

WYROK
z dnia 16 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Ryszard Tetzlaff

Paweł Trojan

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 września 2010r. odwołania wniesionego do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu **6 września 2010r.** przez **Hewlett-Packard Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Szturmowa 2a** odwołania, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 70** protestu z dnia **16 sierpnia 2010 r.**¹

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, **xxx** – po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1 . oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Hewlett-Packard Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Szturmowa 2a i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444.zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty

wpisu uiszczonego przez **Hewlett-Packard Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Szturmowa 2a**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **XXX zł 00 gr** (słownie: XXX złotych zero groszy) przez **XXX** na rzecz **XXX**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Hewlett-Packard Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Szturmowa 2a**

U z a s a d n i e

Postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu ograniczonego na zakup usług informatycznych w zakresie zarządzania, administrowania i monitorowania oraz bieżącej obsługi utrzymania systemu informatycznego ARIMR zostało wszczęte przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 70 ogłoszeniem w siedzibie zamawiającego i na jego stronie internetowej w dniu 19 października 2010r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej za numerem 2009/S 204 – 293978 w dniu 22 października 2009r. W dniu 6 sierpnia 2010r. zamawiający wraz z zaproszeniem do składania ofert przekazał wykonawcom zaproszonym specyfikację istotnych warunków zamówienia. W dniu 16 sierpnia 2010r. na treść tej specyfikacji protest wniósł Hewlett-Packard Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Szturmowa 2a, zwany dalej odwołującym zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 5, 58 § 1 i 2, 353¹ Kodeksu cywilnego (w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych Dz. U. t.j. z 2007 nr 223 poz. 1655 ze zm. – dalej ustawy) stwierdzając, że ewentualny wybór oferty odwołującego i podpisanie przez niego z Zamawiającym umowy, zgodnie z Wzorem Umowy, z uwagi na jej niekorzystne dla odwołującego warunki, naraża go na straty, co powoduje, że jej interes prawny doznaje uszczerbku i z tych powodów, w związku z art. 180 ustawy. Wniósł o uwzględnienie protestu poprzez dokonanie zmian we Wzorze Umowy w taki sposób aby zachodziła równość stron i w określonych przypadkach nie wyrządzała szkody odwołującemu oraz dokonanie takich zmian we Wzorze Umowy, które wyeliminują zapisy sprzeczne z prawem.

W uzasadnieniu podniósł, że załączając umowę, do SIWZ, zamawiający „zmusza” niejako oferentów do podpisania umowy, której treść może wyrządzić szkodę oferentowi, którego oferta zostanie wybrana. Analiza przepisów Kodeksu cywilnego, według odwołującego, w sposób niebudzący wątpliwości wskazuje, że podstawową wadą umowy jest:

- 1) niezachowanie w niej równości stron,
- 2) naruszenie przepisów Kc lub innych powszechnie obowiązujących przepisów prawa,
- 3) dokonanie przez Zamawiającego błędnej interpretacji przepisów Kc, tj. zasady swobody umów określonej w art. 353¹,
- 4) wprowadzenie zapisów, które mogą wyrządzić w przyszłości szkodę wykonawcy,
- 5) wprowadzenie nieprecyzyjnych zapisów, które mogą powodować spory interpretacyjne umowy.

W pierwszej kolejności odwołujący wskazał, że w komparycji umowy wskazany został opis strony, bez konieczności wskazywania jej kapitału zakładowego. Tymczasem zgodnie z art. 206 § 1. kodeksu spółek handlowych pisma i zamówienia handlowe składane przez spółkę w formie papierowej i elektronicznej, a także informacje na stronach internetowych spółki, powinny zawierać także wysokość kapitału zakładowego, a odwołujący, podpisując umowę w zaproponowanym wzorze, naruszyłby wskazany przepis, co w konsekwencji naraża osoby podpisujące umowę na grzywnę wynikającą z art. 34 ustawy o z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym. Dalej wskazał, że w § 6 ust. 1 Wzoru Umowy Zamawiający określił łączne wynagrodzenie za wykonanie Umowy. Jednocześnie ust. 2 tego przepisu wskazuje, że łączne wynagrodzenie składa się z elementów wskazanych w kolejnych punktach tego ustępu. Sumując pozycje z ust. 2 nie sposób jest określić wysokość łącznego wynagrodzenia, bo pkt 1 tego ustępu wskazuje jedynie na wysokość wynagrodzenia miesięcznego w rozbiciu na poszczególne usługi, z kolei pkt 2 wskazuje na wartość jednej roboczogodziny. Nadto w § 5 ust. 2 Wzoru Umowy zamawiający przyjął zasadę, iż przeniesienie autorskich praw majątkowych do utworów powstałych w wyniku realizacji Umowy następuje z chwilą podpisania Raportu miesięcznego z miesiąc, w którym te utwory powstały. Z kolei Wzór Umowy w innym miejscu (§ 4 ust. 12 i n.) opisuje proces akceptacji przedmiotowego Raportu, który może trwać nawet ponad dwa tygodnie - od zakończenia miesiąca, a którym świadczone usługi. To oznacza, że dla prac zrealizowanych przez Usługodawcę np. na początku miesiąca, które będą wiązały się z wytworzeniem określonych utworów, które zostały natychmiast wdrożone w systemie IT Usługobiorcy (jest to dość często spotykana praktyka, biorąc pod uwagę specyfikę usług utrzymaniowych), Usługobiorca będzie pozbawiony możliwości korzystania z tych utworów do momentu podpisania

stosownego Raportu przez strony. Według odwołującego, jest to rozwiązanie, które w efekcie oznacza, że Usługobiorca będzie w stanie ciągłego naruszania praw autorskich twórców oprogramowania zaimplementowanego w wyniku świadczenia usług utrzymania. Odwołujący wskazał także na to, że zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Finansów z dnia 28 listopada 2008 r. w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom, wystawiania faktur, sposobu ich przechowywania oraz listy towarów i usług, do których nie mają zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług fakturę wystawia się nie później niż siódmego dnia od dnia wydania towaru lub wykonania usługi (§ 9 ust. 1 Rozporządzenia) w przypadku usług o charakterze ciągłym fakturę wystawia się nie później niż siódmego dnia od zakończenia miesiąca, w którym dokonano sprzedaży. Tymczasem Wzór Umowy w § 4 ust. 12 i n. opisuje proces fakturowania usług, z którego wynika, że faktura może być wystawiona nawet po dwu tygodniach, od zakończenia miesiąca, a którym świadczone usługi (§ 4 ust. 17 Wzoru Umowy). Tym samym Wzór Umowy zawiera zapisy sprzeczne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa podatkowego. Odwołujący podniósł ponadto, że zamawiający nie wskazał w § 8 ust. 3 pkt 1 kary umownej za opóźnienie w terminowym zrealizowaniu Zmiany; nie wskazał kluczowego parametru, uprawniającego Zamawiającego do odstąpienia do danej usługi oraz wysokość związanej z tym kary umownej (§ 8 ust. 4 Wzoru Umowy); nie wskazał kary umownej za naruszenie zasad bezpieczeństwa informacji (§ 8 ust. 5 Wzoru Umowy); nie wskazał kary umownej za naruszenie praw autorskich osób trzecich (§ 9 ust. 2 pkt 1 Wzoru Umowy), co rodzi możliwość różnego ukształtowania wysokości kar umownych w zależności, od tego jaki wykonawca zostanie wybrany przez zamawiającego. Zamawiający także nie określił obecnej liczby instancji baz danych jak również planowanego zwiększenia liczby baz danych jakie miałyby zostać objęte usługami utrzymania, co jest kluczowym elementem cenotwórczym usługi i uniemożliwiają oszacowanie miesięcznego ryczałtu świadczenia. Wskazał również, że zamawiający zastrzegł dla siebie prawo odstąpienia od umowy bez określenia jego zakresu i podniósł, że wykonanie odstąpienia wiąże się ze zwrotem wzajemnych świadczeń, co w przypadku przedmiotowej usługi w zakresie wykonanym nie będzie możliwe, wniósł zatem o ustalenie, że Zamawiający może odstąpić od umowy w zakresie części niewykonanej, tj. na przyszłość, czyli z zatrzymaniem przez Zamawiającego dotychczas należycie wykonanych świadczeń składających się na przedmiot Umowy, bądź też, że Zamawiający może wypowiedzieć umowę, a nie od niej odstąpić. Odwołujący zarzucił także, że mierzenie jakości usługi poprzez jego odniesienie do czasu reakcji Usługobiorcy (Załącznik 1a do Wzoru Umowy w pkt.2.3) jest odwołaniem do subiektywnych parametrów będących pod kontrolą Usługobiorcy. Innymi słowy Usługobiorca wykonując pewne operacje przy wykorzystaniu monitorowanego urządzenia jest w stanie natychmiast

stwierdzić istnienie incydentu praktycznie w chwili jego wystąpienia, a biorąc pod uwagę możliwości technologiczne (częstotliwość próbkowania dostępności' urządzenia) pozbawia to Usługodawcy możliwości zareagowania na zaistniały incydent zgodnie z wymogami Usługobiorcy i w rozsądnym terminie. Tym samym Usługodawca byłby uprawniony do obciążania Usługodawcę karami umownymi w okolicznościach, które nie powinny być uznawane za niewłaściwe wykonanie umowy. Powołał się na wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 18.05.2004 r. w sprawie o sygn. akt: UZP/ZO/P-645/04. Protest został podpisany przez pełnomocnika, działającego w oparciu o pełnomocnictwo rodzajowe z dnia 18 listopada 2009r. podpisane przez prezesa zarządu odwołującego upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania.

W dniu 18 sierpnia 2010r. Faksem, a w dniu 19 sierpnia 2010r. listem poleconym zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu protestacyjnym.

Do postępowania nikt nie przystąpił.

W dniu 26 sierpnia 2010r. faksem zamawiający rozstrzygnął protest uwzględniając go w części dotyczącej:

- pkt. II „Niejednoznaczne wskazanie wysokości wynagrodzenia należnego Usługodawcy”,
- pkt. III „Naruszenie zasad użytkowania utworów objętych ochroną w świetle przepisów o prawach autorskich”,
- pkt. IV „Naruszenie przepisów o podatku od towarów i usług (VAT)”,
- pkt.V „ Niewskazanie we wzorze umowy istotnych elementów”,
- pkt. VI „Nieprecyzyjne wskazanie zakresu usług”, a

w pozostałym zakresie tj. zarzutów z pkt I, VII i VIII oddalając.

Oдноśnie zarzutu niejednoznacznego wskazania wysokości wynagrodzenia, zamawiający uwzględniając zarzut wskazał, że dokona modyfikacji siwz i nada § 6 ust. 2 pkt. 2 następujące brzmienie:

„wynagrodzenie z tytułu realizacji Zmian, którego maksymalna wysokość jest określona jako iloczyn 3500 Roboczogodzin i stawki za jedną Roboczogodzinę w kwocie ...,00 zł netto (słownie :... złotych 00/100) plus należny podatek VAT co stanowi kwotę ...,00 zł brutto (słownie: złotych 00/100). Wynagrodzenie za realizacją poszczególnych Zmian będzie

ustalane, jako iloczyn pracochłonności danej Zmiany wskazanej w zaakceptowanym przez Usługobiorcę Zgłoszeniu Zmiany (sporządzonym zgodnie z Załącznikiem nr 2A) oraz stawki za jedną Roboczogodzinę wskazanej w niniejszym punkcie. "

W zakresie zarzutu naruszenia zasad użytkowania utworów objętych ochroną w świetle przepisów o prawach autorskich zamawiający uwzględniając zarzut wskazał, że dokona modyfikacji siwz i § 5 ust. 2 nada brzmienie „*Przeniesienie autorskich praw majątkowych do utworów powstałych w wyniku realizacji Umowy następuje z chwilą podpisania Raportu miesięcznego za miesiąc, w którym te utwory powstały, a w przypadku utworów powstałych w wyniku realizacji Zmian z chwilą odbioru Zmiany zgodnie z Załącznikiem nr 2 do Umowy. Przeniesienie autorskich praw majątkowych następuje na polach eksploatacji wskazanych w ust. 5 i 6. Jednocześnie począwszy od chwili przekazania Usługobiorcy utworów powstałych w wyniku realizacji Umowy do momentu przeniesienia na Usługobiorcę autorskich praw majątkowych do tych utworów zgodnie z Umową Usługobiorca jest uprawniony do korzystania z tych utworów na polach eksploatacji określonych w ust. 5 i 6. "*

W zakresie zarzutu naruszenia przepisów o VAT zamawiający uwzględniając zarzut wskazał, że dokona modyfikacji siwz i § 4 ust. 12 nada brzmienie „*W terminie 2 Dni roboczych po zakończeniu miesiąca, w którym Usługodawca świadczył Usługi, Usługodawca przedstawi Raport miesięczny świadczenia Usług, zwany dalej „Raportem miesięcznym”. Raport miesięczny składa się z raportu ze świadczenia każdej z Usług zgodnie z zakresem wskazanym w danej Karcie Usługi z podziałem na kwoty wynagrodzenia za poszczególne Usługi i odebrane w danym miesiącu Zmiany” oraz § 4 ust. 13 nada brzmienie: „Usługobiorca, w terminie 2 Dni roboczych od dnia otrzymania Raportu miesięcznego, dokona jego weryfikacji i akceptacji”.*

W zakresie zarzutu niewskazania we wzorze umowy istotnych elementów zamawiający uwzględniając zarzut wskazał, że dokona modyfikacji siwz i -§ 8 ust. 3 pkt 1 nada brzmienie: „*terminu realizacji Zmiany zgodnie z zaakceptowanym przez Usługobiorcę w Zgłoszeniu Zmiany harmonogramem wykonania Zmiany (ustalonym na zasadach określonych w Załączniku nr 2 do Umowy), Usługobiorca obniży Usługodawcy wynagrodzenie za daną Zmianę o 3% za każdy dzień opóźnienia”; a § 8 ust. 4 nada brzmienie: „Jeżeli w okresie 3 (słownie: trzech), następujących po sobie, miesięcy świadczenia Usług Usługodawca nie dotrzyma parametrów jakości danej Usługi na poziomie 82,5 % Usługobiorca może, bez wyznaczenia dodatkowego terminu, odstąpić od danej Usługi (w terminie 30 dni od wystąpienia przesłanki umożliwiającej mu takie odstąpienie) oraz zażądać kary umownej w wysokości 200% kwoty miesięcznego ryczałtowego wynagrodzenia brutto za tę Usługę,*

określonego w § 6 ust. 2 Umowy, z zachowaniem prawa do obniżenia wynagrodzenia zgodnie z ust. 2, liczonego do dnia odstąpienia przez Usługobiorcę od Umowy. Usługobiorca może naliczyć karę umowną także bez korzystania z uprawnienia odstąpienia od Umowy., oraz § 8 ust. 5 nada brzmienie: „W przypadku, gdyby zostały naruszone przez Usługodawcę zasady bezpieczeństwa informacji obowiązujące u Usługobiorcy i wskazane w § 3 ust. 6 Umowy, Usługodawca zobowiązuje się do ich usunięcia w wyznaczonym przez Usługobiorcę terminie. W przypadku niezastosowania się przez Usługodawcę do wydanych mu poleceń, Usługobiorca może naliczyć karę umowną w wysokości 5.000,00 zł (słownie: pięć tysięcy złotych) za każdy przypadek stwierdzonej nieprawidłowości”, a także § 9 ust. 2 pkt 2 nada brzmienie: „prawo żądania od Usługodawcy zapłaty kary umownej w wysokości 3% łącznego wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 Umowy oraz prawo żądania odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych Kodeksu Cywilnego”

Co do zarzutu nieprecyzyjnego wskazania zakresu usług, zamawiający uznając zarzut, stwierdził, że dokona modyfikacji siwz i w Załączniku nr IB do umowy w pkt. 4 „Parametry Usługi” nada brzmienie pkt 4 poprzez wskazanie w definicji parametru maksymalnej ilości awarii w skali miesiąca, a w specyfice określenia tej ilości na 20, oraz w definicji parametru maksymalnej liczby baz danych lub ich instalacji, a w specyfice określenie ich ilości na 250. :

Odnośnie zarzutu uniemożliwienia wskazania kapitału zakładowego zamawiający podniósł, że zapisy komparcji umowy są uzupełnianie po wyborze najkorzystniejszej oferty i dostosowywane treścią i zakresem do formy prawnej podmiotu, któremu było udzielone zamówienie publiczne, a na etapie wzoru umowy w ocenie zamawiającego było dopuszczalne nawet ograniczenie się do nieumieszczania żadnych informacji dotyczących wykonawcy. W zakresie zarzutu dotyczącego prawa zamawiającego do odstąpienia od umowy, zamawiający nie zgodził się z zarzutem i podniósł, że w świetle upowszechnionych poglądów prezentowanych w doktrynie, w przypadku odstąpienia od umowy, w której przedmiotem świadczenia było spełnienie usług albo jeżeli świadczenie polegało na umożliwieniu korzystania z rzeczy (np. najem) - nie wchodzi w grę dokonanie zwrotu przedmiotu świadczenia umownego. Przyjmuje się, iż skutek *ex tunc* wygaśnięcia stosunku zobowiązaniowego przy odstąpieniu od umowy nie dotyczy umów stwarzających zobowiązania wzajemne ciągłe (trwałe). Z punktu widzenia skutków dla Wykonawcy umowy nie ma więc różnicy pomiędzy odstąpieniem od umowy, a jej natychmiastowym wypowiedzeniem (bez zachowania terminów wypowiedzenia). Nadto zastrzeżenie prawa do odstąpienia od umowy nie oznacza jeszcze konieczności realizacji tego prawa w odniesieniu do całości przedmiotu świadczenia (zwłaszcza, gdy świadczenia są podzielne). Ewentualne zastąpienie instytucji odstąpienia wypowiedzeniem powodowałoby konieczność zatrzymania

przez Agencję wszystkich rezultatów wykonanych do chwili wypowiedzenia świadczeń. Co do zarzutu niewłaściwego wskazania sposobu określenia poziomu jakości świadczonych usług zamawiający zwrócił uwagę, że to Usługodawca, a nie Usługobiorca zobowiązany jest do monitorowania jakości świadczonych Usług, a zatem każdy incydent/zdarzenie powinien zostać przez Usługodawcę niezwłocznie wykryty i zgłoszony do Help Desk ARiMR zanim Usługobiorca odczuje skutki tego incydentu/zdarzenia i samodzielnie dokona zgłoszenia do Help Desk ARiMR. Czas reakcji na incydent/zdarzenie zastosowany jako miernik do oceny jakości usług jest parametrem obiektywnym i pozwala na ocenę czy monitoring jest prowadzony przez Usługodawcę w sposób właściwy.

W dniu 6 września 2010r. odwołujący wniósł odwołanie wskazując, że jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego określonych zasad udzielania zamówienia publicznego, w szczególności poprzez uniemożliwienie odwołującemu uzyskania przedmiotowego zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w postanowieniach ustawy dla skorzystania ze środków ochrony prawnej. Obecna treść Wzoru Umowy powoduje bowiem niemożność uzyskania bądź ryzyko niemożności uzyskania zamówienia przez odwołującego. Podtrzymał zarzuty podniesione w proteście i wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany SIWZ poprzez dokonanie zmian we Wzorze Umowy umożliwiających odwołującemu przystąpienie do przetargu i złożenie oferty, poprzez zmianę zakwestionowanych zapisów, w taki sposób aby zachodziła równość stron i w określonych przypadkach nie wyrządzała szkody odwołującemu, a także dokonanie takich zmian we Wzorze Umowy, które wyeliminują zapisy sprzeczne z prawem, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego. Podtrzymał w całości zarzut naruszenia zasad wynikających z kodeksu spółek handlowych, a zobowiązujących przedsiębiorcę działającego w firmie spółki kapitałowej do określonego oznaczania działalności. Podniósł, że stanowisko zamawiającego z rozstrzygnięcia protestu jest nietrafne, gdyż we Wzorze Umowy zawarto określony format uzupełniania danych wykonawcy. W zakresie zarzutu niejednoznaczne wskazanie wysokości wynagrodzenia należnego Usługodawcy, zdaniem odwołującego protest uwzględniono jedynie częściowo, w zakresie wskazania maksymalnej liczby roboczogodzin (3500). Natomiast w dalszym ciągu nie jest jasne w jaki sposób określić łączne wynagrodzenie, mając wskazane jedynie miesięczne wynagrodzenie za poszczególne usługi i brak pewności co do rzeczywistego czasu trwania umowy. Odnośnie zarzutu naruszenia przepisów o podatku od towarów i usług (VAT) uznał, że uwzględnienie protestu w tym zakresie jest pozorne, gdyż z technologicznego punktu widzenia nie będzie możliwe wygenerowanie raportu ze wszystkich usług i zmian w terminie 2 dni roboczych od zakończenia miesiąca, co proponuje się w zmianie do Wzoru Umowy, a akceptacja raportu przez zamawiającego w terminie kolejnych

2 dni roboczych jest praktycznie nie możliwa. Poza tym zmiany zaproponowane w rozstrzygnięciu protestu milczą na temat przypadku braku akceptacji raportu w części, co w konsekwencji będzie oznaczać brak możliwości wystawienia faktury. W zakresie zarzutu niewskazania we Wzorze Umowy istotnych elementów, odwołujący wskazał, że zaproponowane przez zamawiającego są nieprawidłowe i stanowią istotne naruszenie kodeksowej zasady równości stron i mogą grozić dla Odwołującej rażąco i niczym nieuzasadnioną stratą. Wskazał, że w §. 8 ust. 3 pkt 1 Wzoru Umowy proponuje się karę w wysokości 3% wynagrodzenia za daną zmianę za każdy dzień opóźnienia, a więc także niezawinione niedotrzymanie terminu. To oznacza, że praktycznie po miesiącu opóźnienia wykonawca będzie pozbawiony wynagrodzenia za wykonaną, mimo opóźnienia usługę. Z kolei kara umowna zaproponowana w §. 8 ust. 4 Wzoru Umowy, w jej zestawieniu z prawem zamawiającego do obniżenia praktycznie do zera wynagrodzenia za daną usługę, oznacza, że odwołujący godząc się na taki zapis w sytuacji niedotrzymania jednego z parametrów danej usługi jedynie w 82,5 % jednocześnie poniósłby stratę na poziomie 300 % wartości tej usługi (całkowite potrącenie wynagrodzenia + 200% kary umownej). Karę taką należy uznać, według odwołującego, za rażąco wygórowaną, a tym samym niezgodną z zasadami prawa cywilnego. Ponadto odwołujący podniósł, że kara umowa, o której mowa w §. 9 ust. 2 pkt 2 Wzoru Umowy odnosi się z kolei do sytuacji, w której osoba trzecia jedynie występuje z roszczeniami odnośnie naruszenia jej praw autorskich, kara umowna miałaby być naliczana bez względu na to czy doszło do naruszenia umowy przez wykonawcę, czy też takie naruszenie nie miało miejsca. Dodatkowo wykonawca miałby dostarczyć produkt wolny od wad w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. W zakresie zarzutu nieprecyzyjnego wskazanie zakresu usług odwołujący podniósł, że w dalszym ciągu zamawiający nie określił liczby instalacji baz danych, a także pozostawił sobie możliwość nieograniczonego składa zleceń. W zakresie zarzutu dotyczącego prawa zamawiającego do odstąpienia od Umowy, to odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego przede wszystkim, co do utworów, do których prawa miałyby być przecież przenoszone na mocy proponowanej umowy. Twierdzenia Zamawiającego nie znajdują zastosowania do przeniesienia własności rzeczy lub (jak w tym przypadku) praw. Odnośnie zarzutu niewłaściwego wskazania sposobu określenia poziomu jakości świadczonych usług, to odwołujący godzi się z twierdzeniem zamawiającego, że czas reakcji na incydent/zdarzenie zastosowany jako miernik do oceny jakości usług jest parametrem obiektywnym i pozwala na ocenę czy monitoring jest prowadzony przez usługodawcę w sposób właściwy, ale podniósł, że wartości służące wyliczaniu poziomu świadczonych usług brane są z systemu Service Desk, którym zarządza zamawiający, w szczególności od zamawiającego zależy moment rejestracji incydentu przez pracowników zamawiającego (wynika to m.in. z Załącznika nr 8 do Wzoru Umowy), co stanowi jedną z metryk poziomu świadczonych usług. W konsekwencji poziom świadczonych

usług, a co za tym idzie m.in. naliczane kary umowne, będą zależne w dużej mierze od sprawności i uczciwości obsługi narzędzia Service Desk przez pracowników zamawiającego. To z kolei, biorąc pod uwagę naliczanie kar za opóźnienie, czyli niezawinione działanie usługodawcy, rodzi ogromne ryzyko bezpodstawnego naliczania tych kar. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 6 września 2010r.

W dniu 7 września 2010r. faksem, a w dniu 8 września 2010r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Do postępowania nikt nie przystąpił.

Na rozprawie odwołujący złożył pismo stanowiące głos do protokołu, w którym powołał liczne orzecznictwo zespołów arbitrów, sądów powszechnych, Sądu Najwyższego oraz Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie wypowiedania umów, kar umownych, ceny jako istotnego elementu umowy, zasady swobody kontraktowania na gruncie ustawy. Podniósł także nie będący przedmiotem ani protestu ani odwołania zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 29 ustawy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Postępowanie zostało wszczęte przed wejściem w życie nowelizacji ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych – (Dz. U. t.j. DZ. U. z 2007r. nr 223 poz. 1655 ze zm.) dalej ustawy tj. ustaw : ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U.09.206.1591), Ustawa z dnia 19 listopada 2009 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z realizacją wydatków budżetowych (Dz.U.09.219.1706) Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. Przepisy wprowadzające ustawę o finansach publicznych (Dz.U.09.157.1241), Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.09.223.1778).

Izba dopuściła dowód z dokumentacji postępowania tj. ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a przede wszystkim wzoru umowy nr ../DI/2010/2610, załącznika nr 1A do umowy, załącznika nr 1 B do umowy, protokołu postępowania, zaproszenia do złożenia oferty skierowanego do odwołującego, informacji o wniesieniu protestu, informacji o wniesieniu odwołania.

Izba dopuściła także dowody przedłożone przez odwołującego na rozprawie w postaci raportu miesięcznego dotychczas sporządzanego przez odwołującego dla zamawiającego, tabeli nr 1 – czas potrzebny na uzgodnienie raportów miesięczny – 12 miesięczny, tabeli nr 2 – czas potrzebny na przygotowanie danych do raportu miesięcznego, tabeli nr 3 –

zestawienia – liczby incydentów zalogowanych w systemie Service Desk przez automatyczne systemy monitorowania w ciągu 12 miesięcy, tabeli nr 4 – zestawienia liczby roboczogodzin – realizacji zgłoszeń. Izba jednakże oceniła dowody jako o znikomej mocy dowodowej, a to z tego względu, że dowód w postaci raportu miesięcznego poza wykazaniem faktu, że jest to dokument obszerny nie dowodzi, że jego wykonanie nie jest możliwe w terminie umożliwiającym wystawienie faktury VAT zgodnie z § 9 ust. 1 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 28 listopada 2008r. w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom, wystawiania faktur, sposobu ich przechowywania oraz listy towarów i usług, do których nie mają zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług (zwanego dalej rozporządzeniem w sprawie wystawiania faktur), nie stanowi dowodu na tę okoliczność także tabela nr 2, z której wynika, że na opracowanie raportu miesięcznego potrzeba ok. 103 roboczogodzin, ale nie wynika jaką liczbę osób odwołujący zamierza przeznaczyć do wykonywania raportu. Dowód z tabeli nr 1 nie może być także uznany za dowód, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie będzie w stanie zaakceptować raportu miesięcznego w terminie umożliwiającym wystawienie faktury w zgodzie z przepisami prawa podatkowego, gdyż odwołujący wraz z zestawieniem nie załączył umowy na podstawie, której generowane były raporty, Izba zatem nie była w stanie zweryfikować, czy akceptowanie raportu było podstawą wystawienia faktury i jakie terminy dla sporządzenia i akceptacji raportu przewidziały strony w uprzednio zawartej umowie, a także jaki był zakres przedmiotowy takiej umowy i czy pokrywał się on z przedmiotem niniejszego postępowania.

Tabela nr 3 także musi być oceniona jako nie posiadająca mocy dowodowej, gdyż przedstawione dane odnoszą się do liczby incydentów logowanych przez automatyczne systemy monitorowania, a odwołujący kwestionuje postanowienie załącznika nr 1a do wzoru umowy pkt 2.3. wiersz 6 wskazując, że to pracownicy zamawiającego będą mogli szybciej wykryć incydent i od ich uczciwości i sumienności zależy wprowadzenie informacji o zdarzeniu do systemu Service Desk, a zatem swój zarzut odwołujący odnosił do danych nie generowanych automatycznie, ale wprowadzanych przez pracowników zamawiającego, względnie wykonawcy.

Tabela nr 4 została przez Izbę oceniona jako nie posiadająca mocy dowodowej. Odwołujący za pomocą tej tabeli chciał wykazać, że zamawiający w ramach miesięcznego ryczałtowego wynagrodzenia będzie egzekwował od wykonawców wykonanie świadczeń nie mieszczących się w pojęciu zlecenia, gdyż tylko w ten sposób jest w stanie uzyskać potrzebą liczbę roboczogodzin stanowiącą różnicę między ilością roboczogodzin przewidzianych w opisie przedmiotu zamówienia, a rzeczywistą potrzebą zamawiającego w okresie 24 miesięcy. Jednakże brak załączenia umowy łączącej strony oraz brak podania definicji

zgłoszenia uniemożliwia przyjęcie, że zachodzi przedmiotu zamówienia i tożsamość pojęć wprowadzonych przez zamawiającego. Dowód przez to pozostaje w oderwaniu tak od przedmiotowego postępowania jak i postawionego przez odwołującego zarzutu.

Izba dopuściła dowody przedstawione przez Zamawiającego w postaci kopii protestu z dnia 7 września 2010r. stanowiącego dowód na okoliczność ustalenia faktu, że odwołujący wniósł protest na treść modyfikacji siwz dokonanej przez zamawiającego w części uwzględniającej protest z dnia 16 sierpnia 2010r. przed ostatecznym jego rozstrzygnięciem oraz dowód z wzoru umowy załączonego do postępowania na serwis sprzętu i oprogramowania, jednakże w zakresie tego dowodu Izba oceniła, że nie ma on mocy dowodowej, gdyż z samego wzoru nie wynikają twierdzenia zamawiającego, że odwołujący nie skarżył postanowień zamawiającego w zakresie komparycji tego wzoru oraz, że oferta odwołującego została wybrana, a także, że zamawiający przed podpisaniem tej umowy umożliwił ujawnienie danych dotyczących wysokości kapitału zakładowego odwołującemu.

Izba ustaliła, co następuje:

W nagłówku umowy nr .../DI/2010/2610 zamawiający po słowie a pozostawił wykropkowane miejsca na wpisanie siedziby, adresu, sądu rejestrowego, nr KRS, nr REGON, nr NIP, nie pozostawił miejsca na wpisanie kwoty kapitału zakładowego.

W § 1 pkt. 9 wzoru umowy zamawiający zawarł definicję zlecenia – jest to zlecenie usługodawcy przez usługobiorcę wykonania czynności objętych usługą, które nie wymagają rozbudowy lub przebudowy infrastruktury IT, wykonywane w ramach ryczału określonego w § 6 ust. 2 pkt 1 umowy.

W § 1 pkt 12 wzoru umowy zamawiający wprowadził definicję zmiany oznaczającej zmianę w sposobie świadczenia usług, w tym rozbudowę lub przebudowę infrastruktury IT w stosunku do zakresu wskazanego w załączniku nr 4 do umowy oraz w poszczególnych kartach usług, dodanie usługi mającej na celu zapewnienie prawidłowego i bezawaryjnego działania infrastruktury IT, a także zmianę dokumentacji technicznej lub wytworzenie nowego lub zmianę istniejącego dokumentu związanego z realizacją umowy, w tym kart usług, wykonywaną przez usługodawcę na podstawie zgłoszenia zmiany zgodnie procedurą określoną w załączniku nr 2 do umowy, nie będącą zleceniem lub udostępnienie oprogramowania innych zasobów niezbędnych do realizacji zmiany.

W § 1 pkt. 13 wzoru umowy zamawiający podał definicję roboczogodziny – jest to przyjęte na potrzeby ustalenia wynagrodzenia jednostka rozliczeniowa pracochłonności wykonania zmiany. Pracochłonność wyrażana w roboczogodzinach będzie ustalana na podstawie analizy indywidualnej, interpolacji, ekstrapolacji lub per analogia.

W § 1 pkt 14 zamawiający podał definicję jakości usługi – są to wskaźniki jakości wymagane dla poszczególnych usług, wskazane w kartach usług, a pkt 15 podał definicję incydentu –

przekazania informacji o zdarzeniu do HELP DESK ARiMR, zaś w pkt 16 definicję HELP DESK ARiMR – czyli punkt przyjmowania zgłoszeń o wystąpieniu zdarzenia.

W § 3 ust. 10 nie wskazano wysokości kary umownej za każdy stwierdzony przypadek naruszenia zakazu zatrudniania osób pracujących u zamawiającego.

W § 4 ust. 12 zamawiający postanowił, że w terminie 5 dni roboczych po zakończeniu miesiąca, w którym usługodawca (wykonawca) świadczył usługi, usługodawca przedstawi raport miesięczny świadczenia usług, zwany dalej raportem miesięcznym. Raport miesięczny składa się z raportu świadczenia każdej z usług zgodnie z zakresem wskazanym w karcie usługi z podziałem na kwoty wynagrodzenia za poszczególne usługi i odebrane w danym miesiącu zmiany. W § 4 ust. 17 stwierdzono, że podpisany przez strony raport miesięczny stanowi podstawę dla usługodawcy do wystawienia faktury VAT za dany miesiąc świadczenia usług, a dla usługobiorcy (zamawiający) stanowi podstawę do wypłaty wynagrodzenia zgodnie z § 6 ust. 2 pkt 1 umowy. W § 5 ust. 2 zamawiający określił, że przeniesienie autorskich praw majątkowych do utworów powstałych w wyniku realizacji umowy następuje z chwilą podpisania raportu miesięcznego za miesiąc, w którym te utwory powstały, a w przypadku utworów powstałych w wyniku realizacji zmian z chwilą odbioru zmiany zgodnie z załącznikiem nr 2 do umowy. Przeniesienie autorskich praw majątkowych następuje na polach eksploatacji wskazanych w ust. 5 i 6.

W § 6 ust. 2 zamawiający przewidział osobny sposób obliczenia wynagrodzenia za poszczególne usługi i jest to wynagrodzenie ryczałtowe płatne miesięcznie oraz osobno wynagrodzenie z tytułu realizacji zmian obliczone jako iloczyn liczby roboczogodzin. W ust. 3 tegoż paragrafu postanowił, że wynagrodzenie za usługi będzie płatne na podstawie faktury VAT wystawionej przez usługodawcę po podpisaniu przez strony raportu miesięcznego, zaś w ust. 4 wskazał, że wynagrodzenie z tytułu realizacji zmian będzie płatne na podstawie faktury VAT wystawionej przez usługodawcę po podpisaniu przez strony protokołu odbioru zmiany, którego wzór stanowi załącznik nr 2 B do umowy. Termin wypłaty wynagrodzenia zarówno dotyczącego zmian jak i usług reguluje ust. 7 stanowiąc, że wypłata będzie dokonywana w terminie 28 dni od daty doręczenia usługobiorcy faktury VAT wraz z kopią raportu miesięcznego lub protokołu odbioru zmiany. Zgodnie z § 6 ust. 8 błędnie wystawiona faktura lub brak wymaganych dokumentów stanowiących jej podstawę spowoduje ponowne naliczenie 28 dniowego terminu płatności licząc od momentu dostarczenia poprawionych lub brakujących dokumentów.

W § 8 ust. 3 pkt 1 nie określono wysokości kary umownej za nieterminową realizację zmiany zgodnie z harmonogramem wykonania zmiany, w ust. 4 nie określono wysokości kary umownej za niedotrzymanie parametrów jakości usługi przez 3 kolejne następujące po sobie miesiące świadczenia usług, w ust. 5 nie określono wysokości, ani podstawy obliczenia kary

umownej za niezastosowanie się do wydawanych usługodawcy poleceń dotyczących zasad bezpieczeństwa informacji.

W § 9 ust. 2 pkt 2 zamawiający nie określił wysokości kary umownej za wystąpienie osoby trzeciej do zamawiającego z roszczeniem opartym na twierdzeniu, że wykorzystywany przez zamawiającego utwór narusza jakiegokolwiek prawa z zakresu własności intelektualnej, w tym praw autorskich, praw pokrewnych i innych praw osób trzecich. Poza należną zamawiającemu karą określona w § 9 ust. 2 pkt 2, zamawiający w § 9 ust. 2 zastrzegł sobie także prawo do żądania od wykonawcy dostarczenia utworu wolnego od wad prawnych.

W § 12 uregulowano kwestie odstąpienia od umowy postanawiając, że :

W ust. 1 – strony mogą odstąpić od umowy w przypadkach przewidzianych obowiązującymi przepisami kodeksu cywilnego lub w przypadkach przewidzianych umową poprzez złożenie oświadczenia w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

W ust. 2 – w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, usługobiorca może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach. W takim wypadku usługodawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania umowy do dnia odstąpienia.

W ust. 3 – usługobiorca zastrzega sobie prawo do wypowiedzenia umowy lub części umowy (poszczególnych usług), bez podania przyczyny z zachowaniem trzymiesięcznego okresu wypowiedzenia liczonego od pierwszego dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym usługobiorca poinformował pisemnie usługodawcę o wypowiedzeniu, przy czym wypowiedzenie to nie może nastąpić wcześniej niż po upływie sześciu miesięcy od dnia obowiązywania umowy. W takim wypadku usługodawcy będzie przysługiwało prawo do wynagrodzenia do dnia upływu okresu wypowiedzenia.

Możliwość odstąpienia od umowy przez zamawiającego reguluje także § 8 ust. 4 umowy, ze zamawiający ma prawo odstąpić od danej usługi w terminie 30 dni od wystąpienia przesłanki umożliwiającej odstąpienie tj., niedotrzymania parametrów jakości na poziomie ...% przez okres trzech kolejnych następujących po sobie miesięcy świadczenia usługi. Prawo odstąpienia przewidziano również w § 9 ust. 2 pkt 1 na wypadek niedostarczenia w terminie utworu wolnego od wad prawnych w przypadku wystąpienia osoby trzeciej z roszczeniem. Zarówno w § 8 ust. 4 jak i § 9 ust. 2 pkt 1 zastrzeżone prawa odstąpienia mogą być wykonywane niezależnie od należnej zamawiającemu z tego tytułu kary umownej.

W załączniku nr 1A do umowy w pkt 2.3 zamawiający postanowił, że dla dokonania zgłoszenia zdarzenia dotyczącego infrastruktury IT do HELP DESK ARiMR czas realizacji jest liczony od zgłoszenia incydentu przed wykryciem zdarzenia przez usługobiorcę, jednak nie później niż 30 min. od wystąpienia zdarzenia.

Izba zważyła, co następuje :

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek z art. 187 ust. 4 ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż na etapie po dopuszczeniu wykonawców do składania ofert, a przed złożeniem ofert zamawiający przesyła w przetargu ograniczony siwz stanowiący uściślenie opisu przedmiotu zamówienia oraz kryteriów, którymi będzie się kierował zamawiający przy ocenie ofert. Również dopiero z chwilą przekazania siwz wykonawcy mają możliwość zapoznania się z istotnymi postanowieniami, które zostaną wprowadzone do umowy, projektem umowy, czy wzorem umowy i dopiero wówczas są w stanie dokonać analizy, czy zaproponowane postanowienia umowne godzą w ich interes prawny i narażają na szkodę czy też nie. Jest to także moment, w którym wykonawca musi podjąć ostateczną decyzję, co do tego, czy złoży ofertę w postępowaniu. Zatem w tym momencie sporządzenie wzoru umowy w sposób sprzeczny z przepisami ustawy może godzić w interes wykonawcy i utrudniać lub uniemożliwiać mu złożenie oferty, a wykonawca, który zdecyduje się złożyć ofertę w postępowaniu, w którym może dojść do zawarcia nieważnej umowy, może także ponieść szkodę w związku z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący m. in. postawił zarzuty naruszenia art. 58 ust. 1 i 2 kc w związku z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy, a więc zarzutów odnoszących się do potencjalnej nieważności przyszłej umowy, zatem w przypadku uwzględnienia tych zarzutów i nakazania zamawiającemu dokonania modyfikacji treści siwz miałby szansę na złożenie oferty i uzyskanie zamówienia.

Izba uznała, że została wypełniona przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy.

Izba przed ustosunkowaniem się do podstaw faktycznych każdego z zarzutów poczyni uwagi odnoszące się do podstawy prawnej zarzutów w części wspólnej dla wszystkich zarzutów podniesionych przez odwołującego. Odwołujący uznał, że wskazane w uzasadnieniu protestu i odwołania postanowienia umowne naruszają zasady współżycia społecznego wynikające z art. 5 kc, są nieważne, gdyż stanowią obejście prawa lub naruszenie zasad współżycia społecznego na podstawie art. 58 § 1 i 2 kc oraz naruszają zasadę swobody zawierania umów, a w szczególności poprzez nadużywanie przez zamawiającego pozycji dominującej naruszają zasadę równości stron stosunku cywilnoprawnego na podstawie art. 353¹ kc, które to przepisy stosuje się wprost w odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie nieuregulowanym w ustawie na mocy art. 14 oraz art. 139 ust. 1 ustawy. Izba pragnie zauważyć, że odwołujący nieprawidłowo zastosował przepis odsyłający tj. art. 14 ustawy, a to z tego względu, że przepis ten nie ma zastosowania do umów, ale do czynności zamawiającego i wykonawców podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przede wszystkim przepis ten odsyła do części I kodeksu cywilnego

w zakresie zasad obliczania terminów, pełnomocnictw, oświadczeń woli, wad oświadczeń woli oraz wykładni oświadczeń woli składanych tak przez zamawiającego jak i wykonawców w postępowaniu. Odwołujący kwestionuje natomiast czynność zamawiającego tj. sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej wskazania istotnych postanowień, które zamawiający wprowadzi do przyszłej umowy, zatem dla oceny prawidłowości i zgodności z ustawą tej czynności zamawiającego prawidłowo odwołujący wskazał odesłanie do przepisów kodeksu cywilnego odnoszących się do umów, a zawartego w art. 139 ust. 1 ustawy. Przechodząc do zarzutu naruszenia art. 58 § 1 kc w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Izba czyni uwagę generalną, że dla postawienia takowego zarzutu konieczne jest wskazanie, że skutki kwestionowanego postanowienia naruszają zakazy lub nakazy ustawowe, a więc przepisy o charakterze *ius cogens* (vide np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 lipca 2008 r. sygn. akt II UK 334/07). Zarzut naruszenia art. 5 kc z kolei wymaga wykazania racjonalnego tego zarzutu zgodnie z art. 6 kc, gdyż kodeks cywilny stwarza domniemanie, że osoba uprawniona korzysta z prawa podmiotowego w sposób legalny, zasługujący na ochronę prawną. W zakresie zarzutu naruszenia art. 353¹ kc w związku z art. 139 ust. 1 ustawy, że z nierównością stron można mieć do czynienia w sytuacji, gdy swoboda kontraktowania wykracza poza granice natury danego stosunku lub pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego. Nierówność stron powinna być widoczna i wynikać ze świadomego lub niedbałego wykorzystania przez jedną ze stron umowy swojej pozycji silniejszej.

Izba wskazuje także, że zgodnie z art. 172 ust. 1 ustawy Izba jest właściwa do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniach o udzielenie zamówienia, zaś odwołanie przysługuje w myśl art. 180 ust. 1 ustawy wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu lub zaniechania czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy. Zatem kompetencje orzecznicze Izby ograniczają się do badania zgodności czynności lub zaniechań dokonania czynności przez zamawiającego z ustawą i tylko i wyłącznie Izba może orzekać w tych granicach. Zatem kompetencje orzecznicze Izby ograniczają się do badania czynności lub zaniechań zamawiającego pod względem zgodności z ustawą oraz aktami prawnymi, do których ustawa odsyła, czyli np. kodeksu cywilnego, ustawy prawo budowlane, ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy ustawy o cenach.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 5, 58 § 1 i 2, art. 353¹ kc w związku z art. 206 § 1 ksh, 595 § 1 ksh oraz 34 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym w związku z art. 14 i 139ust. 1 ustawy poprzez uniemożliwienie wykonawcom wskazania kapitału zakładowego w komparycji wzoru umowy.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 206 § 1 ksh pisma i zamówienia handlowe składane przez spółkę w formie papierowej i elektronicznej, a także informacje na stronach internetowych spółki, powinny zawierać m. in. wysokość kapitału zakładowego. Jednakże ten przepis dotyczy czynności dokonywanych przez spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością jednostronnie, a nie czynności dwustronnych. Umowa, która ma zostać w przyszłości podpisana nie jest ani pismem spółki, ani zamówieniem handlowym, ani tym bardziej informacją zamieszczaną na stronie internetowej odwołującej się spółki. Co prawda może być zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego, zgodnie z zasadą jawności umów, ale tej sytuacji nie dotyczy art. 206 § 1 ksh. Art. 34 ust. 1 ustawy o KRS stanowiąc o minimalnych wymogach jakie powinny zawierać oświadczenia pisemne (a więc także dwustronne oświadczenia woli) kierowane przez podmiot wpisany do rejestru nie zawierają wymogu wskazania kapitału zakładowego. Zatem Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego polegającym na niezamieszczeniu w komparycji wzoru umowy miejsca dla wpisania kapitału zakładowego naruszenia ani art. 206 § 1 ksh, ani art. 34 ustawy o KRS. Nadto nie potwierdził, że w ocenie Izby zarzut nieważności tego postanowienia na podstawie art. 5, art. 58 § 1 i 2 kc oraz art. 353¹ kc w związku z art. 139 ust. 1 ustawy, gdyż jedynym skutkiem niezamieszczenia informacji o kapitale zakładowym, nawet w przypadku istnienia takiego obowiązku jest nałożenie grzywny na spółkę względnie osoby odpowiedzialne za niewykonanie takiego obowiązku. Odwołujący nie wykazał zatem, że taka konstrukcja komparycji umowy utrudnia lub uniemożliwia mu uzyskanie zamówienia, gdyż nie pozwala na złożenie oferty lub grozi zawarciem nieważnej umowy. Co do zarzutu naruszenia art. 5, art. 58 § 1 i 2 oraz art. 353¹ kc w związku z art. 14 ustawy, to Izba wskazała powyżej, że taką podstawę prawną zarzutu uważa za wadliwą. Zarzut dotyczący naruszenia art. 5, art. 58 § 1 i 2 oraz art. 353¹ kc w związku z art. 595 ksh i w związku z art. art. 14 ustawy i 139 ust. 1 ustawy nie by podniesiony w proteście, ani w odwołaniu, a zatem Izba nie ma możliwości jego rozpoznania, wykroczyłaby bowiem poza granice zaskarżenia.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 5, 58 § 1 i 2, art. 353¹ kc w związku z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy poprzez niejednoznaczne wskazanie wysokości wynagrodzenia należnego Usługodawcy.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Rację ma zamawiający, że wynagrodzenie określone w § 6 ust. 1 wzoru umowy ma charakter maksymalny. Wskazuje na to zwrot użyty w tym postanowieniu „łączne wynagrodzenie za wykonanie umowy nie przekroczy kwoty” oraz postanowienie § 2 pkt 4 wzoru umowy, z którego wynika, że umowa obowiązuje od dnia jej podpisania do wyczerpania kwoty wynagrodzenia, o którym mowa w § 6 ust. 1 umowy, nie dłużej jednak niż do 31 grudnia 2012r. Słowo „łączne” w ocenie Izby nie oznacza wprost sumowania pozycji z § 6 ust. 2 wzoru umowy. Przede wszystkim w tym paragrafie wskazano

jedynie, że wynagrodzenie, o którym mowa w § 6 ust. 1 obejmuje, a nie że na wynagrodzenie z § 6 ust. 1 składa się, co powoduje, że to wykonawca ma obowiązek określić tak wysokość poszczególnych miesięcznych ryczałtowych wynagrodzeń jak i wysokość jednej roboczogodziny, oraz obliczyć łączne maksymalne wynagrodzenie uwzględniając obliczone w § 6 ust. 2 kwoty oraz wiedząc, że maksymalnie umowa będzie trwała do dnia 31 grudnia 2012r. niezależnie od wyczerpania puli określonej w § 6 ust. 1 wzoru umowy. Mając te dane oraz dysponując informacją z rozstrzygnięcia protestu o ilości maksymalnej roboczogodzin tj. 3500 roboczogodzin, odwołujący jest w stanie skalkulować swoje wynagrodzenie. Nadto wzoru umowy, jako załącznika do siwz, nie można analizować w oderwaniu od pozostałych dokumentów na ten siwz się składających, z których w szczególności wynika, w jaki sposób zamawiający oczekiwał skalkulowania wynagrodzenia wykonawcy. Takim dokumentem jest formularz ofertowy – załącznik nr 1 do siwz, z którego wynika, że wynagrodzenie miesięczne ryczałtowe wykonawcy mieli obliczyć w skali 24 miesięcy – tabela nr 1. W ocenie Izby zamawiający zawarł informacje niezbędne dla prawidłowego określenia wynagrodzenia w § 6 ust. 1 umowy i w działaniu zamawiającego Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 5, 58 § 1 i 2, art. 353¹ kc w związku z art. 139 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 5, 58 § 1 i 2, art. 353¹ kc w związku z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy poprzez naruszenie zasad użytkowania utworów objętych ochroną w świetle przepisów o prawach autorskich",

Zarzut nie podlegał rozpoznaniu, gdyż w wyniku uwzględnienia protestu przez zamawiającego w zakresie tego zarzutu, odwołujący nie podtrzymał zarzutu w odwołaniu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 5, 58 § 1 i 2, art. 353¹ kc w związku § 9 ust. 1 w związku z § 5 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia w sprawie wystawiania faktur w związku z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy poprzez naruszenie przepisów o podatku od towarów i usług (VAT)",

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim podkreślenia wymaga to, iż sam odwołujący w proteście z faktu naruszenia § 9 ust. 1 rozporządzenia w sprawie wystawiania faktur nie wywodzi sankcji nieważności czynności dokonanej z naruszeniem tegoż przepisu. Wskazuje jedynie, że przewidziany proces fakturowania naraża go na sankcje i odpowiedzialność na gruncie prawa podatkowego. Odwołujący nie wykazał, że takie określenie terminu jak zastosowane w § 4 ust. 12, 13 i 14 wzoru umowy utrudnia lub uniemożliwia mu uzyskanie zamówienia, gdyż nie pozwala na złożenie oferty lub grozi zawarciem nieważnej umowy. Nadto żądanie protestu dotyczyło modyfikacji zasad fakturowania i doprowadzenia ich do zgodności z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa podatkowego. Faktycznie, Izba stwierdziła, że wyznaczony w § 4 ust. 12 termin 5 dni

na sporządzenie raportu miesięcznego oraz dodany do niego termin 5 dni na weryfikację tego raportu powodowały przekroczenie terminu na wystawienie faktury zbiorczej przy usłudze ciągłej o trzy dni, skoro zgodnie z § 6 ust. 3 wystawienie faktury mogło nastąpić dopiero po podpisaniu przez strony raportu miesięcznego. Izba stwierdza jednak, że zamawiający rozstrzygając protest zadośćuczynił żądaniu odwołującego uwzględniając zarzut i wskazując, że w § 4 ust. 12 i w § 4 ust. 13 skróci podane terminy do dwóch dni. Wówczas łączny czas na przedstawienie i weryfikację raportu wynosiłby 4 dni, co pozwalałoby odwołującemu na wystawienie faktury w zgodności z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa podatkowego. Zamawiający zatem rozstrzygnął protest zgodnie z żądaniem odwołującego. Odwołujący w proteście nie podnosił innych kwestii związanych z określonymi przez zamawiającego terminami sporządzania i weryfikacji raportu. Nie wnioskował także o zmianę momentu, w którym ma być wystawiana faktura. W szczególności w opisie zarzutu nie wskazał, że wadliwy i niezgodny z przepisami prawa podatkowego jest § 6 ust. 3 i 4 wzoru umowy, w takim zakresie w jakim określa moment wystawienia faktury. Izba zatem nie była władna do rozpoznania zarzutów odwołania odnoszących się do długości terminu zaproponowanego przez zamawiającego w uwzględnieniu protestu w kontekście możliwości jego dotrzymania przez strony, gdyż to nie było przedmiotem zarzutu protestu. Zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były przedmiotem protestu. Izba nie dopatrzyła się zatem w działaniu zamawiającego polegającym na uwzględnieniu protestu odwołującego i skracającym terminy z § 4 ust. 12 i 13 doprowadzając do zgodności z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa podatkowego, naruszenia art. 5, 58 § 1 i 2, art. 353¹ kc w związku § 9 ust. 1 w związku z § 5 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia w sprawie wystawiania faktur w związku z art. 139 ust. 1 ustawy. Na marginesie jedynie Izba zauważa, że zamawiający powinien dołożyć większej staranności przy konstruowaniu postanowień umownych, gdyż może zachodzić wątpliwość interpretacyjna, co do momentu wystawienia faktury za dokonane Zmiany. Z jednej strony bowiem zamawiający w § 4 ust. 12 określa co powinien zawierać raport miesięczny, w tym kwoty wynagrodzenia za odebrane w danym miesiącu zmiany, a z drugiej w § 6 ust. 4 wskazuje, że wynagrodzenie za zmiany będzie płatne na podstawie faktury VAT wystawionej przez wykonawcę po podpisaniu przez strony protokołu odbioru zmiany. Pojawia się zatem wątpliwość czy protokół odbioru zmiany podlega takim samym warunkom jak raport miesięczny co do jego sporządzenia i akceptacji, i czy ma być sporządzany po każdej zmianie czy też zbiorczo za okres miesiąca. Te okoliczności powinny być wzięte przez zamawiającego pod uwagę przy wykonywaniu czynności do których zobowiązał się w rozstrzygnięciu protestu i które powinien był dokonać prawidłowo po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 5, 58 § 1 i 2, art. 353¹ kc w związku z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy poprzez niewskazanie we wzorze umowy istotnych elementów",

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim podkreślenia wymaga to, iż odwołujący w proteście zarzucał zamawiającemu, że niewskazanie kary umownej w § 8 ust. 1 pkt 3, nie wskazanie parametru uprawniającego do odstąpienia oraz wysokości związanej z tym kary umownej w § 8 ust. 4, niewskazanie kary umownej w § 8 ust. 5 oraz niewskazanie kary umownej w § 9 ust. 2 pkt 1 wzoru umowy rodzi stan wysokiej niepewności i ryzyka nierówności traktowania i niezachowania zasad uczciwej konkurencji. W uzasadnieniu zarzut odwołujący podniósł, że niedookreślenie tych informacji na etapie przed składaniem ofert, może powodować, że w zależności od tego, kto zostanie wybrany te informacje będą różne. Odwołujący nie postawił jednakże zarzutu nierównego traktowania stron umowy poprzez zastrzeżenie wyłącznie dla zamawiającego prawa kształtowania tych informacji, czy też zastrzeżenia wyłącznie dla zamawiającego kar umownych. Izba zatem w granicach zarzutu protestu rozpoznała zarzut odwołującego i stwierdziła, że zamawiający uwzględnił zarzut i zobowiązał się do określenia wysokości kar umownych oraz parametru umożliwiającego odstąpienie we wskazanych przez odwołującego postanowieniach umownych. W ocenie Izby zamawiający zadośćuczynił żądaniu odwołującego i usunął potencjalną możliwość nierównego traktowania wykonawców poprzez arbitralne dostosowywanie parametrów odstąpienia i wysokości kar umownych po wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamawiający usunął także niepewność stosunku umownego, którą zarzucał odwołujący. Podane w rozstrzygnięciu informacje będą jednakowe dla wszystkich wykonawców i będą oni kalkulować cenę oferty z uwzględnieniem tych okoliczności. Odwołujący w odwołaniu ponad zarzut protestu podniósł, że kary zastrzeżone przez zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu są rażąco wygórowane i stanowią naruszenie zasady równości stron oraz naruszają zasady współzycia społecznego. Jednakże taki zarzut nie był przedmiotem protestu i zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy nie mógł być przedmiotem rozpoznania przez Izbę. Na marginesie jedynie Izba zauważa, że odwołujący nie objął protestem § 3 ust. 10, w którym także przewidziano karę umowną bez określenia jej wysokości za naruszenie zakazu zatrudniania przez wykonawcę pracowników zamawiającego, a zatem w tym zakresie w dalszym ciągu utrzymuje się niepewność stosunku prawnego pomiędzy stronami.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 5, 58 § 1 i 2, art. 353¹ kc w związku z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy poprzez nieprecyzyjne wskazanie zakresu usług"

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący zarzucił w proteście, że zamawiający nie określił obecnej liczby baz danych oraz planowanego zwiększenia liczby baz danych. Zarzut nie odnosił się do tego, że zamawiający nieprawidłowo określił definicję zlecenia, co podnosił

odwołujący dopiero na etapie rozprawy przed Izbą. Izba rozpatrzyła zarzut analizując treść rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego. Zamawiający w zakresie zarzutu postawionego w proteście zarzut uwzględnił i wskazał maksymalną ilość baz danych lub ich instalacji. Z uwzględnienia tego wynika, że zamawiający podał odwołującemu tak obecną jak i możliwą ilość baz danych, gdyż posłużył się pojęciem maksymalnej ilości. W ocenie Izby czyniło to zadość żądaniu odwołującego i uwzględniło postawiony w proteście zarzut odwołującego w całości. Izba nie dopatrzyła się zatem naruszenia przez zamawiającego art. 5, 58 § 1 i 2, art. 353¹ kc w związku z art. 139 ust. 1 ustawy. Izba nie rozpoznała natomiast zarzutu dowolnego kształtowania zakresu usług w odniesieniu do nieprecyzyjności pojęcia Zlecenie i potencjalnej możliwości rozliczania brakującej liczby roboczogodzin w ramach Zleceń, a nie Zmian, gdyż taki zarzut nie był postawiony w proteście i na podstawie art. 191 ust. 3 ustawy nie mógł być przedmiotem rozpoznania przez Izbę.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 5, 58 § 1 i 2, art. 353¹ kc w związku art. 395 § 2 kc w związku z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy poprzez zastrzeżenie dla zamawiającego prawa do odstąpienia od umowy,

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim odwołujący jako odstawę prawną zarzutu podał art. 395 § 2 kc w związku z art. 139 ust. 1 ustawy, wskazując, że z chwilą odstąpienia strony wzajemnie zwracają sobie to co świadczyły, a w przedmiotowym postępowaniu nie będzie to możliwe w odniesieniu do utworów (oprogramowania), które zostało zintegrowane z systemem IT zamawiającego. Nadto odwołujący podniósł, że zwrot usług wykonanych nie jest możliwy, ale z tego zarzutu wycofał się w odwołaniu przyznając rację zamawiającemu, co do tego, że doktryna dopuszcza możliwość odstąpienia przy umowie o świadczenie usług i wówczas nie dokonuje się zwrotu wzajemnych świadczeń. Podtrzymał zarzut, co do niemożności zwrotu utworów włączonych w system IT zamawiającego. Jednakże Izba zwraca uwagę odwołującego na fakt, że art. 395 § 2 kc jest przepisem ogólnym odnoszącym się do wszystkich zobowiązań i nie jest normą o charakterze *ius cogens* (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2008r. w sprawie sygn. akt V CKN 379/07), natomiast art. 644 kc dotyczy umowy o dzieło (a więc także umowy o dzieło autorskie) i zezwala zamawiającemu w każdym czasie na odstąpienie od umowy za zapłatą wynagrodzenia z możliwością odliczenia tego, co przyjmujący zamówienie zaoszczędził z powodu niewykonania dzieła. W tej sytuacji nie można odmówić zamawiającemu prawa do odstąpienia od umowy także w przypadkach określonych w § 8 ust. 4 i § 9 ust. 2 pkt 1 wzoru umowy. Podkreślić należy, że odwołujący nie kwestionował postanowień tych dwóch paragrafów w kontekście zasad zapłaty wynagrodzenia, a jedynie w

odniesieniu do tego, co strony wzajemnie mają sobie zwrócić i czy prawidłowa jest konstrukcja prawna odstąpienia, czy też powinna być zastąpiona instytucją wypowiedzenia. Izba przy takiej konstrukcji zarzutu uznała, że zamawiający miał prawo do wskazania we wzorze umowy prawa odstąpienia i nie stoi temu na przeszkodzie mieszany charakter proponowanej umowy, a wykonanie prawa odstąpienia jest możliwe tak, co do usług o charakterze ciągłym, co przyznał odwołujący jak i co do dzieł, co wynika wprost z przepisów prawa. Odwołujący nie wykazał, że zastrzeżenie prawa odstąpienia w § 8 ust. 4 i § 9 ust. 2 pkt 1 wzoru umowy utrudnia lub uniemożliwia mu złożenie oferty, ani także, że postanowienia te prowadzą do nieważności umowy stanowiąc obejście prawa czy naruszenie zasad współzycia społecznego. Izba jedynie na marginesie zauważa, że postanowienia tych paragrafów w kontekście nie będącym przedmiotem zarzutów tak protestu jak i odwołania, to jest co do możliwości łącznego wykonania prawa odstąpienia i kary umownej są wadliwe i bezskuteczne jest zastrzeżenie przez zamawiającego prawa do żądania zapłaty kary umownej w sytuacji wykonania prawa odstąpienia. Skoro bowiem wykonanie prawa odstąpienia powoduje skutek niezawarcia umowy, to nie ma możliwości mówienia o jej niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu, co zgodnie z art. 483 jest podstawą zastrzeżenia kary. Zatem zamawiający będzie miał jedynie do wyboru albo żądać zapłaty kary umownej, albo odstąpić od umowy – vide wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 3 lipca 2008r. w sprawie sygn. akt V ACa 199/08. Zarzut odwołania dotyczący tego, że zamawiający zastrzegł sobie prawo odstąpienia w § 9 ust. 2 pkt 1 wzoru umowy w sytuacji, gdy osoba trzecia wystąpiła jedynie z potencjalnym nieudowodnionym roszczeniem nie był przedmiotem protestu i nie może być rozpoznany przez Izbę na etapie rozpoznawania odwołania, gdyż wykraczałoby to poza granice rozpoznania wynikające z art. 191 ust. 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 5, 58 § 1 i 2, art. 353¹ kc w związku z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy poprzez niewłaściwe wskazanie sposobu określenia poziomu jakości świadczonych usług.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący słusznie wskazał na nieprecyzyjność postanowienia załącznika nr 1a do wzoru umowy pkt 2.3 wiersz 6. Wprawdzie odwołujący kwestionował przede wszystkim pierwszą część tego postanowienia, tj. liczenie momentu rozpoczęcia czasu reakcji na incydent od jego wykrycia przez usługodawcę – wykonawcę przed wykryciem przed usługobiorcą – zamawiającego. Jednakże Izba przyznaje rację odwołującemu, że zachodzi wątpliwość jak interpretować ten zapis, czy tak jak przedstawił to na rozprawie odwołujący, czyli, że niespełnienie pierwszej części warunku skutkuje niespełnieniem całości postanowienia i uznaniem zgłoszenia Zdarzenia poza czasem

realizacji dającym podstawę do zaliczenia takiej sytuacji do nieprawidłowego wykonania, a w konsekwencji obniżenia wynagrodzenia wykonawcy. Ta niepewność może godzić w zasadę równości stron i być uznana za sprzeczność z zasadami współżycia społecznego. Zamawiający powinien tę wątpliwość usunąć. Jednakże Izba zauważa, że odwołujący nie wykazał w jaki sposób to postanowienie uniemożliwia lub utrudnia mu złożenie oferty lub skalkulowanie ryzyka zawarcia umowy. W tym zakresie w ocenie Izby naruszenie przez zamawiającego art. 353¹ kc w związku z art. 139 ust. 1 ustawy nie grozi nieważnością całej umowy, a potencjalnie jedynie postanowienia z załącznika nr 1a pkt 2.3. wiersz 6 i nie ma wpływu na wynik postępowania. Tym samym mimo uwzględnienia zarzutu przez Izbę, nie daje to Izbie podstaw do uwzględnienia odwołania, gdyż zgodnie z art. 192 ust. 1a ustawy Izba uwzględnia odwołanie, gdy stwierdzi naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, które mają wpływ lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Na marginesie Izba zauważa, że nieuwzględnione zarzuty odwołania stanowiące reakcje odwołującego na jednoczesne z rozstrzygnięciem protestu dokonanie modyfikacji siwz prawidłowo odwołujący uczynił przedmiotem odrębnego postępowania protestacyjno-odwoławczego składając w dniu 7 września 2010r. protest.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 1a ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

Zgodnie z § 4 ust. 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 128 poz. 886) z kwoty wpisu uiszczonego przez odwołującego potrącono koszty związane z organizacją i prowadzeniem postępowań odwoławczych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy na niniejszy wyrok /~~postanowienie~~* -
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa
Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawa**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....