


P. K. Szwarc  
06.01.2010 r.  


Kielce, dnia 05 stycznia 2010 roku,

<b>WPLYNEŁO</b> Biuro Obsługi Urzędu	
<b>2010 -01- 05</b>	552/10
ilość załączników .....	2
podpis .....	

Urząd Marszałkowski Województwa Podlaskiego  
ul. Kardynała St. Wyszyńskiego 1  
15-888 Białystok  
FAX: (85) 749 75 67  
otgierd.kolesnik@umwp-podlasie.pl

„TWB” spółka z o.o. z siedzibą w Kielcach, ul. Kościuszki 11, Kielce (25-310), zarejestrowana w Sądzie Rejonowym w Kielcach X Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod nr KRS 215456, NIP: 113-22-57-989 o kapitale zakładowym 50.000 złotych, - reprezentowana przez Marcina Rycharskiego – Prezesa Zarządu, faks: 0-41 3136149

**Dotyczy postępowania:**

- o udzielenie zamówienia publicznego na przeprowadzenie szkoleń z zakresu technologii informacyjnych w edukacji:

**Protest**

Na podstawie art. 180 ustawy Prawo zamówień publicznych, składam protest na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dotyczące:

- (a) opisu przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający prawidłowe określenie ceny ofertowej,
- (b) wprowadzenia zapisów umownych sprzecznych z bezwzględnie obowiązującymi przepisami kodeksu cywilnego,

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na przeprowadzenie szkoleń z zakresu technologii informacyjnych w edukacji, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.

**wnoszę o:**

- (1) unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 w zw. z Art. 146 ust. 1 pkt. 6 ustawy prawo zamówień publicznych,

**względnie o:**

- (2) poprawienie lub należyte uzupełnienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia i projektu umowy na przeprowadzenie szkoleń z zakresu technologii informacyjnych w edukacji, a tym samym powtórzenie oprotestowanej czynności,



### Uzasadnienie

W dniu 22 grudnia 2009 roku Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) wraz z załącznikami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na przeprowadzenie szkoleń z zakresu technologii informacyjnych w edukacji, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego. Zdaniem protestującego dokumentacja z tego postępowania jest na tyle wadliwa, iż uniemożliwia prawidłowe przeprowadzenie postępowania i zawarcie prawnie wiążącej umowy.

Świadczą o tym następujące argumenty:

Ad 1.

Podstawowa nieprawidłowość dokumentacji przetargowej dotyczy zakresu (przedmiotu) zamówienia. Zgodnie z treścią SIWZ (część II.1.) przedmiotem zamówienia jest przeprowadzenie minimum 30 szkoleń tematycznych z zakresu stosowania technologii informacyjnych w edukacji, skierowanych do minimum 4000 uczestników (liczonych jako niepowtarzalne osoby), w ramach maksymalnie 15.000 godzin szkoleniowych.

Z kolei w części II.9.w. SIWZ, wśród postanowień dodatkowych, Zamawiający wskazał, iż obowiązkiem Wykonawcy będzie także przekazanie Zamawiającemu licencji do programów szkoleń oraz materiałów szkoleniowych wykorzystywanych podczas szkoleń w zakresie określonym we wzorze umowy.

Powyższe oznacza, że choć przedmiot zamówienia określono jako prowadzenie szkoleń (zrealizowanie usługi) to w istocie do obowiązków wykonawcy miałoby należeć będzie rozporządzenie swoimi prawami majątkowymi poprzez przekazanie zamawiającemu licencji na wytworzone przez wykonawcę materiały szkoleniowe. Zdaniem Zamawiającego ten sposób określenia przedmiotu zamówienia w SIWZ jest nieprawidłowy.

Po pierwsze, projektowana umowa i formularz oferty całkowicie uniemożliwiają wskazanie wysokości proponowanego wynagrodzenia za przekazanie licencji. Wytworzone przez wykonawcę materiały szkoleniowe mają określoną istotną wartość rynkową, podczas gdy zarówno SIWZ jak i wzorzec umowy całkowicie pomijają sprawę odpłatności za przekazanie licencji do tych materiałów. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest jak się wydaje oczekiwanie od Wykonawcy nieprawidłowego zachowania zmuszającego go do przedstawienia oferty, w której zawarta będzie jedna cena na realizację dwóch różnych przedmiotów zamówienia. Takie postanowienie zmuszają przecież Wykonawcę do niedopuszczalnego uwzględnienia w cenie zrealizowania usługi szkolenia, ukrycia ceny licencji do wytworzonych utworów.

Udzielanie licencji jest opodatkowane 7% stawką VAT (poz. 162. załącznika Nr 3 do ustawy o VAT) podczas gdy działalność edukacyjna, a więc prowadzenie szkoleń jest zwolniona z podatku od towarów i usług VAT (poz. 7. załącznika Nr 4 do ustawy o VAT).

Należy zauważyć, iż zarzut powyższy nie tylko uniemożliwia prawidłowe przedstawienie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ale także uniemożliwia zatem prawidłowe opodatkowanie usługi, przy założeniu, że wynagrodzenie przysługuje wyłącznie za prowadzenie szkoleń, a więc niedopuszczalne będzie wskazanie na fakturze VAT (i prawidłowe opodatkowanie) udzielenia licencji.

Dokumentacja związana z prowadzonym postępowaniem zawiera także następującą sprzeczność. Otóż zgodnie z art. 2 SIWZ, punkt 9 lit. T, Zamawiający oczekuje przekazania mu praw autorskich majątkowych do programów szkoleń oraz materiałów szkoleniowych wykorzystywanych podczas szkoleń, podczas gdy zgodnie ze wzorem umowy stanowiącym Załącznik 4 do SIWZ Strony zgodnie ustalają, że Wykonawca w ramach wynagrodzenia, o którym mowa w Artykule 9 ust. 1 Umowy, udziela Zamawiającemu pełnej, niewyłącznej, nieograniczonej w czasie i nieograniczonej terytorialnie licencji na majątkowe prawa autorskie do Utworów, uprawniające do korzystania z każdego Utworu (...). W konsekwencji dla Wykonawcy nie jest jasne, czy oczekiwana od niego całkowite rozporządzenie należącymi do niego prawami majątkowymi, czy też udzielenie ich w ramach stosunku zobowiązaniowego licencji.

#### Ad. 2

Zgodnie z art. 10 ust. 8 wzoru umowy (załącznik Nr 4 do SIWZ) w przypadku odstąpienia od umowy przez zamawiającego z winy wykonawcy na tym ostatnim spoczywa obowiązek przekazania zamawiającemu licencji, upoważnień i zezwoleń do wykonywania praw autorskich (majątkowych, zależnych, osobistych) do wszystkich Programów Szkoleń i Materiałów Szkoleniowych, które miały być stworzone w ramach przedmiotu Umowy.

Przedmiotowe postanowienie jest niezgodne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, a konkretnie z przepisem art. 494 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepisy regulujące konsekwencje rozwiązania umów wzajemnych wprowadzają przede wszystkim podstawową zasadę, iż strona, która odstępuje od umowy wzajemnej, obowiązana jest zwrócić drugiej stronie wszystko, co otrzymała od niej na mocy umowy wzajemnej. W przypadku odstąpienia od umowy, Zamawiający ma oczywiście prawo do dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych, jednak nie może on być po rozwiązaniu umowy uprawniony do domagania jej choćby częściowej realizacji.

Omawiane postanowienie zmierza do zachowania przez Zamawiającego świadczeń uzyskanych od Wykonawcy przy jednoczesnym braku zastrzeżenia o możliwości zachowania świadczeń wzajemnych. Zgodnie z art. 58 czynności prawna czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna. Umowa zawarta w trybie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego musi być zgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, oraz musi być zgodna z właściwością stosunku prawnego jaką strony zamierzają zawrzeć.

#### Ad.3

W postanowieniach SIWZ i umowie zostały określone różne terminy przekazania autorskich praw majątkowych. Zgodnie z postanowieniem części II.9.w. SIWZ udzielenie licencji następuje z chwilą umieszczenia materiałów e-learningowych na platformie e-learningowej. Natomiast zgodnie z postanowieniem art. 5 ust. 3 wzorca umowy (ostatni akapit) Udzielenie powyższej licencji Zamawiającemu do danego Programu Szkolenia i/lub Materiałów Szkoleniowych (nazywanych powyżej Utworami) następuje z chwilą zaakceptowania materiałów szkoleniowych (po recenzji) przez Zamawiającego.

Powyższa sprzeczność powoduje niepewność co do obowiązującego strony terminu przekazania licencji i może być źródłem nieporozumień. W związku z tym zachodzi potrzeba ujednolicenia umowy oraz SIWZ w tym zakresie.

Prezes Zarządu  
Marcin Rycherski

**TWB Sp. z o.o.**  
25-310 Kielce, ul. Kościuszki 11  
tel./fax +48 41 343 05 81  
NIP 113-22-57-989, Regon 016375532

strona 3 z 3