

Sopot, dnia 29 czerwca 2009 r.

**Instytut Oceanologii
Polska Akademia Nauk
Powstańców Warszawy 55
81-712 Sopot**

**ComArch S.A.
PEŁNOMOCNIK KONSORCJUM**

Al. Jana Pawła II 39a
31-864 Kraków
Fax: (12) 646 11 00

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, (t.j. Dz. U. z 2007r., Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), którego przedmiotem jest „Opracowanie i wdrożenie Zintegrowanego Systemu Przetwarzania Danych Oceanograficznych”

ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

Szanowni Państwo,

Działając na podstawie art. 183 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655 z późn.zm.), zwanej dalej „Ustawą” informuję, że protest wniesiony w dniu 19 czerwca 2009 r. przez firmę ComArch S.A. z siedzibą ul. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków jako pełnomocnika konsorcjum ComArch S.A. z siedzibą ul. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków i FinSkog S.A. z siedzibą ul. Chmielna 85/87, 00-805 Warszawa do postępowania nr IOPAN/ZSPDO/2009 na „Opracowanie i wdrożenie Zintegrowanego Systemu Przetwarzania Danych Oceanograficznych” został:

1. **uznany** w części, tj. w **całości zarzutów 1 i 2, części zarzutu 3 oraz całości zarzutu 4**
2. **oddalony** w części, tj. w **części zarzutu 3**

Uzasadnienie

W dniu 19 czerwca 2009 r. Protestujący wniósł do Zamawiającego protest zarzucając Zamawiającemu:

1. *naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 oraz 22 ust. 2 Ustawy poprzez określenie warunków 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 nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, poprzez 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 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 r. w zw. z art. 144 ust. 1 Ustawy - poprzez zaniechanie określenia warunków zmiany umowy, podczas gdy we wzorze umowy Zamawiający takie zmiany dopuszcza.*

i w związku z powyższym wnosząc 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. 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 opisu 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.*

W odpowiedzi na zawiadomienie o wpłynięciu protestu, do postępowania protestacyjnego, zarówno po stronie Protestującego jak i Zamawiającego, nie przyłączył się żaden z potencjalnych wykonawców.

Zamawiający, po zapoznaniu się z treścią protestu i przeanalizowaniu wniesionych zarzutów oraz wniosków odpowiada co następuje:

I. W zakresie zarzutu 1 i 2 oraz wniosku 1

W celu wyeliminowania niejednoznaczności Zamawiający informuje, że intencją – dla warunku opisanego w punkcie VII.6.a) SIWZ (odpowiednio pkt. III.2.1) 6)a) ogłoszenia), tj.

„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”,

było wskazanie łącznej wartości projektów. W powyższym zakresie Zamawiający dokonuje odpowiednio zmiany treści VII.6.a) SIWZ oraz zmiany treści III.2.1) 6)a) ogłoszenia i otrzymują one następujące brzmienie:

*„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 łącznie, 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.”

II. W zakresie zarzutu 3 oraz wniosku 2

Ad. 1.

Zamawiający uznając argumentację Protestującego skreśla zdanie 2 w §2 ust. 6 i §2 ust. 6 otrzymuje następujące brzmienie:

„Założenia i plany będą udostępniane Instytutowi w celu zatwierdzenia oraz sprawowania bieżącego nadzoru. Wykonawca, przed przystąpieniem do realizacji poszczególnych zadań i Etapów, ma obowiązek uzyskać wyraźną, pisemną akceptację przez Instytut.”

Ad. 2.

Zamawiający uznając argumentację Protestującego skreśla w §2 ust. 8 i § 4 ust. 1 wyrażenie „i rezultatów” oraz w § 4 ust. 4 wyrażenie „lub rezultatów”. W konsekwencji powołane paragrafy otrzymują następujące brzmienie:

§2 ust.8

„Wykonawca gwarantuje osiągnięcie celów, 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.””

§4 ust.1

„Dla wykonania Umowy niezbędne jest w szczególności kompleksowe wykonanie całego przedmiotu zamówienia i uzyskanie przez ZSPDO wszelkich celów”

§4 ust.4

„Umowę uznaje się w szczególności za niewykonaną, jeżeli nie osiągnięto w pełni któregośkolwiek z zadań lub Etapów przedstawionych w załącznikach, a zwłaszcza w załączniku nr 1 do SIWZ - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, lub nie osiągnięto celów podanych w Umowie lub w załącznikach”.

Ad. 3.

Zamawiający wyjaśnia, że w jego ocenie sformułowanie dotyczy kompleksowego wykonania umowy (o zobowiązanie rezultatu) i odnosi się do określenia sytuacji, która będzie uznana za wykonanie całej umowy, na którą składają się poszczególne etapy. Wprowadzenie metody etapowego rozliczenia, **nie uniemożliwia** wprowadzenia uregulowania zgodnie z którym Zamawiający uzna umowę za zrealizowaną w pełni dopiero z chwilą wykonania całego przedmiotu zamówienia i zapłacenia całości wynagrodzenia. Świadczenie wykonawcy choć wiele etapowe – **jest uznane za świadczenie niepodzielne**, co jest zgodne z zasadą swobody umów. Podkreślenia wymaga fakt, że wykonanie poszczególnych etapów nie zawsze może być uznane za wykonanie całej umowy. Jednocześnie, celem uniknięcia wątpliwości interpretacyjnych Zamawiający dokonuje zmiany zapisów § 4 ust. 1 zgodnie z treścią powołaną w Ad. 2 powyżej.

Ad. 4.

Zamawiający wyjaśnia, że w jego ocenie sformułowanie „końcowy raport zdawczo-odbiorczy” i „końcowy protokół zdawczo-odbiorczy” dotyczą tego samego dokumentu.

Termin 30 dni, jest zastrzeżony na korzyść Wykonawcy – i wiąże Zamawiającego.

Wykonawca powinien tak realizować projekt, aby cały projekt wraz z koniecznością przeprowadzenia testów wdrożeniowych został skończony zgodnie z harmonogramem. W tym miejscu należy zwrócić uwagę – iż zgodnie z § 7 pkt.1 kara umowna za nieterminowe wywiązanie się przez Wykonawcę z poszczególnych etapów lub umowy dotyczy okoliczności za który winę ponosi wyłącznie Wykonawca.

Termin 30-dniowy, jest terminem do końca którego ma zostać podpisany końcowy raport/protokół zdawczo-odbiorczy. Jest to realny termin dla Zamawiającego, który będzie miał czas, aby upewnić się czy świadczenia Wykonawcy zostało wykonane zgodnie z SIWZ i jego oczekiwaniami.

Zamawiający uznając argumentację Protestującego zastępuje w §5 ust.2 słowo „raportu” słowem „protokołu” i w konsekwencji §5 ust.2 otrzymuje brzmienie:

„Terminem wykonania Umowy jest dzień zaakceptowania przez Instytut końcowego protokołu zdawczo-odbiorczego, co nastąpi po uprzedniej akceptacji kolejnych prac oraz etapów i pełnym, skutecznym wdrożeniu ZSPDO i uzyskaniu pozytywnych wyników testów powdrożeniowych i osiągnięcie 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.”

Ad. 5.

Zamawiający skreśla w §6 ust. 5 wyrażenie „podatek akcyzowy”.

Ad. 6.

Zamawiający uznając argumentację Protestującego zmienia brzmienie §6 ust. 6 , który otrzymuje brzmienie:

„Wynagrodzenie wynikające z Umowy obejmuje również wynagrodzenie za opłaty licencyjne w kwocieBRUTTO oraz wynagrodzenie za przeniesienie autorskich praw majątkowych i praw zależnych do programów komputerowych oraz dokumentacji w rozumieniu załącznika nr U1 do Umowy w kwocie BRUTTO na polach eksploatacji określonych w Załączniku nr U1 do Umowy w sposób nieograniczony co do miejsca i czasu korzystania. „

Ad. 7.

Zamawiający wyjaśnia, że cały projekt składa się z etapów, natomiast wynagrodzenie płatne jest kwartalnie. W każdym kwartale powinny zostać wykonane prace składające się na poszczególne etapy – dlatego też w umowie znalazło się sformułowanie dotyczące prac w kwartale lub etapie. Na obecnym etapie nie można szczegółowo doprecyzować zakresu prac na poszczególnych etapach, bowiem będą one wynikały dopiero z przygotowanego przez wykonawcę projektu.

Ad. 8.

Zamawiający uznając argumentację Protestującego zmienia brzmienie §6 ust. 9 , który otrzymuje brzmienie:

„Instytut ma prawo odmówić wypłaty Wynagrodzenia za poszczególne kwartały, w szczególności jeżeli:

- a. nie zostanie przedstawiony protokół z wykonanych prac w tym w szczególności, gdy wykonawca nie wywiąże się z postanowień § 5 ust. 6 niniejszej Umowy.*

b.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.”

Zamawiający wyjaśnia, że w jego ocenie zgodnie z § 5 ust. 6 każdy miesiąc realizacji umowy zostanie zakończony protokołem wykonania usługi określającym zakres wykonanych prac, podpisanym przez upoważnionych przedstawicieli Wykonawcy i Zamawiającego.

Żaden przepis prawa nie zabrania takiego uregulowania kwestii wynagrodzenia jak przedstawione w umowie tj. wstrzymania się z całą zapłatą za poszczególne części, pomimo że tylko jedna z nich nie została spełniona w odpowiedni sposób.

Ad. 9.

Zamawiający wyjaśnia, że co do definicji wad, uregulowanie stanowi przepisanie uregulowania zawartego art. 637 k.c. dotyczącego wad dzieła, a do definicji pojęcia zastosowanego w nim pojęcia „wady” zgodnie z treścią art. 638 k.c. zastosowanie mają przepisy o rękojmi przy sprzedaży. Zgodnie z tymi przepisami - Sprzedawca jest odpowiedzialny względem kupującego, jeżeli rzecz sprzedana ma wadę zmniejszającą jej wartość lub użyteczność ze względu na cel w umowie oznaczony albo wynikający z okoliczności lub z przeznaczenia rzeczy, jeżeli rzecz nie ma właściwości, o których istnieniu zapewnił kupującego, albo jeżeli rzecz została kupującemu wydana w stanie niezupełnym (rękojnia za wady fizyczne)(art. 556 k.c.).

Zgodnie z uregulowaniem art. 637 § 2 k.c. - Zamawiający w opisanej sytuacji może od umowy odstąpić. Zatem uregulowanie zawarte w umowie zgodnie z którym w takiej sytuacji Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 100 % jest słuszne – skoro przedmiot zamówienia został wykonany w ten sposób, że ma on wady to de facto nie został on wykonany, a co za tym idzie Zamawiający musi ponieść koszty na jego stworzenia – a kosztami tymi powinien zostać obciążony podmiot, przez którego przedmiot zamówienia nie działa. Należy przy tym mieć na uwadze, iż zgodnie z treścią art. 484 § 2 k.c. jeśli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej.

Zaproponowane uregulowanie, służy zatem przesunięciu ciężaru dowodu z Zamawiającego, który gdyby go nie zastrzeżono musiał by udowadniać poniesioną szkodę, na Wykonawcę, który aby zmniejszyć swoje zobowiązanie będzie musiał udowodnić jaka część prac została wykonana.

Jednocześnie Zamawiający wprowadza preambułę do §7 umowy w następującym brzmieniu:

„Dla potrzeb niniejszej Umowy i jej załączników, Strony rozumieją iż „Wada” oznacza jakkolwiek niesprawność Systemu, sprzętu, oprogramowania, jak i wszelkich innych elementów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia. Wada występuje wówczas jeżeli dany element zamówienia nie działa zgodnie ze swoim przeznaczeniem, w tym w szczególności funkcjonalnością, o jakiej zapewnił Wykonawca, a która jest niezbędna do prawidłowego działania Systemu. Jako przykłady rozumienia pojęcia Wada można wskazać: nieruchomienie się systemu, serwera lub serwerów, stacji roboczych lub stacji roboczej, „zawieszanie się” systemu lub oprogramowania, działanie systemu lub oprogramowania w sposób niezapewniający funkcjonalności (o której mowa w SIWZ), niesprawność sprzętu uniemożliwiająca korzystanie z jej funkcjonalności (o której mowa w SIWZ).”

Ad.10. Zał. U1 umowy

a) dot. §4.

Zamawiający uznając argumentację Protestującego zmienia treść § 4 i nadaje mu następujące brzmienie:

„1. Wynagrodzenie z tytułu stworzenia Utworów i Programów Komputerowych 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 wynagrodzeniu w § 6 ust 4 Umowy, w kwocie określonej w § 6 ust. 6 Umowy.. Instytut może uzależnić wypłatę wynagrodzenia od pisemnego potwierdzenia przeniesienia autorskich praw majątkowych w umówionym zakresie.

2. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 powyżej, 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.”

b) dot. § 7 ust.1 lit b)

Zamawiający uznając argumentację Protestującego zmienia treść § 7 ust.1 lit b) i nadaje mu następujące brzmienie:

„dysponuje prawami autorskimi lub licencjami do wszelkich dóbr niematerialnych koniecznych dla opracowania oprogramowania autorskiego wymaganego do realizacji zamówienia (w tym oprogramowaniem komputerowym), w odpowiednim zakresie, obejmujące możliwość korzystania i rozporządzania prawami na polach eksploatacji w szczególności wymienionych w art. 50 oraz 74 ust. 4 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych „

c) dot. § 11

Zamawiający uznając argumentację Protestującego zmienia treść § 11 i nadaje mu następujące brzmienie:

„Udzielenie licencji do Programów komputerowych i kodu źródłowego bez żadnych ograniczeń czasowych, t.j. m.in. bez ograniczeń w godzinach korzystania, ani w długości korzystania, lub terytorialnych, na wszystkich polach eksploatacji wymienionych poniżej w umowie nastąpi w chwili podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego za dany etap lub kwartał (w którym dane oprogramowanie powinno zostać oddane)”,

d) dot. § 12

Zamawiający uznając argumentację Protestującego zmienia treść § 12 i nadaje mu następujące brzmienie:

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 w § 6 ust 4 Umowy, w kwocie określonej w § 6 ust. 6 Umowy.

e) dot. § 13

Zamawiający wyjaśnia, że Wykonawca zobowiązany jest do udzielenia 24 miesięcznej gwarancji na działanie systemu ZSPDO, w tym każdego z elementów sprzętu i oprogramowania. Termin gwarancji liczony jest od podpisania końcowego protokołu zdawczo-odbiorczego.

f) § 14 w zw. z § 11

Zamawiający uznając argumentację Protestującego ujednolica znaczenie zapisów § 11 i 14 w związku z czym nadaje treści § 11 brzmienie przedstawione w lit. c) powyżej.

Ad. 11. zał U4 Umowy.

a) dot. Pkt 1

Zamawiający uznając argumentację Protestującego informuje, że bieg terminu 24 miesięcznej gwarancji na system ZSPDO rozpoczyna się od momentu podpisania końcowego protokołu zdawczo-odbiorczego. Zamawiający informuje, że pkt.1 zał.U4 otrzymuje następujące brzmienie:

„1. Wraz z oddaniem Instytutowi w pełni funkcjonalnego ZSPDO – t.j. wraz z prawidłowym wykonaniem wszystkich Etapów, o których mowa w Umowie, w szczególności zgodnie z § 2 ust 3 Umowy, jak i podpisaniem końcowego protokołu zdawczo-odbiorczego - 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 (zgodnie z zasadami jego funkcjonalności określonymi w Załączniku nr 1 do SIWZ) w okresie gwarancji zapewnia bezpłatne usługi serwisowe na całe ZSPDO (sprzęt komputerowy, urządzenia, oprogramowanie, materiały eksploatacyjne) na zasadach określonych poniżej.”

Jednocześnie Zamawiający zwraca uwagę, że koniec etapu VI jest przewidywany na 29 lutego 2012 r. (§2 ust 2 pkt. f) i wtedy rozpoczyna bieg gwarancja trwająca przez minimum 24 miesiące (§ 2 ust.2 pkt g). Użyte w umowie wyrażenie „nie krócej niż do dnia 28 lutego 2014 r.” jasno wskazuje okres w jakim Zamawiający oczekuje świadczeń gwarancyjnych.

Co do Gwarancji do oprogramowania - to okres gwarancji zgodnie z §13 załącznika U1 rozpoczyna się on od chwili udzielenia licencji do czasu upłynięcia gwarancji na cały sprzęt (de facto obejmuje zatem okres dłuższy niż 24 miesiące).

b) dot. Pkt. 3

lit. b

Zamawiający uznając argumentację Protestującego zmienia treść U4 pkt.3 lit.b i nadaje mu następujące brzmienie:

„Bezzwłoczne Usuwanie wad w systemie operacyjnym oraz oprogramowaniu wykorzystywanych przez ZSPDO powstałych podczas użytkowania - usuwanie wad nastąpi w trybie o którym mowa w ust. 6 poniżej niniejszego załącznika”

lit. c)

Zamawiający uznając argumentację Protestującego zmienia treść U4 pkt.3 lit.c i nadaje mu następujące brzmienie:

„Zapobieganie występowaniu wad i ewentualne usuwanie wad (w trybie o którym mowa w ust. 6 poniżej niniejszego załącznik) sprzętu komputerowego oraz wszelkiego oprogramowania wykorzystywanego przez ZSPDO”

c) dot. Pkt. 6

Zamawiający uznając argumentację Protestującego zmienia treść U4 pkt.6 i nadaje mu następujące brzmienie:

„W przypadku wystąpienia lub ujawnienia się wady systemu ZSPDO Wykonawca zobowiązuje się usunąć zaistniałą wadę niezwłocznie, lecz nie później niż w przeciągu 3 dni od uzyskania zgłoszenia przekazanego pisemnie, telefonicznie lub za pośrednictwem Internetu. Wykonawca będzie w zakresie zgłaszania awarii systemu będzie dostępny w godzinach 8.00-22.00, 7 dni w tygodniu, 365(6) dni w roku, pod(...)”:

d) dot. Pkt. 7

Zamawiający uznając w części argumentację Protestującego zmienia treść U4 pkt.7 i nadaje mu następujące brzmienie:

„Wykonawca do niezbędnego minimum ograniczy czas konserwacji lub naprawy gwarancyjnej systemu ZSPDO, w tym sprzętu oraz wszelkiego oprogramowania wykorzystywanego przez ZSPDO, a o ile to będzie możliwe i zlecone przez Instytut, Wykonawca podstawia sprzęt zastępczy na ten czas. W przypadku gdy zachodzi konieczność dokonania skomplikowanej naprawy gwarancyjnej, a także konieczne jest sprowadzenie części zamiennych z zagranicy, przez co naprawa trwać będzie dłużej niż 3 dni, Wykonawca obowiązany jest do podstawienia do dyspozycji Instytutu sprzętu zastępczego o parametrach technicznych i funkcjonalnych niegorszych od zepsutego urządzenia.”

Dla Zamawiającego okres 3 dni rozumiany jest jako bezzwłocznie, czyli bez zbędnej zwłoki ale nie później niż w ciągu 3 dni.

e) dot. Pkt 8

Zamawiający uznając argumentację Protestującego zmienia treść U4 pkt.8 i nadaje mu następujące brzmienie:

„Jeśli Wykonawca pomimo prawidłowego poinformowania przez Instytut, odmówi usunięcia wady w terminie określonym w pkt. 7, Instytut będzie uprawniony do zlecenia wykonania usługi innemu podmiotowi na koszt i ryzyko Wykonawcy. Powyższe nie wyłącza możliwości dochodzenia przez Instytut odszkodowania na zasadach ogólnych.”

Zamawiający uznaje, iż zmiany zapisów dokonane w tym i w poprzednich punktach nie powinny już budzić wątpliwości interpretacyjnych.

f) dot. Pkt 13

Zamawiający uznając w części argumentację Protestującego zmienia treść U4 pkt.13 i nadaje mu następujące brzmienie:

„O ile Wykonawca wykona wadliwie naprawę gwarancyjną w skutek czego nastąpi uszkodzenie Sprzętu lub wszelkiego oprogramowania wykorzystywanego przez ZSPDO zobowiązany będzie do zapłacenia kary umownej w wysokości 50.000 zł (słownie: pięćdziesiąt tysięcy złotych). Roszczenie o zapłatę kary umownej nie wyłącza dochodzenia odszkodowania w wysokości szkody poniesionej przez Instytut”.

g) dot. Pkt. 14

Zamawiający uznając w części argumentację Protestującego zmienia treść U4 pkt.14 i nadaje mu następujące brzmienie:

„W przypadku nie dotrzymania terminów, 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.”

Ad. 12 - Kary Umowne

a) dot. §7 ust 1

Zamawiający uznając w części argumentację Protestującego zmienia treść §7 ust 1 i nadaje mu następujące brzmienie:

„W przypadku niewykonania w terminie konkretnego Etapu Umowy, z powodu okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność Wykonawca, Instytut może naliczyć karę umowną w wysokości 500.000 zł (słownie: pięćset tysięcy złotych). Roszczenie o zapłatę kary umownej nie wyłącza

dochodzenia odszkodowania w wysokości przewyższającej wysokość kary umownej na zasadach ogólnych.”

b) dot. §7 ust. 2

Zamawiający uznając w części argumentację Protestującego zmienia treść §7 ust 2 i nadaje mu następujące brzmienie:

„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 50.000 zł (słownie: pięćdziesiąt tysięcy złotych) Roszczenie o zapłatę kary umownej nie wyłącza dochodzenia odszkodowania w wysokości przewyższającej wysokość kary umownej na zasadach ogólnych.

c) dot. §7 ust. 4

Zamawiający oddala zarzuty Wykonawcy w zakresie zastrzeżenia kary umownej w wysokości 100% wynagrodzenia.

Przed wszystkim należy podkreślić, że System ZSPDO realizowany jest poprzez 100% dofinansowanie udzielone przez Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego. Niewykonanie projektu – w tym w szczególności odstąpienie od Umowy w trybie § 7 ust 4 – nie może spowodować wzbogacenia Zamawiającego.

W dniu podpisywania Umowy (będącej wynikiem wygrania przez potencjalnego Wykonawcę niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) Zamawiający ma w posiadaniu pewną pulę pieniędzy na realizację niniejszego projektu.

W przypadku prawidłowego zrealizowania Umowy – w 2012 roku Zamawiający powinien posiadać system ZSPDO (który zakupił za dofinansowanie).

Jeżeli jednak w ostatniej fazie wykonania przedmiotu zamówienia Zamawiający nie otrzyma działającego Systemu ZSPDO – oznaczać to będzie, że nie wywiązał się z umowy z Ministerstwem Kultury i Szkolnictwa Wyższego – albowiem na ten cel otrzymał dofinansowanie. Odstąpienie od Umowy spowoduje: 1). Konieczność zwrotu przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego dotychczasowo wypłaconego wynagrodzenia – które następnie Zamawiający będzie zmuszony oddać Ministerstwu; 2). Stratę Zamawiającego gdyż nie będzie posiadał Systemu oraz dofinansowania.

Z powyższego powodu postanowienie § 7 ust. 4 pozostają niezmienione.

d) dot. pkt. 13 zał. U4 do Umowy.

Zamawiający dokonał zmiany zgodnie z treścią Ad. 11 f) powyżej.

III. W zakresie zarzutu 4 oraz wniosku 3

Zamawiający uznaje protest w zakresie zarzutu 4 i wniosku 3.

Zamawiający uznając argumentację Protestującego zmienia treść §15 ust.5 i nadaje mu następujące brzmienie:

„Wszelkie zmiany lub uzupełnienia Umowy lub jej załączników wymagają zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności. Zmiany i uzupełnienia Umowy lub jej załączników mogą nastąpić w trybie art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku wystąpienia następujących okoliczności:

- a) wystąpią zmiany w obowiązujących przepisach prawa, w tym w normach, mających wpływ na termin wykonania przedmiotu umowy*

- b) działania lub beczynność organów administracji lub instytucji upoważnionych do wydania decyzji zwolnień, itp. Spowodują niemożliwość dotrzymania ustalonych w umowie terminów
- c) wystąpią niezależne od zamawiającego zmiany zasad lub terminów dofinansowania z Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka
- d) wystąpią inne przyczyny zewnętrzne niezależne od Zamawiającego lub wykonawcy skutkujące okresową niemożliwością dotrzymania terminów realizacji przedmiotu umowy
- e) niedostępności na rynku materiałów lub urządzeń wskazanych w dokumentacji przetargowej lub ofercie wykonawcy spowodowanej zaprzestaniem produkcji lub wycofaniem rynku tych materiałów lub urządzeń
- f) pojawieniem się na rynku materiałów lub urządzeń nowszej generacji
- g) koniecznością dostosowania infrastruktury lub wyposażenia niezbędnych do prawidłowej współpracy z przewidywaną do wdrożenia w przyszłości Zamawiającego infrastrukturą
- h) zaistnienia siły wyższej uniemożliwiającej okresowe wykonywanie przedmiotu umowy zgodnie z SIWZ
- i) zmiany obowiązującej stawki VAT – jeżeli zmiana stawki VAT powodować będzie zwiększenie kosztów wykonania umowy po stronie wykonawcy Zamawiający dopuszcza możliwość zwiększenia wynagrodzenia o kwotę równą różnicy w kwocie podatku zapłaconego przez Wykonawcę
- j) konieczności zmiany miejsca dostaw z przyczyn leżących po stronie zamawiającego
- k) konieczności zmiany adresów do doręczeń, telefonów kontaktowych, telefonów serwisowych, osób upoważnionych

Postanowienia powyższe stanowią katalog zmian, na które Zamawiający może wyrazić zgodę nie stanowią jednak zobowiązania do wyrażenia takiej zgody."

Podsumowując powyższe Zamawiający podtrzymuje stanowisko zawarte w tezie.

W niniejszym rozstrzygnięciu protestu Zamawiający dokonuje zmiany treści ogłoszenia i zmiany treści SIWZ. Jednocześnie Zamawiający **informuje o przedłużeniu terminu składania i otwarcia ofert na dzień 22 lipca 2009 r.**

Zamawiający zwraca się z prośbą o niezwłoczne potwierdzenie otrzymania niniejszego pisma na numer faksu: (58) 551 21 30. W razie braku wyraźnego potwierdzenia z Państwa strony otrzymania niniejszego pisma w postępowaniu dowodowym Zamawiający przedłoży dowód nadania faksu.

Pouczenie

Zgodnie z art. 184 ust. 1 ustawy PZP od niniejszego rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu w terminie 10 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu do rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie przekazując kopię treści odwołania Zamawiającemu. Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Urzędu.

INSTYTUT OCEANOLOGII PAN
81-712 Sopot
ul. Powstańców Warszawy 55
tel. 551 72 81, fax 551 21 30
Regon 000632467, NIP 585-10-04-839

Scientific Director
[Signature]
prof. dr. Janusz Pempkowiak

Otrzymują:

1. Adresat;
2. Strona internetowa;
3. a/a.