

Warszawa, 21.07.2008

DZ./2215/36/105/08

ROZSTRZYGNIĘCIE

**Z DNIA 21. LIPCA 2008 R.
PROTESTU FIRMY NETIA S.A.**

który wpłynął do Zamawiającego w dniu 11. 07. 2008r.

dot.: przetargu nieograniczonego znak IHIT/P/36 / 08 na:

Instalację, konfigurację i uruchomienie rozległej sieci KRDK – NET (zadanie 1) Świadczenie usług rozległej sieci KRDK-NET (zadanie 2) w ramach projektu „Utworzenie Krajowego Rejestru Dawców Krwi”

Wnoszący protest w zakresie prawnym zarzuca Zamawiającemu:

Naruszenie art. 7 oraz art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z zapisami zawartymi w projekcie umowy dotyczącymi kar umownych

Żądanie protestującego:

Wnoszący protest żąda modyfikacji zapisów dotyczących kar umownych

Zamawiający postanawia

- Oddalić protest w zakresie zarzutów dotyczących naruszenia przepisów art. 7 i art. 29 ustawy PZP
- Uwzględnić częściowo protest w zakresie zarzutów dotyczących wysokości kar umownych

Uzasadnienie:

Uznanie konkretnego czynu, w tym przypadku określenia zapisów dotyczących wysokości kar umownych w projekcie przyszłej umowy, za akt nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polega i zakwalifikowaniu go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu szczegółowo ujętego w ramach rozdziału 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jeżeli określone działanie nie mieści się w katalogu czynów zakazanych przez ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, należy na podstawie przewidzianej w art. 3 tej ustawy klauzuli generalnej jako uniwersalnego zakazu nieuczciwej konkurencji, ocenić charakter tego działania z uwzględnieniem przesłanek przewidzianych w tym przepisie.



Określenie wysokich, ale możliwych do spełnienia wymagań nie prowadzi do naruszenia zasady uczciwego postępowania utrwalającego zasadę konkurencyjności. Zamawiający ma bowiem swobodę kształtowania warunków, jakie muszą spełnić wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, które pozostają w ścisłym związku z samym zamówieniem oraz celem, jaki poprzez dane zamówienia zamierza osiągnąć zamawiający.

Zgodnie z przepisem określonym w art. 36 ust. 1 pkt. 16 Pzp, w postępowaniach o wartości szacunkowej powyżej progu unijnego, zamawiający ma obowiązek określenia: „warunków istotnych dla stron postępowania, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach”.

Przepis powyższy jednoznacznie nadaje zamawiającemu prawo uznania za „istotne” wszystkich postanowień planowanej umowy, pozwalając wskazać w projekcie umowy całkowitą ich treść.

Tak szerokie ujęcie „postanowień” możliwe jest z uwagi na dyspozycję wyżej cytowanego artykułu ustawy, wyraźnie operująca pojęciem podmiotowo doniosłych postanowień jako „istotnych dla zamawiającego”, a nie w ogóle (obiektywnie) istotnych.

Analizując użytą przez skarżącego argumentację zarzutów dotyczących wysokości kar umownych należy podnieść jeszcze jedną istotną kwestię.

Kara umowna zastępuje odszkodowanie. Z tej racji ma ona charakter świadczenia warunkowego i ubocznego, pozostając w ścisłym związku z zobowiązaniem głównym. Wystąpi ona wyłącznie wtedy, gdy zostanie zawiniona przez wykonawcę umowy.

Nieprawdziwy jest zarzut dotyczący braku dostępu wykonawcy usługi do informacji dotyczących wykrycia przerwy w świadczeniu usługi rejestrowanej przez Stację Monitorującą.

Zgodnie z zapisami SIWZ (Załącznik nr 1 pkt. 2.2.1. ppkt 14.) Stacja Monitorująca jest własnością wykonawcy. Jest przez niego udostępniona zamawiającemu wyłącznie na potrzeby realizacji funkcjonalności opisanych w Załączniku nr 1. Ponadto wykonawca jest zobowiązany do monitorowania poprawności funkcjonowania przedmiotu zamówienia (np. Załącznik nr 1 pkt. 2.2.1. ppkt. 15,), stąd też nie może być mowy o wykryciu przerwy w świadczeniu usługi – bez wiedzy wykonawcy.

Całkowicie chybnym zarzutem jest przywołanie w proteście przepisu art. 145 ustawy PZP.

Artykuł 145 ust. 1 prawa zamówień publicznych stanowi, że w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, zamawiający może, na dowolnym etapie realizacji umowy odstąpić od niej w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach. Wykonawca może wówczas żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy.

Odstąpienie od umowy w trybie art. 145 ustawy stanowi zasadnicze odstępstwo od generalnej zasady kodeksu cywilnego, która uzależnia uprawnienie do odstąpienia przez jedną ze stron umowy od faktu jej niewykonania lub nienależytego wykonania przez kontrahenta. Skorzystanie z prawa odstąpienia przysługuje tylko zamawiającemu oraz nie podlega ścieżce odwoławczej wymienionej w art. 180-198 p.z.p..

W zakresie zarzutu dotyczącego zapisów w § 8 ust. 1 pkt. 8 : „umowa nie określa wprost okoliczności z której odpowiada wykonawca (...) – należy wskazać, iż tą kwestię regulują przepisy KC.

W skali przepisów Kodeksu cywilnego i przy uwzględnieniu unormowań, z którymi się spotykamy w ustawach szczególnych, zakres okoliczności, za które dłużnik odpowiada, obejmuje m.in.: zachowanie samego dłużnika noszące znamiona winy (art. 472 kc)

Jak wynika z art. 472 kc dłużnik ponosi przede wszystkim odpowiedzialność za nie dołożenie należytej staranności . Nie dołożenie należytej staranności oznacza winę dłużnika, która może przejawiać się zarówno w umyślnym, jak i nieumyślnym naruszeniu obowiązków kontraktowych wobec wierzyciela . Odpowiedzialność dłużnika w obrocie powszechnym dotyczy w jednakowym stopniu winy umyślnej jak i nieumyślnej.

Stosownie do ogólnej reguły dowodowej wynikającej z art. 6 kc, na osobie, która z faktu braku bądź niezadowolającego poziomu realizacji umowy, wywodzi skutek prawny (uszczerbek w sferze majątkowej) – spoczywa ciężar udowodnienia tego faktu. Zasadę tę konkretyzuje art. 471 kc.

Opierając się o wykładnię wyroków sądów oraz orzecznictwo arbitrażowe zamawiający postanowił uznać część zastrzeżeń zawartych w treści protestu w zakresie kar ustalonych na poziomie 100% ceny umowy.
(W sytuacji, gdy kara umowna równa się, bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania w związku, z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną w rozumieniu art. 484 § 1 kc. vide wyrok SN z 20 maja 1980 r. ICR 229/80, OSNC 1980 /12/243.)

Uwzględniając ten zakres zarzutów zamawiający postanowił zmodyfikować zapisy w projekcie umowy.

W § 8 ust. 1 pkt 1 a – zapis w brzmieniu: „wysokość 100% wartości brutto przedmiotu umowy” zastępuje się zapisem : „**wysokości 50% wartości brutto przedmiotu umowy zadania 1**”.

W § 8 ust. 1 pkt 8 – zapis w brzmieniu: : „wysokość 100% wartości brutto umowy” zastępuje się zapisem : „**wysokości 50% wartości brutto nie wykonanej części umowy (...)**”.

Ponadto, zamawiający dokonuje zmian w zapisach zawartych w:

§ 8 ust. 1 pkt 2 a) i b) – zapis w brzmieniu” „.....w wysokości 1% (....)” zastępuje się zapisem: „.....**w wysokości 0,2% od 1/3 łącznej wartości brutto zadania 2**”.

§ 8 ust. 1 pkt 3 a) i b) – zapis w brzmieniu” „.....w wysokości 1% (....)” zastępuje się zapisem: „.....**w wysokości 0,1% od 1/3 łącznej wartości brutto zadania 2**”

§ 8 ust. 1 pkt 3 b) – zapis w brzmieniu „.....- za każde pierwsze i kolejne rozpoczęte 8 godzin (...)” zastępuje się zapisem „.....- **za każde pierwsze i kolejne rozpoczęte 12 godzin (...)**”.

§ 8 ust. 1 pkt 4) zapis w brzmieniu „..... 2 % wartości brutto umowy (...)” zastępuje się zapisem „.....**2 % łącznej wartości brutto zadania 2 (...)**”.

§ 8 ust. 1 pkt 5 a) i b) zapis w brzmieniu „.....łącznej wartości brutto za świadczone usługi”, zastępuje się zapisem „.....**łącznej wartości brutto zadania 2**”.

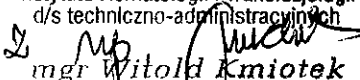
§ 8 ust. 1 pkt 6) zapis w brzmieniu „.....łącznej wartości brutto za świadczone usługi , (...)”, zastępuje się zapisem „.....**łącznej wartości brutto zadania 2, (...)**”

POUCZENIE:

Zgodnie z art. 184 ust. 1 i 2 od oddalenia lub odrzucenia protestu przysługuje odwołanie

Odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w terminie 5 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie informując i przekazując kopię odwołania zamawiającemu.

Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa Urzędu

Z-ca D Y R E K T O R A
Instytutu Hematologii i Transfuzjologii
d/s techniczno-administracyjnych

mgr Witold Kmiotek