) w zw. z art. 58 § 1 kc. w zw. z art. 58 § 2 kc w zw. z art. 484 § 1 kc. w zw. z art. 139 § 1 Ustawy, a także art. 7 ust 1 Ustawy – poprzez ukształtowanie treści stosunku zobowiązaniowego z naruszeniem przepisów kodeksu cywilnego oraz prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.**

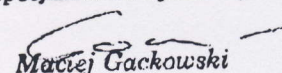
W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 29 ust 1 i 2 Ustawy wskazujemy, iż Zamawiający ma obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia „*w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty*”. Na opis ten składa się przede wszystkim wzór umowy z załącznikami (istotne postanowienia umowne), gdyż to on określa okoliczności mające wpływ na sporządzenie oferty. Powyższy obowiązek Zamawiającego, z uwzględnieniem niemożności przerzucania na Wykonawcę ryzyka nieprecyzyjnych zapisów odnośnie przedmiotu zamówienia, był wielokrotnie potwierdzony w orzecznictwie (przykładowo wyroki: UZP/ZO/0-2945/06, UZP/ZO/0-2695/06, UZP/ZO/0-2592/06, UZP/ZO/0-2578/06, UZP/ZO/0-1961/06). W tym kontekście, z zastrzeżeniem innych w/w zarzutów, kwestionujemy jako nieprecyzyjne i niejednoznaczne następujące zapisy SIWZ:

Specjalista ds. Sprzedaży


Małgorzata Gackowska

1. § 2 ust 6 - „Instytut może odmówić akceptacji, jeżeli w jego ocenie założenia i szczegółowe plany nie uwzględniają wszelkich potrzeb, o jakich mowa w niniejszej Umowie, SIWZ oraz ich załącznikach” – „potrzeby Zamawiającego” są pojęciem niejednoznacznym i nieprecyzyjnym, nadto nie występującym w umowie. Wobec przewidzianego w oparciu o w/w niejednoznaczne kryterium uprawnienia Zamawiającego odmowy dokonania akceptacji wnosimy o wykreślenie sformułowania o „potrzebach” i odniesienie kryterium oceny do konkretnych, istniejących w umowie wymogów i parametrów (powołanie punktów w umowie), które mogłyby być ewentualną podstawą takiej odmowy. W braku takich parametrów wnosimy o wykreślenie tego zapisu w całości.
2. § 2 ust 8 - „Wykonawca gwarantuje osiągnięcie celów **i rezultatów**, jakie mają zostać spełnione przez prawidłowo zaprojektowany oraz wykonany ZSPDO, a opisanych w załącznikach do niniejszej Umowy, a zwłaszcza celów i funkcjonalności opisanej w załączniku nr 1 do SIWZ – B. Cel projektu” oraz § 4 ust 1 – „Dla wykonania Umowy i otrzymania wynagrodzenia, niezbędne jest w szczególności kompleksowe wykonanie całego przedmiotu zamówienia i uzyskanie przez ZSPDO wszelkich celów **i rezultatów**, jak też przeniesienie autorskich praw” oraz § 4 ust 4 – „Umowę uznaje się w szczególności za niewykonaną jeżeli (...) nie osiągnięto celów **lub rezultatów** podanych w Umowie lub w załącznikach”. Pojęcie „Rezultatów” nie jest nigdzie w SIWZ opisane (w przeciwieństwie do „celów”). Podnosimy, że Zamawiający nie utożsamia tych pojęć, tylko je wyraźnie rozróżnia (co wynika ze spójnika „lub”). Tymczasem osiągnięcie rezultatów (obok „celów”) warunkuje uznanie umowy za wykonaną. W związku z powyższym wnosimy o usunięcie z w/w zapisów pojęcia „rezultatów” albo o ich szczegółowe (konkretne) doprecyzowanie, z odniesieniem do konkretnych punktów SIWZ i Umowy.
3. § 4 ust 1 – „Dla wykonania Umowy i otrzymania wynagrodzenia, niezbędne jest w szczególności kompleksowe wykonanie **całego przedmiotu** zamówienia i uzyskanie przez ZSPDO wszelkich celów **i rezultatów**, jak też przeniesienie autorskich praw” – taki zapis oznacza jednorazową płatność - skoro otrzymanie wynagrodzenia jest warunkowane wykonaniem całego przedmiotu zamówienia. Jest to niespójne z § 6 wzoru umowy, przewidującym płatności „w ratach”, za poszczególne etapy. W związku z powyższym wnosimy o usunięcie zapisu o „całym przedmiocie zamówienia” i jego dostosowanie do zasady etapowych odbiorów i płatności.
4. § 5 ust 1 – „Terminem wykonania Umowy jest dzień zaakceptowania przez Instytut końcowego raportu zdawczo-odbiorczego, co nastąpi po uprzedniej akceptacji kolejnych prac oraz etapów i pełnym, skutecznym wdrożeniu ZSPDO i uzyskaniu pozytywnych wyników testów powdrożeniowych i osiągnięciu jego pełnej funkcjonalności, jak i celów, o których mowa w załączniku nr 1 do SIWZ. Termin ten nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia zakończenia realizacji projektu” – niejasne jest jasne jaki termin nie może być dłuższy niż 30

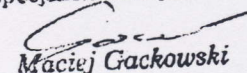
Specjalista ds. Sprzedaży


Maciej Gackowski

dni. Czy termin wykonania umowy? Czy oznacza on termin dla Instytutu akceptacji raportu? Jednocześnie Zamawiający wskazuje nowy dokument – „końcowy raport zdawczo – odbiorczy” odnośnie którego nie jest jasne kto go przygotowuje i z czego wynika obowiązek jego przygotowania. W ocenie Protestującego w/w dodatkowe 30 dni po „skutecznym wdrożeniu systemu” i pozytywnych testach powdrożeniowych przedłuża moment uznania umowy za wykonaną i ma wpływ na terenowość wykonania całości prac. Dodatkowo niejasna jest rola w/w raportu, tym bardziej, że jednocześnie Strony podpisują protokół końcowy (§ 5 ust 2 „W przypadku pomyślnego wyniku testów powdrożeniowych, Strony podpiszą końcowy protokół zdawczo-odbiorczy”). W związku z powyższym wnosimy o doprecyzowanie powyższych zapisów w szczególności poprzez usunięcie zbędnego i działającego na niekorzyść dłużnika (wykonawcy) w/w dodatkowego 30 dniowego terminu, który nie powinien być wliczany do terminu zastrzeżonego na wykonanie umowy oraz poprzez usunięcie, bądź szczegółowe doprecyzowanie zapisu o w/w „końcowym raporcie zdawczo - odbiorczym” (określeniu jego roli, zawartości i terminu wykonania oraz wyraźne rozróżnienie go od „końcowego protokołu zdawczo – odbiorczego”).

5. § 6 ust 5 – w wynagrodzeniu zawiera się podatek akcyzowy. Nie jest jasne dla Protestującego który z dostarczanych w ramach umowy wyrobów jest wyrobem akcyzowym? W związku z powyższym wnosimy o usunięcie zapisu o podatku akcyzowym.
6. § 6 ust 6 – wynagrodzenie – podnosimy zarzut braku wyodrębnienia w wynagrodzeniu wynagrodzenia za przeniesienie praw autorskich do dokumentacji oraz za udzielenie licencji do oprogramowania (elementy te stanowią przedmiot umowy). Wskazujemy, że udzielenie licencji/przeniesienie praw ma inny moment podatkowy niż wykonanie dostaw i usług, stąd niezbędne jest wyróżnienie wynagrodzenia z tego tytułu, o co wnosimy.
7. § 6 ust 7 lit b) – c) Zamawiający przewiduje płatność wynagrodzenia w ratach – „za wykonanie prac w IV kwartale 2009 r. i wykonanie Etapu II – t.j. dostarczenie technicznego projektu infrastruktury informatycznej systemu ZSPDO” – niejasne jakie prace mają być wykonywane w IV kwartale. Wyróżniono je bowiem pomiędzy Etapem I i II. Podobnie w lit c – k powołanego paragrafu - obok Etapów Zamawiający wyróżnia „prace” w danych kwartałach. Nie jest jasna dla Protestującego przyczyna wyodrębniania „prac” i „Etapów”, dlaczego prace nie są objęte „Etapami” przewidzianymi w umowie i jakie „prace” faktycznie są z tych „Etapów” wyjęte. W związku z powyższym wnosimy o doprecyzowanie i ujednolicenie zapisów SIWZ bądź w ten sposób, by wszystkie „prace”, występujące obecnie obok „Etapów”, wchodziły w skład „Etapów” (odbiorom i płatnościom podlegają tylko „Etapy”), bądź przez jednoznaczne określenie zakresu tych „prac” (musi być widoczna różnica w zakresie przedmiotowym „prac” i „Etapu”) oraz wyodrębnienie wynagrodzenia należnego w takiej sytuacji osobno za „prace” i osobno za „Etapy”.

Specjalista ds. Sprzedaży


Maciej Gackowski

8. § 6 ust 9 – „Instytut ma prawo odmówić wypłaty Wynagrodzenia za poszczególny kwartał, w szczególności jeżeli nie zostanie przedstawione sprawozdanie z wykonanych prac w tym w szczególności, gdy wykonawca nie wywiąże się z postanowień § 5 ust. 6 niniejszej Umowy; nie zostanie wykonany Etap, którego wykonanie przewidywano na dany kwartał. W takim przypadku do czasu oddania zaległego Etapu, Instytut może odmówić wypłaty Wynagrodzenia za kolejne kwartały i Etapy” – W umowie nie istnieje obowiązek przedstawiania sprawozdań, o których mowa w powołanym zapisie, nie jest jasne jak często mają być przedstawiane itd. Ponadto nie jest uzasadniona odmowa zapłaty także za „kolejne etapy”, gdyż odpowiednikiem świadczenia pieniężnego za kolejne etapy są prace wykonane w ramach tych kolejnych etapów, a nie inny, nawet zaległy etap. W związku z powyższym wnosimy o usunięcie w/w zapisu.

9. § 7 ust 4 – „Jeśli opracowany i wykonany ZSPDO ma wady, Instytut może żądać ich bezzwłocznego usunięcia. W celu umożliwienia Instytutowi sprawdzenia prawidłowości funkcjonowania ZSPDO, Wykonawca zobowiązany jest do przeprowadzenia odpowiednich testów pod nadzorem Instytutu. Jeśli wykryte w fazie testowej wady nie dadzą się usunąć w czasie odpowiednim tj. w czasie przeznaczonym na realizację ZSPDO, Instytut może od Umowy odstąpić. Wykonawca, w razie odstąpienia Instytutu od Umowy w przypadku określonym powyżej, zapłaci karę umowną w wysokości 100% ustalonego Wynagrodzenia” – możliwość odstąpienia od umowy z uwagi na nieusuwalną wadę – wskazujemy, że **wada jest pojęciem niesprecyzowanym w umowie**, a z jej wystąpieniem, które „nie da się usunąć” (co również jest pojęciem nieostrym), wiąże się uprawnienie Zamawiającego do odstąpienia od umowy z zastrzeżeniem bardzo wysokiej kary umownej. Taka podstawa odstąpienia oraz naliczenia kary jest nieuprawniona, wykonawca ponosić będzie ryzyko każdej, nawet najmniejszej nieprawidłowości wobec niesprecyzowania pojęcia „wady”, będzie też zdany na całkowicie arbitralną ocenę Zamawiającego w tym zakresie, który o tym fakcie będzie decydował. Zwracamy uwagę, że przy takiej konstrukcji i karze umownej jest wręcz opłacalne dla Zamawiającego stwierdzenie nieusuwalności „wady”. W związku z powyższym wnosimy o doprecyzowanie pojęcia wady (i stopnia jej nieusuwalności) poprzez odniesie jej wyłącznie do istotnych sytuacji, uniemożliwiających całkowicie uruchomienie systemu.

10. zał. 1 U do umowy – prawa autorskie i licencje:

- § 4 ust 1 – „Wynagrodzenie z tytułu stworzenia Utworów i przeniesienia praw majątkowych na wymienionych w umowie wszystkich polach eksploatacji, a także za udzielenie wszelkich zgód i zezwoleń jakich wymaga lub będzie w przyszłości wymagało prawo, zostało ujęte w kwocie wyrażonej procentowo w Umowie” – Wskazujemy iż wbrew temu zapisowi brak w umowie wyodrębnionego wynagrodzenia za przeniesienie praw do Utworów (Utwory w rozumieniu załącznika 1 to jedynie projekty i dokumentacja, bez oprogramowania). W konsekwencji niejasny zapis ust 2

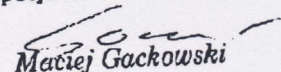
Specjalista ds. Sprzedaży

Maciej Gackowski

§ 4 – „Wynagrodzenie powyższe wyczerpuje wszelkie roszczenia Wykonawcy z tytułu stworzenia i przeniesienia praw do utworów na wymienionych powyżej polach eksploatacji, a także z tytułu udzielonych zgód i zezwoleń” – nie jasne jest o jakim wynagrodzeniu stanowi ten zapis. W związku z powyższym wnosimy o jego wskazanie (wyodrębnienie).

- § 7 ust 1 lit b) – „wykonawca oświadcza, że dysponuje prawami autorskimi do wszelkich dóbr niematerialnych koniecznych dla opracowania i realizacji zamówienia (w tym oprogramowaniem komputerowym)” – wskazujemy, że taki dobrem jest m.in. oprogramowanie, jeżeli wykonawca wykorzystuje do wykonania i wdrożenia systemu również oprogramowanie obce, do którego nie posiada praw autorskich, wówczas nie może złożyć takiego oświadczenia. W związku z powyższym wnosimy o usunięcie tego zapisu lub wyłączenie z jego zakresu oprogramowania obcego.
- § 11 – termin udzielenia licencji – „Udzielenie licencji do Programów komputerowych i kodu źródłowego nastąpi w chwili przekazania ich Instytutowi lub w chwili otrzymania za nie zapłaty, w zależności od tego, co nastąpi wcześniej, bez żadnych ograniczeń czasowych lub terytorialnych, na wszystkich polach eksploatacji wymienionych poniżej w umowie” – wskazujemy, że powyższy zapis jest nieprecyzyjny, nie jest jasny termin udzielenia licencji. Nie jest wiadome, który dzień jest dniem „przekazania” (zresztą niezrozumiały jest zapis o przekazaniu licencji), jak też z całą pewnością nie jest wiadomy dzień otrzymania zapłaty za licencję – skoro wynagrodzenie takie nie jest w ogóle wyodrębnione. W związku z powyższym wnosimy o jednoznaczne określenie terminu udzielenia licencji (np. poprzez odniesienie do odbioru danego Etapu). Jest to szczególnie istotne nie tylko dla spójności w/w zapisów umownych ale również z punktu widzenia podatkowego. Brak ustalonego momentu przekazania praw/udzielenia licencji uniemożliwia prawidłowe zafakturowanie takiej transakcji.
- § 12 – „Strony określają, iż wynagrodzenie z tytułu należytego i pełnego wykonania niniejszej Umowy, co obejmuje także udzielenie licencji do Programów Komputerowych na polach eksploatacji określonych w niniejszym załączniku a także udzielenie wszelkich zgód i zezwoleń jakich wymaga lub będzie w przyszłości wymagało prawo, zostało ujęte w Wynagrodzeniu wyrażonym procentowo w Umowie. Wynagrodzenie powyższe wyczerpuje wszelkie roszczenia majątkowe Wykonawcy wobec Instytutu z tytułu świadczeń, o których mowa w niniejszym załączniku” – podnosimy jak wyżej, wynagrodzenia za licencję do Programów Komputerowych NIE zostało ujęte procentowo w Umowie. W związku z powyższym wnosimy o wyodrębnienie takiego wynagrodzenia (w przypadku, gdy termin zapłaty za fakturę z tego tytułu przypadałby na inny miesiąc, niż miesiąc wystawienia faktury, to

Specjalista ds. Sprzedaży


Matej Gackowski

wykonawca nie będzie mógł prawidłowo zapłacić podatku VAT i prawidłowo ująć w księgach wartości licencji).

- § 13 – gwarancja na oprogramowanie – „wykonawca zapewnia świadczenie bezpłatnie usług w zakresie wyeliminowania usterek w działaniu Programów Komputerowych od chwili udzielenia licencji do okresu 24 miesięcy liczonych od chwili oddania systemu ZSPDO” – wskazujemy, że gwarancja na oprogramowanie zgodnie z tym zapisem rozpoczyna bieg wcześniej, niż ogólna gwarancja wymagana w umowie – nie od oddania systemu, lecz od udzielenia licencji. Podnosimy, że dzień udzielenia licencji jest niejednoznaczny, co uniemożliwia określenie rozpoczęcia biegu okresu gwarancji. W związku z powyższym wnosimy o doprecyzowanie rozpoczęcia biegu terminu gwarancji na oprogramowanie tak, by była ona jednolita z gwarancją udzieloną w ramach umowy (od odbioru systemu).
- § 14 – „udzielenie licencji Wyłącznej, na czas 99 lat na moduł gromadzenia i udostępniania danych oraz na moduł obróbki i analizy danych, (plików zarówno końcowych jak i kodów źródłowych) oraz Niewyłącznej, na czas 99 lat, licencji, zakresie wszystkich pozostałych Programów Komputerowych (w tym wszystkich modułów, plików, zarówno końcowych jak i kodów źródłowych)” – zapis o 99 latach licencji na w/w moduł jest niespójny z § 11 umowy, który przewiduje udzielenie licencji do Programów komputerowych bez żadnych ograniczeń czasowych. W związku z powyższym wnosimy o ujednolicenie tych zapisów.

11. Uwagi do zał. U4 do umowy – gwarancja i serwis:

- pkt 1 – „Wraz z oddaniem Instytutowi w pełni funkcjonalnego ZSPDO – t.j. wraz z prawidłowym wykonaniem wszystkich Etapów, o których mowa w Umowie - Wykonawca udziela 24 miesięcznej gwarancji na system ZSPDO, w tym na każdy z elementów sprzętu (każdy dysk twardy, monitor, serwer, komputer, oprogramowanie) jak i na cały system ZSPDO” – podnosimy, iż nie jest jasny termin od którego biegnie gwarancja: czy biegnie od odbioru ostatniego z Etapów (częściowe protokoły zdawczo – odbiorcze), czy od momentu podpisania protokołu zdawczo – odbiorczego końcowego (po pozytywnych testach powdrożeniowych)? Jednocześnie wskazujemy ma odmiennie uregulowany okres gwarancji dla samego oprogramowania, który biegnie od wykonania wszystkich etapów (?), podczas gdy zgodnie z § 13 załącznika 1 biegnie on od udzielenia licencji. W związku z powyższym wnosimy o ujednolicenie tych zapisów.
- pkt 3 – w ramach gwarancji m.in. „Bezwzględne Usuwanie usterek w systemie operacyjnym oraz oprogramowaniu wykorzystywanych przez ZSPDO powstałych podczas użytkowania” – zwracamy uwagę na brak definicji pojęcia „usterek”, co rodzi ryzyko wątpliwości interpretacyjnych w praktyce, ponadto jest to inne pojęcie niż

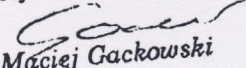
Specjalista ds. Sprzedaży

Maciej Gackowski

wskazana wyżej „wada”, uprawniającą Zamawiającego do odstąpienia od umowy. W związku z powyższym wnosimy o zdefiniowanie tego pąjcie z uwzględnieniem w/w żądania zdefiniowania pojęcia „wady” i ich wyraźnego rozróźnienia.

- pkt 6 – „W przypadku awarii systemu ZSPDO Wykonawca zobowiązuje się usunąć zaistniałe usterki niezwłocznie, lecz nie później niż w przeciągu 3 dni od uzyskania zgłoszenia” – wskazujemy na wprowadzenie nowego pojęcia „awarii” w ramach której pojawiają się „usterki”. Nie jest jasne czy chodzi o usterki wskazane w pkt. 3 powyżej, nie jest jasny też stosunek terminów na usunięcie z pkt. 3 („bezzwłocznie”) i z pkt. 6 (3 dni). W związku z powyższym wnosimy o ujednolicenie tych zapisów i zdefiniowanie pojęcia „awarii” w odróźnieniu od usterki określonej w pkt. 3 tego załącznika.
- pkt 7 – jeśli „naprawa trwać będzie dłużej niż 48h” - wykonawca ma obowiązek podstawienia do dyspozycji Instytutu sprzętu zastępczego. Wskazujemy, iż jest to kolejny w ramach gwarancji- 48 h termin, pojawiający się obok terminu „bezzwłocznie” oraz „3 dni”. Zawiera się on w tych terminach, zatem nie jest jasny wzajemny stosunek obowiązków wynikających z pkt. 3, 6 i 7 załącznika. W związku z powyższym wnosimy o ujednolicenie tych zapisów i doprecyzowanie, iż ewentualny obowiązek dostarczenia sprzętu zastępczego aktualizuje się po upływie terminu gwarancyjnych na dokonanie naprawy, a nie jeszcze w ich trakcie.
- pkt 8 – „w przypadku odmowy usunięcia usterki w terminie określonym w pkt. 7, Instytut będzie uprawniony do zlecenia wykonania usługi innemu podmiotowi na koszt i ryzyko Wykonawcy” – wskazujemy, że punkt 7 załącznika nie określa terminu na usunięcie usterki. Terminy te to „bezzwłocznie” oraz „max 3 dni”, w pkt natomiast jest wspomniane 48 godzin po których należy podstawić zastępczy sprzęt. Powyższy zapis jest całkowicie niejasny. W związku z powyższym wnosimy o ujednolicenie tych zapisów poprzez wskazanie, iż powyższe uprawnienie zamawiającego będzie odniosło się do odmowy usunięcia usterki, bez odsyłania do innego obowiązku wykonawcy.
- pkt 13 – dodatkowa kara umowna – „O ile Wykonawca wykona wadliwie usługę w skutek czego nastąpi uszkodzenie Sprzętu lub wszelkiego oprogramowania wykorzystywanego przez ZSPDO zobowiązany będzie do zapłcenia kary umownej w wysokości 100.000 zł (słownie: sto tysięcy złotych). Roszczenie o zapłatę kary umownej nie wyłącza dochodzenia odszkodowania w wysokości szkody poniesionej przez Instytut” – niejasne o jakiej usłudze mowa w tym zapisie. W związku z powyższym wnosimy o jej doprecyzowanie.
- pkt 14 – „W przypadku nie dotrzymania terminów przyjazdu serwisu, napraw lub wymiany na wolny od wad sprzęt Wykonawca zapłaci Instytutowi kary umowne w wysokości 10.000 zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia. Roszczenie o

Specjalista ds. Sprzedaży


Maciej Gackowski

zapłatę kary umownej nie wyłącza dochodzenia odszkodowania w wysokości szkody poniesionej przez Instytut".

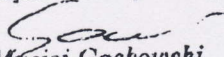
W zakresie kary za „niedotrzymanie terminów przyjazdu serwisu” wskazujemy, iż kara ta jest nieuprawniona. Nie można karać wykonawcy za niedotrzymanie terminu przyjazdu serwisu, skoro nie jest to równoznaczne z naprawieniem oprogramowania po terminie, a tylko naprawa jest istotą usługi serwisu gwarancyjnego (serwis może przyjechać po terminie, jednak naprawa może zostać dokonana w terminach przewidzianych w umowie). Powyższe potwierdza wyrok Zespołu Arbitrów: „Zespół Arbitrów uznał, iż takie ustalenie naliczania kar umownych jest sprzeczne z samą istotą instytucji kar umownych, gdyż kara umowna powinna być odniesiona do faktu nie wykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, a zatem nie można naliczać kar umownych jeszcze przed upływem terminu na wykonanie zobowiązania i w tym zakresie Zamawiający powinien zmienić SIWZ” (wyrok z dnia 12 lutego 2007 r., Sygn. akt UZP/ZO/0- 22/07, UZP/ZO/0-131/07). W związku z powyższym wnosimy o doprecyzowanie opisu przedmiotu umowy w powyższym zakresie poprzez usunięcie jako podstaw kary umownej „przyjazdu serwisu”.

12. Zarzut dotyczący rażąco wygórowanych kar umownych:

Zamawiający przewidział w umowie kary umowne o następującej wysokości:

- § 7 ust 1 – kara umowna „w wysokości **1.000.000 zł** w przypadku niewykonania w terminie konkretnego Etapu Umowy, z powodu okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność Wykonawca”;
- § 7 ust 1 – „W przypadku nieprzedstawienia sprawozdania z wykonanych prac za dany miesiąc realizacji Umowy, w terminie 10 dni od zakończenia tego miesiąca Instytut może naliczyć karę umowną w wysokości **100.000 zł** (słownie: sto tysięcy złotych)”;
- § 7 ust 4 – „Jeśli opracowany i wykonany ZSPDO ma wady, Instytut może żądać ich bezzwłocznego usunięcia. W celu umożliwienia Instytutowi sprawdzenia prawidłowości funkcjonowania ZSPDO, Wykonawca zobowiązany jest do przeprowadzenia odpowiednich testów pod nadzorem Instytutu. Jeśli wykryte w fazie testowej wady nie dadzą się usunąć w czasie odpowiednim tj. w czasie przeznaczonym na realizację ZSPDO, Instytut może od Umowy odstąpić. Wykonawca, w razie odstąpienia Instytutu od Umowy w przypadku określonym powyżej, zapłaci karę umowną w wysokości **100% ustalonego Wynagrodzenia**”
- Zał. U4 do umowy, pkt 13 – „O ile Wykonawca wykona wadliwie usługę w skutek czego nastąpi uszkodzenie Sprzętu lub wszelkiego oprogramowania wykorzystywanego przez ZSPDO zobowiązany będzie do zapłacenia kary umownej w wysokości **100.000 zł** (słownie: sto tysięcy złotych). Roszczenie o zapłatę kary umownej nie wyłącza dochodzenia odszkodowania w wysokości szkody poniesionej przez Instytut”;

Specjalista ds. Sprzedaży


Maciej Gackowski

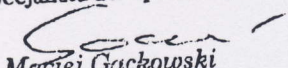
- Zał. U4 do umowy, pkt 14 – „W przypadku nie dotrzymania terminów przyjazdu serwisu, napraw lub wymiany na wolny od wad sprzęt Wykonawca zapłaci Instytutowi kary umowne w wysokości **10.000 zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia**. Roszczenie o zapłatę kary umownej nie wyłącza dochodzenia odszkodowania w wysokości szkody poniesionej przez Instytut”.

Podnosimy, że kary te są rażąco wygórowane. Dysproporcja wysokości kar i ich podstaw nie znajduje uzasadnienia i jest niezgodna z zasadą równości stron (umowa podlega rygorom kodeksu cywilnego, nie są to stosunki administracyjno – prawne, charakteryzujące się nadrzędnością i podległością stron takiego stosunku). Podnosimy również, że o ile Zamawiający przewidział kary umowne płatne przez wykonawcę w przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego, to nie przewidział porównywalnego uprawnienia dla wykonawcy. W związku z powyższym **wnosimy o** jednakowe ukształtowanie odpowiedzialności Stron z powyższego tytułu i wprowadzenie kar umownych płatnych przez Zamawiającego w przypadku odstąpienia od umowy przez Wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

Podkreślić należy, że w doktrynie prawa zamówień publicznych ustanawianie przez Zamawiającego w umowie rażąco wysokich kar umownych uznać należy bezwzględnie za naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji wyrażonej w przepisie art. 7 ustawy Ustawy, które może być uzasadnioną podstawą do żądania unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt. 7 Ustawy. Stanowisko powyższe znajduje pełne potwierdzenie m.in. wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 23 sierpnia 2007 r. sygn. akt: UZP/ZO/0-1030/07. Zważyć bowiem należy, że kara umowna (odszkodowanie umowne) ze swojej istoty ma charakter wyłącznie odszkodowawczy i kompensacyjny, a nie zaś prewencyjny. Ustalenie przez Zamawiającego zbyt wygórowanych kar umownych dla wykonawców stanowi zatem bezspornie rażące naruszenie prawa w zakresie równości stron umowy, co w konsekwencji prowadzi do sprzeczności celu takiej umowy z zasadami współżycia społecznego i skutkować winno bezwzględną nieważnością czynności prawnej na podstawie przepisu art. 3531 k.c. w związku z art. 58 § 1 k.c.

Wskazujemy ponadto, iż kara w wysokości **100 % wynagrodzenia** jest całkowicie niezrozumiała. Wchodzi tu w grę już nie tylko funkcja dyscyplinująca, czy nawet represyjna kary, ale wręcz wzbogacenie Zamawiającego, dla którego staje się opłacalne odstąpienie od umowy (zamiast jej kontynuowanie i współdziałanie z Wykonawcą). To samo dotyczy kary w wysokości **1.000.000 zł. oraz 100.000 zł, które - liczone każdorazowo - doprowadzić mogą do milionowych strat, nieadekwatnych do rangi uchybień** (np. Zał. U4 do umowy, pkt 13 – za uszkodzenie sprzętu). Wnosimy w tym miejscu o obniżenie wysokości zastrzeżonych kar umownej do 0,001% wartości umowy w przypadku kary za opóźnienie (Zał. U4 do umowy, pkt 14) a także o zmniejszenie obecnej kary w wysokości 100 % wynagrodzenia do max. 50% wynagrodzenia oraz o obniżenie kar określonych kwotowo o co najmniej 50%. Jest to wartość kar powszechnie spotykana w przetargach o

Specjalista ds. Sprzedaży


Maciej Gackowski

Str 14/16

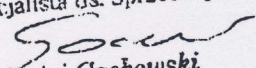
wartości przedmiotu zamówienia na poziomie kilku milionów złotych i więcej. Wartość taka gwarantuje funkcję dyscyplinującą, a jednocześnie nie prowadzi do wzbogacenia Zmawiającego, gdyż nie jest to funkcją kary umownej („Naprawienie szkody ma wyrównać ubytek majątkowy poszkodowanego, ale nie może prowadzić do wzbogacenia” - wyrok Sądu Apelacyjnego Wyrok Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z dnia 13 czerwca 1991 r., sygn. I ACr 114/91, OSAISN 1992/2 poz. 18).

W uzupełnieniu powyższych zarzutów podnosimy, że zastrzeżenie obowiązku świadczenia kary umownej, w tym także jej wysokości, może być poddane kontroli w kontekście ograniczeń swobody umów (art. 353 [1] kc.), obejścia prawa (art. 58 § 1 kc.) oraz sprzeczności z zasadami współzycia społecznego (art. 58 § 2 kc) – tak „System prawa cywilnego” po red. E. Łętowskiej, Prawo zobowiązań – część ogólna, Tom 5, Wydawnictwo CH. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2006. Występujące w przepisie art. 484§ 2 kc. pojęcie „rażąco wygórowanej” kary umownej nie jest zdefiniowanym zwrotem normatywnym, jednak w piśmiennictwie i judykaturze wskazano kilka przykładowych kryteriów, na podstawie których kara umowna może być oceniona w kontekście jej rażącego wygórowania. Powołany wyżej „System prawa cywilnego” powołuje m.in.:

- stosunek pomiędzy wysokością kary a wartością całego zobowiązania głównego (SN z 6.10.1959, I CR 147/58),
- wartość świadczenia spełnionego przez dłużnika z opóźnieniem (SN z 20.05.1980, I CR 229/80),
- porównanie kary umownej z wartością szkody powstałej po stronie wierzyciela (SN np. SN z 17.03.1988, IV CR 58/88),
- wartość odszkodowania jaka należałaby się wierzycielowi na zasadach ogólnych (471 kc) (SN III CZP 61/03),
- niskie kryterium winy dłużnika (SN z 9.11.1965, I CR 156/65).

Biorąc pod uwagę każde z w/w kryteriów stwierdzić należy, że zastrzeżenie kary w wysokości 100 % wynagrodzenia czy 1000.000 zł. zdecydowanie wykracza poza kompensacyjno – dyscyplinującą istotę kary i jest karą rażąco wygórowaną. Powyższe zastrzeżenie jest jednocześnie sprzeczne z zasadą **śłuszności kontraktowej**, której daje się tu priorytet przed zasadą pewności obrotu i stabilności umowy oraz narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń, stosowaną również do postanowień umownych. W ocenie Protestującego Zamawiający wykorzystuje w ten sposób swą uprzywilejowaną sytuację, wyrażającą się w kompetencji jednostronnego określania wzoru umowy i abstrahuje od faktu podlegania umowy rygorom prawa cywilnego (art.139 ust 1 Ustawy), znamionującej się zasadą równorzędności stron.

Podsumowując stwierdzamy, iż w/w wysokość kar jest sprzeczna z istotą tej klauzuli umownej, narusza zasady współzycia społecznego oraz wykracza poza granicę swobodnego uznania w kształtowaniu treści stosunku prawnego. Prowadzi jednocześnie do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego.

Specjalista ds. Sprzedaży

 Maciej Gackowski

2009 CZE 19 13:25

Comarch o/Gdańsk

+48583264563

st 4

Podsumowując podnosimy, że powyższe zapisy naruszają przepisy art. 7 Ustawy oraz art. 353 [1] kc.) w zw. z art. 58 § 1 kc. w zw. z art. 58 § 2 kc w zw. z art. 484 § 1 kc. w zw. z art. 14 i 139 § 1 Ustawy.

W związku z powyższym wnosimy o modyfikację SIWZ w powyższym zakresie w sposób podany powyżej.

4. Zarzut naruszenia przepisu art. 4 ust 4 Ustawy nowelizującej w zw. z art. 144 ust 1 Ustawy – poprzez zaniechanie określenia warunków zmiany umowy podczas gdy we wzorze umowy Zamawiający takie zmiany dopuszcza.

Zamawiający nie określił w SIWZ warunków zmiany umowy – czego wymaga art. 144 ust 1 Ustawy. Wskazujemy, że zgodnie z art. 4 ust 4 Ustawy nowelizującej - do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe. Tymczasem we wzorze umowy Zamawiający dopuszcza taką zmianę, wskazując w § 15 ust 5 wzoru umowy, iż „Wszelkie zmiany lub uzupełnienia Umowy lub jej załączników wymagają zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności”.

Podnosimy, że umowa o udzielenie zamówienia w niniejszym postępowaniu zostanie zawarta - co oczywiste - po przedmiotowej nowelizacji, zatem art. 144 ust 1 znajduje zastosowanie w jego aktualnym brzmieniu. Ma to szczególne znaczenie ze względu na wieloletni charakter umowy, który nakazuje liczyć się z koniecznością jej zmiany w tak długim okresie.

W związku z powyższym wnosimy o określenie w SIWZ warunków zmiany umowy w stosunku do treści oferty dla każdego przypadku, w którym Zamawiający dopuszcza taką zmianę – tak, by zmiana taka była ważna w świetle art. 144 ust 1 Ustawy.

W świetle powyższego niniejszy protest jest zasadny i zasługuje na uwzględnienie.

Protestujący posiada interes prawny we wniesieniu niniejszego protestu, gdyż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego w/w przepisów Protestujący nie może złożyć rzetelnej i konkurencyjnej oferty, a tym samym nie może ubiegać się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

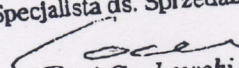
Otrzymują:

1. Zamawiający,
2. a.a.

Załączniki:

1. odpis z KRS ComArch S.A.
2. odpis z KRS Fin Skog S.A.
3. pełnomocnictwa (konsorcjalne i osobowe)

ComArch
Spółka Akcyjna
31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39a
NIP 677-00-65-406
Regon 350527377

Specjalista ds. Sprzedaży

Maciej Gackowski