

WYROK
z dnia 6 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2015 r. przez wykonawcę: **Atende Medica Sp. z o.o., Al. Wilanowska 313, 02-665 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Szpital Wojewódzki im. Mikołaja Kopernika, ul. T. Chałubińskiego 7, 75-581 Koszalin**

przy udziale wykonawców:

- A. Comarch Healthcare S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego
- B. KONSULTANT KOMPUTER Sp. z o.o., ul. Szamotulska 44, 60-366 Poznań**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1) oddala odwołanie;

2) kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Atende Medica Sp. z o.o., Al. Wilanowska 313, 02-665 Warszawa, i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Atende Medica Sp. z o.o., Al. Wilanowska 313, 02-665 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy: Atende Medica Sp. z o.o., Al. Wilanowska 313, 02-665 Warszawa na rzecz Zamawiającego: Szpital Wojewódzki im. Mikołaja Kopernika, ul. T. Chałubińskiego 7, 75-581 Koszalin kwotę **307 zł 00 gr** (słownie: trzysta siedem złotych zero groszy) stanowiącą koszty dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Koszalinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Szpital Wojewódzki im. Mikołaja Kopernika w Koszalinie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę pn. „Zintegrowany system informatyczny”, na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „Pzp”, „ustawą” lub „ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 września 2015 r. pod numerem 2015/S 176-319440.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) została udostępniona na stronie internetowej zamawiającego od dnia 11 września 2015 r.

I. Odwołujący - Atende Medica Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej SIWZ), tj.:

- 1) niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego dotyczących opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, uniemożliwiający przygotowanie i złożenie rzetelnej oferty,
- 2) niezgodnego z prawem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 3) niezgodnej z prawem treści wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 2 SIWZ.

Wnosząc odwołanie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych oraz obrazę następujących przepisów prawa:

- 1) art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez niezgodne z przepisami ustawy czynności Zamawiającego dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, a polegające na wprowadzeniu do SIWZ opisów, które umożliwiają wybór tylko jednego wykonawcy,
- 2) art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez niezgodne z przepisami ustawy czynności Zamawiającego dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, a polegające na wprowadzeniu do SIWZ opisów, które umożliwiają wybór tylko jednego dostawcy systemu informatycznego pracującego na wymaganych technologicznie terminalach,
- 3) art. 7 i art. 29 ust. 2 Pzp przez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję polegający na nieuzasadnionym specyfiką przedmiotu zamówienia zastrzeżeniu, że czynności takie jak: instalacja, parametryzacja, szkolenia nie mogą być powierzone podwykonawcom,

- 4) art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez sporządzenie opisu prezentacji oferowanego oprogramowania (Dział I, pkt 1 SIWZ) opisu funkcjonalności (załącznik nr 1 do SIWZ) w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na przygotowanie prezentacji oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ponadto, Zamawiający nie zamieścił precyzyjnego scenariusza prezentacji,
- 5) art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący. Zamawiający również nie określił wymagań dotyczących zobowiązań wykonawców w zakresie integracji dostarczonego systemu z użytkowymi przez Zamawiającego systemami oraz sprzętem diagnostycznym, a także wymagań dotyczących migracji danych z systemów użytkowanych przez Zamawiającego,
- 6) art. 29 ust. 1 Pzp przez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący polegający na braku definicji pojęcia „modyfikacja”,
- 7) art. 353¹ i art. 5 Kodeksu cywilnego przez naruszenie przepisów dotyczących kar umownych określonych w § 17 projektu umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ.

Żądania przedstawione w odwołaniu.

Odwołujący żądał nakazania Zamawiającemu, aby w ogłoszeniu i SIWZ wprowadził następujące zmiany:

1. Odnośnie zarzutu 1:

a) zmianę pkt 1 wymagań, w zakresie parametrów oceniania, przez nadanie mu brzmienia:
„Oferowany system umożliwi pracę w modelu trójwarstwowym.”

b) usunięcie wymagań zawartych w SIWZ, które odnoszą się do architektury konkretnego produktu funkcjonującego na rynku.

2. Odnośnie zarzutu 2 - zmianę treści pkt 16 załącznika do SIWZ nr 1 - ogólny opis przedmiotu zamówienia, opisującego wymagania dotyczące terminali przez zastosowanie opisu wyłącznie istotnych cech terminali.

3. Odnośnie zarzutu 3 - zmianę opisu Działu I. 1. SIWZ dotyczącego zastrzeżenia, że *„kluczowe części zamówienia tj. instalacja, parametryzacja, przeniesienie danych oraz szkolenia nie mogą być powierzone podwykonawcom”* na opis:
„Ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia Zamawiający zastrzega, że kluczową część zamówienia, tj. przeniesienie danych nie może być powierzona podwykonawcom.”

4. Odnośnie zarzutu 4:

- a) dokonanie zmian w SIWZ, polegających na precyzyjnym określeniu scenariusza prezentacji przez wskazanie i ograniczenie do istotnych cech lub elementów funkcjonalności, które będą podlegały ocenie,
- b) dokonaniu zmian w SIWZ, polegających na precyzyjnym określeniu zakresu prezentacji, przez wprowadzenie opisu, że wyboru wszystkich (max. 5) prezentowanych funkcjonalności pochodzących z załącznika nr 1 SIWZ dokonuje wykonawca.

5. Odnośnie zarzutu 5 - dokonanie zmian w SIWZ, polegających na wprowadzeniu pełnego i wyczerpującego opisu zakresu integracji z systemami używanymi przez Zamawiającego, z jakim oraz z jakimi systemami ma być zintegrowany dostarczony system, a także polegających na wprowadzeniu pełnego i wyczerpującego opisu wymagań dotyczących migracji danych z systemów użytkowanych przez Zamawiającego.

6. Odnośnie zarzutu 6 - dokonanie zmian w SIWZ, polegających na wprowadzeniu do załącznika nr 1 pojęcia „modyfikacja”.

7. Odnośnie zarzutu 7 - usunięcie z załącznika nr 2 do SIWZ - projekt umowy - opisy § 17 *ust. 2 i 6* (pkt 2 i 6).

Zarzucając powyższe Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie Zamawiającemu zamiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz jej załączników w sposób zapewniający zgodność opisu przedmiotu zamówienia z powołanymi powyżej przepisami ustawy,
- 3) zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania sądowego według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego w przypadku reprezentacji Odwołującego przez pełnomocnika profesjonalnego.

Uzasadnienie odwołania.

Dokonana przez Odwołującego analiza treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, doprowadziła do stwierdzenia, że Zamawiający sporządzając dokumentację przetargową dopuścił się rażących naruszeń zasad udzielania zamówień publicznych określonych w przepisach ustawy Pzp, jak również przepisów Kodeksu cywilnego. Sformułowane przez Odwołującego zarzuty w sposób dobitny i jednoznaczny wskazują naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Ad 1. W przekonaniu Odwołującego, postępowanie zostało przygotowane przez określenie takich warunków, które w sposób jednoznaczny wskazują wyłącznie na jeden podmiot, oferujący Zintegrowany System Informatyczny Szpitala Eskulap - RightSoft sp. z o.o. jako producent i właściciel kodów źródłowych wraz ze swoimi partnerami handlowymi

firmą SI ALMA sp. z o.o. oraz Konsultant Komputer sp. z o.o. sprzedawcami systemu.

Mimo, że Zamawiający modyfikacją treści SIWZ z dnia 17 września w pkt 2. 4) wykreślił z tabeli pozycję 5, która wprost wskazywała system Eskulap, to szereg przedstawionych poniżej opisów treści SIWZ w sposób wyraźny i jednoznaczny faworyzuje wskazanego wykonawcę. Wykonanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, jak w przedmiotowym postępowaniu, stoi w sprzeczności z Pzp. Odwołujący wskazał treść art. 29 ust. 2 Pzp powołując się na: M. Stachowiak, Komentarz do art. 29 - ustawy Prawo zamówień publicznych, 1 maja 2012, LEX.

Odwołujący podniósł, że określone w opisie przedmiotu zamówienia warunki spełnia tylko jeden produkt jednego producenta. Wskazał, że tak określone wymagania względem wykonawcy nie są uzasadnione technicznie oraz ekonomicznie, a stanowią jedynie przejaw ograniczania konkurencji. Uzasadnienie powyższej tezy stanowią wymienione poniżej warunki, które posiada wyłącznie system Eskulap:

1. Załącznik nr 1 - Opis przedmiotu zamówienia:

a) Tabela - Parametry oceniane, lp. 1 - str. 81, opis: *„Oferowany system musi umożliwiać równoczesną pracę zarówno w modelu dwuwarstwowym (desktopowym) jak i trójwarstwowym (webowym), zależnie od bieżących potrzeb Zamawiającego”*.

Producenci oprogramowania dla szpitali projektując swoje systemy szpitalne wykonują je w systemie dwuwarstwowym (desktopowym) lub trójwarstwowym. Wymaganie możliwości pracy w obu modelach nie znajduje uzasadnienia ekonomicznego, gdyż wymaga utrzymania infrastruktury koniecznej do obsługi dwóch różnych warstw oprogramowania. Model webowy w porównaniu do modelu desktopowego, jest rozwiązaniem nowocześniejszym, spełniającym jednocześnie wymagania wersji desktopowej - głównie z uwagi na mobilność takiego rozwiązania, gdyż użytkownik nie jest ograniczony do konkretnej stacji roboczej. Jest to rozwiązanie nowsze, zawierające funkcjonalności modelu dwuwarstwowego, jak również inne funkcje przydatne w użytkowaniu. Model trójwarstwowy spełnia zatem wszystkie wymagania Zamawiającego. Premiowanie wyłącznie rozwiązania umożliwiającego pracę w obu modelach jest zatem bezzasadne i ograniczające konkurencję. W ocenie Odwołującego rozwiązaniem korzystnym dla Zamawiającego i nie ograniczającym konkurencji jest przyznanie, podczas oceny ofert, punktów za rozwiązanie nowoczesne i w pełni spełniające wymagania SIWZ - możliwość pracy w modelu webowym. Takie rozwiązanie nie wyklucza również możliwości oferowania Zamawiającemu systemu umożliwiającego równoczesną pracę w modelu desktopowym lub w obu modelach jednocześnie.

b) Tabela 1 - Wymagania ogólne, str. 19: lp. 4 - *„Oferowany system w wersji przeglądarkowej musi posiadać możliwość bezpośredniego wywołania konkretnego ekranu*

bezpośrednio z systemu zewnętrznego. W przypadku wykorzystania przez system zewnętrzny tego samego motoru bazy danych można skonfigurować mechanizm automatycznego uwierzytelniania użytkownika”; lp. 7 - „W systemie wykorzystywany jest pasek zadań udostępniający najczęściej używane funkcje”; lp. 9 - „System ma możliwość rekonfiguracji (dostosowania) aplikacji umożliwiającą skracanie dostępu do często realizowanych przez użytkowników funkcji np. przez podłączenie nowego znaczenia przyciskom”; lp. 10 - „System dynamicznie, w zależności od kontekstu i aktualnie wprowadzonych danych steruje opcjonalnością i obligatoryjnością innych elementów GIU”; lp. 13 - „W logach systemu monitorowane są wszystkie zmiany w bazie danych, dokonywanych zarówno z poziomu aplikacji jak i z poziomu innych narzędzi zewnętrznych (np. SQL, MS Office poprzez ODBC itd.)”.

c) Tabela 6 - Wymagania dla modułu Oddział, str. 28: lp. 86 - „System zawiera klawisze skrótów umożliwiające bezpośredni dostęp do dowolnie wybranych przez użytkownika pozycji menu lub funkcji, definiowane na etapie wdrożenia oraz stałe skróty klawiszowe dla podstawowych operacji”.

d) Tabela 7 - Wymagania dla modułu Zlecenia medyczne - Leki, str. 31, lp. 5 - „Moduł umożliwia wizualizację zleceń za pomocą znaków graficznych, takich jak w wersji papierowej książki”; lp. 6 - „Moduł umożliwia prezentację odpowiednich statusów realizacji zlecenia za pomocą różnych znaków graficznych”.

e) Tabela 12 - Wymagania dla modułu Pracownia Diagnostyczna, str. 40, lp. 68 - „Współpraca ze źródłami obrazu. Możliwość przechwytywania poszczególnych klatek oraz strumienia wideo”.

f) Tabela 24 - Wymagania dla modułu Blok Porodowy, str. 55, lp. 97 - „Wydruk zdjęcia z identyfikatorem”.

g) Tabela 31 - Wymagania dla modułu Administrator, str. 67-68, lp. 2 - „Obsługa połączenia z systemem: logowanie, wybór modułu, screenlock, zmiana hasła, informacje o wersji formularza”; lp. 7 - „Ewidencja aktualnie pracujących w systemie użytkowników wraz z podaniem modułu i formularza, z którym pracują”; lp. 9 - „Zarządzanie informacją o modułach (wchodzących w ich skład formularzach, raportach i obiektach bazy danych wraz z informacją o wersjach). Kontrola poprawności wersji uruchamianych formularzy”; lp. 22 - „Raportowanie różnic pomiędzy poszczególnymi schematami”; lp. 34 - „Ewidencja komunikatów o błędach pojawiających się w systemie, możliwość zastąpienia standardowych komunikatów własnymi”; lp. 37 - „Zarządzanie zmiennymi środowiskowymi systemu operacyjnego”.

h) Tabela 32 - Integracja systemu HIS z RIS Alteris i Zakładem Bakteriologii (system Marcel), str. 68, lp. 1 - „Integracja systemów na poziomie bazy danych (tj. bez potrzeby

stosowania aplikacji pośredniczącej pomiędzy HIS i RIS)”.

i) Tabela - wymagania - Część administracyjna, Dział X, str. 81, lp. 5 - „*Architektura systemu umożliwi elastyczne rozszerzenie systemu o dodatkowe funkcjonalności przez system dodatków w postaci bibliotek dll*”.

W ocenie Odwołującego, zbiór powyższych punktów w sposób wyraźny i jednoznacznie wskazuje rozwiązania architektoniczne jednego systemu funkcjonującego obecnie na rynku - systemu Eskulap. Odwołujący wskazał: działania Zamawiającego zmierzające do ograniczenia konkurencji stoją w sprzeczności nie tylko z prawem, ale również obiektywnymi i uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego - wyrok KIO z dnia 21 kwietnia 2009 r., KIO/UZP 434/09. Powołał się na doktrynę - Nowicki. J.E., Bazan A., Prawo zamówień publicznych - komentarz, wyd. Wolters Kluwer Business, Warszawa 2014, s 318, 323 oraz wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2010 r., KIO/UZP/2608/10.

Ad 2. W obecnym stanie rzeczy, wymagania dotyczące terminali, określone w załączniku nr 1 do SIWZ, pkt 16, str. 18, spełnia wyłącznie jeden dostawca, oferujący terminale Sun Rai. Odwołujący podniósł, że nie istnieją obiektywne przesłanki utrudniające możliwość dostawy innych terminali. Zachowaniu uczciwej konkurencji służyć ma zastosowanie obiektywnych cech technologicznych i jakościowych. Opis przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego dostawcę jest niedopuszczalny. W ocenie Odwołującego, tak rygorystyczny opis wymogów dotyczących terminali nie jest podyktowany obiektywnymi potrzebami Zamawiającego i służy wyłącznie ograniczeniu kręgu potencjalnych dostawców.

Odwołujący wskazał przytoczony już wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2010 r., KIO/UZP/2608/10, uznając, że działanie Zamawiającego stanowi kolejny przejaw naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Ad 3. Kolejnym przykładem zbyt rygorystycznych opisów SIWZ zmierzających do ograniczenia konkurencyjności, są warunki dotyczące powierzenia części Zadania podwykonawcom, opisane w SIWZ, Dział I, pkt I, str. 2. Zamawiający zastrzega, że kluczowe części zamówienia, tj. instalacja, parametryzacja, przeniesienie danych oraz szkolenia nie mogą być powierzone podwykonawcom. W ocenie Odwołującego, części zamówienia w zakresie instalacji, parametryzacji oraz szkoleń nie stanowią części kluczowych (krytycznych) zadania. Nie są to bowiem elementy niosące nadmierne ryzyko nienależytego lub niewykonania tych części, jak i całości zadania. Co więcej, w załączniku nr 2 do SIWZ - projekt umowy - Zamawiający zastrzegł szereg postanowień dotyczących odpowiedzialności wykonawcy w zakresie zlecenia części zadania podwykonawcom.

Postanowienia te w sposób wystarczający i adekwatny zabezpieczają interesy Zamawiającego. Treść § 5 wskazuje m.in. takie zastrzeżenia jak:

- „1. Wykonawca ma obowiązek przedstawić Zamawiającemu projekt umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy i usługi, a także projekty jej zmian oraz poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są usługi i dostawy, i jej zmian, w terminie 7 dni od ich zawarcia.*
- 2. Zamawiający ma prawo w uzasadnionych wypadkach zgłosić zastrzeżenia lub sprzeciw (odmówić wyrażenia zgody), co do wykonania części zadania przez wskazanego przez wykonawcę podwykonawcę lub dalszych podwykonawców.*
- 12. Wykonawca będzie odpowiedzialny za wszelkie działania i zaniechania swoich współwykonawców lub podwykonawców, jak za działania i zaniechania własne.”*

W związku z powyższym ograniczanie możliwości zlecenia części zadania podwykonawcom w tak szerokim zakresie jest ograniczeniem nieobiektywnym, który ogranicza krąg potencjalnych wykonawców mogących skutecznie złożyć ofertę.

Ad 4. W obecnym kształcie SIWZ warunki dotyczące prezentacji oferowanego oprogramowania są niedostatecznie precyzyjne, co utrudnia wykonawcą przygotowanie prezentacji zgodnie z wymogami SIWZ.

Pkt 6 warunków prezentacji, str. 2 wskazuje, że: *„Zakres ewentualnej prezentacji obejmować będzie funkcjonalności pochodzące z załącznika nr 1 do SIWZ i nie będzie przekraczać 5 funkcjonalności z poszczególnych modułów.”*

Opis ten nie precyzuje, czy zakres prezentacji obejmuje max. 5 funkcjonalności prezentujących kilka modułów, czy też do 5 funkcjonalności z każdego modułu. W przypadku, gdy celem Zamawiającego byłaby prezentacja do 55 funkcjonalności z każdego modułu, wymóg ten należałoby uznać za wysoce nadmiarowy i nieadekwatny do faktycznych potrzeb Zamawiającego w zakresie oceny spełniania wymagań przedmiotowych. Zamawiający nie sporządził w SIWZ jednoznacznego scenariusza prezentacji, w którym zostałyby definitywnie ustalone istotne elementy funkcjonalne zamawianego systemu podlegające ocenie, czy zostały spełnione przez danego wykonawcę. Brak ten uzasadnia wątpliwość Odwołującego, czy ocena taka zostanie przeprowadzona w sposób obiektywny.

Ad 5. Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ w pkt 33 oraz 34 dokonał nieprawidłowego sposobu opisu przedmiotu zamówienia w zakresie integracji z systemami oraz sprzętem użytkowymi przez Zamawiającego. Brak niezbędnych informacji uniemożliwia wykonawcy złożenie poprawnej oferty. Specyfikacja zakresu integracji w sposób jasny i precyzyjny ma wskazywać, jaki zakres integracji będzie wymagany, aby uznać, że przedmiot zamówienia został zrealizowany należycie. Powyższe uzasadnienie znajduje zastosowanie także w zakresie pkt 15 załącznika nr 1 do SIWZ w zakresie wymagań dotyczących migracji, gdzie Zamawiający wskazuje jedynie systemy,

z których wykonawca powinien dokonać migracji danych, zaznaczając jedynie, że zakres migracji zostanie uzgodniony na etapie analizy przedwdrożeniowej.

Ad 6. Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ wskazuje w pkt i, str. 12, jako jedno ze znaczeń pojęcia „błąd oprogramowania”, że jest to modyfikacja lub integracja w oprogramowaniu przez Zamawiającego lub osoby trzecie. Z uwagi na fakt, że pojęcie błędu oprogramowania ma istotne znaczenie, ze względu na konieczność świadczenia usługi gwarancyjnej i serwisowej, o których mowa w pkt 8, str. 15 załącznika nr 1 do SIWZ, pojęcie modyfikacji jest na tyle istotne, iż wymaga wskazania jego definicji, precyzyjnej, jaki zakres czynności objęty jest tym pojęciem. Precyzyjna definicja pojęcia „migracja” umożliwi wykonawcy złożenie prawidłowej oferty, jak też pozwoli wskazać, czy przedmiot zamówienia w tym zakresie został wykonany należycie.

Ad 7. Zamawiający ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach określonych w szczególności treścią art. 353¹ oraz art. 5 Kodeksu cywilnego, co oznacza, że postanowienia umowne - w tym opisy o karach umownych - nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Kara umowna nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się uprawnionego (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22 stycznia 2014 r., KIO 24/14).

Kary umowne są instrumentem mającym skutecznie dyscyplinować kontrahentów, jak również ułatwiać dochodzenie roszczeń zaistnienia wskazanych w umowie okoliczności uprawniających do ich naliczenia. Wówczas pełnią one rolę funkcję umownego, zryczałtowanego odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez jedną ze stron.

Po pierwsze, Odwołujący wskazał: w § 17 projektu umowy Zamawiający zastrzegł w pkt 1, że wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 20% wynagrodzenia, o którym mowa w § 10 ust. 1 pkt 1 umowy, w przypadku odstąpienia przez Zamawiającego od umowy z przyczyn, o jakich mowa w § 16 ust. 1 i 2, przy jednoczesnym postanowieniu § 17 pkt 6, iż odstąpienie przez Zamawiającego od umowy nie zwalnia wykonawcy z obowiązku zapłaty kar umownych zastrzeżonych w umowie. Taka kumulacja postanowień umownych sprzeczna jest z naturą prawną instytucji odstąpienia od umowy. Wskutek odstąpienia dochodzi bowiem do rozwiązania umowy (a więc jej niewykonania) ze skutkiem wstecznym, co oznacza, że w takiej sytuacji żadna ze stron nie może dochodzić kar z tytułu nienależnego wykonania umowy. Innymi słowy, po odstąpieniu od umowy wyłączona jest możliwość kumulatywnego dochodzenia kary umownej za odstąpienie i kar zastrzeżonych na wypadek nienależytego wykonania umowy. Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2012 r., sygn. akt III CZP 39/12 jednoznacznie wskazuje, że odstępującemu nie przysługuje roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia

(nienależytego wykonania), jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy.

Po drugie, jak zostało już wskazane, kary umowne pełnią funkcję umownego odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy. Zamawiający przewidział w § 17 projektu umowy kary umowne za: odstąpienie Zamawiającego od umowy z przyczyn określonych w § 16 ust. 1 i 2 oraz z tytułu zwłoki w realizacji poszczególnych części zadania. Jednocześnie Zamawiający umieścił w § 17 pkt 2, na mocy którego wykonawca zastrzegł dodatkowo karę umowną w wysokości 20% wynagrodzenia z tytułu niewykonania bądź nienależytego zadania. Takie opisy w sposób rażąco naruszają nie tylko interesy wykonawcy, ale przede wszystkim sprzeczne są z przytoczonymi już przepisami Kodeksu cywilnego i w sposób oczywisty zmierzają do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego. Zgodnie z opisami § 17 projektu umowy, w myśl postanowień Zamawiającego, może dojść do zbiegu kilku kar wynikających z tej samej podstawy nałożenia kary umownej, co w świetle obowiązujących przepisów jest niedopuszczalne.

Odwołujący uznał, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

II. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 września 2015 r. - przekazanej w tym dniu Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej faksem oraz przedłożonej na piśmie na posiedzeniu Izby w dniu 30 września 2015 r. - wniósł o oddalenie odwołania jako oczywiście bezzasadnego oraz o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według rachunków złożonych na rozprawie.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów, wskazał ich bezzasadność (zarzuty 1, 3, 7), podnosząc uprawnienie do kształtowania kryteriów oceny ofert zgodnie z przepisami ustawy, w tym wskazał opracowanie UZP pt. *„Kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego - przykłady i zastosowanie.”* Stwierdził, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostało poprzedzone dialogiem technicznym, w którym wykonawcy zgłosili swoje propozycje. Powołał się na takie same opisy funkcjonalności przyjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Województwo Kujawsko-Pomorskie, w którym złożono po 3, 4 oferty (zarzut 1).

W zakresie zastrzeżenia zakresu zamówienia niepodlegającego powierzeniu podwykonawcom, wskazał, że kluczowe części zamówienia, tj. instalacja, parametryzacja, przeniesienie danych oraz szkolenia nie mogą być powierzone podwykonawcom (uzasadnił to m.in. koniecznością wykluczenia przypadkowości wykonawców) - zarzut 3.

W zakresie kar umownych stwierdził, że ich określenie nie ma na celu prowadzenia do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego, a jedynie ma mobilizować

wykonawcę do prawidłowego i terminowego realizowania umowy (zarzut 7).

W zakresie zarzutów 2, 4, 5, 6, podnosząc bezzasadność i nie zasługiwanie na uwzględnienie, wskazał, że w wyniku zmiany treści SIWZ w dniu 29 września 2015 r., uwzględnił podniesione w odwołaniu kwestie związane z: terminalami (zarzut 2), prezentacjami (zarzut 4), integracją czy migracją (zarzut 5), wprowadzeniem definicji pojęcia „modyfikacja” (zarzut 6).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący spełnia przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp do wniesienia odwołanie wobec postanowień SIWZ i treści ogłoszenia o zamówieniu. W przetargu nieograniczonym, w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu, oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, zatem naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy mogło skutkować naruszeniem interesu wykonawcy w uzyskaniu zamówienia oraz powstaniem po jego stronie szkody.

Wykonawcy zgłaszający przystąpienia do postępowania odwoławczego - odpowiednio Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie po stronie Odwołującego i KONSULTANT KOMPUTER Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu po stronie Zamawiającego - w wyniku skutecznych przystąpień, stali się uczestnikami postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 i 3 Pzp).

Zgodnie z opisem zamieszczonym w Dziale I SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia - przedmiotem zamówienia jest: *„Dostawa i wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego służącego pełnej obsłudze zdarzeń medycznych i administracyjnych oraz dostawa terminali. Inwestycja polegać będzie na wdrożeniu kompleksowego, zintegrowanego systemu informatycznego (ZSI) służącego zarządzaniu szpitalem, zarówno w części medycznej i administracyjnej oraz dostawie instalacji 100 terminali wraz z monitorami i serwerem terminali.”*

W następnym akapicie opisu Zamawiający wskazał: *„Jeżeli w przedmiocie zamówienia zamawiający wskazuje markę, znak towarowy, producenta, dopuszcza się składanie ofert równoważnych pod względem parametrów technicznych, użytkowych oraz eksploatacyjnych pod warunkiem, że gwarantują one realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z założeniami określonymi w niniejszej specyfikacji. Ciężar udowodnienia równoważności spoczywa na wykonawcy.”*

Zamawiający udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ) na swojej stronie internetowej od dnia 11 września 2015 r.

W dniu 17 września 2015 r. Zamawiający zmienił treść SIWZ, na podstawie art. 38 ust. 4 Pzp, w Dziale VII oraz w Załączniku nr 1 do SIWZ, załączając do pisma informującego szczegółowy opis przedmiotu zamówienia uwzględniający zmiany.

Na skutek odwołań wniesionych w dniach: 18 września 2015 r. przez Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie, sygn. akt KIO 2041/15 oraz 21 września 2015 r. przez Atende Medica Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, sygn. akt KIO 2054/15, Zamawiający zmienił w dniu 29 września 2015 r. SIWZ w dalszym zakresie, na podstawie wskazanego przepisu.

W dniu 30 września 2015 r. - na zapytanie wykonawcy - udzielił wyjaśnień treści SIWZ (art. 38 ust. 2 Pzp).

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej zarządził łączne rozpoznanie wniesionych odwołań.

W wyniku stanowiska przedstawionego przez Zamawiającego na posiedzeniu Izby w dniu 30 września 2015 r., Odwołujący - Comarch Healthcare S.A. - cofnął odwołanie w całości, co skutkowało umorzeniem przez Izbę postępowania odwoławczego postanowieniem z dnia 30 września 2015 r., sygn. akt KIO 2041/15).

Odwołujący - Atende Medica Sp. z o.o. - cofnął na posiedzeniu i rozprawie zarzuty oznaczone w odwołaniu pkt 3, 4, 6. Skutkiem tej czynności, cofnięciem zostały objęte żądania przedstawione w pkt 3, 4, 6 odwołania oraz uzasadnienie odwołania oznaczone Ad 3, Ad 4, Ad 6.

Odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 2054/15 zostało rozpoznane na rozprawie w granicach zarzutów przedstawionych w pkt 1, 2, 5, 7, tj. naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych oraz obrazy następujących przepisów prawa:

- 1) art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez niezgodne z przepisami ustawy czynności Zamawiającego dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, a polegające na wprowadzeniu do SIWZ opisów, które umożliwiają wybór tylko jednego wykonawcy,
- 2) art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez niezgodne z przepisami ustawy czynności Zamawiającego dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, a polegające na wprowadzeniu do SIWZ opisów, które umożliwiają wybór tylko jednego dostawcy systemu informatycznego pracującego na wymaganych technologicznie terminalach,
- 5) art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący. Zamawiający

również nie określił wymagań dotyczących zobowiązań wykonawców w zakresie integracji dostarczonego systemu z użytkowanymi przez Zamawiającego systemami oraz sprzętem diagnostycznym, a także wymagań dotyczących migracji danych z systemów użytkowanych przez Zamawiającego,

7) art. 353¹ i art. 5 Kodeksu cywilnego przez naruszenie przepisów dotyczących kar umownych określonych w § 17 projektu umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ.

Zgodnie z przepisami Pzp Izba ocenia zarzuty przedstawione w odwołaniu według stanu na dzień wniesienia odwołania, jednakże wydając wyrok, bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust. 2 Pzp). O oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku (art. 192 ust. 1 Pzp). Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 192 ust. 2 Pzp).

Wynikiem postępowania o udzielenie zamówienia jest wybór oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego (art. 2 pkt 7a Pzp).

Oczekiwany wynik tego postępowania jest wybór jednego wykonawcy, którego oferta, w świetle kryteriów oceny ofert (cena o znaczeniu 70% i funkcjonalność o znaczeniu 30% - z trzema podkryteriami), zostanie uznana za najkorzystniejszą (Dział XV Kryteria oceny ofert, pkt 1 SIWZ).

Izba uznała, że zarzuty oznaczone w odwołaniu pkt 1 i 7 nie zasługują na uwzględnienie i odwołanie w tej części podlega oddaleniu na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp. Zarzuty oznaczone pkt 2 i 5 - naruszenie przepisów, przyznane przez Zamawiającego przez dokonanie zmiany treści SIWZ, nie ma wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Treść SIWZ po jej zmianie - w świetle postępowania dowodowego - nie uniemożliwia Odwołującemu złożenia ważnej oferty. Ustalenia te skutkują nieuwzględnieniem żądań Odwołującego i oddaleniem odwołania w tej części na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp.

Izba wskazuje, że przywołane w podstawie zarzutów pkt 1, 2, 5 przepisy Pzp stanowią: art. 7 ust. 1 - *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców*; art. 29 ust. 1 i 2 - *przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty; przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać*

uczciwą konkurencję.

Ad 1. Wbrew zarzutowi niezgodnego z przepisami Pzp opisanego przedmiotu zamówienia, Odwołujący doprecyzował na rozprawie, że istotę zarzutu stanowi nie opis przedmiotu zamówienia umożliwiający wybór jednego wykonawcy, bo taki jest cel postępowania - wybór jednego a nie wielu wykonawców, lecz opis podkryterium oceny ofert - funkcjonalność - zamieszczony w Załączniku nr 1 do SIWZ „Opis wymaganych funkcjonalności poszczególnych modułów”, część X „Główne cechy technologiczne”, tabela: „Parametry oceniane”, Lp. 1 „Oferowany system musi umożliwiać pracę zarówno w modelu dwuwarstwowym (desktopowym) jak i trójwarstwowym (webowym), zależnie od bieżących potrzeb Zamawiającego.” Zaoferowanie tego parametru przez wpisanie wyrazu „tak”, będzie skutkowało przyznaniem 10 pkt w jednym z trzech podkryteriów w kryterium „funkcjonalność”, wpisanie wyrazu „nie” nieprzyznaniem punktów, a więc 0 punktów.

Zatem, kwestionowany przez Odwołującego opis dotyczy kryterium oceny ofert, a nie przedmiotu zamówienia, stąd zarzut oznaczony w pkt 1 lit. a jest chybiony. Przepis art. 91 ust. 2 Pzp wskazuje „funkcjonalność”, jako właściwe kryterium oceny ofert odnoszące się do przedmiotu zamówienia (podobnie w wyroku z dnia 30 grudnia 2014 r., sygn. akt KIO 2643/14). Niespełnienie wymagania dotyczącego parametru ocenianego skutkuje wyłącznie niższą oceną oferty w kryterium „funkcjonalność”, nie skutkuje niemożnością złożenia oferty, zwłaszcza, że Odwołujący wskazał, że system Eskulap jest systemem jednego znanego mu producenta, natomiast oferują go inni wykonawcy (partnerzy biznesowi producenta), a więc nie jest to produkt oferowany przez jednego wykonawcę. Ponadto, wykonawca przystępujący w postępowaniu odwoławczym po stronie Odwołującego - Comarch Healthcare S.A. - oświadczył, że opis podkryterium oceny systemu umożliwiającego równoczesną pracę zarówno w obu modelach - dwuwarstwowym i trójwarstwowym, umożliwia mu złożenie oferty nie podlegającej odrzuceniu, mimo że nie zaoferuje systemu Eskulap.

Niezależnie od jednoznacznej treści SIWZ w tym zakresie, Zamawiający, udzielając wyjaśnień treści specyfikacji w dniu 30 września 2015 r., potwierdził, że parametr opisany w pozycji 1 tabeli „Parametry oceniane”, ma wyłącznie charakter oceniany a nie graniczny, co skutkuje brakiem podstaw do odrzucenia oferty w przypadku nie spełnienia wymagania.

Funkcjonalność systemu w kontekście potrzeb Zamawiającego nie została dowodowo podważona przez Odwołującego wobec spójnych, logicznych wyjaśnień Zamawiającego, co do potrzeb szpitala, oczekiwań załogi Zamawiającego liczącej kilkaset osób i negatywnych doświadczeń związanych z zainstalowaniem systemu umożliwiającego pracę w modelu trójwarstwowym w 2010 r. Ponadto wskazano na rozprawie, że zamawiany system jest rozwiązaniem przyjmowanym w innych jednostkach służby zdrowia.

Zatem, nie znajduje uzasadnienia stanowisko Odwołującego, że wymaganie możliwości równoczesnej pracy w obu modelach - dwuwarstwowym (desktopowym) i trójwarstwowym (webowym) - nie jest uzasadnione ekonomicznie oraz nie jest podyktowane potrzebami Zamawiającego.

Zarzut dotyczący naruszenia Pzp przez opisy zamieszczone w tabelach wymienionych w uzasadnieniu odwołania - Ad 1 od lit. „b” do lit. „i”, jako niedozwolone, wskazujące rozwiązania architektoniczne jednego systemu funkcjonującego obecnie na rynku - systemu Eskulap, nie został uzasadniony w odwołaniu i niepotwierdzony dowodowo na rozprawie.

Odwołujący zacytował wyłącznie fragmenty uzasadnień 2. wyroków Izby oraz komentarza do ustawy Pzp (Nowicki. J.E., Bazan A., Prawo zamówień publicznych - komentarz, wyd. Wolters Kluwer Business, Warszawa 2014, s. 318, 323).

Ad 2. Wymagania związane z terminalami. Zamawiający dokonał zmiany SIWZ w dniu 29 września 2015 r. - pkt 3, str. 6-8 pisma przedłożonego na posiedzeniu. Zmienił opisy: w ppkt 3), 3) str. 7, wykreślając z załącznika nazwy „Windows, Linux czy Unix”; w ppkt 3), 4) rezygnując z czytnika kart wbudowanego w obudowę terminala; w ppkt 3), 15) - str. 8 - zwiększając maksymalny średni pobór mocy - z 10W na 15W; dodatkowo dopuścił do zaoferowania „Terminal Zero Client” (str. 8). Zamawiający uwzględnił zarzut 2 (odpowiedź na odwołanie, str. 3, pkt 2) oraz dokonał zmiany SIWZ, która umożliwia wykonawcom złożenie ważnej oferty.

Dowód przedłożony przez Odwołującego - wydruk korespondencji elektronicznej z 29 września 2015 r. - uwzględniający dotychczasowy opis zamieszczony w SIWZ (przed zmianą w dniu 29 września 2015 r.) i wskazujący, że wymagania spełnia w pełnym zakresie urządzenie Oracle Sun Ray oraz, że urządzenia nie są obecnie rozwijane przez firmę Oracle, a od 28 lutego 2014 r. nie są oferowane przez tę firmę - potwierdza wyłącznie, że firma ta obecnie nie jest producentem terminali opisanych w SIWZ.

Odwołujący nie ustosunkował się do zmiany SIWZ (poza średnim poborem mocy z dotychczasowej wielkości - „nie większy niż 10W” na „15W” - wskazując, że nie dotyczy on zarzutu), która to zmiana, w ocenie wykonawców uczestniczących w postępowaniu odwoławczym, w tym po stronie Odwołującego, umożliwia wykonawcom złożenie ważnej oferty, uwzględniającej wymagania Zamawiającego.

Ad 5. Wymagania w zakresie integracji dostarczanego systemu z użytkowanymi przez Zamawiającego systemami oraz sprzętem Zamawiającego, a także migracji danych z systemów użytkowanych przez Zamawiającego.

Zamawiający dokonał zmiany SIWZ w dniu 29 września 2015 r., uwzględniając podniesione w odwołaniu kwestie związane z integracją i migracją, przyznał tym samym fakty stanowiące podstawę zarzutu 5 (odpowiedź na odwołanie, str. 4, pkt 5).

1. Integracja dostarczanego systemu z systemami Zamawiającego (pkt 33 str. 69) - w pkt 3 pisma, ppkt 5 Opis wymaganych funkcjonalności poszczególnych modułów - „Integracja systemu z systemami” (str. 9 pisma), Zamawiający wykreślił z pkt 33 załącznika wyrazy: „Komsoft - Stacja Dializ Fresenius Nephrocare Polska Sp. z o.o. T-Doc firmy Getinge - Centralna Sterylizatornia”;

2. Opis wymaganych funkcjonalności poszczególnych modułów - „Integracja systemu ze sprzętem diagnostycznym Zamawiającego” (pkt 34, str. 69), Zamawiający nadał brzmienie (str. 9) pisma: „Wykaz sprzętu do integracji” - tabela z 35. pozycjami (str. 9-11 pisma) oraz dodatkowo zamieścił opis dotyczący MODUŁU FINANSE–KSIĘGOWOŚĆ (str. 11 pisma).

3. Załącznik nr 1 Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, Błąd oprogramowania (...), lit. „I”, str. 12 załącznika - Zamawiający wykreślił wyraz „modyfikacja”; w pkt 15, str. 18, pod dotychczasowym opisem wymagań dotyczących migracji danych, dodał Wykaz baz danych do migracji danych, Tabele z pozycjami 1-10 (str. 6-7 pisma), w której podał w poszczególnych kolumnach: system/program; określenie bazy; rozmiar bazy; export; migracja; uwagi. Pod tabelą Zamawiający zamieścił oświadczenie o treści: *„Szczegółowe określenie zakresu importu baz danych wynika z zakresu danych niezbędnych do uzyskania oczekiwanej funkcjonalności przez konkretny moduł i może być określone dopiero na etapie analizy przedwdrożeniowej.”*

Odwołujący podtrzymał stanowisko, co do braku pełnych informacji dotyczących danych mimo zmiany SIWZ, która w ocenie wykonawców uczestniczących w postępowaniu odwoławczym, w tym po stronie Odwołującego, umożliwia złożenie ważnej oferty, uwzględniającej wymagania Zamawiającego. Istotne w tej materii jest przyznanie Zamawiającego, że uwzględnił wszelkie możliwe dane w zakresie integracji i migracji oraz, że szczegółowy zakres przenoszonych danych będzie uzależniony od zaoferowanego systemu.

W ocenie Izby, zmiana treści SIWZ czyni zadość żądaniu Odwołującego, przy uwzględnieniu faktu udostępnienia przez Zamawiającego wszelkich informacji, jakie posiada w tym zakresie.

Ad 7. Przywołane w odwołaniu przepisy art. 5 i art. 353¹ Kodeksu cywilnego dotyczą zasad prawa cywilnego. W pierwszym przypadku wskazano zakaz czynienia ze swego prawa użytku sprzecznego ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub

z zasadami współżycia społecznego z zastrzeżeniem, że takie działanie lub zaniechanie nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony prawnej; w drugim przypadku wskazano dowolność stron zawierających umowę w ułożeniu stosunku prawnego według swego uznania, z zastrzeżeniem by jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Zasady swobodnego działania stron umowy doznają ograniczenia w umowach zawieranych na podstawie przepisów ustawy Pzp. Przepis wskazujący stosowanie przepisów k.c. do umów o zamówienia publiczne - art. 139 ust. 1 Pzp - stanowi o stosowaniu przepisów Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Przepis art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp zobowiązuje zamawiającego do zamieszczenia w SIWZ istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólnych warunków umowy albo wzoru umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Z przepisu wynika prawo zamawiającego do przedstawienia wykonawcy warunków umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach.

Zatem, przepisy Kodeksu cywilnego wskazane jako podstawa prawna zarzutu 7 odwołania nie zostały naruszone w wyniku postanowień zamieszczonych w § 17 pkt 2 i 6 projektu umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ. Nie zostało wykazane naruszenie społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa ani zasad współżycia społecznego, jak również swobody w ułożeniu stosunku zobowiązaniowego, które na gruncie Pzp podlegają ograniczeniu.

Kary umowne stanowią element zabezpieczający wierzyciela przed skutkami niewykonania zobowiązań niepieniężnych. Przepis art. 471 k.c. stanowi, że dłużnik jest obowiązany do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (...). Sposób naprawienia szkody został wskazany m.in. w art. 483 § 1 k.c. stwarzającym podstawę zastrzeżenia w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Kara umowna ma służyć naprawieniu szkody, niezależnie od jej zaistnienia i zakresu, ponadto ma funkcję prewencyjną (zapobiegającą powstaniu szkody).

W § 16 ust. 1-5 projektu umowy Zamawiający zastrzegł prawo do odstąpienia od umowy w okolicznościach wskazanych w tych postanowieniach. W § 17 w pkt 1 określił wysokość kary umownej w przypadku odstąpienia od umowy w okoliczności przedstawionych w § 16 ust. 1 i 2, tj. w dwóch przypadkach nagannego zachowania wykonawcy: (1) w sposób rażący i oczywisty nie realizowanie zobowiązań umownych; (2) nie

wywiązanie się w terminie z realizacji umowy (...) pomimo wcześniejszego wezwania wykonawcy do zaniechania naruszeń i wyznaczenia dodatkowego 14 dniowego terminu. Natomiast w § 17 pkt 2 Zamawiający określił wysokość kar umownych z tytułu: niewykonania bądź nienależytego wykonania zadania.

Wykreślenie tego postanowienia z projektu umowy oznaczałoby nieuprawnione ograniczenie prawa Zamawiającego do żądania kar umownych wyłącznie do: dwóch przypadków określonych w § 16 ust. 1 i 2 (uprawnających do odstąpienia od umowy) oraz w § 17 pkt 3 (zwłoki w realizacji poszczególnych części zadania). Nie znajduje podstaw też żądanie nakazania wykreślenia pkt 6 w § 17 projektu umowy mającego charakter informacyjny.

W orzecznictwie Sąd Najwyższy przedstawił poglądy, m.in. - wyrok z dnia 28 maja 2014 r. I CSK 345/13 (teza 2): odstąpienie od umowy nie jest ani nienależytym wykonaniem zobowiązania, ani niewykonaniem zobowiązania, lecz wykonaniem przez jedną ze stron stosunku obligacyjnego uprawnienia prawo kształtującego, realizowanego na podstawie postanowienia zawartego w umowie wzajemnej (art. 395 § 1 i art. 492 k.c.), albo wynikającego z przepisów ustawy (ogólnych - art. 491 i 493 k.c. oraz szczególnych, np. art. 560 § 1, art. 635, 636 § 1 i art. 640 k.c.); wyrok z dnia 5 października 2006 r. IV CSK 157/06: odstąpienie od umowy nie pozbawia mocy postanowień umowy przewidujących karę umowną z tytułu nienależytego wykonania umowy.

Z uchwały Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2012 r. III CZP 39/12 wynika, że roszczenie o zapłatę kary umownej zastrzeżonej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy.

W świetle uchwały Zamawiający nie będzie mógł żądać kary umownej na podstawie § 17 pkt 3 projektu umowy z tytułu zwłoki w realizacji poszczególnych części zadania, jeżeli odstąpi od umowy z przyczyn wskazanych w § 16 ust. 2 projektu umowy (nie wywiązanie się w terminie z realizacji umowy/poszczególnych części lub elementów zadania) - zwłoka ma miejsce wówczas, gdy dłużnik nie spełnia świadczenia w terminie (art. 476 k.c.).

Treść zarzutu 7 odwołania nie czyni zasadnym żądania Odwołującego nakazania usunięcia pkt 2 i 6 w § 17 projektu umowy.

Reasumując, po rozpoznaniu odwołania w zakresie podtrzymanym na rozprawie i uwzględnieniu faktu, że czynności Zamawiającego wykonane po wniesieniu odwołania miały wpływ na ocenę stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania, Izba oddaliła odwołanie na podstawie przepisów art. 192 ust. 1 i 2 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł z tytułu wpisu uiszczonego przez Odwołującego oraz zasądzając na rzecz Zamawiającego koszty w kwocie 307,00 zł z tytułu dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby, w pełnej wysokości na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: