

**Sygn. akt: KIO 1519/15**

**WYROK**  
**z dnia 31 lipca 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kawa**

**Protokolant: Paulina Zielenkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 lipca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2015 r. przez wykonawcę **POLCOM" S.A, ul. Krakowska 43, 32-050 Skawina** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Województwo Małopolskie, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków.**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Województwu Małopolskiemu w Krakowie ul. Basztowa 12, dokonania zmiany treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i wprowadzenie postanowień

- w §2 pkt 1.2.1.2 wzoru umowy ustalenia czasu na przeprowadzenie migracji systemów w okresie nie krótszym niż 24 godziny,

- ustalenie maksymalnej wysokości kary umownej za przekroczenie czasu migracji wskazanego w § 2 pkt 1.2.1.2 wzoru umowy, za każdą rozpoczętą godzinę przekroczenia, w kwocie nie wyższej niż 20 tysięcy złotych.

1.1 Nadto nakazuje zamawiającemu uwzględnienie konsekwencji powyższych zmian w pozostałych postanowieniach Ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ wraz z załącznikami.

2. Kosztami postępowania obciąża Województwo Małopolskie, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków. i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Zamawiającego Województwo Małopolskie, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków. – na rzecz Odwołującego kwotę 15 000,00( piętnaście tysięcy) złotych tytułem zwrotu uiszczzonego przez odwołującego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Krakowie.

Przewodniczący: .....

## UZASADNIENIE

Województwo Małopolskie, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków, zwane dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w drodze przetargu nieograniczonego na „Usługę kolokacji oraz serwisu pogwarancyjnego sprzętu komputerowego Centrum Przetwarzania Danych UMWM”) znak sprawy: OR-X.272.68.2015. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 lipca 2015 r. pod numerem 2015/S 128-235667. W tym też dniu Zamawiający opublikował na stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia(SIWZ). Od treści postanowień tej specyfikacji wykonawca "POLCOM" S.A, ul. Krakowska 43, 32-050 Skawina, zwany dalej „Odwołującym” wniósł w dniu 17 lipca odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (KIO).

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy mające istotny wpływ na wynik postępowania, tj.:

1. art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 29 ust. 1 i 2 pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, tj.:

(a) określenie nierealnego, zbyt krótkiego czasu na wykonanie migracji systemów informatycznych, których mają dotyczyć usługi objętej przedmiotem zamówienia, do nowej lokalizacji,

(b) bezpodstawne narzucenie takiego sposobu migracji systemów informatycznych, których mają dotyczyć usługi objętej przedmiotem zamówienia, do nowej lokalizacji, który potęguje ryzyko po stronie nowego wykonawcy,

(c) bezpodstawne zróżnicowanie zasad odpowiedzialności za niedostępność systemów informatycznych w trakcie migracji w stosunku do zasad odpowiedzialności za niedostępność tych systemów w trakcie późniejszego świadczenia usług,

(d) bezpodstawne określenie kilku kar umownych za niedostępność systemów informatycznych w trakcie migracji, bez jednoznacznego określenia, w jakich przypadkach dojdzie do naliczenia poszczególnych kar,

(e) brak zapewnienia niezbędnego współdziałania podmiotu, w którego lokalizacji jest obecnie zainstalowany sprzęt i oprogramowanie, które mają podlegać migracji,

2. art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, uniemożliwiający wykonawcom odpowiednie skalkulowanie oferty, a jednocześnie naruszający zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, tj.: brak podania informacji niezbędnych do oszacowania ryzyka związanego z realizacją zamówienia,

3. art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, a także art. 353[1] kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i 139 ust. 1 pzp poprzez bezpodstawne rozszerzenie zakresu odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności leżące całkowicie poza jego kontrolą, w tym mające charakter siły wyższej, leżące po stronie Zamawiającego lub podmiotu działającego na rzecz Zamawiającego.

Stawiając powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez doprowadzenie jej postanowień do zgodności z ustawą zgodnie z żądaniami zawartymi w uzasadnieniu odwołania.

Na wstępie przywołanych zarzutów Odwołujący podniósł, że zamówienie będące przedmiotem postępowania jest zamówieniem skomplikowanym i obejmuje m.in. świadczenie usług udostępniania systemów informatycznych Zamawiającego i administrowania nimi, pogwarancyjny serwis sprzętu należącego do Zamawiającego, migrację systemów Zamawiającego, a także **kolokację** - udostępnienie wydzielonej powierzchni, wraz z niezbędną infrastrukturą telekomunikacyjną, w celu umieszczenia w niej serwerów lub innych urządzeń teleinformatycznych oraz zapewnienie ochrony, konserwacji, obsługi i stałego podłączenia do Internetu.

Podniósł, że ustalone w SIWZ postanowienia radykalnie ograniczają grono wykonawców mogących ubiegać się o zamówienia, w istotny sposób faworyzując podmiot świadczący obecnie usługi dla Zamawiającego. Ponadto warunki te nie mają racjonalnego uzasadnienia, co powoduje, że w niedozwolony sposób ograniczają uczciwą konkurencję.

W zakresie podniesionej grupy zarzutów dotyczących migracji sprzętu i oprogramowania podał, że sprzęt i oprogramowanie, których mają dotyczyć usługi objęte przedmiotem zamówienia, znajdują się w lokalizacji (centrum przetwarzania danych) należącej do obecnego wykonawcy usług na rzecz Zamawiającego w Żywcu w województwie śląskim. Zamawiający oczekuje jednak, że w ramach niniejszego zamówienia sprzęt i oprogramowanie (Systemy zgodnie z definicją z §1 wzoru umowy) zostaną umieszczone w odpowiednio wyposażonym pomieszczeniu (Serwerowni zgodnie z definicją z §1 wzoru umowy, spełniającej wymagania opisane w §4 wzoru umowy). W § 2 pkt 1.2 wzoru umowy Zamawiający nakłada na wykonawców obowiązek zrealizowania tzw. usług jednorazowych, które - w myśl definicji ujętych w §1, są związane z transportem, instalacją i udostępnieniem sprzętu komputerowego wraz z zainstalowanym i skonfigurowanym na nim oprogramowaniem. W praktyce chodzi o świadczenia związane z przygotowaniem do dalszej realizacji umowy. Realizacja tych usług jest warunkiem *sine qua non* wykonania pozostałych świadczeń w ramach umowy. Każdy wykonawca - oprócz tego, który obecnie świadczy usługi dla Zamawiającego - będzie zmuszony dokonać migracji, czyli przewieźć sprzęt i oprogramowanie do swojej lokalizacji, a następnie zainstalować je tam i uruchomić.

Stwierdził, że w § 2 pkt 1.2.1.2 wzoru umowy Zamawiający postawił następujące wymaganie: „Zamawiający ustala maksymalny czas migracji Systemów, rozumianej jako ewentualna zmiana lokalizacji infrastruktury, uruchomienie wszystkich serwisów oraz testy, do 12 godzin od jej rozpoczęcia. Termin 12 godzin liczony będzie od terminu rozpoczęcia migracji systemów ustalonego na mocy harmonogramu przeniesienia sprzętu do nowej lokalizacji, o którym mowa w §2 ust.1 pkt. 1.2.1.1. Wszystkie Systemy będą widoczne w sieci Internet oraz w sieci IPVPN pod swoimi adresami max. po 12 godzinach”. Z tego samego punktu wynika, że działania związane z migracją (transport, instalacja i udostępnienie Systemów) mają być wykonane „w dniu rozpoczęcia usługi kolokacji i serwisu pogwarancyjnego”.

Zauważył, że zmiana lokalizacji dla sprzętu i oprogramowania w zakresie, w jakim wymaga tego Zamawiający, jest skomplikowaną operacją. Sam Zamawiający w §4 pkt 2 określa szereg wymagań dla tego procesu, tj.:

- odbiór sprzętu komputerowego Zamawiającego z obecnego miejsca świadczenia usługi kolokacji (Żywiec),
- protokolarne pakowanie sprzętu komputerowego (przygotowanie wykazu przewożonego sprzętu wraz z numerami seryjnymi urządzeń, dysków twardych, tasiemek) w folie zabezpieczające lub pudełka kartonowe dostarczone przez Wykonawcę,
  - komisyjne plombowanie pojazdu lub przewożonego sprzętu komputerowego Zamawiającego, komisyjne usunięcie plomb,
- rozpakowanie sprzętu wraz z montażem w szafach zgodnie z wcześniejszym schematem podłączeniowym Zamawiającego,
- okablowanie sprzętu komputerowego Zamawiającego do tablicy rozdzielczej prądu zmiennego i listwy uziemiającej, okablowanie portów wejścia/wyjścia Sprzętu komputerowego Zamawiającego,
- zestawienie połączeń pomiędzy sprzętem komputerowym Zamawiającego zainstalowanym w jednej szafie albo od sprzętu komputerowego Zamawiającego zainstalowanego w innych szafach,
- konfiguracja routerów zgodnie z ustaleniami z Zamawiającym dokonanymi po podpisaniu umowy,
- weryfikacja poprawności montażu oraz funkcjonowania zamontowanych urządzeń z Zamawiającym.

Omawiana procedura dotyczy ponad stu urządzeń, w tym kilkudziesięciu serwerów. Wszystko to powoduje, że tak ustalony okres czasu na dokonanie powyższych czynności, czyni go w świetle postanowień §2 pkt. 1.2.1.2 nierealnym do wykonania w ustalonym terminie 12 godzin. Sama procedura wydania sprzętu, obejmująca protokolarne pakowanie i rozpakowywanie urządzeń, a następnie protokolarne rozpakowywanie i montaż, nawet przy zachowaniu najwyższej staranności, musi zająć przynajmniej kilka godzin. Transport do

nowego miejsca świadczenia usług, nawet przy założeniu stosunkowo niewielkiej odległości pomiędzy obecną serwerownią w Żywcu, a nową lokalizacją (rzędu 80-100 km), zajmie przynajmniej 1,5-2 godziny. W tej sytuacji, na kluczowe działania związane z montażem sprzętu, odtworzeniem działania Systemów, zestawieniem niezbędnych połączeń i przeprowadzenie testów, pozostaje minimalna część opisanego w SIWZ dwunastogodzinnego okresu, w trakcie której zakończenie tych czynności w sposób podany przez Zamawiającego nie jest możliwe.

Podkreślił, że w tej sytuacji podłożeniu obowiązkowi wykonania tych zadań w tak krótkim terminie nie musi obawiać się jedynie wykonawca, w którego lokalizacji sprzęt jest obecnie zainstalowany, ponieważ on jako jedyny nie musi dokonywać migracji (potwierdza to zresztą sam §2 pkt 1.2.1.2 wzoru umowy, w którym jest mowa o „ewentualnej” zmianie lokalizacji).

W zakresie samego sposobu dokonania migracji sprzętu zarzucił Zamawiającemu, że wymagania zawarte w §2 pkt 1.2 wzoru umowy godzą w zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania nie tylko ze względu na wyznaczony czas migracji, ale także samo podejście do niej. Zamawiający oczekuje, że migracja całego sprzętu i oprogramowania, obsługujących cztery różne i niezależne od siebie projekty (opisane w punktach 1.1-1.4 załącznika nr 1 do wzoru umowy) nastąpi jednego dnia, w ciągu tego samego okna czasowego trwającego dwanaście godzin.

W praktyce profesjonalnych dostawców usług tego typu stosowane są inne, skuteczne i bezpieczne metody sukcesywnego przenoszenia sprzętu i oprogramowania z miejsca na miejsce. Przykładowo, przeniesienie może nastąpić w ten sposób, że w pierwszej kolejności wykonawca udostępni w swojej lokalizacji tymczasowe środowisko informatyczne spełniające odpowiednie wymagania. Kolejnym krokiem jest stopniowe przeniesienie poszczególnych systemów, a następnie ich produkcyjne uruchomienie (udostępnienie użytkownikom). Dopiero w dalszej kolejności wykonawca transportuje obecny sprzęt do nowej lokalizacji, uruchamia go i testuje. Ostatnim krokiem jest sukcesywne przeniesienie systemów z tymczasowego środowiska na docelowe czyli na sprzęt przeniesiony i uruchomiony w nowej lokalizacji. Przy takiej technologii proces fizycznego przenoszenia sprzętu nie wiąże się z całkowitym odcięciem dostępu systemów na czas demontażu, transportu, ponownej instalacji i konfiguracji - działają one w tym czasie w tymczasowym środowisku. Minimalizowane jest także ryzyko opóźnień związanych z ewentualnymi awariami sprzętu w trakcie transportu, czy też koniecznością odzyskania danych z kopii zapasowych. Ponadto, inaczej niż w przypadku podejścia narzuconego przez Zamawiającego, nie musi dojść do jednoczesnego unieruchomienia wszystkich czterech projektów obsługiwanych przez Zamawiającego na sprzęcie. Zamawiający bez merytorycznego uzasadnienia uniemożliwia wykonawcom skorzystanie ze swojego know-

how, narzucając podejście sprzeczne z dobrymi praktykami, które istotnie zwiększa ryzyko dla bezpieczeństwa i ciągłości działania przenoszonych Systemów.

W kolejnym rzucie, a dosłownie grupie zarzutów Odwołujący kwestionował sposób i wysokość naliczania kar umownych za opóźnienia w procesie migracji. W tym zakresie podał iż takie ustalenie wielkości kar w sposób nieuprawniony uprzywilejowuje obecnego wykonawcę zamówienia. Całkowicie nieuzasadnione jest różnicowanie zakresu odpowiedzialności za niedostępność w zależności od tego, czy ma ona miejsce w trakcie migracji (usługa obejmuje przeniesienie danych oraz konfigurację środowiska w nowym systemie, w sposób umożliwiający poprawną pracę wymaganych aplikacji), czy po jej zakończeniu. Tymczasem w świetle zaskarżonych postanowień, kary umowne grożące w przypadku przedłużającej się niedostępności w czasie migracji są kilkunastokrotnie wyższe od kar przewidzianych za analogiczną niedostępność w późniejszym okresie.

W przypadku migracji, we wzorze umowy określono kilka kar umownych dotyczących tych samych zdarzeń. W przypadku przekroczenia terminu wskazanego w § 2 ust. 1 pkt. 1.2.1.2, czyli terminu wykonania migracji, Wykonawca zobowiązany jest zapłacić karę umowną w wysokości 40 000 zł za każdą rozpoczętą godzinę niedostępności Systemów. Natomiast w odniesieniu do niedostępności w trakcie eksploatacji systemów po zakończeniu migracji, na podstawie §13 pkt 2.3 i załącznika nr 3 do wzoru umowy, wykonawca ma obowiązek płacić kary umowne za każdą niedostępność Systemów trwającą ponad 1 godzinę zegarową, które są dużo niższe i wynoszą średnio około 3 tys. zł za każdą godzinę niedostępności systemu. Wskazane wymagania, których niewykonanie zgodnie z projektem umowy prowadzą do radykalnego zróżnicowania kwot kar umownych dla przypadków niedostępności systemów informatycznych w trakcie migracji i po jej zakończeniu, choć z punktu widzenia bieżącej działalności Zamawiającego i użytkowników są to sytuacje analogiczne. Kara umowna za każdą godzinę braku dostępności w trakcie migracji (opisana w §13 pkt 2.2.3) jest od 10,3 do 14,5 razy wyższa, niż kary za każdą godzinę braku dostępności w trakcie eksploatacji, po zakończeniu migracji sprzętu.

Podniósł iż szacunkowa wartość zamówienia netto (bez zamówień uzupełniających) to 1 651 878,00 zł. Mając na względzie, że usługi mają być świadczone przez 36 miesięcy, miesięczne wynagrodzenie przy założeniu złożenia oferty cenowej zbliżonej do szacunkowej wartości zamówienia to ok. 45 000 zł netto. Z punktu widzenia wykonawcy ubiegającego się o zamówienie przy obecnym brzmieniu wzoru umowy, każda godzina przekroczenia niezwykle krótkiego czasu przeznaczonego na migrację jest równoznaczna z karą umowną, której wysokość jest zbliżona do miesięcznego wynagrodzenia za świadczenie usług. Przy tej wysokości kar za opóźnienia w migracji mogą spowodować iż kary umowne mogą tak obniżyć wartość uzyskanej z zamówienia kwoty, że oferty złoży tylko dotychczasowy wykonawca, który nie będzie wykonywał przenoszenia sprzętu.

Zarzucał także Zamawiającemu, że w treści SIWZ nie pojawia się żadna informacja o tym, że obecny dostawca, w którego lokalizacji znajduje się sprzęt i oprogramowanie mające podlegać migracji, będzie współdziałał w tym procesie. Bez współdziałania obecnego wykonawcy, realizacja migracji nie będzie możliwa albo będzie znacznie utrudniona. Mimo to, w zaskarżonej specyfikacji nie przewidziano takiego wsparcia, nie opisano jego zakresu, ani nawet nie wskazano, jakie procedury związane z przekazaniem systemów do migracji (np. w zakresie odłączania, pakowania, oznaczania i przekazywania sprzętu) są stosowane u dotychczasowego wykonawcy. Tymczasem nowy wykonawca nie dysponuje żadnymi środkami wpływu na działania dotychczasowego wykonawcy, dla którego jest przecież konkurentem. Takimi środkami dysponuje Zamawiający, który jest stroną umowy z obecnym wykonawcą.

W zakresie tych zarzutów Odwołujący podniósł żądania nakazania Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ przez:

- (a) zmianę §2 pkt 1.2 wzoru umowy przez rezygnację z dotychczasowych wymagań dotyczących migracji Systemów (w szczególności wykreślenie wymagania, aby w dniu rozpoczęcia usługi kolokacji i serwisu pogwarancyjnego doszło do jednorazowego przeniesienia Systemów w terminie 12 godzin) i dopuszczenie przeprowadzenia migracji Systemów w sposób sukcesywny, zgodnie z dostarczonym przez wykonawcę planem i harmonogramem migracji, przy wykorzystaniu tymczasowych środowisk informatycznych,
- (b) wykreślenie §13 pkt 2.2.2 i §13 pkt 2.2.3 wzoru umowy oraz zrównanie zasad i wymiaru odpowiedzialności za przekroczenie maksymalnego czasu migracji lub spowodowanie przerwy w dostępie do Systemów w trakcie wykonywania Usług jednorazowych, z zasadami odpowiedzialności (w tym wyłączenia odpowiedzialności za zdarzenia niezależne od wykonawcy) i kwotami kar określonymi w załączniku nr 3 do wzoru umowy za niedotrzymanie parametru SLA nr 1,
- (c) wprowadzenie postanowień, zgodnie z którymi Zamawiający zapewni w trakcie procesu migracji wsparcie dotychczasowego wykonawcy (tj. podmiotu, w którego lokalizacji obecnie znajdują się sprzęt i oprogramowanie, których mają dotyczyć usługi w ramach zamówienia), w szczególności wskazanie, że bieg terminów związanych z przeniesieniem sprzętu rozpoczyna się z chwilą, w której wykonawca niniejszego zamówienia otrzyma od dotychczasowego wykonawcy zinwentaryzowany komplet sprzętu przygotowany do transportu,
- (d) umieszczenie informacji:
  - o procedurach związanych z przekazaniem Systemów do migracji (przynajmniej w zakresie odłączania, pakowania, oznaczania i przekazywania sprzętu) są stosowane u dotychczasowego wykonawcy,



- czy i w jakim zakresie w trakcie migracji nowemu wykonawcy zostanie zapewnione wsparcie twórców oprogramowania wchodzącego w skład przenoszonych Systemów,
- o zasadach sporządzania kopii zapasowych w przenoszonych Systemach, w szczególności o procedurach wykonywania kopii zapasowych, częstotliwości wykonywania kopii oraz technologiach ich sporządzania.

Zarzucił także Zamawiającemu, że ten narzucił wykonawcy na okres transportu sprzętu w trakcie migracji odpowiedzialność za ewentualne szkody w transporcie na zasadzie ryzyka. Rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy za sprzęt na „okoliczności za które nie ponosi odpowiedzialności na podstawie Kodeksu cywilnego” jest niezwykle szerokie. wskazał, że uszkodzenia powstałe w czasie wykonywania transportu mogą mieć przyczyny leżące całkowicie poza kontrolą wykonawcy, wynikające z siły wyższej w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego, czy też okoliczności leżących po stronie Zamawiającego lub podmiotu działającego na jego rzecz, jakim jest np. dotychczasowy wykonawca.

W tym zakresie wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ poprzez:

- (a) modyfikację § 4 pkt 2.1 wzoru umowy w ten sposób, że wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności za szkodę, jeśli jest ona wynikiem siły wyższej lub okoliczności leżących po stronie Zamawiającego albo podmiotu działającego na jego rzecz, w tym dotychczasowego wykonawcy, w którego lokalizacji znajduje się sprzęt mający podlegać migracji,.
- (b) podanie informacji o wartości księgowej sprzętu, który ma podlegać migracji w ramach realizacji zamówienia.

**Zamawiający** w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania całości jako bezzasadnego.

Na wstępie prezentowanego stanowiska podał, że w dniu 28 lipca 2015r. Zamawiający dokonał wyjaśnień i modyfikacji treści SIWZ. Zgodnie z dokonaną zmianą, na etapie pomiędzy zawarciem umowy a sporządzeniem harmonogramu migracji Zamawiający zapewni wybranemu wykonawcy dostęp do:

1. dokumentacji technicznej systemów będącej w posiadaniu Zamawiającego,
2. fizyczny dostęp do serwerowni w której pracuje infrastruktura Zamawiającego,
3. zdalny dostęp do aktualnej infrastruktury Zamawiającego,

Jak wynika z wprowadzonych zmian wyłącznie Zamawiający jest podmiotem uprawnionym/zobowiązany do zapewnienia wykonawcy wszystkich informacji i danych niezbędnych do prawidłowego zapanowania procesu migracji. Tym samym, nie występuje jakiegokolwiek ryzyko po stronie wykonawcy związane z ewentualnym brakiem współpracy czy też jej utrudnianiem przez dotychczasowy podmiot świadczący przedmiotowe usługi.

Odnosząc się do zarzutu nierealnego, zbyt krótkiego terminu na wykonanie migracji systemów Informatycznych oraz bezpodstawnego narzucenia sposobu migracji podał, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty, jakoby postawione w SIWZ wymagania nie mają racjonalnego uzasadnienia są całkowicie błędne. Zamawiający podniósł, że określony sposób realizacji przedmiotu zamówienia (a w szczególności sposób i termin wykonania migracji) jest równy i jednakowy dla wszystkich potencjalnych wykonawców i dokonany został w oparciu o racjonalne i obiektywnie uzasadnione potrzeby. Równocześnie jego wykonanie (tak co do sposobu jak i do terminu) jest całkowicie realne i możliwe. W opinii Zamawiającego ze względu na skomplikowaną architekturę istniejących rozwiązań i zależność od siebie części projektów, a także jakość komponentów poszczególnych systemów proponowany sposób migracji jest najbardziej optymalny. Równocześnie z tych samych względów czas ich niedostępności w trakcie funkcjonowania produkcyjnego jest obciążony znacznie mniejszym ryzykiem niż podczas migracji. W zależności od przyjętego modelu przeprowadzonej migracji, podczas jej trwania niedostępne mogą być wszystkie systemy Zamawiającego. Z doświadczenia Zamawiającego wynikającego z wieloletniego utrzymywania systemów w usłudze kolokacji nie mają miejsca przerwy w działaniu systemów porównywalne z oknem przeznaczonym na migrację,

Dodatkowo wskazał, że Zamawiający podczas procesu migracji będzie całkowicie zależny od Wykonawcy i nie będzie miał dostępu zarówno do sprzętu jak i do systemów na nim zainstalowanych.

Podczas migracji niedostępne mogą być wszystkie systemy Zamawiającego w zależności od przyjętego modelu przeprowadzonej migracji. Z doświadczenia Zamawiającego wynikającego z wieloletniego utrzymywania systemów w usłudze kolokacji nie mają miejsca przerwy w działaniu systemów porównywalne z oknem przeznaczonym na migrację.

Wobec powyższych dla Zamawiającego, a także dla wykonawcy realizującego zamówienie kluczowe jest dobrze zaplanowane, skuteczne i szybkie przeniesienie przedmiotowych systemów. Ponadto ze względu na ryzyko utraty gwarancji, a także stabilność krytycznych systemów Zamawiającego możliwe jest przeniesienie poszczególnych systemów wyłącznie **w całości** razem z infrastrukturą fizyczną. Systemy te są między sobą powiązane oraz mają wspólne komponenty w związku z czym Zamawiający nie może sobie pozwolić na zmiany konfiguracyjne podczas migracji.

Odnosząc się do dwunastogodzinnego okresu czasu przewidzianego na dokonanie migracji, stwierdził iż wynika on z konieczności zapewnienia dostępności krytycznych systemów Zamawiającego takich jak ponad 3,5 tysiąca Biuletynów Informacji Publicznej, czy też system wspomagający pracę pogotowia ratunkowego (dostęp do systemu radiowego pogotowia oraz modułu do wysyłania karetek do pacjentów). Każdy okres wyłączenia systemu zwiększa ryzyko dla życia człowieka, do którego wzywana jest karetka, z uwagi na

znacznie wydłużony czas obsługi zgłoszenia i zadysponowania karetki oraz wydłużony czas dotarcia Zespołu RM do osoby potrzebującej pomocy. Szczególnie niebezpieczny jest brak funkcjonowania systemu w chwili wystąpienia zdarzeń masowych, gdzie przekłada się to na znaczną liczbę potencjalnie uratowanych ludzi. Dlatego też każda dodatkowa minuta z wyłączeniem systemu zwiększa ryzyko zagrożenia życia obsługiwanych pacjentów.

Wskazał także iż jak wynika z dotychczasowych doświadczeń Zamawiającego, określony w SIWZ czas realizacji przedmiotu zamówienia ( szczególnie w odniesieniu do wykonania migracji) jest całkowicie realny i adekwatny. W uzasadnieniu tego stanowiska podał, że we wcześniejszych postępowaniach na kolokację, które odbywały się 2011 r. i w 2012 r. Odwołujący uczestniczył składając ofertę i nie protestował na zbyt krótki czas migracji czy też wysokie kary za migrację systemów, a złożył oferty, Dodatkowo podkreślił, że czas migracji systemów w roku 2011 był określony na poziomie 6 godzin, a środowisko Zamawiającego zawierało większą ilość serwerów rackowych. Przeniesienie sprzętu w dwa razy krótszym czasie nie stanowiło problemu także dla Odwołującego, co potwierdził składając ofertę. Dotychczasowe doświadczenia Zamawiającego w pełni uzasadniają sposób opisu przedmiotu zamówienia.

Podniósł także, że opis przedmiotu zamówienia, a także warunki jego realizacji mają charakter racjonalny, obiektywny oraz równy i jednolity dla wszystkich potencjalnych wykonawców. W tym kontekście twierdzenia Odwołującego o braku merytorycznych podstaw dla sposobu realizacji przedmiotu zamówienia określonego przez Zamawiającego są całkowicie chybione.

Stanowiska Odwołującego nie uzasadnia również jego twierdzenie o innych, alternatywnych metodach przeprowadzenia migracji. Z powyżej wykazanych przyczyn metoda określona przez Zamawiającego jest całkowicie uzasadniona jego obiektywnymi, racjonalnymi potrzebami. Co więcej, jest jak najbardziej możliwa do wykonania. Fakt, że istnieją jeszcze inne, potencjalnie dostępne rozwiązania, które byłyby jednocześnie łatwiejsze do zrealizowania przez wykonawcę nie przesądza o tym, iż metoda przyjęta przez Zamawiającego narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, Okoliczność, że wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób określony przez Zamawiającego może być trudny dla danego wykonawcy nie przesądza w żaden sposób o dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Podniósł także, że całkowicie chybiony jest także argument o rzekomym uprzywilejowaniu podmiotu aktualnie świadczącego usługi objęte zamówieniem. Z uwagi na to, że usługi te wykonywane są w sposób ciągły i nieprzerwany, utopijne jest oczekiwanie, że wszyscy wykonawcy będą mieli jednakową pozycję. Przeciwnie, pewne zróżnicowanie ich pozycji wynikające z obecnością na rynku usług objętych zamówieniem jest rzeczą całkowicie oczywistą i naturalną.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących kar umownych podał, że na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych, pomimo pewnych odrębności wynikających z istoty zamówień publicznych, obowiązuje zasada swobody umów. Zgodnie z nią, strony mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego (art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego). Na gruncie zamówień publicznych oznacza to, że wykonawca, któremu nie odpowiadają zaproponowane w postępowaniu przez Zamawiającego *essentialia i accidentalia negotii* (a więc również zapisy dotyczące kar umownych), może skorzystać ze swojego podstawowego uprawnienia i nie składać oferty. Skoro zatem zgodnie z twierdzeniami Odwołującego, nie jest on w stanie oszacować swego ryzyka, a tym samym skalkulować oferty, może po prostu jej nie składać.

Dlatego też, aby możliwie maksymalnie zabezpieczyć swój interes na etapie migracji Zamawiający dążąc do jej nieprzedłużania w istotny sposób zróżnicował wysokość kar umownych w zależności od tego, na którym etapie realizacji umowy wynikną. Wysokie kary za przekroczonej czas niedostępności wynikają z odpowiedzialności Zamawiającego za dostępność funkcjonujących w serwerowni systemów krytycznych. Na etapie po migracji sprzęt służący do obsługi systemów Zamawiającego zlokalizowany będzie już w miejscu wskazanym przez Wykonawcę, dając mu większą kontrolę na wypadek awarii, co znacząco skróci czas reakcji.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego- w szczególności treść SIWZ oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.**

**Odwołanie jest zasadne i tym samym zostaje uwzględnione.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący się wykonawca wykazał także interes w uzyskaniu zamówienia o którym mowa w art. 179 ust.1 ustawy Pzp.

W odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty, zgodnie z art. 29 ust 2 Pzp wystarczające jest tylko uprawdopodobnienie tego faktu. Tym samym krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody

polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu.

Odnosząc się do zasad orzekania w odwołaniach od treści postanowień SIWZ Izba wskazuje, że obowiązkiem Odwołującego jest sprecyzowanie żądania i wykazanie podstaw go uzasadniających. W przypadku odwołania dotyczącego postanowień SIWZ, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych żądań co do jego nowej treści. To odwołujący formułując swoje żądania wskazuje jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie formułuje postanowienia SIWZ, które w jego ocenie są zgodne z przepisami ustawy Pzp./podobnie wyrok KIO 402/11/.

Za podstawę rozstrzygnięcia został uznany stan faktyczny sprawy, ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, treści odwołania oraz stanowiska stron zaprezentowanych na rozprawie.

Podkreślenia wymaga kwestia iż z literalnej wykładni art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wynika, że użyty w treści tego przepisu zwrot „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” powoduje, że dla stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów.

Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest na tyle rygorystyczne określenie wymagań, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia do jednego wykonawcy lub jednego produktu. Opis przedmiotu zamówienia nie musi być sporządzony w sposób umożliwiający jego realizację przez każdego zainteresowanego wykonawcę.

Przechodząc do oceny zasadności podniesionych zarzutów i żądań w świetle ustalonego stanu faktycznego postępowania, a w szczególności treści postanowień SIWZ, zdaniem Izby należy jednoznacznie stwierdzić, że dokonany opis sposobu realizacji przedmiotu zamówienia narusza zasady uczciwej konkurencji, co tym samym powoduje naruszenie art. 29 ust.2 Pzp. Dokonany opis powoduje niemalże pewność iż krąg podmiotów zdolnych do złożenia oferty ogranicza się w zasadzie do dotychczasowego wykonawcy. Stwierdzić należy także, że jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych jest zasada uczciwej i rzeczywistej konkurencji. W szczególności opis przedmiotu zamówienia winien być dokonany w taki sposób aby możliwości konkurowania wykonawców były rzeczywiste, a nie pozorne. Nie jest do zaakceptowania treść SIWZ w której zawarte

postanowienia już na wstępie postępowania, eliminują wykonawców potencjalnie zdolnych do jego wykonania. Odnosząc się do granic swobody opisu przedmiotu zamówienia dokonywanej przez Zamawiającego - za wyrokiem Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 11 sierpnia 2006 r., sygn. akt Ga 137/06, stwierdzić należy iż *„Prawo zamówień publicznych chroni z jednej strony interes Zamawiającego (interes publiczny), ale z drugiej strony nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Formułując wymagania w SIWZ, Zamawiający musi mieć na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy rozwiązaniami preferującymi poszczególne interesy”*.

Odnosząc się do zarzutu określenia przez Zamawiającego nierealnego, zbyt krótkiego czasu na wykonanie migracji systemów informatycznych do nowej lokalizacji Izba stwierdza zasadność tego zarzutu. W świetle opisu wymagania w tym zakresie w SIWZ stwierdzić należy, że w najlepszej sytuacji jest wykonawca który dotychczas wykonuje przedmiotowe zamówienie, gdyż tylko on nie musi wykonywać przenoszenia urządzeń do nowego miejsca wskazanego przez wykonawcę w ofercie, a także wykonywania szeregu czynności związanych z wyłączeniem i włączaniem serwerów ich pakowania i przewożenia. Niewątpliwym jest iż każdy z wykonawców poza dotychczasowym będzie musiał ponieść znaczne koszty związane z ww. czynnościami, a ponadto opóźnienie w ponownym uruchomieniu systemu będzie wiązało się z bardzo wysokimi karami liczonymi za każdą godzinę zwłoki. Naliczenie kary za jedną godzinę zwłoki powoduje sytuację, że wykonawca będzie musiał niemalże za darmo świadczyć Zamawiającemu przez miesiąc usługę serwisową. Odwołujący jako przykład nierealnego czasu wskazanego na migrację sprzętu wskazywał iż inni Zamawiający przy podobnych zamówieniach jak np. Urząd Miasta Krakowa, Narodowy Bank Polski na takie same czynności przewidywali po kilkadziesiąt dni, a nie jak Zamawiający tylko 12 godzin.

Odwołujący dla zobrazowania niezbędnej ilości godzin dla przeprowadzenia relokacji urządzeń Zamawiającego objętych tym postępowaniem podał, że aby prawidłowo wykonać te czynności potrzeba 46 godzin. Izba poddała analizie powyższe wyliczenia i uznała iż taka ilość godzin nie jest niezbędna wykonawcy, pod warunkiem, że przedmiotowe urządzenia nie będą przewożone na drugi koniec Polski, gdzie sam transport zajęłby co najmniej kilkanaście godzin. W tym zestawieniu Odwołujący wskazał między innymi iż niezbędny jest czas 12 godzin na tzw. sezonowanie sprzętu tj. dostosowywanie go do warunków panujących w pomieszczeniach, gdzie ten sprzęt po przewiezieniu będzie montowany. Ten czas zdaniem Izby jest zbędny, gdyż po przywiezieniu i rozpakowaniu sprzętu będzie on następnie montowany, a w dalszej kolejności uruchamiany co potrwa kilka godzin. Ten czas jest zdaniem Izby wystarczającym na przystosowanie urządzeń do mikroklimatu panującego w pomieszczeniach gdzie sprzęt będzie zamontowany. Natomiast co do pozostałych pozycji

wykazu zdaniem Izby podana ilość godzin jest zawyżona o około 1/3 – oczywiście przy założeniu że sprzęt będzie przewożony do m. Skawina oddalonej od m. Żywiec o około 70 km. Zawyżony w zestawieniu jest także czas podany na przetransportowanie sprzętu z Żywca do Skawiny. Sam Odwołujący w odwołaniu podaje iż niezbędne są dla tej czynności są dwie godziny, natomiast w zestawieniu oczekuje 4 godzin.

Rozpatrując ten zarzut Izba poddała także analizie argumenty Zamawiającego iż ustalony czas 12 godzin jest maksymalnym, gdyż wynika z konieczności zapewnienia dostępności do systemów Zamawiającego takich jak Biuletyn Informacji Publicznej, wspomagających pracę pogotowia ratunkowego, czy Straży Pożarnej. W tym zakresie Zamawiający podał także iż *specyfika ilości obsługiwanych zgłoszeń wskazuje na możliwe okresy ze zmniejszoną statystycznie liczbą wezwań karetek. I tak, w skali tygodnia najmniej zgłoszeń odbieranych w jest w nocy od poniedziałku do czwartku w nocy. Najwięcej zaś wezwań odnotowywanych jest wieczorem i w nocy od piątku do niedzieli. Tym samym aby zmniejszyć ryzyko utraty życia pacjentów z powodu wyłączenia systemu a tym samym wydłużenia obsługi zgłoszenia i zadysponowania karetek migracja powinna się odbyć w jak najkrótszym czasie , przy czym optymalne są godziny nocne od poniedziałku do czwartku.*

Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy, że są okresy kiedy ten czas nie musi być tak krótki i wynosić tylko 12 godzin. Zdaniem Izby Zamawiający w żaden sposób nie udowodnił iż dokonując ustalenia czasu migracji systemu, możliwym jest jego wyłączenie tylko na okres 12 godzin, gdyż np. tylko w tym okresie będzie działał system zapasowy, itp. Nie wykazał w oparciu o jakie ustalenia czy obliczenia ustalił termin 12 godzin na migrację systemu, dlaczego ten termin jest terminem maksymalnym i nie może on być zwiększony. Podana przez Zamawiającego argumentacja jest na tyle ogólna i schematyczna, że może być dopasowana do każdego podobnego zamówienia. Zauważyć należy, że Zamawiający chce skrócić okres wyłączenia sprzętu z powodu jego przenoszenia tylko poprzez ustalenie drakońskich kar umownych, godząc się na to iż system ten będzie wyłączony dłużej, a to przyniesie mu wymierne korzyści w postaci naliczania kar umownych w wysokości 40 tys. złotych za każdą godzinę opóźnienia. Gdyby naprawdę Zamawiający nie mógł funkcjonować bez systemu dłużej niż 12 godzin to zastosował by inne rozwiązania, chociażby proponowane przez Odwołującego, takie jak dopuszczenie przeprowadzenia migracji systemów w sposób sukcesywny czy wykorzystanie tymczasowych środowisk informatycznych, które umożliwiłyby Zamawiającemu bez przerw korzystanie z przedmiotowego systemu.

Zaznaczyć należy także iż argumentacja Zamawiającego o przeprowadzeniu tego samego postępowania w zakresie migracji w poprzednich latach została wykonana w terminie 6 godzin, nie przemawia za przyznaniem racji Zamawiającemu. Odwołujący podniósł iż nie jest prawdą, że czas ten wynosił 6 godzin, gdyż Odwołujący składał ofertę i

czas ten wynosił 12 godzin, a ponadto zauważył iż biorąc pod uwagę cenę oferty to tamto postępowanie wygrał wykonawca, który nie dokonywał przenoszenia samego sprzętu i wszystkich czynności z tym związanych, gdyż udało mu się podnająć ten sam lokal w którym sprzęt podlegający migracji się znajdował.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że dokonany opis sposobu wykonania przedmiotu zamówienia faworyzuje w sposób znaczący obecnego wykonawcę zamówienia, Tylko on może złożyć ofertę z dużo mniejszą ceną, gdyż nie musi kalkulować w ofercie dużych kosztów związanych z przenoszeniem sprzętu do swojego lokalu. Ponadto tak dokonany opis zawęży krąg potencjalnych wykonawców tylko do tych, którzy zdecydują się na migrację sprzętu nie do swojego lokalu, ale pomieszczeń zlokalizowanych w Żywcu lub najbliższej okolicy. Inni wykonawcy, aby móc konkurować z dotychczasowym wykonawcą musieliby tak obniżyć cenę za serwis iż wykonanie tej usługi byłoby ekonomicznie nieuzasadnione.

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia winien dostosować go do realiów większości potencjalnych wykonawców, zapewniając sobie należyte wykonanie zamówienia. Argumentacja Zamawiającego iż jeśli Odwołujący nie może konkurować z dotychczasowym wykonawcą to *może skorzystać ze swojego podstawowego uprawnienia i nie składać oferty*. Opis przedmiotu zamówienia przy przyjęciu takiego założenia, jest sprzeczny z zasadą równego traktowania wykonawców, a także narusza zasadę obowiązkowego uwzględniania w opisie wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, tj. przepis art. 29 ust.1 i 2 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe powyższy zarzut został przez Izbę uwzględniony.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego bezpodstawne zróżnicowanie zasad odpowiedzialności za niedostępność systemów informatycznych w trakcie migracji w stosunku do zasad odpowiedzialności za niedostępność w trakcie późniejszej eksploatacji systemu, Izba uznała ten zarzut częściowo za zasadny w szczególności co do niezasadnej wysokości kary umownej za każdą godzinę przekroczenia 12 godzinnego terminu związanego z dokonaniem migracji sprzętu.

Izba nie uznała za zasadne zrównania tych kar do wysokości kar naliczanych za niedostępność tych systemów w trakcie późniejszego świadczenia usług. Niewątpliwie są to dwie odrębne sytuacje. W trakcie migracji sprzętu sprzęt ten w ogóle nie funkcjonuje i nie pozostaje w pośredniej dyspozycji Zamawiającego, natomiast w trakcie późniejszej eksploatacji systemu sprzęt znajduje się w określonych pomieszczeniach do których ma wstęp także Zamawiający i może on wejść do tego pomieszczenia i sam czy przy udziale wykonawcy usunąć usterkę. Ponadto usterka ta może odnosić się do jakiejś części czy elementu systemu, nie pozbawiającej Zamawiającego działalności systemu w innej części.



Jednakże Izba uznała, że ustalona przez Zamawiającego kara umowna w wysokości 40 tysięcy złotych za każdą godzinę opóźnienia w wykonaniu przeniesienia systemu jest rażąco wygórowana i to w odniesieniu do wysokości innych kar jak i wartości całego zamówienia.

Zdaniem Izby rażąco wygórowana kara umowna to zarówno sytuacja, gdy zachwiana zostanie relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zamówienia a wysokością kary umownej zastrzeżonej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy z uwzględnieniem okresu opóźnienia.

Na sposób dokonywania oceny wysokości ustalonych kar zwrócił uwagę Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r., I ACa 26/14, gdzie stwierdził, że *ocenę, czy kara w danym przypadku jest rażąco wygórowana w rozumieniu art. 484 § 2 k.c. należy dokonać w kontekście całokształtu okoliczności sprawy, uwzględniając przedmiot umowy, okoliczności, na jakie kara umowna została zastrzeżona, cel tej kary, sposób jej ukształtowania, okoliczności, w jakich doszło do sytuacji uzasadniającej naliczenia kary, wagę i zakres nienależytego wykonania umowy, stopień winy, charakter negatywnych skutków dla drugiej strony itp.*

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że przy wydłużeniu czasu przeznaczanego na migrację sprzętu, zasadnym będzie obniżenie z 40 do 20 tysięcy złotych wysokości kar umownych za każdą godzinę opóźnienia w dokonaniu migracji sprzętu. Z jednej strony kara w wysokości 20 tysięcy złotych zabezpieczy interes Zamawiającego, a z drugiej będzie to kwota, która nie będzie wstrzymywała potencjalnych wykonawców przed złożeniem oferty. Orzekając w tym zakresie Izba miała również na względzie stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z 29 listopada 2013 roku Sygn. akt I CSK 124/13, dotyczącego przesłanek miarkowania kar umownych jako rażąco wygórowanych. W uzasadnieniu wyroku Sąd wskazał także iż „kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody. Celem miarkowania kary umownej jest natomiast ochrona równowagi interesów stron i zapobieżenie nadmiernemu obciążeniu dłużnika oraz niesłusznemu wzbogaceniu wierzyciela”.

Żądanie zrównania wysokości kary za opóźnienie w migracji sprzętu z karami za przerwy w eksploatacji systemu po migracji, Izba uznała za niezasadne. Również w związku z częściowym uwzględnieniem zarzutów związanych z dokonanymi zmianami w SIWZ Izba zarzuty te wobec ich nie cofnięcia przez Odwołującego uznała za niezasadne.

W pozostałym zakresie Izba oddaliła zarzuty odwołania mając na względzie częściową zmianę SIWZ dokonana przez Zamawiającego, a także fakt, że w związku z nakazaniem Zamawiającemu zmian wynikających z niniejszego orzeczenia, znaczącej poprawie uległa możliwość składania przez wykonawców konkurencyjnych ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust.1 ; 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: .....