

Sygn. akt KIO/UZP 1070/09

**WYROK**  
**z dnia 1 września 2009 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Renata Tubisz**

**Członkowie: Ewa Jankowska**  
**Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Logon S.A., ul. Piotrowskiego 7-9, 85-098 Bydgoszcz** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Finansów, Departament Finansów Resortu, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa** protestu z dnia 2 lipca 2009 r.

**orzeka:**

**1 uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu skreślenie § 7 ust. 7 wzoru umowy oraz określenie we wzorze umowy terminu, w którym Zamawiający będzie mógł odstąpić od umowy w sytuacjach określonych w § 4 ust.8, ust. 9 wzoru umowy.**

**2. kosztami postępowania obciąża Ministerstwo Finansów, Departament Finansów Resortu, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Logon S.A., ul. Piotrowskiego 7-9, 85-098 Bydgoszcz,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Ministerstwo Finansów, Departament Finansów Resortu, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa** na rzecz **Logon S.A., ul. Piotrowskiego 7-9, 85-098 Bydgoszcz**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Logon S.A., ul. Piotrowskiego 7-9, 85-098 Bydgoszcz**.

#### Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20.06.2009r. pod poz. 2009/S 117-169 250.

Postępowanie dotyczy zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup sprzętu informatycznego dla Ministra Finansów.

Zamawiającym jest Ministerstwo Finansów Departament Finansów Resortu Warszawa zwany dalej "Zamawiającym".

Odwołującym jest spółka Logon S.A Bydgoszcz zwana dalej "Odwołującym".

#### Odwołanie.

Odwołanie zostało złożone w oparciu o art.184 ust.1 i ust.1a ustawy z dnia 29.01.2004. Prawo zamówień publicznych (j.t. DZ. U. Nr 223 poz. 1655 z 2007r. oraz Nr 171 poz. 1058 z 2008r.) zwanej dalej "ustawą".

Odwołujący podtrzymuje wszystkie zarzuty wniesione w proteście, a w szczególności zarzuca:

- 1/ opisanie warunku udziału w postępowaniu w sposób ograniczający uczciwą konkurencję;
- 2/opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję;
- 3/ sformułowanie wzorca umowy w sposób przekraczający zasadę swobody umów.

Takie postępowanie w ocenie Odwołującego narusza następujące przepisy prawa zamówień publicznych, a mianowicie: art.7ust.1i 2, art. 22 ust.2, art.29ust.1-3 w związku z art.3ust.1i art.15 ust.1pkt.3 i 5 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, oraz art. 353/1/kc.

Odwołujący wnosi o dostosowanie treści specyfikacji do stanu zgodnego z prawem w sposób wskazany w uzasadnieniu protestu.

Alternatywnie Odwołujący wnosi o unieważnienie postępowania na podstawie art.93 ust.1pkt.7 w związku z art. 146 ust.1pkt.6 ustawy w przypadku otwarcia ofert, zaplanowanego na dzień 30.07.2009r.

Uzasadnienie zawiera następującą argumentację.

I Zarzut opisanego warunku udziału w postępowaniu w sposób ograniczający konkurencję

W rozdziale III ust.1pkt. 2 SIWZ Zamawiający postawił wymóg, by Wykonawcy wykazali się realizacją co najmniej 3 dostawami sprzętu informatycznego o wartości brutto: dla części I- co najmniej 900.000,00 zł. każda z tych trzech dostaw dla części II-co najmniej 1500.000,00zł. każda z tych trzech dostaw dla części III -co najmniej 200.000,00zł. każda z tych trzech dostaw.

Zdaniem Odwołującego -podmiot, który wykonał starannie jedną dostawę sprzętu informatycznego na kwotę odpowiadającą wartości zamówienia jest zdolny wykonać ją powtórnie i daje gwarancję należytego jej wykonania. Nie można mówić w przypadku jednej prawidłowej dostawy o eksperymencie i próbie. Postawiony warunek udziału w postępowaniu jest nieproporcjonalny do zakresu zamówienia, gdyż Wykonawcy muszą wykazać się, iż dysponują doświadczeniem w postaci 3 dostaw o wartości istotnie przekraczającej wartość zamówienia.

Zamawiający wymaga ,by każda z 3 dostaw odpowiadała wartości zamówienia co powoduje, iż warunek jest nieproporcjonalny do danego zadania i znacznie przekracza jego wartość.

Zamawiający jest obowiązany zachować niezbędną równowagę między jego interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego a interesem potencjalnych wykonawców, których nie wolno w drodze wprowadzenia nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu.

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu polega na określeniu przez zamawiającego przejrzystych przesłanek np. kryteriów, jakimi będzie się kierował przy dokonywaniu oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Przykładowo w odniesieniu do warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt. 2 i 3 ustawy zamawiający może wskazać minimalne wymagania związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia publicznego, po których spełnieniu uzna te warunki za spełnione (zob. również przepisy art. 44-48 dyrektywy 2004/18/WE), np. wykonanie jednej roboty budowlanej odpowiadającej swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia publicznego.

II Zarzut opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję.

1.

W załączniku nr C do SIWZ " opis przedmiotu zamówienia" postawiono warunek, by komputery stacjonarne część I oraz komputery przenośne część II posiadały certyfikat EPEAT tj. oferowany model sprzętu był obecny na stronie [www.epeat.net](http://www.epeat.net)., posiadał co najmniej ocenę

brązową.

2. wymiary komputera stacjonarnego mają nie przekraczać 40 cm.

III Zarzut sformułowania wzorca umowy w sposób przekraczający zasadę swobody umów.

W §7 ust. 5 wzorca umowy Zamawiający przewidział obowiązek Wykonawcy zapłacenia kary umownej w wysokości 30% wartości umowy w przypadku odstąpienia od umowy przez -., Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. W tym przypadku zgodnie z ust.7 §7 umowy Wykonawca będzie miał obowiązek zapłacić także kary umowne, o których mowa w ust.1, ust.3 i ust. 4 tj.

-5% niedostarczonego w terminie sprzętu za każdy dzień opóźnienia w dostawie,

-10% wartości części dostawy, która powtórnie nie przeszła pozytywnie odbioru jakościowego ,

-5% wartości wybranej, wadliwej partii towaru niedostarczonej w terminie 5 dni roboczych-za każdy dzień opóźnienia.

Nadto Zamawiający nie będzie miał obowiązku zwrotu kar umownych otrzymanych do dnia odstąpienia od umowy.

Kwestionując zapisy treści umowy Odwołujący nie kwestionuje naliczenia kar umownych co do zasady i konieczności ochrony interesu Zamawiającego oraz nie zakłada, iż ma zamiar uzyskać zamówienie po to by je zrealizować po terminie umownym.

Jednakże wystąpienie hipotetycznie stanu opóźnienia w dostawie spowoduje, iż zostaną zastosowane postanowienia umowne, które kłócą się z zasadą równości stron i naruszają zasady współżycia społecznego.

W pierwszej kolejności kary umowne naliczane są za opóźnienie a nie za zwłokę co oznacza, iż Wykonawca nie możliwości wykazania, iż dostarczenie towaru po terminie nastąpiło z przyczyn od niego niezależnych.

Jeżeli Wykonawca opóźni się z dostawą co najmniej 17 dni to Zamawiający ma prawo naliczyć kary umowne nie tylko za każdy dzień opóźnienia do dnia odstąpienia ale jeszcze naliczyć karę umowną z tytułu odstąpienia od umowy jeżeli Zamawiający skorzysta z tego prawa. Przy czym nie określono do kiedy z tego prawa Zamawiający może skorzystać co w rezultacie może prowadzić do sytuacji celowego przedłużania momentu odstąpienia od umowy by zwiększyć kwotę kar

umownych naliczanych z tytułu opóźnienia dostawy. Narusza to treść art.395§1 kc, który wymaga dla ważności odstąpienia od umowy wskazania terminu, w którym prawo odstąpienia będzie przysługiwać stronie. /orzecz. SN z 4.11.1982r. IICR 407/82,OSNCP 1983,nr7poz.97/.

W powołanym wyroku z dnia 3 lipca 2008 r. Sądu Apelacyjnego w Katowicach V ACa 199/08 Protestujący wskazał na fakt, iż na skutek odstąpienia od umowy dochodzi do jej rozwiązania ze skutkiem wstecznym od momentu zawarcia a strony zobowiązane są wzajemnie do zwrotu świadczeń. Oznacza to, że w razie odstąpienia od umowy żadna ze stron nie może dochodzić wynikających zeń roszczeń akcesoryjnych tj. kar umownych z tytułu nienależytego wykonania umowy, z tytułu wadliwości umowy. Podstawy ich kreowania nie mogą stanowić postanowienia umowy, która w sensie prawnym nie istnieje.

Należy podnieść, iż w przypadku nienależytego wykonania dochodzi z reguły do spełnienia świadczenia tj. wierzyciel przyjmuje świadczenie aczkolwiek karami umownymi rekompensuje to, iż otrzymał świadczenie po terminie lub nieodpowiedniej jakości. To też w przypadku skorzystania z prawa odstąpienia od umowy wierzyciel nie może zachować prawa naliczenia kary umownej z tytułu nienależytego wykonania umowy tj. za to, iż otrzymał świadczenie po terminie lub wadliwie, gdyż z chwilą zniweczenie stosunku umownego wierzyciel zobowiązany jest o zwrotu otrzymanego świadczenia na podstawie umowy od

której odstąpił. Tym bardziej nieuzasadnione jest naliczanie kar umownych za opóźnienie do dnia odstąpienia od umowy jeżeli świadczenie w ogóle nie zostało zrealizowane.

Mając na uwadze dużą wartość umowy Odwołujący ma interes prawny w tym, by umowa która może być zawarta w przyszłości była zgodna z obowiązującymi przepisami, zasadami współżycia społecznego, zasadą równości stron a zaistnienie sytuacji opóźnienia w dostawie nie doprowadzi do zachwiania jego sytuacji finansowej.

Protestujący wnosi o wykreślenie §7ust.7 wzorca umowy oraz określenie terminu ,w którym Zamawiający będzie mógł odstąpić od umowy w sytuacjach określonych w §4 ust.8, ust.9 umowy\_

Wobec powyższego Protestujący wnosi o zmianę specyfikacji istotnych warunków w duchu fundamentalnych zasad prawa zamówień publicznych -tj. zasady równego traktowania Wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji w sposób wskazany w uzasadnieniu protestu lub

ewentualnie o unieważnienie postępowania w przypadku otwarcia ofert w dniu 30.07.2009r.

#### Rozstrzygnięcie protestu.

W dniu 16.07.2009 r. Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie w całości.

Oddalenie protestu zawiera następująca argumentację.

Ad. I W zakresie opisanego warunków udziału ograniczających konkurencję -pkt I powyżej Zamawiający stwierdza, że protest jest bezzasadny.

Zdaniem Zamawiającego wymóg wykazania się przez Wykonawcę doświadczeniem w wykonaniu 3 dostaw sprzętu informatycznego nie utrudnia uczciwej konkurencji. Zamawiający stawiając taki warunek ma na celu wybór Wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Zgodnie z doktryną, obowiązkiem Zamawiającego jest takie określenie warunków udziału w postępowaniu, aby zagwarantować należyte jego wykonanie. Podyktowane jest to przede wszystkim nakazem wydatkowania środków publicznych w sposób celowy, oszczędny oraz z zachowaniem najlepszych efektów z danych nakładów jak i interesem Zamawiającego polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego. Określone przez Zamawiającego kryteria powinny świadczyć o tym, iż wszystkie podmioty je spełniające dają rękojmię należytego wykonania zamówienia publicznego, natomiast w stosunku do podmiotów nie spełniających tych kryteriów zachodzi prawdopodobieństwo, iż nie będą w stanie zrealizować danego zamówienia publicznego (patrz. Prawo zamówień publicznych -komentarz, Grzegorz Wicik,

Piotr Wiśniewski, Warszawa 2007 r.). Przez "doświadczenie" należy rozumieć ogół wiadomości czy umiejętności nabytych na podstawie wielokrotnego wykonania podobnych prac. Innymi słowy należy przez to rozumieć wprawę, praktykę w ich wykonywaniu (patrz. Zamówienia publiczne po nowelizacji, Wojciech Hartung, Paweł Laudański, Waldemar Stadolak (...), Wrocław 2007 r.). Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający ma obowiązek wymagania od Wykonawców wykazania się doświadczeniem, jako pewną umiejętnością zdobytą i ugruntowaną w trakcie praktyki (nabyciem wprawy), a nie dokonanym (przeprowadzonym) eksperymentem czy też próbą, jak byłoby to w przypadku ograniczenia się do wymagania zaledwie jednokrotnego wykazania tożsamyh prac lub czynności (...). Należy uznać, że nie będzie żądaniem ograniczającym konkurencję postawienie przez Zamawiającego wymogu wykazania przez Wykonawcę realizacji przynajmniej trzech dostaw w zakresie porównywalnym ilościowo z danym zamówieniem" (patrz. Prawo zamówień publicznych-Komentarz, pod red. Tomasza Czajkowskiego, Warszawa 2007 r.).

Zamawiający zwraca uwagę, iż postępowanie na zakup sprzętu informatycznego przewiduje składanie ofert częściowych -3 części, co oznacza iż Wykonawca, może złożyć ofertę na jedną część, na dwie, bądź na trzy części w zależności od sytuacji ekonomicznej potencjalnego Wykonawcy. Tym samym taka możliwość nie wyklucza z postępowania Wykonawców dysponujących mniejszym potencjałem.

W tym miejscu Zamawiający chce zwrócić uwagę na jeden z najważniejszych elementów niniejszego postępowania tj. element finansowania.

Znaczący udział w niniejszym postępowaniu stanowią trzy projekty współfinansowane ze środków Unii Europejskiej tj.:

- Projekt POPI' 2007-2013;
- Projekt Szwajcarsko-Folskiego Programu Współpracy oraz
- Projekt EFRR H' w ramach 7 osi priorytetowej POJC 2007-2013.

Zapisy umów o dofinansowanie projektów wymuszają na Beneficjencie (Zamawiającym) realizację zakupów informatycznych zgodnie z ich zapisami np. harmonogramami. Istotnym elementem każdej z tych umów jest termin obowiązywania danej umowy tj. okres na jaki została zawarta np. umowa dot. Projektu POPT 2007-2013 trwa do 31 grudnia br. tak więc płatności związane z projektem muszą nastąpić do końca tego roku. W przypadku Projektu współfinansowanego ze Szwajcarsko-Polskiego Programu Współpracy harmonogram realizacji projektu wymusza na Zamawiającym realizację postępowania oraz płatność również w bieżącym roku. W przypadku nie dochowania terminu realizacji zakupów w ramach w.w Projektów, środki finansowe pochodzące z budżetu UE przeznaczone na zakup sprzętu informatycznego nie zostaną zrefundowane, co spowoduje ogromne straty dla budżetu państwa. Między innymi te wymogi sprawiły, iż Zamawiający w celu zagwarantowania należytego wykonania przedmiotu umowy w skład którego wchodzi nie

tylko dostarczenie sprzętu, ale także długotrwała gwarancja na eksploatowany sprzęt zdecydował o żądaniu wykazania się przez Wykonawcę doświadczeniem potwierdzonym realizacją co najmniej 3 dostaw na dane wartości wskazane w ogłoszeniu oraz w SIWZ.

III. W zakresie wprowadzenia zapisów wzorca umowy w sposób przekraczający zasadę swobody umów -pkt. 3) powyżej Zamawiający stwierdza, że protest jest bezzasadny.

Zasada swobody umów (art. 353 1 K.c.) obejmuje m.in. swobodę podmiotów zawierających umowę co do tego, czy chcą one zawiązać stosunek zobowiązaniowy, swobodę wyboru kontrahenta, ukształtowania treści umowy, formy zawieranej umowy. Niewątpliwie przy stosowaniu trybu udzielania zamówienia regulowanego przez ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, strony umowy nie mają wyboru co do formy zawieranej umowy jak i kontrahenta, który spełni warunki udziału w postępowaniu, jak i którego oferta została wybrana. W tym kontekście swoboda stron umowy podlega ograniczeniu wynikającym z mocy przepisów prawa tj. ustawy prawo zamówień publicznych.

Wykonawca składając protest nie wskazał jaki zakres normy wynikającej z art. 353 1 k.c. został naruszony przez Zamawiającego. Swoje zarzuty sprecyzował w ten sposób, iż w razie zaistnienia zdarzeń objętych karami umownymi spowoduje to (...) "ogromne represje dla Wykonawcy", Również wg Wykonawcy nie jest jasny termin, w którym Zamawiający może odstąpić od umowy tj. czy w 16 dniu od upływu 21 terminu, czy też po dłuższym okresie (nie wiadomo jakim) str. 5 protestu. Postanowienie wzoru umowy określone w § 4 ust. 8 dotyczy opóźnienia w dostawie przedmiotu umowy przekraczającego 15 dni od upływu terminu dostarczenia sprzętu i udzielenia licencji nie później niż w terminie 21 dni od daty zawarcia umowy. Zdarzenie to dotyczy istotnej dla Zamawiającego okoliczności, a mianowicie terminu realizacji umowy jako całości. W tym kontekście zarzut Wykonawcy dotyczący naruszenia art.395 § 1 k.c. jest nietrafny i nieuzasadniony. Uprawnienie Zamawiającego do odstąpienia od umowy w tym przypadku zostało ograniczone terminem 15 dniowym, od upływu terminu 21 dniowego i oznacza, że Zamawiający może odstąpić od umowy w 16 dniu. Zamawiający podkreśla, że w umowach należy badać jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, a nie opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Również zarzut kumulacji z ust. 8 i 9 § 4 jest nietrafny, gdyż w tym przypadku kary umowne się nie kumulują (zdanie drugie ust. 9). Na marginesie Zamawiający nie może się zgodzić ze stanowiskiem Wykonawcy, który zakłada że nie wykona on należycie umowy w razie wybrania jego oferty. Ponadto Wykonawca dopuszcza powstanie opóźnienia w realizacji umowy oraz stawia Zamawiającemu, który dysponuje środkami publicznymi, zarzuty uzasadniając to swoiście rozumianym interesem prawnym. Zamawiający musi dbać również o interes publiczny, Stąd też ustanowienie kar umownych jest jak najbardziej uzasadnione, Wykonawca nie może zakładać, że realizacja



urnowy w razie wybrania jego oferty spowoduje opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy, a jeżeli tak to Zamawiający ma obowiązek zadbać o interes publiczny, który takiej sytuacji nie może zostawić bez kar umownych. Ustanowienie kar umownych za różne zdarzenia nie narusza obowiązujących w tym zakresie przepisów k.c. ani Prawa zamówień publicznych. Kara umowna może dotyczyć zobowiązania niepieniężnego obligującego dłużnika do świadczenia polegającego na daniu, czynieniu, zaniechaniu lub znoszeniu. Ukształtowanie zastrzeżenia kary umownej może dotyczyć sytuacji niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w ogólności lub powiązać ją z poszczególnymi przejawami niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. W tym kontekście ustanowienie wysokości kar umownych zostało uzależnione od rodzaju obowiązków, jakie zostaną lub mogą zostać przez dłużnika -Wykonawcę -naruszone. Domaganie się kary umownej w wysokości 30% wartości umowy w razie odstąpienia od całości umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy jest uzasadnione celem jaki dla Zamawiającego ma ta umowa i jej realizacja. Umowa ta ma być współfinansowana ze środków UE, co w sytuacji kryzysu gospodarczego i cięć budżetowych jest, w ocenie Zamawiającego uzasadnione. Powołane orzeczenia Sądu Apelacyjnego, który nie podziela poglądów Sądu Najwyższego dotyczących instytucji kar umownych jak i możliwości odstąpienia od umowy nie mają znaczenia dla sprawy. Dotyczą one innego stanu faktycznego i prawnego.

#### Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ jako potencjalny oferent złożył protest i odwołanie na treść zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia(SIWZ) podnosząc, że ustalone warunki udziału w postępowaniu uniemożliwiają jemu złożenie oferty.

Na rozprawie wskazał, że wymóg wykazania się trzema dostawami na kwotę co najmniej 1.500.000,00zł. każda z tych trzech dostaw to jest na komputery przenośne nie jest dla niego możliwy pomimo, że wykonał dostawy w zakresie np.: komputerów stacjonarnych na kwoty nawet wyższe niż wymagane ( trzy dostawy każda po 1.500.000,00zł.), ale dostawy nie odnosiły się do komputerów przenośnych tylko do komputerów stacjonarnych.

Ponadto Odwołujący nie uważa za uzasadnione różnicowanie jako odrębny wymóg dostaw na komputery przenośne od dostaw komputerów stacjonarnych, ponieważ dostawy te jako wymóg doświadczenia niczym się nie różnią między sobą.

Poza tym Odwołujący wskazał na naruszenie zasady swobody umowy przy kształtowaniu jej postanowień w zakresie nieuprawnionej kumulacji kar umownych oraz nie wyznaczenia terminu w którym może odstąpić od umowy, co w jego ocenie naraża go na nieuzasadnione represje finansowe.

W ocenie Izby powyższe okoliczności, a w szczególności złożenie przez Odwołującego wyjaśnień na rozprawie, odnoszących się do okoliczności wynikających z jego doświadczenia zawodowego, a uniemożliwiających złożenie oferty zgodnie z wymogami SIWZ, w sposób przez niego rozumianymi, wypełnia wymagane przesłanki po stronie wykonawcy, w zakresie wykazania interesu prawnego do złożenia odwołania, które są przewidziane art. 179 ust.1 ustawy.

Izba w niniejszym Wyroku nie rozpoznała zarzutów zawartych w odwołaniu o Sygn. akt KIO/UZP/1074/09 połączonych do łącznego rozpoznania, ponieważ wykonawca GALAXY z Zielonej Góry wycofał przed posiedzeniem odwołanie i Izba w tym zakresie wydała odrębne postanowienie o umorzeniu postępowania.

Na rozprawie Odwołujący oświadczył, że wycofuje zarzut dotyczący opisu przedmiotu zamówienia. Należy zauważyć, że zarzut ten zawierał dwa sporne zagadnienia to jest wymóg: posiadania certyfikatu EPEAT i warunek by wymiary komputera stacjonarnego nie przekraczały 40 cm.

Poza tym w piśmie procesowym z dnia 21.08.2009r. przedłożonym na rozprawie Odwołujący podtrzymuje dwa zarzuty z protestu dotyczące doświadczenia zawodowego oraz opracowania wzorca umownego w sposób naruszający swobodę umów.

W związku z powyższym rozpoznanie odwołania nie obejmuje zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję.

Co do zarzutu dotyczącego doświadczenia zawodowego wymaganego w zakresie trzech dostaw zrealizowanych na każdą część zamówienia

Należy nadmienić, że zamówienie składa się z trzech części:

1. Część I – zakup komputerów stacjonarnych i monitorów;
2. Część II -zakup komputerów przenośnych;
3. Część III – zakup drukarek i skanerów.

W ocenie Izby zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ stanowisko Odwołującego, że wystarczającym do zdobycia doświadczenia jest wykonanie jednej

dostawy, jest nieuprawnione w świetle doświadczenia zawodowego wykonawców w szerokim tego słowa znaczeniu. Bowiem doświadczenie zawodowe nie można zdobyć w realiach polskiego rynku przez wykonanie jednej prawidłowej dostawy. Doświadczenie zawodowe w każdej dziedzinie zdobywa się przez wielokrotne wykonywanie, powtarzanie zamówień, gdzie za każdym razem mogą wystąpić odmienne realia to jest odmienne okoliczności wpływające na bardziej, czy mniej zakłócony przebieg realizacji zamówienia, przy uwzględnieniu okoliczności, że warunki rynku na którym działają wykonawcy ulega zmianom w czasie. Dlatego nie można przyjąć, że jednokrotne prawidłowe wykonanie zamówienia jest wystarczającym gwarantem powodzenia przy realizacji dostaw, ponieważ może się tak złożyć, że wykonawca znajdzie się w wyjątkowo sprzyjających okolicznościach, które umożliwią wykonanie jednorazowego zamówienia bez jakichkolwiek przeszkód utrudniających wykonanie. Przy jednym skutecznie wykonanym zamówieniu akurat mogą nie wystąpić wszystkie potencjalnie niesprzyjające okoliczności do wykonania zamówienia, których w praktyce prowadzonej działalności jest szereg takich jak: ekonomiczne, finansowe, kadrowe, organizacyjne, transportowe, pogodowe, gospodarcze, ubezpieczeniowe, wewnętrzne, zewnętrzne, makroekonomiczne i mikroekonomiczne. Wiadomym jest tym, którzy posiadają doświadczenie praktyczne w prowadzeniu działalności gospodarczej, że wykonawca funkcjonuje w otoczeniu szeregu elementów, zależnych bądź niezależnych, które umożliwiają bądź uniemożliwiają wykonanie prawidłowo zamówienia. Każdy wykonawca w swojej praktyce napotyka na bardziej lub mniej sprzyjający okres do realizacji zamówień. Zwłaszcza na przestrzeni 3 lat typowanych dostaw, zgodnie z Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, do wykazania doświadczenia mogą zachodzić istotne różnice warunków, w których funkcjonują wykonawcy. Dlatego w ocenie Izby postawienie wymogu wykonania trzech zamówień nie jest nadmierne zwłaszcza, iż zamówienie będzie realizowane ze środków unijnych, które charakteryzują się znacznym rygoryzmem jeżeli chodzi o możliwość ich otrzymania i wykorzystania.

Ponadto na rozprawie Zamawiający zwrócił uwagę, że w SIWZ wymagane jest doświadczenie w dostawie sprzętu informatycznego, a nie jak to odczytał w nieuprawniony sposób Odwołujący, że doświadczenie w każdej części zamówienia na jakie składana jest oferta musi odnosić się wprost do każdej z części zamówienia to jest na część dotyczącą komputerów stacjonarnych i monitorów muszą być zamówienia tego samego rodzaju to jest muszą dotyczyć dostaw komputerów stacjonarnych i monitorów, a na komputery przenośne muszą być wykazane zrealizowane zamówienia dotyczące komputerów przenośnych, a na drukarki i skanery muszą być zamówienia odnoszące się tylko do drukarek i skanerów.

W ocenie Izby interpretacja wymagań co do doświadczenia zawodowego dostawców przedstawiana przez Odwołującego jest nieusprawiedliwiona w kontekście zapisu SIWZ, który do wszystkich części zamówienia odnosi się do „sprzętu informatycznego”. Czyli reasumując zarówno komputery stacjonarne, komputery przenośne, drukarki i skanery można zaliczyć do sprzętu informatycznego.

Z powyższego zapisu SIWZ wynika, że wykonawca składając ofertę nawet na wszystkie trzy części zamówienia wystarczy, że posłuży się doświadczeniem w trzech takich samych dostawach na każdą część zamówienia, a nie w sumie w dziewięciu dostawach, ale spełniających najwyższe wymagania w zakresie kwotowym. Co oznacza, że doświadczenie uzyskane w dostawie na sprzęt komputerowy w trzech dostawach, każda na kwotę co najmniej 1.500.000,00 zł., może być skutecznie przedstawione na każdą z trzech części zamówienia.

Taką interpretację zapisów SIWZ również potwierdził na rozprawie przedstawiciel Zamawiającego.

Natomiast Odwołujący przyznał na rozprawie, że inaczej interpretował zapisy SIWZ w tym zakresie.

W związku z powyższym argumentacja przedstawiona w odwołaniu, a odnosząca się do okoliczności, że pomimo dużego doświadczenia w zakresie dostaw komputerowego sprzętu to nie wykonano trzech dostaw w zakresie komputerów przenośnych każda na kwotę 1.500.000,00, nie usprawiedliwia zarzutu Odwołującego co do nieuprawnionego postawienia wymogów przez zamawiającego w zakresie doświadczenia zawodowego w zakresie “sprzętu informatycznego”.

Natomiast Odwołujący nie wykazał, że wymogi co do kwot wykonanych dostaw nie odpowiadają szacunkowym wartościom zamówień w poszczególnych częściach.

Tym samym zarzut Odwołującego co do nieuprawnionego określenia wymogu doświadczenia zawodowego w zakresie dostaw sprzętu informatycznego, w ocenie Izby, nie zasługuje na uwzględnienie.

Co do zarzutu naruszenia przepisów kodeksu cywilnego w zakresie nie oznaczenia terminu, w którym może odstąpić Zamawiający od umowy oraz co do nieuprawnionej kumulacji kar umownych pomimo odstąpienia od umowy.

W ocenie Izby zarzut ten zasługuje na uwzględnienie.

Według ustaleń Izby, Odwołujący w proteście zarzucił naruszenie zasady określenia terminu w którym Zamawiający zamierza dokonać odstąpienia od umowy oraz naruszył zakaz

kumulacji kar umownych z różnych tytułów. Przy czym w proteście sformułował żądanie skreślenia § 7 ust.7 umowy.

Natomiast w piśmie z dnia 21.08.2009r. przedłożonym na rozprawie, Odwołujący zażądał:

1. wykreślenia § 7 ust.7;
2. wprowadzenia terminu, w którym zamawiający będzie mógł odstąpić od umowy;
3. zmniejszenia kar umownych;
4. wprowadzenie górnej granicy kar umownych;
5. uzależnienie kar umownych od zwłoki dłużnika;
6. wprowadzenie naliczenia kary umownej przez Wykonawcę w przypadku odstąpienia od umowy z winy Zamawiającego.

Natomiast zgodnie z art. 191 ust.3 ustawy Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście.

W związku z powyższym Izba rozpoznała tylko zarzuty zawarte w proteście, a dotyczące nie oznaczenia terminu do odstąpienia od umowy oraz kumulacji kar, które odnoszą się do zapisów umowy zawartych w § 7 ust. 7 oraz w § 4 ust.8 i 9 wzoru umowy.

#### Co do kumulacji kar umownych.

Co do żądania w zakresie wykreślenia § 7 ust.7 wzoru umowy to zawiera ono następującą treść: „Odstąpienie przez Zamawiającego od umowy na podstawie ust.5 nie wyłącza obowiązku zapłacenia przez Wykonawcę także kary umownej, o której mowa w ust.1, ust.3 i ust.4 , ani nie powoduje obowiązku zwrotu przez Zamawiającego kar umownych zapłaconych przez Wykonawcę do dnia odstąpienia od umowy.”

W ocenie Izby za przywołanym Wyrokiem z dnia z dnia 6 maja 2004r. Sądu Apelacyjnego w Katowicach V ACa 199/08 w razie odstąpienia od umowy dochodzi do jej rozwiązania ze skutkiem wstecznym od momentu zawarcia , a strony zobowiązane są do zwrotu świadczeń ( art. 395 § 2 k.c. „ W razie wykonania prawa odstąpienia umowa uważana jest za nie zawartą. To, co strony już świadczyły, ulega zwrotowi w stanie niezmienionym, chyba, że zmiana była konieczna w granicach zwykłego zarządu. Za świadczone usługi oraz korzystanie z rzeczy należy się drugiej stronie odpowiednie wynagrodzenie.”). zgodnie z cytowanym Wyrokiem oznacza to, że żadna ze stron stosunku umownego w przypadku odstąpienia od umowy nie może żądać roszczeń akcesoryjnych to jest kar umownych z tytułu nienależytego wykonania umowy, z tytułu wadliwości umowy.

Natomiast Zamawiający ma prawo dochodzić kar umownych lub odszkodowania z tytułu odstąpienia od umowy z winy wykonawcy.

Reasumując jeżeli następuje odstąpienie od umowy to skutki powstają takie jakby umowa nie została zawarta.

W związku z tym Zamawiający nie ma prawa dochodzić kar umownych czy też odszkodowania jakie przysługują w sytuacji wykonywania umowy to jest jak we wzorze umowy z tytułu: niedotrzymania terminu wykonania dostawy, nie dokonanie z powodu wad odbioru jakościowego sprzętu, awarie, wady, usterki lub niesprawności u co najmniej 10 % sprzętu. Natomiast Zamawiający może w przypadku odstąpienia od umowy dochodzić odszkodowań z tytułu konieczności odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

Powyższe Zamawiający zagwarantował sobie zapisem we wzorze umowy w § 7. Kary umowne ust.5 "W przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 30 % wartości Umowy.

Tym samym w ocenie Izby żądanie Odwołującego skreślenia § 7 ust.7 wzoru umowy, w związku z zawartym w proteście zarzutem nieuprawnionej kumulacji kar umownych to jest zarówno z tytułu wykonania umowy jak i z tytułu odstąpienia od umowy, jest uzasadnione.

#### Co do nie oznaczenia terminu, w którym nastąpi odstąpienie od umowy.

Tak samo uzasadnione jest żądanie określenia terminu, w którym Zamawiający będzie mógł skorzystać z odstąpienia od umowy to jest w sytuacjach określonych w § 4 ust.8, ust. 9 wzoru umowy, ponieważ zarzut odwołującego usprawiedliwiony treścią art. 395 § 1 k.c. zgodnie z którym „można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy, prawo to wykonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie.”

Nie usprawiedliwiony jest twierdzenie Zamawiającego, że wypełnił dyspozycję powyżej zacytowanego przepisu przez określenie terminu początkowego do odstąpienia od umowy. Usprawiedliwione jest żądanie Odwołującego do określenia końcowego terminu na odstąpienie od umowy, z uwagi na pewność obrotu prawnego to jest Wykonawca ma prawo wiedzieć w jakim terminie może nastąpić odstąpienie od umowy.

Za powyższym twierdzeniem przemawia Wyrok z dnia 6 maja 2004r. Sądu Najwyższego II CK 261/03 ( System Informacji prawnej Lex (Lex Omega) 30/2009) ponieważ, „3.Przesłanką umownego zastrzeżenia odstąpienia od umowy jest określenie terminu, w którym może to nastąpić, co stosuje się do każdego wypadku takiego zastrzeżenia, a więc także takiego, w którym odstąpienie od umowy uzależniono od zdarzenia przyszłego ( w tym niewykonania określonego obowiązku)”.  
.

W związku z powyższym w ocenie Izby usprawiedliwione jest żądanie Odwołującego oznaczenia terminu prawa odstąpienia od umowy ( art. 395 § 1 k.c.) , które to prawo Zamawiający przewidział w § 4 ust.8 i 9 wzoru umowy, na co wskazał w proteście Odwołujący.

W związku z powyższym Izba postanowiła jak w sentencji Wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Łodzi.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....