

Warszawa, 12 listopada 2019 roku

DO:

Prezesa

Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Zamawiający: Lotnicze Pogotowie Ratunkowe

ul. Księżycowa 5

01-934 Warszawa

telefon: (22) 22-99-931/932

fax: (22) 22-99-933

adres e-mail: centrala@lpr.com.pl

**Odwołujący: Globema spółka z ograniczoną
odpowiedzialnością**

ul. Wita Stwosza 22

02-661 Warszawa

telefon: +48 22 848 73 13

adres e-mail: sales@globema.pl

*dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego
pn.: „Rozbudowa, świadczenie usług rekonfiguracyjnych i zapewnienie działania
Aplikacji Systemu Wspomagania Dowodzenia Państwowego Ratownictwa Medycznego
(SWD PRM)”, numer referencyjny: ZP/9/X/2019; ogłoszenie opublikowane w
Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 października 2019 roku*

ODWOŁANIE

W imieniu spółki pod firmą: **Globema spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** w
siedzibą w Warszawie, adres: ul. Wita Stwosza 22, 02-661 Warszawa, wpisanej do rejestru
przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w

Warszawie, XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS: 0000024100, kapitał zakładowy: 200.000,00 zł, NIP: 5212743872 (zwanej dalej jako „**Odwołujący**”),

działając na podstawie przepisu art. 179 ust. 1 w związku z przepisem art. 180 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - *Prawo zamówień publicznych* (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 z późniejszymi zmianami) (zwanej dalej jako „**Ustawa**”),
wnosząc niniejszym:

o d w o ł a n i e

od niezgodnej z przepisami Ustawy czynności podjętej przez samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej pod nazwą: **Lotnicze Pogotowie Ratunkowe** z siedzibą w Warszawie, adres: ul. Księżycowa 5, 01-934 Warszawa, wpisany do rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej Krajowego Rejestru Sądowego przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie, XIII Wydział Gospodarczy Krajowego rejestru Sądowego, pod numerem KRS: 0000144355, NIP: 5222548391 (zwanej dalej jako „**Zamawiający**”)

polegającej na sformułowaniu postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia obowiązującej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „**Rozbudowa, świadczenie usług rekonfiguracyjnych i zapewnienie działania Aplikacji Systemu Wspomagania Dowodzenia Państwowego Ratownictwa Medycznego (SWD PRM)**”, numer referencyjny: ZP/9/X/2019 (zwanego dalej jako „**Postępowanie**”), (zwanym dalej jako „**SIWZ**”), prowadzonego z zastosowaniem regulacji dla zamówień o wartości większej niż kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Ustawy, z naruszeniem przepisów prawa, a mianowicie:

- a) postanowienia **punktu 5.2.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia** (stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ, zgodnie z § 25 pkt 2 SIWZ), zatytułowanego „Wymagania w zakresie usług rekonfiguracyjnych SWD PRM”, w zakresie wymagania oznaczonego kodem WKR.10 - podnosząc zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 Ustawy, jak również przepisu art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z przepisami art. 14 i art. 139 ust. 1 Ustawy - poprzez naruszenie zasady jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, jak również poprzez nieuzasadnione uprzywilejowanie Zamawiającego jako strony zawieranej umowy o udzielenie zamówienia;
- b) postanowień **punktu 4 Opisu Przedmiotu Zamówienia** (stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ, zgodnie z § 25 pkt 2 SIWZ), zatytułowanego „Harmonogram”, w zakresie wskazanych w nim terminów i dat na realizację poszczególnych modułów i etapów przez wykonawcę -



podnosząc zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 Ustawy, jak również przepisu art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego w związku z przepisami art. 14 i art. 139 ust. 1 Ustawy - poprzez naruszenie zasady jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, jak również poprzez formułowanie w postanowieniach SIWZ zobowiązań wykonawcy, które stanowią świadczenie niemożliwe do wykonania;

- c) postanowień **§ 20 ust. 2 - 15 Istotnych Postanowień Umowy** (stanowiących Załącznik nr 3 do SIWZ, zgodnie z § 25 pkt 3 SIWZ) - podnosząc zarzut naruszenia przepisu art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z przepisami art. 14 i art. 139 ust. 1 Ustawy - poprzez zastrzeżenie kar umownych na rzecz Zamawiającego w wysokości rażąco wysokiej względem sankcjonowanego naruszenia, oderwanej od wartości potencjalnej szkody Zamawiającego, co prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy, co w konsekwencji wykracza poza dopuszczalne granice swobody umów;
- d) postanowienia **§ 20 ust. 16 w związku z postanowieniem § 22 ust. 2 Istotnych Postanowień Umowy** (stanowiących Załącznik nr 3 do SIWZ, zgodnie z § 25 pkt 3 SIWZ) - podnosząc zarzut naruszenia przepisów art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego, 484 § 2 Kodeksu cywilnego, art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z przepisem art. 139 ust. 1 Ustawy - poprzez zastrzeżenie w ww. postanowieniach Istotnych Postanowień Umowy klauzul uprawniających Zamawiającego do naliczania podwójnej kary umownej za to samo zdarzenie, co powoduje, iż przekroczono granicę swobody umów i obarczono wykonawcę zbyt dużym ryzykiem związanym z niezachowaniem obowiązków umownych, oraz zastrzeżono kary umowne nieadekwatne do wartości potencjalnej szkody, co prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy oraz wskazuje na nadużycie pozycji Zamawiającego jako strony samodzielnie konstruującej stosunek prawny.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wnosi niniejszym o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji zapisów SIWZ w poniższym zakresie, poprzez zmianę zaskarżonych zapisów w następujący sposób:

- 1) dokonanie modyfikacji postanowień SIWZ poprzez (i) usunięcie w punkcie 5.2.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia (stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ, zgodnie z § 25 pkt 2 SIWZ), zatytułowanego „Wymagania w zakresie usług rekonfiguracyjnych SWD PRM”, wymagania oznaczonego kodem WKR.10 w całości, jako niezgodnego z przepisami Ustawy; zaś w razie nieuwzględnienia powyższego żądania poprzez (ii) dokonanie zmian w ramach ww. wymagania oznaczonego kodem WKR.10, skutkujących: (a) zawężeniem listy podmiotów zewnętrznych oraz utworzeniem katalogu zamkniętego takich podmiotów do biegłych z dziedziny szacowania złożoności oprogramowania z listy biegłych sądowych prowadzonej przez Prezesa

Sądu Okręgowego w Warszawie oraz rzeczoznawców z Izby Rzeczoznawców Polskiego Towarzystwa Informatycznego, jak również (b) usunięciem zdania ostatniego ww. wymagania oznaczonego kodem WKR.10;

- 2) dokonanie modyfikacji postanowień SIWZ poprzez modyfikację w punkcie 4 Opisu Przedmiotu Zamówienia (stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ, zgodnie z § 25 pkt 2 SIWZ), zatytułowanego „Harmonogram”, terminu na realizację modułów składających się na Etap 2 w następujący sposób: zmianę terminu „od dnia odbioru Etapu 1 do dnia 31 października 2019 roku” na termin „okres dziewięciu miesięcy od dnia odbioru Etapu 1, z tym zastrzeżeniem, że dla „Modułu Apteka” oraz „Modułu NFZ” okres ten wynosi 12 miesięcy”;
- 3) dokonanie modyfikacji postanowień SIWZ poprzez modyfikację w następujących postanowieniach Istotnych Postanowień Umowy (stanowiących Załącznik nr a do SIWZ, zgodnie z § 25 pkt 2 SIWZ) polegających na obniżeniu wartości zastrzeżonych kar umownych:
 - § 20 ust. 2 Istotnych Postanowień Umowny - obniżenie do 0,05 % wynagrodzenia brutto określonego w § 11 ust. 1 pkt. 1;
 - § 20 ust. 3 Istotnych Postanowień Umowny - obniżenie do 200 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;
 - § 20 ust. 4 Istotnych Postanowień Umowny - obniżenie do 20 % wynagrodzenia brutto określonego za dane Zlecenie;
 - § 20 ust. 5 Istotnych Postanowień Umowny - obniżenie do 10 % wynagrodzenia brutto (należnego mu wynagrodzenia z tytułu realizacji) danego Zlecenia;
 - § 20 ust. 6 Istotnych Postanowień Umowny - obniżenie do 1 % wynagrodzenia brutto za dane Zlecenie;
 - § 20 ust. 7 Istotnych Postanowień Umowny - obniżenie do 0,0033 % wynagrodzenia brutto określonego w § 11 ust. 1 pkt. 1;
 - § 20 ust. 8 Istotnych Postanowień Umowny - obniżenie do 500 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;
 - § 20 ust. 9 Istotnych Postanowień Umowny - obniżenie do 350 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;
 - § 20 ust. 10 Istotnych Postanowień Umowny - obniżenie do 100 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;
 - § 20 ust. 11 Istotnych Postanowień Umowny - obniżenie do 100 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;
 - § 20 ust. 12 Istotnych Postanowień Umowny - obniżenie do 500.000,00 zł;
 - § 20 ust. 13 Istotnych Postanowień Umowny - obniżenie do 100 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;



- § 20 ust. 14 Istotnych Postanowień Umowny - obniżenie do 250 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;
 - § 20 ust. 15 Istotnych Postanowień Umowny - obniżenie do 1000 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;
- 4) dokonanie modyfikacji postanowień SIWZ poprzez usunięcie w całości postanowienia § 20 ust. 16 Istotnych Postanowień Umowy (stanowiących Załącznik nr a do SIWZ, zgodnie z § 25 pkt 2 SIWZ).

Odwołujący oświadcza, że posiada interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania, stosownie do dyspozycji przepisu art. 179 ust. 1 Ustawy. Należy zauważyć, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Ustawy interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Objęta niniejszym odwołaniem czynność Zamawiającego uniemożliwia, a co najmniej w znacznym stopniu ogranicza oraz utrudnia Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia w Postępowaniu. Ponadto objęta niniejszym odwołaniem czynność prowadzi do możliwości poniesienia szkody przez Zamawiającego, która polega na uniemożliwieniu mu złożenia oferty i ubieganiu się o zamówienie oraz jego uzyskanie - dążąc do uzyskania zamówienia w Postępowaniu Odwołujący się musiałby dokonać akceptacji postanowień SIWZ, a mianowicie istotnych postanowień umownych), w sposób niezgodny z przepisami Ustawy, powoduje sytuację, w której Odwołujący, chcąc ubiegać się o udzielenie zamówienia, a tym samym chcąc złożyć ofertę w Postępowaniu, musiałby mieć na uwadze perspektywę zawarcia w razie dokonania wyboru jego oferty przez Zamawiającego, umowy o udzielenie zamówienia publicznego niezgodnej z przepisami prawa. A zatem Odwołujący się ma interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż sprzeczna z przepisami Ustawy czynność Zamawiającego w sposób negatywny oddziałuje na możliwości udziału Odwołującego w Postępowaniu.

Termin do wniesienia niniejszego odwołania, tj. termin 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, zgodnie z przepisem art. 182 ust. 2 pkt. 1 Ustawy, został zachowany przez Odwołującego się, gdyż ogłoszenie o powyższym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 października 2019 roku, jak również Zamawiający udostępnił również SIWZ wraz z innymi dokumentami dotyczącymi Postępowania na swojej stronie internetowej w dniu 30 października 2019 roku.

Odwołujący oświadcza, że - stosownie do dyspozycji przepisu art. 180 ust. 5 Ustawy - przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania (dowód przekazania znajduje się w załączeniu do niniejszego odwołania).

Ponadto Zamawiający oświadcza, że wpis od niniejszego odwołania w kwocie 15.000,00 zł został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych (potwierdzenie dokonania przelewu znajduje się w załączeniu do niniejszego odwołania).

UZASADNIENIE

Zamawiający dokonał ogłoszenia prowadzeniu Postępowania przez jego publikację w witrynie TED z datą 30 października 2019 roku, Dz. U. 2019/S 210-513681:

<https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:513681-2019:TEXT:PL:HTML&src=0&tabId=0>.

Ponadto Zamawiający w dniu 30 października 2019 roku udostępnił również SIWZ wraz z innymi dokumentami dotyczącymi Postępowania na swojej stronie internetowej pod następującym adresem: <https://www.lpr.com.pl/pl/numer-postepowania-zp-9-x-2019/#post-content>.

Termin na składanie ofert w Postępowaniu to 12 grudnia 2019 roku, a zatem termin ten nie minął jeszcze w dniu składania niniejszego odwołania.

Ad. zarzut a)

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

Zdaniem Odwołującego przytoczone powyżej postanowienie Opisu Przedmiotu Zamówienia narusza przepisy art. 29 ust. 1 Ustawy, zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Odwołujący podnosi, że tak sformułowane jednostronne uprawnienie Zamawiającego do wyboru dowolnego podmiotu zewnętrznego, który w sposób wiążący dla Wykonawcy określi termin oraz pracochłonność lub liczbę punktów funkcyjnych związanych ze

złożonością planowanej Modyfikacji Systemu powoduje, że *de facto* przedmiot zamówienia jest niedookreślony. Brak jest bowiem jakichkolwiek informacji i danych potrzebnych dla Odwołującego (oraz każdego oferenta ubiegającego się o udzielenie zamówienia w Postępowaniu) do oszacowania ryzyka i oceny, czy możliwe będzie skalkulowanie rzetelnej oferty uwzględniającej prawdopodobieństwo wystąpienia określonych zobowiązań umownych.

Dodatkowo podnieść należy, że wskazane powyżej postanowienie Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowi nieuzasadnione uprzywilejowanie Zamawiającego, co jest naruszeniem art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z przepisami art. 14 i art. 139 ust. 1 Ustawy. Zgodnie z tym wymaganiem bowiem, to Zamawiający jednostronnie decyduje o istotnych warunkach realizacji zleconych zadań przez wybranego wykonawcę, gdyż decyduje nie tylko o czasie realizacji takiego zlecenia, ale również o całokształcie kosztów ponoszonych przez takiego wykonawcę w związku z realizacją zlecenia. Przecież to Zamawiający może samodzielnie podjąć arbitralną decyzję o czasie wykonania zlecenia, jak również o konieczności poniesienia przez wykonawcę kosztów ekspertyzy niezależnego eksperta. Taka dowolność w kształtowaniu zobowiązań umownych. Zgodnie z obecnymi zapisami Zamawiający jest uprawniony zwrócić się do dowolnej firmy zewnętrznej, w tym do bezpośrednich konkurentów wykonawcy – o określenie w/w warunków, zaś wykonawca staje się związany takimi warunkami. Z uwagi na fakt, iż głównymi kwestiami spornymi są w takich przypadkach pracochłonność bądź liczba punktów funkcyjnych (związana głównie ze złożonością modyfikacji) i realny czas niezbędny na wykonanie zadania, które przekładają się bezpośrednio na wynagrodzenie należne wykonawcy, dla obu stron niezwykle istotne jest, by opinia w tym zakresie była jak najbardziej obiektywna.

Obecny zapis tego nie gwarantuje, a dodatkowo istotnie zwiększa ryzyko po stronie wykonawcy, który nie ma żadnej pewności co do tego czy może liczyć na wynagrodzenie odpowiadające faktycznemu nakładowi pracy i jej złożoności – czy też zostanie ono zaniżone – w szczególności w wyniku działań podmiotu konkurencyjnego.

Ad. zarzut b)

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

W szczególności Zamawiający zastrzegł, że zupełnie nierealny oraz niemożliwy, biorąc pod uwagę obiektywne przesłanki takie, jak realny czas potrzebny każdemu przedsiębiorcy z branży informatycznej, na wykonanie świadczeń objętych Etapem 2, co wynika przede wszystkim ze wskazaniem przez Zamawiającego daty sztywnej (tj. okresu od dnia odbioru Etapu 1 do dnia 31 października 2019 roku). Takie określenie daty końcowej na realizację Etapu 2 powoduje, że

należyte wykonanie wszystkich świadczeń składających się na Etap 2 w ww. terminie będzie technicznie niemożliwe z przyczyn niezależnych zupełnie od wykonawcy. Powyższe ryzyko wzrasta w szczególności w sytuacji, gdy rozstrzygnięcie Postępowania nastąpi - również z przyczyn leżących poza wykonawcą - w pierwszym kwartale 2020 roku. W ocenie Odwołującego Zamawiający precyzyjnie opisując przedmiot zamówienia, zgodnie z wytycznymi zawartymi w przepisie art. 29 ust. 1 Ustawy, powinien przewidywać wszelkie okoliczności, nie zastrzegając jednocześnie sztywnej daty na ukończenie wykonania określonych zadań przez wykonawcę, obarczając go wyłącznie ryzykiem, że jego świadczenie okaże się niemożliwe do wykonania w wymaganym czasie.

Co więcej powyższe argumenty i uwagi odnoszą się do wszystkich modułów w ramach Etapu 2 i ich terminów realizacji, jednak niektóre z nich budzą szczególne wątpliwości Odwołującego pod kątem braku obiektywnej możliwości dochowania terminów wynikających z tego harmonogramu przez każdego przeciętnego wykonawcę.

Przede wszystkim Odwołujący pragnie wskazać, że „Moduł Apteka”, stanowi zaawansowany system gospodarki magazynowej leków, który zgodnie z wymaganiami Zamawiającego powinien być dostosowany do specyfiki działania systemu Państwowe Ratownictwo Medyczne, do obowiązujących przepisów prawa, jak również do skomplikowanego systemu uprawnień obowiązującego w systemie o zasięgu ogólnopolskim. Zarówno termin przewidziany na analizę, jak i na wykonanie ww. modułu jest stanowczo za krótki. Przy założeniu

Ponadto Odwołujący wskazuje, że w przypadku „Modułu NFZ” samo testowanie po stronie wykonawcy, niezbędne celem należytego wykonania zobowiązania, należy przeznaczyć okres co najmniej półtora miesiąca ze względu na konieczność dokonywania integrację z obcym systemem, która co do zasady zawsze jest bardziej skomplikowana, a tym samym bardziej czasochłonna.

Warto wspomnieć również, że zgodnie z harmonogramem zawartym w omawianym pkt 4 Opisu Przedmiotu Zamówienia, do wykonania pozostaje w tym samym czasie równolegle kilka modułów, a mianowicie: (i) Moduł Planisty będący zaawansowanym systemem układania grafików dyżurów zgodny z obowiązującymi przepisami prawem pracy, uwzględniający różne formy zatrudnienia ratowników i dyspozytorów medycznych, jak też (ii) Moduł Koordynatora, który jest przeznaczony dla wielu kategorii użytkowników modułu dający wgląd w bieżącą sytuację związaną z obsługą zgłoszeń alarmowych, a także (iii) Moduł dla dyspozytora Lotniczego Pogotowia Ratunkowego oraz Moduł mobilny dla Lotniczych Zespołów Ratownictwa Medycznego. Moduły powyższe nie są zupełnie niezależne i wykonanie należytej analizy przez wykonawcę, biorąc w szczególności całokształt wymagań Zamawiającego, wymaga koordynacji pomiędzy zespołami analitycznymi, tak aby wynikiem finalnym był spójnie i poprawnie działający system.

Ad. zarzut c) i d)

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

Podnieść należy, że przy ocenie, czy zastrzeżona kara umowna jest rażąco wygórowana, uwzględnienia się m. in. relację między wysokością zastrzeżonej kary umownej a wysokością wynagrodzenia należnego stronie zobowiązanej do zapłaty kary umownej. Za zasadnicze jednak kryterium tej oceny uznaje się stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości szkody doznanej przez wierzyciela (tak przykładowo w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 11 października 2016 roku, sygn. akt I ACa 1673/15).

Odwołujący pragnie również zastrzec, że również zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej instytucja zamawiająca, która kształtuje ramy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie może kreować zapisów umowy jedynie zgodnie ze swoim wyobrażeniem, w sposób arbitralny i dowolny. Nie jest uprawnione obarczanie wykonawcy niewspółmiernie wysokim ryzykiem, jakie wiąże się z realizacją zamówienia wobec ryzyka, które obciąża zamawiającego. W szczególności wskazania wymaga, że rażąco wysoka kara umowna, która na dodatek może być zdublowana, to błąd specyfikacji istotnych warunków zamówienia - tak przykładowo orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 06 czerwca 2018 roku (sygn. akt KIO 980/18, KIO 983/18). Stąd biorąc pod uwagę liczbę zastrzeżonych kar umownych, ich znaczne kwoty (niewspółmierne do wartości wynagrodzenia za tego typu świadczenia objęte umową, jak też wysokości szkody możliwej do poniesienia przez Zamawiającego na skutek naruszeń po stronie wykonawcy), fakt ich zastrzeżenia wyłącznie na rzecz Zamawiającego, a także łączenie uprawnienia do żądania zapłaty kary umownej z uprawnieniem do zlecenia zastępczego na koszt Wykonawcy (tak jak np. w postanowieniu § 20 ust. 5 Istotnych Postanowień Umowy),

powoduje, że żądanie Odwołującego się w zakresie modyfikacji postanowień SIWZ w zakresie kar umownych jest w pełni uzasadnione.

Dodatkowo, również niezgodnym z Ustawą oraz przepisami Kodeksu cywilnego (przepisami art. przepisów art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego, 484 § 2 Kodeksu cywilnego, art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z przepisem art. 139 ust. 1 Ustawy), jest zastrzeżenie przez Zamawiającego kary umownej w postanowieniu § 20 ust. 16 Istotnych Postanowień Umowy. Zgodnie z ww. postanowieniem, w przypadku odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego w całości lub w części z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, lub odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę z przyczyn nieleżących po stronie Zamawiającego, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 15 % łącznego wynagrodzenia brutto określonego w § 11 ust. 1 Umowy. Mając na uwadze treść bardzo ogólnego sformułowania przesłanki do odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego w postanowieniu § 22 ust. 2 Istotnych Postanowień Umowy, określonej jako przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy, jak również przesłanki do zapłaty poszczególnych kar umownych zastrzeżonych postanowieniami § 21 ust. 2 - 15 Istotnych Postanowień Umowny, Zamawiający jest uprawniony - zgodnie z kwestionowanymi przez Odwołującego się postanowieniami SIWZ - do obciążania wykonawcy dwoma różnymi karami umownymi przewidzianymi za to samo zdarzenie.

Mając na uwadze powyższe argumenty, niniejsze odwołanie zasługuje na uwzględnienie, a zatem w imieniu Odwołującego wnoszę, jak na wstępie.

PREZES ZARZĄDU

dr inż. Marek Gondzio

Marek Gondzio

Prezes Zarządu

GLOBEMA Sp. z o.o.

ul. Wita Stwosza 22, 02-661 Warszawa

tel.: (22) 848 73 13, fax (22) 848 68 83

NIP: 521-27-43-872, Regon: 012910661

Załączniki:

- dowód wniesienia wpisu od niniejszego odwołania;
- dowód przesłania kopii niniejszego odwołania do Zamawiającego;
- informacja z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dotycząca Odwołującego potwierdzająca sposób jego reprezentacji.