



Można z dużym prawdopodobieństwem oczekiwać, że w ciągu najbliższego roku pojawi się co najmniej kilka dużych przetargów na wdrożenie systemów ITS w różnych miastach Polski. Projekty te będą współfinansowane ze środków unijnych w ramach Regionalnych Programów Operacyjnych oraz Programu Operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej. Ponadto w styczniu tego roku została zatwierdzona przez Ministerstwo Infrastruktury lista rankingowa projektów do współfinansowania w ramach konkursu 8.3 Rozwój Inteligentnych Systemów Transportowych w Programie Operacyjnym Infrastruktura i Środowisko. Na liście podstawowej umieszczono 11 projektów, a na rezerwowej – 3.

Dotychczasowe doświadczenia w zamówieniach systemów ITS w Polsce są dość ograniczone. Jednak na ich bazie można zauważyć niepokojące zjawisko, jakim są trudno akceptowalne warunki kontraktowe stosowane przez zamawiających w umowach dla projektów ITS. Stąd działania zamawiającego skoncentrowane na efektywnym i gospodarnym wydatkowaniu środków publicznych przynoszą skutek odwrotny w stosunku do zamierzonego. W praktyce zamówień na systemy ITS istnieje kilka problemowych obszarów.

Nieograniczona odpowiedzialność wykonawcy: Umowy są tak konstruowane, że nie zawierają postanowień dotyczących kwotowego ograniczenia odpowiedzialności wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, postanowień przewidujących wyłączenie odpowiedzialności wykonawcy za utracone przez zamawiającego korzyści oraz ograniczeń (ew. wyłączeń) odpowiedzialności wykonawcy z tytułu rękojmi.

Brak zwolnienia z odpowiedzialności z tytułu roszczeń osób trzecich: W umowach brak zobowiązania zamawiającego do zwolnienia wykonawcy z

odpowiedzialności z tytułu roszczeń osób trzecich.

Kary umowne: Umowy przewidują obowiązek zapłaty na rzecz zamawiającego szeregu kar umownych - brak zapisów limitujących wysokość kar umownych; jednocześnie w przypadku niektórych umów umieszcza się zapis, że zamawiający ma prawo dochodzić od wykonawcy odszkodowania uzupełniającego ponad kwotę naliczonej kary umownej.

Prawa autorskie: Umowy przewidują przeniesienie na zamawiającego całości autorskich praw majątkowych do utworów powstałych w trakcie realizacji umowy; postanowienia takie mogą być trudno akceptowalne dla wykonawcy, ponieważ:

- określone fragmenty opracowań, takie jak metodologie, koncepcje, plany, kalkulacje i know-how (tzw. „dotychczasowe dzieła”) wykonawcy powinny być jedynie przedmiotem licencji niewyłącznej (jest to zastrzeżenie konieczne, bo dotychczasowe dzieła wykonawca wykorzystuje/wykorzystywał w przeszłości w opracowaniach przeznaczonych również dla innych klientów);
- przeniesienie autorskich praw majątkowych nie powinno obejmować pól eksploatacji w zakresie nieograniczonego rozpowszechniania, obrotu oryginałem lub egzemplarzami utworów opracowanych przez wykonawcę; umowa nie nakłada na zamawiającego żadnych obowiązków ani ograniczeń dotyczących wykorzystywania utworów - opracowania przygotowane przez wykonawcę w toku realizacji umowy są przeznaczone do wewnętrznego użytku zamawiającego, a zamawiający nie ma prawa ujawniania ich osobom trzecim;
- umowy przyznają zamawiającemu nieograniczone uprawnienie do wykonywania opracowań, przeróbek lub adaptacji utworów stworzonych przez wykonawcę w wykonaniu umowy, nie zawiera jednak zastrzeżeń, że zmodyfikowane opracowania nie mogą być opatrywane logo ani innymi oznaczeniami wskazującymi na autorstwo wykonawcy i zwolnić go z odpowiedzialności za zmodyfikowane bez jego wiedzy dzieła;
- umowy przewidują, że prawa autorskie majątkowe przechodzą na zamawiającego z chwilą podpisania protokołu odbioru - zasadne byłoby przewidzieć, że przechodzą z chwilą zapłaty wynagrodzenia.

Brak równowagi w zakresie praw stron umowy:

- Umowy nie określają terminów podjęcia działań/wydania decyzji przez zamawiającego w przypadku, gdy terminowe wykonanie zadań przez wykonawcę wiąże się z koniecznością uzyskiwania decyzji administracyjnych (względnie wymagają innych działań organów administracji) lub akceptacji zamawiającego. Jednocześnie umowa przewiduje kary umowne za opóźnienia w pracach wykonawcy, nie wyłączając odpowiedzialności za opóźnienia spowodowane opieszałością zamawiającego.
- W przypadku odstąpienia od umowy przez zamawiającego umowy przewidują możliwość naliczenia kar umownych przez wykonawcę w przypadku odstąpienia od umowy „z winy zamawiającego”, natomiast w przypadku odstąpienia od umowy przez wykonawcę używa się określenia „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”, które jest okolicznością mniej korzystną dla wykonawcy niż

udowodnienie „winy”.

Rękojnia: Umowy często nie zawierają postanowień ograniczających uprawnienia wynikające z rękojmi do robót budowlanych i obejmuje rękojmią cały zakres umowy. Tym samym zamawiający ma prawo do odstąpienia w pełni z umowy już po jej wykonaniu. Najczęściej w umowach obejmujących wdrożenia Inteligentnych Systemów Transportowych stosowana jest gwarancja udzielana przez wykonawcę na wykonane usługi oraz dostarczone produkty, ograniczając uprawnienia wynikające z rękojmi do robót budowlanych, bez prawa odstąpienia od umowy z tego tytułu.

Kolejnym niepokojącym zjawiskiem są nieprawidłowości na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w projektach ITS. Należą do nich:

- Objęcie negocjacjami w ramach dialogu konkurencyjnego prowadzonego z wykonawcami aspektów technicznych i technologicznych, z pominięciem negocjacji zapisów umowy –projekt umowy przedstawiono wykonawcom dopiero wraz z SIWZ.
- Nadmiernie wygórowane warunki udziału w postępowaniu (np. w odniesieniu do ekspertów).
- Nierealny harmonogram realizacji zadań, a dodatkowo niezmienna jest data zakończenia projektu pomimo przedłużania się postępowania przetargowego i opóźnienia w podpisaniu umowy z wykonawcą.

Konsekwencje popełnienia przez Zamawiającego błędów w postępowaniu o udzielenie zamówienia

Wysze ceny oferowane przez Wykonawców jako skutek wyceny ryzyk związanych z realizacją zamówienia wynikających z zapisów umowy oraz opisu przedmiotu zamówienia.

Przykład: Wycena ryzyka przez Wykonawcę
Zarządzanie ryzykiem jest istotnym elementem działalności biznesowej Wykonawców. Każdy Wykonawca analizuje i wycenia ryzyka związane z realizacją danego zamówienia. Zasady zarządzania ryzykiem określa powszechnie znany na świecie standard PMBoK opracowany przez PMI - Project Management Institute (tak również metodyka PRINCE2). Analiza ryzyka to ocena prawdopodobieństwa wystąpienia zidentyfikowanego ryzyka oraz jego wpływu na projekt, w sytuacji gdy ono wystąpi (wyrażona w wartościach liczbowych jako wartość oczekiwana).

Ryzyko: Naliczenie przez Zamawiającego kary umownej za niedłżenie zadań przez Wykonawcę

Zapis umowy: „Wykonawca zgłasza kary umowne Zamawiającemu za niewykonanie przedmiotu umowy w terminach określonych w umowie”

Prawdopodobieństwo wystąpienia ryzyka		
Mala rozbida	Średnia rozbida	Duża rozbida
70%	20%	10%

Oszacowanie wartości ryzyka		
Mala rozbida	Średnia rozbida	Duża rozbida
€200k	€500k	€1.000k

Oszacowany skutek ryzyka		
70% x €200k	20% x €500k	10% x €1.000k
€140k	€100k	€100k
= €340k		

Wartość, którą Wykonawca uwzględni w kalkulacji ceny w ofercie

Konsekwencją popełnienia przez zamawiającego błędów w postępowaniu o udzielenie zamówienia są wyższe ceny oferowane przez wykonawców. Wysokość ceny jest bowiem skutkiem wyceny ryzyk związanych z realizacją zamówienia wynikających z zapisów umowy oraz opisu przedmiotu zamówienia. Zarządzanie ryzykiem jest istotnym elementem działalności biznesowej wykonawców. Każdy wykonawca analizuje i wycenia ryzyka związane z realizacją danego zamówienia. Zasady zarządzania ryzykiem określa powszechnie znany na świecie standard PMBoK (opracowany przez PMI - Project Management Institute), jak również metodyka PRINCE2. Analiza ryzyka to ocena prawdopodobieństwa wystąpienia zidentyfikowanego ryzyka oraz jego wpływu na projekt, w sytuacji gdy ono wystąpi (wyrażona w wartościach liczbowych jako wartość oczekiwana).

Oprócz wyższych cen konsekwencją popełnienia przez zamawiającego błędów w postępowaniu o udzielenie zamówienia są:

- ograniczenie konkurencji (wpłynięcie małej liczby ofert, a w najgorszym wypadku tylko jednej oferty),
- wydłużenie postępowania,
- problemy na etapie realizacji zamówienia,
- w projektach współfinansowanych ze środków unijnych – ryzyko zwrotu dofinansowania w przypadku wykrycia nieprawidłowości przez audytorów.

Wnioski i rekomendacje

- Należy dążyć do zainteresowania postępowaniami przetargowymi jak największą liczbą potencjalnych wykonawców (jak największa liczba podmiotów składających oferty) -rekomendacje Centralnego Biura Antykorupcyjnego przy stosowaniu procedury udzielania zamówień publicznych (2010 r.).
- Należy przygotować i przeprowadzić postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ustawy PZP).
- Należy zapewnić równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działać w sposób przejrzysty (Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi).
- Określając zakres wymaganego doświadczenia należy brać pod uwagę specyfikę i wielkość zamówienia oraz należy uwzględniać rzeczywiste doświadczenie, jakim dysponują wykonawcy prowadzący działalność w otoczeniu zamawiającego.
- Wymagania w zakresie warunków udziału w postępowaniu należy stawiać w sposób precyzyjny i jednoznaczny.
- Cena nie powinna być jedynym kryterium oceny ofert.
- Należy określać warunki umowy z poszanowaniem zasady równości stron.
- Należy wprowadzić do umowy zapisy o ograniczeniu odpowiedzialności wykonawcy do wartości umowy brutto (lub jej wielokrotności) z uwzględnieniem wyłączeń zgodnych z powszechną praktyką gospodarczą w sektorze IT.
- Należy ograniczyć w umowie odpowiedzialność wykonawcy z tytułu roszczeń osób trzecich.
- Należy zawsze określać limit kar umownych pozostawiając sobie prawo dochodzenia kar na zasadach ogólnych.
- Należy przyjmować realne terminy realizacji zamówień (z uwagi na możliwość wydłużania się procesu udzielenia zamówienia zaleca się określenie terminu realizacji raczej okresem od dnia zawarcia umowy a nie konkretną datą kalendarzową).
- Nie należy obciążać wykonawców odpowiedzialnością za przekroczenie terminów realizacji na skutek okoliczności niezależnych od wykonawcy.
- Należy wprowadzić do umowy zapisy dotyczące tzw. licencji niewyłącznej, które są szczególnie istotne dla wykonawców w sektorze IT.
- Należy ograniczyć uprawnienia zamawiającego wynikające z rękojmi do

Praktyka w zamówieniach dotyczących budowy systemów ITS

Utworzono: czwartek, 17, luty 2011 09:04 Paweł Szaciłło

robót budowlanych (standardem w umowach obejmujących wdrożenia ITS jest gwarancja udzielana przez wykonawcę na wykonane usługi oraz dostarczone produkty).

Paweł Szaciłło
wicedyrektor
PwC Polska sp. z o.o.

Problemy zamówień w ITS były prezentowane w referacie podczas seminarium „ITS - Intelligentne Systemy Transportowe dla dróg woj. lubelskiego”, zorganizowanego przez stowarzyszenie „ITS Polska” (Lublin, 13 stycznia 2011 r.).