

Sygn. akt: KIO 1183/12

WYROK
z dnia 20 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Stręciwilk**

Członkowie: **Ewa Sikorska**

Robert Skrzyszewski

Protokolant: **Przemysław Łaciński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2012 r. przez **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowy Fundusz Zdrowia ul. Grójecka 186, 02-390 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Kamsoft S.A., ul. 1 Maja 133, 40-235 Katowice**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2 zasądza od wykonawcy **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** na rzecz **Narodowego Funduszu Zdrowia ul. Grójecka 186, 02-390 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 1183/12

Uzasadnienie

Narodowy Fundusz Zdrowia w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Budowę, wdrożenie i konserwację systemu wspierającego procesy elektronicznej wymiany informacji dotyczących zabezpieczenia społecznego dla sektora ubezpieczeń zdrowotnych w Polsce (EESSI-PL)”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 kwietnia 2012 r. pod nr 2011/S 79-130079.

W postępowaniu tym wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 6 czerwca 2011 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Odwołanie dotyczyło czynności modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”). Czynność ta została dokonana przez Zamawiającego w dniu 28 maja 2012 r. poprzez publikację zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.

W dniu 8 czerwca 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia złożone przez wykonawcę Kamssoft S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej: „Przystępujący”) po stronie Odwołującego. Wezwanie do wzięcia udziału w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym zostało temu wykonawcy przez Zamawiającego przekazane w dniu 6 czerwca 2012 r. Kopia przystąpienia została przekazana stronom postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron i zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego:

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący w swoim odwołaniu wskazał, że Zamawiający do pierwotnej treści ogłoszenia o zamówieniu w następstwie pytań wykonawców wprowadził kilka zmian, w tym w szczególności w dniu 28 maja 2012 r. dokonał zmiany treści ogłoszenia, wprowadzając, w załączniku nr 7 do Specyfikacji „Wzór umowy” następujące zmiany:

W § 13 „Odpowiedzialność” Zamawiający dodaje ust. 3 w brzmieniu: „*W przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego bezprawnego przetwarzania danych osobowych, w tym ich bezpodstawnego przechowywania wbrew obowiązki, o którym mowa w § 16 ust. 15. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 100.000 zł z tytułu każdorazowego udostępnienia danych osobowych określonej osoby. Ustępy 4-5 otrzymują numerację odpowiednia*”. Odwołujący zaskarżył tę właśnie czynność zmiany ogłoszenia o zamówieniu dokonaną przez Zamawiającego.

Odwołujący podnosi, iż wskazane postanowienie ogłoszenia o zamówieniu narusza następujące przepisy ustawy Pzp:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - tj. prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez wykorzystywanie pozycji Zamawiającego, narzucając wykonawcom zapisy umowy uniemożliwiające oszacowanie jakichkolwiek granic odpowiedzialności wykonawcy w chwili zawierania umowy;
2. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp - tj. zamieszczenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”), niejednoznacznie określonych oraz skrajnie niekorzystnych warunków odpowiedzialności wykonawców, wiążących się z bardzo wysokim ryzykiem finansowym, co w konsekwencji doprowadza do ograniczenia uczciwej konkurencji poprzez eliminację z postępowania mniejszych wykonawców, dla których takie zasady odpowiedzialności mogą spowodować całkowitą utratę płynności finansowej, a nawet doprowadzić do jego upadłości,
3. art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc. w zw. z art. 14 i 139 ustawy Pzp - tj. wprowadzenie zapisów naruszających zasady współżycia społecznego, mogących stanowić naruszenie dobrych obyczajów oraz zasad nieuczciwej konkurencji, na skutek wprowadzenia wygórowanych kar umownych, które nie są adekwatne do możliwości powstania uchybień w procesie realizacji niniejszej umowy ani do wartości całego przedmiotu zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu w następujący sposób:

1. usunięcie z Załącznika nr 7 § 13 ust. 3 dotyczącego wysokości kary umownej w wys. 100.000 zł z tytułu każdorazowego udostępnienia danych osobowych określonej osoby lub zmniejszenie dolegliwości sankcji kary poprzez pozostawienie jej w takiej wysokości z tytułu naruszenia obowiązku nieudostępnienia danych osobowych;
2. modyfikację treści zapisów SIWZ poprzez dodanie ustępu zawierającego tzw. cap;

czyli maksymalną wysokość odpowiedzialności wykonawcy o treści: „*W przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego bezprawnego przetwarzania danych osobowych, w tym ich bezpodstawnego przechowywania wbrew obowiązkom, o którym mowa w § 13, Zamawiający zwróci się do Wykonawcy z wnioskiem o wyjaśnienie przyczyn incydentu. Jeżeli wyjaśnienia przyczyn zaistnienia incydentu będą wskazywać na naruszenie przez Wykonawcę obowiązków opisanych w § 13 Zamawiający będzie mógł naliczyć Wykonawcy karę umowną w wysokości 100.000,00 zł (sto tysięcy złotych). Kwota wszystkich naliczonych kar umownych, w toku obowiązywania Umowy, nie może przekroczyć 10 % wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy z mocy Umowy*”.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

Odnośnie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że w związku ze wskazanym wyżej zapisem SIWZ ciężko jest wykonawcy nawet przypuszczalnie oszacować swoją odpowiedzialność. Naruszenie przez wykonawcę obowiązku chronienia danych osobowych będzie zaś skutkowało zapłatą 100 000,00 zł kary za każdorazowe bezpodstawne udostępnienie owych danych. Tak bardzo wygórowana kara – według Odwołującego - skutkuje niemożnością przyjęcia tego typu ryzyka na siebie przez wykonawcę, a co za tym idzie złożenia oferty. Zgodnie z powyższą zasadą, Zamawiający ma obowiązek przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, przepisy prawa natomiast nie pozwalają traktować żadnego z wykonawców w sposób uprzywilejowany ani też stawiać na takiej pozycji samego Zamawiającego.

W niniejszym przypadku, zdaniem Odwołującego, działanie zasady uczciwej konkurencji zostało ograniczone decyzjami Zamawiającego dotyczącymi zamieszczenia wysokich kar umownych. W przedmiotowym postępowaniu poprzez narzucenie tych zasad, Zamawiający może doprowadzić do sytuacji, gdzie wykonawcy nie będą mogli określić granic swojej odpowiedzialności nie będą składać ofert. Zdaniem Odwołującego Zamawiający wykazał się całkowitą jednostronnością zapisów, co jest niezgodne z koronną zasadą równości występującą w ustawie Pzp.

Podkreślił także, że tak sformułowana kara umowna nie chroni w żaden sposób zobiektywizowanych interesów Zamawiającego, lecz może stanowić dla niego źródło nieuzasadnionego wzbogacenia, bądź może skutkować tym, że podmioty dające gwarancję rzetelnego wykonania zamówienia nie złożą oferty, albowiem takie postępowanie jest nadmiernie ryzykowne. W związku z czym istnieje ryzyko, że uczestniczyć w przetargu będą „spółki wydmuszki” korzystające tylko z cudzego potencjału. W ocenie Odwołującego jego interesy, w równym stopniu jak Zamawiającego, powinny być zabezpieczone, chociażby

przez ograniczenie odpowiedzialności wykonawcy do 10 % wartości wynagrodzenia należnego wykonawcy z mocy umowy. Zapis, który winien być zamieszczony w umowie Zamawiający zaproponował we wnioskach tego odwołania.

Odnosnie naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 29 ust. 2 tej ustawy Zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, który powinno się interpretować w ten sposób, że opis przedmiotu zamówienia powinien jednakowo pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich istotnych czynników wpływających na nią. Odwołujący podkreślił, iż wskazywane postanowienia SIWZ dotyczące zasad odpowiedzialności, a co za tym idzie nałożenia na wykonawców niewspółmiernych kar do wartości całego zamówienia świadczą, że obie wymienione wyżej zasady wyrażone w ustawie Pzp nie zostały zachowane. Pozostawienie zapisów w pierwotnej wersji przez Zamawiającego, zdaniem Odwołującego, może powodować ograniczenie kręgu wykonawców, zdolnych do złożenia oferty na warunkach konkurencyjnych. Według Odwołującego, biorąc pod uwagę niniejsze postępowanie i wysokość kary, jakie Zamawiający zamieścił we wzorcu umowy, może dojść do kuriozalnej sytuacji, w której to wysokość kary zdecydowanie przekroczy szacunkową wartość zamówienia. Przykładowo wskazał, że biorąc pod uwagę fakt, że należy założyć liczbę osób, co do których dane wrażliwe będą przetwarzane w przedmiotowym postępowaniu na ok. 38 mln. osób (liczba mieszkańców całego kraju) to wysokość kary umownej przy wartości zamówienia: 3 786 899, 87 zł tylko przy udostępnieniu danych 40 osób będzie wynosiła 100 000 zł. Podkreślił, że dla zaledwie 40 osób przekracza to szacunkową wartość zamówienia, a 40 osób stanowi zaledwie ok. 0,0001% ilości osób, których dane mają być przetwarzane w systemie. Sytuacja taka może – według niego - skutecznie doprowadzić do ograniczenia konkurencji poprzez zniechęcenie podmiotów do składania ofert z uwagi na niewspółmierne ryzyko w stosunku do oczekiwanych przychodów wynikających z umowy. Ponadto może to stanowić bardzo wysokie zagrożenie finansowe dla wielu wykonawców u jednych mogą spowodować: zachwianie płynności finansowej, a u innych: całkowitą jej utratę, co w konsekwencji może doprowadzić nawet do ogłoszenia upadłości danego wykonawcy.

Odnosnie naruszenia art. 5 kc. art. 58 § 1 i 2 kc. w zw. z art. 14 i 139 ustawy Pzp Odwołujący podkreślił, że przepisy ustawy Pzp stanowią *lex specialis* w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego. W zakresie odrębnie nieuregulowanym w przepisach ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i wykonawców należy stosować wprost (a nie jedynie odpowiednio) przepisy kodeksu cywilnego. Wskazał, że tak wypowiedział się również Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 20 stycznia 2004 r., V CA 2344/03: „Nie budzi zatem żadnych wątpliwości, że ustawa o zamówieniach

publicznych, będąca w przeważającej części aktem funkcjonalnym (proceduralnym) nie tylko nie wyłącza stosowania przepisów kodeksu cywilnego, ale wręcz nakazuje je stosować". Na kanwie powyższego Odwołujący podniósł, iż kary umowne zamieszczone w § 13 umowy pt. „Odpowiedzialność” są rażąco wygórowane, nieadekwatnie do ewentualnych uchybień w wykonaniu umowy, co niewątpliwie stanowi naruszenie prawa w rozumieniu art. 5 k.c. Natomiast postanowienie zobowiązujące wykonawcę do zapłaty kary umownej, gdy Zamawiający nie poniósł szkody uniemożliwia dochodzenie przez wykonawcę miarkowania przez sąd wysokości kary umownej, gdy jest ona rażąco wygórowana w stosunku do wysokości poniesionej szkody. Odwołujący wskazał, że kara umowna, podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem, nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego. W ocenie Odwołującego, przewidziane przez Zamawiającego, kary umowne są rażąco wygórowane w stosunku do rangi uchybień, nawet biorąc pod uwagę wartość zamówienia oraz konieczność dochowania terminów przez Zamawiającego. Ponadto, kara umowna określona w SIWZ, stanowi jednostronne i nieuprawnione uprzywilejowanie Zamawiającego, jako strony umowy, gdyż umowa nie przewiduje kar na rzecz wykonawcy, poza odstąpieniem od umowy z winy Zamawiającego. Pogląd powyższy został wyrażony w wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 17.12.2008 r. w sprawie o sygn. akt: V Aca 483/08: „Z uwagi na fakt, że kara umowna jest surogatem odszkodowania, a odszkodowanie co do zasady nie powinno być źródłem nieuzasadnionego wzbogacenia się poszkodowanego i nie powinno przewyższać szkody, przyjmuje się, że jej wysokość nie powinna przewyższać wielkości świadczenia, którego wykonanie ma zabezpieczać”. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego w sprawie o sygnaturze: I CSK 484/06 - nie jest dozwolone zastrzeżenie we wzorcu umowy kary umownej rażąco wygórowanej. Podobnie Sąd Okręgowy w Warszawie orzekł, iż zastrzeżenie w umowie rażąco wysokich kar, jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, co skutkuje uznaniem umowy w tej części za nieważną. Odwołujący podniósł, że Zamawiający czyni ze swojego prawa użytek sprzeczny z jego społeczno - gospodarczym przeznaczeniem. Przeznaczeniem bowiem kary umownej nie jest wprowadzanie wyzysku strony umowy realizującej świadczenie niepieniężne i jej krzywdzenie, tylko zapewnienie systemu kontraktowych zabezpieczeń prawidłowej realizacji umowy, ten zaś nie może prowadzić do konieczności nieuzasadnionego ponoszenia przez wykonawcę nieproporcjonalnych obciążeń, mogących przenosić swoją wartością wielkość zobowiązania pieniężnego Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że każde wykonywanie prawa podmiotowego, podlega kontroli na gruncie art. 5 KC (potwierdza to wyrok SA w Krakowie z 18.12.1990 r. sygn. I ACr 117/90). Art. 5 KC ustala obiektywne przesłanki naruszenia prawa podmiotowego. Jak podkreślił SN w wyroku z 24.4.1997 r. II CKN 118/97,

nadużycie prawa podmiotowego, to zachowanie rażące, nieakceptowane z aksjologicznego, teleologicznego punktu widzenia.

Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący stwierdził, iż doszło do naruszenia art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 5 kc, a w zw. z powyższym kontestowany zapis wzorca umowy powinien zostać usunięty w całości jako sprzeczny z art. 58 ust. 1 k.c. Usunięcie wadliwego zapisu poprawi takie zgodność z prawem i dobrym obyczajem zapisów odnoszących się do kar umownych.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko w pełnym zakresie.

II. Stanowisko Przystępującego

Przystępujący zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, wskazując, że Zamawiający w skarżonych zapisach zastrzegł nadmierną i niczym nieuzasadnioną karę umowną. Żądanie przez niego tak wysokiej kary może skutkować tym, iż jej wysokość w przypadku jednorazowego nieuprawnionego udostępnienia danych osobowych wszystkich obywateli RP jednorazowo wynosić może 38 000 000 zł, a kwota taka mogłaby być naliczona również w przypadku gdyby żaden z obywateli nie formułował wobec Zamawiającego roszczeń o zadośćuczynienie w związku z nieuprawnionym udostępnieniem danych.

W toku rozprawy Przystępujący podtrzymał swoje stanowisko i wniósł o uwzględnienie odwołania. Dodatkowo wskazał, że nie kwestionuje prawa Zamawiającego w ogóle do formułowania kar umownych. W niniejszym postępowaniu o zamówienie publiczne – według niego - doszło jednak do nadużycia korzystania z tego prawa przez Zamawiającego, tj. niezgodnie ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa i z naruszeniem zasad współżycia społecznego. Podkreślił, że zastrzeżona przez Zamawiającego kara umowna nie jest karą za incydent związany z udostępnieniem danych osobowych, a za potencjalne ujawnienie tych danych jednej osoby bez określenia limitu tych kar. Podkreślił, że ustalenie na takim poziomie kar umownych grozi upadłością wykonawcy realizującego zamówienie. Przystępujący podkreślił również, że umowa w sprawie zamówienia publicznego jest umową adhezyjną i wykonawca przystępuje do niej bądź nie. Jednak pomimo tego i pomimo pewnej nierówności stron stosunku zobowiązaniowego w zakresie zamówień publicznych niedopuszczalne jest – w jego ocenie - stosowanie nadużycia prawa przez Zamawiającego przy formułowaniu kar umownych. Wskazał także, że z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp można wywieść pewną zasadę proporcjonalności, tj. wymogi dotyczące przedmiotu zamówienia formułowane przez Zamawiającego powinny być

adekwatne do celu, jaki Zamawiający chce osiągnąć. W tym przypadku, w jego ocenie, nie możemy mówić o takim działaniu ze strony Zamawiającego.

Przystępujący wskazał również, że Zamawiający nie może żądać kar umownych w takiej wysokości, jeżeli nie powstanie szkoda w majątku Zamawiającego, która będzie ustalana w odrębnym procesie na skutek pozwu cywilnego osób, których dane osobowe zostałyby w sposób bezprawny udostępnione. W takim procesie cywilnym Przystępujący będzie interwenientem ubocznym przystępującym do postępowania obok Zamawiającego.

Przystępujący powołał się także na ustawę o ochronie danych osobowych, wskazując na definicję zawartą w art. 7 tej regulacji dotyczącą pojęcia „*przetwarzanie danych osobowych*”, które jest pojęciem szerszym i obejmuje nie tylko udostępnianie danych osobowych, ale wszelkie operacje wykonywane na tych danych i takiej odpowiedzialności z tytułu kar umownych podlegałyby wykonawca w trybie § 13 ust. 3 załącznika nr 7 do SIWZ.

III. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w toku rozprawy wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika. Dodatkowo wskazał on na specyfikę przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu. Podkreślił, że zamawiany system ma stanowić element większego europejskiego systemu służącemu wzajemnemu rozliczaniu się i wystawianiu dokumentów z tytułu świadczeń zdrowotnych dla osób ubezpieczonych w poszczególnych państwach UE. System ten będzie zawierał szczególnie wrażliwe dane osobowe. Zamawiający podkreślił również, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego cieszy się dużym zainteresowaniem ze strony wykonawców. Zamawiający wskazał, że pozostałe zapisy SIWZ, w tym dotyczące regulacji § 15 i 16 załącznika nr 7 do SIWZ, dotyczące ochrony danych osobowych nie były kwestionowane przez wykonawców, w tym przez Odwołującego.

Zamawiający przedłożył do akt sprawy, jako dowody w sprawie, umowy zawarte z Odwołującym i Przystępującym w 2010 i 2011 r. dotyczące subskrypcji i konserwacji systemu informatycznego wspomaganie działalności NFZ oraz wyciąg z umowy nr 21/2011 i 22/2011 (podstawowa umowa) na okoliczność wykazania, iż dotychczas realizowane podobne zamówienia u Zamawiającego przez Odwołującego i Przystępującego nie miały w swoich zapisach umownych ograniczenia kwotowego w zakresie kar umownych co do udostępnienia danych osobowych. Wskazał w tym zakresie na § 4 umów szczegółowych oraz § 9 ust. 6 umowy głównej (podstawowej). Wskazał, że umowy te zostały zawarte z uwagi na przesłankę praw wyłącznych w trybie zamówienia z wolnej ręki, a zatem

postanowienia tych umów podlegały negocjacom ze wskazanymi wykonawcami. Zamawiający podkreślił również, że uzasadnieniem dla wprowadzenia kar umownych na takim wysokim poziomie była także wysoko penalizowana w obowiązujących przepisach prawa ochrona danych osobowych, w tym w szczególności danych medycznych (zagrożenie karą pozbawienia wolności do lat 3).

Zamawiający podniósł również, że wykonawcy nie kwestionowali postanowień § 13 ust. 5 wersji pierwotnej, aktualnie po zmianach ust. 6 załącznika nr 7 do SIWZ, w którym Zamawiający przewidział prawo dochodzenia odszkodowania. Podkreślił, że kary naliczane w trybie wprowadzonego § 13 ust. 3 mogą być naliczane tylko w sytuacji udostępnienia danych osobowych w sposób bezprawny z winy wykonawcy. Przyznał, że faktycznie wartość niniejszego kontraktu jest nieadekwatna do potencjalnej wysokości i możliwych do naliczenia kar umownych, jednakże zwrócił też uwagę na to, że zagrożenie i szkoda z tytułu nieprawidłowego wykonania umowy przez wykonawcę kontraktu musiała być w tym zakresie odpowiednio zabezpieczona. Wskazał, że chciał także osiągnąć w tym przypadku efekt odstraszący dla firm, które miałyby startować w niniejszym postępowaniu jedynie w celu pozyskania i ewentualnego bezprawnego wykorzystania tych wrażliwych danych osobowych.

Zamawiający podkreślił też, że obowiązujące przepisy prawa nie przewidują limitów dla ustalania kar umownych, tymczasem Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu taki limit przewidział - jest to 100 000 zł za każdorazowe udostępnienie danych osobowych określonej osoby. Wskazał również, że z tytułu bezprawnego udostępnienia danych osobowych o takim charakterze zapowiada się także zaostrzenie kar do 1 mln euro bądź 5% przychodów za ostatni rok, a są to rekomendacje wynikające z propozycji Komisji Europejskiej.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu i

SIWZ, które w jego ocenie ograniczają mu perspektywę uzyskania przedmiotowego zamówienia poprzez pozbawienie go możliwości złożenia oferty w postępowaniu z uwagi na zbyt restrykcyjne i niezgodne z prawem wymogi dotyczące kar umownych. Wskazana czynność Zamawiającego pozbawiła tego wykonawcę w sposób potencjalny możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, narażając go tym samym na poniesienie wymiernej szkody. Tym samym Izba stwierdziła, że została wypełniona w tym zakresie materialnoprawna przesłanka rozpatrzenia odwołania, opisana w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła także skuteczność zgłoszenia przystąpienia wykonawcy Kamssoft S.A. w Katowicach zgłoszonego po stronie Odwołującego.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne. W tym zakresie Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy złożone odwołanie, w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu w dniu 24 kwietnia 2012 r. W dniu 22 maja 2012 r. Komisja przetargowa powołana przez Zamawiającego udzieliła odpowiedzi na szereg zgłoszonych w przedmiotowym postępowaniu zapytań dotyczących postanowień SIWZ. Jednocześnie też Komisja przetargowa zaproponowała zmiany w zakresie zapisów załącznika nr 7 do SIWZ, tj. wzoru umowy. W tym zakresie dodano § 16 umowy dotyczący Ochrony Danych Osobowych. Jednocześnie też w § 13 wzoru umowy zatytułowanym: „Odpowiedzialność” Zamawiający dodał ust. 3 w brzmieniu: *„W przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego bezprawnego przetwarzania danych osobowych, w tym ich bezpodstawnego przechowywania wbrew obowiązki, o którym mowa w § 16 ust. 15. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowna w wysokości 100.000 zł z tytułu każdorazowego udostępnienia danych osobowych określonej osoby”*. W związku z powyższą zamianą dotychczasowe ustępy 4-5 § 13 wzoru umowy otrzymały odpowiednią numerację. Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o zamówieniu oraz modyfikacja SIWZ w tym zakresie zostały opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 28 maja 2012 r.

Termin składania ofert został w niniejszym postępowaniu ustalony na dzień 20 czerwca 2012 r. godz. 10.00.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne Izba stwierdziła, iż brak było podstaw do kwestionowania czynności Zamawiającego podjętej w niniejszym postępowaniu, a polegającej na modyfikacji postanowienia umownego SIWZ dotyczącego ustalenia przez Zamawiającego kar umownych. Zamawiający wskazaną modyfikacją postanowień SIWZ zdecydował się w § 13 wzoru umowy wprowadzić takie postanowienia umowne, które pozwolą mu na naliczenie i dochodzenie kary umownej od wykonawcy usługi w wysokości 100 000 zł za każdorazowe udostępnienie danych osobowych określonej osoby.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy budowy, wdrożenia i konserwacji systemu informatycznego, który ma stanowić wsparcie elektronicznej wymiany informacji dotyczących ubezpieczenia społecznego dla ubezpieczeń społecznych w Polsce. System ten ma być wykorzystywany dla przekazywania danych dotyczących ubezpieczenia społecznego pomiędzy Polską, a innymi krajami europejskimi. W systemie tym, według wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego w toku rozprawy, którym nie zaprzeczył Odwołujący, jak i Przystępujący, mają być przetwarzane dane osobowe dotyczące osób ubezpieczonych korzystających ze świadczeń zdrowotnych w krajach Unii Europejskiej. Wskazane dane osobowe mają więc szczególny charakter – są to dane nader wrażliwe. Z tych też względów wskazane dane powinny podlegać także szczególnej ochronie. Takiej ochronie dane te poddał Zamawiający, wprowadzając wskazany system naliczania kar umownych, niezależnie od możliwości dochodzenia odszkodowania przewyższającego karę umowną. W ocenie Izby przywołane postanowienia wzoru umowy stanowią adekwatne zabezpieczenie nie tylko interesów samego Zamawiającego, który odpowiedzialny będzie za ochronę danych osobowych pacjentów w uruchomionym systemie informatycznym, ale także interesów poszczególnych osób fizycznych w państwie korzystających z określonych świadczeń zdrowotnych, chroniąc ich istotne dobro, jakim są dane osobowe, a więc w pewnym sensie chodzi w tym przypadku także o ochronę interesu publicznego. Wyprowadzenie danych osobowych o takim szczególnym charakterze i udostępnienie ich osobom niepożądanym, nieuprawnione wykorzystanie tych danych do określonych celów to - choć potencjalne, ale i niezwykle poważne zagrożenie dla interesu indywidualnego, jak i publicznego. Powyższe uzasadnia wprowadzenie szczególnej ochrony tych danych osobowych. Dlatego też Izba uznała, że kwestionowane postanowienie umowne, przewidujące zagrożenie karą umowną na ustalonym, wysokim poziomie, jest usprawiedliwione, ponieważ adekwatne do zagrożenia, dla którego stanowi przeciwwagę. Tymczasem dla naliczenia przewidzianych przez Zamawiającego kar umownych konieczne jest stwierdzenie udostępnienia danych osobowych przez wykonawcę, które musi mieć

charakter bezprawny i zależny od wykonawcy – powstały z jego winy (niezależnie od tego, czy jest to wina umyślna, czy nieumyślna).

Powyższy zarzut Izba rozpoznawała w kontekście wykazywanego przez Odwołującego naruszenia art. 5 i 58 § 1 i 2 Kc w związku z art. 14 i art. 139 ustawy Pzp, które odsyłają w sytuacjach nieuregulowanych do przepisów Kodeksu cywilnego. W tym zakresie Izba nie stwierdziła, że przywołane postanowienie wzoru umowy w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego regulowało sposób realizacji zamówienia. Zgodzić należy się także z Przystępującym, że umowa w sprawie zamówienia publicznego jest umową o charakterze adhezyjnym. Poprawne jest także stwierdzenie Przystępującego, że warunki stosunku zobowiązaniowego przewidzianego dla udzielenia zamówienia publicznego nie charakteryzują się równością stron tego stosunku i pełną realizacją zasady swobody umów. Te reguły i zasady prawa cywilnego w przypadku umów o zamówienie publiczne ulegają pewnym naturalnym, ustawowo przewidzianym odrębnościom. Nie można jednak było zgodzić się z Przystępującym, który twierdził, że przywołane zapisy wzoru umowy nie są dopuszczalne, ponieważ naruszają przepisy obowiązującego prawa. Takiego naruszenia ani Odwołujący, ani też Przystępujący nie wykazali w toku postępowania odwoławczego.

Co do wykazywanego naruszenia art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, a także w tym kontekście naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wskazać należy w pierwszej kolejności, że nie wykazano, w jaki sposób doszło w tym przypadku do ograniczenia, czy naruszenia zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu, czy równego traktowania. Zasada równego traktowania w tym przypadku nie została zdecydowanie naruszona ponieważ przywołane postanowienie załącznika nr 7 do umowy jest identyczne dla wszystkich potencjalnych uczestników postępowania. Co do wykazywanej przez Odwołującego pozycji Zamawiającego narzucającego wykonawcom konkretne zapisy umowy, wskazać należy – jak podniesiono powyżej - że właśnie taki szczególny charakter ma umowa w sprawie zamówienia publicznego. Co do zapisów, które uniemożliwiają oszacowanie wykonawcy jakichkolwiek granic odpowiedzialności to podkreślić należy, że niezasadne jest założenie wykonawcy potrzeby oszacowania nieprawidłowego wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przewidziane we wzorze umowy kary umowne będą bowiem powstawać z tytułu nieuprawnionego udostępnienia danych osobowych przez wykonawcę przy przetwarzaniu tych danych przez system informatyczny, którego twórcą będzie wykonawca wybrany w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Po drugie odnosząc się do kwestii niejasnego opisu przedmiotu zamówienia oraz takiego opisu przedmiotu zamówienia, który będzie utrudniał uczciwą konkurencję wskazać należy, że przywołane postanowienia wzoru umowy, które podlegały zaskarżeniu (§ 13 ust. 3 załącznika nr 7 do SIWZ), nie odnosiły się *de facto* do opis przedmiotu zamówienia tylko do warunków umownych przewidujących sankcje z tytułu nieprawidłowego wykonywania zamówienia. Tym samym nie można mówić w tym przypadku o jakimkolwiek naruszeniu, które dotykałoby opisu przedmiotu zamówienia, nawet w szerokim jego rozumieniu odnoszącym się do szczegółowego sposobu spełniania świadczenia umownego. Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, że Odwołujący w żadnym stopniu nie wykazał, że postanowienia dotyczące kar umownych są w jakiś sposób niejasne, czy nieprecyzyjne. Kwestionowany § 13 ust. 3 wzoru umowy wskazuje, kiedy tj., w jakich sytuacjach, Zamawiający będzie zobowiązany do naliczenia wykonawcy usługi określonej wysokości kary umownej. Zresztą Odwołujący wystarczająco zrozumiał te postanowienia.

Ponadto podkreślić należy, że tym etapie postępowania negowanie wysokości kar umownych we wskazanych okolicznościach i warunkach, w kontekście sformułowanych zarzutów odwołania, Izba uznała za nieuzasadnione. Konkretnie okoliczności sprawy związanej z naliczeniem konkretnej potencjalnej kary umownej mogłyby co najwyżej być wzięte pod uwagę przez sąd powszechny przy rozpoznawaniu ewentualnego sporu w tym zakresie pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą, który w sposób niewłaściwy realizował dane zamówienie.

Podkreślić należy, że naruszenia żadnych innych przepisów prawa Odwołujący w tym zakresie w treści odwołania nie wskazał.

Oceniając przedłożone w toku rozprawy przez Zamawiającego dotychczas zawarte z Odwołującym i Przystępującym umowy Izba stwierdziła, że nie mają one istotnego odniesienia do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dotyczą one innego stosunku zobowiązaniowego zawiązywanego w innych warunkach rynkowych, a także innego przedmiotu zamówienia, tym samym nie mają znaczenia dla aktualnie rozstrzyganego przez Izbę sporu odwoławczego.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp, tj. stosowanie do wyniku postępowania, obciążając nimi Odwołującego.

Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła:

- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego,
- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2 lit. b) wskazanego rozporządzenia – koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku, w kwocie wskazanej w tym przepisie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....