

Warszawa, dnia 12 listopad 2019 r.

Do:
Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Odwołujący: S&T Services Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa, e-mail: przetargi@snt.pl,
tel. 22 535 95 00, fax: 22 535 95 97

Zamawiający: Lotnicze Pogotowie Ratunkowe
ul. Księżycowa 5, 01-934 Warszawa
tel. (22) 22 99 931, fax: +48 (22) 22 99 933
e-mail: dzp@lpr.com.pl, centrala@lpr.com.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, zamówienie opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 30 października 2019 r. pod numerem Dz. U. 2019/S 210-513681 (dalej: „Postępowanie”).

ODWOŁANIE

wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz Ogłoszenia o zamówieniu

Działając w imieniu S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”), na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) (dalej: „PZP”), niniejszym:

- I. wnoszę odwołanie wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) oraz Ogłoszenia o zamówieniu w zakresie:

1. TERMIN ROZPOCZĘCIA REALIZACJI ZAMÓWIENIA [Zarzut #1]

- a. §8 pkt 1 SIWZ oraz pkt 4 ppkt 1 (wers 1 tabeli) Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ w zakresie zastrzeżenia rozpoczęcia realizacji usług utrzymaniowych już od dnia 1 stycznia 2019 r., tj. „zapewnienie działania Aplikacji SWD PRM oraz udzielenie gwarancji w tym usuwanie awarii powstałych w trakcie eksploatacji Systemu”

zarzucam naruszenie:

- b. art. 29 ust. 1 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich okoliczności faktycznych mających wpływ na realizację zamówienia, a w szczególności nieuwzględniający odpowiedniego czasu na wykonanie przez wykonawcę prac przygotowujących go do pełnego i sprawnego świadczenia wszystkich usług w ramach realizacji zamówienia, a w szczególności nieuwzględniający czasu na zapoznanie się z dokumentacją bardzo skomplikowanego systemu, jego

Dyrektor

Rafał Piórkowski

Strona 1 z 8

sprawdzenia w środowisku testowym przed rozpoczęciem realizacji usług utrzymania przez wykonawcę,

- c. **art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 58 §2 KC w zw. z art. 387 §1 KC w zw. z art. 353¹ KC** poprzez określenie nierealnego terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia, który uniemożliwia wykonawcom (z wyjątkiem wykonawcy obecnie realizującego umowę) wykonanie zamówienia na warunkach i terminach określonych przez Zamawiającego w umowie w zakresie, bowiem termin ten nie uwzględnia czasu na wykonanie przez wykonawcę prac przygotowujących go do pełnego i sprawnego świadczenia wszystkich usług w ramach realizacji zamówienia, a w szczególności na zapoznanie się z dokumentacją bardzo skomplikowanego systemu, jego sprawdzenia w środowisku testowym przed rozpoczęciem realizacji usług utrzymania przez wykonawcę, co biorąc pod uwagę adhezyjny charakter umowy o zamówienie publiczne stanowi naruszenie równowagi stron, istoty stosunku zobowiązaniowego i jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego,
- d. **art. 29 ust. 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 2 PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieproporcjonalny i nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, poprzez wyznaczenie terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia (usług utrzymaniowych) na dzień 1 stycznia 2020 r., podczas gdy wyznaczenie takiego terminu oznacza możliwość przystąpienia do wykonania zamówienia w tym terminie tylko przez jednego wykonawcę, obecnie obsługującego użytkowany przez Zamawiającego system, pomimo, że inni wykonawcy są w stanie wykonać niniejsze zamówienie, w sytuacji gdyby Zamawiający przewidział w SIWZ odpowiedni termin na zapoznanie się z tym systemem i jego przetestowanie.
- e. **art. 29 ust. 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 2 PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieproporcjonalny i nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, poprzez zaniechanie uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia mechanizmów umożliwiających realny transfer wiedzy przez dotychczasowego wykonawcę na rzecz nowego wykonawcy, a w szczególności poprzez:
 - i. brak wprowadzenia tzw. okresu przejściowego, czyli przewidzenia czasu, w którym dotychczasowy wykonawca świadczy nadal usługę utrzymania i rozwoju systemu, a równocześnie nowy wykonawca uzyskuje wiedzę i narzędzia niezbędne do przejęcia tych usług od dotychczasowego wykonawcy,
 - ii. brak wprowadzenia mechanizmów umownych, zobowiązań zamawiającego, umożliwiających przejęcie świadczenia usług utrzymania, opisanych w uzasadnieniu odwołania.

stawiając powyższe zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

- a. **modyfikacji §8 pkt 1 SIWZ oraz pkt 4 ppkt 1 (wers 1 tabeli) Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ** poprzez wyznaczenie okresu przejściowego (okres przygotowawczy) w celu przygotowania się przez wykonawcę do realizacji zamówienia, tj. zapoznania się przez wykonawcę z systemem używanym przez Zamawiającego oraz możliwości przetestowania jego działania w środowisku nieprodukcyjnym poprzez wyznaczenie terminu rozpoczęcia usług utrzymaniowych na minimum 40 dni roboczych od dnia podpisania umowy,
- b. **Modyfikacji SIWZ poprzez dodanie mechanizmów umożliwiających realny transfer wiedzy** przez dotychczasowego wykonawcę na rzecz nowego wykonawcy, a w


Dyrektor
Rafał Piórkowski

szczegółności mechanizmów zobowiązań Zamawiającego opisanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

2. WYSOKOŚĆ KARY UMOWNEJ [Zarzut #2]

- a. **ust. 8 Oświadczenia o zachowaniu poufności stanowiącego Załącznik nr 9 do SIWZ**, w którym Zamawiający zastrzega naliczenie wygórowanej i nieproporcjonalnej do przedmiotu zamówienia kary umownej za naruszenie postanowień oświadczenia o zachowaniu poufności w zakresie udostępnienia informacji podmiotom/osobom nieupoważnionym w zakresie przekazanych kodów źródłowych

zarzucam naruszenie:

- b. **art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 58 §2 KC w zw. z art. 353¹ KC w zw. z art. 484 §1 i §2 KC** poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku zapłaty rażąco wygórowanej kary umownej w zakresie ust. 8 Oświadczenia o zachowaniu poufności stanowiącego Załącznik nr 9 do SIWZ, w którym Zamawiający zastrzega naliczenie wygórowanej i nieproporcjonalnej do przedmiotu zamówienia kary umownej za naruszenie postanowień oświadczenia o zachowaniu poufności w zakresie udostępnienia informacji podmiotom/osobom nieupoważnionym w zakresie przekazanych kodów źródłowych, co biorąc pod uwagę adhezyjny charakter umowy o zamówienie publiczne stanowi naruszenie równowagi stron, ekwiwalentności świadczeń, istoty stosunku zobowiązaniowego i jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego,
- f. **art. 29 ust. 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 2 PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieproporcjonalny i nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, poprzez zastrzeżenie rażąco wygórowanej kary umownej tylko w stosunku do wykonawców, którzy muszą uzyskać dostęp do kodów źródłowych oraz dokumentacji systemu, podczas, gdy wykonawca obecnie obsługujący użytkowany przez Zamawiającego system nie ma takiej potrzeby, a w konsekwencji nie ponosi ryzyka zapłaty rażąco wygórowanej kary umownej,

stawiając powyższe zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

- c. **modyfikację ust. 8 Oświadczenia o zachowaniu poufności stanowiącego Załącznik nr 9 do SIWZ** poprzez zmianę wysokości kary umownej, tj. zmniejszenie jej wysokości do kwoty 100.000,00 zł (słownie: sto tysięcy 00/100 zł)
- II. wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z rachunkiem, który zostanie przedłożony na rozprawie.

Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w myśl art. 179 ust. 1 PZP, ponieważ jest zainteresowany udziałem w przedmiotowym Postępowaniu i zamierza w nim złożyć ofertę, a czynności Zamawiającego uniemożliwiają mu złożenie w Postępowaniu oferty, czego skutkiem będzie poniesienie przez Odwołującego szkody w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby z uzyskania zamówienia. Powyższe potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza stwierdzając, że „*Krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu*”.


Dyrektor
Rafał Piórkowski

Data wniesienia odwołania i przesłania kopii Zamawiającemu

W dniu 30 października 2019 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz tego samego dnia Zamawiający opublikował treść SIWZ. Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 PZP odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej. Odwołujący składa odwołanie w dniu 12 listopada 2019 r., co oznacza, że termin przewidziany w ustawie PZP został dotrzymany.

Odwołujący przekazał kopię niniejszego odwołania Zamawiającemu w dniu 12 listopada 2019 r., dotrzymując terminu przewidzianego w art. 180 ust. 5 PZP.

Ogłoszenie

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod adresem:

<https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:513681-2019:TEXT:EN:HTML&src=0&tabId=1>

UZASADNIENIE

1. TERMIN ROZPOCZĘCIA REALIZACJI ZAMÓWIENIA [Zarzut #1]

- 1.1. Zamawiający dokonując określenia terminu rozpoczęcia realizacji przedmiotu zamówienia, nie wziął pod uwagę wszystkich okoliczności faktycznych mających wpływ na czas niezbędny do należytego wykonania poszczególnych etapów zamówienia. Należy wskazać, że przedmiot umowy obejmuje przejęcie utrzymania bardzo skomplikowanego systemu informatycznego oraz dokonanie jego rozbudowy. Zdaniem Odwołującego, który posiada wieloletnie doświadczenie we wdrażaniu i rozbudowie systemów tego typu, całkowicie niemożliwe jest natychmiastowe przejęcie utrzymania systemu objętego przedmiotem zamówienia w pełnym zakresie od dnia 1 stycznia 2020 r. na warunkach określonych przez Zamawiającego w SIWZ. Termin ten jest nierealny, bowiem Zamawiający nie przewidział w SIWZ niezbędnego okresu na przygotowanie się nowego wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, tj. w szczególności na zapoznanie się z dokumentacją całego systemu oraz pracochłonnego i czasochłonnego sprawdzenia jego działania w środowisku nieprodukcyjnym (szkoleniowo-testowym).
- 1.2. Nawet zastrzeżenie w treści SIWZ przez Zamawiającego, iż na wniosek wykonawcy udostępni „kody źródłowe Oprogramowania Aplikacyjnego SWD PRM oraz wszelką niezbędną dokumentację” nie zmienia faktu, że nowy wykonawca nie jest w stanie w tak krótkim czasie przejąć i rozpocząć wykonywania usługi utrzymania tak skomplikowanego systemu na warunkach określonych w SIWZ, w szczególności przy SLA określonym na 4,38 min w ciągu miesiąca.
- 1.3. Odwołujący mając wieloletnie doświadczenie w realizowaniu tego rodzaju zamówień posiada wiedzę co do minimalnego czasu potrzebnego na realizację poszczególnych etapów jakie powinny poprzedzać rozpoczęcie realizacji usług utrzymania. Odwołujący kierując się długoletnią praktyką i doświadczeniem oszacował czas niezbędny na przygotowanie się wykonawcy do realizacji zamówienia i szacuje go na około 8 tygodni od dnia podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.
- 1.4. Poniżej Odwołujący przedstawia Procedurę Okresu Przygotowawczego wymagana do procesu realizacji przejęcia Systemu - zakres prac i czynności, które muszą zostać podjęte przed przejęciem utrzymania systemu w celu prawidłowego wykonania zamówienia oraz minimalne terminy w tym zakresie.

Dyrektor

Rafał Piórkowski

Procedura Okresu Przygotowawczego wymagana do procesu realizacji przejęcia Systemu

Ogólny opis

Wykonawca podczas Okresu Przygotowawczego będzie wykonywał prace przygotowujące go do pełnego i sprawnego świadczenia wszystkich Usług w ramach realizacji Umowy.

L.p.	Opis zadań szczegółowych wymaganych do realizacji dla Okresu Przygotowawczego	Liczba dni roboczych niezbędna do zakończenia zadania, liczona od dnia podpisania Umowy	Odpowiedzialny
1	Przedstawienie Zamawiającemu szczegółowego harmonogramu dla prac w Okresie Przygotowawczym	5	Wykonawca
2	Powołanie struktury organizacyjnej z podaniem imienia i nazwiska każdej osoby uprawnionej do podejmowania czynności i decyzji, zgodnie z przypisanymi jej kompetencjami, w tym powołanie przez Zamawiającego struktury po jego stronie .	7	Wykonawca/Zamawiający
3	Udostępnienie przez Zamawiającego wszystkich danych dotyczących architektury Systemu , udostępnienie przez Zamawiającego wymaganej infrastruktury projektu	5	Zamawiający
4	Zapoznanie się z architekturą Systemu	10	Wykonawca
5	Przejęcie całości oprogramowania/systemów (podsystemów) - kodów źródłowych i dokumentacji	30	Zamawiający/Wykonawca
6	Przygotowanie Repozytorium Kodu Źródłowego w Infrastrukturze Projektu	35	Wykonawca
7	Przygotowanie repozytorium modeli analitycznych w Infrastrukturze Projektu	35	Wykonawca
8	Uzgodnienie z Zamawiającym parametrów podlegających monitorowaniu w celu zapewnienia określonego poziomu wydajności i dostępności Systemu (parametrów innych niż samo SLA, tj. np. elementów wskazujących na możliwe symptomy wad, informacji ważnych ze względu na typ świadczonej usługi)	20	Zamawiający/Wykonawca


Dyrektor
Rafał Piórkowski

9	Zapoznanie się z procedurami przekazanymi przez Zamawiającego, w tym obsługą wskazanych narzędzi monitoringu/helpdesk (zapoznanie się z dokumentacją procesową, eksploatacyjną), w tym uzgodnienia z Zamawiającym szczegółowych zakresów uprawnień w zakresie dostępu do systemów	20	Zamawiający/Wykonawca
10	Potwierdzenie możliwości świadczenia usługi i zakończenie Okresu Przygotowawczego - gotowość Wykonawcy do świadczenia usługi utrzymania Systemu	40	Zamawiający/Wykonawca

- 1.5. Trzeba zaznaczyć, że Zamawiający prowadzi Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, do którego zastosowanie mają przepisy PZP nakładające na Zamawiającego obowiązek opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieograniczający zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a przy tym w sposób proporcjonalny i zgodny ze swoimi uzasadnionymi potrzebami.
- 1.6. Należy zauważyć, iż Zamawiający wyznaczył termin składania i otwarcia ofert na dzień 2 grudnia 2019 r., a realizację zamówienia już od dnia 1 stycznia 2020 r. W związku z tym z terminów wskazanych przez Zamawiającego w zakresie rozpoczęcia realizacji usług utrzymania systemu jednoznacznie wynika, że tylko jeden wykonawca, tj. obecnie obsługujący system używany przez Zamawiającego jest w stanie niezwłocznie przejąć utrzymanie i rozpocząć realizację zamówienia w tym zakresie już od 1 stycznia 2020 r. na warunkach określonych w SIWZ. Jedynie ten wykonawca dysponuje szczegółową i specjalistyczną wiedzą w zakresie systemu objętego przedmiotem zamówienia i jest w stanie realizować to zamówienie. Stanowi to naruszenie podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Takie ukształtowanie SIWZ w sposób jednoznaczny wskazuje na faworyzowanie tylko jednego wykonawcy, a tym samym całkowicie uniemożliwia innym wykonawcom przejęcie utrzymania systemu w tak krótkim czasie. Zamawiający w pkt. 5.1 OPZ **Wymagania w zakresie zapewnienia działania Aplikacji SWD PRM OPZ**, (pkt. WUT 2.1) wskazuje, że „...udostępni Wykonawcy, na potrzeby świadczenia usług, kody źródłowe Oprogramowania Aplikacyjnego oraz wszelką Dokumentację Systemu, których jest właścicielem, na zasadach określonych w umowie. W ocenie Odwołującego, po pierwsze powyższe postanowienie wskazuje na jak późnym etapie wykonawcy otrzymują wiedzę na temat konstrukcji systemu, którego utrzymanie i rozbudowę mają zapewnić, po drugie w ocenie Odwołującego, zapoznanie się z dokumentacją i kodami źródłowymi nie wpływa na obligatoryjność przejścia okresu przejściowego przez każdego wykonawcę, z wyjątkiem wykonawcy, który obecnie świadczy usługi utrzymania i rozbudowy systemu.
- 1.7. Z przedstawionej przez Odwołującego argumentacji jednoznacznie wynika, że rozpoczęcie realizacji usług utrzymaniowych systemu od dnia 1 stycznia 2020 r. jest terminem nierealnym, a jednocześnie umożliwia realizację zamówienia tylko przez jednego wykonawcę, który obecnie świadczy usługi objęte przedmiotem zamówienia – firmę Globema sp. z o.o. Zamawiający powinien zatem dokonać zmiany treści SIWZ zgodnie z żądaniami przedstawionymi przez Odwołującego, aby umożliwić innym wykonawcom realizację zamówienia, w celu zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

2. WYSOKOŚĆ KARY UMOWNEJ [Zarzut #2]

- 2.1. Zgodnie z §8 Oświadczenia o zachowaniu poufności, stanowiącego Załącznik nr 9 do SIWZ, Zamawiający zastrzegł karę umową w wysokości 2.000.000,00 zł (słownie dwa miliony złotych 00/100) za naruszenie postanowień niniejszego oświadczenia w zakresie udostępnienia informacji/osobom nieupoważnionym w zakresie kodów źródłowych.
- 2.2. Natomiast nawiązując do wyżej wymienionego zarzutu, określającego bardzo krótki, a wręcz nierealny termin na rozpoczęcie realizacji zamówienia, należy zauważyć, że udostępnienie kodów źródłowych jest niezbędne do wykonania zamówienia, w związku z tym zapis §8 Oświadczenia należy uznać za niezgodny z zasadami współżycia społecznego, bowiem wykonawca z całą pewnością będzie zmuszony do skorzystania z udostępnionych kodów źródłowych (zapoznania z nimi w bardzo krótkim czasie dużej liczby osób), a dodatkowo do zapłaty rażąco wygórowanej kary umownej nie mając pewności i możliwości rozpoczęcia realizacji zamówienia w zastrzeżonym terminie. Wykonawca chcąc uzyskać zamówienie jest zmuszony wyrazić zgodę na zapłatę rażąco wysokiej kary umownej, co należy uznać za niezgodne z zasadami współżycia społecznego.
- 2.3. Należy wskazać, że głównym zadaniem kary umownej jest zabezpieczenie wykonania zobowiązania, tym samym zwiększenie realności wykonania zobowiązania oraz ułatwienie naprawienia szkody, określane mianem funkcji stymulacyjnej kary umownej, bowiem jej zastrzeżenie ma mobilizować dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania. W niniejszym postępowaniu jednak wysokość zastrzeżonej kary umownej nie posiada funkcji stymulacyjnej, a jedynie funkcję odstraszącą, bowiem odstrasza wykonawców od wzięcia udziału w Postępowaniu i podpisania Oświadczenia o zachowaniu poufności, gdyż wiąże się to odpowiedzialnością finansową wykonawcy na rażąco wysokim poziomie. Taka kara umowna wymusza także na wykonawcy uwzględnienie kwoty 2.000.000,00 zł w kalkulacji ceny oferty, w kwocie rezerwy na ryzyko, co znacznie zmniejsza szansę na realizację zamówienia przez wykonawców, którzy w celu realizacji zamówienia są zmuszeni uzyskać dostęp do kodów źródłowych i dokumentacji systemu.
- 2.4. Należy przy tym zauważyć, że takie działanie Zamawiającego jest również niezgodne z naczelną zasadą zamówień publicznych określoną w art. 7 ust. 1 i ust. 2 PZP, tj. zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający zastrzegł bowiem rażąco wygórowaną karę umowną tylko w stosunku do wykonawców, którzy muszą uzyskać dostęp do kodów źródłowych oraz dokumentacji systemu, podczas, gdy wykonawca obecnie obsługujący użytkowany przez Zamawiającego system nie ma potrzeby składania wniosku o udostępnienie kodów źródłowych oraz dokumentacji. W konsekwencji nie ponosi ryzyka zapłaty rażąco wygórowanej kary umownej co oznacza, że może zaoferować Zamawiającemu niższą cenę oferty, co z góry stawia go w lepszej pozycji niż pozostali wykonawcy chcący wziąć udział w Postępowaniu, nieposiadający odpowiedniej wiedzy o systemie.
- 2.5. Zastrzeżenie tak wysokiej kary umownej nie ma także praktycznego uzasadnienia. Zgodnie z art. 483 §1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). System jest własnością Zamawiającego, w związku z tym Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności wobec podmiotów trzecich za ujawnienie informacji przekazanych wykonawcy. W ocenie Odwołującego zastrzeżona kara umowna nie jest w żaden sposób adekwatna do wysokości szkody jaką może ponieść Zamawiający, Zamawiający nie prowadzi działalności komercyjnej związanej ze sprzedażą tego typu systemów, zatem nie można również wskazać, że ewentualne ujawnienie informacji przekazanych wykonawcy

mogłoby się wiązać z pojawieniem się utraconych korzyści finansowych po stronie Zamawiającego.

2.6. Takie postanowienie Oświadczenia o zachowaniu poufności stanowi także naruszenie równowagi stron, ekwiwalentności świadczeń, istoty stosunku zobowiązaniowego i są sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, prowadząc potencjalnie do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego. Natomiast wykonawca chcąc uzyskać zamówienie musi wyrazić zgodę na taką odpowiedzialność pomimo tego, że rozszerzenie odpowiedzialności w sposób wskazany przez Zamawiającego nie jest w żaden sposób uzasadnione przedmiotem zamówienia. Nie ulega także wątpliwości, że Zamawiający niejako przerzuca nakład na wykonawcę w niniejszym postępowaniu zbyt duże ryzyko gospodarcze w zakresie realizacji umowy w tym zakresie.

2.7. Potwierdzenie tezy Odwołującego znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych. Przykładowo Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 maja 2014 r. (sygn. KIO 923/14) przywołała wyrok Sądu Najwyższego i uznała, że *„Zasada swobody umów nie jest nieograniczona i doznaje pewnych ograniczeń wynikających z odpowiednich przepisów. Ograniczenia tego typu wprowadzać będą przepisy samego Kodeksu cywilnego, jak regulacje też ZamPublU, która w tym zakresie traktowana jest jako lex specialis w stosunku do regulacji KC. Z ogólnych proceduralnych, zasad ustawy, jak i całości jej przepisów, wynika szereg materialno- prawnych ograniczeń zasady swobody umów, zarówno w odniesieniu do swobody zamawiającego w wyborze kontrahenta, jak i swobody ukształtowania stosunku umownego / przedmiotu zamówienia”¹.*

Za Odwołującego:

Dyrektor

Rafał Piórkowski

Załączniki:

1. pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty
2. odpis z KRS Odwołującego;
3. dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
4. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.

¹ Podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 marca 2012 r., sygn. KIO 399/12.