

Sygn. akt: KIO 2291/19

WYROK
z dnia 26 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Członkowie: Izabela Niedziałek – Bujak
Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 listopada 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 listopada 2019 r. przez Wykonawcę **Globema Sp. z o.o. (ul. Wita Stwosza 22, 02-661 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Lotnicze Pogotowie Ratunkowe (ul. Księżycowa 5, 01-934 Warszawa)**

przy udziale Wykonawcy **S&T Services Polska sp. z o.o. (ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego **Globema Sp. z o.o. (ul. Wita Stwosza 22, 02-661 Warszawa)** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Globema Sp. z o.o. (ul. Wita Stwosza 22, 02-661 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający Lotnicze Pogotowie Ratunkowe prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Rozbudowa, świadczenie usług rekonfiguracyjnych i zapewnienie działania Aplikacji Systemu Wspomagania Dowodzenia Państwowego Ratownictwa Medycznego”.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 października 2019 roku pod numerem 2019/S 210-513681.

Odwołujący Globema spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na sformułowaniu postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, tj. postanowienia punktu 5.2.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia (stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ, zgodnie z § 25 pkt 2 SIWZ), zatytułowanego „Wymagania w zakresie usług rekonfiguracyjnych SWD PRM”, w zakresie wymagania oznaczonego kodem WKR.10 - podnosząc zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 Ustawy Pzp, jak również przepisu art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z przepisami art. 14 i art. 139 ust. 1 Ustawy Pzp - poprzez naruszenie zasady jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, jak również poprzez nieuzasadnione uprzywilejowanie Zamawiającego jako strony zawieranej umowy o udzielenie zamówienia; postanowień punktu 4 Opisu Przedmiotu Zamówienia (stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ, zgodnie z § 25 pkt 2 SIWZ), zatytułowanego „Harmonogram”, w zakresie wskazanych w nim terminów i dat na realizację poszczególnych modułów i etapów przez wykonawcę - podnosząc zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 Ustawy Pzp, jak również przepisu art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego w związku z przepisami art. 14 i art. 139 ust. 1 Ustawy Pzp - poprzez naruszenie zasady jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, jak również poprzez formułowanie w postanowieniach SIWZ zobowiązań wykonawcy, które stanowią świadczenie niemożliwe do wykonania; postanowień § 20 ust. 2 - 15 Istotnych Postanowień Umowy (stanowiących Załącznik nr 3 do SIWZ, zgodnie z § 25 pkt 3 SIWZ) - podnosząc zarzut naruszenia przepisu art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z przepisami art. 14 i art. 139 ust. 1 Ustawy Pzp - poprzez zastrzeżenie kar umownych na rzecz Zamawiającego 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; postanowienia § 20 ust. 16 w związku z postanowieniem § 22 ust. 2 Istotnych Postanowień Umowy (stanowiących Załącznik nr 3 do SIWZ, zgodnie z § 25 pkt 3 SIWZ) - podnosząc zarzut naruszenia przepisów art. 483 §1 Kodeksu cywilnego, 484 § 2 Kodeksu cywilnego, art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z przepisem art. 139 ust. 1

Ustawy Pzp - poprzez zastrzeżenie w ww. postanowieniach Istotnych Postanowień Umowy klauzul uprawniających Zamawiającego do naliczania podwójnej kary umownej za to samo zdarzenie, co powoduje, iż przekroczono granicę swobody umów i obarczono wykonawcę zbyt dużym ryzykiem związanym z niezachowaniem obowiązków umownych, oraz zastrzeżono kary umowne nieadekwatne do wartości potencjalnej szkody, co prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy oraz wskazuje na nadużycie pozycji Zamawiającego jako strony samodzielnie konstruującej stosunek prawny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji zapisów SIWZ, poprzez zmianę w następujący sposób:

1) usunięcie w punkcie 5.2.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia (stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ, zgodnie z § 25 pkt 2 SIWZ) zatytułowanego „Wymagania w zakresie usług rekonfiguracyjnych SWD PRM” wymagania oznaczonego kodem WKR.10 w całości, jako niezgodnego z przepisami Ustawy; a w razie nieuwzględnienia powyższego żądania poprzez dokonanie zmian w ramach ww. wymagania oznaczonego kodem WKR.10, skutkujących: (a) zawężeniem listy podmiotów zewnętrznych oraz utworzeniem katalogu zamkniętego takich podmiotów do biegłych z dziedziny szacowania złożoności oprogramowania z listy biegłych sądowych prowadzonej przez Prezesa Sądu Okręgowego w Warszawie oraz rzeczoznawców z Izby Rzeczoznawców Polskiego Towarzystwa Informatycznego, jak również (b) usunięciem zdania ostatniego ww. wymagania oznaczonego kodem WKR.10;

2) dokonanie modyfikacji postanowień SIWZ poprzez modyfikację w punkcie 4 Opisu Przedmiotu Zamówienia (stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ, zgodnie z § 25 pkt 2 SIWZ), zatytułowanego „Harmonogram”, terminu na realizację modułów składających się na Etap 2 w następujący sposób: zmianę terminu „od dnia odbioru Etapu 1 do dnia 31 października 2019 roku” na termin „okres dziewięciu miesięcy od dnia odbioru Etapu 1, z tym zastrzeżeniem, że dla „Modułu Apteka” oraz „Modułu NFZ” okres ten wynosi 12 miesięcy”;

3) dokonanie modyfikacji postanowień SIWZ poprzez modyfikację w następujących postanowieniach Istotnych Postanowień Umowy (stanowiących Załącznik nr a do SIWZ, zgodnie z § 25 pkt 2 SIWZ) polegających na obniżeniu wartości zastrzeżonych kar umownych:

- § 20 ust. 2 Istotnych Postanowień Umowy - obniżenie do 0,05 % wynagrodzenia brutto określonego w § 11 ust. 1 pkt. 1;
- § 20 ust. 3 Istotnych Postanowień Umowy - obniżenie do 200 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;
- § 20 ust. 4 Istotnych Postanowień Umowy - obniżenie do 20 % wynagrodzenia brutto określonego za dane Zlecenie;
- § 20 ust. 5 Istotnych Postanowień Umowy - obniżenie do 10 % wynagrodzenia brutto

(należnego mu wynagrodzenia z tytułu realizacji) danego Zlecenia;

- § 20 ust. 6 Istotnych Postanowień Umowy - obniżenie do 1 % wynagrodzenia brutto za dane Zlecenie;
- § 20 ust. 7 Istotnych Postanowień Umowy - obniżenie do 0,0033 % wynagrodzenia brutto określonego w § 11 ust. 1 pkt. 1;
- § 20 ust. 8 Istotnych Postanowień Umowy - obniżenie do 500 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;
- § 20 ust. 9 Istotnych Postanowień Umowy - obniżenie do 350 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;
- § 20 ust. 10 Istotnych Postanowień Umowy - obniżenie do 100 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;
- § 20 ust. 11 Istotnych Postanowień Umowny - obniżenie do 100 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;
- § 20 ust. 12 Istotnych Postanowień Umowy - obniżenie do 500.000,00 zł;
- § 20 ust. 13 Istotnych Postanowień Umowy - obniżenie do 100 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;
- § 20 ust. 14 Istotnych Postanowień Umowy - obniżenie do 250 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;
- § 20 ust. 15 Istotnych Postanowień Umowy - obniżenie do 1000 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;

4) dokonanie modyfikacji postanowień SIWZ poprzez usunięcie w całości postanowienia §20 ust. 16 Istotnych Postanowień Umowy (stanowiących Załącznik nr a do SIWZ, zgodnie z § 25 pkt 2 SIWZ).

Zgodnie z wymogiem oznaczonym kodem WKR.10 (umiejscowionym w punkcie 5.2.1 Opisu Przedmiot Zamówienia zatytułowanego „Wymagania w zakresie usług rekonfiguracyjnych SWD PRM”), jeśli Zamawiający uzna, że oszacowanie pracochłonności lub przedstawiony harmonogram realizacji zlecenia przedstawione przez Wykonawcę jest nieprawidłowe, może zwrócić się o opinię do niezależnego eksperta z dziedziny IT (np. osoba wpisana na listę biegłych sądowych, Izba Rzecznawców Polskiego Towarzystwa Informatycznego, ekspert Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji). W przypadku gdy opinia eksperta potwierdzi nieprawidłowość stanowiska Wykonawcy, Zamawiający może zobowiązać Wykonawcę do wykonania zlecenia zgodnie z rekomendacją eksperta w zakresie maksymalnej pracochłonności albo wykonalności zlecenia. Dodatkowo Zamawiający może obciążyć Wykonawcę do pokrycia kosztów wykonania ekspertyzy, które mogą być potrącone z Wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu wykonania opinii.

Zdaniem Odwołującego przytoczone powyżej postanowienie Opisu Przedmiotu Zamówienia narusza art. 29 ust. 1 Ustawy Pzp, zgodnie z którym 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. Zdaniem Odwołującego, tak sformułowane postanowienie stanowi jednostronne uprawnienie Zamawiającego do wyboru dowolnego podmiotu zewnętrznego, który w sposób wiążący dla Wykonawcy określi termin oraz pracochłonność lub liczbę punktów funkcyjnych związanych ze złożonością planowanej Modyfikacji Systemu, co powoduje, że przedmiot zamówienia jest niedookreślony. Brak jest informacji i danych potrzebnych dla Odwołującego do oszacowania ryzyka i oceny, czy możliwe będzie skalkulowanie rzetelnej oferty uwzględniającej prawdopodobieństwo wystąpienia określonych zobowiązań umownych.

W ocenie Odwołującego, ww. postanowienie stanowi nieuzasadnione uprzywilejowanie Zamawiającego, co jest naruszeniem art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z przepisami art. 14 i art. 139 ust. 1 Ustawy Pzp. Zamawiający jednostronnie decyduje o istotnych warunkach realizacji zleconych zadań przez wybranego wykonawcę, w tym decyduje o czasie realizacji takiego zlecenia i o całokształcie kosztów ponoszonych przez wykonawcę w związku z realizacją zlecenia. Zamawiający jest uprawniony zwrócić się do dowolnej firmy zewnętrznej, w tym do bezpośrednich konkurentów wykonawcy - o określenie w/w warunków, zaś wykonawca staje się związany takimi warunkami. Obecne postanowienie nie gwarantuje, zdaniem Odwołującego, że opinia będzie obiektywna, a dodatkowo istotnie zwiększa ryzyko po stronie wykonawcy, który nie ma żadnej pewności co do tego czy może liczyć na wynagrodzenie odpowiadające faktycznemu nakładowi pracy i jej złożoności — czy też zostanie ono zaniżone — w szczególności w wyniku działań podmiotu konkurencyjnego.

Zamawiający w punkcie 4 Opisu Przedmiotu Zamówienia (stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ, zgodnie z § 25 pkt 2 SIWZ), zatytułowanym „Harmonogram”, wskazał ramy czasowe realizacji zamówienia przez wykonawcę.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający zastrzegł zupełnie nierealny oraz niemożliwy termin na wykonanie świadczeń objętych Etapem 2, co wynika przede wszystkim ze wskazaniem przez Zamawiającego daty sztywnej (tj. okresu od dnia odbioru Etapu 1 do dnia 31 października 2020 roku). Zdaniem Odwołującego, Zamawiający precyzyjnie opisując przedmiot zamówienia, zgodnie z wytycznymi zawartymi w przepisie art. 29 ust. 1 Ustawy Pzp, powinien przewidywać wszelkie okoliczności, nie zastrzegając jednocześnie sztywnej daty na ukończenie wykonania określonych zadań przez wykonawcę, obarczając go wyłącznie ryzykiem, że jego świadczenie okaże się niemożliwe do wykonania w wymaganym czasie.

Odwołujący wskazał, że powyższe argumenty i uwagi odnoszą się do wszystkich modułów w ramach Etapu 2 i ich terminów realizacji, jednak niektóre z nich budzą szczególne wątpliwości Odwołującego pod kątem braku obiektywnej możliwości dochowania terminów wynikających z tego harmonogramu przez każdego przeciętnego wykonawcę. W tym zakresie Odwołujący wskazał, że „Moduł Apteka”, stanowi zaawansowany system gospodarki magazynowej leków, który zgodnie z wymaganiami Zamawiającego powinien być dostosowany do specyfiki działania systemu Państwowe Ratownictwo Medyczne, do obowiązujących przepisów prawa, jak również do skomplikowanego systemu uprawnień obowiązującego w systemie o zasięgu ogólnopolskim. Zarówno termin przewidziany na analizę, jak i na wykonanie ww. modułu jest stanowczo za krótki.

Ponadto Odwołujący wskazał, że w przypadku „Modułu NFZ” samo testowanie po stronie wykonawcy, niezbędne celem należytego wykonania zobowiązania, należy przeznaczyć okres co najmniej półtora miesiąca ze względu na konieczność dokonywania integrację z obcym systemem, która co do zasady zawsze jest bardziej skomplikowana, a tym samym bardziej czasochłonna. Ponadto do wykonania pozostaje w tym samym czasie równolegle kilka modułów: Moduł Planisty będący zaawansowanym systemem układania grafików dyżurów zgodny z obowiązującymi przepisami prawem pracy, uwzględniający różne formy zatrudnienia ratowników i dyspozytorów medycznych, jak też Moduł Koordynatora, który jest przeznaczony dla wielu kategorii użytkowników moduł dający wgląd w bieżącą sytuację związaną z obsługą zgłoszeń alarmowych, a także Moduł dla dyspozytora Lotniczego Pogotowia Ratunkowego oraz Moduł mobilny dla Lotniczych Zespołów Ratownictwa Medycznego.

Zamawiający w postanowieniach § 20 ust. 2 - 15 zawarł rozbudowany katalog kar umownych zastrzeżonych wyłącznie na rzecz samego Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego kary powyższe zostały zastrzeżone w rażąco wygórowanych kwotach, w jednym przypadku wynoszącym aż 100% wartości brutto danego Zlecenia (§ 22 ust. 5 Istotnych Postanowień Umownych). Ich wysokość w ocenie Odwołującego nie koresponduje z zakładanym wynagrodzeniem należnym wykonawcy z tytułu realizacji poszczególnych świadczeń w ramach umowy, jak również nie odzwierciedla potencjalnej szkody, którą mógłby na skutek naruszenia przez wykonawcę postanowień umownych ponieść Zamawiający. Jak argumentował Odwołujący, zastrzeżenie przez Zamawiającego kar umownych w oderwaniu od wartości potencjalnej jego szkody może skutkować tym, że dojdzie do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy, co w konsekwencji wykracza poza dopuszczalne granice swobody umów, a tym samym stanowi naruszenie przepisu art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z przepisami art. 14 i art. 139 ust. 1 Ustawy Pzp.

Przy ocenie, czy zastrzeżona kara umowna jest rażąco wygórowana, uwzględnienia się m. in. relację między wysokością zastrzeżonej kary umownej a wysokością wynagrodzenia należnego stronie zobowiązanej do zapłaty kary umownej.

Za niezgodne z Ustawą oraz przepisami Kodeksu cywilnego (przepisów art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego, 484 § 2 Kodeksu cywilnego, art. 353' Kodeksu cywilnego w związku z przepisem art. 139 ust. 1 Ustawy Pzp) uznał Odwołujący zastrzeżenie przez Zamawiającego kary umownej w postanowieniu § 20 ust. 16 Istotnych Postanowień Umowy. Zgodnie z ww. postanowieniem, w przypadku odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego w całości lub w części z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, lub odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę z przyczyn nieleżących po stronie Zamawiającego, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 15% łącznego wynagrodzenia brutto określonego w § 11 ust. 1 Umowy. Odwołujący podkreślił, że wobec bardzo ogólnego sformułowania przesłanki do odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego w postanowieniu § 22 ust. 2 Istotnych Postanowień Umowy, określonej jako przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy, jak również przesłanki do zapłaty poszczególnych kar umownych zastrzeżonych postanowieniami § 21 ust. 2 - 15 Istotnych Postanowień Umowny, Zamawiający jest uprawniony - zgodnie z kwestionowanymi przez Odwołującego postanowieniami SIWZ - do obciążania wykonawcy dwoma różnymi karami umownymi przewidzianymi za to samo zdarzenie.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. W odniesieniu do zarzutu pierwszego wyjaśnił, że postanowienie jest wynikiem jego dotychczasowych doświadczeń wynikających z zawartych umów z Wykonawcami i nadużywania oraz manipulacji cenowej zleceń przez niektórych Wykonawców, co naraziło Zamawiającego na konieczność przepłacania za świadczone usługi. Zamawiający jako podmiot publiczny zobowiązany jest ustawowo do dbałości o finanse publiczne i zgodnie z zapisami ustawy o finansach publicznych, wydatkowanie środków publicznych powinno być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, jak również w sposób umożliwiający terminową realizację zadań oraz dokonywane w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań. Zamawiający ma obowiązek weryfikować wyceny, które wedle jego opinii są przygotowane z nienależytą starannością. W związku z powyższym zasadnym jest wprowadzenie regulacji niezbędnych do zabezpieczenia interesu publicznego w tym zakresie.

Zamawiający wskazał także, że analogiczne postanowienia można znaleźć w wielu postępowaniach przetargowych prowadzonych w ramach PZP i w żaden sposób nie powodują one uprzywilejowania Zamawiającego a obiektywizują wycenę zadań.

Zamawiający wyjaśnił, że opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący zgodnie z posiadaną wiedzą. Wskazał, że od dnia 1 lipca 2019 r. do dnia 26 lipca 2019 r. odbył się Dialog Techniczny, którego celem było dopracowanie założeń dotyczących realizacji planowanego projektu oraz pozyskania informacji w zakresie:

- 1) oszacowania wartości zamówienia;
- 2) pozyskania informacji, które mogą posłużyć zamawiającemu do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 3) doprecyzowania warunków umowy;
- 4) zagadnień technicznych i technologicznych określających w szczególności język oprogramowania, sposób utrzymania dostępności, rodzaje i sposoby wymiany danych;
- 5) określenia możliwego SLA;
- 6) czasu potrzebnego na realizację przedmiotów zamówienia;
- 7) zebrania informacji służących do opracowania dokumentacji zamówienia.

Zamawiający podczas spotkań grupowych, które odbyły się w dniach 9 i 10 lipca 2019 r. przedstawił zarys projektu oraz główne cele i funkcjonalności, jakie chce osiągnąć w wyniku postępowania przetargowego, przekazując następujące informacje:

- 8) architekturę systemu SWD PRM 1.0;
- 9) obecnie działającą aplikację SWDPRM;
- 10) „SWD PRM w liczbach” gdzie zaprezentowano obciążenie Systemu pod względem liczby obsługiwanych połączeń oraz zdarzeń, wyjazdów ZRM a także zaprezentowano ogólny wykaz urzędzeń, na których funkcjonuje obecny SWD PRM;
- 11) z czym się integruje obecna aplikacja SWD PRM;
- 12) zakres modyfikacji istniejących modułów;
- 13) zakres funkcjonalności nowych modułów.

Zamawiający wyjaśnił także, że 10 lipca 2019 r. Zamawiający przesłał uczestnikom dialogu Prezentację pod nazwą „DT SWD PRM 2.0”. Zamawiający zaprosił Uczestników do udziału w spotkaniach indywidualnych po zapoznaniu się z przekazanym materiałem oraz wyznaczył termin do 12 lipca 2019 r. na zadawanie pytań, na które odpowiedzi Zamawiający udzielił wszystkim uczestnikom dialogu. Odwołujący nie zachował ustalonego terminu na przesłanie pytań (przekazał je drogą mailową dopiero w dniu 17 lipca 2019 r.) w związku z czym nie zostały one uwzględnione w dialogu, o czym został również poinformowany.

W dniach 17-19 lipca 2019 r. odbyły się spotkania indywidualne z uczestnikami dialogu, którzy zgłosili potrzebę udziału w takim spotkaniu. Odwołujący nie wykazał zainteresowania w przedmiotowym zakresie.

W ramach spotkań indywidualnych Zamawiający w oparciu o przekazaną wiedzę od potencjalnych wykonawców dokonał szczegółowej analizy przedstawionych rozwiązań w celu określenia Harmonogramu realizacji projektu z podziałem na etapy, które uwzględniają stopniową jego realizację ze względu na jego złożoność. W związku z powyższym Zamawiający dokonał podziału opisu przedmiotu zamówienia na część podstawową oraz opcjonalną (Prawo opcji), co ułatwia przystąpienie potencjalnych Wykonawców do realizacji projektu.

Zamawiający wskazał także, że terminy przewidziane w harmonogramie są zasadne, ponieważ zadania mają wyznaczone realizowalne terminy. Ramy realizacji terminów projektu określa art. 23 ust. 1 ustawy z dnia 10 maja 2018 r. o zmianie ustawy o Państwowym Ratownictwie Medycznym oraz niektórych innych ustaw, w której to został zawarty limit środków finansowych na dany rok, który nie może być przekroczony. Tym samym ustawodawca przygotowując projekt ustawy określił jaki budżet w danym roku będzie przeznaczony na realizację zadań związanych z utrzymaniem i rozwojem SWD PRM. Krajowe Centrum Monitorowania Ratownictwa Medycznego funkcjonujące w strukturze Lotniczego Pogotowia Ratunkowego, któremu na podstawie art. 27a ust. 2 pkt. 2 ustawy o PRM minister właściwy do spraw zdrowia powierzył wykonywanie zadania utrzymania i rozwoju SWD PRM pełni tylko funkcje realizatora zadania i nie posiada pełnej swobody w kształtowaniu ram czasowych realizacji projektu.

Zamawiający wyjaśnił, że w związku z powyższym nie może całkowicie dowolnie kształtować ram postępowania i przewlekać zadań w czasie. Przy opracowaniu harmonogramu Zamawiający kierował się dostępną wiedzą i bazował na dotychczasowym doświadczeniu ale przede wszystkim na wynikach ww. dialogu technicznego, którego jednym z celów było udzielenia informacji, które mogą służyć Zamawiającemu do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czasu potrzebnego na realizację przedmiotu zamówienia.

W ocenie Zamawiającego zadania zostały zaplanowane optymalnie do okoliczności i są w pełni realizowalne w przypadku profesjonalnego Wykonawcy i dobrej współpracy na linii Wykonawca - Zamawiający.

Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględnia zarzut dotyczący kar umownych. Zamawiający wskazał zmienioną wysokość kar umownych.

Zamawiający zastrzegł także, że w trakcie trzech pierwszych miesięcy obowiązywania Umowy, kara umowna określona w ust. 2 wynosić będzie 0,005% wynagrodzenia brutto określonego w § 11 ust. 1 pkt 1) Umowy, kara określona w ust. 7 wynosić będzie 0,001% wynagrodzenia brutto określonego w §11 ust. 1 pkt 1) Umowy za każdą minutę niedostępności, kara określona w ust. 8 wynosić będzie 200 zł za każdy dzień zwłoki, kara

określona w ust. 9 wynosić będzie 50 złotych za każdy dzień zwłoki. Po upływie 3 miesięcznego okresu od dnia zawarcia Umowy, kary umowne określone odpowiednio w ust. 2, ust. 7, ust. 8, ust. 9 obowiązują w brzmieniu pierwotnie im nadanym.

Ponadto Zamawiający oświadczył, że dokonał zmiany wysokości kary umownej określonej w ust.8 Załącznika nr 9 do SIWZ nadając mu następujące brzmienie: „W przypadku naruszenia postanowień niniejszego oświadczenia w zakresie udostępnienia informacji podmiotom/osobom nieupoważnionym w zakresie przekazanych kodów źródłowych, o których mowa w ust. 1 Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 1 000 000, 00 złotych (jeden milion złotych 00/100).”

W odniesieniu do ostatniego z zarzutów, Zamawiający wyjaśnił, iż nie zachodzi okoliczność wskazana przez Odwołującego w zakresie możliwości naliczania przez Zamawiającego podwójnych kar umownych, ponieważ wskutek odstąpienia od umowy, umowę uważa się za niezawartą odpowiednio w całości albo w części. Umowę uważa się więc za niezawartą również w zakresie zapisów o karach umownych. Oznacza to, że w takiej sytuacji żadna ze stron nie może dochodzić kar umownych z tytułu nienależytego wykonania umowy. Po odstąpieniu od umowy wyłączona jest możliwość kumulatywnego dochodzenia kary umownej za odstąpienie i kar zastrzeżonych na wypadek nienależytego wykonania umowy. Uchwała SN z 18.07.2012 r. (III CZP 39/12) stanowi jednoznacznie, że odstępującemu nie przysługuje roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego wymagania oznaczonego kodem WKR.10 (w punkcie 5.2.1 opisu przedmiotu zamówienia) Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również przepisu art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z przepisami art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie naruszył zasady jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia poprzez nieuzasadnione uprzywilejowanie Zamawiającego jako strony zawieranej umowy o udzielenie zamówienia.

Zamawiający jest uprawniony do weryfikowania wykonywanego zamówienia, w tym dokonanej wyceny, które wedle jego opinii są przygotowane z nienależytą starannością. Zamawiający uzasadnił potrzeby w tym zakresie, wynikające z dotychczasowego doświadczenia, tj. nadużywania oraz manipulacji cenowej zleceń przez niektórych wykonawców. Zamawiający jest uprawniony do wprowadzenia regulacji, które zapewnią

zabezpieczenie prawidłowej realizacji zamówienia, w tym powołanie niezależnego eksperta, który dokona oszacowania pracochłonności lub przedstawionego harmonogramu.

Podkreślić należy, że sporne postanowienie zostało sformułowane jako uprawnienie Zamawiającego, nie zaś obowiązek Zamawiającego, do zlecenia wykonania zamówienia zgodnie z rekomendacją eksperta („Zamawiający może zobowiązać Wykonawcę do wykonania zlecenia zgodnie z rekomendacją eksperta w zakresie pracochłonności albo wykonalności zlecenia”). Dotyczy to także jedynie możliwości nie zaś obowiązku Zamawiającego w zakresie obciążenia Wykonawcy koniecznością pokrycia kosztów wykonania ekspertyzy. Ponadto, zobowiązanie do pokrycia kosztów przez Zamawiającego może nastąpić, gdy opinia eksperta potwierdzi nieprawidłowość stanowiska Wykonawcy. Nie jest zatem tak, że w sytuacji prawidłowości stanowiska Wykonawcy, Wykonawca ten będzie obciążony kosztami. Nie można więc uznać, aby postanowienie stanowiło nieuzasadnione uprzywilejowanie Zamawiającego jako strony zawieranej umowy o udzielenie zamówienia.

Ponadto trudno uznać za prawidłowe twierdzenie Odwołującego, że brak jest możliwości oszacowania kosztów w sytuacji gdy nie jest zamknięta i określona lista biegłych ekspertów. Odwołujący w treści odwołania wnioskował o zawężenie listy podmiotów do biegłych z dziedziny szacowania złożoności oprogramowania z listy biegłych sądowych prowadzonej przez Prezesa Sądu Okręgowego w Warszawie oraz Rzecznawców Polskiego Towarzystwa Informatycznego. Odwołujący nie wykazał, aby sam fakt ograniczenia takiej listy miał wpływ na wartość oferty. Wymienione przez Zamawiającego w treści postanowienia organizacje złożone są z niezależnych ekspertów – biegli sądowi, Izba Rzecznawców Polskiego Towarzystwa Informatycznego, ekspert Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji, a więc dokładnie tych instytucji, które proponuje Odwołujący.

Zamawiający przewidział pracę eksperta niezależnego. Już samo określenie „niezależny” oznacza, że nie może być to ekspert, którego niezależność jest wątpliwa, w tym że w jakikolwiek sposób pozostaje ze stroną w stosunku zależności, np. jest pracownikiem firmy konkurencyjnej. Sformułowanie dotyczące niezależnego eksperta nie jest zatem niejasne. Tym samym Zamawiający nie naruszył także zasady jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie naruszył także przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również przepisu art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego w związku z przepisami art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie sformułowania postanowień punktu 4 Opisu Przedmiotu Zamówienia (stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ, zgodnie z § 25 pkt 2 SIWZ), zatytułowanego „Harmonogram”, w zakresie wskazanych w nim terminów i dat na realizację poszczególnych modułów i etapów przez wykonawcę. Zamawiający nie naruszył zasady jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia poprzez

formułowanie w postanowieniach SIWZ zobowiązań wykonawcy, które stanowią świadczenie niemożliwe do wykonania.

Zamawiający określił termin realizacji zamówienia w części dotyczącej utworzenia nowych modułów i przekazania do testów Zamawiającemu jako termin „od dnia odbioru etapu 1 do 31 października 2020 r.”

Odwołujący nie wykazał, aby termin przewidziany przez Zamawiającego był nierealny. Twierdzenia Odwołującego są ogólne. Izba wzięła natomiast pod uwagę fakt, że Zamawiający przeprowadził dialog techniczny, w trakcie którego uzgadniał z wykonawcami wszelkie warunki realizacji zamówienia. Celem dialogu było m. in. pozyskanie informacji, które mogą posłużyć Zamawiającemu do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czasu potrzebnego na realizację przedmiotu zamówienia. W dialogu wzięło udział obok Odwołującego, 30 podmiotów. Żaden z pozostałych podmiotów nie złożył odwołania co do nierealności terminu. Odwołujący został zaproszony, jednak nie zgłosił swoich uwag w wyznaczonym terminie. W wyniku własnej decyzji zrezygnował z udziału w części dialogu technicznego.

Zamawiający wskazał, że wyznaczony przez niego termin podyktowany jest także koniecznością zmieszczenia się w limitach środków finansowania na dany rok, określonych w art. 23 ust. 1 ustawy z dnia 10 maja 2018 r. o zmianie ustawy o Państwowym Ratownictwie Medycznych oraz niektórych innych ustaw. Zamawiający nie może przekraczać limitów środków finansowania w poszczególnych latach, stąd też nie może w sposób całkowicie dowolny określać ram czasowych postępowania i przewlekać realizacji zadań. Zatem Zamawiający wykazał, że przewidziany przez niego termin jest podyktowany uzasadnionymi potrzebami.

Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględni odwołanie w części dotyczącej zarzutów Odwołującego w zakresie lit. c). Zarzut ten dotyczy kar umownych, jakie Zamawiający określił w § 20 ust. 2-15 Istotnych Postanowień Umowy. Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, że dokonał zmiany ww. warunków umowy i je przedstawił. W trakcie posiedzenia z udziałem stron, Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie dokonał zmian wszystkich punktów zgodnie z żądaniem Odwołującego. Izba jest związana oświadczeniem Zamawiającego o uwzględnieniu zarzutu przez Zamawiającego. Zgodnie z artykułem 186 ust. 4a w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w części, gdy po jego stronie do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów, Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów. Niezależnie od powyższego, stronie przysługuje prawo do wniesienia środka odwoławczego w zakresie zmian

dokonanych przez Zamawiającego, a zatem nowego brzmienia SIWZ, jeżeli nie odpowiada jego żądaniom.

Izba za niezasadny uznała zarzut dotyczący brzmienia § 20 ust. 16 w związku z § 22 ust. 2 Istotnych Postanowień Umowy. Odwołujący twierdził, że brzmienie tych zapisów Istotnych Postanowień Umowy wskazuje na możliwość naliczenia przez Zamawiającego podwójnych kar umownych za to samo zdarzenie.

W ocenie Izby, twierdzenia Odwołującego są w tym zakresie bezpodstawne. § 20 ust. 16 Istotnych Postanowień Umowy zastrzega możliwość żądania przez Zamawiającego zapłaty kary umownej w wysokości 15% łącznego wynagrodzenia wykonawcy brutto w przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy lub odstąpienia od umowy przez wykonawcę z przyczyn nie leżących pod stronie Zamawiającego. Zastrzeżona kara umowna ma więc charakter kary umownej należnej z tytułu niewykonania zobowiązania przez wykonawcę, gdyż odstąpienie od umowy może nastąpić w chwili, gdy świadczenie wykonawcy wynikające z umowy nie zostało jeszcze w całości spełnione. Jednocześnie odstąpienie od umowy powoduje, że Zamawiającemu nie będzie przysługiwać roszczenie o zapłatę kar umownych przewidzianych na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania (możliwość żądania przez Zamawiającego tych kar wynika z § 20 ust. 2 – 15 Istotnych Postanowień Umowy), gdyż jednym ze skutków złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy jest przekształcenie stanu nienależytego wykonania zobowiązania w stan niewykonania zobowiązania. Skoro tak, to nieuzasadniona jest podnoszona przez Odwołującego obawa, że Zamawiający mógłby z jednego zdarzenia kumulatywnie dochodzić roszczenia o zapłatę kar umownych zarówno z tytułu nienależytego wykonania umowy, jak i jej niewykonania. Izba w tym zakresie podziela zatem stanowisko wyrażone w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 18.07.2012 r. (III CZP 39/12).

Za niezasadne należy uznać twierdzenia Odwołującego podniesione w trakcie rozprawy, że na intencję Zamawiającego dotyczącą kumulatywnego dochodzenia kar umownych wskazuje także zapis § 22 ust. 3 Istotnych Postanowień Umowy. Przede wszystkim podnieść należy, że zapis ten odnosi się do skutków odstąpienia od umowy przez Zamawiającego i przewiduje, że w przypadku takiego odstąpienia, wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia z tytułu wykonania części umowy. To postanowienie jest konsekwencją § 22 ust. 2 Istotnych Postanowień Umowy, który daje Zamawiającemu możliwość częściowego odstąpienia od umowy. Z drugiej strony stanowi gwarancję dla wykonawcy otrzymania wynagrodzenia za część umowy faktycznie zrealizowaną. Postanowienie § 22 ust. 3 Istotnych Postanowień Umowy nie wpływa więc na możliwość i zakres żądanych przez Zamawiającego kar umownych.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....