

WYROK

z dnia 15 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2016 r. przez **Asseco Poland Spółkę Akcyjną w Rzeszowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **CA Consulting Spółka Akcyjna w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **odwołującego**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego – **Asseco Poland Spółkę Akcyjną w Rzeszowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Asseco Poland Spółkę Akcyjną w Rzeszowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego **Asseco Poland Spółki Akcyjnej w Rzeszowie** na rzecz **Skarbu Państwa – Ministra Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa - Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Usługi dotyczące Centralnego Systemu Informatycznego Zabezpieczenia Społecznego (CSIZS)

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 3 czerwca 2016 roku wykonawca Asseco Poland SA w Rzeszowie (dalej: odwołujący), *wniósł* odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy P.z.p. czynności zamawiającego, polegającej sformułowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: s.i.w.z.) oraz ogłoszenia o zamówieniu (dalej: ogłoszenie) z naruszeniem przepisów prawa.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 29 ust. 1, art. 91 ust. 1, 2 i 3 ustawy P.z.p., art. 353¹, 58 § 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p., art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. W ocenie odwołującego, naruszenie powyższych przepisów może doprowadzić w konsekwencji do naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji s.i.w.z. oraz ogłoszenia w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu, poprzez zmianę wskazanych zapisów s.i.w.z. i ogłoszenia w sposób wskazany w odwołaniu.

Odwołujący podniósł, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż wskazane w odwołaniu niezgodne z prawem postanowienia s.i.w.z. i ogłoszenia powodują, że odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty i tym samym utraci szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może zatem ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu. Gdyby nie sprzeczność z prawem objętych odwołaniem postanowień s.i.w.z. i ogłoszenia, odwołujący mógłby złożyć ofertę, uzyskać zamówienie - a następnie należycie realizować zamówienie. Ustalenie przez zamawiającego przedmiotowej treści s.i.w.z. uniemożliwia odwołującemu udział w postępowaniu.

Ponadto - w wyniku ww. naruszeń przepisów ustawy P.z.p. - może dojść do następczego unieważnienia postępowania - co także naraziłoby odwołującego na poniesienie szkody.

Odwołujący podniósł brak możliwości określenia wynagrodzenia za wykonanie usług rozwoju.

Zamawiający przewidział w § 2 ust. 1 pkt 1 oraz w § 5 świadczenie usługi rozwoju. Na usługę tę, zgodnie z § 5 ust. 1 składają się 4 różnego rodzaju modyfikacje:

1. zmiany wyszczególnione w Załączniku nr 2 rozdział 5,
2. zmiany prawne,
3. zmiany wynikające z potrzeb i wymagań funkcjonalnych Użytkowników,
4. zmiany wynikające z aktualizacji platformy sprzętowo - systemowej, upgrade oprogramowania, modernizacji platformy sprzętowo programowej, w tym zmian wprowadzanych w definicji interfejsu Usługi Wymiany Informacji przez gestora systemu zintegrowanego z CSZS.

Odwołujący stwierdził, że w s.i.w.z. brak jakichkolwiek informacji o zakresie tych modyfikacji - wymagań zamawiającego, ich złożoności, architekturze, wielkości, kosztochłonności. Pomimo iż nie zawarto w s.i.w.z. żadnych, nawet minimalnych informacji opisujących rozwój, zamawiający wymaga świadczenia takiej usługi za cenę wskazaną już w ofercie. Przy czym w przypadku usługi zmian wynikających z potrzeb i wymagań funkcjonalnych Użytkowników wykonanie zmian rozliczane będzie według rzeczywistej pracochłonności, na podstawie ilości roboczogodzin oszacowanych na podstawie przeprowadzonej analizy wymagań zamawiającego oraz stawki za osobogodzinę. Zaś w przypadku pozostałych 3 rodzajów modyfikacji wykonawca zobowiązany jest podać w ofercie zryczałtowaną cenę za ich wykonanie. Takie rozbieżności dwóch różnych sposobów obliczenia ceny wynika z § 9 ust. 2 pkt 1 i 2 Umowy.

Odwołujący wskazał, że nie jest możliwe na etapie sporządzenia oferty wycenienie tego typu usług modyfikacji. Wykonawca nie wie bowiem, ile modyfikacji do wykonania w danym okresie rozliczeniowym będzie konieczne, w szczególności nie jest możliwe do przewidzenia, jaka będzie skala zmian prawa w całym okresie obowiązywania Umowy. Tym samym zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 Ustawy.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający doskonale zdaje sobie sprawę z niemożności określenia na etapie oferty ceny za wykonanie w przyszłości nieokreślonych w s.i.w.z. modyfikacji systemu, czego dowodem jest fakt, że dla 1 z 4 modyfikacji zamawiający określił w SIWZ prawidłowy sposób podania ceny oferty, tj. wykonawca zobowiązany jest podać cenę za 1 roboczogodzinę.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. wykreślenia § 9 ust. 1 pkt 2 Umowy.
2. zmiany § 9 ust. 1 pkt 1 Umowy w taki sposób, aby obejmował on wszystkie usługi wskazane w § 5 ust. 1,
3. określenia w § 5 ust. 5 Umowy puli roboczogodzin dla wszystkich usług wskazanych w § 5 ust. 1, w następujący sposób:

„5. Na zmiany, o których mowa w ust. 1 pkt 1, 2, 3 i 4 przeznaczonych jest 20 000 roboczogodzin (słownie: dwadzieścia tysięcy).”

Odwołujący wskazał, że we wzorze Umowy Zamawiający zawarł następujące definicje:

„Awaria - sytuacja uniemożliwiająca funkcjonowanie i prawidłowe używanie CSISZ - powodująca jego unieruchomienie, spowodowana Uszkodzeniem lub utratą kodu systemu, struktur danych lub zawartości bazy danych”.

Odwołujący stwierdził, że powyższa definicja wskazuje, że Awarią jest każdy przypadek niefunkcjonowania systemu CSISZ w wyniku uszkodzenia lub utraty kodu systemu, struktur danych lub zawartości bazy danych, niezależnie od tego, jaka jest przyczyna uszkodzenia czy utraty. Jednocześnie Wykonawca zobowiązany jest za usuwanie Awarii, a za „opóźnienia usunięcia Awarii”, zgodnie z § 10 ust. 1 pkt 3) Umowy Wykonawca zobowiązany jest zapłacić bardzo wysoką karę umowną - tj. 2 % wynagrodzenia za jedną godzinę opóźnienia.

Odwołujący podniósł, że określenie zobowiązania Wykonawcy w zakresie usuwania Awarii stanowi element przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 29 ust. 1 Ustawy PZP zakres zamówienia powinien być opisany jednoznacznie i w sposób wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zatem definicja Awarii powinna być tak sformułowana, aby każda Wykonawca mógł wszystkie elementy wpływające na cenę oferty i taką cenę oferty skalkulować. Wykonawca może przewidzieć, a następnie wycenić, takie okoliczności, które są obiektywnie przewidywalne, które zależą od sposobu wykonywania przez Wykonawcę Umowy. Tymczasem w obecnym brzmieniu definicji Awarii Wykonawca musi usuwać także takie Awarie, które są spowodowane działaniami podmiotów niezależnych od Wykonawcy, w tym działaniami samego Zamawiającego. Bowiem Wykonawca zobowiązany jest usuwać Awarie w terminach określonych w Umowie także w przypadku, gdy utrata kody systemu czy zawartości bazy danych spowodowana jest działaniami pracowników Zamawiającego. A takie okoliczności

nie są do przewidzenia i Wykonawca nie może w żaden sposób wycenić kosztów usuwania takich Awarii, gdyż nie wiadomo, jak często miałyby one mieć miejsce.

Odwołujący wskazał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzające, że określenie przedmiotu zamówienia w sposób pełny i jednoznaczny jest obowiązkiem Zamawiającego, tj. wyrok z dnia 24 lutego 2012 r., sygn. KIO 302/12, wyrok z dnia 10 kwietnia 2012 r., sygn. KIO 550/12 i inne.

Odwołujący stwierdził, że skutek takiego nieostrego opisu przedmiotu zamówienia jest dla Odwołującego bardzo poważny - otóż wobec faktu, że s.i.w.z. nie określa w sposób zamknięty zakresu obowiązków wykonawcy (poprzez brak jednoznacznej i definicji Awarii), Odwołujący nie jest w stanie ani w sposób należyty sporządzić oferty, ani też nie jest w stanie wycenić swoich usług ani oszacować ryzyk związanych z realizacją zamówienia. Powoduje to, iż przy obecnym brzmieniu s.i.w.z. odwołujący w ogóle nie jest w stanie złożyć wiążącej i profesjonalnej oferty.

W ocenie odwołującego, wskazane zapisy s.i.w.z. naruszają także przepis art. 353¹ Kodeksu cywilnego, w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p. Gdyby przyjąć za uprawnione brak określenia przez zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób zamknięty, powodowałoby to, iż przedmiot umowy nie zostałby dookreślony, pozostawałby otwarty, a niewątpliwie przekracza to granice swobody umów, gdyż treść takiego stosunku prawnego sprzeciwiałaby się naturze tego stosunku, ustawie oraz zasadom współżycia społecznego. Oczywistym jest bowiem, że każda umowa powinna w sposób zamknięty i szczegółowy określać wszystkie istotne obowiązki stron. Tymczasem umowa zawarta na podstawie takiego s.i.w.z. nie określałaby tych obowiązków. Zakres obowiązków wykonawcy to *essentialia negotii* umowy o świadczenie usług, a zatem bez ich określenia umowa w ogóle nie może dojść do skutku. W ocenie odwołującego, umowa, w której zamawiający celowo nie określa w sposób należyty *essentialia negotii*, powinna zostać uznana za umowę zarówno sprzeczną z ustawą, jak i taką, której celem jest obejście prawa (obowiązku pełnego i należytego opisu przedmiotu zamówienia). Tym samym umowa taka zgodnie z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego jest nieważna z mocy prawa. Byłby to skutek dla zamawiającego bardzo poważny.

Zdaniem odwołującego, działanie zamawiającego mające na celu stworzenie otwartego zakresu obowiązków wykonawcy, może stać w sprzeczności z zasadą dokonywania wydatków publicznych wyrażoną w art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2013r., poz. 885).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany definicji w sposób następujący:

„Awaria - sytuacja uniemożliwiająca funkcjonowanie i prawidłowe używanie CSIZS - powodująca jego unieruchomienie, spowodowana uszkodzeniem lub utrata kodu systemu, struktur danych lub zawartości bazy danych spowodowane przez Wykonawcę”.

Odwołujący podniósł, że we wzorze Umowy Zamawiający zawarł następujące definicje:

„Błąd - niezgodne z Dokumentacją; wymaganiami Zamawiającego lub przepisami prawa działanie CSIZS, spowodowane w szczególności błędami w kodzie źródłowym, błędami algorytmów.”

W ocenie odwołującego, definicja Błędu obejmuje również działanie CS1Z niezgodne z przepisami prawa lub bliżej nieokreślonymi wymaganiami zamawiającego. W praktyce oznacza to zupełnie otwarty zakres definicji Błędu, co powoduje - jak w przypadku Awarii powyżej - niemożność określenia przez wykonawcę zakresu swojego zobowiązania, co uniemożliwia mu sporządzenie oferty - SIWZ nie zawiera wszystkich informacji mających wpływ na sporządzenie oferty m.in. wskazanych wymagań zamawiającego. Zdaniem odwołującego, przedmiotowa definicja została sformułowana niejasno i nieprecyzyjnie, co narusza art. 29 ust. 1 ustawy P.z.p., gdyż także zakres pojęcia Błąd stanowi element przedmiotu zamówienia. A zatem zakres zobowiązań wykonawcy odnośnie usuwania Błędów nie został przez zamawiającego w tym zakresie określony w sposób należyty - tj. w sposób wskazany w art. 29 ust. 1 ustawy P.z.p. Mamy zatem do czynienia z usługą, w zakresie świadczenia której nie zostały przez zamawiającego należycie określone obowiązki wykonawcy. Odwołujący wskazuje tutaj na argumentację wskazaną w pkt 1 uzasadnienia odwołania powyżej.

Odwołujący stwierdził, że s.i.w.z. nie wskazuje, że system CSIZS na dzień zawarcia umowy działa zgodnie z prawem. System CSIZS może bowiem na dzień zawarcia umowy być już niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa. Takie niezgodności z obowiązującym prawem, które istniały już w dacie zawarcia umowy, nie powinny być traktowane jako Błędy, a wykonawca nie powinien być zobowiązany do ich usuwania. Wykonawca może bowiem ponosić odpowiedzialność za własne działania, tj. za zgodność z prawem tych elementów Systemu CSIZS, które sam wykonał na podstawie umowy P.z.p.. Jeśli jednak zamawiający przekaze wykonawcy System CSIZS w wersji niezgodnej z prawem, to wykonawca nie powinien być zobowiązany do ich usuwania, pod rygorem kar umownych wskazanych w § 10 umowy i w ramach ceny ryczałtowej.

Odwołujący podniósł, że taka sama sytuacja zupełnie nieokreślonego elementu zobowiązania wykonawcy zachodzi w przypadku „wymagań Zamawiającego”. Otóż s.i.w.z. w ogóle nie określa, co należy rozumieć, przez wymagania zamawiającego. Zatem w toku realizacji umowy zamawiający jako swoje wymagania może wskazać cokolwiek. Także zatem w tym przypadku naruszone są przepisy prawa wskazane w punkcie 1 uzasadnienia, zaś odwołujący w pełni powołuje się na argumentację zawartą w tym punkcie. Wykonawca w celu sporządzenia oferty i oszacowania zakresu prac związanych z realizacją przedmiotu zamówienia musi poznać wymagania zamawiającego dotyczące przedmiotu świadczonej usługi już na etapie przygotowania oferty, muszą one w sposób szczegółowy i dookreślony podane w s.i.w.z. W tym wypadku zamawiający powinien zawrzeć w s.i.w.z. taką definicję wymagań, która w sposób zamknięty określałaby zobowiązania wykonawcy odnośnie usuwania Błędów polegającego na działaniu CSIZS niezgodnie z Wymaganiami.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. zmianę definicji w sposób następujący: „Błąd - niezgodne z Dokumentacją działanie CSIZS, spowodowane w szczególności błędami w kodzie źródłowym, błędami algorytmów.”,
2. wprowadzenie definicji Wymagań, określającej w sposób zamknięty listę wymagań Zamawiającego wobec systemu CSIZS. Odwołujący stwierdził, iż nie wskazuje konkretnych zapisów, które powinny być umieszczone w s.i.w.z., gdyż to do zamawiającego należy określenie Wymagań do Systemu CSIZS, byle takie określenie było zgodne z przepisami prawa,
3. wprowadzenie do s.i.w.z. oświadczenia zamawiającego, że System CSIZS jest zgodny z prawem na dzień zawarcia Umowy.
4. Załącznik nr 2 do s.i.w.z., Wzór umowy -§ 10 Odpowiedzialność, odpowiedzialność za opóźnienie

Odwołujący podniósł, że zamawiający ustanowił w § 10, iż wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kary umownej w przypadkach opóźnienia w wykonaniu wskazanych obowiązków umownych. Tym samym zamawiający zmodyfikował ogólną zasadę odpowiedzialności kontraktowej określoną w art. 471 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którą dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, gdy skutecznie ekskulpuje się, czyli wykaże, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynika z okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Odwołujący wskazał, że umowne rozszerzenie odpowiedzialności dłużnika dopuszczalne jest tylko zgodnie z przepisem art. 473 § 1 K.c. Zdaniem odwołującego, zamawiający naruszył regulację art. 473 § 1 K.c. (w związku z art. 14 i art. 139 ustawy P.z.p.) w przedmiotowym zapisie. Otóż rozszerzenie odpowiedzialności

zgodnie z art. 473 § 1 K.c., możliwe wyłącznie w przypadku wskazania w umowie „oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi”. Zgodnie z art. 471 K.c., dłużnik nie jest zobowiązany do naprawienia szkody, jeśli jest ona skutkiem okoliczności, za które nie ponosi dłużnik odpowiedzialności. A zatem nie ponosi odpowiedzialności, jeśli jest ona skutkiem działania osób trzecich, samego zamawiającego czy siły wyższej. Tymczasem zamawiający nie określił w przedmiotowym zapisie Umowy - wbrew regulacji art. 473 § 1 K.c. - tych konkretnych, oznaczonych okoliczności, na które odpowiedzialność miałyby być rozszerzona, której to odpowiedzialności zgodnie z ogólnymi zasadami odpowiedzialności kontraktowej wykonawca nie ponosi. Brak takiego wskazania powoduje, że umowne rozszerzenie odpowiedzialności kontraktowej staje się nieskuteczne. Należy zatem uznać, że brzmienie przedmiotowych zapisów nie jest działaniem zamierzonym przez zamawiającego, a to ze względu na fakt, że naruszałby art. 473 § 1 K.c.

W ocenie odwołującego przedmiotowy zapis narusza także zasadę ekwiwalentności świadczeń stron wynikających z umowy wzajemnej wyrażona w art. 487 § 2 K.c. (w związku z art. 14 i art. 139 Ustawy). Trudno tymczasem mówić o ekwiwalentności świadczeń w sytuacji, w której wykonawca, kalkulując cenę swojej oferty, nie jest w stanie odnieść jej do dającego się przewidzieć ryzyka wykonania Umowy oraz dającego się przewidzieć zakresu odpowiedzialności z tytułu nienależytego wykonania Umowy. A taka sytuacja zachodzi, gdyż - zgodnie z przedmiotowym zapisem - wykonawca ponosi odpowiedzialność za działania i zaniechania osób trzecich i zamawiającego, za których zgodnie z Kodeksem cywilnym odpowiedzialności nie ponosi. Co więcej, brak takiej ekwiwalentności stanowi także naruszenie art. 5 i art. 58 § 1 i 2 K.c. (w związku z art. 14 i art. 139 Ustawy), gdyż takie określenie przez zamawiającego zakresu odpowiedzialności wykonawcy jest sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa oraz sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Nie można bowiem uznać za zgodne z obowiązującymi zasadami nałożenie na wykonawcę konieczności ponoszenia odpowiedzialności w przypadku, gdy nie można mu przypisać winy.

Odwołujący powołał się na orzeczenia Sądu Najwyższego, w tym wyrok z dnia 20 marca 1968 r. II CR 419/67 oraz wyrok z dnia 27 września 2013 roku, sygnatura akt I CSK 748/12.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wykreślenia w § 10 w ustępach słowa „opóźnienie” i zastąpienie go odpowiednio słowem „zwłoka”.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w całym § 10 określającym wysokość kar umownych w żaden sposób nie ograniczył ich wysokości. Biorąc pod uwagę możliwość naliczania na podstawie Umowy kilku kar umownych, mechanizm ten wydaje się

niewspółmiernie surowy dla wykonawcy. Jakkolwiek swoboda umów pozwala na umieszczenie takich postanowień, to wykonawca, w szczególności, jeśli jest spółką giełdową, mającą zobowiązania wobec akcjonariuszy, musi rzetelnie wycenić ryzyko tak wysokich kar, wyceniając odpowiednio wysoko świadczone usługi. Wobec braku limitacji wysokości kar umownych nie jest właściwie możliwe wycenienie ryzyka związanego z takimi karami. A zatem wykonawca nie pozyskuje na podstawie postanowień s.i.w.z. wszystkich informacji, które są niezbędne do sporządzenia oferty-co narusza art. 29 ust. 1 Ustawy PZP.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wniósł o:

1. obniżenie wysokości kar umownych poprzez zmianę kary w wysokości 1% na 0,1%, a kary w wysokości 2% na 0.1%.
2. dodanie w § 10 ust. 4 o brzmieniu:

„4. Łączna wysokość kar umownych, o których mowa w ust 1 pkt 1-8. nie może przekroczyć 30% wynagrodzenia Wykonawcy należnego za okres rozliczeniowy, w którym zaistniały okoliczności uzasadniające naliczenie kary umownej”

Odwołujący podniósł, że w § 10 ust. 1 pkt 7 zamawiający sformułował obowiązek zapłacenia kary umownej także w przypadku bliżej nieokreślonego „dowolnego uchybienia w świadczeniu usług administrowania”.

Odwołujący wskazał, że w zakresie usług administrowania zamawiający zamieścił w s.i.w.z. szereg usług realizowanych „na żądanie” zamawiającego - przykładowo: przeprowadzenie testów wydajnościowych, instalacji poprawek oprogramowania WS02, Wykonanie instalacji i konfiguracji środowiska PI i CBB, zapewnienie poprawnej realizacji Usług Wymiany Informacji w tym wykonania testów itp. Zakres tych usług jest bardzo szeroki jednocześnie nie określono kryteriów definiujących „poprawność” ich realizacji - i tak może w praktyce zaistnieć problem z realizacją zadania update oprogramowania standardowego wykorzystywanego w systemie, a to ze względu na okoliczność, że ma być ona wykonana w terminie narzuconym przez zamawiającego, przy czym termin ten nie jest znany na etapie przygotowania oferty, ale zamawiający określa go dopiero na etapie realizacji umowy. Dodatkowo część zadań związana jest bezpośrednio ze świadczeniem usług rozwoju a nie administrowania systemem m.in. przeprowadzenie testów wydajnościowych CSIZS, wykonanie instalacji i konfiguracji środowiska PI i CBB, zapewnienie poprawnej realizacji Usług Wymiany Informacji w tym wykonania testów w przypadku, gdy gestorzy systemów udostępniających dane dla tych usług dokonają zmian na poziomie interfejsów komunikacyjnych, wsparcie zamawiającego w testach SD i S.C. i systemów zewnętrznych.

W ocenie odwołującego, kara w wysokości 1% wynagrodzenia, w połączeniu z nieokreślonym na etapie s.i.w.z. zakresem zobowiązania wykonawcy powoduje, że wykonawca nie może sporządzić oferty, gdyż s.i.w.z. nie zawiera wszystkich informacji, które umożliwiałyby sporządzenie takiej oferty.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wniósł o:

1. Nakazanie zamawiającemu określenie w s.i.w.z., co rozumiane jest przez „dowolne uchybienie w świadczeniu usług administrowania”.
2. Wskazanie kryteriów poprawnej realizacji zadania
3. Usunięcie z katalogu zadań realizowanych w ramach usług administrowania następujących zadań:
 - a. Pkt. 1.7 Wykonanie instalacji i konfiguracji środowiska PI i CBB,
 - b. Pkt. 1.9 Przeprowadzenie testów wydajnościowych CSIZS,
 - c. Pkt. 1.10 wsparcie Zmawiającego w testach SD i S.C. i systemów zewnętrznych,
 - d. Pkt. 1.12 Zapewnienie poprawnej realizacji Usług Wymiany Informacji w tym wykonania testów w przypadku, gdy gestorzy systemów udostępniających dane dla tych usług dokonają zmian na poziomie interfejsów komunikacyjnych.

Przystępujący poparł stanowisko odwołującego i wniósł o uwzględnienie odwołania.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 13 czerwca 2016 roku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający podkreślił, iż odwołujący podniósł w odwołaniu samodzielny zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy P.z.p., który stanowi, iż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (ust. 1), a zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp (ust. 3). Zamawiający zauważył, iż w orzecznictwie podnosi się, że samodzielny zarzut naruszenia przepisu art. 7 ustawy P.z.p. ma zbyt ogólny charakter i jako taki nie zasługuje na uwzględnienie. Samo powoływanie się na naruszenie ogólnych zasad wynikających z przepisu art. 7 ustawy P.z.p., bez podniesienia tego zarzutu w związku z innym, konkretnym przepisem ustawy P.z.p., sprawia, iż nie można mówić o skutecznie postawionym zarzucie. Powyższe odnosi się także do zarzutu naruszenia ust. 3 przedmiotowego przepisu.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisów Kodeksu cywilnego i ustawy o finansach publicznych, zamawiający podkreślił, że odwołanie przysługuje tylko od dokonania czynności lub zaniechania zamawiającego niezgodnych z przepisami ustawy P.z.p. Omawiany środek ochrony prawnej nie przysługuje, jeżeli wykonawca opiera odwołanie na naruszeniu przepisów innych niż ustawa P.z.p. lub akty wykonawcze wydane na jej podstawie.

Zamawiający wskazał, że odwołujący zarzut naruszenia przepisów Kodeksu cywilnego podniósł w związku z przepisem art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p., niemniej, przepisy te wskazują na stosowanie przepisów Kodeksu cywilnego tylko w sytuacji, gdy ustawa P.z.p. nie stanowi inaczej, a oczywistym jest, iż przepisy ustawy P.z.p. ograniczają/modyfikują zasadę swobody umów, na której rzekome naruszenie powołuje się odwołujący.

W zakresie zarzutu braku możliwości określenia wynagrodzenia za usługę rozwoju, zamawiający podniósł, że przedmiotowy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Usługa rozwoju została przez zamawiającego opisana w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny. Zgodnie z postanowieniem § 2 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy, na przedmiot umowy składają się usługi dotyczące CSZS w zakresie rozwoju. Zakres usług rozwoju został z kolei zdefiniowany w postanowieniu § 5 ust. 1 wzoru umowy, który stanowi, iż w ramach usługi rozwoju wykonawca zobowiązuje się dostarczać Zamawiającemu kolejne wersje CSZS zawierające modyfikacje wynikające ze:

- zmian wyszczególnionych w rozdziale 5 załącznika nr 2 do wzoru umowy; ~ ze zmian prawnych;
- z potrzeb i wymagań funkcjonalnych użytkowników;
- z aktualizacji platformy sprzętowo-systemowej.

W ocenie zamawiającego, nie znajdują uzasadnienia twierdzenia odwołującego jakoby zamawiający uchybił zasadom dokonania opisu przedmiotu zamówienia w zakresie charakterystyki usługi rozwoju i w zakresie przewidzenia za nie - w określonej części - wynagrodzenia ryczałtowego. Przede wszystkim zamawiający jednoznacznie wskazał, jakie elementy będą się składały na usługę rozwoju; elementami tymi są kolejne wersje systemu / modyfikacje. Zamawiający zdefiniował także katalog sytuacji - przyczyn wprowadzenia modyfikacji. Zamawiający podkreślił, iż katalog ten ma charakter zamknięty, a okoliczności w nim ujęte zostały opisane w sposób czytelny i zrozumiały - wykonawca jako profesjonalny uczestnik obrotu gospodarczego nie powinien mieć problemu z ich zrozumieniem.

Ponadto, biorąc pod uwagę charakter i istotę tych okoliczności, nie sposób oczekiwać od zamawiającego, aby ten szczegółowo określił - jak domaga się tego odwołujący - złożoność, architekturę, wielkość oraz kosztochłonność każdej modyfikacji. Przyczyny, dla których zamawiający będzie wnioskował o wprowadzenie modyfikacji, wykluczają przewidzenie z góry dokładnego zakresu poszczególnych modyfikacji, z zastrzeżeniem okoliczności, do których referuje rozdział 5 załącznika nr 2 do wzoru umowy.

Zamawiający stwierdził, że kolejną okolicznością, z której będzie wynikała modyfikacja, są zmiany prawne. Nie ulega wątpliwości, iż zamawiający nie jest w stanie z góry przewidzieć, czy i jakie zmiany w powszechnie obowiązujących przepisach zostaną wprowadzone i jakie nowe wymagania będą one stawały dla systemu. Powyższe nie wyklucza jednak zastosowania wynagrodzenia ryczałtowego. Istota wynagrodzenia ryczałtowego sprowadza się do tego, iż jest ono stałe i niezmienne, nawet w sytuacji, w której niemożliwe było przewidzenie rozmiarów i kosztów prac. W przedmiotowym zakresie to właśnie forma wynagrodzenia ryczałtowego w pełni zabezpiecza zobiektywizowane potrzeby zamawiającego, a w konsekwencji prowadzi do urzeczywistnienia interesu publicznego. Wynagrodzenie ryczałtowe za tego typu modyfikacje nie stanowi naruszenia przepisu art 29 ust. 1 ustawy P.z.p. Ustawa P.z.p. nie określa, za które konkretnie typy usług wykonawcy winno należeć się wynagrodzenie kosztorysowe, a za jakie wynagrodzenie ryczałtowe, pozostawiając tę decyzję do uznania zamawiającego.

Ponadto, w ocenie zamawiającego, wprowadzenie rozliczenia za roboczogodziny nie eliminuje ryzyk, na które wskazuje odwołujący. Nawet przy rozliczaniu w trybie roboczogodzin odwołujący nie będzie w stanie przewidzieć, ile modyfikacji i o jakiej złożoności będzie musiał wykonać. Nie jest zatem w stanie ustalić, jaką globalną kwotę wynagrodzenia ostatecznie z tego tytułu otrzyma. Należałoby raczej przyjąć, iż rozwiązaniem korzystniejszym dla wykonawcy jest wynagrodzenie ryczałtowe, które daje mu „stały dochód” w całym okresie rozliczeniowym, także wówczas, gdy nie zostały wykonane modyfikacje bądź liczba modyfikacji była niewielka, ewentualnie ich zakres nie cechował się dużą złożonością.

W ocenie zamawiającego, dla wykonawcy będącego profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, nie powinno stanowić trudności oszacowanie kosztochłonności usług modyfikacji, która co do zasady jest uwzględniana w większości, o ile nie we wszystkich, postępowaniach w przedmiocie świadczenia usług utrzymaniowych. Zamawiający podkreślił, iż precyzyjnie wskazał akty prawne, które na dzień wszczęcia postępowania regulują kwestie funkcjonalności i danych, które są gromadzone i przetwarzane w systemie, z podziałem na

obszary, których akty te dotyczą, co także potwierdza, iż nie doszło do naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 ustawy P.z.p.

W zakresie pozostałych modyfikacji objętych ryczałtem zamawiający podtrzymał odpowiednio stanowisko wyrażone powyżej.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieprawidłowego zdefiniowania pojęcia "Awaria" zamawiający wskazał, iż definicja Awarii jest spójna, logiczna i nie powinna budzić wątpliwości wykonawców działających w branży informatycznej. Definicji tej nie sposób odmówić przymiotu jednoznaczności i czytelności. Zamawiający określił, jakie stany stanowią Awarie - sytuacja uniemożliwiająca funkcjonowanie i prawidłowe używanie CS1ZS. Ponadto, w przedmiotowym zakresie wskazano dodatkowe kryterium kwalifikujące zaistniałą sytuację jako Awarię - kryterium tym jest skutek w postaci unieruchomienia systemu oraz przyczyna zaistniałej sytuacji: uszkodzenie lub utrata kodu, struktur danych lub zawartości bazy danych.

Zamawiający wskazał, że zdaniem odwołującego w definicji Awarii konieczne jest sprecyzowanie przyczyn uszkodzenia lub utraty, do których referuje definicja Awarii. Żądanie to jest co najmniej niezrozumiałe. Przyczyna uszkodzenia lub utraty jest w tym zakresie - z punktu widzenia zobiektywizowanych potrzeb zamawiającego oraz interesu publicznego - kwestią wtórną. Wykonawca na podstawie umowy będzie obowiązany do świadczenia usługi wsparcia użytkowników i administrowania oraz usuwania Awarii. Powyższe stanowi usługę *stricte* utrzymaniową. Ze swej istoty usługa ta ma prowadzić do niezakłóconego funkcjonowania systemu, bez względu na to, gdzie lub po czyjej stronie (poprzedni wykonawca, aktualny wykonawca, użytkownik) leży źródło Awarii. W związku z tym, iż w sprawie nie mamy do czynienia z usługą gwarancyjną, przy której usuwanie nieprawidłowości dotyczy tylko tych uchybień stanowiących wynik zaniedbań wykonawcy, nie znajduje obiektywnego uzasadnienia ograniczenie usuwania Awarii tylko do okoliczności związanych z wykonywaniem przez wykonawcę umowy, z pominięciem wad wynikłych z modyfikacji wprowadzanych przez dotychczasowego wykonawcę lub wad zgłaszanych już uprzednio dotychczasowemu wykonawcy.

Zamawiający wskazał, że w zakresie świadczenia usług utrzymaniowych to rolę wykonawcy pozostaje diagnozowanie przyczyn Awarii i sprawne ich eliminowanie. Tymczasem odwołujący zmierza do przerzucenia obowiązków w zakresie identyfikacji źródeł niedziałania lub nieprawidłowego działania systemu na zamawiającego, co wymagałoby zaangażowania - po stronie zamawiającego - dodatkowych środków finansowych i potencjału osobowego do realizacji zadań. Nadto, uwzględnienie postulatów odwołującego maksymalnie relatywizuje odpowiedzialność wykonawcy, a wręcz przerzuca na zamawiającego odpowiedzialność za nienależyte wykonywanie umowy utrzymaniowej.

Zamawiający wskazał, iż w zakresie zarzutu dotyczącego definicji Błędu odpowiednie zastosowanie znajdują rozważania z pkt IV. Zamawiający stwierdził, iż jest gospodarzem postępowania i bez wątplenia przysługuje mu prawo do takiego ukształtowania postanowień s.i.w.z., które zagwarantuje realizację jego zobiektywizowanych potrzeb. Zamawiający nie może modyfikować postanowień s.i.w.z. tylko dlatego, aby brzmienie po zmianie było bardziej korzystne dla konkretnego wykonawcy, kosztem uzasadnionych wymagań Zamawiającego, a w konsekwencji także kosztem interesu publicznego.

W zakresie zarzutów dotyczących kar umownych zamawiający podniósł, że dopuszczalne jest kumulowanie kar umownych zastrzeżonych za różne postacie nienależytego wykonania zobowiązania. Warto także podkreślić, iż „za dopuszczalne uznać należy zastrzeżenie w umowie uprawnienia wierzyciela do żądania kary w wypadku, gdy przyczyna niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania są okoliczności niezawinione przez dłużnika. Skuteczności takiej klauzuli przesądza zawłaszcza art. 473 § 1 k.c. dopuszczający możliwość modyfikacji ogólnych reguł odpowiedzialności dłużnika. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby dłużnik w takiej sytuacji przyjął na siebie również odpowiedzialność za wypadek”. Powyższe wyraźnie wskazuje na naturę kary umownej jako sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Nie ulega bowiem wątpliwości, że kara umowna ma spełniać funkcję represyjną - oczywistym jest, że jej zapłata ma stanowić określoną dolegliwość dla kontrahenta. W kontekście niniejszej sprawy należy także podkreślić funkcję stymulacyjną kary umownej - zastrzeżona kara powinna mobilizować do należytego wykonania zobowiązania. Stymulująco może działać wysokość ustalonej kary umownej, wybrany rodzaj kary (np. zaliczania), a także wzgląd na łatwość dochodzenia tego świadczenia (wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 27 lutego 2013r., sygn. akt: I ACa 99/13).

Zamawiający stwierdził, iż wysokość kar umownych jest kształtowana przez strony na zasadzie swobody umów. W odwołaniu natomiast podniesiono, iż zamawiający w sposób nieuprawniony odstąpił od zakreślenia górnego limitu kar, sugerując tym samym ich nadmierną wysokość. Zamawiający w odniesieniu do powyższego wskazał na następujące okoliczności. „Wysokość określonej stawki kary umownej sama w sobie przesądza o rażącym wygórowaniu kary umownej. Dopiero wynikająca z tej stawki i okresu opóźnienia wysokość (kwota) kary umownej może być uznana za rażąco wygórowaną przy zastosowaniu prawidłowego kryterium oceny. O rażącym wygórowaniu kary umownej mówić można zarówno wtedy, gdy zachwiana zostanie relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania a wysokością kary umownej zastrzeżonej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy z uwzględnieniem okresu opóźnienia, jak i wtedy (co jest zasadniczym kryterium miarkowania kary umownej z uwagi na jej rażące

wygórowanie) zachwiany został stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznanej szkody". Tym samym określenie, czy kara rzeczywiście jest wygórowana będzie możliwe dopiero po jej faktycznym naliczeniu. Dopiero znając wysokość kary (a także jej stosunek do wynagrodzenia czy też wysokości szkody), można stwierdzić, czy istnieje dysproporcja pomiędzy wysokością kary a interesem wierzyciela. Na wypadek zaistnienia takowej dysproporcji ustawodawca przewidział instytucję miarkowania kary, o której mowa w przepisie art. 484 § 2 Kc. Przedmiotowy mechanizm pozwala na ochronę interesów dłużnika. Do miarkowania może dojść tylko na żądanie dłużnika i tylko w drodze orzeczenia sądu.

W ocenie zamawiającego, twierdzenia odwołującego, iż model kar umownych przyjęty przez zamawiającego jest zbyt dotkliwy, nie znajdują żadnych podstaw. Za zasadnością dotychczasowych rozwiązań umownych w tym zakresie przemawiają także charakter przedmiotu zamówienia i waga postępowania dla zagwarantowania prawidłowego funkcjonowania zamawiającego i wypełniania stawianych przed nim zadań. Kara umowna wiąże się z jakimkolwiek przejawem niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Tymczasem odwołujący kwestionuje zastrzeżenie kary umownej za uchybienia w świadczeniu usług administrowania, sugerując, iż postanowienia s.i.w.z. w przedmiotowym zakresie nie posiadają waloru jednoznaczności. W ocenie zamawiającego, twierdzenia zawarte w odwołaniu nie znajdują żadnego uzasadnienia. Odpowiedzialność wykonawcy, oparta o mechanizm kar umownych określonych w postanowieniu § 10 ust. 1 pkt 7 wzoru umowy, została opisana w sposób jednoznaczny, czytelny i zrozumiały - ramy tej odpowiedzialności są jasno sprecyzowane.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż odwołujący przytoczył treść zakwestionowanych przez siebie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia zgodnie z ich brzmieniem zawartym w s.i.w.z. Sama treść tych postanowień nie jest pomiędzy stronami sporna.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Podczas rozprawy zamawiający podniósł, iż odwołujący nie ma interesu uzasadniającego możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej, ponieważ w odwołaniu

raz wskazywał, iż nie ma on możliwości złożenia oferty a innym razem - że cena oferty jest trudna do wyszacowania.

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego. Podkreślić należy, iż legitymacja do wniesienia odwołania służy każdemu podmiotowi, który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia. Wykonawca, który zamierza skorzystać ze środków ochrony prawnej, musi wykazać, że chce lub chciał uzyskać dane zamówienie publiczne, a zamawiający swoim działaniem lub zaniechaniem niezgodnym z przepisami ustawy P.z.p., albo pozbawił go możliwości uzyskania tego zamówienia, albo w sposób istotny je utrudnił, w wyniku czego wykonawca poniósł lub może ponieść szkodę.

W świetle definicji wykonawcy zawartej w art. 2 pkt 11 ustawy P.z.p., ocena interesu wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia lub ewentualnej szkody uwarunkowana będzie tym, czy odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę, który zamierza ubiegać się o udzielenie zamówienia, czy takiego, który już złożył ofertę.

Wykonawcy, którzy zamierzają ubiegać się o udzielenie zamówienia, najczęściej składają odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W odwołaniach kwestionowane są często zapisy dotyczące opisu przedmiotu zamówienia oraz postanowień przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Krąg osób uprawnionych do złożenia zamówienia na tym etapie jest bardzo szeroki. Uprawnienie to przysługuje bowiem wszystkim podmiotom, które odpowiadają definicji wykonawcy zawartej w art. 2 pkt 11 ustawy P.z.p. Wykazanie interesu w uzyskaniu zamówienia polegać będzie zatem jedynie na oświadczeniu wykonawcy, iż ma zamiar i potrzebę ubiegania się o dane zamówienie publiczne. Ponadto odwołujący powinien wskazać na poniesienie lub możliwość poniesienia szkody, naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy oraz związek przyczynowy pomiędzy wskazanym naruszeniem a szkodą.

Wskazywane naruszenia ustawy P.z.p. mogą zarówno uniemożliwić wykonawcy wzięcie udziału w postępowaniu, jak i je utrudniać. W ocenie Izby, wskazywane przez odwołującego naruszenia mogą być zakwalifikowane zarówno do pierwszej, jak i drugiej wskazanej grupy naruszeń.

Izba nie uwzględniła zarzutów dotyczącego braku możliwości określenia wynagrodzenia za wykonanie usług rozwoju. W ocenie Izby usługa ta została opisana w sposób precyzyjny. Zgodnie z postanowieniem § 2 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy, na przedmiot umowy składają się usługi dotyczące CSIZS w zakresie rozwoju. Zakres usług rozwoju został z kolei zdefiniowany w postanowieniu § 5 ust. 1 wzoru umowy, który stanowi, iż w ramach

usługi rozwoju wykonawca zobowiązuje się dostarczać Zamawiającemu kolejne wersje CSIZS zawierające modyfikacje wynikające ze:

- zmian wyszczególnionych w rozdziale 5 załącznika nr 2 do wzoru umowy; ~ ze zmian prawnych;
- z potrzeb i wymagań funkcjonalnych użytkowników;
- z aktualizacji platformy sprzętowo-systemowej.

Ponadto zamawiający jednoznacznie wskazał, jakie elementy będą się składały na usługę rozwoju; elementami tymi są kolejne wersje systemu / modyfikacje.

Analiza treści zarzutu wraz z żądaniami uzasadnia stwierdzenie, iż odwołujący kwestionuje formę ryczałtową wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy w części, o której mowa w § 5 ust. 1 pkt 1, 2 i 4, tj. 1. dostarczenie zamawiającemu kolejnych wersji CSIZS, które będą zawierały modyfikacje wynikające:

- ze zmian wyszczególnionych w rozdziale 5 załącznika nr 2 do umowy;
- ze zmian prawnych;
- z aktualizacji platformy sprzętowo-systemowej – upgrade oprogramowania, modernizacji platformy sprzętowo-systemowej, w tym zmian wprowadzonych w definicji interfejsu Usługi Wymiany Informacji przez gestora systemu zintegrowanego z CSIZS.

Zgodnie z art. 632 § 1 K.c., jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmując zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Zdaniem Sądu Najwyższego (wyrok SN z dnia 20 listopada 1998 r. sygn. akt II CKN 913/97), ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać wynagrodzenia wyższego.

Analiza treści art. 632 § 1 K.c. pozwala na wniosek, iż zawarcie umowy, w której przewidziano wynagrodzenie ryczałtowe, nie wymaga precyzyjnego określenia rozmiaru ani kosztów prac. Izba podziela stanowisko zamawiającego, iż zakres modyfikacji polegającej na uwzględnieniu zmian w prawie nie da się z góry przewidzieć. Stąd też zamawiający zdecydował się tu na formę wynagrodzenia ryczałtowego, gdyż to ono w pełni zabezpiecza jego interesy.

Podobnie należy ocenić zarzuty odwołania dotyczące niewłaściwego zdefiniowania "Błędu" i "Awarii". Zamawiający zdecydował się na takie definicje, kierując się własnymi potrzebami. Podkreślenia wymaga, iż zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego uzasadnione potrzeby. To zamawiający jako gospodarz postępowania określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel jaki zamierza osiągnąć. W ocenie Izby, zakwestionowane definicje nie naruszają prawa, w tym w szczególności art. 29 i nast. ustawy P.z.p. Zgodzić się należy z tym, iż obejmują one swym zakresem wiele przypadków i ewentualności, niemniej jednak wykonawca decydujący się na wzięcie udziału w postępowaniu, może i powinien uwzględnić je w kalkulacji ceny oferty.

Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia nie ma obowiązku opisywania przedmiotu zamówienia w sposób najbardziej dogodny dla ewentualnych wykonawców. Prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie odpowiada części wykonawcom, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem prawidłowego przeprowadzenia postępowania jest w takim przypadku wyeliminowanie sytuacji, w których dokonuje się opisu przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający udział w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję.

Podkreślenia wymaga, iż zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy doznaje w postępowaniu o udzielenie zamówienia pewnych ograniczeń. Wykonawca przed terminem złożenia ofert może składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może, lecz nie musi uwzględnić. Natomiast w przypadku, gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają, może do tego stosunku umownego – co jest jego fundamentalnym uprawnieniem – w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z umowy w sprawie zamówienia.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 353¹, art. 58 § 1 K.c. w zw. z 139 ust. 1 i art. 14 ustawy P.z.p. zarówno wobec stawek kar umownych, jak i za zakres okoliczności, w których mogą być one naliczane. Oceniając poszczególne postanowienia s.i.w.z., Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu. W szczególności Izba nie

widzi możliwości narzucania zamawiającemu, w jaki sposób ma być wykonywana jego umowa, bez konkretnych i pewnych podstaw prawnych w tym zakresie.

Zgodnie z art. 353¹ K.c., strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrejonalny kształtuje większość *essentialiae i incidentaliae negotii* przygotowując własną s.i.w.z.

Jak daleko posunięta jest swoboda stron w ułożeniu łączącego je stosunku prawnego, w niektórych aspektach wprost wskazują przepisy Kodeksu cywilnego, gdzie np. art. 473 § 1 stanowi, iż dłużnik może przez umowę przyjąć (a więc druga strona może oczekiwać, że przyjmie i uzależniać od tego możliwość zawarcia z nim umowy) odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.

Ponadto żadnej z kwestionowanych w treści odwołania kar umownych nie można uznać za nadmierną i godzącą w zasadę równego traktowania wykonawców. Kary umowne mają bowiem nie tylko charakter odszkodowawczy, lecz również prewencyjny, gdyż mają dyscyplinować wykonawców w trakcie realizacji umowy. Żadna z nich nie narusza także przepisów ustawy P.z.p. Odwołujący takiej okoliczności nie wykazał. Kary umowne, a także mechanizmy ich stosowania oraz miarkowanie zostały szczegółowo określone w kodeksie cywilnym. Tak więc strona niezadowolona z wysokości nałożonej kary umownej ma zawsze ustawowe prawo do domagania się ich miarkowania.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy P.z.p., odwołanie przysługuje wyłączenie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający był zobowiązany z mocy ustawy. Przez ustawę rozumiemy tu ustawę P.z.p. oraz akty wykonawcze wydane na jej podstawie. Kompetencja Izby obejmuje także orzekanie w zakresie naruszenia przez zamawiającego przepisów Kodeksu cywilnego, co wynika z przepisu art. 14 ustawy P.z.p. (tak: Sąd Okręgowy w Gdańsku, wyrok z dnia 17 lipca 2011 roku, sygn. akt XII Ga 314/11). Kompetencje orzecznicze Izby nie obejmują rozpoznawania naruszeń przepisów znajdujących się w innych aktach prawnych.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp,
czyli stosownie do wyniku postępowania.