

WYROK

z dnia 30 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lipca 2019r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2019 r. przez wykonawcę **NETIA S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Systemów Informatycznych Ochrony Zdrowia w Warszawie**

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego punktu 1.3. Opisu Przedmiotu Zamówienia (zarzut 1, strona 5 odwołania), wycofanego przez Odwołującego.
2. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w ten sposób, że:
 - Rozdział 2 ust. 2.1. Opisu Przedmiotu Zamówienia, stanowiący załącznik nr 1 do SIWZ otrzyma brzmienie: „Termin wykonania Usługi relokacji w zakresie, o którym mowa w punkcie 2, w terminie nie krótszym niż 8 tygodni od daty zawarcia umowy, po wcześniejszym uzgodnieniu z Zamawiającym”;
 - wykreślenie § 12 ust. 13 wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ.Jednocześnie, Izba nakazuje stosowne dostosowania, jeśli jest to konieczne, w treści ogłoszenia o zamówieniu i w innych miejscach SIWZ.
3. w pozostałym zakresie odwołanie oddala;
4. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
 - 4.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą zwrot kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Sygn. akt KIO 1366/19

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w Warszawie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Usługa relokacji, Usługa kolokacji infrastruktury techniczno-systemowej oraz Usługi łączy dostępowych”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 lipca 2019r. pod numerem Dz.U 2019/S 126-308657.

W dniu 3 lipca 2019r. Zamawiający opublikował treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”).

W dniu 15 lipca 2019r. wykonawca Netia S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 2 Pzp poprzez:
 - a) opisanie przedmiotu zamówienia w pkt 1.3. oraz 3.2.16 OPZ,
 - b) określenie terminu realizacji zamówienia w pkt 2.1. OPZ i § 1 ust. 4 pkt 2) i 3) wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ, oraz
 - c) określenie kar umownych w § 12 ust. 1 pkt 2 i 3 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ, w sposób faworyzujący jednego z wykonawców i utrudniający uczciwą konkurencję, a w konsekwencji naruszenie art, 7 ust. 1 Ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechania opisanie przedmiotu zamówienia w pkt 3.2.16 OPZ w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, co uniemożliwia Odwołującemu sporządzenie oferty, w szczególności dokonanie jej wyceny;
3. art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez określenie terminu realizacji zamówienia w pkt 1.4. i 2.1. OPZ i § 1 ust. 4 pkt 2) i 3) wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia, jako terminu zbyt krótkiego, oznaczonego konkretną datą, w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i faktycznie uniemożliwiający realizację przedmiotu zamówienia w wyznaczonym terminie;
4. art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego, art. 353¹ Kodeksu cywilnego oraz art. 5 Kodeksu cywilnego w z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp, przez zastrzeżenie w SIWZ —

Sygn. akt KIO 1366/19

wzorce umowy, stanowiącym załącznik nr 2 do SIWO klauzul obejmujących obowiązek uiszczania kar umownych, określonych w:

- a) § 12 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy,
- b) § 12 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy,

w wysokości rażąco wysokiej względem sankcjonowanego naruszenia, oderwanej od wartości potencjalnej szkody Zamawiającego, co prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy, co w konsekwencji wykracza poza dopuszczalne granice swobody umów;

5. art. 353¹, art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp, przez zastrzeżenie w § 12 ust. 13 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ klauzuli uprawniającej Zamawiającego do rozwiązania umowy po rozpoczęciu świadczenia Usług Kolokacji za 3 miesięcznym okresem wypowiedzenia, bez żadnej uzasadnionej przyczyny, tym samym obarczając wykonawcę zbyt dużym ryzykiem poniesienia straty, co stanowi nadużycie pozycji Zamawiającego jako strony konstruującej stosunek prawny i wskazuje, na przekroczenie przez Zamawiającego granicy swobody umów; a w konsekwencji naruszenie

6. art. 7 ust. 1 Pzp przez ukształtowanie postanowień umowy, wskazanych w niniejszym odwołaniu w sposób naruszający zasadę proporcjonalności, w tym w szczególności proporcjonalności przyjętych sankcji względem chronionych interesów Zamawiającego.

W konsekwencji Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i dokonania modyfikacji SIWZ poprzez:

1) zmianę postanowienia Rozdziału I pkt 1.3. OPZ w ten sposób, iż otrzymałby on brzmienie: „W każdym ośrodku kolokacji Zamawiający posiada po 13 szaf rack o szerokości 19” i wysokości 42 U, z czego 21 szaf jest wykorzystywanych produkcyjnie a pozostałe są magazynowane. Zamawiający wymaga aby usługa kolokacji była świadczona w dwóch różnych ośrodkach przetwarzania danych (dalej zwanymi „o.p.”) maksymalnie w promieniu 60 km od siedziby Zamawiającego”, a ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia wniosku powyżej, o zmianę ww. postanowienia w ten sposób, że otrzymałby brzmienie: „W każdym ośrodku kolokacji Zamawiający posiada po 13 szaf rack o szerokości 19” i wysokości 42 U, z czego 21 szaf jest wykorzystywanych produkcyjnie a pozostałe są magazynowane. Zamawiający wymaga aby usługa kolokacji była świadczona w dwóch różnych ośrodkach przetwarzania danych (dalej zwanymi „o.p.”) maksymalnie w promieniu 40 km od siedziby Zamawiającego”;

2) o zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia w Rozdziale III pkt 3.2.16 OPZ precyzyjnych danych dotyczących faktycznego zużycia energii w okresie ostatnich 12 miesięcy ewentualnie udostępnienia pomiarów w zakresie poboru mocy, w godzinach szczytu z kilku dni, przy jednoczesnej modyfikacji formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ, w część A1 zgodnie z poniższą propozycją:

Sygn. akt KIO 1366/19

A.1	Relokacja kolokacja i łącza dostępne	21		36	
A.1.1	Koszt energii elektrycznej, wliczony w opłatę z pozycji A.1	21		36	

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia wniosku powyżej, o zmianę postanowienia Rozdziału III pkt 3.2.16 OPZ w ten sposób, iż otrzymałby brzmienie: „Wartość max. mocy zainstalowanych urządzeń (wynikająca z sumy mocy zasilaczy) szafy rack wynosi ok. 12,3 kW przy średniej max. na szafę ok. 7,7 kW. Rozliczenie energii elektrycznej odbywać się będzie zgodnie z licznikiem. Plan rozmieszczenia szaf rack w serwerowni zostanie dostarczony Wykonawcy w terminie do 5 dni roboczych od podpisania umowy. Praca kolokowanych urządzeń będzie realizowana w trybie ciągłym przez cały rok (24/7/365 - dwadzieścia cztery godziny na dobę przez siedem dni tygodniu i trzysta sześćdziesiąt pięć dni w roku)”, przy jednoczesnej modyfikacji formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ, w część A1 zgodnie z poniższą propozycją:

A.1	Relokacja kolokacja i łącza dostępne	21		36	
A.1.1	Koszt energii elektrycznej, wliczony w opłatę z pozycji A.1, wynikający z zastosowania wzoru $KOSZT = PUE * ENERGIA_NETTO * KOSZT_KWH$	21		36	

* ENERGIA NETTO - różnica pomiędzy wskazaniem zużycia energii elektrycznej w Okresie Rozliczeniowym dla wszystkich liczników (w kWh) które zostały zainstalowane w ramach Umowy pomiędzy kolejnymi okresami rozliczeniowymi

* PUE - wartość efektywności zużycia energii elektrycznej PUE (ang. Power usage Effectiveness) wynosi 1,65 o ile w Umowie nie wskazano inaczej;

* KOSZT KWH - wysokość opłaty za zapewnienie zasilania dla Okresu Rozliczeniowego będzie iloczynem wartość zużytej energii elektrycznej {w kWh}, ceny 1 kWh energii elektrycznej dostarczanej Operatorowi przez dostawcę energetycznego oraz PUE.

3) określenie terminu uruchomienia realizacji zamówienia w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia tj. poprzez termin wyrażony w miesiącach od daty zawarcia umowy i bez wskazywania ograniczenia czasowego dla uruchomienia Usług tj. poprzez zmianę Rozdziału II ust. 2.1. OPZ w ten sposób, że otrzymałby on brzmienie: „Termin wykonania Usługi relokacji w zakresie, o którym mowa w pkt. 2, w terminie 4 miesięcy od daty zawarcia Umowy”.

a w konsekwencji dokonania niezbędnych zmian w S 1 ust. 4 pkt 2) i 3) projektu umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ.

4) zmianę postanowienia § 12 ust. 1 pkt 2) i 3) w ten sposób, iż otrzymałby brzmienie: „2) w przypadku niedotrzymania przez Wykonawcę terminów zakończenia przez Wykonawcę Usługi Relokacji w stosunku do każdej z Lokalizacji (w stosunku do każdego przypadku) zgodnie pkt 2.4 OPZ, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,1% maksymalnego wynagrodzenia brutto określonego w 8 ust. 1 za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia,

3) w przypadku niedotrzymania przez Wykonawcę terminu rozpoczęcia świadczenia Usługi Kolokacji i Usługi Łączy Dostępowych, w terminie określonym w SI ust. 4 pkt 3, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,5% całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 8 ust. 1 za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia”.

5) wykreślenie § 12 ust. 13 wzoru Umowy stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ.

Na rozprawie Odwołujący wycofał zarzut dotyczący punktu 1.3 OPZ.

Uzasadniając pozostałe zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymaga, aby wykonawca oszacował opłaty za energię elektryczną i uwzględnił je w poz. A1 formularza ofertowego, nie podając dostatecznie precyzyjnych informacji o zużyciu energii. Wskazał, że jedyne informacje służące do oszacowania kosztów energii zostały opisane w pkt 3.2.16 SIWZ, gdzie Zamawiający wskazał, że „Wartość max. mocy zainstalowanych urządzeń (wynikająca z sumy mocy zasilaczy) szafy rack wynosi ok. 12,3 kW przy średniej max. na szafę ok. 7,7 kW. Z uwagi na fakt, iż urządzenia nie pracują w chwili obecnej z pełną mocą produkcyjną do oszacowania poboru energii elektrycznej należy przyjąć współczynnik obciążenia nie niższy niż 0,35”. Według Odwołującego powyższe informacje nie są wystarczające do skalkulowania ceny ofertowej w zakresie kosztów energii (które stanowią powyżej 50% wartości oferty), gdyż nie jest jasne na jakiej podstawie Zamawiający przyjął współczynnik obciążenia na poziomie 35% (0,35). Ponadto podkreślił, że żaden z wykonawców (poza aktualnie realizującym umowę) nie ma wiedzy o tym jak będzie wyglądała moc produkcyjna urządzeń w trzyletnim okresie obowiązywania umowy. W konsekwencji, wykonawcy, zmuszeni będą do przyjęcia wartości orientacyjnych, które mogą być zarówno zaniżone jak i znacznie zawyżone w stosunku do faktycznych potrzeb energetycznych Zamawiającego. Efektem tego będzie zastosowanie różnych wartości do wyceny ofert, przez poszczególnych oferentów, co uczyni składane oferty nieporównywalnymi w tym zakresie.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że to na Zamawiającym ciąży obowiązek opisanego przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy mogli uwzględnić w swojej ofercie wszystkie ryzyka związane z realizacją zamówienia. Ponownie podkreślił, że jedynym

wykonawcą, który ma pełną wiedzę o tym jak kształtują się koszty energii w trakcie trzyletniego okresu obowiązywania umowy jest ATM S.A., który aktualnie realizuje usługi tożsame z przedmiotem postępowania na rzecz Zamawiającego. Tylko ATM S.A. ma możliwość skalkulowania ceny oferty konkurencyjnej zgodnie z rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego, co jest sprzeczne z treścią art. 29 ust. 2 Pzp.

Uzasadniając zarzut dotyczący terminu realizacji zamówienia w pkt 2.1. OPZ i § 1 ust. 4 pkt 2) i 3) wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ wskazał, że Zamawiający termin uruchomienia usługi relokacji określił na dzień 14.09.2019-29.09.2019. Konsekwentnie, zgodnie z § 1 ust. 4 pkt 2) wzoru umowy, realizacja usługi relokacji do pierwszej lokalizacji ma nastąpić do dnia 22 września 2019 r. zaś realizacja usługi relokacji do drugiej lokalizacji ma nastąpić do dnia 29 września 2019 r. Zgodnie zaś z pkt 4.2. OPZ, termin uruchomienia usługi łączy dostępowych nastąpi po podpisaniu protokołu odbioru łączy, nie później niż w dniu uruchomienia usługi relokacji (29.09.2019 r.). Jednocześnie, Zamawiający wskazał w pkt 1.4 SIWZ, iż w przypadku wyboru oferty dotychczasowego wykonawcy (ATM S.A.) termin uruchomienia usługi łączy dostępowych nastąpi od dnia 1 października 2019 r. Odwołujący podkreślił, że ATM S.A. jest jedynym wykonawcą, który jest w stanie przystąpić do świadczenia usług relokacji niezwłocznie po zawarciu umowy, bowiem posiada już aktualnie całą infrastrukturę, w tym łączy i urządzenia niezbędne do realizacji usługi. Każdy inny wykonawca zmuszony będzie do przeprowadzenia szeregu czynności przygotowawczych umożliwiających świadczenie usługi na rzecz Zamawiającego. ATM S.A. posiada również urządzenia niezbędne do zapewnienia świadczenia usług i nie musi uwzględniać czasu niezbędnego na ich zakup. Co więcej, z zestawienia powyższych powyżej postanowień OPZ, ATM S.A. znajduje się w korzystniejszej sytuacji, jeżeli chodzi o termin uruchomienia usługi łączy dostępowych bowiem przypada on na dzień 1 października 2019 r. a nie, jak w przypadku pozostałych wykonawców, na dzień 29 września 2019 r. W opinii Odwołującego, z powyższego wynika, że ATM S.A. ma nieporównywalnie większe szanse złożenia ważnej, konkurencyjnej oferty w postępowaniu aniżeli pozostali wykonawcy, co jest sprzeczne z treścią art. 29 ust. 2 Pzp. Ponadto Odwołujący wskazał, że termin określony przez Zamawiającego zakłada, iż wykonawca, który uzyska zamówienie będzie w stanie przystąpić do realizacji umowy niezwłocznie po wyborze oferty. Skoro bowiem termin składania ofert został wyznaczony na dzień 5 sierpnia 2019 r. to mając na uwadze standardowe procedury przetargowe, umowa będzie mogła zostać podpisana najwcześniej w połowie września 2019r. Możliwość przedłużenia tego terminu została wprowadzona przez Zamawiającego w § 14 ust. 2 pkt 7 wzoru umowy przewidziana na wypadek „przedłużającej się procedury przetargowej”, tym niemniej trudno jest uznać na obecnym etapie, co Zamawiający uzna za „przedłużającą się procedurę przetargową” a co nie. W szczególności, nie jest jasne, czy np. wydłużenie postępowania z uwagi na konieczność zmiany treści SIWZ lub wniesienie środków ochrony

prawnej (co jest powszechną praktyką w postępowaniach publicznych) powodujące wydłużenie postępowania o jeden miesiąc, ale umożliwiające Zamawiającemu zawarcie umowy do dnia 14 września 2019 r. zostanie uznane za podstawę wydłużenia terminu realizacji umowy na podstawie § 14 ust. 2 pkt 7 wzoru umowy, czy też nie. W konsekwencji, wykonawca składający ofertę (inny niż ATM S.A.) nie ma pewności czy na wykonanie umowy będzie miał tydzień, dwa czy też może jeden dzień. Ponadto podkreślił, że żaden z wykonawców poza ATM S.A. nie ma możliwości wykonania umowy w wymaganym przez Zamawiającego czasie. Odwołujący wskazał, że sama procedura zakupu infrastruktury niezbędnej do świadczenia usług trwa najkrócej dwa miesiące z uwagi na konieczność uwzględnienia czasu oczekiwania na produkt, a ponadto wykonawca musi wcześniej zapoznać się szczegółowo ze środowiskiem Zamawiającego oraz dokonać niezbędnych uzgodnień i czynności opisanych m.in. w pkt. 2.8 OPZ. Z tego względu dla każdego wykonawcy warunkiem złożenia oferty w postępowaniu jest pewność, że będzie dysponował niezbędnym, minimalnym czasem na przygotowanie infrastruktury oraz wykonanie innych czynności przygotowawczych szczegółowo opisanych w SIWZ. Z powyższych względów, termin 29 września 2019 r. nie jest realny i możliwy do spełnienia. Zauważył ponadto, iż skoro Zamawiający dopuszcza możliwość przedłużenia terminu wykonania usług relokacji o okres nie dłuższy niż 4 miesiące (§ 14 ust. 2 pkt 7), to jest on przygotowany na zapewnienie ciągłości usługi w tym przejściowym okresie i nie ma technicznej konieczności ograniczania konkurencji w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wysokości kar umownych Odwołujący wskazał, że kary umowne nie mają zastosowania do aktualnego dostawcy usług na rzecz Zamawiającego, bowiem wykonawca ten z oczywistych względów nie musi dokonywać usług relokacji. Już z tego względu, biorąc pod uwagę fakt, że ATM nie musi kalkulować w swojej ofercie ryzyka związanego z tak drastycznie wysokimi karami umownymi, dochodzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, co jest sprzeczne z art. 29 ust. 2 Pzp. Ponadto, w ocenie Odwołującego, kary umowne przewidziane przez Zamawiającego, z dużym prawdopodobieństwem mogą powodować, że Odwołujący utraci cały zysk z realizacji umowy. Potwierdzają to wyliczenia kar dokonane przez Odwołującego, który dokonał symulacji naliczenia kar przy uwzględnieniu ceny ofertowej. Poziom kar umownych, przewidzianych przez Zamawiającego zamiast funkcji kompensacyjnej jest rodzajem represji względem wykonawcy. Tak ukształtowane kary umowne naruszają zasadę proporcjonalności, o której mowa w art. 7 Pzp, przyjętych sankcji względem chronionych interesów Zamawiającego. Dodatkowo, Odwołujący zauważył, że kara umowna została przewidziana za opóźnienie, a nie za zwłokę, co powoduje, iż dochodząc kary umownej w sytuacji opisanej w tym postanowieniu, Zamawiający nie musi udowadniać, że nieterminowe

wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność. Ciężar dowodu braku odpowiedzialności za wskazane zdarzenie będzie każdorazowo obciążał Wykonawcę. Wyjaśnił, że umowa w sprawie zamówienia publicznego, tworzy pomiędzy Zamawiającym i wykonawcą stosunek zobowiązaniowy, do którego w zakresie nieuregulowanym przepisami Pzp, mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego. Stanowi to punkt wyjścia do przyjęcia, iż normatywną podstawą postanowień w zakresie kar umownych stanowi art. 483 Kodeksu cywilnego. Z uwagi na specyficzny charakter umowy w sprawie zamówienia publicznego, należy zgodzić się ze stanowiskiem Prezesa UZP wyrażonym w raporcie Urzędu Zamówień Publicznych, dotyczącym stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych z dnia marca 2018 r., iż „bardzo ważne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z jednej strony zamawiający, uwzględniając funkcje, jaki kary umowne mają realizować przy wykonywaniu przedsięwzięć publicznych, powinni tak kształtować postanowienia umowne dotyczące tego zagadnienia, aby odpowiednio zabezpieczyć interes publiczny i właściwą realizację zamówienia publicznego. Z drugiej zaś strony powinność zamawiających do należytego zabezpieczenia interesu publicznego nie może prowadzić do przerzucenia na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają oni wpływu. Niedopuszczalne jest również kształtowanie wysokości kar w sposób całkowicie dowolny, bez jakiegokolwiek racjonalnego powiązania z uszczerbkiem po stronie zamawiającego, W tym kontekście kary umowne powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody – tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach publicznych. (...) Zbyt represyjne reguły odpowiedzialności w karach umownych mogą zniechęcać do składania ofert i mogą stanowić przyczynę małego zainteresowania wykonawców ubieganiem się o uzyskanie zamówienia publicznego, co wpływa na konkurencyjność postępowań oraz niekiedy konieczność ich unieważnienia. W takim przypadku wykonawcy na etapie sformułowania warunków umownych mają pełne prawo kwestionować czynności podjęte przez zamawiających jako naruszające zasadę proporcjonalności udzielania zamówień publicznych, a przez to niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych”.

Odwołujący powołał się również na zasadę swobody umów, o której mowa w art. 353¹ Kodeksu cywilnego, zgodnie z którą 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, doznaje na gruncie przepisów Pzp istotnego ograniczenia. Wynika to z uprawnienia i obowiązku Zamawiającego, wyrażonego w art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, do zawarcia w SIWZ istotnych postanowień umownych. W konsekwencji, Zamawiający jest uprawniony do samodzielnie ukształtowania warunków umowy, na których treść wykonawca nie ma żadnego wpływu. Nie oznacza to jednak, że

Zamawiający może kształtować warunki umowy w sposób całkowicie dowolny. Zgodnie z orzecznictwem KIO, uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Jest on ograniczony w szczególności treścią art. 353¹ Kodeksu cywilnego oraz dyrektywą wynikającą z art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którą nie można czynić 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. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (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.

Uzasadniając zarzut dotyczący § 12 ust. 13 wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ, zgodnie z którym „Zamawiający może rozwiązać Umowę po rozpoczęciu świadczenia Usługi Kolokacji za 3 miesięcznym wypowiedzeniem liczonym od końca danego okresu rozliczeniowego” Odwołujący stwierdził, że powyższe postanowienie jest niezgodne z zasadą trwałości i stabilności stosunków opartych na przepisach Pzp. Wyjaśnił, że zgodnie z ustabilizowanym poglądem doktryny, co do zasady umowy w sprawach zamówień publicznych zawierane są na czas oznaczony, a cechą takich umów jest ich trwałość rozumiana w ten sposób, że przepisy Pzp nie przewidują możliwości dowolnego rozwiązywania takich umów zarówno przez zamawiającego, jak i wykonawcę. Jeżeli taka umowa jest wykonywana należycie, to powinna obowiązywać do upływu terminu jej wykonywania. Podkreślił także, że wykonawca przystępujący do realizacji umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia w Postępowaniu zobowiązany jest do zakupu niezbędnej infrastruktury, której koszt stanowi 20% ceny ofertowej. Dodatkowo, musi on zapewnić określone zasoby techniczne i personalne przez okres realizacji umowy tj. trzech lat. W konsekwencji, ustalona cena ofertowa jest skalkulowana przy założeniu, że umowa będzie obowiązywała przez dłuższy okres czasu i staje się całkowicie nieopłacalna w sytuacji rozwiązania umowy po upływie trzech miesięcy. Według Odwołującego powyższe postanowienia zaburzają zasadę równowagi kontraktowej stron i stanowią nadużycie pozycji Zamawiającego jako strony samodzielnie konstruującej przedmiotowy stosunek prawny. Tymczasem, w doktrynie i podnosi się, iż ważną sferą zastosowania zasad współżycia społecznego jako granicy swobody umów jest problematyka tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk

związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Tym samym kwestionowane postanowienia naruszają art. 353¹ oraz art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 26 lipca 2019r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do zarzutu odnośnie braku podania dostatecznej informacji, aby wykonawca mógł oszacować koszty energii elektrycznej do utrzymania serwerowni Zamawiający wyjaśnił, że w związku z pytaniami wniesionymi do postępowania, odniósł się także do pytania dotyczącego pkt. 3.2.16 OPZ i zamieścił na stronie internetowej odpowiedź: „Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ w pkt. 3.2.16 podał informacje o aktualnym średnim poborze mocy przez pojedynczą szafę rack (7,7 kW x 0,35 = 2,69 kW), w warunkach rzeczywistych pobór mocy waha się od 0,5 do 6 kW przy średniej 2,65 kW na szafę rack.”. Podkreślił, że dokonał zmiany i podał przedmiotowe wielkości przy dołożeniu staranności w analizie wcześniejszych danych rzeczywistego zużycia energii elektrycznej dla przedmiotu tego postępowania. Obecny wykonawca jak i każdy wcześniejszy nie będzie dysponował innymi danymi, niż te podane powyżej. Ponadto wskazał, że zmiany cen energii elektrycznej stanowią jedną z przesłanek istotnych zmian w Umowie, co wynika z §14 ust. 3 pkt 5 oraz ust. 8 umowy. W konsekwencji Zamawiający stwierdził, że podniesione przez Odwołującego zarzuty naruszenia przepisów nie są uzasadnione, a przedmiot zamówienia jest opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Odwołujący dysponuje więc wszelkimi informacjami, które umożliwiają przygotowanie przez niego oferty.

Zamawiający odnosząc się kolejno do terminu realizacji zamówienia wskazanego w pkt 2.1. OPZ §1 ust. 4 pkt 2) i 3) wzoru umowy wskazał na wstępie, że relewantnym dla oceny terminów i obowiązków wykonawcy rozumianych jednolicie, niezależnie od statusu danego wykonawcy jest umowa. Przewiduje ona dla każdego wykonawcy, że Etap 3 - Usługa Kolokacji i Usługa Łączy Dostępowych dla dwóch Lokalizacji będzie realizowany w terminie od dnia 1 października 2019. Powołane przez Odwołującego terminy są elementem Usługi Relokacji i służą zapewnieniu ciągłości działania systemów i usług posadowionych na relokowanej infrastrukturze techniczno-systemowej. Zasadność i konieczność zapewnienia najwyższego możliwego w okolicznościach tego zamówienia poziomu dostępności została omówiona w dalszej części niniejszego punktu.

Kolejno Zamawiający wyjaśnił, że przewidziane terminy są uzasadnione okolicznością, że obecny wykonawca realizuje usługi kolokacji na rzecz Zamawiającego do dnia 30 września 2019 r. Świadczone usługi i usługi objęte przedmiotem postępowania obejmują infrastrukturę techniczno-systemową należącą do Zamawiającego, na której posadowione są kluczowe dla Zamawiającego, ale przede wszystkim kluczowe ze względu na interes publiczny, systemy teleinformatyczne zapewniające realizację szeregu usług niezbędnych dla funkcjonowania

systemu opieki zdrowotnej w Polsce. Zamawiający jest bowiem jednostką podległą ministrowi właściwemu do spraw zdrowia, właściwą w zakresie systemów informacyjnych ochrony zdrowia, w związku z czym realizuje szereg projektów dotyczących tworzenia, utrzymywania i rozwoju systemów teleinformatycznych w zakresie systemu informacji w ochronie zdrowia. Zamawiający realizuje swoje zadania w szczególności na podstawie ustawy z dnia 28 kwietnia 2011 r. o systemie informacji w ochronie zdrowia (Dz. U. z 2019 poz. 408 z późn. zm.). W zakresie przedmiotu niniejszego zamówienia na omawianej infrastrukturze przekazanej do kolokacji posadowione będą systemy teleinformatyczne wytworzone i rozwijane w ramach projektu prowadzonego przez Zamawiającego pn. "Elektroniczna Platforma Gromadzenia, Analizy i Udostępniania zasobów cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych" (Projekt P1). Zasoby i systemy teleinformatyczne (w ramach Projektu P1 — tzw. System P1), funkcjonujące na infrastrukturze techniczno-systemowej będącej przedmiotem kolokacji zostały wdrożone produkcyjnie i są w bieżącej eksploatacji. Zapewniają one m.in.:

- obsługę realizacji recept papierowych oraz recept elektronicznych (zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa w stosunku do każdej recepty realizowanej w aptece wystawiany jest dokument realizacji recepty, obsługiwany w tzw. Systemie P1. Wynika to w szczególności z rozporządzenia z dnia 13 kwietnia 2018 r. w sprawie recept (Dz. U. poz. 747, z późn. zm.), - obsługę wystawiania recept elektronicznych (cały proces obiegu dokumentów takich e-recept zapewnia System P1, w szczególności jest to oparte na art. 96a ust. 9a ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2019 r. poz. 499, z późn. zm.),
- obsługę wystawiania i realizacji skierowań elektronicznych (cały proces obiegu dokumentów takich e-recept zapewnia System P1, w szczególności jest to oparte na art. 59aa ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1510, z późn. zm.), dostarczenie i utrzymywanie narzędzia dla użytkowników (pacjentów) w postaci Internetowego Konta Pacjenta, pozwalającego na zarządzanie danymi i informacjami w ramach Systemu P1 (art. 7a ustawy z dnia 28 kwietnia 2011 r. o systemie informacji w ochronie zdrowia).

Zamawiający podkreślił również, że jest podmiotem uczestniczącym w krajowym systemie cyberbezpieczeństwa, wprowadzonego ustawą z dnia 5 lipca 2018 r. o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa (Dz.U. poz. 1560), jako jednostka wskazana jako operator usług kluczowych. W myśl ww. ustawy, usługa kluczowa to usługa, która ma kluczowe znaczenie dla utrzymania krytycznej działalności społecznej lub gospodarczej, wymienioną w wykazie usług kluczowych. Ponadto, zgodnie z decyzją Ministra Zdrowia z dnia 22 listopada 2018 (znak FZP.426.1.2018.RZ) Zamawiający został uznany za operatora następujących usług kluczowych:

- 1) Zarządzanie danymi epidemiologicznymi
- 2) Gromadzenie i udostępnianie Elektronicznej Dokumentacji Medycznej.

Działania Zamawiającego wskazane powyżej, mające znaczenie dla Postępowania, dotyczą drugiej z wymienionych w decyzji usług kluczowych, tj. Gromadzenie i udostępnianie Elektronicznej Dokumentacji Medycznej.

Zamawiający podkreślił, że powyższe okoliczności determinują wskazane w postępowaniu terminy realizacji, zarówno w stosunku do terminów relokacji poszczególnych ośrodków przetwarzania, jak i terminu rozpoczęcia świadczenia usługi kolokacji i usługi łączy dostępowych. Z powyższych także względów, Zamawiający oczekuje realizacji zamówienia przez podmiot, który jest w stanie takie zamówienie zrealizować, dysponuje odpowiednim zapleczem technicznym i organizacyjnym umożliwiającym przystąpienie do realizacji oraz realizację umowy zgodnie z warunkami w niej określonymi.

Zamawiający podkreślił, że przewidział w §14 ust. 2 pkt 7 wzoru umowy możliwość dokonania zmiany terminów (zmiana terminów realizacji), w celu ograniczenia ryzyka przestoju produkcyjnego, co prowadziłoby do znaczącego naruszenia interesu publicznego i stwarzałoby zagrożenie dla obywateli, a także kluczowych procesów państwa, biorąc pod uwagę wskazaną wyżej rolę systemów utrzymywanych przez Zamawiającego.

Podsumowując Zamawiający stwierdził, że w przypadku gdy w grę wchodzi usługi o charakterze ciągłym, każdorazowo występować będzie wykonawca, który obecnie realizuje ten przedmiot umowy. Nie jest rolą ani nie leży w interesie Zamawiającego, mając na względzie jego potrzeby uwarunkowane wskazanymi powyżej okolicznościami, takie rozszerzanie lub dostosowywanie jego wymagań, aby stały się zgodne z możliwościami dowolnego nowego wykonawcy. Szczególnie dotyczy to wykonawcy, który dopiero po wyborze jego oferty będzie organizował urządzenia i inne elementy niezbędne do zrealizowania przedmiotu zamówienia.

Ustosunkowując się do zarzutu dotyczącego §12 ust. 1 pkt 2 i 3 wzoru umowy odnośnie zbyt wysokich kar w przypadku niedotrzymania terminów zakończenia Usługi Relokacji w stosunku do każdej lokalizacji (pkt 2) i rozpoczęcia Usługi Kolokacji i Łączy Dostępowych (pkt 3), Zamawiający podkreślił, że, bowiem mając na względzie konieczność najwyższej dostępności systemów i usług zapewnianych przez Zamawiającego i negatywne, a właściwie katastrofalne skutki w razie braku ciągłości ich działania, w tym dla funkcjonowania jednej z podstawowych sfer państwa, a więc usług opieki zdrowotnej, takich jak wystawianie i realizacja recept lekarskich, dostępność wizyt lekarskich, dostępność elektronicznej dokumentacji medycznej wysokość kar jest uzasadniona. Ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, następstwa braku terminowej realizacji powyższych obowiązków bezpośrednio mogą wpływać na zdrowie lub życie pacjentów. Rola Systemu P1 już w obecnej chwili jest krytyczna. Co więcej, należy wskazać, że w perspektywie czasowej trwania przedmiotowego zamówienia, katalog tych usług oraz ich waga i natężenie będzie się znacząco zwiększać. Wynika to z rozwoju i upowszechniania się tych usług wśród odbiorców, ale także, co szczególnie istotne,

z wchodzeniem w życie kolejnych obowiązków ustawowych obligujących poszczególne instytucje i grupy podmiotów do elektronizacji w zakresie ochrony zdrowia, jak i służby zdrowia. Dotyczy to przykładowo nałożenia obowiązku:

- wystawiania recept w postaci elektronicznej (obecnie pacjent może taką e-receptę otrzymać, wówczas jest ona obsługiwana przez System P1). Obowiązek wystawiania e-recept wchodzi w życie z dniem 1 stycznia 2020 r.,

- wystawiania skierowań w postaci elektronicznej od dnia 1 stycznia 2021 r.,

- wymiany określonej w przepisach elektronicznej dokumentacji medycznej za pośrednictwem Systemu P1 (Systemu Informacji Medycznej - SIM) od dnia 1 stycznia 2021.

Poziom więc kar umownych jest w pełni uzasadniony i nie jest nieadekwatny czy wygórowany. Wynika on z konieczności uwzględniania wskazanej powyżej roli systemu i potencjalnych skutków i odpowiedzialności Zamawiającego, tym bardziej istotnej, że dotyczy on sfery zdrowia i życia pacjentów. Gwarantuje on terminową i należyłą realizację zamówienia, a ich znajomość przed przygotowaniem i złożeniem oferty pozwala na podjęcie decyzji przez wykonawcę, a także daje motywację do takiego zaplanowania działań, aby te opóźnienia nie powstały. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że w myśl art. 484 § 1 zd.1 kodeksu cywilnego w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Powyższy przepis wskazuje, że dopuszczalne jest ustanowienie kary umownej w wysokości przekraczającej poniesioną szkodę. Zamawiający zauważył ponadto, że miarkowanie wysokości kary umownej, jeżeli jest ona rażąco wygórowana należy kognicji do sądu powszechnego.

W kwestii dotyczącej żądania wykreślenia § 12 ust. 13 wzoru umowy o treści: „Zamawiający może rozwiązać Umowę po rozpoczęciu świadczenia Usługi Kolokacji za 3 miesięcznym wypowiedzeniem liczonym od końca danego okresu rozliczeniowego.”, Zamawiający wskazał, że obecnie trwają prace na poziomie rządowym nad inicjatywą „Wspólna Infrastruktura Informatyczna Państwa”. Obejmuje ona budowę, rozwój i utrzymanie chmury obliczeniowej administracji publicznej („Rządowa Chmura Obliczeniowa”), Rządowego Klastra Bezpieczeństwa oraz zapewnienie podmiotom administracji publicznej możliwości nabywania usług przetwarzania w publicznych chmurach obliczeniowych od wykonawców wybranych przez centralnego zamawiającego. Z tego względu w perspektywie Zamawiającego istotne z punktu widzenia racjonalnego wydatkowania środków publicznych i efektywności organizacyjnej jest zapewnienie możliwości przeniesienia systemów i zasobów teleinformatycznych pozostających w jego dyspozycji do wypracowywanego modelu chmurowego. W takiej sytuacji nie jest zasadne i zgodne z interesami i potrzebami Zamawiającego dublowanie przedmiotowych usług i ponoszenia dodatkowych nakładów. Co więcej, Zamawiający powinien uwzględnić ewentualne decyzje strategiczne na szczeblu

rządowym, w razie ich podjęcia. Zamawiający wyjaśnił ponadto, że dokonał zmiany § 12 ust. 13 wzoru umowy poprzez nadanie mu następującej treści: „Zamawiający może rozwiązać Umowę po rozpoczęciu świadczenia Usługi Kolokacji za 3 miesięcznym wypowiedzeniem liczonym od końca danego okresu rozliczeniowego, z tym że złożenie oświadczenia o wypowiedzeniu przez Zamawiającego nie może nastąpić wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy.”.

Końcowo Zamawiający wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu nie naruszył żadnego przepisu Pzp i działał z należytą starannością, zachowując zasady tej ustawy, tj.: proporcjonalności, równego traktowania wykonawców, czy uczciwej konkurencji.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

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

Izba ustaliła ponadto, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Izba wskazuje, że Odwołujący jest potencjalnym wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem zamówienia publicznego, którego dotyczy postępowanie objęte niniejszym odwołaniem. Specyfikacja, jak twierdził Odwołujący, zawiera postanowienia naruszające przepisy Pzp, w konsekwencji czego zarzucane uchybienia mogą uniemożliwić Odwołującemu złożenie oferty konkurencyjnej w stosunku do ofert innych wykonawców. Wobec powyższego działanie Zamawiającego narusza interes Odwołującego, albowiem może doprowadzić do utraty możliwości uzyskania zamówienia publicznego i związanego z tym wynagrodzenia.

W pierwszej kolejności, mając na uwadze wycofanie przez Odwołującego zarzutu dotyczącego pkt 1.3. OPZ (zarzut 1 str. 5 odwołania), Izba uznała, że postępowanie odwoławcze w powyższym zakresie podlega umorzeniu.

Izba zważyła:

Zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp - przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Natomiast zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Izba w pełni podziela stanowisko sądów i Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którymi: "Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję." (KIO 765/14 z 5 maja 2014r.). Podobny pogląd Izba wyraziła również w uchwale z 7 sierpnia 2017 Sygn. akt KIO/KD 40/17, iż "Opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych w toku przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazuje na to ponowienie w ustawie w odniesieniu strictly do opisu przedmiotu zamówienia generalnej zasady zawartej wcześniej w art. 7 ust. 1 Pzp, a obowiązującej w odniesieniu do wszystkich czynności podjętych przez zamawiającego w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, od jego przygotowania i wszczęcia poczynawszy, a na zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego skończywszy. Zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

W świetle przywołanych przepisów swoboda zamawiającego w określaniu cech robót budowlanych, dostaw lub usług, które chce zakupić, jest ograniczona koniecznością zachowania zasad ustalonych art. 29 ust. 2 Pzp i w art. 7 ust. 1 Pzp. Opis przedmiotu zamówienia ograniczający możliwość złożenia ofert przez wykonawców, który nie jest podyktowany racjonalnymi i obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego narusza prawo. Z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp należy wywieść zatem zasadę neutralności opisu przedmiotu zamówienia, który powinien być opisany w taki sposób, że charakterystyka wymagań zamawiającego jest tak samo czytelna i zrozumiała dla wszystkich wykonawców i nie pozycjonuje ich szans na uzyskanie zamówienia".

Uwzględniając powyższe Izba odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp dotyczącego opisanie przedmiotu zamówienia w punkcie 3.2.16 uznała, że Odwołujący w toku postępowania odwoławczego nie dowiódł, aby Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób, którego nie można byłoby uznać za jednoznaczny i

wyczerpujący, czy też, że nie użył on dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Odwołujący nie wykazał, aby posługując się przekazanymi wraz z SIWZ dokumentami niemożliwym było sporządzenie rzetelnej, uwzględniającej wszystkie istotne okoliczności, oferty. Twierdzenia przez niego sformułowane nie pozwalały również uznać, że sporządzonego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia, przy uwzględnieniu udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi na zadane pytania wykonawców, nie można uznać za opis spełniający wymogi określone w art. 29 ust. 1 Pzp.

W ocenie Izby informacje podane przez Zamawiającego dotyczące średniego zużycia energii na szafę RACK, a także dane zawarte w punkcie 2.13.1. OPZ, w którym Zamawiający zawarł wykaz urządzeń wraz z podaniem ich miejsca w szafach RACK są wystarczające do przygotowania oferty i ustalenia przez wykonawcę na jakim poziomie kształtuje się pobór mocy każdej z szaf. Izba nie podzieliła także stanowiska Odwołującego, że tylko dotychczasowy wykonawca posiada pełne informacje odnośnie szacunkowego zużycia energii elektrycznej. Podkreślić bowiem należy, że podane przez Zamawiającego dane zostały sporządzone na podstawie aktualnego średniego poboru mocy, tj. w okresie, w którym ATM S.A. realizuje usługę na rzecz Zamawiającego. W konsekwencji skład orzekający uznał, że wszyscy wykonawcy posiadają takie same informacje w tym zakresie. Ponadto podkreślić należy, że Zamawiający w § 14 ust. 3 pkt 5 i pkt 8 wzoru umowy przewidział jako jedną z przesłanek istotnych zmian w umowie możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia w sytuacji, gdy zmianie ulegnie wysokość opłat za energię elektryczną.

Izba za niezasadny uznała także zarzut dotyczący naruszenia art. 484 § 2, art. 353¹ oraz art. 5 kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp dotyczący ustalonej przez Zamawiającego wysokości kar umownych.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy m.in. relokacji i kolokacji systemów teleinformatycznych związanych w prawidłowym funkcjonowaniu usług opieki medycznej w Polsce, co wymaga zapewnienia przez wykonawcę najwyższej dostępności systemów i usług zapewnianych przez Zamawiającego. Zamawiający wykazał, że brak takiej dostępności, czy ciągłości będzie miał negatywny wpływ na możliwość wystawienia i realizacji recept lekarskich, dostępność wizyt lekarskich a także ograniczy dostęp do elektronicznej dokumentacji medycznej. Podkreślał ponadto, że następstwem nieterminowej realizacji obowiązków objętych przedmiotowym zamówieniem będzie bezpośredni wpływ na zdrowie lub życie pacjentów, w związku z czym konieczne jest zapewnienie prawidłowego działania systemu. Zdaniem składu orzekającego przywołane w odwołaniu postanowienia wzoru umowy stanowią adekwatne zabezpieczenie nie tylko interesów samego Zamawiającego, ale także interesów pacjentów. 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. Izba uznała, że obniżenie wysokości kar do poziomu proponowanego przez Odwołującego, tj. do kwoty 0,1 % wartości całego wynagrodzenia brutto za 1 godzinę niedostępności systemu, lub 0,5 % za dzień niedostępności na etapie realizacji etapu kolokacji powodowałoby, że wykonawca nie musiałby szybko i niezwłocznie reagować na zaistniałe nieprawidłowości, co w ocenie Izby jest niedopuszczalne. Jak bowiem wskazywał Zamawiający niedostępność systemu przez 10h powoduje, że ok 1 milion pacjentów i lekarzy pozbawionych zostaje możliwości skorzystania z jego funkcjonalności.

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.

W zakresie naruszenia art. 5 kc Izba stoi na stanowisku, iż przywoływanie tego przepisu w zakresie działalności gospodarczej jak również w tym stanie faktycznym jest zupełnie niezasadne. Wskazać należy na orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2017 r., sygn. akt II CSK 236/16 w którym Sąd wskazał, że norma zawarta w tym przepisie ma charakter wyjątkowy i może być stosowana tylko po wykazaniu wyjątkowych okoliczności, w sytuacji, gdy w inny sposób nie można zabezpieczyć interesu osoby zagrożonej wykonaniem prawa podmiotowego przez inną osobę (zob. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 17 października 1969 r., III CRN 310/69, OSNCP 1970, Nr 6, poz. 115) oraz w tych szczególnych przypadkach, w których wykorzystywanie uprawnień wynikających z przepisów prawa prowadziłoby do skutku nie aprobowanego w społeczeństwie ze względu na przyjętą w społeczeństwie zasadę współzycia społecznego. Zasady współzycia społecznego to pojęcie nieoookreślone, nieostre, a powoływanie się na sprzeczność z zasadami współzycia społecznego powinno wiązać się z konkretnym wykazaniem o jakie zasady współzycia społecznego w konkretnym wypadku chodzi oraz na czym polega sprzeczność danego działania z tymi zasadami. Taki charakter klauzul generalnych zawartych w rozważanym przepisie nakazuje ostrożne korzystanie z instytucji nadużycia prawa podmiotowego jako podstawy oddalenia powództwa, a przede wszystkim wymaga wszechstronnego rozważenia okoliczności, aby w ten sposób nie doprowadzić do podważenia pewności obrotu prawnego. Zasadą bowiem jest, że ten kto korzysta ze swego prawa postępuje zgodnie z jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem i zasadami współzycia społecznego. Ponadto Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 17 października 2000 r. Sygn. SK 5/99 stwierdził, że artykuł 5 k.c. należy on do tzw. klauzul

generalnych, mających zapobiec stosowaniu prawa w sposób, który ma na celu wywarcie skutków niemoralnych albo rozmiągających się zasadniczo z celem, dla którego dane prawo było ustanowione. Z powyższych względów skład orzekający zarzut uznał za nieuzasadniony.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez określenie zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia w punkcie 2.1. OPZ i § 1 ust. 4 pkt 2 i 3 wzoru umowy, skład orzekający uznał go za zasadny.

Izba wyraża stanowisko, iż opis przedmiotu zamówienia nie musi być sformułowany w taki sposób, aby umożliwiać ubiegania się o udzielenie zamówienia każdemu zainteresowanemu wykonawcy, jednakże nie oznacza to, iż Zamawiający prowadząc postępowanie w trybie konkurencyjnym, poprzez zapisy SIWZ doprowadza do wyeliminowania konkurencji w postępowaniu. W niniejszym postępowaniu ustalenie terminu realizacji usług w terminie wskazanym w punkcie 2.1. OPZ powodowałoby, zdaniem Izby, że tylko wykonawca obecnie świadczący usługę jest w stanie przystąpić do niezwłocznej realizacji usługi, bowiem posiada już całą infrastrukturę konieczną do jej zrealizowania w tym łącza i urządzenia niezbędne do realizacji usługi.

Podkreślić należy, że według zasad Pzp ofertę w danym przetargu winni składać wykonawcy, którzy dysponują odpowiednim potencjałem umożliwiającymi im dane zamówienie wykonać. Nie oznacza to jednak, że wykonawcy muszą już na etapie składania ofert poczynić wydatki na zakup infrastruktury technicznej, która będzie niezbędna, aby usługę realizować. Takie rozumienie dysponowania zasobami technicznymi jak prezentuje Zamawiający powodowałoby, że wykonawca jeszcze przed przystąpieniem do przetargu zmuszony by był poczynić znaczne nakłady finansowe na zakup infrastruktury, która jak wskazywał Odwołujący, dedykowana będzie ściśle do konkretnego postępowania. Nieuzyskanie zamówienia spowoduje natomiast powstanie szkody po stronie wykonawcy. Odwołujący wykazał ponadto, że czas związany z procedurą zakupu infrastruktury niezbędnej do świadczenia usług trwa najkrócej dwa miesiące z uwagi na konieczność uwzględnienia czasu oczekiwania na produkt. Z tego też względu Izba uznała za zasadne nakazanie Zamawiającemu zmianę terminu realizacji usługi na czas nie krótszy niż 8 tygodni od zawarcia umowy. Powyższe umożliwi innym wykonawcom, którzy posiadają techniczne możliwości realizacji zamówienia do przygotowania się do świadczenia usługi.

Izba uwzględniła ponadto żądanie Odwołującego dotyczące nakazania Zamawiającemu wykreślenie § 12 ust. 13 z wzoru umowy, umożliwiającemu mu rozwiązanie umowy za 3 miesięcznym wypowiedzeniem. Zauważyć należy na wstępie, że Zamawiający dokonał modyfikacji powyższego postanowienia, wskazując, że złożenie oświadczenia o wypowiedzeniu przez Zamawiającego nie może nastąpić wcześniej niż po upływie 6 miesięcy

od dnia zawarcia umowy. Powyższe powoduje natomiast, że po 9 miesiącach obowiązywania umowy Zamawiający może rozwiązać umowę.

Skład orzekający uznał, że zastrzeżenie bezwarunkowej możliwości wypowiedzenia przez Zamawiającego umowy - nie jest dopuszczalne, z punktu widzenia osiągnięcia celów, którym służą umowy realizacyjne zamówień publicznych i bez ustalenia zasad rozliczeń z tym związanych. Skład orzekający za słuszne uznał stanowisko Odwołującego, że sytuacja taka może spowodować, iż ustalona cena oferty będzie rentowna tylko przy założeniu 36 miesięcznego okresu realizacji umowy. Możliwość wcześniejszego rozwiązania umowy może spowodować sytuację, że nawet największe koszty wykonania zamówienia, które wykonawca poniesie w okresie początkowym nie zostaną pokryte przez przychody od Zamawiającego np. po 9-cio miesięcznym okresie jej obowiązywania. Warto również podkreślić, na co wskazywał Odwołujący, że wykonawca przystępujący do realizacji umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia w postępowaniu zobowiązany jest do zakupu niezbędnej infrastruktury, której koszt stanowi 20% ceny ofertowej. Dodatkowo, musi on zapewnić określone zasoby techniczne i personalne przez okres realizacji umowy tj. trzech lat. W konsekwencji, ustalona cena ofertowa jest skalkulowana przy założeniu, że umowa będzie obowiązywała przez dłuższy okres czasu i staje się całkowicie nieopłacalna w sytuacji rozwiązania umowy po upływie np. dziewięciu miesięcy. Zamawiający wskazywał, że powyższy zapis § 12 ust. 13 ma związek z projektem uchwały w sprawie Inicjatywy „Wspólna Infrastruktura Informatyczna Państwa”, jednakże powyższe nie znajduje potwierdzenia w powyższym przepisie. Nie wynika bowiem z niego, że tylko w przypadku wdrożenia tego programu umowa zostanie rozwiązana. Przy obecnym brzmieniu Zamawiający ma możliwość rozwiązania umowy niezależnie od przyczyny, po upływie 9-cio miesięcznego terminu obowiązywania umowy, co w ocenie składu nie znajduje oparcia w przepisach Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 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 i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: