

Sygn. akt: KIO 1089/20

WYROK
z dnia 16 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka
Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2020 r. przez wykonawcę **Comarch Healthcare Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Poddębickie Centrum Zdrowia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Poddębicach**

przy udziale wykonawcy **CompuGroup Medical Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów zawartych w: pkt 2 ppkt 1 i 2, pkt 3, pkt 4 , pkt 5 ppkt 2, pkt 6, pkt 7 oraz pkt 8 lit. c) odwołania.**
2. **Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.**
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Comarch Healthcare Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Comarch Healthcare Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Sieradzu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Poddębickie Centrum Zdrowia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poddębicach, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Rozbudowa systemów HIS, PACS/RIS oraz wdrożenie EDM i e-usług on-line w Poddębickim Centrum Zdrowia Sp. z o. o.* Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843), dalej „ustawa Pzp” lub „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 maja 2020 r. pod numerem 2020/S 090-214231.

W dniu 18 maja 2020 r. wykonawca Comarch Healthcare Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu 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 SIWZ 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. 3531 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 353¹ 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.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób określony w odwołaniu.

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

Tym bardziej uzasadnionym staje się dopuszczenie możliwości wymiany systemu na nowy. Taka zmiana 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. 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.

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

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.

Odwołujący wniósł 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;

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 opisu 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. 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.

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 zwracał 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.

Odwołujący wniósł 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.

Następnie, Zamawiający w treści funkcjonalności wskazywał, 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 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł 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.

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 przewidzenia już w SIWZ kar umownych za naruszenie terminu wykonania umowy, a także wobec możliwości dochodzenia przez Zamawiającego odszkodowania przewyższającego wartość kar umownych, nie można uznać, aby interes Zamawiającego w tym zakresie nie był już należycie zabezpieczony. 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.

Odwołujący podnosił również, 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. 353¹ 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 orzecznictwie swoboda ta nie jest jednak nieograniczona, nie stanowi dowolności kształtowania postanowień umowy. Zamawiający jest przede wszystkim zobowiązany do zachowania wynikającej z art. 353¹ 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.

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.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł 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”.

Do postępowania odwoławczego w dniu 22 maja 2020 r. przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca CompuGroup Medical Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie, dalej również „Przystępujący”.

Pismem z dnia 10 lipca 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, uwzględniając część zarzutów, tj. zarzut nr 2 w zakresie: punktu 1) i punktu 2), zarzut nr 4, zarzutu nr 5 w zakresie punktu 2), zarzut nr 6, zarzut nr 7, zarzut nr 8 w zakresie litery c) w części dotyczącej zakazu kumulacji kary umownej z tytułu niewykonania umowy z karami umownymi z tytułu nienależytego wykonania umowy, a w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 13 lipca 2020 r. Odwołujący oświadczył, iż cofa zarzuty o nr: 2 pkt 2, 3, 4, 7 oraz 8 lit. c) z odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pytań i odpowiedzi Zamawiającego do treści dokumentacji postępowania. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, piśmie procesowym Odwołującego, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 14 lipca 2020 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest rozbudowa systemów HIS, PACS/RIS oraz wdrożenie EDM i e-usług on-line w Poddębickim Centrum Zdrowia Sp. z o. o. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w Załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ” — Opis przedmiotu zamówienia. Ponadto, szczegółowe wymagania techniczne względem oprogramowania, sprzętu i usług określone zostały w Załącznikach 1 — 21 do Opisu przedmiotu zamówienia.

Stosownie do Rozdziału IX Załącznika nr 1 do SIWZ: *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 / urządzeń medycznych wraz z wyposażeniem dla Szpitala Powiatowego w Poddębicach”. Obecnie Zamawiający posiada i produkcyjnie użytkuje zakupione w ramach ww. 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.

Zgodnie z treścią Załącznika nr 1 do SIWZ: Zamawiający nie dopuszcza zastąpienia, wymiany lub wyłączenia z produkcyjnego użytkowania jakiegokolwiek komponentu oprogramowania, który był zrealizowany w ramach ww. 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. (...) 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.

Zgodnie z treścią Załącznika 21 do OPZ: 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.

Zgodnie z treścią Załącznika nr 5 dla modułu Zlecenia: System obsługuje zlecenia we współpracy z modułem 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.

Zgodnie z treścią Załącznika nr 5 do OPZ:

RUCH CHORYCH pkt 2.

Możliwością przeglądu danych archiwalnych dotyczących danych z poszczególnych pobytów w szpitalu (rejestr pobytów), 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 pobytów 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 (...)

Następnie Izba ustaliła, że zgodnie z §11 wzoru umowy (kary umowne):

1. 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,

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.

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

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.

4. Kwotę naliczonych kar umownych Zamawiający ma prawo potrącić z należnego Wykonawcy Wynagrodzenia umownego, na co Wykonawca wyraża zgodę, a w przypadku braku możliwości potrącenia kwota naliczonych kar umownych będzie płatna przelewem na konto bankowe Zamawiającego wskazane w wezwaniu do zapłaty, w terminie 7 dni od daty otrzymania przez Wykonawcę wezwania do ich zapłaty.

5. Odpowiedzialność Stron z tytułu nienależytego wykonania lub niewykonania Umowy wyłączają jedynie zdarzenia losowe związane z działaniem siły wyższej.

6. Dla uniknięcia wątpliwości Strony zgodnie oświadczają, że przy dochodzeniu kar umownych Zamawiający nie ma obowiązku wykazywania poniesionej szkody lub utraconych korzyści.

7. Całkowita wysokość kar umownych nie może przekroczyć wysokości Wynagrodzenia umownego określonego w §6 ust. 1 niniejszej umowy, z zastrzeżeniem ust. 8. (...)

Izba ustaliła, że Zamawiający przed terminem posiedzenia dokonał modyfikacji SIWZ i zmienił treść:

1. Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ, w rozdziale IX — Stan aktualny, nadając mu następujące brzmienie: *Szczegółowy wykaz posiadanego oprogramowania opisany jest w Załączniku 22 do OPZ — Stan aktualny. Zamawiający nie dopuszcza wymiany lub wyłączenia z produkcyjnego użytkowania oprogramowania określonego w Załączniku 22 do OPZ w części A, C. 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.*
2. Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ, poprzez dodanie rozdziału X.D - Zakres Integracji, o następującym brzmieniu: *Zamawiający informuje, że zakres i sposób integracji poszczególnych zadań składających się na przedmiot zamówienia został szczegółowo określony w poszczególnych Załącznikach do OPZ. 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. Załącznika nr 22 do OPZ — Stan aktualny, poprzez dodanie rozdziału D - Posiadane bazy danych, z informacjami o: a. liczbie baz danych; b. rodzaju baz danych; c. strukturze baz danych; d. rozmiarze baz danych.
4. Załącznika nr 5 do OPZ — Rozbudowa HIS część medyczna, poprzez dodanie rozdziału „D Integracja” z informacjami o sposobie integracji systemów.
5. Załącznika nr 17 do OPZ — Rozbudowa PACS/RIS, poprzez dodanie rozdziału „J Integracja” z informacjami o sposobie integracji systemów.
6. Załącznika nr 19 do OPZ — Rozbudowa HIS część administracyjna, poprzez dodanie rozdziału „C Integracja” z informacjami o sposobie integracji systemów.
7. §11 ust. 1 wzoru umowy.

Izba uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

W pierwszej kolejności Izba umorzyła postępowanie odwoławcze co do zarzutów zawartych w nr 2 pkt 2, 3, 4, 7, i 8 lit. c) odwołania wobec wycofania przez Odwołującego wyżej wskazanych zarzutów oraz wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu nr 2 w zakresie pkt 1, zarzutu nr 5 w zakresie pkt 2, zarzutu nr 6.

Odnosząc się następnie do zarzutu nr 1, Izba wskazuje, że zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przedmiot zamówienia powinien zostać opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając

wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje.

Izba ustaliła, że Zamawiający poprzez modyfikację SIWZ uzupełnił informacje techniczne dotyczące posiadanego systemu, w zakresie interfejsów wymiany danych, zakresu wymiany danych, co było jednym z żądań Odwołującego. Natomiast nie dopuścił możliwości wymiany systemu. Jak słusznie zauważył Zamawiający, żądanie Odwołującego nie zostało sformułowane wariantowo, tj. żądanie uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia albo dopuszczenia wymiany systemu, lecz koncentruje się wyłącznie na samej wymianie systemu.

Izba podziela pogląd Zamawiającego, że taka wymiana systemu może mieć miejsce tylko wówczas, gdy Zamawiający nie byłby w stanie przekazać wykonawcom informacji o posiadanym systemie. Przerzucenie na wykonawcę ryzyka związanego z uzyskaniem takich informacji byłoby, w ocenie Izby, nieuprawnione. Oczywiście jest, że każdy tego rodzaju system w przyszłości będzie podlegał zmianom. Oznacza to, że każda potencjalny wykonawca rozbudowujący system winien posiadać wiedzę co do funkcjonalności rozbudowywanego systemu. Izba ustaliła, że Zamawiający zmienił treść Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ, w rozdziale IX - Stan aktualny oraz zapewnił dostęp do aktualnie posiadanej dokumentacji technicznej umożliwiającej identyfikację zawartości baz danych i sposobu integracji systemów poprzez dodanie Załączników 22A, 22B, 22C i 22D do OPZ. W tym zakresie zamawiający zmodyfikował treść SIWZ zgodnie z żądaniami. Zatem ich rozpatrzenie przez Izbę jest bezprzedmiotowe (analogicznie w przypadku zarzutu nr 2 pkt 1 oraz nr 5 pkt 2). Ewentualne zastrzeżenia Odwołującego, co do sposobu wykonania żądań, w kontekście uwzględnionych przez zamawiającego zarzutów odwołania mogą stanowić podstawę do zgłaszania do zamawiającego zapytań, prośby o wyjaśnienia, czy też wnoszenia środków ochrony prawnej (z zastrzeżeniem ograniczenia wynikającego z przepisu art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp).

Równocześnie, jak słusznie zauważył Zamawiający, oprogramowanie różnych producentów może ze sobą współpracować, czemu służy proces integracji systemów. Istnieją określone standardy wymiany danych między systemami, których zadaniem jest zapewnienie interoperacyjności systemów. W przypadku systemów szpitalnych klasy HIS takim standardem jest protokół HL7, który jest wykorzystywany w oprogramowaniu użytkowanym przez Zamawiającego. Zamawiający wyjaśnił również, że wymiana systemów HIS/RIS/PACS, z których aktualnie korzysta, nie leży w jego interesie i nie byłaby uzasadniona obiektywnymi potrzebami. Co więcej rozszerzenie zakresu zamówienia utrudniałoby również prowadzenie przez Zamawiającego jego statutowej działalności.

Izba stwierdziła także, że dopuszczenie wymiany systemu HIS w realiach niniejszego postępowania mogłoby doprowadzić do nieporównywalności złożonych ofert, gdyż nie można wykluczyć sytuacji, że część wykonawców proponowałaby oferty z wymianą systemu, a część z możliwością przeprowadzenia integracji.

Odnosząc się do zarzutu nr 2 pkt 3 (żądanie usunięcie z treści Załącznika nr 5 stwierdzenia „z wyłączeniem modułów integrujących się bezpośrednio z urządzeniami medycznymi”) Zamawiający wyjaśnił, że w praktyce oznaczałoby podniesienie poziomu trudności zamówienia poprzez konieczność uruchomienia funkcjonalności modułu zlecenia nie tylko z poziomu dowolnego modułu obsługi pacjenta, ale również z poziomu modułów integrujących się bezpośrednio z urządzeniami medycznymi. Ponadto, Zamawiający stwierdził, że nie potrzebuje takiej funkcjonalności. Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do tej argumentacji.

W związku z powyższym Izba uznała, że Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia tak, aby uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku (aczkolwiek w niniejszej sprawie Zamawiający twierdził, że żądanie Odwołującego sprowadza się *de facto* do postawienia wymogu bardziej skomplikowanego technicznie niż przedstawiony w obecnej treści). Prawem zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, którego realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście określone potrzeby, dlatego też może wskazywać na konkretne funkcjonalności, których oczekuje.

Odnosząc się do zarzutu nr 5 pkt 1 i 3 Izba ustaliła, że Zamawiający zmienił treść Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ, w rozdziale IX - Stan aktualny oraz zapewnił dostęp do aktualnie posiadanej dokumentacji technicznej umożliwiającej identyfikację zawartości baz danych i sposobu integracji systemów poprzez dodanie Załączników 22A, 22B, 22C i 22D do OPZ. Niemniej Odwołujący nadal żądał zapewnienia danych do migracji w postaci plików csv lub xls oraz ograniczenia zakresu migracji danych dotyczących przeniesienia danych rozliczeniowych oraz wprowadzenia 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.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że w przypadku wyboru metody modernizacji systemów, w której będzie niezbędna migracja danych, pozyskanie z aktualnie pracujących systemów danych i migracja tych danych, w dowolny, wybrany przez siebie sposób, w tym w postaci plików csv lub xls winna spoczywać na wykonawcy, bowiem Zamawiający nie chce ani ingerować w sposób wykonania zamówienia, ani narzucać

konkretnego sposobu realizacji zamówienia przez wykonawcę. Odnosząc się do dodatkowej archiwalnej instalacji Zamawiający wyjaśnił, że nie widzi podstaw by w tym zakresie dokonać modyfikacji SIWZ, która wiązałaby się z koniecznością jej utrzymania i ponoszenia związanych z tym kosztów.

W zakresie zarzutu nr 8 lit. a) i b) wskazać należy, że kary umowne, prócz kompensacyjnego charakteru, mogą pełnić inne funkcje. Stanowią narzędzie mobilizujące i dyscyplinujące stronę umowy do należytego jej wykonywania. Kara umowna, będąc dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, ma na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązań (vide: wyrok SN z dnia 8 sierpnia 2008 r., sygn. akt V CSK 85/08). Zamawiający ma prawo korzystać z ww. funkcji kar umownych, aby zagwarantować sobie, że wykonawca będzie wykonywał zamówienie publiczne w sposób oczekiwany, terminowy i zgodny z wymaganymi standardami. Izba nie znalazła podstaw, aby uznać naruszenie art. 353¹ Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym 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.

Odwołujący nie wykazał, by postanowienia §11 wzoru umowy sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku prawnego, wynikającego z umowy, jak również by sprzeciwiały się właściwości (naturze) instytucji kar umownych. Nie wykazano też, aby ww. postanowienia sprzeciwiały się ustawie czy zasadom współżycia społecznego. W niniejszej sprawie faktycznym brakiem jest podstaw do uznania, by przyjęte zasady naliczania kar umownych utrudniały bądź uniemożliwiały ubieganie się o zamówienie, bądź by powodowały utrudnienie uczciwej konkurencji, czy też prowadziły do naruszenia zasady proporcjonalności. Zarzuty w tym zakresie Izba uznała za dążenie jedynie do korzystniejszego dla wykonawcy ukształtowania postanowień przyszłej umowy, nie zaś za wskazywanie działań Zamawiającego naruszających przepisy prawa.

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że kary umowne przewidziane przez Zamawiającego są rażąco wygórowane i niezasadne, odnosząc się jedynie do ogólnych stwierdzeń. Odwołujący nie podjął nawet próby przeprowadzenia dowodu, że kary są na tyle wysokie, że prowadzą do naruszenia zasady proporcjonalności. Nie przedstawił nawet żadnej symulacji, potwierdzającej że podjęcie się realizacji zamówienia wiązałoby się dla wykonawcy z tak wysokim ryzykiem, że wyłącza ono ekonomiczną celowość ubiegania się o zamówienie, co w konsekwencji wyłącza lub niezasadnie ogranicza konkurencję w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku określenia górnego limitu kar, Izba wskazuje, że ani ustawa Prawo zamówień publicznych, ani przepisy Kodeksu cywilnego nie określają maksymalnej wysokości kar umownych oraz definicji kary rażąco wysokiej. Co więcej, brak zastrzeżenia górnego limitu wszystkich kar umownych jest zgodny z uprawnieniem Zamawiającego działającego w interesie publicznym do zwiększenia odpowiedzialności wykonawców za należyte wykonanie zamówienia, a Zamawiający oświadczył, że zdecydował się taki limit zastosować, co jest wyjściem naprzeciw oczekiwaniom potencjalnych wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: