

Kraków, 18 maja 2020 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**  
**ul. Postępu 17a**  
**02-676 Warszawa**

**Zamawiający:**   **„Poddębickie Centrum Zdrowia” sp. z o.o.**  
ul. Mickiewicza 16, 99-200 Poddębice  
KRS: 0000384815, NIP: 8281409238, REGON: 101075971  
Adres strony: [www.nzozpcz.pl](http://www.nzozpcz.pl), e-mail: [zamowienia@nzozpcz.pl](mailto:zamowienia@nzozpcz.pl)  
tel.: +48 43 828 82 50, fax: +48 43 828 82 55

**Odwołujący:**   **Comarch Healthcare S.A.** z siedzibą w Krakowie  
Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków  
KRS: 0000303079, NIP: 6751381502, REGON: 102652221  
e-mail: [info@comarch.pl](mailto:info@comarch.pl)  
tel.: +48 12 646 10 00  
reprezentowana przez Anetę Szulim  
na podstawie pełnomocnictwa dołączonego do odwołania

**Dotyczy:**       Postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. **„Rozbudowa systemów HIS, PACS/RIS oraz wdrożenie EDM i e-usług on-line w Poddębickim Centrum Zdrowia Sp. z o. o.”**, numer PCZ/ZP/3331/5/2020 (w niniejszym odwołaniu dalej jako: postępowanie). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (Dz.U./S S90 08/05/2020) w dniu 8.05.2020 roku pod numerem: 214231-2020-PL

## **ODWOŁANIE**

Na podstawie art. 179 ust. 1, art. 180 ust. 1 oraz art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „PZP”, Odwołujący

wnosi odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu (opublikowanych w dniu 8.05.2020 r.), sformułowanych niezgodnie z PZP, zarzucając Zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia i sformułowanie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz prowadzący do preferowania jednego podmiotu funkcjonującego na rynku oraz w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także w sposób, który mógłby naruszać uczciwą konkurencję oraz ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron, a także prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego prawa podmiotowego.

poprzez naruszenie:

- 1) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz prowadzący do preferowania jednego podmiotu funkcjonującego na rynku poprzez niedopuszczenie zastąpienia, wymiany lub wyłączenia z produkcyjnego użytkowania jakiegokolwiek komponentu oprogramowania posiadanego przez Zamawiającego, poprzez zaniechanie dopuszczenia możliwości dokonania przez Wykonawcę wymiany posiadanego Systemu HIS na nowy System, zaniechanie udostępnienia interfejsów integracyjnych do posiadanych systemów lub zaniechanie dopuszczenia wymian tych systemów, co wiąże się z udostępnieniem danych do migracji;
- 2) Art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP, poprzez zaniechanie określenia w SIWZ wszystkich wymaganych danych dotyczących integracji z aktualnie wykorzystywanym oprogramowaniem części administracyjnej, medycznej oraz radiologicznej, przenosząc na potencjalnego Wykonawcę obowiązek uwzględnienia w cenie ofertowej wszelkich kosztów wykonania tej operacji, w tym tych, na których wysokość potencjalny Wykonawca nie ma wpływu z uwagi na niezapewnienie potencjalnemu Wykonawcy przez Zamawiającego dokumentacji technicznej i kodów źródłowych dotychczas posiadanego systemu, z którym ma zostać zintegrowany system, a w konsekwencji nałożenie na potencjalnego Wykonawcę obowiązku podjęcia współpracy z producentem systemu, z którym zamawiane funkcjonalności rozbudowy mają zostać zintegrowane, który to producent jest jednocześnie podmiotem zainteresowanym uzyskaniem zamówienia i stawiając w uprzywilejowanej sytuacji tego producenta;

- 3) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez brak wskazania, że Zamawiający dysponuje pełnymi prawami autorskimi do posiadanego systemu informatycznego i że udostępni wykonawcom kod źródłowy w celu dokonania integracji;
- 4) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. art. 7 ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny, mogący wprowadzić wykonawców w błąd oraz mający wpływ na przygotowanie oferty, co utrudnia zachowanie uczciwej konkurencji w toku postępowania;
- 5) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez: brak dokładnego opisu procesu migracji, brak umieszczenia w SIWZ koniecznych informacji na temat migracji danych, a zatem opisanie przedmiotu zamówienia i sformułowanie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;
- 6) art. 29 ust. 2 ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez wprowadzenie nieuzasadnionego wymagania dostarczenia systemu w przynajmniej dwóch innych językach poza polskim (np. angielskim i rosyjskim) ograniczając krąg potencjalnych wykonawców;
- 7) art. 29 ust. 2 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> Kodeksu Cywilnego poprzez określenie terminu wykonania zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz w sposób sprzeczny z zasadą swobody umów,
- 8) art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 5 i 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego oraz art. 471, art. 473 § 1 oraz art. 483 i 484 Kodeksu cywilnego (dalej: "k.c.") poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron, a także prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego prawa podmiotowego, jak również poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec Wykonawcy, przejawiający się w szczególności poprzez:
  - a) nie wprowadzenie w § 11 ust. 1 wzoru umowy górnego limitu kar umownych w wysokości nie przekraczającej kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy (nie wprowadzenie górnego limitu kar umownych związanych z nienależytym wykonywaniem zamówienia w wysokości odpowiadającej, co

najwyżej wysokości kary umownej zastrzeżonej w § 11 ust. 1 pkt 1.1 wzoru umowy na okoliczność odstąpienia od umowy),

- b) uregulowaniu we wzorze umowy w § 11 rażąco wygórowanych kar umownych,
- c) wprowadzenie w § 10 i 11 wzoru umowy zapisów, zgodnie z którymi kary umowne podlegają kumulacji.

Wnioski Odwołującego zostały przedstawione pod kolejnymi zarzutami.

Ponadto Odwołujący wnosi o zwrot kosztów postępowania, w tym zwrot kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zastępującego Odwołującego w postępowaniu odwoławczym.

### **Termin wniesienia odwołania**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 maja 2020 roku, w tym samym dniu Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia została zamieszczona przez Zamawiającego na stronie internetowej. Mając na uwadze, iż wartość zamówienia w postępowaniu przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PZP, niniejsze odwołanie jest wniesione z zachowaniem 10-dniowego terminu.

### **Interes Odwołującego oraz możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody**

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jest podmiotem zdolnym do jego wykonania, posiadającym w tym zakresie odpowiednie kompetencje i doświadczenie. Poprzez sformułowanie przez Zamawiającego postanowień SIWZ w sposób naruszający przepisy ustawy Odwołujący może być pozbawiony możliwości złożenia oferty i uzyskania zamówienia, tym samym w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na braku uzyskania przedmiotowego zamówienia. Ponadto Odwołujący wskazuje, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż w wyniku uregulowania zapisów wzoru umowy w sposób naruszający przepisy ustawy został pozbawiony uczestnictwa w postępowaniu na uczciwych i zgodnych z prawem warunkach, w tym możliwości złożenia ważnej i konkurencyjnej oferty. Odwołującego ma interes w uzyskaniu zamówienia, a w wyniku działań Zamawiającego Odwołujący został narażony na szkodę. Gdyby nie naruszające przepisy zaskarżone elementy SIWZ Odwołujący mógłby z powodzeniem ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, co w razie jego uzyskania wiązałoby się z określonymi korzyściami finansowymi. W zakresie postanowień SIWZ ujętych w istotnych postanowieniach (wzorze) umowy istnieje

potencjalna szkoda związana z realizacją umowy na warunkach naruszających przepisy prawa cywilnego. Odwołujący jest podmiotem mogącym ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Sposób sformułowania treści SIWZ przekłada się wprost na możliwość udziału wykonawcy w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Na tym etapie postępowania krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę, mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie.

Interes Odwołującego wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa, a zawarta umowa nie była dotknięta sankcją nieważności z powodu wady postępowania.

### **Doręczenia kopii odwołania Zamawiającemu**

Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania (dowód w załączeniu).

### **Wpis od odwołania**

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 zł został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych – zgodnie z Rozporządzeniem w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (dowód w załączeniu).

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest udzielenie licencji na korzystanie z dostarczonego oprogramowania oraz wdrożenie, rozumiane jako instalacja i konfiguracja oprogramowania HIS, PACS/RIS, oprogramowania do prowadzenia Elektronicznej Dokumentacji Medycznej (EDM) oraz elektronicznych usług on-line (e-usługi) wraz ze szkoleniami oraz instalacją i konfiguracją niezbędnego oprogramowania narzędziowego w ramach realizacji projektu „Poprawa dostępności do nowoczesnych technologii informatycznych oraz rozbudowa infrastruktury informatycznej w Poddębickim Centrum Zdrowia Sp. z o.o.”

### **I. Zarzut nr 1 – brak możliwości wymiany systemu**

Opisując przedmiot zamówienia, Zamawiający nie dopuścił rozwiązania w postaci zastąpienia, wymiany lub wyłączenia z produkcyjnego użytkowania jakiegokolwiek komponentu oprogramowania posiadanego przez Zamawiającego.

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w Załączniku nr 1 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia w ramach zamówienia wymaga, aby zakupione w ramach przedmiotowego zamówienia oprogramowanie i urządzenia stanowiły uzupełnienie dotychczasowej infrastruktury oraz systemu informatycznego, wskazując że powinny być wkomponowane w dotychczasowe środowisko i z nim zintegrowane w sposób określony w SIWZ oraz uzgodniony z Zamawiającym.

Zamawiający w następujący sposób przedstawił stan aktualny (rozdział IX Załącznika nr 1 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia):

*Szczegółowy wykaz posiadanego oprogramowania opisany jest w Załączniku 22 do OPZ – Stan aktualny.*

*Zamawiający informuje, że Poddębickim Centrum Zdrowia Sp. z o. o. jest beneficjentem projektów:*

- 1. WND-RPLD.04.02.00.00-020/09 pod nazwą „Rozbudowa systemu informatycznego w SP ZOZ w Poddębicach”*
- 2. WND-RPLD.05.01.00.00-002/09 pod nazwą „Zakup sprzętu i urządzeń medycznych wraz z wyposażeniem dla Szpitala Powiatowego w Poddębicach”*

*Obecnie Zamawiający posiada i produkcyjnie użytkuje zakupione w ramach w.w. projektów:*

- A. oprogramowanie HIS, szczegółowo określone w części A Załącznika 22 do OPZ – Stan aktualny*
- B. oprogramowanie PACS/RIS szczegółowo określone w części C Załącznika 22 do OPZ – Stan aktualny.*

*W związku z powyższym Zamawiający nie dopuszcza zastąpienia, wymiany lub wyłączenia z produkcyjnego użytkowania jakiegokolwiek komponentu oprogramowania, który były zrealizowany w ramach w.w. projektów.*

oraz w treści **Załącznika nr 1 do SIWZ:**

*(...) Zamawiający nie dopuszcza zastąpienia, wymiany lub wyłączenia z produkcyjnego użytkowania jakiegokolwiek komponentu oprogramowania, który były zrealizowany w ramach w.w. projektów. Zakupione w ramach przedmiotowego zamówienia oprogramowanie i urządzenia muszą stanowić uzupełnienie dotychczasowej infrastruktury oraz systemu informatycznego i powinny być wkomponowane w dotychczasowe środowisko i z nim zintegrowane w sposób określony w SIWZ oraz uzgodniony z Zamawiającym na etapie uzgadniania PRZ.*

Opis przedmiotu zamówienia w taki sposób ogranicza uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców. Fakt ten przejawia się poprzez zaniechanie dopuszczenia możliwości dokonania przez Wykonawcę wymiany posiadanego Systemu HIS na nowy System, zaniechanie udostępnienia interfejsów integracyjnych do posiadanych systemów lub zaniechanie dopuszczenia wymian tych systemów, co wiąże się z udostępnieniem danych do migracji.

Tym samym Zamawiający zmusza Wykonawcę do podjęcia współpracy z konkurencją, a w konsekwencji kreuje sytuację, w której Wykonawca na dzień składania ofert nie jest w stanie przewidzieć, czy wykonanie przedmiotu zamówienia będzie możliwe oraz nie jest w stanie nawet w przybliżeniu oszacować kosztów tego wykonania. Rezultatem powyższych postanowień jest przerzucenie na Wykonawcę obowiązku pozyskania dokumentacji technicznej i kodów źródłowych oraz innych informacji niezbędnych do złożenia oferty. Przy czym podmiotem posiadającym wiedzę w tym zakresie jest konkurent Wykonawcy, a ten z kolei nie ma żadnego interesu w podjęciu współpracy z innym Wykonawcą. Jedynie dotychczasowy dostawca systemu, z którego korzysta Zamawiający, ma pewność, że wykonanie takiej rozbudowy jest w ogóle możliwe i wykonalne, w dodatku dla niego integracja jest bezkosztowa, ponieważ stanowi rozbudowę własnego produktu.

Sposób sformułowania opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego ogranicza krąg wykonawców, którzy mogliby ubiegać się o udzielenie zamówienia, a sformułowanie go w sposób wskazujący na konkretne produkty – aktualnie wykorzystywane - nie ma żadnego uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawa.

Oczywistym jest, że wszystkie okoliczności mające wpływ na należyte skalkulowanie oferty powinny być wiadome już na etapie składania ofert, a niezgodne z ustawą jest wymuszanie na Wykonawcach podjęcia współpracy z konkurencją, celem wykonania zamówienia. Podkreślając zarzuty podniesione w pkt. 2 tym bardziej uzasadnionym staje się dopuszczenie możliwości wymiany systemu na nowy. Taka zmiana zapisów SIWZ zrówna sytuację wykonawców w postępowaniu i zapewni realizację zasady konkurencyjności.

Dodatkowo podkreślenia wymaga fakt, iż wdrożenie w całości nowego systemu prowadzi potencjalnie do zwiększenia niezawodności oprogramowania co w przypadku systemów medycznych, przetwarzających szczególnie wrażliwe dane, ma szczególne znaczenie.

Wskazany powyżej opis przedmiotu zamówienia narusza art. 7 ust. 1 PZP i art. 29 ust. 1 i 2 PZP ograniczając uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców, tj. poprzez narzucenie na nich obowiązku integracji oprogramowania z posiadanym przez Zamawiającego systemem informatycznym, bez jednoczesnego umożliwienia wykonawcy dostarczenia innego systemu informatycznego. Norma art. 7 ust. 1 PZP nakazuje Zamawiającym zachowanie zasad uczciwej konkurencji, przejawiających się w dawaniu wykonawcom równych szans. Istnieje więc zakaz takiego opisywania przedmiotu zamówienia które de facto determinuje wybór określonego wykonawcy lub podmiotów przez niego wskazanych.

Co prawda Zamawiający w żadnym miejscu nie stawia wymogu, by dostarczane oprogramowanie pochodziło od konkretnego producenta. Jednakże wymóg jego integracji z oprogramowaniem HIS posiadanym przez Zamawiającego (bez możliwości wymiany) w praktyce wymusza, by rozwiązania te pochodziły od jednego producenta. Co oczywiste, możliwe i łatwiejsze jest zintegrowanie zamawianego oprogramowania ze znanym przez siebie systemem HIS, niż na systemie innego producenta, z którym ponadto wykonawca nie współpracuje. Bardziej opłacalne dla wykonawcy może być więc dostarczenie dwóch oprogramowań, niż zintegrowanie zamawianego z funkcjonującym u Zamawiającego systemem. Wykonawca zaoferowałby wymianę w ramach ceny ofertowej zamawianego oprogramowania.

Odwołujący wskazuje, że dla Zamawiającego kwestia ta nie powinna stanowić różnicy, a zmiana oprogramowania nie powinna być odczuwalna. Nie ma znaczącej różnicy w działaniu tych systemów, niezależnie od tego, kto jest jego producentem, a rozwiązanie takie mogłoby się okazać dla Zamawiającego tańsze, z uwagi na to, że dostawca posiadanego przez Zamawiającego oprogramowania nie mógłby narzucić cen ofertowych, a wykonawcy nie zostaliby pozbawieni możliwości ubiegania się o zamówienie, a tym samym konkurowaliby ze sobą w sposób rzeczywisty, co również stanowiłoby korzyść z uwagi na wydatkowanie środków publicznych.

Zamawiający dopuszczając możliwość zastąpienia, wymiany posiadanego oprogramowania powinien określić, jakie funkcjonalności dostarczany system powinien posiadać.

Odwołujący ma świadomość, że w rozdziale IX Załącznika nr 1 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał, że *oprogramowanie HIS i oprogramowanie PACS/RIS zakupione zostały w ramach projektów:*

1. *WND-RPLD.04.02.00.00-020/09 pod nazwą „Rozbudowa systemu informatycznego w SP ZOZ w Poddębicach”*
2. *WND-RPLD.05.01.00.00-002/09 pod nazwą „Zakup sprzętu i urządzeń medycznych wraz z wyposażeniem dla Szpitala Powiatowego w Poddębicach”*

*oraz, że przedmiotowe projekty są w okresie trwałości.*

Zdaniem Odwołującego jest to mało prawdopodobne z uwagi na standardowo 5 letni okres trwałości projektów finansowanych ze środków unijnych oraz realizację wskazanych powyżej projektów w ramach Regionalny Program Operacyjny za lata 2007-2013.

Wskazać tu należy na konieczność przeanalizowania m. in. ROZPORZĄDZENIA RADY (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 – w szczególności art. 57:

1. Państwo członkowskie lub instytucja zarządzająca zapewniają, aby operacja obejmująca inwestycje w infrastrukturę lub inwestycje produkcyjne zachowała wkład



funduszy wyłącznie jeżeli w terminie pięciu lat od jej zakończenia nie zostanie poddana **zasadniczej modyfikacji wynikającej ze zmiany charakteru własności elementu infrastruktury albo z zaprzestania działalności produkcyjnej i mającej wpływ na charakter lub warunki realizacji operacji lub powodującej uzyskanie nieuzasadnionej korzyści przez przedsiębiorstwo lub podmiot publiczny.**

Uznaje się, że działania wchodzące w zakres pomocy z EFS nie zachowały tego wkładu **wyłącznie wtedy**, gdy są one zobowiązane do utrzymania inwestycji w ramach mających zastosowanie przepisów dotyczących pomocy publicznej w rozumieniu art. 107 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej i jeśli zostały one poddane zasadniczej modyfikacji **spowodowanej zaprzestaniem działalności produkcyjnej** w terminie określonym w tych przepisach.

Odnosząc się do podnoszonej przez Zamawiającego niemożliwości wymiany, zastąpienia posiadanego obecnie oprogramowania, z uwagi na jego współfinansowane ze środków unijnych i okres trwałości, Odwołujący wskazuje, że Zamawiający poza powołaniem się na zasadę trwałości w żaden sposób nie wykazał dlaczego akurat w tej sytuacji miałaby ona być naruszona. Brak w SIWZ wykazania, że wymiana, zastąpienie oprogramowania spełni wszystkie warunki określone przepisami prawa, które warunkują utratę dofinansowania. Nie bez znaczenia jest też, że określone w przepisach prawa warunki muszą zostać spełnione łącznie. Zamawiający w żadnym miejscu nie wskazał, które z warunków zostaną złamane przy ewentualnej wymianie oprogramowania.

Zamawiający nie może automatycznie powołać się na „okres trwałości” bez dogłębnej analizy (która winna stanowić integralną część OPZ w takim przypadku), czy dopuszczenie wymiany oprogramowania rzeczywiście będzie prowadziło do naruszenia okresu trwałości wcześniej zrealizowanych projektów. Zamawiający, chcąc zrealizować swoje potrzeby konkurencyjnie, winien przed ogłoszeniem postępowania podjąć stosowne kroki (jeśli taka jest konieczność – także poprzez weryfikację swojego stanowiska z jednostką finansującą projekt), aby nie zastrącać się „okresem trwałości”, który w tym przypadku (ze względu na niedochowanie staranności w poprzednim SIWZ i skonstruowanie go w sposób niegwarantujący konkurencyjnej rozbudowy systemu) jednoznacznie, zdaniem Zamawiającego uniemożliwia wymianę systemu, a tym samym determinuje, jaki podmiot złoży ofertę i jaki system zostanie zaoferowany w niniejszym postępowaniu.

Jednocześnie Odwołujący zwraca uwagę, iż kwestionowany SWIZ jest sformułowany w taki sposób, iż uniemożliwia realne konkutowanie w dalszych postępowaniach, a zatem uzależnia Zamawiającego od jednego produktu – określonego producenta. W efekcie konkurencja jest pozorna, a Zamawiającemu grozi sankcja w postaci korekty lub zwrotu dofinansowania.

Postawienie wymogu integracji z posiadanym oprogramowaniem i niedopuszczenie jednocześnie rozwiązań równoważnych niewątpliwie stwarza sytuację, w której producent posiadanego przez Zamawiającego systemu (mogący samemu złożyć ofertę) jest podmiotem, od którego zależy czy inni wykonawcy będą mogli i na jakich warunkach, złożyć oferty w niniejszym postępowaniu. Takie działanie jest sprzeczne z

zasadą uczciwej konkurencji, a przede wszystkim z równym traktowaniem wykonawców.

Zamawiający ma prawo dążyć do uzyskania przedmiotu zamówienia w najlepszej dostępnej technologii, jednakże decydując się na konkretną technologię winien dopuścić rozwiązania równoważne (wyrok z dnia 9 kwietnia 2008, KIO/UZP 270/08). Określenie zadania jako rozbudowa systemów HIS i PACS/RIS, możliwe jest de facto do realizacji jedynie przez dostawcę systemu na bazie posiadanych; kodów źródłowych i prawa do modyfikacji oprogramowania.

Opis przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu wskazuje wyraźnie na cel, jakim jest uniemożliwienie dopuszczenia do realizacji zamówienia przez innego wykonawcę niż dostawca oprogramowania posiadanego przez Zamawiającego lub jego partnerów handlowych.

Zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji przez zastosowanie określonych postanowień w opisie przedmiotu zamówienia jest wystarczające do uznania, że przepisy art. 29 ust. 2 ustawy PZP w związku z art. 7 ust. 1 ustawy PZP zostały naruszone, bowiem ugruntowane jest stanowisko, że wystarczające jest jedynie uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia.

### **Wniosek:**

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ poprzez:

Dopuszczenie możliwości zastąpienia, wymiany posiadanego oprogramowania oraz wskazanie w SIWZ wszystkich wymagań funkcjonalnych posiadanych modułów systemu HIS w celu realnego zaoferowania systemu równoważnego; wprowadzenie do SIWZ poniższych danych dotyczących migracji danych z systemu HIS pełnej listy baz danych i systemów, z których ma nastąpić migracja danych, wraz ze wskazaniem wszystkich technicznych informacji, dzięki którym możliwa będzie ta migracja, a w szczególności:

- ilość i rodzaje baz danych (proste czy złożone, relacyjne czy obiektowe itp. itd.);
- struktura poszczególnych baz danych;
- rozmiar baz danych ;
- sposób migracji ze wskazaniem na dane, które mają pierwszeństwo, informacji na temat spójności danych etc.;
- zakres danych podlegających migracji (jakie dane, za jakie lata, dane z jakich obszarów itd.);

- zapewnienie danych do migracji w postaci plików CSV lub XLS zawierających dane do migracji;

**II. Zarzut nr 2** – opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez zaniechanie określenia w SIWZ wszystkich wymaganych danych dotyczących integracji

Zamawiający w treści **Załącznika 21 do OPZ** - Wymagania na Sinik bazy danych dla HIS część administracyjna – wprowadza następujący zapis:

|   |
|---|
| <i>Wykonawca jest zobowiązany do uruchomienia pełnego zakresu integracji z systemami opisanymi w OPZ w rozdziale IX - Stan aktualny. Koszt ewentualnej modyfikacji integrowanych systemów stanowi koszt Wykonawcy, który jest w pełni odpowiedzialny za uruchomienie wszystkich funkcjonalności integracyjnych po wykonaniu migracji.</i> |
|---|

W ramach posiadanych – oraz podlegających rozbudowie systemów – Zamawiający w treści **Załącznika nr 22 do OPZ – Stan aktualny** – specyfikuje zakres modułów, które powinny podlegać integracji z dostarczonymi funkcjonalnościami stanowiącymi rozbudowę aktualnie wykorzystywanego oprogramowania. Podkreślenia wymaga fakt, iż w treści przekazanej dokumentacji Zamawiający nie wskazuje nazw wykorzystywanego oprogramowania oraz jego producenta. Sytuacja ta odnosi się do oprogramowania systemu HIS dla części medycznej oraz dla modułów systemu PACS/RIS.

Uzasadniony jest zarzut niewłaściwego opisanie przedmiotu zamówienia związanego z przeprowadzeniem integracji oferowanych funkcjonalności - systemu Wykonawcy- z systemami posiadanym przez Zamawiającego, co do których brak jest pełnej informacji w treści SIWZ. W procesie integracji Wykonawca jest zmuszony do podjęcia współpracy ze swoim konkurentem – dostawcą aktualnie wykorzystywanego oprogramowania – będącym jednocześnie podmiotem zainteresowanym uzyskaniem zamówienia. Zamawiający nie podaje w SIWZ informacji o fakcie posiadania i przekazania potencjalnym Wykonawcom dokumentacji technicznej dotychczas używanego systemu, ani jego kodów źródłowych, do których dostęp jest niezbędnym do przeprowadzenia integracji. Potencjalny Wykonawca został obciążony obowiązkiem pozyskania wspomnianych zasobów, a podmiotem do którego Wykonawca jest zobowiązany się zwrócić jest firma dostarczająca aktualne oprogramowanie – o której dla części HIS medycznej i PACS/RIS Zamawiający nie wspomina. W terminie składania oferty potencjalny Wykonawca nie jest w stanie przewidzieć, jakie będą koszty pozyskania dokumentacji i kodów źródłowych systemu, a tym samym realne koszty integracji. W związku z powyższym realne mogą być przypuszczenia, że Wykonawca aktualnie wykorzystywanego oprogramowania może nie wykazać zainteresowania podjęciem współpracy z potencjalnymi Wykonawcami, będącymi jednocześnie rywalem w tym postępowaniu.

Zapis pozostawiony w aktualnym brzmieniu stawia w uprzywilejowanej sytuacji aktualnego wykonawcę z uwagi na fakt, iż na ten moment jako jedyny z kręgu potencjalnych oferentów ma pewność, że przeprowadzenie integracji i rozbudowy w ogóle będzie możliwe i wykonalne. Co więcej Wykonawca ten, w przeciwieństwie do pozostałych, nie będzie musiał występować o udostępnienie, jak i ponosić kosztów potencjalnej integracji, co znajdzie odzwierciedlenie w cenie jego oferty.

Ponadto w treści **Załącznika nr 5** dla modułu **Zlecenia** Zamawiający wprowadza zapis:

*System obsługuje zlecenia we współpracy z modulem zleceń i modułami specjalizowanymi – wysłanie/skierowanie pacjenta na konsultację, badanie diagnostyczne, laboratoryjne, zabieg, obsługa pacjenta konsultowanego w formie elektronicznej (sieć komputerowa) oraz tradycyjnej (wydruk zlecenia). Wszystkie funkcje opisane w module Zleceń Medycznych można uruchomić bezpośrednio z poziomu dowolnego modułu obsługi pacjenta z wyłączeniem modułów integrujących się bezpośrednio z urządzeniami medycznymi.*

Zamawiający powołuje się na: „moduły integrujące się bezpośrednio z urządzeniami medycznymi” nie podając jednoznacznie o jakie moduły oraz o jakie urządzenia medyczne chodzi. Urządzenia takie powinny komunikować się z wykorzystywanym systemem HIS za pomocą przygotowanych interfejsów integracyjnych, pozwalających na wymianę danych zgodnie z odpowiednimi standardami. W treści SIWZ brak informacji o nazwie producenta, modelu oraz rodzaju urządzeń, które podlegają potencjalnej integracji oraz informacji, w którym miejscu integracja miałaby zostać przeprowadzona oraz jaki byłby zakres potencjalnej integracji.

Odwołujący zwraca uwagę, że w procedurze konkurencyjnej Zamawiający ma obowiązek zapewnić wszystkim wykonawcom jednakowe warunki ubiegania się o zamówienie. W związku z tym jedynym źródłem danych na temat przedmiotu zamówienia powinna być Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia dostępna dla wszystkich wykonawców. Zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien udostępnić, jako element OPZ, zakres integracji oraz specyfikację techniczną systemów, z którymi żąda integracji wraz ze szczegółowym opisem interfejsów wymiany danych.

Zamawiający w treści SIWZ w odniesieniu do informacji dotyczących integracji dostarczanego oprogramowania z posiadanym przez Zamawiającego, opisał przedmiot zamówienia w sposób niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Powyższe wpływa na brak możliwości oszacowania przez wykonawców kosztów integracji oferowanego oprogramowania będącego przedmiotem zamówienia, a także kosztów integracji z oprogramowaniem posiadanym.

W SIWZ, zgodnie z przepisami prawa Zamawiający winien zawrzeć wszystkie niezbędne informacje potrzebne wykonawcom ubiegającym się o realizację zamówienia do przygotowania rzetelnej wyceny przedmiotu zamówienia. W niniejszym postępowaniu wykonawcy nie mają przekazanej wystarczającej wiedzy technicznej.

Na skutek braku dostarczenia przez Zamawiającego niezbędnych danych dotyczących integracji oprogramowania integracja jest w istocie niemożliwa. Wykonawca również nie będzie w stanie rzetelnie oszacować zakresu i kosztu niezbędnych czynności, a co za tym idzie, nie posiada niezbędnych informacji do złożenia oferty w postępowaniu przetargowym. Jedynym wykonawcą mającym pełną wiedzę dotyczącą niezbędnej integracji jest dostawca aktualnie posiadanego oprogramowania, co jak już Odwołujący podnosił stawia go uprzywilejowanej pozycji wobec reszty wykonawców. Ponieważ jest on w stanie dokładnie oszacować wartość tych prac i precyzyjnie określić cenę ofertową. Zna on bowiem specyfikę tego systemu, wie też, jakiego nakładu pracy wymaga integracja, może precyzyjnie określić cenę zamówienia, a także wie, czy integracja systemów jest technicznie możliwa i w jakich warunkach. Może on też niejako manipulować wynikiem postępowania oraz dzięki temu wyłącznie samemu móc uzyskać zamówienie.

Opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, niejednoznaczny, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na przygotowanie oferty oraz w sposób, który mógłby utrudniać zachowanie uczciwej konkurencji w toku postępowania poprzez brak umieszczenia w SIWZ koniecznych informacji na temat integracji systemów narusza przepisy ustawy PZP. Sporządzenie pełnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia jest obowiązkiem Zamawiającego. Opis przedmiotu zamówienia powinien być sporządzony w taki sposób, aby wykonawcy byli w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji bądź nadmiernych ryzyk związanych z lukami w opisie przedmiotu zamówienia oszacować i złożyć ofertę. Źródłem danych na temat przedmiotu zamówienia powinna być SIWZ dostępna dla wszystkich wykonawców. SIWZ i Opis przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu nie sprostał wymaganiom przepisów prawa, z uwagi na brak wystarczających danych dotyczących rozbudowy i integracji oprogramowania, co utrudnia, a nawet może uniemożliwić należyte przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników mających na nią wpływ. Odwołujący nie ma możliwości dokonania oceny, czy integracja taka jest technicznie możliwa, a także jakie dokładnie czynności powinien podjąć celem integracji tego systemu, ile roboczogodzin powinien na to przeznaczyć, ani jakie wymogi systemowe są konieczne do dokonania integracji.

### **Wniosek:**

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ poprzez:

- 1) uzupełnienie SIWZ o kompletną dokumentację pełnego zakresu wymiany danych oraz sposobu ich przetwarzania i raportowania między poszczególnymi systemami, urządzeniami, z którymi Zamawiający wymaga integracji oraz parametrów dotyczących interfejsów wymiany danych, rodzaju usług i mechanizmów wymiany danych po stronie tych systemów;
- 2) wprowadzenie w SIWZ i wzorze umowy zobowiązania Zamawiającego, że w przypadku gdy podczas wdrożenia lub podczas eksploatacji wdrożonego

systemu, w tym na etapie gwarancji, Zamawiający dokona wymiany lub zakupu nowych systemów lub urządzeń, tak że będzie to miało wpływ na integrację z oferowanym i wdrożonym systemem – Zamawiający we własnym zakresie i na własny koszt pozyska wszelkie niezbędne do przeprowadzenia ponownej integracji informacje i dane od producenta tych systemów, z którymi miała by nastąpić ponowna integracja lub poprawa mechanizmów integracyjnych oraz że Wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności, ani kosztów za brak integracji wynikający z działań lub zaniechań Zamawiającego i firm trzecich.

3) usunięcie z treści Załącznika nr 5 zapisu dotyczącego modułów integrujących się bezpośrednio z urządzeniami medycznymi.

**III. Zarzut nr 3** - brak wskazania, że Zamawiający dysponuje pełnymi prawami autorskimi do posiadanego systemu informatycznego i że udostępni wykonawcom kod źródłowy w celu dokonania integracji

Zamawiający nie zamieścił w SIWZ informacji, czy dysponuje prawami autorskimi do systemu, którego rozbudowy wymaga w ramach niniejszego postępowania lub kodem źródłowym do niego. Dane te są niezbędne do prawidłowego oszacowania ceny ofertowej i weryfikacji, czy wykonawca jest w stanie wykonać Zamówienie. Ponadto SIWZ nie pozwalała na ustalenie tego, czy kod taki jest konieczny, czy też nie, aby dokonać integracji systemów.

Obecnie takie prawa posiadają obecni dostawcy oprogramowania i w tym zakresie świadczenia usług modyfikacji i integracji mogą dowolnie kształtować swoją ofertę, a nawet może być tak, że tylko oni mogą złożyć jedyną ważną ofertę. Pozostali wykonawcy, celem realizacji przedmiotowego zamówienia, będą musieli uzyskać od dostawców systemów oprogramowania odpowiednią ofertę, co do wykonania przez nich prac w zakresie integracji. Dochodzi tu do pewnego impasu, gdyż taki dostawca systemu może nie być zainteresowany oferowaniem innemu wykonawcy swoich usług, gdyż sam jest zainteresowany wzięciem udziału w postępowaniu.

W zasadzie Odwołujący nie wie nawet, czy możliwe będzie dokonanie przez niego integracji, bowiem Zamawiający nie zamieścił w SIWZ informacji, czy dysponuje prawami autorskimi do posiadanego oprogramowania, ani czy udostępni wykonawcom kod źródłowy. Możliwa jest więc sytuacja, kiedy wykonawca złoży ofertę i zostanie wybrany, a następnie okaże się, że wykonanie takiej integracji w ogóle nie jest możliwe. Powyższe skutkować może odpowiedzialnością Odwołującego jako wykonawcy za niewykonanie zamówienia. Powoduje to złamanie dyspozycji art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 PZP, poprzez niemożliwość wykonania zamówienia od samego początku.

**Wniosek:**

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ poprzez:

wskazanie, że Zamawiający dysponuje prawami autorskimi do posiadanego oprogramowania w zakresie niezbędnym do dokonania jego rozbudowy w ten sposób, że możliwa jest jego integracja, oraz że udostępni wykonawcom kod źródłowy w celu dokonania integracji.

**IV. Zarzut nr 4** – opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny

Zamawiający w następujący sposób przedstawił stan aktualny (rozdział IX Załącznika nr 1 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia):

*Obecnie Zamawiający posiada i produkcyjnie użytkuje zakupione w ramach w.w. projektów:*

*C. oprogramowanie HIS, szczegółowo określone w części A Załącznika 22 do OPZ – Stan aktualny*

*D. oprogramowanie PACS/RIS szczegółowo określone w części C Załącznika 22 do OPZ – Stan aktualny.*

*W związku z powyższym Zamawiający nie dopuszcza zastąpienia, wymiany lub wyłączenia z produkcyjnego użytkowania jakiegokolwiek komponentu oprogramowania, który były zrealizowany w ramach w.w. projektów.*

Część A załącznika nr 22 do OPZ wymienia moduły systemu HIS część medyczna, jakie Zamawiający posiada i produkcyjnie użytkuje.

Część C załącznika nr 22 do OPZ wymienia moduły systemu PACS/RIS część medyczna, jakie Zamawiający posiada i produkcyjnie użytkuje.

Natomiast część B załącznika nr 22 do OPZ wymienia moduły systemu HIS część administracyjna.

W rozdziale IX Załącznika nr 1 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał, że *oprogramowanie HIS i oprogramowanie PACS/RIS zakupione zostały w ramach projektów:*

- 1. WND-RPLD.04.02.00.00-020/09 pod nazwą „Rozbudowa systemu informatycznego w SP ZOZ w Poddębicach”*
- 2. WND-RPLD.05.01.00.00-002/09 pod nazwą „Zakup sprzętu i urządzeń medycznych wraz z wyposażeniem dla Szpitala Powiatowego w Poddębicach”*

Zamawiający pisze w jednym miejscu SIWZ o całości oprogramowania HIS, jako zakupionego w ramach projektu i niepodlegającego wymianie, zastąpieniu, natomiast w innym miejscu odwołuje się jedynie do części medycznej oprogramowania HIS. Tym samym wykonawca nie ma jasnej i wyczerpującej informacji w stosunku do jakiego komponentu oprogramowania Zamawiający nie dopuszcza *zastąpienia, wymiany lub wyłączenia z produkcyjnego użytkowania.*

Nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W wyroku z dnia 30 kwietnia 2014 r., KIO 738/14, Izba zwróciła uwagę, że Zamawiający powinien tak opisać przedmiot zamówienia (w sposób jasny, zrozumiały i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty), aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jaką mogą złożyć ofertę, aby spełniać te wymogi, jaki produkt i o jakich parametrach będzie zgodny z oczekiwaniami zamawiającego.

#### **Wniosek:**

Wykonawca w pierwszej kolejności podtrzymuje wniosek i zarzut nr 1, gdyż realizacja wniosku w zakresie dopuszczenia wymiany systemu zgodnie z wnioskiem w zakresie zarzutu nr 1 zaspokaja interes wykonawcy także co do zarzutu nr 4.

Dodatkowo, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ poprzez:

precyzyjne i wyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia oraz usunięcie istniejącej rozbieżności, w stosunku do jakiego komponentu oprogramowania Zamawiający nie dopuszcza zastąpienia, wymiany lub wyłączenia z produkcyjnego użytkowania.

#### **V. Zarzut nr 5 – brak wyczerpującego opisu procesu migracji**

Zgodnie z treścią **Załącznika nr 1 do SIWZ** - Opis przedmiotu zamówienia – Zamawiający specyfikuje, iż:

*Elementem realizacji zamówienia jest dostawa licencji oprogramowania oraz jego instalacja, , migracja w pełnym zakresie wszystkich danych (wtedy gdy jest konieczna) oraz produkcyjne uruchomienie z pełną historią danych znajdujących się w obecnie używanym oprogramowaniu, szczegółowo opisanym w rozdziale IX – Stan aktualny*

W treści przywołanego rozdziału IX – Stan aktualny - Zamawiający nie wprowadza zapisów dotyczących zakresu migracji – ograniczając się jedynie do informacji, że wymaga migracji w **pełnym zakresie**. Odwołujący nie wskazał żadnych konkretnych i jednoznacznych informacji oraz parametrów odnoszących się do eksploatowanych przez Zamawiającego systemów informatycznych, jak również nie wskazał w sposób konkretny, jakie dane wykonawca miałby migrować. Zamawiający nie podał również nazwy producenta obecnie używanego przez Zamawiającego systemu ograniczając się jedynie do podania nazwy posiadanych modułów.

Z treści **Załącznika nr 5 do OPZ** wynika pewien zakres migracji danych, który uwidacznia się w treści poszczególnych wymagań dotyczących rozbudowy modułów, jak m.in.:

RUCH CHORYCH pkt 2.



Możliwością przeglądu danych archiwalnych dotyczących danych z poszczególnych pobyków w szpitalu (rejestr pobyków), a także wizyt ambulatoryjnych, stacji dializ, diagnostyki.

GABINET LEKARSKI pkt. 1.

Prowadzenie rejestru pacjentów (wspólnego dla wszystkich modułów) z możliwością przeglądu danych archiwalnych dotyczących danych z poszczególnych pobyków szpitalnych, wizyt ambulatoryjnych, diagnostycznych

PRACOWNIA DIAGNOSTYCZNA - pkt. 20

Dostęp do skorowidza pacjenta z możliwością przeglądu danych archiwalnych dotyczących zarówno danych osobowych jak również danych z poszczególnych badań. Po wpisaniu Imienia i Nazwiska prezentowane są wszystkie wyniki badań dla pacjenta

PUNKT POBRAŃ - pkt. 1.4

dostęp do zleceń archiwalnych pacjenta,

Zamawiający w treści funkcjonalności jasno wskazuje, iż wymaga zapewnienia możliwości przeglądu danych archiwalnych w elementach systemu stanowiących rozbudowę. Nigdzie jednak nie został wyspecyfikowany zakres migracji, jak i deklaracja współpracy z potencjalnym Wykonawcą.

Taki opis przedmiotu zamówienia, w którym Zamawiający nie udostępnia Wykonawcy żadnych informacji w odniesieniu do systemu informatycznego, z którego obecnie Zamawiający korzysta, ani żadnych informacji dotyczących danych, za migrację których zgodnie z treścią SIWZ odpowiedzialny będzie wykonawca, w sposób rażąco narusza zasady uczciwej konkurencji oraz dyrektywy ustawowe w zakresie sporządzania opisu przedmiotu zamówienia, ustanowione w treści art. 29 ust. 1 PZP.

Zamawiający zobowiązany jest w świetle ustawy PZP, jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Odwołujący wskazuje, że brak dostarczenia potencjalnym wykonawcom informacji co do zakresu i ilości danych mających podlegać procesowi migracji, jak również brak wskazania parametrów systemu informatycznego, z którego ta migracja ma mieć miejsce, uniemożliwia ustalenie zakresu powyższego obowiązku, oraz odpowiedniego uwzględnienia go podczas dokonywania wyceny oraz składania oferty. Poprzez tak sformułowane postanowienia SIWZ, Zamawiający w istocie przerzuca na wykonawcę obowiązek ustalenia wymagań i warunków technicznych migracji danych. Na tym etapie, wykonawcy nie otrzymali żadnych konkretnych informacji dotyczących migracji danych – w szczególności w zakresie ilości i rodzajów baz danych i ich struktury i rodzaju, a także samego sposobu przeprowadzenia migracji oraz jej zakresu, a tym samym przedmiot zamówienia jest dla nich niezrozumiały i nie pozwalający na wycenę i złożenie oferty. Należy przy tym

zaznaczyć, iż na obecnym etapie to właśnie dokumentacja przetargowa jest jedynym źródłem informacji, na tym etapie wykonawcy nie otrzymali żadnych konkretnych informacji dotyczących migracji danych.

### **Wniosek:**

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ poprzez:

- 1) zapewnienie danych do migracji w postaci plików **CSV** lub **XLS** zawierających dane do migracji wraz z dokumentacją umożliwiającą pełną identyfikację zawartości tych plików;
- 2) wskazanie wszystkich technicznych informacji, dzięki którym możliwa będzie ta migracja a w szczególności m.in.:
  - struktury poszczególnych baz danych;
  - sposób migracji ze wskazaniem na dane, które mają pierwszeństwo, informacji na temat spójności danych, itp.;
  - zakres danych podlegających migracji (jakie dane, za jakie lata, dane z jakich obszarów itd.);
- 3) ograniczenie zakresu migracji danych dotyczących przeniesienia danych rozliczeniowych oraz wprowadzenie zapisu, iż w celu realizacji archiwalnych korekt i nadwykonań, Zamawiający pozostawi w swojej siedzibie jedną instalację aktualnego systemu (1 licencja), która bez aktualizacji umożliwi realizację tego wymagania.

**VI. Zarzut nr 6** – wprowadzenie nieuzasadnionego wymagania dostarczenia systemu w przynajmniej dwóch innych językach poza polskim (np. angielskim i rosyjskim)

W treści **Załącznika nr 5 do OPZ** Zamawiający wprowadza wymagania minimalne dotyczące rozbudowy HIS dla części medycznej. Wśród przywołanych wymagań specyfikowana została konieczność dostarczenia oprogramowania umożliwiającego pracę w kilku innych językach:

*Aby ułatwić pracę personelowi medycznemu pochodzącemu spoza Polski, istnieje możliwość uruchomienia systemu w przynajmniej dwóch innych językach poza polskim (np. angielskim i rosyjskim).*

Podkreślenia wymaga fakt, iż wprowadzenie wielojęzykowości na poziomie całości systemu jest kosztochłonne i może okazać się niezasadnym. Zamawiający rozbudowuje zakres wdrożenia o konieczność wdrożenia kilku równoległych wersji systemu w różnych wersjach językowych. Zgodnie z ustawą z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich

Unii Europejskiej (art. 29) osoba, której kwalifikacje zawodowe do wykonywania zawodu regulowanego albo podjęcia lub wykonywania działalności regulowanej podlegają uznaniu, jest obowiązana posiadać znajomość języka polskiego w stopniu niezbędnym do wykonywania danego zawodu albo działalności. Konsekwencją jest wymóg zdawania egzaminu z języka polskiego przez wszystkich lekarzy i lekarzy dentystów, którzy studiowali w języku innym niż polski i chcieliby w Polsce wykonywać swój zawód. Biorąc pod uwagę powyższe personel Zamawiającego powinien posługiwać się językiem polskim w zakresie umożliwiającym wprowadzanie danych dotyczących stanu zdrowia pacjenta, a tym samym obsługi systemu.

Dodatkowo podkreślenia wymaga fakt, iż utrzymanie spójności wersji językowej interfejsu do wprowadzonych przez użytkowników treści jest niemożliwe z uwagi na fakt, że treści, dotyczące stanu pacjenta, wprowadzane będą przez znaczną część personelu w języku polskim. Co kreuje sytuację w której w systemie w wersji językowej np. angielskiej prezentowane będą treści – stanowiące wkład uzupełnionych dokumentów historii choroby – wytworzone w języku polskim. Użytkownikiem – operatorem – systemu jest personel Zamawiającego, co kreuje sytuację w której w systemie w wersji językowej np. angielskiej wprowadzone treści będą stanowiły wsad w języku polskim. Zważyć należy, że system będący przedmiotem zamówienia nie posiada zdolności tłumaczenia treści wprowadzonych w języku polskim na język obcy i odwrotnie.

Ponadto Zamawiający nie wskazuje konkretnych wersji językowych, wymaga jedynie możliwości uruchomienia systemu w przynajmniej dwóch innych językach poza polskim. Wprowadzenie takiego zapisu pozwala na domniemanie, że wymaganie nie wynika z realnych potrzeb Zamawiającego, a jedynie z chęci ograniczenia konkurencyjności.

Biorąc pod uwagę powyższe argumenty Zamawiający w sposób nieuzasadniony rozbudowuje zakres przedmiotu zamówienia, co może spowodować wydatkowanie środków publicznych z naruszeniem zasady oszczędności i celowości. Należy zwrócić uwagę, że jest to nadmiarowe wymaganie, ponieważ nie jest to rozwiązanie standardowe, będące normą w postępowaniach tego typu. Podkreślenia wymaga fakt, iż Zamawiający wydatkuje pieniądze publiczne, więc powinien sformułować zakres przedmiotu Zamówienia w jak najbardziej racjonalny sposób, aby nie dopuścić do sytuacji naruszenia i nadszarpnięcia budżetu przewidzianego na realizację tego zamówienia.

Zgodny z przepisami ustawy PZP opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w ubieganiu się o udzielenie zamówienia. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji (art. 29 ust. 2 PZP) zachodzi, w sytuacji, gdy zamawiający opisz przedmiot zamówienia przez zbyt nie dookreślenie bez uzasadnienia, polegające na dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb Zamawiającego.

W wyroku KIO/UZP 434/09, wskazano, że „Określenie przedmiotu zamówienia

*powinno być poparte obiektywnymi i uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego. Ograniczenie w swobodzie określenia przedmiotu zamówienia wskazuje norma art. 29 p.z.p., która zakazuje takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję poprzez użycie takich sformułowań, które powodują uprzywilejowanie określonych wykonawców lub dyskryminowanie innych, uniemożliwiając im złożenie oferty. Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórych wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia”.*

## **Wniosek:**

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ poprzez:

usunięcie z treści SIWZ (Załącznik nr 5 do OPZ) wymagania dostarczenia oprogramowania zapewniającego możliwość uruchomienia systemu w przynajmniej dwóch innych językach poza polskim (np. angielskim i rosyjskim).

**VII. Zarzut nr 7** - określenie terminu wykonania zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz w sposób sprzeczny z zasadą swobody umów

W SIWZ (Rozdział III Opis przedmiotu zamówienia) Zamawiający opisał przedmiot zamówienia z podziałem na trzy pakiety:

### **1. Przedmiot zamówienia obejmuje:**

#### **1.1. Pakiet 1:**

- 1.1.1. Serwer – 1 sztuka, wg wymagań opisanych w Załączniku 1 do OPZ
- 1.1.2. Czytnik kodów kreskowych – 17 sztuk, wg wymagań opisanych w Załączniku 2 do OPZ
- 1.1.3. Drukarka opasek – 5 sztuki, wg wymagań opisanych w Załączniku 3 do OPZ
- 1.1.4. Silnik bazy danych, wg wymagań opisanych w Załączniku 4 do OPZ
- 1.1.5. Rozbudowa HIS część medyczna, wg wymagań opisanych w Załączniku 5 do OPZ
- 1.1.6. Integracja z P1, wg wymagań opisanych w Załączniku 6 do OPZ
- 1.1.7. Integracja z Laboratorium, wg wymagań opisanych w Załączniku 7 do OPZ
- 1.1.8. Integracja z PACS/RIS, wg wymagań opisanych w Załączniku 8 do OPZ
- 1.1.9. Elektroniczna Dokumentacja Medyczna, wg wymagań opisanych w Załączniku 9 do OPZ;
- 1.1.10. e-usługi on-line, wg wymagań opisanych w Załączniku 10 do OPZ
- 1.1.11. Szkolenia z HIS część medyczna, wg wymagań opisanych w Załączniku 11 do OPZ

- 1.1.12. Szkolenia z EDM, wg wymagań opisanych w Załączniku 12 do OPZ
- 1.2. *Pakiet 2:*
- 1.2.1. Serwer – 1 sztuka, wg wymagań opisanych w Załączniku 13 do OPZ
- 1.2.2. Macierz – 1 sztuka, wg wymagań opisanych w Załączniku 14 do OPZ
- 1.2.3. NAS – 1 sztuka, wg wymagań opisanych w Załączniku 15 do OPZ
- 1.2.4. System wirtualizacyjny - 1 sztuka, wg wymagań opisanych w Załączniku 16 do OPZ
- 1.2.5. Rozbudowa PACS/RIS, wg wymagań opisanych w Załączniku 17 do OPZ
- 1.3. *Pakiet 3:*
- 1.3.1. Serwer – 1 sztuka, wg wymagań opisanych w Załączniku 18 do OPZ
- 1.3.2. Rozbudowa HIS część administracyjna, wg wymagań opisanych w Załączniku 19 do OPZ
- 1.3.3. Szkolenia z HIS część administracyjna, wg wymagań opisanych w Załączniku 20 do OPZ
- 1.3.4. Silnik bazy danych, wg wymagań opisanych w Załączniku 21 do OPZ

W SIWZ w rozdziale IV. Termin wykonania zamówienia Zamawiający wymaga wykonania przedmiotu zamówienia określonego w Pakiecie nr 1-3 w terminie do 4 miesięcy od daty zawarcia umowy.

Ponadto w § 2 wzoru umowy Zamawiający wskazał: *Całość Przedmiotu Umowy zostanie zrealizowana w terminie do 4 miesięcy od daty zawarcia umowy.*

Biorąc pod uwagę fakt, złożoności zamówienia tj:

- udzielenie licencji na korzystanie z dostarczonego oprogramowania oraz wdrożenie, instalacja i konfiguracja oprogramowania HIS, PACS/RIS (rozbudowa – gdzie należy powielić argumentację **vide zarzut 3**), oprogramowania do prowadzenia Elektronicznej Dokumentacji Medycznej (EDM) oraz elektronicznych usług on-line (e-usługi);
- realizacja szkoleń;
- instalacja i konfiguracja niezbędnego oprogramowania narzędziowego;
- dostarczenie sprzętu oraz silnika bazy danych;

oraz konieczność głębokiej integracji rozbudowywanych elementów z systemem Zamawiającego przeznaczony na realizację zamówienia termin może okazać się niewystarczającym co skutkować będzie zarówno naliczeniem potencjalnych kar, jak i uznaniem realizacji zamówienia w sposób wadliwy.

Podkreślenia wymaga fakt przywołanych w ramach **zarzutu 1** argumentów dotyczących realizacji zamówienia poprzez rozbudowę aktualnie wykorzystywanego oprogramowania. W związku z nałożeniem obowiązku podjęcia współpracy potencjalnego Wykonawcy z konkurencją, a w konsekwencji sytuacji, w której

Wykonawca na dzień składania ofert nie jest w stanie przewidzieć, czy wykonanie przedmiotu zamówienia będzie możliwe oraz nie jest w stanie nawet w przybliżeniu oszacować kosztów tego wykonania, termin realizacji zamówienia może ulegać wydłużeniu. Wykonawcy, inni niż firma dostarczająca aktualnie wykorzystywane rozwiązanie, nie mają wiedzy na jakie problemy mogą natrafić na etapie realizacji zamówienia. Błędy integracji – z obcym oprogramowaniem – mogą wydłużać i utrudniać realizację projektu przez co założony przez Zamawiającego czas może okazać się niewystarczającym.

Rezultatem powyższych postanowień jest przerzucenie na Wykonawcę obowiązku pozyskania dokumentacji technicznej i kodów źródłowych i innych informacji niezbędnych do złożenia oferty. Przy czym podmiotem posiadającym wiedzę w tym zakresie jest konkurent Wykonawcy, a ten z kolei nie ma żadnego interesu w podjęciu współpracy z potencjalnym Wykonawcą. Jedynie dotychczasowy dostawca systemu, z którego korzysta Zamawiający, ma pewność, że wykonanie takiej rozbudowy jest w ogóle możliwe i wykonalne, w dodatku nie ciąży na nim obowiązek wykonania integracji, ponieważ stanowi rozbudowę własnego produktu. Realizacja zamówienia w terminie wskazanym przez Zamawiającego jest możliwa przez wykonawcę aktualnie wykorzystywanego oprogramowania, bowiem nie jest on zobligowany do wykonywania żadnych dodatkowych prac związanych z wypracowaniem odpowiednich interfejsów integracyjnych.

Wdrożenie nowego, kompletnego produktu oraz migracja podstawowego, niezbędnego zakresu danych jest znacznie łatwiejszym i szybszym rozwiązaniem, niżeli integracja rozbudowa systemu innego producenta. Wykonanie niezbędnych połączeń między dwoma rozwiązaniami może okazać się niemożliwa na etapie realizacji i generować koszt- i czasochłonne problemy, których można byłoby uniknąć w przypadku wdrożenia nowego oprogramowania.

W ramach realizacji zamówienia w trybie rozbudowy Wykonawca zgłaszający się o udostępnienie interfejsów integracyjnych musi również polegać na swoim konkurencie. Bowiem to nie od Odwołującego, a od dobrej woli konkurenta, zależy termin w jakim aktualny dostawca oprogramowania dostarczy odpowiednie interfejsy integracyjne oraz czy zostaną one w ogóle dostarczone. Potencjalny wykonawca dokładając wszelkich starań może dążyć do realizacji zamówienia we wskazanym terminie, jednak z uwagi na złożoność procesów oraz uzależnienie realizacji rozbudowy systemu od udostępnienia odpowiednich komponentów (interfejsów integracyjnych) przez potencjalnego konkurenta, termin ten może ulec zmianie i znacznie się wydłużyć.

Odwołujący podnosi zatem, że termin na wykonanie zamówienia został ustanowiony w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, a wykonanie zamówienia w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie może w istocie nie być niemożliwe.

Zdaniem Odwołującego ustalony przez Zamawiającego termin realizacji zamówienia powinien być wystarczająco długi, aby wykonawcy mieli realny czas na wytworzenie i dostarczenie przedmiotu zamówienia, nie może natomiast służyć do faworyzowania jednych i co się z tym wiąże dyskryminowania pozostałych wykonawców, czego Zamawiający dokonuje, zdaniem Odwołującego, wprowadzając takie zapisy. Drastyczne skrócenie terminu realizacji do 4 miesięcy budzi uzasadnione obawy o

realność wykonania przedmiotu zamówienia w takim czasie, a tym samym wątpliwości w zakresie bezstronności Zamawiającego, gdyż może sugerować, iż poprzez określenie zbyt krótkiego terminu realizacji Zamawiający preferuje któregoś z wykonawców.

Orzecznictwo KIO wskazuje, iż określenie przez zamawiającego w postępowaniu niemożliwego do dotrzymania terminu realizacji przedmiotu zamówienia, przy uwzględnieniu specyfiki przedmiotu zamówienia oraz obowiązujących na danym rynku reguł związanych z realizacją tego typu zamówień może w sposób bezpośredni prowadzić do naruszenia jednej z zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy PZP i tym samym do naruszenia powyższej normy prawnej.

Ponadto należy mieć na uwadze, że zgodnie z art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Granica swobody umowy zakreślona została również przez zasady współżycia społecznego tj. m.in. równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Zdaniem Odwołującego granica ta została naruszona w przedmiotowej sprawie, a Zamawiający, narzucając tak krótki termin na wykonanie zamówienia przerzuca w całości na wykonawcę ryzyka ewentualnych opóźnień w realizacji przedmiotu zamówienia.

### **Roszczenie:**

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ oraz wzoru umowy poprzez zmianę zapisów dotyczących terminu wykonania całości przedmiotu umowy poprzez jego wydłużenie do 9 miesięcy od daty zawarcia umowy.

**VIII. Zarzut nr 8** – w zakresie regulacji wzoru umowy w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron, a także prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego prawa podmiotowego, podmiotowego, jak również poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec Wykonawcy

#### **a) Górny limit kar umownych**

We wzorze umowy Zamawiający uregulowała kary umowne w następujący sposób:

§ 11 ust. 1 pkt 1.1 wzoru umowy: *W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy przez Wykonawcę, Zamawiający ma prawo naliczyć kary umowne, które będą naliczane w następujących okolicznościach i w określonych poniżej wysokościach: 1.1. za odstąpienie od Umowy przez Zamawiającego lub Wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w wysokości 15 % Wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 6 ust.1 umowy*

*§ 11 ust. 7 wzoru umowy: Całkowita wysokość kar umownych nie może przekroczyć wysokości Wynagrodzenia umownego określonego w § 6 ust. 1 niniejszej umowy*

*W § 10 ust. 1 pkt 1.3 wzoru umowy: Zamawiający może odstąpić od Umowy lub wypowiedzieć Umowę ze skutkiem natychmiastowym, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, bez wyznaczania dodatkowego terminu, jeżeli zajdzie przynajmniej jedna z niżej wymienionych okoliczności:*

*1.3. opóźnienie Wykonawcy w wykonaniu Przedmiotu Umowy przekroczy 33% czasu przeznaczanego na realizację umowy*

Zdaniem Odwołującego bezzasadne jest takie ukształtowanie zapisów wzoru umowy, które pozwalają Zamawiającemu na żądanie zapłaty kar za naruszenia terminów częściowych, pomimo dochowania końcowego terminu wykonania zamówienia w wysokości większej niż kara za odstąpienie od umowy, które może być związane z brakiem realizacji zamówienia. Należy uznać to za naruszenie zasady proporcjonalności poprzez działanie niezgodne z art. 7 ust. 1 ustawy pzp. W sytuacji przewidzienia już w SIWZ kar umownych za naruszenie terminu wykonania umowy, a także wobec możliwości dochodzenia przez Zamawiającego odszkodowania przewyższającego wartość kar umownych (§ 11 ust. 3: *Jeżeli na skutek niewykonania bądź nienależytego wykonania Umowy, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, u Zamawiającego powstanie szkoda przewyższająca zastrzeżone w Umowie kary umowne lub też szkoda powstanie z przyczyn innych niż te, ze względu, na które zastrzeżono karę umowną, Zamawiającemu przysługuje prawo do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych*), nie można uznać, aby interes Zamawiającego w tym zakresie nie był już należycie zabezpieczony. Należy uznać, że celem zachowania elementarnej równości stron stosunku zobowiązaniowego, co jest fundamentalną wartością przy kształtowaniu postanowień umowy wzajemnej, jaką jest umowa o zamówienie publiczne, Zamawiający powinien kształtować zapisy wzoru umowy w sposób proporcjonalny tj. stosując środki adekwatne do osiągnięcia zamierzonego celu, niewykraczające ponad to co konieczne, w tym również środki, które nie naruszają zasady ekwiwalentności świadczeń z umowy wzajemnej. Ustalony przez Zamawiającego górny limit kar umownych we wzorze umowy powoduje, że Wykonawca wykonując zobowiązanie z naruszeniem obowiązków umownych, może być obciążony karami umownymi przekraczającymi wartość kar umownych, jakie Zamawiający ustanowił z tytułu np. niewykonania zamówienia. Powoduje to rażącą dysproporcję między odpowiedzialnością za niewykonanie zobowiązania, a sytuacją w której zobowiązanie zostałoby wykonane, ale ze stwierdzeniem naruszenia przez Zamawiającego pewnych zapisów umowy. W ocenie Odwołującego łączny poziom kar umownych naliczanych ewentualnie Wykonawcy z tytułu różnych przypadków nienależytego wykonania umowy nie powinien być wyższy od kary zastrzeżonej w przypadku odstąpienia od umowy, co może się wiązać z niewykonaniem zamówienia.



b) Rażąco wygórowane kary umowne

We wzorze umowy Zamawiający uregulowała kary umowne w następujący sposób:

§ 11 ust. 1 pkt 1.2, 1.3, 1.4 i 1.5 wzoru umowy:

*W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy przez Wykonawcę, Zamawiający ma prawo naliczyć kary umowne, które będą naliczane w następujących okolicznościach i w określonych poniżej wysokościach:*

*1.2 z tytułu opóźnienia w realizacji Przedmiotu Umowy w stosunku do terminu określonego w § 2 ust. 1 w wysokości 0,5% Wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 6 ust. 1 niniejszej umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,*

*1.3 z tytułu opóźnienia w realizacji Przedmiotu Umowy w stosunku do terminu określonego w § 4 ust. 1 w wysokości 0,5% Wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 6 ust. 1 niniejszej umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,*

*1.4 z tytułu opóźnienia w usuwaniu wad i usterek w okresie gwarancji opisanej w § 8 i opieki aktualizującej opisanej w § 9, w wysokości 0,5 % Wynagrodzenia umownego brutto, określonego w §6 ust. 1 niniejszej umowy, za każdy dzień zwłoki liczony od dnia następnego po dniu wyznaczonym na usunięcie wad,*

*1.5 z tytułu naruszenie obowiązków, o których mowa w § 12 w wysokości 1 % wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 6 ust. 1 niniejszej umowy, za każde naruszenie osobno.*

Jak wskazano w § 2 ust. 1 wzoru umowy całość Przedmiotu Umowy zostanie zrealizowana w terminie do 4 miesięcy od daty zawarcia umowy, natomiast zgodnie z § 4 ust. 1 Wykonawca w terminie maksymalnie 30 dni od daty zawarcia umowy, jest zobowiązany uzgodnić z Zamawiającym dokument pn. Plan Realizacji Zamówienia (PRZ). Zwłoka w realizacji przedmiotowych obowiązków powodować będzie naliczanie kar umownych w wysokości 0,5 % wynagrodzenia całkowitego za realizację zamówienia. Ponadto naliczane mogą być kary z tytułu *opóźnienia w usuwaniu wad i usterek w okresie gwarancji oraz naruszeń obowiązków w zakresie poufności.*

Jak wynika z wzoru umowy kary są sumowane (§ 11 ust. 2 wzoru umowy). Tak ukształtowane zapisy mogą doprowadzić do jednoczesnego naliczania kar umownych z kilku tytułów, przykładowo z tytułu zwłoki w realizacji przedmiotu umowy jako całość, dodatkowo z tytułu zwłoki w realizacji umowy w zakresie zobowiązania uzgodnienia z Zamawiającym dokument pn. Plan Realizacji Zamówienia (PRZ) oraz przykładowo naruszeń zobowiązań z § 12 wzoru umowy. Prowadzi to do nieuzasadnionej kumulacji kar umownych oraz może prowadzić do skutku w postaci naliczenia kary umownej równej wysokości wynagrodzenia za realizację przedmiotu umowy już po dość krótkim okresie czasu.

Odwołujący podnosi, że Zamawiający stosownie do art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp jest uprawniony do kształtowania istotnych postanowień przyszłej umowy o zamówienie publiczne. W tym zakresie Zamawiający jest uprawniony do kształtowania postanowień umowy, ale jednocześnie musi postępować w tym zakresie w granicach

wyznaczonych przepisami prawa cywilnego. Swoboda umów, określona w art. 353<sup>1</sup> k.c. znajduje zastosowanie w zamówieniach publicznych na zasadzie odesłań określonych w art. 14 ust. 1 oraz art. 139 ust. 1 ustawy pzp. Jak wskazuje się w orzecnictwie swoboda ta nie jest jednak nieograniczona, nie stanowi dowolności kształtowania postanowień umowy. Zamawiający jest przede wszystkim zobowiązany do zachowania wynikającej z art. 353<sup>1</sup> k.c. reguły, aby treść lub cel umowy nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Równocześnie należy wskazać, że uprawnienie Zamawiającego do ukształtowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego warunków umowy doznaje ograniczenia wynikającego z ustalonego w art. 5 k.c. zakazu nadużywania prawa podmiotowego. Zasady w tym zakresie wynikają ponadto z przepisów prawa zamówień publicznych tj. art. 7 ust. 1 ustawy pzp, w szczególności zasady uczciwej konkurencji oraz zasady proporcjonalności. Zgodnie z wskazanymi zasadami Zamawiający zobligowany jest do stosowania w postępowaniu takich środków, które są adekwatne do realizacji danego celu i proporcjonalne do jego istoty, co powinno przekładać się na jak najmniej dotkliwe dla wykonawcy postanowienia. Z uwagi na to wprowadzane do SIWZ (wzoru umowy) postanowienia o karach umownych nie powinny zaprzeczać charakterowi prawnemu instytucji kary umownej, którego celem jest przede wszystkim zapewnienie naprawienia szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez Wykonawcę. Kary umowne nie powinny stanowić sankcji oderwanej od wagi danego naruszenia obowiązków, ani też prowadzić do nieuprawnionego wzbogacenia Zamawiającego kosztem Wykonawcy. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 31 lipca 2015 roku (KIO 1519/15): *Zdaniem Izby rażąco wygórowana kara umowna to zarówno sytuacja, gdy zachwiana zostanie relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zamówienia a wysokością kary umownej zastrzeżonej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy z uwzględnieniem okresu opóźnienia. Na sposób dokonywania oceny wysokości ustalonych kar zwrócił uwagę Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r., I ACa 26/14, gdzie stwierdził, że ocenę, czy kara w danym przypadku jest rażąco wygórowana w rozumieniu art. 484 § 2 k.c. należy dokonać w kontekście całokształtu okoliczności sprawy, uwzględniając przedmiot umowy, okoliczności, na jakie kara umowna została zastrzeżona, cel tej kary, sposób jej ukształtowania, okoliczności, w jakich doszło do sytuacji uzasadniającej naliczenia kary, wagę i zakres nienależytego wykonania umowy, stopień winy, charakter negatywnych skutków dla drugiej strony itp.* Potwierdzeniem powyższego jest stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z 29 listopada 2013 r. Sygn. akt I CSK 124/13, dotyczącego przesłanek miarkowania kar umownych jako rażąco wygórowanych. W uzasadnieniu wyroku Sąd wskazał iż *"kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody. Celem miarkowania kary umownej jest natomiast ochrona równowagi interesów stron i zapobieżenie nadmiernemu obciążeniu dłużnika oraz niesłusznemu wzbogaceniu wierzyciela"* oraz stanowisko wskazane w wyroku KIO z dnia z dnia 4 grudnia 2015 roku (KIO 2546/15).

Ponadto zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 4 września 2018 roku (KIO 1601/18): *Nie jest przy tym dozwolone zastrzeganie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej (tak też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2007 r., sygn. akt: I CSK 484/06). O tym, czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej, nie może sama przez się decydować jej wysokość przyjęta procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika. W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną. Kara umowna może być "rażąco wygórowana" już w chwili jej zastrzegania lub stać się taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary (tak też: Gudowski Jacek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania, 2013).*

Kary umowne są również ukształtowane w zupełnym oderwaniu od oceny istotności ewentualnego naruszenia umowy w tym zakresie. Naruszenie częściowych obowiązków umownych może powodować obowiązek zapłaty kar na poziomie większym, niż zastrzeżona kara umowna na wypadek odstąpienia od umowy przy braku wykonania zamówienia, podczas gdy dolegliwość jednej i drugiej sytuacji dla Zamawiającego jest zupełnie nieporównywalna. Prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego względem Wykonawcy, a ponadto jest niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i proporcjonalności, określonymi w art. 7 ust. 1 ustawy PZP.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazuje, że fakt, iż w razie rażącego wygórowania kar umownych Wykonawca może odwołać się do ochrony sądowej i żądać miarkowania kary umownej (art. 484 § 2 k.c.), nie oznacza, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania od początku kar umownych rażąco wygórowanych, w wysokości zaburzającej równowagę stron i ekwiwalentność świadczeń. Takie działanie należy traktować jako naruszenie natury stosunku prawnego i nadużycie przysługującego Zamawiającemu prawa podmiotowego do ustalenia w SIWZ istotnych postanowień umowy. Nie jest zasadne, aby chcąc uzyskać adekwatne wynagrodzenie Wykonawca zmuszony byłby dochodzić jego zapłaty przed sądem, zmuszony zdać się na uznanie sądu w zastosowaniu art. 484 § 2 k.c., co mogłoby prowadzić również do odłożenia uzyskania zapłaty o wiele lat od realizacji zamówienia. Czynności Zamawiającego prowadzące do takich sytuacji nie mogą być uznane za wykonywanie prawa z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp.

Zaznaczyć należy, że również ustawodawca zwraca uwagę na wskazane powyżej kwestie, w uzasadnieniu do nowelizacji ustawy prawo zamówień publicznych wskazano: *Kierując się często uproszczonym postrzeganiem interesu zamawiającego, postanowienia umów zawierają rozwiązania nazbyt restrykcyjne i nieproporcjonalne do rodzaju i wartości zamówienia publicznego (np. z zakresu wysokości i kategorii zastrzeganych kar umownych, przerzucanie odpowiedzialności za większość ryzyk na*

*wykonawców, nieuwzględnianie okoliczności związanych z trudnymi do oszacowania gwałtownymi zmianami rynkowymi). Paradoksalnym skutkiem takiego działania jest niekorzystny wpływ na efektywność wydatkowania środków publicznych, przez wyższe ceny wskazywane przez wykonawców uwzględniające koszt nieproporcjonalnego ryzyka po ich stronie, a także zmniejszanie konkurencyjności postępowań, przez rezygnację potencjalnych wykonawców z udziału w postępowaniach o udzielenia zamówienia publicznego.*

c) regulacje w zakresie kumulacji kar umownych

We wzorze umowy Zamawiający uregulowała kary umowne oraz odstąpienie od umowy w następujący sposób:

*§ 10 ust. 1 pkt 1.3 wzoru umowy: Zamawiający może odstąpić od Umowy lub wypowiedzieć Umowę ze skutkiem natychmiastowym, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, bez wyznaczania dodatkowego terminu, jeżeli zajdzie przynajmniej jedna z niżej wymienionych okoliczności: (...) 1.3. opóźnienie Wykonawcy w wykonaniu Przedmiotu Umowy przekroczy 33% czasu przeznaczonego na realizację umowy*

*§ 11 ust. 1 pkt 1.1. i 1.2 i § 11 ust. 2 wzoru umowy:*

*W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy przez Wykonawcę, Zamawiający ma prawo naliczyć kary umowne, które będą naliczane w następujących okolicznościach i w określonych poniżej wysokościach:*

*1.1. za odstąpienie od Umowy przez Zamawiającego lub Wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w wysokości 15 % Wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 6 ust. 1 umowy,*

*1.2. z tytułu opóźnienia w realizacji Przedmiotu Umowy w stosunku do terminu określonego w § 2 ust. 1 w wysokości 0,5% Wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 6 ust. 1 niniejszej umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki*

*§ 11 ust. 2: Kary umowne, o których mowa w ust. 1, są naliczane niezależnie od siebie i podlegają sumowaniu*

Zamawiający uregulował obowiązek zapłaty kar umownych przez wykonawcę w sytuacji niedotrzymania przez wykonawcę określonych w umowie terminów realizacji przedmiotu umowy, jak również w sytuacji odstąpienia od umowy, do którego może dojść w wyniku opóźnienia Wykonawcy w wykonaniu Przedmiotu Umowy powyżej 33% czasu przeznaczonego na realizację umowy. Tym samym z tytułu wystąpienia jednej, tej samej okoliczności – tj. nieterminowej realizacji umowy może dojść do ukarania najpierw z tego tytułu, a następnie przy odstąpieniu, którego podstawą będzie

przedmiotowa okoliczność dojdzie do podwójnego ukarania z tytułu odstąpienia od umowy.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający z naruszeniem przepisów prawa wprowadził uprawnienie do kumulowania kar umownych z tytułu niewykonania zamówienia, z karami umownymi za liczne przypadki nienależytego wykonania zamówienia. W świetle obowiązującego stanowiska doktryny i orzecznictwa Zamawiający nie jest uprawniony do kumulowania kar umownych w takim zakresie, nie ma możliwości prawnych kumulowania kary umownej z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania, w tym kary umownej za nieterminową realizację zobowiązania z karą umowną za niewykonanie zobowiązania. Uznane jest, że nie istnieje możliwość jednoczesnego spełnienia wskazanych wymagań, od których naliczenie tych kar jest uzależnione, tj. wykonać, choćby w sposób nienależyty, i nie wykonać tego samego zobowiązania. Wierzyciel nie może zażądać zapłaty obu wymienionych kar umownych, gdyż wzajemnie się one wykluczają (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2012 r., III CZP 39/12, podobnie wyrok SN z dnia 28 czerwca 2017 r., IV CSK 525/16). Wskazane regulacje stanowią o nieuprawnionej kumulacji kar umownych na etapie zapisów umownych za wystąpienie tych samych okoliczności, natomiast zgodnie z przepisami prawa i orzecznictwem, w którym przyjmuje się, że sytuacja taka jest niedopuszczalna (uchwała SN z dnia 16 stycznia 1984 roku, III CZP 70/83 oraz Wyrok SN z dnia 28 stycznia 2011 r., I CSK 315/10) obciążenie dwukrotną karą umowną za tę samą okoliczność przejawiającą się w nienależytym wykonaniu zobowiązania uznać należy za sprzeczne z naturą odpowiedzialności odszkodowawczej (art. 353<sup>1</sup> w zw. Z art. 361 § 1 i 2 w zw. Z art. 483 § 1 KC). Odpowiedzialność odszkodowawcza służyć ma wyrównaniu szkody a nie wzbogaceniu się uprawnionego. W Wyroku SN z dnia 28 stycznia 2011 roku, I CSK 315/10 wskazano: (...) *nie jest możliwe kumulowanie kary umownej przewidzianej za nienależyte wykonanie zobowiązania, np. wykonanie ze zwłoką, z karą umowną za niewykonanie tego samego zobowiązania*. Również zgodnie z wytycznymi komentatorów jeśli w umowie zastrzeżono karę umowną "na wypadek" odstąpienia, to kara taka sankcjonuje zwłokę, która doprowadziła - wskutek odstąpienia - do przekształcenia się stanu nienależytego wykonania zobowiązania w stan jego niewykonania. Nie jest możliwe „kumulowanie” kar, jako że każda z nich odnosi się do innego roszczenia (kara za zwłokę: do roszczenia z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania; kara „na wypadek” odstąpienia: do roszczenia o jego niewykonanie), oba zaś te roszczenia nie mogą wystąpić równocześnie. Potwierdzeniem tego są orzeczenia SN, w których stwierdzono, że skoro zobowiązania w ogóle nie wykonano, niemożliwe jest zarazem, by je wykonano, tyle że nienależycie. Nie może dochodzić do obu kar naraz, bo retroaktywność odstąpienia (natura stosunku prawnego odstąpienia) na to nie zezwala. Art. 494 k.c. ma charakter przepisu kogentywnego w części, w jakiej określa "naturę" stosunku prawnego odstąpienia; w związku z tym niedopuszczalne jest porozumienie stron, które tą naturę miałyby modyfikować. Potwierdzeniem powyższego jest również orzecznictwo. W wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 26 października 2017 roku (I ACa 1259/16) wprost wskazano, że *roszczenie o zapłatę kary umownej 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. Podobnie w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2012 roku, sygn. akt: III CZP 39/12).

Powyższe stanowisko znajduje również poparcie w wyroku KIO z dnia 1 września 2009 roku (KIO/UZP 1070/09): *W ocenie Izby (...) w razie odstąpienia od umowy dochodzi do jej rozwiązania ze skutkiem wstecznym od momentu zawarcia, a strony zobowiązane są do zwrotu świadczeń (art. 395 § 2 k.c.). W razie wykonania prawa odstąpienia umowa uważana jest za nie zawartą. To, co strony już świadczyły, ulega zwrotowi w stanie niezmienionym, chyba, że zmiana była konieczna w granicach zwykłego zarządu. Za świadczone usługi oraz korzystanie z rzeczy należy się drugiej stronie odpowiednie wynagrodzenie*). Zgodnie z cytowanym Wyrokiem oznacza to, że żadna ze stron stosunku umownego w przypadku odstąpienia od umowy nie może żądać roszczeń akcesoryjnych to jest kar umownych z tytułu nienależytego wykonania umowy, z tytułu wadliwości umowy.

Równocześnie Zamawiający w § 11 ust. 1 pkt 1.2 i 1.3 uregulował kary umowne w następujący sposób:

*W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy przez Wykonawcę, Zamawiający ma prawo naliczyć kary umowne, które będą naliczane w następujących okolicznościach i w określonych poniżej wysokościach:*

*1.2. z tytułu opóźnienia w realizacji Przedmiotu Umowy w stosunku do terminu określonego w § 2 ust. 1 w wysokości 0,5% Wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 6 ust. 1 niniejszej umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,*

*1.3. z tytułu opóźnienia w realizacji Przedmiotu Umowy w stosunku do terminu określonego w § 4 ust. 1 w wysokości 0,5% Wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 6 ust. 1 niniejszej umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,*

W § 2 ust. 1 mowa jest o terminie realizacji całości przedmiotu umowy, natomiast w § 4 ust. 1 mowa jest o terminie uzgodnienia z Zamawiającym dokumentu pn. Plan Realizacji Zamówienia (PRZ). Oczywiście jest, że brak uzgodnienia przedmiotowego dokumentu w terminie może skutkować również na termin realizacji przedmiotu umowy jako całości. Przy tej samej okoliczności Zamawiający, w oparciu o tak ukształtowane zapisy wzoru umowy, będzie mógł nakładać na wykonawcę kary umowne w podwójnej wysokości za tą samą okoliczność, co prowadzić będzie do nieuprawnionej kumulacji kar umownych.

Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że znane są mu poglądy wyrażane w części orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, które – co do zasady – odmawiały uwzględniania odwołań skarżących kary umowne i generalnie zasady odpowiedzialności Wykonawcy pod kątem naruszania równowagi stron. W orzecznictwie tym powoływano się na następujące argumenty:

- i. zasada swobody ofertowania (jeżeli Wykonawcy nie odpowiadają zapisy umowne – nie musi składać oferty)

- ii. specyfika postępowań o udzielenie zamówienia usprawiedliwia brak równowagi stron (zamawiający w sposób dyskrejonalny kształtują zapisy umowne)
- iii. wykonawca może „kompensować” blokujące zapisy umowne związane z karami umownymi poprzez odpowiednią kalkulację ceny która skompensuje ryzyko wysokich, kumulatywnych czy nielimitowanych kar
- iv. wykonawcy na etapie realizacji zawsze pozostaje droga postępowania sądowego (miarkowanie kar przez sąd)
- v. Izba nie widzi możliwości narzucania zamawiającemu, w jaki sposób ma być wykonywana jego umowa bez konkretnych i pewnych podstaw prawnych w tym zakresie

Odwołujący wskazuje, że głęboko nie zgadza się z tak stawianymi tezami oraz nie zgadza się z wnioskami do których tezy te prowadzą: mianowicie do odmawiania w efekcie przedsiębiorcom prawa do skutecznego kwestionowania zapisów kontraktowych u Zamawiających publicznych przed sądem (arbitrażowym).

O ile Krajowa Izba Odwoławcza pieczołowicie i znakomicie broni precyzyjności i jednoznaczności zapisów OPZ na gruncie art. 29 ust. 1 Pzp. to w zakresie zapisów umownych w zasadzie oddaje pola Zamawiającym. Tymczasem to jak jest kształtowana odpowiedzialność wykonawcy na gruncie SIWZ składa się również na opis przedmiotu zamówienia. Wynikające z kontraktu zawieranego w ramach Pzp. zapisy umowne dotyczące odpowiedzialności są przecież istotnym elementem zawieranego w wyniku przetargu zobowiązania.

Zdaniem Odwołującego wskazywanie na swobodę ofertowania („jeżeli wykonawcy nie odpowiadają warunki odpowiedzialności, to nie musi składać oferty” (i.) obarczone jest niestety ignorowaniem stanowiska i interesu jednej ze stron stosunku zamówieniowego (Wykonawcy), a co za tym idzie – do uprzywilejowywania Zamawiających, co nie ma żadnego uzasadnienia. Omawiane stanowisko traci też z pola widzenia istotę Ustawy PZP – a mianowicie konkurencyjność (wszak im więcej oferentów tym lepiej dla konkurencyjności, w tym dla samych Zamawiających i finansów publicznych).

Odnosząc się do twierdzenia o wyższości interesu Zamawiających nad interesem przedsiębiorców czy wykonawców (ii) - w ocenie Odwołującego stanowisko takie jest absolutnie błędne i głęboko nieuzasadnione prawnie i ontologicznie. Żadna norma PZP (ani inna norma prawna, wliczając w to kodeks cywilny i konstytucję) nie artykułuje prymatu interesu Zamawiającego nad interesem Wykonawcy. Przeciwnie – należy podkreślić, że wobec prawa wszystkie podmioty funkcjonujące na rynku są równe. Utrwalanie w/w linii orzeczniczej ugruntowuje niesłuszne rozumienie prymatu Zamawiającego nad wykonawcami. Jego słuszne rozumienie ma uwzględniać specyfikę polegającą na tym, że autorem wzorca umowy w przetargach jest Zamawiający. I tylko na tym. Uprzywilejowanie polegające na byciu autorem wzorca umowy nie oznacza jednak przyzwolenia na nadużywanie tej roli i zezwoleniu (za

poparciem niektórych wyroków KIO) na całkowicie niesymetryczne kształtowanie zapisów kontraktowych, czy też obarczanie wykonawców wszelkimi ryzykami.

Z kolei wskazywanie, że Wykonawca może jakoby kompensować sobie ryzyka kontraktowe wysokością ceny (iii) pomija dwa istotne ograniczenia tej „kompensaty”. Po pierwsze pomija fakt, że wykonawcy są zmuszeni konkurować ze sobą, przede wszystkim (choć nie tylko) cenami, co oznacza, że odzwierciedlanie w cenie oferty ryzyk kontraktowych związanych z regulacjami dotyczącymi odpowiedzialności jest silnie ograniczona. Po drugie pomija fakt, że pełne odzwierciedlenie ryzyk jest w zasadzie niemożliwe na etapie oferty, choćby z tego powodu, że część z nich aktualizuje się i jest znana dopiero na etapie realizacji (np. dopiero wówczas znana jest ew. długość opóźnienia i ew. kary umowne itd.)

Odwoływanie się z kolei do zawsze możliwej drogi sądowej na etapie realizacji umowy (iv) jest w ocenie Odwołującego niezrozumiałe, gdyż niczego nie uzasadnia, ani nie rozstrzyga na etapie przetargu. Wszak we wnoszeniu środków ochrony prawnej w trybie Pzp. nie chodzi o to by ich nie wnosić, gdyż są inne, związane z realizacją umowy możliwe roszczenia i postępowania sądowe. W ocenie Wykonawcy Izba jak najbardziej jest w prawie i posiada kognicję w zakresie orzekania o zapisach kontraktowych zawartych w SIWZ, w tym w zakresie kar umownych i odpowiedzialności.

Odwołujący nie zgadza się również ze spotykanym w niektórych wyrokach KIO (oddalających odwołania dotyczące kar umownych) uzasadnieniem, polegającym na jakoby „niemożności narzucania zamawiającemu” w jaki sposób ma być wykonywana jego umowa. Przecież Izba czyni to („narusza”) nieustannie, w licznych wyrokach dotyczących SIWZ czy odpowiedzi na pytania do SIWZ, orzekając co do konkretnych i precyzyjnych żądań odwołujących regulujących rozmaite aspekty zamówienia. Nie jest zrozumiałe, dlaczego akurat zapisy dotyczące kar umownych czy zasad odpowiedzialności kontraktowej miałyby być inaczej potraktowane. Tym bardziej, że istnieją normy prawne, znajdujące zastosowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą, które mogą być przez projektowane zapisy wzorców umów naruszane.

Odwołujący domaga się niniejszym odwołaniem potraktowania zawartych w nim zarzutów w sposób odbiegający od opisanej wyżej linii orzeczniczej. Wszystkie podmioty funkcjonujące na rynku są wobec prawa równe niezależnie od tego czy wydają własne, czy publiczne pieniądze. Choćby dlatego, że owe publiczne pieniądze nie są „niczyje”, czy „państwowe” lub „samorządowe” lecz również w części pochodzą od wykonawców, czyli przedsiębiorców. Zdaniem Odwołującego możliwe jest orzeczenie analizujące i rozstrzygające, czy w okolicznościach faktycznych tego konkretnego przedmiotu umowy i jego specyfiki wskazane zapisy o karach umownych rzeczywiście pełnią swoją funkcję (stymulującą, represyjną, kompensacyjną, czy symplifikacyjną), czy jednak są to kary naruszające zasady współżycia społecznego, a całość regulacji jest sprzeczna z art. 5 kc. oraz przeciwna naturze stosunku



prawnego, wynikającego z umowy (jak również naturze samej instytucji kar umownych).

Odwołujący podkreśla również, że istnieją liczne wyroki Krajowej Izby Odwoławczej dostrzegające wnioskowany aspekt poruszany w odwołaniu, precyzyjnie punktując i uznając za własne wyrażane poglądy doktrynalne, obalające prymat Zamawiających nad przedsiębiorcami.

W orzeczeniach tych Krajowa Izba Odwoławcza wprost odwołuje się do takiego rozumienia zasad obowiązującego porządku prawnego, w których prawo zamawiających do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego. Powołuje się tu właśnie zakaz nadużywania swego prawa podmiotowego przez zamawiających, co wywodzone jest z ograniczeń zasady swobody umów, jak i z art. 5 kc. (zakaz czynienia ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony).

W tej grupie wyroków KIO dostrzegane i powoływane są następując wypowiedzi orzecznicze:

- Wyrok SN z 08.05.2014 r. sygn. akt V CSK 322/13 – „Odwołanie się do zasad współżycia społecznego oznacza odwołanie się do idei słuszności w prawie i do powszechnie uznawanych wartości w kulturze naszego społeczeństwa, a przez zasady współżycia społecznego należy rozumieć podstawowe zasady etycznego i uczciwego postępowania”;
- Wyrok SN z 14.01.2016r. sygn. akt IV CSK 223/15 – „Obowiązujący w Polsce system zamówień publicznych niejednokrotnie zmusza potencjalnego wykonawcę do oferowania minimalnego wynagrodzenia oraz godzenia się na krótki termin wykonania obiektu proponowany przez inwestora i wysokość kary umownej w wypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. W praktyce prowadzi to często do naruszenia faktycznej równości stron zawieranej umowy”.
- Wyrok SN z 24.04.2014 r. sygn. akt III CSK 178/13 – „Dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współżycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych”.

### **Wniosek:**

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o rozpoznanie odwołania w sposób odrzucający podejście ugruntowujące nierówność stron projektowanej umowy.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany zapisów załącznika do SIWZ wzoru umowy poprzez zmianę zapisów § 11:

- a) wprowadzenia górnego limitu kar umownych związanych z nienależytym wykonywaniem zamówienia, które są określone w § 11, w wysokości odpowiadającej co najwyżej wysokości kary umownej zastrzeżonej w § 11 ust. 1 pkt 1.1 na okoliczność odstąpienia od umowy tj. w wysokości nie większej niż 15 % wynagrodzenia określonego w § 6 ust. 1 umowy;
- b) zmianę stawki kar umownych określonych w § 11 ust. 1 pkt 1.2, 1.3 i 1.4 na następującą: "w wysokości do 0,1 % Wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 6 ust. 1 niniejszej umowy za każdy dzień zwłoki;
- c) wprowadzenia w § 11 zastrzeżenia, że nie podlegają kumulowaniu kary umowne z tytułu odstąpienia od umowy na wypadek niewykonania zobowiązania z karami umownymi określonymi w przypadku nienależytego wykonania zobowiązania oraz że nie podlegają kumulowaniu kary umowne z tytułu opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy, gdy będzie to wynikiem opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy w postaci braku terminowego uzgodnienia dokumentu pn. Plan Realizacji Zamówienia (PRZ).

## PODSUMOWANIE

Mając na uwadze sformułowane zarzuty i argumentację na ich poparcie, niniejsze odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący zastrzega możliwość przedstawienia dodatkowej argumentacji oraz wskazania dalszych dowodów w piśmie procesowym lub w trakcie rozprawy.

Z poważaniem,

### Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
- 2) dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
- 3) KRS Odwołującego;
- 4) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.