

Sygn. akt: KIO 2111/11

Sygn. akt: KIO 2130/11

Sygn. akt: KIO 2131/11

WYROK

z dnia 20 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2011 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 30 września 2011 r. przez wykonawcę SYGNITY S.A. z siedzibą w Warszawie,
- B. w dniu 30 września 2011 r. przez wykonawcę AGN Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
- C. w dniu 30 września 2011 r. przez wykonawcę Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie

przy udziale:

- A. wykonawcy "Hewlett-Packard Polska" Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2130/11 po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy Asseco Poland S.A w Rzeszowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2130/11 po stronie zamawiającego,
- C. wykonawcy AGN Polska Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2131/11 po stronie odwołującego,

orzeka:

1. oddala odwołania.

2. kosztami postępowania obciąża SYGNITY S.A. w Warszawie, AGN Polska Sp. z o.o. w Warszawie i Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 45 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez SYGNITY S.A. w Warszawie, AGN Polska Sp. z o.o. w Warszawie i Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od SYGNITY S.A. w Warszawie, AGN Polska Sp. z o.o. w Warszawie i Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. w Warszawie na rzecz Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie kwotę 10 800 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy osiemset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, w tym: kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od SYGNITY S.A. w Warszawie, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od AGN Polska Sp. z o.o. w Warszawie oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. w Warszawie.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2111/11

Sygn. akt: KIO 2130/11

Sygn. akt: KIO 2131/11

Uzasadnienie

Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na utrzymanie, modyfikację i ulepszanie systemów aplikacyjnych OFSA, OFSA-PROW, OFSA-PROW-DD, RG-PROW. Ogłoszenie wszczynające postępowanie zostało opublikowane w DU UE dnia 1.06.2010 r. pod numerem 2010/S 104-158513-PL.

Po zakończeniu dialogu konkurencyjnego (pismo z 9.09.2011 r.) Zamawiający przekazał 21.09.2011 r. wykonawcom zaproszenia do składania ofert załączając treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia SIWZ. Przedmiotem zarzutów i żądań odwołań skierowanych do łącznego rozpoznania są postanowienia siwz.

Sygn. akt KIO 2111/11

Wykonawca SYGNITY S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego w tym postępowaniu zarzucając naruszenie:

1/ art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (ustawy pzp) poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

2/ art. 353¹ oraz art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy pzp w wyniku określenia rażąco wysokiej kary umownej (25% całości wynagrodzenia brutto) z tytułu odstąpienia przez zamawiającego od umowy w przypadku nie osiągnięcia przez wykonawcę gotowości do świadczenia usług w terminie trzech miesięcy (Okres Przygotowawczy).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany postanowień siwz oraz wzoru umowy stanowiącego zał. Nr 3 do siwz poprzez zmniejszenie wysokości wskazanej kary umownej z 25% na 5% łącznego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w art. 6 ust. 1 umowy tj. wprowadzenie następującego zapisu:

„Pierwsze trzy miesiące obowiązywania umowy stanowią Okres Przejściowy , szczegółowo pisany w załączniku nr 7 do umowy. Wykonawca nie otrzymuje wynagrodzenia za czynności wykonywane w Okresie Przejściowym. Okres Przejściowy trwa do momentu osiągnięcia przez wykonawcę gotowości do świadczenia usług zgodnie z kryteriami określonymi w załączniku nr 7 do umowy i potwierdzenia tej okoliczności przez zamawiającego poprzez podpisanie Protokołu Uruchomienia Usług, którego wzór stanowi załącznik nr 7A do umowy,

przy czym skrócenie Okresu Przejściowego wymaga zgody zamawiającego. W przypadku nieosiągnięcia przez wykonawcę gotowości do świadczenia usług w terminie trzech miesięcy, zamawiający ma prawo wypowiedzieć umowę zgodnie z art. 12 ust. 2 pkt 1 umowy i dochodzić od wykonawcy kary umownej w wysokości 5% łącznego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w art. 6 ust. 1 umowy.”

Uzasadniając zarzuty i wnioski odwołujący wskazał na treść siwz r. VII – termin wykonania zamówienia, pkt 2 (s.3) oraz wzór umowy stanowiący zał. Nr 3 do siwz, art. 1 Przedmiot umowy, ust. 4 (s. 5-6) zawierający postanowienie o wysokości kary umownej nadmiernie rygorystycznej i nieproporcjonalnej do zakresu przewinienia, a co za tym idzie prowadzące do ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców mogących złożyć ofertę. Stwierdził, że zastrzeżenie takiej kary narusza równość stron kontraktu i stwarza wysokie ryzyko po stronie wykonawcy w postaci straty finansowej i utraty spodziewanego wynagrodzenia wobec rozwiązania umowy. Odwołujący wskazał na charakter kar umownych stanowiących surogat odszkodowania i nie służących nieuzasadnionemu wzbogaceniu. Dodatkowo zauważył, że wskazana kara w sposób znaczący sprzyja jednemu z wykonawców biorących udział w postępowaniu tj. Asseco Poland S.A. w Rzeszowie, który wdrożył i utrzymywał do chwili obecnej systemy informatyczne będące przedmiotem usług stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia. Wskazany podmiot ma rozległą wiedzę na temat tych systemów, co stawia go w uprzywilejowanej pozycji, a ryzyko narażenia się na w/w karę umowną jest dla niego minimalne.

Sygn. akt KIO 2130/11

Odwołujący AGN Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), z uwagi na to, że:

1/ określony przez Zamawiającego termin składania ofert narusza zasadę równej konkurencji i jest niezgodny z art. 60e ustawy PZP, ponieważ nie uwzględnia czasu koniecznego do przygotowania i złożenia ofert przez wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego,

2/ SIWZ oraz wzór umowy, zawierają postanowienia umożliwiające udział w postępowaniu wyłącznie jednemu wykonawcy,

3/SIZW oraz wzór umowy, zawierają postanowienia uniemożliwiające udział w postępowaniu Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 60e ust. 4. oraz art. 139 ust. 1 ustawy PZP i art. 5 i art. 483 ust. 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy PZP.

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. zmiany terminu składania ofert wyznaczonego w rozdziale XV SIWZ, ust. 3 poprzez ustalenie że: „ Termin składania ofert upływa w dniu 06. 11.2011 o godzinie 9:00”.

2. zmiany postanowień rozdziału VII ust. 2 SIWZ oraz art. 2 ust. 4 projektu umowy (zał. nr 3 do SIWZ), poprzez wykreślenie postanowienia o treści: „W przypadku nieosiągnięcia przez Wykonawcę gotowości do świadczenia Usług w terminie trzech miesięcy, Zamawiający ma prawo wypowiedzieć Umowę zgodnie z art. 12 ust. 2 pkt 1 Umowy i dochodzić od Wykonawcy kary umownej w wysokości 25% łącznego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w art. 6 ust. 1 Umowy. ”.

3. wykreślenie w całości postanowień części zatytułowanej:

„Zwiększanie kar umownych” w załączniku nr 11 „SLA i kary umowne” do projektu umowy .

4. uzupełnienia przekazanej aplikacji OFSA-PROW niezbędnej do przeprowadzenia zadania próbnego, zgodnie z dalszą treścią odwołania.

5. zmianę art. 12 ust. 3 wzoru umowy dołączonego do SIWZ, poprzez nadanie temu przepisowi następującej treści: „Niezależnie od powyższego Zamawiający ma prawo wypowiedzenia Umowy w odniesieniu do każdej z grup Usług, wskazanych w art. 2 ust. 1 Umowy, nie wcześniej jednak niż po upływie 15 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia Usług zgodnie z art. 2 ust. 5 Umowy z zachowaniem trzy miesięcznego okresu wypowiedzenia liczonego od dnia upływu piętnastego miesiąca upływu umowy ”

Uzasadniając zarzuty i wnioski odwołujący wskazał, że termin na złożenie ofert został wyznaczony przez Zamawiającego na dzień 6 *października* 2011r. Do oferty powinny zostać dołączone m.in. rezultaty wykonaniu zadania próbnego w aplikacji OFSA.

W ocenie Odwołującego złożenie ważnej oferty w terminie określonym przez Zamawiającego jest niemożliwe. Oferta polegać będzie na wykonaniu zadania próbnego, to jest wykonania konkretnych czynności w aplikacji OFSA. W celu wykonania tego zadania Wykonawcy muszą zapoznać się z działaniem aplikacji, dokonać wszelkich czynności, aby aplikacja ta działała w sposób poprawny, a następnie dokonać określonych czynności np. zarejestrowanie w aplikacji przykładowego wniosku. Przeprowadzenie tego procesu w ciągu 2 tygodni jest z przyczyn technologicznych niemożliwe. Tym samym Zamawiający, wyznaczając tak krótkiego terminu na złożenie oferty, dopuścił się naruszenia postanowień art. 60e ustawy PZP. Termin określony przez Zamawiającego nie uwzględnia czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty.

W ocenie Odwołujące oferty w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie nie będą mogli złożyć także inni zaproszeni Wykonawcy, a tylko jeden Wykonawca będzie w stanie złożyć ważną ofertę to jest Wykonawca, który uzyskał zamówienie na budowę systemu OFSA. Oznacza to uprzywilejowanie pozycji jednego Wykonawcy w stosunku do pozostałych. Uprzywilejowanie to wynika nie tylko z faktu wyznaczenia niemożliwego do spełnienia terminu złożenia ofert, ale również z innych wskazanych względów. Odwołujący wskazał na poparcie stanowiska na orzecznictwo: KIO/UZP-254/08: „Jak wynika z literalnej wykładni art. 29 ust. 2 pzp użyty w treści tego przepisu zwrot mógł utrudniać uczciwą konkurencję ”, wskazuje iż dla uznania naruszenia ustanowionej powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest

jedynie takie działanie zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. ", UZP/ZO/0-1177/07 UZP/ZO/0-1186/07:,, Zgodnie z art. 60e ust. 4 ustawy Zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 10 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert. Z powyższego wynika, iż termin ten powinien być na tyle długi, aby wykonawcy mogli przygotować i złożyć oferty. " .Wyrok SO w Warszawie z dnia 9.09. 2003 r. sygn. akt VCa 1477/03:,,Sąd Okręgowy zważył, iż zgodnie z art. 16 PZP Zamawiający obowiązany jest do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. W ocenie Sądu Okręgowego wynikające z tego przepisu obowiązki Zamawiającego nie ograniczają się jedynie do zachowania przez niego samego zasad uczciwej konkurencji i takiego określenia przedmiotu i warunków zamówienia, który gwarantuje ich przestrzeganie, a także przeprowadzenia postępowania przetargowego w sposób gwarantujący poszanowanie tych zasad. ", KIO/UZP 1406/08:,,Prawo zamówień publicznych wymaga, aby wykonawcy biorący udział w postępowaniu, traktowani byli na równych prawach, w tym mieli zapewniony równy dostęp do informacji na temat wszystkich aspektów odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Poza informacjami, które mogą być skutecznie zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa, zarówno wykonawca, który dotychczas wykonywał zamówienie tego rodzaju dla Zamawiającego, jak i ten, który się o takie zamówienie ubiega, aby mieli równą wiedzę na temat przedmiotu zamówienia. Odmienna sytuacja zakłóca, bowiem warunki równej konkurencji. "

Odwołujący stwierdził, że oprócz wyznaczenia zbyt krótkiego terminu na złożenie oferty Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ przekazał Wykonawcom aplikację, na podstawie której niemożliwe jest przeprowadzenie zadania próbnego.

W celu wykonania zadania próbnego Odwołujący odebrał od Zamawiającego, w dniu 22.09. 2011 r., wgraną na nośnik elektroniczny, aplikację OFSA-PROW. Wgrana aplikacja powinna być składać się z następujących, kompletnych i poprawnie działających elementów: kopia produkcyjnej bazy danych z zahaszowanymi danymi osobowymi z dnia 08.08.2011 r., skompilowana wersja aplikacji zgodna z wersją baz danych (wersja 01.68.006.0638), kody źródłowe aplikacji, kopia katalogu użytkowników (plik w formacie Idif) z dnia 12.08.2011 r. z hasłami „123", dokumentacja analityczna, hasła dostępu do bazy danych, Informacja o wersji oprogramowania wspomagającego.

Odwołujący wskazał na braki, błędy i nieścisłości w przekazanych elementach aplikacji OFSA-PROW, które w jego ocenie powodują, że wykonanie zadania próbnego jest niemożliwe w terminie określonym stwierdzając przy tym, że wskazane braki świadczą o nierównym traktowaniu wykonawców przez Zamawiającego. Odwołujący przekonany jest, że pomimo tych

braków, które uniemożliwiają mu wykonanie zadania próbnego w terminie, takie zadanie będzie mógł wykonać Wykonawca, który jest podmiotem, który stworzył cały system, w którym działają poszczególne aplikacje, tj. Asseco Poland S.A.

5. Zamawiający poprzez określenie wysokości kar umownych oraz procedury ich dublowania naruszył zasadę równości stron umowy. Zdaniem Odwołującego w przypadku zaistnienia okoliczności, w której naliczona zostanie kara umowna na Wykonawcę, Zamawiający zostanie wzbogacony, ponieważ określone kary umowne są wygórowane.

Celem ustanowienia kar umownych jest zabezpieczenie oraz swoistego rodzaju przymuszenie Wykonawcy do wykonania lub należytego wykonania umowy. Kary umowne zawarte we wzorze umowy przekraczają zakres i są niecelowe. Odwołujący wskazuje, że Wykonawcy nie będzie przysługiwało żadne wynagrodzenie przez pierwsze trzy miesiące obowiązywania umowy. Wobec tego żaden z Wykonawców nie będzie miał interesu w przedłużaniu tego okresu, który charakteryzuje się poniesieniem znacznych kosztów przygotowania do wykonania umowy. Wykonawcom wręcz będzie zależało na skorzystaniu z możliwości skrócenia tego i jak najszybszym przystąpieniu do wykonania umowy. Dodatkowy czynnik mobilizujący Wykonawców do uzyskania statusu gotowości do wykonania umowy jest zbędny i zbędne jest określenie wygórowanych wysokości kar umownych, które stanowią wysokość 25% wartości brutto całkowitej umowy. Ponadto Zamawiający nie określił w dokładny sposób przesłanek po spełnieniu, których wspomniana kara zostanie na Wykonawcę nałożona. Zamawiający określił jedynie, że w przypadku braku gotowości do wykonania zamówienia, to jest braku podpisania protokołu uruchomienia usług Zamawiający będzie miał uprawnienie do nałożenia w/w kary umownej. Zamawiający nie określił, w jakich przypadkach uznaje gotowość wykonawcy do wykonania umowy, a w jakich przypadkach takiej gotowości nie uznaje. Przesądza to o uznaniowości Zamawiającego o nałożeniu bądź odstąpieniu od nałożenia kary poprzez podpisanie protokołu gotowości z uwzględnieniem np. dodatkowych uwag lub zastrzeżeń do Wykonawcy.

Kwotę 25% całkowitej wartości umowy uznał za wygórowaną i nieadekwatną do wynagrodzenia, jakie uzyska wykonawca realizujący umowę. Zamawiający nie poniesie szkody w tak znacznej wysokości, która uzasadniałaby taką wysokość kary umownej, stanowiącą zabezpieczenie niewykonania umowy.

Odwołujący wskazał również na podobnie nieadekwatny i nieproporcjonalny mechanizm zwiększania kar umownych w zależności od ogólnego poziomu świadczonych usług. Zapis uprawniający Zamawiającego do obciążenia wykonawcy wykonującego umowę w wysokości nawet ośmiokrotnego poziomu poszczególnych kar umownych w przypadku poziomu nieakceptowanego jest nieuzasadniony. Dotyczy to przypadku przekroczenie sumy wszystkich czasów reakcji i rozwiązań dla danej grupy usług o 20 godzin niż czas wskazany na reakcję dla poszczególnych czynności w ramach danej grupy (Załącznik 11 do projektu umowy).

Na poparcie stanowiska wskazał orzecznictwo: wyrok SN z dnia z 17.06.2003 r.. III CKN 122/01: „Kara umowna ma na celu naprawienie szkody poniesionej przez wierzyciela na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. W art. 483 § 1 k.c. wyraźnie mowa jest o naprawieniu szkody, które następuje przez zapłatę kary umownej, a w art. 484 § 1 k.c. ustawodawca wskazuje, że kara umowna należy się bez względu na wysokość poniesionej szkody. Ustawowe określenie "bez względu na wysokość poniesionej szkody" nie może być utożsamiane z określeniem "niezależnie od poniesienia szkody".", wyrok SN z 13.06. 2003 r. III CKN 50/01: „Kryterium, według którego należy oceniać, czy kara umowna jest rażąco wygórowana (art. 484 § 2 KC), jest wysokość odszkodowania należnego wierzycielowi na zasadach ogólnych.", wyrok z 18.10.2010 r. KIO/UZP 2175/10: „Celem wprowadzenia kar umownych jest dyscyplinowanie stron do prawidłowego i terminowego wywiązywania się z przyjętych w umowie obowiązków. Dotyczy to w równej mierze wszystkich uczestników stosunku umownego. Żadne z przepisów prawa, czy to cywilnego, czy to zamówień publicznych, nie zakazują, iż pewne obowiązki czy zobowiązania nie mogą być nałożone również na Zamawiającego, zwłaszcza, jeżeli to od tej strony stosunku umownego zależy w dużej mierze terminowość realizowanego kontraktu."

7. Zgodnie z propozycją umowa wskazaną w załączniku do SIWZ Zamawiający zastrzegł przysługujące mu prawo do rozwiązania umowy po upływie 15 miesięcy od jej rozpoczęcia. Odwołujący wskazuje, że zapis ten przesądza o powstaniu znacznego ryzyka nagłego przerwania kontraktu przez Zamawiającego, przez co gwałtownie pogorszy się rentowność kontraktu, gdyż koszty rozłożone na 36 miesięcy nie zamortyzują się w tym skróconym czasie. Zapis ten stanowi naruszenie zasady równego traktowania, ponieważ w innej sytuacji znajduje się wykonawca Asseco Poland S.A., który stworzył system OFSA. Pozostali wykonawcy, którzy nie tworzyli systemu będą musieli ponieść znaczne koszty w początkowym okresie obowiązywania umowy po, to aby uruchomić i zapewnić sprawne działanie aplikacji. Wykonawca Asseco Poland S.A nie będzie musiał ponosić tych dodatkowych kosztów, wobec czego jego ryzyko, nawet w przypadku rozwiązania umowy przez Zamawiającego po upływie 15 miesięcy, w tym również partycypacja w kosztach jest nieporównywalnie mniejsza. Wobec czego Odwołujący proponuje zachowanie uprawnienia Zamawiającego jednocześnie z zachowaniem 3 miesięcznego okresu wypowiedzenia, co pozwoli na zmniejszenie ryzyka nagłego wypowiedzenia umowy i wcześniejsze poinformowanie Wykonawcy o takim zamiarze. Uprawnienie Zamawiającego polegające na nagłym rozwiązaniu umowy jest zdaniem strony Odwołującej nieuprawnione i w rażący sposób narusza zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego – Hewlett Packard Polska Sp. z o.o. wniósł uwzględnienie odwołania.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – Asseco Poland S.A. wniósł o oddalenie odwołania wskazując, że nakazanie zmiany terminu składania ofert tj. wydłużenie o 30 dni terminu na wykonane zadania próbnego oraz nakazanie uzupełnienia przekazanej aplikacji OFSA-PROW doprowadzi do nieuzasadnionego przedłużenia postępowania, jak również zaburzy zasady konkurencyjności i równego traktowania uczestników postępowania poprzez uprzywilejowanie kosztem przystępującego, uczestników nieposiadających wbrew składanym deklaracjom, kompetencji do realizacji przedmiotowego zamówienia. Stwierdził, że materiał, którego dotyczą uwagi odwołującego, był udostępniony wszystkim uczestnikom dialogu na podstawie pisma z 8 lipca 2011 r., co pozostawiło wystarczająco dużo czasu na przygotowanie się do wykonania zadania w oczekiwanym czasie.

Sygn. akt KIO 2131/11

Odwołujący Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. w Warszawie zakwestionował treść siwz ponieważ:

- a) określony termin składania ofert narusza zasadę równej konkurencji i jest niezgodny z art. 60e ustawy PZP, ponieważ termin ten nie uwzględnia czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty przez wszystkich wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego,
- b) SIWZ, w tym wzór umowy, zawiera postanowienia uniemożliwiające udział w postępowaniu Odwołującego,
- c) SIWZ, w tym wzór umowy, zawiera postanowienia umożliwiające udział w postępowaniu wyłącznie konkretnemu wykonawcy,
- d) SIWZ, w tym wzór umowy, określa rażąco wygórowane kary umowne, które naruszają zasadę równości stron i w konsekwencji uniemożliwiają złożenie przez Odwołującego oferty.

W ocenie Odwołującego Zamawiający poprzez w/w czynności naruszył art. 7 ust. 1 i 3, art. 60e ust. 4 ustawy pzp oraz art.5, art. 353¹, art. 471, art.483 ust. 1, art. 484 ust 1 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i art. 139 ust.1 ustawy PZP.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- a) zmiany terminu składania ofert wyznaczonego w rozdziale XV siwz, ust. 3 poprzez zmianę tego terminu z 6.10.2011 r. na 20.10.2011 r.,
- b) zmiany zapisu VII ust. 2 siwz o treści: „ W przypadku nieosiągnięcia przez wykonawcę gotowości do świadczenia usług w terminie 3 miesięcy, zamawiający ma prawo wypowiedzieć umowę zgodnie z art. 12 ust. 1 pkt 1 umowy i dochodzić od wykonawcy kary umownej w wysokości 25% łącznego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w art. 6 ust. 1 umowy” na zapis: „W przypadku nieosiągnięcia przez wykonawcę gotowości do świadczenia usług w terminie 3 miesięcy, zamawiający ma prawo wypowiedzieć umowę zgodnie z art. 12 ust. 1 pkt 1 umowy.” oraz zmianę ostatniego zdania w art. 2 ust. 4 wzoru umowy (zał. 3 do siwz) poprzez wykreślenie słów: „i dochodzić od wykonawcy kary umownej w wysokości 25% łącznego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w art. 6 ust. 1 umowy.”,

c) zmiany treści załącznika nr 11 do wzoru umowy pt. „SLA i kary umowne” poprzez wykreślenie w całości ostatniej sekcji tego załącznika pt. „Zwiększanie kar umownych”,

d) zmiany treści pkt 2 ppkt 13 załącznika 9 do wzoru umowy pt. „Procedura obsługi zgłoszeń” o treści: „13) po ustawieniu statusu zgłoszenia na SKOMPLETOWANE zamawiający ma 5 dni roboczych na weryfikację sposobu rozwiązania lub przyczyn odrzucenia zgłoszenia i ewentualną reklamację zgłoszenia w Help Desk ARMiR. W przypadku braku reklamacji Zamawiającego zgłoszenie otrzymuje status ZAMKNIĘTE.”

na zapis o treści:

„13) Po ustawieniu statusu zgłoszenia na SKOMPLETOWANE Zamawiający ma obowiązek, w terminie równym Czasowi Realizacji danego zgłoszenia, ale nie dłużej niż 5 Dni Roboczych przeprowadzić weryfikację sposobu rozwiązania lub przyczyn odrzucenia zgłoszenia i w tym samym czasie zgłosić ewentualną reklamację zgłoszenia w Help Desk ARiMR. W przypadku braku reklamacji Zamawiającego w powyższym terminie zgłoszenie otrzymuje status ZAMKNIĘTE.”

e) zmianę zapisów SIWZ poprzez jednoznaczne określenie wysokości wadium.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący stwierdził:

Odnośnie zarzutu wyznaczenia terminu składania ofert wskazał, że zasadniczą częścią oferty, mającą rozstrzygające znaczenie dla wyboru oferty tego, a nie innego wykonawcy, jest przedstawienie rezultatów wykonania zadania próbnego. Zgodnie z treścią Rozdziału XVIII pkt 4 SIWZ, Zamawiający udzieli zamówienia Wykonawcy, którego oferta odpowiada wszystkim wymaganiom przedstawionym w ustawie Pzp, specyfikacji oraz zostanie oceniona jako najkorzystniejsza w oparciu o wyżej podane kryterium wyboru oraz zostanie wykonane w całości pozytywnie zadanie próbne opisane w Rozdziale III SIWZ. Zamawiający w celu wykonania zadania próbnego w dniu 22 września 2011 roku przekazał Odwołującemu aplikację OFSA-PROW, na którą składają się wymienione w zaproszeniu elementy.

Termin 14 dni od przekazania aplikacji na wykonanie zadania próbnego jest w ocenie odwołującego uniemożliwiającym złożenie ważnej oferty przez Odwołującego. Odwołujący podkreślił, że nie tylko on nie będzie mógł złożyć ważnej oferty, ale inni zaproszeni do składania ofert wykonawcy, najprawdopodobniej jedynie z wyjątkiem wykonawcy Asseco Poland SA, wyraźnie uprzywilejowanego w tym postępowaniu. Wykonanie zadania próbnego w tak skomplikowanym i złożonym środowisku informatycznym jakim jest aplikacja OFSA-PROW jest z przyczyn obiektywnych niemożliwe w tak krótkim terminie dla wykonawcy, który już wcześniej nie dysponował szczegółową wiedzą o przedmiotowej aplikacji i zastosowanych w niej rozwiązaniach technicznych. Dodatkowo, termin dwutygodniowy na przygotowanie oferty odnoszącej się do tak skomplikowanych usług, abstrahując od konieczności przeprowadzania zadania próbnego, jest terminem zbyt krótkim, nie pozwalającym na dokładne wyliczenie wartości oferty.

Odnosnie zarzutu naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców odwołujący stwierdził, że tylko jeden zaproszony wykonawca będzie w stanie złożyć ważną ofertę, zawierającą również rezultaty prawidłowo przeprowadzonego zadania próbnego. Jest to wykonawca, który wcześniej uzyskał zamówienie na budowę systemu OFSA, czyli firma Asseco Poland SA. Działanie Zamawiającego poprzez wyznaczenie terminu składania ofert, który umożliwia wykonanie zadania próbnego tylko jednemu z wykonawców, jest działaniem naruszającym jedną z podstawowych zasad obowiązujących w prawie zamówień publicznych, a mianowicie zasadę równego traktowania. Zdaniem strony Odwołującej jeden z wykonawców zaproszonych do złożenia ofert znajduje się na uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych wykonawców. Po pierwsze wynika to z faktu, że wykonawca ten jest twórcą systemu OFSA, przez co zna dokładnie zasady jego działania i w krótkim czasie może przeprowadzić zadanie próbne. Po drugie Zamawiający wyznaczył zbyt krótki termin na złożenie oferty, która wymaga od wykonawców zapoznania się z działaniem systemu OFSA oraz procesem działania poszczególnych aplikacji, wymaga przygotowania odpowiedniego i skomplikowanego środowiska deweloperskiego, uruchomienia oraz właściwej konfiguracji wielu aplikacji, zapoznania się z rozbudowaną analizą działania aplikacji. Odwołujący nie ma możliwości przeprowadzenia tych wszystkich działań w tak krótkim czasie i wykonania zadania próbnego pomimo zaangażowania całego zespołu specjalistów z tej dziedziny. Możliwość taką posiada jednak wykonawca Asseco Poland SA, jako podmiot dysponujący pełną wiedzą w zakresie analizy aplikacji, jej budowy i sposobu uruchomienia i działania, koniecznych konfiguracji oraz dysponujący gotowymi środowiskami deweloperskimi. Wynika to z faktu świadczenia przez Asseco Poland S.A. na rzecz Zamawiającego usług będących przedmiotem Zamówienia.

Odnosnie zarzutu wygórowanych i nieuzasadnionych kar umownych odwołujący wskazał na naruszenie zasady równości stron umowy. Umowa zawierana w wyniku przeprowadzenia postępowania przetargowego oprócz zabezpieczenia interesów obu stron nie może zawierać zapisów, które mogą spowodować nieuzasadnione wzbogacenie się przez jedną ze stron. Określona przez Zamawiającego wysokość kar umownych jest sankcją wygórowaną i nieadekwatną do przedmiotu zamówienia oraz wynagrodzenia z umowy, jakie może uzyskać wykonawca. Podkreślił, że zgodnie z zapisami projektu umowy wykonawcy nie przysługuje wynagrodzenie za pierwsze trzy miesiące obowiązywania umowy, co stanowi tzw. okres przejściowy. Okres ten trwa do momentu osiągnięcia przez Wykonawcę gotowości do świadczenia usług, a faktycznie podpisania przez Zamawiającego protokołu uruchomienia usług. W przypadku, gdy wykonawca nie osiągnie wspomnianej gotowości Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do wypowiedzenia umowy oraz jednoczesnego dochodzenia kary umownej w wysokości 25% wartości brutto całkowitej umowy. Kwota 25% całkowitej wartości umowy jest kwotą wygórowaną i nieadekwatną do wynagrodzenia, jakie uzyska wykonawca

realizując umowę. Zamawiający nie poniesie szkody w tak znacznej wysokości, która uzasadniałaby taką wysokość kary umownej, stanowiącą zabezpieczenie niewykonania umowy. Odwołujący rozumie i przyjmuje, że w okresie przejściowym nie będzie przysługiwało Wykonawcy żadne wynagrodzenie za czynności związane z przygotowaniem w celu pełnego uruchomienia działania aplikacji. Jednakże określanie tak wygórowanej kary umownej za brak gotowości, która może wystąpić z przyczyn niezależnych od wykonawcy, w tym również z przyczyn dotyczących Zamawiającego, jest niczym nieuzasadniona.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że kryteria odbioru okresu przejściowego, czyli podpisanie protokołu uruchomienia usług będzie decyzją w pełni uzależnioną tylko od Zamawiającego. Co prawda załącznik nr 7 do projektu umowy wskazuje kryteria, według który Zamawiający będzie oceniał gotowość wykonawcy do świadczenia usług po zakończeniu okresu przejściowe. Jednakże kryteria te z jednej strony nie są dość precyzyjne, a z drugiej - nawet niewielkie odstępstwo od podanych parametrów może skutkować wypowiedzeniem umowy i zapłatą kary. W konsekwencji jakiegokolwiek wykonawca, profesjonalnie świadczący usługi informatyczne, nie może złożyć oferty na zaproponowanych warunkach. Odpowiedzialny zarząd jakiegokolwiek spółki nie zaryzykuje złożenia oferty na takich warunkach, w obawie przed zarzutem działalności na szkodę spółki. Omawiana kara umowna jest przejawem jaskrawej nierówności stron umowy, czego każdy zamawiający powinien w szczególny sposób unikać, skoro wykonawcy są pozbawieni możliwości jakichkolwiek negocjacji warunków umowy.

Ustalanie treści projektu umowy jest uprawnieniem Zamawiającego wynikającym z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy PZP. Zamawiający nie może jednak czynić z tego uprawnienia użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. w konsekwencji Zamawiający ustalając taką a nie inną treść projektu umowy dołączonego do SIWZ naruszył postanowienia art.5, art. 3531, art. 471, art.483 ust. 1 oraz art. 484 ust 1 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i art. 139 ust.1 ustawy PZP.

Odnosnie zarzuty nieuzasadnionego zwielokrotniania kar umownych odwołujący stwierdził, że równie nieadekwatny i nieproporcjonalny jest zapis dotyczący zwiększenia kar umownych. W szczególności zapis uprawniający Zamawiającego do obciążenia wykonawcy wykonującego umowę w wysokości ośmiokrotnego poziomu poszczególnych kar umownych w przypadku poziomu nieakceptowalnego. Wskazać należy, że Zamawiający w szczegółowy sposób określił poziom jakości usług dla każdej z grup usług w załączniku nr 11 SLA. Wyodrębniono następujące poziomy: zadowalający, obniżony, niezadowalający, nieakceptowalny. W każdym z poszczególnych poziomów Zamawiający określił maksymalną liczbę godzin czasów reakcji i czasów rozwiązania. Przekroczenie sumy wszystkich czasów reakcji i rozwiązań dla danej grupy usług o 20 godzin w stosunku do czasów wskazanych na

reakcję i realizację dla wszystkich czynności w ramach danej grupy skutkować będzie ośmiokrotnym powiększeniem wszystkich poszczególnych kar umownych.

Dodatkowo, zgodnie z treścią pkt 2 podpunkt 13 załącznika nr 9 do wzoru umowy dołączonego do SIWZ zatytułowanego „Procedura obsługi zgłoszeń”, po ustawieniu statusu zgłoszenia na SKOMPLETOWANE Zamawiający ma 5 Dni Roboczych na weryfikację sposobu rozwiązania lub przyczyn odrzucenia zgłoszenia i ewentualną reklamację zgłoszenia w Help Desk ARiMR. W przypadku braku reklamacji Zamawiającego zgłoszenie otrzymuje status ZAMKNIĘTE.

Przyjęty mechanizm zwielokrotniania kar umownych wraz ze wskazaną wyżej procedurą obsługi zgłoszeń opisaną w Załączniku 9 i zasadami wliczania w czas obsługi przez Wykonawcę czasu przeznaczanego na reklamacje w przypadku jej zasadności, prowadzi do sytuacji, kiedy Wykonawca może zostać obciążony niewspółmiernie wysoką karą do zaistniałego uchybienia. Odwołujący wskazał na przykłady w których wykonawca, nawet przy niewielkim błędzie dotyczącym obsługi pojedynczego zgłoszenia, może zostać obciążony karą umowną w wysokości wynoszącej prawie 200% wynagrodzenia należnego za całą daną usługę.

Taka kara ta jest niewspółmiernie wysoka w stosunku do zaistniałego uchybienia.

Odwołujący zauważa, że Zamawiający nie może czynić z uprawnienia do ustalenia wzoru umowy użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

W konsekwencji Zamawiający ustalając taką a nie inną treść projektu umowy narusza wskazane przepisy kc mające zastosowanie na mocy odesłania z ustawy pzp.

W powyższych kwestiach wielokrotnie wypowiadały się sądy powszechne, niejednokrotnie dokonując zmniejszenia wygórowanych kar umownych w oparciu o przepis art. 484 ust. 2 kodeksu cywilnego. Odwołujący wskazał na orzecznictwo Sądu Najwyższego dot. kar umownych, w tym rażąco wygórowanych. (wyrok z dnia 13 czerwca 2003 r. sygn. akt. III CKN50/01:„Kryterium, według którego należy oceniać, czy kara umowna jest rażąco wygórowana (art. 484 § 2 KC), jest wysokość odszkodowania należnego wierzycielowi na zasadach ogólnych." wyrok z dnia 17 marca 1988 r. sygn. akt. IV CR 58/88:„Kara umowna - jako rażąco wygórowana powinna ulec zmniejszeniu w stopniu dostosowanym do tej dysproporcji. W przeciwnym razie kara umowna - tracąc charakter surogatu odszkodowania (art. 483 § 1 k.c.) - prowadziłaby do nieuzasadnionego wzbogacania wierzyciela." wyrok z dnia z 17 czerwca 2003 r. sygn. akt. III CKN 122/01:„Kara umowna na ma na celu naprawienie szkody poniesionej przez wierzyciela na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. W art. 483 § 1 k.c. wyraźnie mowa jest o naprawieniu szkody, które następuje przez zapłatę kary umownej, a w art. 484 § 1 k.c. ustawodawca wskazuje, że kara umowna należy się bez względu na wysokość poniesionej szkody. Ustawowe określenie "bez względu

na wysokość poniesionej szkody" nie może być utożsamiane z określeniem "niezależnie od poniesienia szkody".

Powyższe stanowisko podzielił przystępujący do postępowania – AGN Polska Sp. z o.o.

Sygn. akt: KIO 2111/11, KIO 2130/11, KIO 2131/11

Zamawiający wniósł o oddalenie wszystkich odwołań.

Wskazał na argumentację zawartą w pisemnych odpowiedziach na odwołanie złożonych do akt sprawy. Zauważył, że Odwołujący Sygnity S.A. nie kwestionuje załącznika nr do SIWZ i nie wniósł odwołania od czynności ustalenia wysokości kary umownej w nowej wysokości, tj. 15%. Wskazał, że w obecnie wykonywanej umowie na analogiczny przedmiot zamówienia, przewidziano pułap kar umownych w wysokości 30% rocznego wynagrodzenia. Podkreślił kompensacyjno-represyjny charakter kary umownej. Stwierdza, że wprowadził okres przejściowy w celu umożliwienia nowemu wykonawcy przygotowanie się do realizacji umowy, a ewentualne koszty czynności poniesione w tym okresie powinny być w kalkulowane przez wykonawcę w cenę kontraktu. Wskazał na swoje ryzyko w razie nie osiągnięcia przez wykonawcę gotowości do wykonania umowy. Przedstawił zadania Agencji, które muszą być obsługiwane przez systemy aplikacyjne stanowiące przedmiot zamówienia przedstawiając zakres finansowy czynności, skalę wypłat i liczbę użytkowników poszczególnych systemów. Złożył pisemną informację o realizowanych wypłatach, w tym obsługiwanych przez aplikację OFSA-PROW. Stwierdził, że ponosi koszty postępowania w tym koszty okresu przejściowego. Zauważył, że wykonawcy nie negują celowości i długości tego okresu. Stwierdził, że prace w tym okresie służą wdrożeniu wykonawcy i same w sobie nie mają dla Zamawiającego odrębnej wartości (wartość dodana). Zauważył, że nie ma żadnego obowiązku formułowania przesłanek kar umownych w sposób symetryczny, a katalog tych kar jest otwarty. Wskazał, że w załączniku nr 11 zdefiniował cztery poziomy jakości usług (zadowolający, obniżony, niezadowolający i nieakceptowany), co nie było i nie jest kwestionowane przez wykonawców, natomiast rezygnacja z mechanizmu zwiększania kar umownych pozbawiłaby Zamawiającego możliwości wpływu na osiągnięcie oczekiwanego poziomu i oznaczałoby brak jakichkolwiek sankcji w tych przypadkach. Wskazał, że w poziomach jakości uwzględnia się ocenę realizacji grup usług w danym miesiącu rozliczeniowym, a mechanizm zwiększania kar służy zdyscyplinowaniu wykonawcy do należytego świadczenia usługi, ma on jednocześnie wpływ na poziom wynagrodzenia wykonawcy, który jest adekwatny do poziomu usług, co oznacza, że przy poziomie zadawalającym osiąga poziom 100% wynagrodzenia bez potrącania kar.

Zauważył, że żądanie wykreślenia postanowień SIWZ w zakresie wysokości kary umownej w razie wypowiedzenia umowy przy stwierdzeniu braku gotowości po zakończeniu okresu

przejściowego nie zawiera równocześnie żądania zmiany pkt 12 ust. 2 pkt 1 umowy przewidującego wypowiedzenie umowy wyżej wskazanym przypadku.

Stwierdził, że odwołujący się wykonawcy nie wykazali szkody z tytułu udziału w toczącym się postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu odwołania na rozprawie z udziałem odwołujących, zamawiającego i uczestników postępowania oraz uwzględniając dokumentację postępowania, w tym treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, , ustaliła, co następuje.

W toku postępowania zamawiający dokonał wyjaśnień i zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym również części postanowień objętych zarzutami i żądaniami rozpatrywanymi przed Izbą.

W piśmie z dnia 30.09.2011 r. sprecyzował kwotę wymaganego wadium wskazując, że wynosi ona 1 250 000 zł (słownie: jeden milion dwieście pięćdziesiąt tysięcy).

W tym samym piśmie w odpowiedzi nr 2 i 7 dotyczącej okresu przejściowego stwierdził: „Okres przejściowy jest okresem dla wykonawcy do przygotowania się do świadczenia usług i jego wprowadzenie jest wyjściem naprzeciw oczekiwaniom wykonawców, zgłaszanym w trakcie dialogu, że przy tak dużym i skomplikowanym systemie niezbędne jest zapewnienie odpowiedniego czasu na jego poznanie. Niezależnie od poznania systemu istotne jest aby wykonawca w tym okresie przygotował niezbędne procedury, środowiska i zaplecze techniczne, które pozwoli mu na świadczenie usług w sposób kompleksowy i profesjonalny od dnia gotowości. Wprowadzając okres przejściowy do umowy zamawiający podjął wysokie ryzyko powierzenia wykonania umowy w trybie zamówienia publicznego podmiotowi, który być może nie spełni warunków gotowości utrzymania i rozwoju systemu. W skrajnym przypadku może okazać się, że po okresie przejściowym zamawiający zostanie bez wykonawcy, a tym samym nie będzie miał możliwości zapewnienia ciągłości utrzymania i rozwoju systemu. Kara umowna w wysokości 25% łącznego wynagrodzenia brutto jest niejako ubezpieczeniem w/w sytuacji, w której zamawiający będzie musiał sam zabezpieczyć utrzymanie i rozwój systemu lub w inny sposób pozyskać wykonawcę tych usług. Oba rozwiązania wiążą się z dodatkowymi kosztami po stronie zamawiającego. Niemniej przychylając się do wniosków wykonawców zamawiający obniża karę umowną do wartości 15% łącznego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w art. 6 ust. 1 umowy”.

W piśmie z dnia 10.10.2011 r. zamawiający zmienił treść siwz wskazując na wyżej podaną kwotę wadium i obniżył wysokość kary umownej za brak gotowości do świadczenia usług po upływie okresu przejściowego z 25% do 15% wynagrodzenia. Ponadto w załączniku nr 9 do umowy stanowiącej załącznik nr 3 do siwz w ust. 2 pkt 17 ustalił treść: „17) Rzeczywisty czas

realizacji usługi (Czas Realizacji) liczony jest od momentu przypisania zgłoszeniu statusu NOWE do momentu przyjęcie przez zgłoszenie statusu SKOMPLETOWANE, po którym nastąpiła zmiana statusu na ZAMKNIĘTE. Czas weryfikacji, o którym mowa w pkt 13 oraz czas zawieszenia zgłoszenia nie jest wliczany do czasu obsługi zgłoszenia, z zastrzeżeniem pkt 10”.

Zamawiając określił również nowy termin składania ofert wskazując, że termin ten upływa w dniu 24.10.2011 r. o godzinie 9:00.

W związku z wyżej wskazanymi czynnościami zamawiającego odwołujący przedstawili swoje stanowiska:

sygn. KIO 2111/11 Odwołujący Sygnity S.A. stwierdził, że zarzuty i żądania odwołania pozostały niezmienione uznając, że kara umowna mimo zmodyfikowana jej wysokości przez Zamawiającego jest nadal wygórowana, a tym samym podtrzymał całą argumentację zawartą w odwołaniu z żądaniem ustalenia wysokości kary na poziomie 5%. Odwołujący zauważył przy tym, że okres przejściowy mający trwać do trzech miesięcy jest nieodpłatny, a podstawą naliczenia kary umownej jest wynagrodzenie brutto umowy przewidzianej do realizacji przez 36 miesięcy. Stwierdził, że sporna sankcja jest niewspółmierna i niekorzystna dla wykonawców. Zauważa przy tym, że w razie zajścia okoliczności odstąpienia od umowy po okresie przejściowym wykonawca obciążony będzie dodatkowo negatywnymi skutkami wynikającymi z art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy pzp.

Stwierdził, iż kwestionuje wysokość kary umownej, która pełni w istocie funkcje odstraszająca wykonawców przed złożeniem oferty za wyjątkiem wykonawcy, który obecnie wykonuje te usługi. Stwierdza, iż brak jest podstaw do odwoływania się do postanowień innej umowy wykonywanej na rzecz Zamawiającego, gdzie wskazano pułap kar umownych na poziomie 30% wynagrodzenia, a postanowienia tej umowy nie powinny być przyjęte jako dowód w sprawie. Stwierdza, iż bez wątplenia ma interes w uzyskaniu zamówienia wskazując przy tym na swój czynny udział w toku półtorarocznego dialogu konkurencyjnego i podjęte działania w celu uzyskania zamówienia.

Sygn. KIO 2130 - Odwołujący AGN Polska Sp. z o.o. biorąc pod uwagę dokonane zmiany SIWZ cofnął zarzuty i żądania określone:

- w pkt 1- dotyczące terminu składania ofert,
- w pkt 4 - dotyczące przekazanej aplikacji niezbędnej do przeprowadzenia zadania próbnego,
- w pkt 5 - dotyczące zmiany art. 12 wzoru umowy.

Podtrzymał zarzuty i żądania z pkt 2 i 3 petitum odwołania dotyczące zastrzeżenia kary umownej w przypadku nie osiągnięcia możliwości świadczenia usług w okresie przejściowym oraz zarzuty i żądania dotyczące mechanizmu zwielokrotniania kar umownych opisanego w załączniku nr 11 do projektu umowy pod tytułem „SLA i kary umowne”.

Uzasadniając zarzuty podtrzymane powołał argumentację powołaną w odwołaniu i złożonym piśmie procesowym dzieląc także stanowisko przedstawione przez Odwołującego SYGNITY S.A. jako kary rażąco wysokiej. Uwzględniając argumentację oraz biorąc pod uwagę, że prace wykonywane w okresie przejściowym nie są wynagradzane stwierdził, że uzasadnione jest żądanie wykreślenia postanowień dotyczących tych kar z okresu przejściowego. Stwierdził także, że Zamawiający ustalając treść siwz nie uwzględnił stanowisk i wniosków uczestników dialogu dotyczących planowanych kar umownych.

W odniesieniu do kar przewidzianych w załączniku nr 11 zauważył, że kary przewidziane w tym załączniku są racjonalne z wyłączeniem części końcowej zatytułowanej „Zwiększanie kar umownych”, w której przewidziano zwielokrotnianie kar do wielkości monstrualnych. Podzielił w tym zakresie argumentację Przystępującego Hewlett-Packard Polska zawartą w odwołaniu tego podmiotu (sygn. akt KIO 2131/11) oraz w złożonym piśmie procesowym, gdzie zawarto między innymi przykładowe wyliczenia kar umownych do których naliczenia uprawniony jest Zamawiający. Wskazał na niespójne stanowisko Zamawiającego, który określając funkcję kary umownej jako kompensacyjną jednocześnie dokonał znaczącej zmiany jej wysokości z 25% do 15% wynagrodzenia umownego, co zważywszy na wysokość wynagrodzenia stanowi bardzo istotną zmianę. Podtrzymując żądanie zmiany postanowień SIWZ, konsekwencją uwzględnienia zarzutu poprzez nakazanie wykreślenia postanowienia SIWZ (dotyczy odstąpienia od umowy i kar umownych w razie wypowiedzenia po okresie przejściowym) byłoby także konieczność zmiany umowy w art. 2 ust. 4 zdanie ostatnie oraz art. 12 ust. 2 pkt 1 oraz modyfikacja art. 12 ust. 6.

Stwierdził również, że złożenie oferty, a następnie zawarcie umowy z zachowaniem przyjętego przez Zamawiającego mechanizmu naliczania kar umownych prowadzić może do oceny działania przez takiego wykonawcy jako działania na szkodę spółki ze skutkami określonymi w prawie handlowym.

Sygn KIO 2131/11 - Odwołujący Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. wobec dokonanej modyfikacji postanowień SIWZ cofnął żądanie z pkt A odwołania dotyczące terminu składania ofert, pkt D dotyczące procedury obsługi zgłoszeń i pkt E dotyczące określenia wysokości wadium.

W pozostałym zakresie dotyczącym kar umownych po zakończeniu okresu przejściowego i mechanizmu zwielokrotniania kar umownych w toku wykonywania umowy, podtrzymał zarzuty i żądania odwołania.

Wskazał na argumentację zawartą w odwołaniu i złożonym piśmie procesowym wraz z przykładami wyliczenia kar umownych. Stwierdził, że nie kwestionuje kar umownych zastrzeżonych przez Zamawiającego w załączniku nr 11, lecz mechanizm ich zwielokrotniania (określając ten mechanizm jako „oscylator”) w razie zmiany poziomu jakości z zadawalającego na inny. Stwierdził operując przykładem, że nawet przy niewielkim błędzie obsługi pojedynczego zgłoszenia przy przekroczeniu określonego czasu realizacji może zostać obciążony karą umowną przekraczającą wysokość miesięcznego wynagrodzenia, co byłoby niewspółmierne w stosunku do ewentualnego uchybienia. Sytuacja taka miałaby miejsce przy obniżeniu poziomu jakości wskutek przekroczenia czasów reakcji i realizacji rozwiązania nawet o jedną minutę, gdyż mechanizm wielokrotnych kar umownych jest wywodzony wprost z poziomu jakości usług innego niż zdefiniowany jako zadawalający.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący posiadają interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia wskazanych przez nich przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz mających, na podstawie art. 14 ustawy pzp, przepisów prawa cywilnego. Wskazywane naruszenia przepisów prawa zwiększają zakres ryzyk wykonawcy, który mając interes w uzyskaniu zamówienia dokonuje racjonalnej oceny co do możliwości złożenia oferty w postępowaniu, a w wyniku wyboru jego oferty, zawarcia umowy i wykonywania umowy zawierającej sporne postanowienia.

Oceniając podniesiony w odwołaniach zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy pzp Izba stwierdza, że zamawiający nie naruszył tego przepisu. Przepis ustala zasadę równości oraz zasadę uczciwej konkurencji w zakresie przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie. Należy zauważyć, że zasada równości odnosi się na gruncie ustawy do sposobu traktowania przez zamawiającego wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie zaś do oceny relacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, w tym w zakresie praw i obowiązków stron wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego, której postanowienia zostały określone przez zamawiającego w siwz zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy. W rozpatrywanej sprawie wykonawcy, którzy złożyli odwołanie, nie udowodnili naruszenia art. 7 ustawy. W szczególności nie jest takim dowodem znana okoliczność faktyczna, że usługi analogiczne do stanowiących przedmiot zamówienia, świadczy obecnie konkretny wykonawca – przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie sygn. akt. KIO 2130/11 tj. Asseco Poland z siedzibą w Rzeszowie.

Istotą sporu w sprawie jest aktualna na dzień rozpatrywania treść postanowień siwz, w tym w wzorze umowy stanowiącego załącznik do specyfikacji, w zakresie przewidzianych kar

umownych. Odwołujący kwestionują karę umowną przewidzianą w przypadku nie osiągnięcia w okresie przejściowym gotowości do świadczenia usług, w zastrzeżenie na rzecz zamawiającego prawa dochodzenia kary umownej w wysokości 15% wynagrodzenia w związku z prawem wypowiedzenia umowy przez zamawiającego w takim przypadku. Wszyscy odwołujący oceniają tę karę jako rażąco wysoką z tym, że Odwołujący Sygnity S.A., w odróżnieniu od pozostałych odwołujących nie neguje ustalenia kary co do samej zasady.

Odwołujący w sprawach KIO 2130/11 i KIO 2131/11 kwestionują ponadto postanowienia dotyczące kar umownych zawarte w załączniku nr 11 pkt. 6 do umowy - SLA i kary umowne, zawarte w części końcowej zatytułowanej „Zwiększanie kar umownych”, gdzie przewiduje się iż w przypadku osiągnięcia innych poziomów jakości usług niż „zadowolający” (zdefiniowany w pkt 5 załącznika nr 11) kary umowne wskazane w części 6 ust. 2-4 będą naliczane za dany okres rozliczeniowy w wysokości dwu-, cztero- lub ośmiokrotnej w przypadku poziomu odpowiednio: obniżonego, niezadowolającego lub nieakceptowalnego. Dla porządku należy zauważyć, że wykonawcy nie kwestionują kar umownych w wysokości podstawowej, a właśnie mechanizm ich zwiększania polegający na zwielokrotnianiu nazywany również w toku postępowania „oscylatorem”.

Izba dokonała oceny wskazanych postanowień umowy biorąc także pod uwagę cel, jakiemu służy przedmiotowe zamówienie publiczne. Należy zauważyć, że zamówienia publicznego udziela się w ściśle określonym celu, co do zasady, dla zaspokojenia określonych potrzeb publicznych, co w szczególności w przedmiotowej sprawie jest poza sporem. Należy przy tym stwierdzić, że kształtowanie poszczególnych postanowień umownych nie jest działaniem dowolnym, a ich treść musi mieć oparcie w potrzebach zamawiającego, które mają zostać zaspokojone w wyniku postępowania. Izba podziela pogląd, że umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą być uznane w swym charakterze za umowy adhezyjne, a zatem zawierane w istocie na warunkach określonych przez zamawiającego, co wynika zarówno z uprawnienia ustawowego do ustalania ich treści, a w kontekście źródła tego uprawnienia, z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym.

Istotne warunki umowy zostały określone przez zamawiającego sformułowane w sposób jawny dla wszystkich wykonawców, przed upływem terminu składania ofert, zatem zamawiający nie dopuścił się nierównego traktowania wykonawców. Postanowienia umowy nie stoją w sprzeczności z uczciwą konkurencją między wykonawcami.

Oceniając sporne postanowienia siwz pod kątem zgodności z ze wskazanymi przez odwołujących przepisami kodeksu cywilnego, które znajdują zastosowanie na mocy art. 139 ustawy pzp oraz art. 14 ustawy należy zauważyć, że prawo zamówień publicznych ogranicza zasadę swobody umów określoną w art. 353¹ k.c. Można wskazać tu na uprawnienia

zastrzeżone na korzyść zamawiającego jak zabezpieczenie należytego wykonania umowy przez wykonawcę czy możliwość odstąpienia przez zamawiającego od umowy. Skład orzekający podziela w tym miejscu pogląd zawarty w wyroku Izby Sygn. akt: KIO 79/11, KIO 89/11, KIO 90/11 z 1 lutego 2011 r. iż zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzi częstokroć do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. W tym samym wyroku wskazano, że „Zamawiający może starać się zwiększyć odpowiedzialność wykonawców za należyte wykonanie zamówienia, obciążyć ich dodatkowym ryzykiem. Powyższe, o ile nie występują przesłanki wynikające z art. 353¹ k. c. (niezgodność umowy z właściwościami stosunku prawnego, ustawą oraz zasadami współżycia społecznego) nie uchybia zasadzie swobody umów, również z tego powodu, że wobec wymagań określonych w siwz, wykonawca może nie złożyć oferty na ustalonych przez zamawiającego warunkach. Jeśli natomiast wykonawca podejmuje decyzje o złożeniu oferty, winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową.” Zdaniem składu orzekającego odwołujący się wykonawcy nie wykazali, iż sporne postanowienia umowy naruszają wskazane przepisy kodeksu cywilnego.

Należy zauważyć, że niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zważywszy na tryb jego prowadzenia doprowadziło do pozytywnego wyselekcjonowania profesjonalnych wykonawców zaproszonych do składania ofert legitymujących się potwierdzonymi kwalifikacjami i zdolnych do wykonania tak skomplikowanego zamówienia. Wydaje się mało prawdopodobne, by wykonawca, który w wyniku pozytywnego wykonania zadania próbnego w ramach oceny złożonej oferty, nie był w stanie przygotować się w zaaprobowanym trzymiesięcznym okresie przejściowym do pełnego sprawnego świadczenia wszystkich usług objętych umową. Jednocześnie nieuzasadnione jest założenie, że obiektywnie pozytywnie zakończony okres przejściowy miałby nie zostać potwierdzony i zweryfikowany przez zamawiającego. Zakładając jednak, choćby hipotetycznie, sytuację odmienną, należy zauważyć, że jej negatywne następstwa w znaczącym stopniu dotkną zarówno zamawiającego, jak i wykonawcę. Skutki dla wykonawcy w postaci w postaci utraty spodziewanych zysków, ryzyko zapłaty kary umownej, a także ewentualność narażenia się przez niego na objęcie go postanowieniem art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy pzp wskazywano w toku postępowania. Inne rodzajowo następstwa, jednak również znacząco dotkliwe dotknęłyby również zamawiającego, który zostałby pozbawiony możliwości bieżącego realizowania istotnych zadań w interesie publicznej o niekwestionowanej znaczącej skali finansowej i liczbie uczestników w rozumieniu użytkowników systemu, jak i beneficjentów świadczeń Agencji. Za uzasadnione uznaje Izba stanowisko zamawiającego, który

wskazuje, że dla zapewnienia ciągłości zadań, zmuszony byłby do zawierania kontraktu na świadczenie usług o charakterze tymczasowym. Kontrakt taki, zawierany w trybie pilnym, niejako awaryjnym, jak wskazuje doświadczenie życiowe, może oznaczać konieczność wydatkowania środków pieniężnych wykraczających poza warunki rynkowe. W tym kontekście wątpliwa jest teza o mogącym nastąpić bezpodstawnym wzbogaceniu zamawiającego o kwotę kary umownej związanej z okresem przejściowym, niezależnie od kwestii zasadności powołania się w takiej sytuacji na instytucję bezpodstawnego wzbogacenia uregulowaną w art. 405 i n. kodeksu cywilnego.

Odwołujący nietrafnie zarzuca naruszenie przepisów kodeksu cywilnego przez ustalenie nadmiernych, nieadekwatnych do rodzaju naruszeń kar umownych. Kara umowna jest skutkiem niewykonania lub nienależytego wykonania w reżimie odpowiedzialności kontraktowej. W niniejszym postępowaniu zamawiający wskazał precyzyjnie przesłanki zastosowania kar umownych zarówno dotyczących odstąpienia od umowy, jak i ich obliczania w toku wykonywania umowy przy obniżeniu jasno zdefiniowanego poziomu jakości usług.

Izba nie neguje dolegliwości dla wykonawcy przedmiotowych kar umownych (kary z natury rzeczy są dotkliwe), zauważa jednak, że zasadniczą podstawą oceny ich zasadności winno być znaczenie danej czynności w kontekście należytego wykonywania zamówienia publicznego, w tym co do zachowania ustalonych i zaaprobowanych przez wykonawców terminów określonych jako parametry SLA (czasy reakcji i czasy rozwiązania) w odniesieniu do opisanych grup usług. Odwołujący nie wykazali, aby przekroczenie terminów skutkujące zmianą poziomu jakości z „zadowolającego” na niższy miały charakter nieistotny z punktu widzenia celu postępowania mającego bezpośrednie skutki dla interesu publicznego. Rozmiar zamówienia oraz jego znaczenie dla interesu publicznego stanowią w ocenie Izby dodatkowe przesłanki uzasadniające tak ustalenie kar umownych, jak i ich wysokość.

Izba przyznaje, że w świetle opisanego mechanizmu zwiększania kar umownych, nie można bezwzględnie wykluczyć zaistnienia sytuacji przedstawionej w spektakularnym przykładzie odwołującego Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., w której obniżenie poziomu usług z tytułu przekroczenia parametrów czasowych odniesie skutek w postaci kar umownych w danym miesiącu porównywalnych z przewidywanym wynagrodzeniem w tym miesiącu. Przeprowadzona symulacja jako oparta na skrajnych założeniach wydaje się jednak mało prawdopodobna co do zaistnienia w rzeczywistości. Należy w tym miejscu zauważyć, że wykonawcy wobec zaakceptowania opisanych oczekiwań w zakresie świadczenia usług o zdefiniowanych zakresach i przypisanych im poziomach priorytetów nie negują tych oczekiwań, co prowadzi do wniosku, że są w stanie im sprostać jako wysokiej klasy profesjonalści.

Można przy tym zauważyć, że kara umowna nie jest wyłącznie surogatem odszkodowania wskazując na jej cel prewencyjny mający skłonić wykonawcę do wykonania swego zobowiązania. W tym świetle stwierdzić należy, że uwzględnienie żądania skreślenia postanowień o karach umownych należnych w razie obniżenia poziomu jakości usług doprowadziłoby do pozbawienia zamawiającego jedynego instrumentu motywującego wykonawcę do świadczenia usług na poziomie oczekiwanym tj. zadowolającym. Wypada także zauważyć, że z samego zastrzeżenia kary umownej nie wynika wyłączenie prawa do miarkowania jej wysokości zgodnie z art. 484 § 2 k. c., a możliwość miarkowania kary umownej nie musi być przewidziana w umowie. Izba nie dopatrzyła się w spornym postanowieniu wyłączenia możliwości zmniejszenia wysokości kary umownej i uznaje dopuszczenie możliwości rokowania przez strony w przewidzianej umową procedurze negocjacyjnej zmniejszenia lub odstąpienia od żądania kary umownej w wypadku np. nieznacznosci poniesionej szkody, jak i jej ewentualnego rażącego wygórowania. Powyższe podlegać może również ocenie sądu w konkretnych okolicznościach ewentualnego sporu. Uwzględniając powyższe Izba nie dopatrzyła się w kwestionowanych postanowieniach umowy naruszenia przez zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniach.

W takim stanie rzeczy orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych. Uwzględniając postanowienia § 3 pkt 2 b 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: