

Warszawa, 22 stycznia 2018 roku

Prezes  
Krajowej Izby Odwoławczej  
ul. Postępu 17a  
02-676 Warszawa

**Zamawiający:** Ministerstwo Sprawiedliwości, Adres: 00-567 Warszawa, Al. Ujazdowskie 11, tel: (+ 48 22) 52 12 411; REGON: 000319150, NIP: 526 16 73 166, adres strony internetowej: <http://www.ms.gov.pl/>, e-mail: [Paulina.Gecynqier@ms.gov.pl](mailto:Paulina.Gecynqier@ms.gov.pl), tel. + 48 22 52 12 697

**Odwołujący:** EVERSOF S.A., al. Jerozolimskie 181B, 02-222 Warszawa, tel.: +48 22 882 25 16, fax: +48 22 468 03 09, e-mail: [eversoft@eversoft.com.pl](mailto:eversoft@eversoft.com.pl)

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na Świadczenie usług z zakresu IT, znak sprawy: BA-F-II-3710-59/17. Publikacja ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 grudnia 2017 roku, numer 2017/S 241-500670

## ODWOŁANIE

- I. Eversoft S.A. (dalej „Odwołujący”) działając na podstawie art. 180 ust. 1 i 4 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (dalej: „Ustawa” lub „PZP”) składa niniejszym odwołanie od niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego polegającej na:
  - modyfikacji z dnia 11.01.2018 r. zapisu **§ 12 ust. 1 pkt 13 Załącznik nr 4 do umowy ramowej określający Istotne postanowienia Umowy wykonawczej, Tom II Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia** (dalej: „SIWZ”) – w szczególności jedynie częściowego odzwierciedlenia w tej zmianie uwzględnionej przez Zamawiającego argumentacji wykonawcy w zakresie wadliwości mechanizmu naliczania kar, a zaniechania dokonania całościowej przebudowy wskazanego zapisu.
- II. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że poprzez dokonanie w/w czynności naruszył następujące przepisy: **art. 7 ust.1 oraz art. 29 ust. 1, 2 pzp**
- III. **Żądania odwołania:** W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany zaskarżonego zapisu SIWZ poprzez:
  - a. wyraźne i jednoznaczne określenie w nim:
    - i. katalogu informacji klasyfikowanych jako „Poufne” oraz wskazaniu, że kara odnosi się tylko do ujawnienia i naruszeń w zakresie informacji poufnych;
    - ii. na czym polega „inne naruszenie bezpieczeństwa informacji”;
  - b. wprowadzenie zróżnicowanego poziomu kar w zależności od rodzaju naruszenia oraz wagi informacji poufnej, której dotyczyło naruszenie.

- IV. **Termin wniesienia Odwołania:** Zmiana Specyfikacji została opublikowana w dniu 11.01.2018 roku. Zatem wniesienie odwołania do dnia 22.01.2018 roku oznacza, iż Odwołujący wniósł odwołanie w terminie przewidzianym w art. 182 ust. 2 pkt 1) Ustawy w zw. z art. 14 ust. 2 Ustawy.
- V. **Interes we wniesieniu odwołania:** Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż wskazane w Odwołaniu niezgodne z prawem postanowienie powoduje, że Odwołujący, który jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia nie posiada wszystkich danych niezbędnych do oszacowania ryzyka oraz przygotowania oferty. Odwołujący może zatem ponieść szkodę - nie będzie w stanie złożyć oferty i uzyskać zamówienia.
- VI. **Wymogi formalne.**
- Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania (dowód w załączeniu).
  - Wpis od odwołania został uiszczony (dowód w załączeniu).

#### UZASADNIENIE

Pierwotny wzór umowy ramowej, która ma zostać zawarta w wyniku rozstrzygnięcia postępowania przeprowadzonego z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) (dalej: „Pzp”), dotyczącego przetargu nieograniczonego, w celu zawarcia umowy ramowej na świadczenie kompleksowych usług z zakresu IT dla Ministerstwa Sprawiedliwości, w § 12 ust. 1 pkt 13 Wzoru Umowy przewidywał obowiązek zapłaty Zamawiającemu kary umownej za każdy stwierdzony przypadek ujawnienia jakiegokolwiek informacji lub innego naruszenia bezpieczeństwa informacji, w okresie obowiązywania umowy wykonawczej, jak też i po jej wygaśnięciu lub rozwiązaniu - w wysokości 20% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 6 ust. 1 (czyli łącznego, maksymalnego wynagrodzenia wykonawcy z tytułu realizacji umowy wykonawczej) .

W związku z przytoczonym powyżej zapisem jeden z wykonawców w trybie art.38 ust 1 pzp zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienia treści SIWZ. Zastrzeżenia wykonawcy zostały sformułowane w następujący sposób: „Kara, o której mowa w § 12 ustęp 1 pkt 13 wzoru umowy wykonawczej (załącznik numer 4 do wzoru umowy ramowej) jest bardzo wysoka, a Zamawiający, po podpisaniu umowy, nie będzie miał swobody w jej egzekwowaniu (zasady dyscypliny finansów publicznych nakazują ściąganie kar, do naliczenia których formalnie zaistniała podstawa). Okazać się może, że nawet w przypadkach bagatelnych dojdzie do próby wyegzekwowania takiej kary, która w takiej sytuacji będzie karą rażąco wygórowaną. Aby uniknąć nieuchronnego w takiej sytuacji procesu sądowego należałoby ograniczyć wysokość kary oraz zastrzec, że ma ona zastosowanie jedynie w przypadku istotnego naruszenia zasad ochrony informacji.”

W dniu 11.01.2018 r. Zamawiający zmodyfikował zapisy SIWZ w zakresie § 12 ust. 1 pkt 13 wzoru umowy wykonawczej (zmiana SIWZ z 11.01.2018 r. numer 2 pozycja 2). Treść nowego brzmienia Tom II, SIWZ Załącznik nr 4 do umowy ramowej § 12 ust. 1 pkt 13: „13): za każdy stwierdzony przypadek ujawnienia jakiegokolwiek informacji lub innego naruszenia bezpieczeństwa informacji, w okresie obowiązywania umowy wykonawczej, jak też i po jej wygaśnięciu lub rozwiązaniu - w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 6 ust. 1.”

W ocenie odwołującego fakt, iż Zamawiający zdecydował się na zmianę SIWZ w tym punkcie świadczy o tym, że zgodził się z zastrzeżeniami wykonawcy argumentacją wyrażoną w złożonym pytaniu do SIWZ.

Dokonana zmiana powoduje jednak, iż podstawa i mechanizm nakładania kar umownych w przypadku naruszenia zasad ochrony informacji jest niezgodna z przepisami pzp gdyż ten element – składający się przecież na przedmiot umowy – pozostaje nieokreślony.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż karanie za ujawnienie „jakiegokolwiek informacji” jest nadmiernym rygoryzmem, nieuzasadnionym z punktu widzenia ochrony interesów zamawiającego oraz nadmiernie obciążającym dla wykonawcy. Zamawiający winien wskazać, że ochroną objęte są wyłącznie „Informacje poufne” oraz zdefiniować te informacje (przynajmniej określić kategorie informacji poufnych).

Poza tym skoro Zamawiający chce karać wykonawcę nie tylko za „ujawnienie” informacji lecz także za „inne naruszenia bezpieczeństwa informacji” – powinien wskazać na czym dokładnie mają polegać te naruszenia/kategorie naruszeń. Brak precyzyjnego określenia powoduje z jednej strony niejednoznaczność w zakresie określenia obowiązków wykonawcy, a z drugiej - stwarza ryzyko przyjęcia niekorzystnej (zbyt szerokiej) dla wykonawcy interpretacji - w przypadku zaistnienia sporu między wykonawcą a zamawiającym – czy konkretne zdarzenie/zachowanie można traktować.

Dodatkowo w ocenie wykonawcy wysokość kary powinna być zróżnicowana – w zależności zarówno od wagi naruszenia obowiązku jak i istotności danej informacji.

Jeden poziom kar – 10% wartości wynagrodzenia – należy uznać za nieadekwatny

Brak mechanizmu stopniowania wysokości kary, zupełne oderwanie wysokości kary od faktu czy powstała lub ewentualnie w jakiej wysokości powstała szkoda oraz jaka była waga naruszonych obowiązków prowadzi w wielu wypadkach do konsekwencji, na które wskazywał wykonawca w pytaniu – to znaczy do nałożenia kary rażąco wygórowanej, którą zamawiający musi nałożyć, która będzie musiała zostać zmiarkowana w drodze sądowej – co jest niekorzystne dla obu stron.

Sytuację taką opisuje wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 19 października 2017 r. (sygn. akt V ACa 147/17). Wskazano w nim min: „Stwierdzenie braku szkody, podobnie jak rozmiar ewentualnej szkody wywołanej opóźnieniem, zwłaszcza w relacji do wartości całego kontraktu, mają istotne znaczenie przy ocenie roszczenia dochodzonego tytułem kary umownej. Oceny, czy kara w danym przypadku jest rażąco wygórowana w rozumieniu przepisu art. 484 § 2 k.c. należy dokonać w kontekście całokształtu okoliczności sprawy, a zatem uwzględniając nie tylko wysokość powstałej szkody w związku z niewykonaniem zobowiązania, ale przede wszystkim przedmiot umowy, okoliczności, na jakie kara umowna została zastrzeżona, cel tej kary, sposób jej ukształtowania, okoliczności, w jakich doszło do sytuacji uzasadniającej naliczenia kary, czy wagę i zakres nienależytego wykonania umowy”. Warto zwrócić uwagę, że w analizowanej sprawie kara ze 100 tysięcy zł została zmiarkowana do poziomu 5 tysięcy zł.

Wskazane powyżej braki w zakresie podstaw i zasad naliczania jednej z kar umownych, a więc elementu dot. zasad realizacji umowy i konsekwencji nienależytego wykonania umowy, należy uznać za dowodzące niejednoznaczności określenia przedmiotu zamówienia.

Odwołujący przytacza przykładowo orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej wskazujące, że określenie przedmiotu zamówienia w sposób pełny i jednoznaczny jest obowiązkiem Zamawiającego: wyrok z dnia 24 lutego 2012 r., sygn. KIO 302/12: "Opis przedmiotu zamówienia winien zawierać wszystkie informacje mające lub mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty" (podobnie: wyrok KIO z 24 lutego 2012 r. KIO 318/12), wyrok z dnia 10 kwietnia 2012 r., sygn. KIO 550/12: "Zamawiający zobowiązany jest do wyczerpującego i jednoznacznego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który nie pozostawia wykonawcom pola do domysłów i interpretacji, a co za tym idzie, umożliwi prawidłowe sporządzenie oferty. Zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp opis przedmiotu zamówienia winien być jednoznaczny i wyczerpujący. Tym samym nie może pozostawiać żadnych wątpliwości bądź też dowolności interpretacji wykonawców składających oferty w postępowaniu", czy też w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 września 2010 roku, KIO 1832/10: „Tak więc, opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty stanowi obowiązek Zamawiającego i jest koniecznością dla poprawnego przeprowadzenia postępowania. Opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element dokumentacji, która jest przygotowana przez Zamawiającego i nie może być on ogólny, szacunkowy i niedookreślony, przenoszący na wykonawców składających oferty ciężar jego dookreślenia.” czy też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 14 stycznia 2013 r. sygn. akt KIO 2888/12: "Art. 29 ust. 1 ustawy zawiera normę nakazującą zamawiającemu jednoznaczny i wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, w taki sposób, aby wykonawca po zapoznaniu się z tym opisem był w stanie sporządzić ofertę. Tym samym w sytuacji, gdy zamawiający oczekuje dostawy na jego rzecz jakiegoś dobra czy świadczenia na jego rzecz usługi ma określić swoje wymagania tak szczegółowo i dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje i to właśnie mu zaoferować. Prawidłowa realizacja normy art. 29 ust. 1 ustawy jest gwarancją porównywalności ofert. Z mocy art. 29 ust. 1 ustawy na zamawiającym spoczywa obowiązek określenia przedmiotu zamówienia, a zatem nawet w sytuacji, gdy nie jest on profesjonalistą musi potrafić określić swoje potrzeby i oczekiwania. Jeśli przedmiot jest wysoce specjalistyczny, a zamawiającemu brak odpowiedniej wiedzy, aby jasno określić wymagania, może skorzystać z dialogu technicznego, trybów negocjacyjnych [w szczególności dialogu konkurencyjnego], czy powołać biegłych służących mu odpowiednią pomocą. Brak jest jednak podstaw do zwolnienia zamawiającego z obowiązku jednoznacznego określenia przedmiotu zamówienia. Wprowadzenie wyjątków od zasady art. 29 ust. 1 ustawy prowadziłoby bowiem do nieefektywnego wydatkowania środków publicznych".

Podsumowując: wykonawca, chcąc w sposób odpowiedzialny i rzetelny przedstawić ofertę świadczenia zamawianych usług, musi mieć możliwość w miarę precyzyjnej oceny ryzyka związanego z umową. Zapisy umowy dotyczące kar umownych stanowią istotny element tego ryzyka i muszą być jednoznaczne.

Z powyższych względów wnoszę jak na wstępie.

Załączniki:

1. odpis z KRS
2. dowód uiszczenia wpisu od niniejszego odwołania
3. pełnomocnictwo wraz z opłatą
4. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu