sygn. akt: **KIO 1544/21**

**WYROK**
**z dnia 18 czerwca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:Emil Kuriata**

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 czerwca 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2021 r. przez wykonawcę **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14; 35-322 Rzeszów,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Zakład Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki Wisińskiego, ul. Leśników 21 C, Sękocin Stary; 05-090 Raszyn,**

**orzeka:**

1 . **Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego oraz wycofanych przez odwołującego, tj. zarzut nr 1, zarzut nr 2 (w części), zarzut nr 4, zarzut nr 5, zarzut nr 6, zarzut nr 7 (w części), zarzut nr 8, zarzut nr 9, zarzut nr 10, zarzut nr 11, zarzut nr 13.**

2 . **Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 (w części nieuwzględnionej przez zamawiającego) oraz zarzutu nr 3 i nakazuje zamawiającemu udostępnienie przez umożliwienie dokonania odwołującemu wglądu w posiadaną przez zamawiającego dokumentację systemu oraz udostępnienie pełnej statystyki błędów dotyczących systemu w zakresie dotyczącym średnich czasów napraw oraz wprowadzenie okresu przejściowego na poziomie minimum 3 miesięcy.**

3. **W pozostałym zakresie odwołanie oddala.**

4. Kosztami postępowania obciąża po ½ odwołującego **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14; 35-322 Rzeszów** oraz zamawiającego **Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Zakład Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki Wisińskiego, ul. Leśników 21 C, Sękocin Stary; 05-090 Raszyn,** i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14; 35-322 Rzeszów,** tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od zamawiającego **Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Zakład Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki Wisińskiego, ul. Leśników 21 C, Sękocin Stary; 05-090 Raszyn** na rzecz odwołującego **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14; 35-322 Rzeszów** kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) stanowiącą ½ kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania.

4.3. w pozostałym zakresie koszty postępowania znosi wzajemnie.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie**.**

**Przewodniczący:**……

sygn. akt: **KIO 1544/21**

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Zakład Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki Wisińskiego, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Utrzymanie i rozwój Systemu LAS przez okres 24 miesięcy”.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 maja 2021 r., pod nr 2021/S 093- 242990.

Dnia 24 maja 2021 roku wykonawca Asseco Poland S.A. (dalej *„Odwołujący”*) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 240 ust. 2 w związku art. 16 ustawy Pzp, poprzez określenie kryteriów oceny ofert w sposób uniemożliwiający weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach oraz z naruszeniem zasady przejrzystości i zachowania uczciwej konkurencji,

2.art. 112 ust. 1 w związku art. 16 ustawy Pzp, poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz sprzeczny z zasadami proporcjonalności, zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

3.art. 99 ust. 1 w związku art. 16 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co narusza zasady proporcjonalności, zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

4.art. 99 ust. 4 w związku art. 16 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz zasady proporcjonalności, zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz Ogłoszenia w zakresie wskazanym w odwołaniu poprzez zmianę wskazanych zapisów w sposób wskazany w odwołaniu - szczegółowo w każdym zarzucie.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż wskazane w odwołaniu niezgodne z prawem postanowienia SWZ oraz 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 SWZ oraz Ogłoszenia, odwołujący mógłby złożyć ofertę, uzyskać

zamówienie - a następnie należycie realizować zamówienie. Ustalenie przez zamawiającego przedmiotowej treści SWZ oraz Ogłoszenia uniemożliwia odwołującemu udział w postępowaniu. Ponadto - w wyniku w/w naruszeń przepisów ustawy może dojść do następczego unieważnienia postępowania - co także naraziłoby odwołującego na poniesienie szkody.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż częściowo uwzględnia zarzuty odwołania.

Odwołujący na posiedzeniu wycofał część zarzutów.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone
w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła,**
**iż odwołanie w części zasługuje na uwzględnienie.**

Wydając przedmiotowy wyrok, Izba odniosła się wyłącznie do zarzutów podtrzymanych przez odwołującego i skierowanych na rozprawę.

Zarzut nr 2 – Opis przedmiotu zamówienia w sposób naruszający art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest prawidłowe sporządzenie SWZ, w tym sporządzenie kompletnego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, jako elementu istotnego i warunkującego złożenie prawidłowej oferty przez zainteresowanych wykonawców. Tymczasem zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, nie załączył do SWZ szeregu informacji, które są niezbędne do przygotowania oferty w szczególności, które zapewniają potencjalnym wykonawcom zapoznanie się
z budową i parametrami systemu LAS, a następnie na tej podstawie dokonanie rzetelnej kalkulacji ceny ofertowej. W szczególności do SWZ nie załączono:

a.dokumentacji SILP, w tym dokumentacji Systemu LAS oraz dokumentacji systemu centralnego,

b.kodów źródłowych

c.pełnej statystyki błędów dotyczących systemu LAS - nie załączono średnich czasów naprawy.

Informacje powyższe są niezbędne do oszacowania w ofercie kosztów zadań związanych z: świadczeniem usług wsparcia użytkowników zgodnie z definicją określoną w § 1 wzoru Umowy, budową środowisk wytwórczych oraz testowych, budową repozytorium analityczno-projektowego, o budową centrum serwisowego, realizacją Zadań Nazwanych oraz Zadań Dodatkowych (modyfikacji systemu).

Powyższe braki stanowią naruszenie art. 99 ust 1 ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego, przy aktualnym brzmieniu SWZ tylko wykonawca obecnie utrzymujący i rozwijający system LAS jest w stanie należycie oszacować niezbędny zakres usług, a zatem - tylko ten wykonawca w ogóle może dokonać racjonalnego i rzetelnego szacowania ceny oferty. A zatem zamawiający poprzez niewystarczający zakres informacji zamieszczonych w SWZ traktuje w sposób uprzywilejowany firmę Pro-Holding,
tj. wykonawcę, który od lat utrzymuje system LAS. Pozostali wykonawcy sporządzając wycenę oferty musieliby z ostrożności założyć bardzo wysokie koszty w w/w zakresie,
co wprost spowoduje, że oferty pozostałych wykonawców (o ile zostałyby przygotowane
z odpowiednią fachowością i uwzględnieniem niejasnej treści SWZ) byłyby znacznie droższe od oferty dotychczasowego wykonawcy, co powoduje że obecny wykonawca jest faworyzowany, co stanowi naruszenie zarówno art. 16 ust. 1, jak i art. 99 ust. 4 ustawy Pzp.

W załączniku nr 1 do SWZ pkt 1 "Zakres usług związanych z Wsparciem Użytkownika" zakres wsparcia dla systemu został zdefiniowany poprzez wyłączenie kilku modułów: "Wsparciem Użytkownika objęte są moduły tekstowe i graficzne systemu LAS oraz systemów centralnych (wraz z procedurami i/lub procesami zasilającymi), za wyjątkiem niżej wymienionych modułów: (…)". Natomiast w Załączniku nr 6 do_opz_charakterystyka_
funkcjonalna_2.0.1 opisującym system moduły są opisane w sposób nieuporządkowany raz jako moduły, raz jako podsystemy. W SWZ pojawiają się też nazwy modułów, które w opisie z Załącznika nr 6 do_opz_charakterystyka_funkcjonalna_2.0.1 nie występują (załącznik 1 do SWZ-OPZ p.4 moduł dbs-forest). Dodatkowo w Załączniku nr 8 do SWZ zamawiający zakłada, że każdy nazwany moduł będzie miał swojego przedstawiciela po stronie Lasów Państwowych, ale zostanie on wskazany w trakcie trwania umowy. Nigdzie indziej w SWZ nie została podana lista modułów nazwanych, dla których zamawiający oczekuje realizacji usług. Tak naprawdę w SWZ nie zostało określone precyzyjnie, za co wykonawca ma być odpowiedzialny, co narusza 99 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie odwołującego, powyższe braki wskazują, że obecne brzmienie SWZ narusza art. 99 ust. 1 i 4 w związku z art. 16 ustawy Pzp. Wobec faktu, że z SWZ nie wynika zamknięty zakres zobowiązania wykonawcy - przedmiot zamówienia staje się - w sposób sprzeczny z przepisem art. 99 ust. 1 ustawy Pzp - niejednoznaczny, nieostry, określony w sposób niedokładny. Co więcej - można powiedzieć, że przedmiot zamówienia został przez zamawiającego opisany w sposób otwarty. Skutek takiego nieostrego opisania przedmiotu zamówienia jest dla odwołującego bardzo poważny - otóż wobec faktu, że SWZ nie określa w sposób zamknięty zakresu obowiązków wykonawcy, 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 SWZ odwołujący nie jest w stanie złożyć wiążącej i profesjonalnej oferty. Wskazane postanowienia SWZ naruszają zatem także obowiązek zamawiającego uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Odwołujący podkreślił, że kwestią konieczności umieszczania w SWZ pełnego opisu funkcjonalnego systemów informatycznych zajmował się też Sąd Okręgowy w Warszawie, który w wyroku z dnia 19 grudnia 2016 roku, sygn. akt XXIII Ga 780/16 wskazał,
że niemożliwy do usankcjonowania jest brak dostępu do pełnej dokumentacji czy też kodów źródłowych: „*Sąd Okręgowy nie mógł usankcjonować przerzucenia przez Zamawiającego ciężaru odpowiedzialności na Wykonawcę za brak*

*możliwości dostępu do pełnej dokumentacji oraz kodów źródłowych czy też za błędy, opuszczenia i omyłki w tej dokumentacji przygotowanej przez Zamawiającego. Nie potrzeba wiadomości specjalnych, aby wymagać pełnej dokumentacji, zwłaszcza dotyczącej tak dużej i ważnej nie tylko dla uczestników zamówienia publicznego, lecz także dla obywateli RP. Można było i należało to przedstawić w formie elektronicznej, aby umożliwić potencjalnym oferentom/wykonawcom zapoznanie się z pełną dokumentacją. Taką możliwość przewiduje art. 27 ust. 1 pzp.*".

Przedmiotowe braki SWZ naruszają także przepis art. $353^1$ Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Gdyby przyjąć za uprawniony brak określenia przez zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób zamknięty, powodowałoby to, iż przedmiot umowy 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 SWZ nie określałaby tych istotnych obowiązków. Warto w tym miejscu wskazać, że zakres obowiązków wykonawcy to *essentialia negotii* umowy o świadczenie usług, a zatem bez jednoznacznego określenia tego zakresu umowa w ogóle nie może dojść do skutku. Należy uznać, że 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 opisania przedmiotu zamówienia). Tym samym umowa taka zgodnie
z art. 58 § 1 kc jest nieważna z mocy prawa. Byłby to skutek dla zamawiającego bardzo poważny.

Zamawiający w swoich uprawnieniach i uznaniowości jest jednak ograniczony,
w szczególności nie jest uprawniony do takiego kształtowania treści stosunku prawnego, który byłby korzystny tylko dla zamawiającego i nakładał nieuzasadnione obowiązki na wykonawcę. Uznać zaś należy, że stworzenie umowy z otwartym zakresem obowiązków wykonawcy jest właśnie takim nadużyciem. A zatem sprzeczne jest zarówno z art. 5, jak i art. 58 § 2 kc. Ustawodawca uznał bowiem za nadużycie prawa (nie korzystające z ochrony) czynienie użytku ze swego uprawnienia, który to użytek byłby sprzeczny z zasadami współżycia społecznego czy też ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem takiego uprawnienia. Z kolei w art. 58 § 2 kc wskazano wprost, że umowa sprzeczna z zasadami współżycia społecznego jest nieważna. Zdaniem odwołującego umowa, w której zakres obowiązków wykonawcy jest otwarty i nieokreślony, z całą pewnością jest sprzeczna
z zasadami współżycia społecznego. Ponadto wynikający z SWZ zakres zobowiązań wykonawcy (tj. zakres otwarty) powoduje, że naruszona zostaje także zasada ekwiwalentności świadczeń stron wynikających z umowy wzajemnej wyrażona w art. 487 § 2 kc. 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 zakresu usług. Także brak takiej ekwiwalentności oraz ścisłego określenia zakresu obowiązków wykonawcy stanowi naruszenie art. 5 kc (w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp).

Odwołujący wskazał, że w 2017 roku zamawiający prowadził postępowanie na „Utrzymanie i rozwój Systemu LAS", w którym to postępowaniu SIWZ także obarczony był brakami jak wyżej wymienione. Odwołujący wniósł odwołanie KIO 2128/17, w którym podniesiono analogiczny zarzut. Zamawiający uwzględnił w całości odwołanie wskazując: *„Na obecnym etapie postępowania Zamawiający nie ma podstawy prawnej do modyfikacji SIWZ w zakresie wnioskowanym przez Odwołującego, bez konieczności unieważnienia postępowania. Niezbędna jest nowa redakcja opisu przedmiotu zamówienia wraz z jego nowym oszacowaniem*" oraz unieważnił postępowanie. Tymczasem w ramach niniejszego postępowania zamawiający nadal utrzymuje ten sam niepełny zakres SWZ.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. Załączenie do SWZ dokumentacji wykonanej przez Pro-Holding w ramach postępowania nr. DZ.270.148.2018 pn. „Utrzymanie i rozwój systemu LAS przez okres 18 miesięcy", Część B,
2. Uzupełnienie SWZ poprzez dołączenie do SWZ:
   a. Dokumentacji analityczno-projektowej zawierającej:
      - Opis procesów biznesowych,
      - Opis przypadków użycia,
      - Model klas,
      - Opis interfejsów,
      - Definicje szablonów dokumentów wychodzących z systemu,
      - Opis raportów,
   b. Podręczników użytkownika,
   c. Dokumentacji administratora
   d. Dokumentacji technicznej, w tym:
      - Opis struktur danych (powiązania, atrybuty),
      - Listę słowników,
      - Opisu architektury podsystemów,
      - Listy zdefiniowanych usług wraz z ich opisem (WSDL),
      - Diagramy interakcji,
   e. Dokumentacji eksploatacyjnej w tym obowiązujące procedury odbioru zadań i dokumentacji
   f. Statystyk błędów, ze szczególnym uwzględnieniem statystyki dotyczącej błędów drobnych (opis jakiego rodzaju zmiany i w jakim czasie są realizowane w tej grupie błędów)
   g. Kodów źródłowych.
3. Modyfikację Załącznika nr 1 do SWZ - OPZ poprzez zdefiniowanie zakres usług związanych z Wsparciem Użytkownika przez podanie jakie moduły tekstowe i graficzne systemu LAS oraz systemów centralnych (wraz z procedurami i/lub procesami zasilającymi) mają być objęte usługą wsparcia Użytkownika.

Zamawiający w odpowiedzi na postawiony zarzut wskazał, iż *„Zamawiający uznaje częściowo żądanie Odwołującego publikując dokumentację wykonaną przez Pro-Holding*
*w ramach postępowania nr. DZ.270,148.2018 pn. „Utrzymanie i rozwój systemu LAS przez okres 18 miesięcy", Część B. Zamawiający nie uznaje za zasadne przekazywanie pozostałych materiałów wskazanych w żądaniu odwołującego. Zamawiający przedstawia jednocześnie uzasadnienie swojego stanowiska w ust. 3 odpowiedzi na odwołanie dotyczącej zarzutu nr II odwołania. (…). Zamawiający informuje, że nie jest w stanie wskazać i udostępnić w postępowaniu materiałów wskazanych w pkt 2 żądania. W ocenie Zamawiającego przekazanie materiałów wskazanych w żądaniu nie jest niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia i złożenia oferty. Należy zaznaczyć, że w prowadzonym*
*w 2018 r, postępowaniu Zn spr.: DZ.270.158.2017 pn.: „Utrzymanie i rozwój systemu LAS, procedura po unieważnieniu*

*postępowania część B", odwołujący złożył ofertę pomimo zbliżonych zapisów w SIWZ i OPZ do aktualnych. Zamawiający również w tym postępowaniu nie publikował materiałów, o których mowa w uzasadnieniu zarzutu. Z powyższego jasno wynika, iż brak publikacji wnioskowanych dokumentów i kodów źródłowych nie determinuje braku możliwości złożenia ważnej oferty. Warto nadmienić, że system LAS pomimo ciągłego rozwoju od tamtego czasu nie został w sposób istotny zmieniony i rozbudowany. Jako dowód Zamawiający dołącza kopie opublikowanego OPZ w postępowaniu DZ.270.158.2017 i kopie części jawnej oferty Asseco S.A.*".

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego w części nieuwzględnionej przez zamawiającego zasługuje na uwzględnienie. Podnieść bowiem należy, iż zgodnie
z przepisem art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Art. 99 ust. 4 ustawy Pzp zawiera natomiast dyrektywę wskazującą, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Ww. przepisy stanowią zatem wytyczne dla podmiotów zamawiających, w jaki sposób należy opisać przedmiot zamówienia bądź z jakich opisów należy zrezygnować,
w kontekście wpływu na ewentualne naruszenie przepisu art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, który nakazuje zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, 2) przejrzysty i 3) proporcjonalny.

Tym samym, aby móc stwierdzić, czy zamawiający opisując przedmiot zamówienia nie naruszył ww. przepisów trzeba mieć na uwadze potencjalny krąg podmiotów (wykonawców) specjalizujących się w danej branży związanej z przedmiotem zamówienia oraz należy ocenić czy kwestionowany przez wykonawcę (odwołującego) opis przedmiotu zamówienia, faktycznie narusza zasady wynikające z przepisu art. 16 ust. 1 ustawy Pzp. Oceniając powyższe należy mieć również na uwadze okoliczność, że nie każdy wykonawca musi mieć zagwarantowane prawo udziału w danym postępowaniu, gdyż ewentualne naruszenie art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, ma nierozerwalny związek z potrzebami zamawiającego, wynikającymi bezpośrednio z treści SWZ oraz Ogłoszenia. W powyższym zakresie wielokrotnie wypowiadała się Izba wskazując, iż to nie zamawiający ma dostosować przedmiot zamówienia do posiadanego *portfolio* wykonawcy, ale wykonawca ma dopasować się do potrzeb zamawiającego.

Analiza przepisu art. 99 ust. 4 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż skoro ustawodawca przyjął, że *przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie (…)*, to przyjąć należy, że również nie wskazanie istotnych elementów opisu przedmiotu zamówienia może stanowić naruszenie omawianego przepisu. Taki wniosek można wysnuć ze sformułowania „w szczególności", który nie precyzuje katalogu zamkniętego, a jedynie przykładowo podaje możliwe sposoby naruszeń opisu przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu odwołujący wskazywał, że w szczególności brak udostępnienia mu (również dopuszczał możliwość dokonania wglądu) kodów źródłowych posiadanego przez zamawiającego systemu oraz udostępnienie informacji o występujących awariach i czasu ich usunięcia uniemożliwia mu pełne zapoznanie się z przedmiotem zamówienia, a co za tym idzie prawidłową i rzetelną wycenę oferty.

Zamawiający podnosił, iż funkcjonujący u Niego system stworzony został w latach 90 ubiegłego wieku, a w związku z upadłością wykonawcy, nie posiadał żadnych dokumentów technicznych posiadanego systemu. Odwołujący powyższej okoliczności nie kwestionował. Wskazywał jedynie, że przez ostatnie lata firma obsługująca system wytworzyła już dokumentację, w tym kody źródłowe, a dzięki zapoznaniu się z tymi dokumentami odwołujący byłby w stanie przygotować ofertę. Zamawiający potwierdził powyższe, ale podniósł, iż dokumentacja jest bardzo obszerna i jedyne co mógłby zrobić to udostępnić odwołującemu powyższą do wglądu. Odwołujący wskazał, że jest to wystarczający sposób na ocenę zakresu zamówienia.

Izba stoi na stanowisku, wobec oświadczenia zamawiającego, że nie ma sporu co do możliwości udostępnienia odwołującemu dokumentacji. Problem, na jaki wskazywał zamawiający – to czas – albowiem obecnie funkcjonująca umowa obowiązuje jedynie do końca czerwca br.

W ocenie Izby, nie może tłumaczyć zaniechania zamawiającego fakt bliskiego zakończenia bieżącej umowy, albowiem zamawiający znając realia zamawianej usługi był świadomy terminów wynikających z jej realizacji. Dlatego też Izba stwierdziła, że aby umożliwić odwołującemu prawidłowe skonstruowanie ceny ofertowej konieczne jest udostępnienie odwołującemu niezbędnej dokumentacji. Dziwi Izbę również fakt,
iż zamawiający mimo zapowiadanej chęci współpracy z odwołującym i zlikwidowania monopolu jednej firmy, co potwierdzały dowody złożone przez odwołującego,
tj. porozumienie wraz z aneksem oraz pisma kierowane do zamawiającego, nie podjął próby współpracy z odwołującym i nie udostępnił mu odpowiednich dokumentów wytworzonych dla tego systemu. Nie może być brana pod uwagę okoliczność, iż w poprzednim postępowaniu
o udzielenie zamówienia publicznego (2018 rok), odwołujący złożył ofertę (nawet zbliżoną cenowo do oferty ówcześnie świadczącego usługę wykonawcy) nie posiadając żądanych obecnie dokumentów, albowiem w tamtym postępowaniu zamawiający dopuścił wizję lokalną systemu i odwołujący mógł zapoznać się chociażby z kodami źródłowymi. Nadto w przeciągu ostatnich dwóch lat system został rozbudowany o ok. 20 %.

Dlatego też w ocenie Izby, zamawiający winien udostępnić odwołującemu żądane dokumenty lub umożliwić odwołującemu wglądu do nich.

Z analogiczną sytuacją mamy do czynienia z raportami błędów i usterek oraz czasem ich napraw. Ujawnienie odwołującemu rzeczonych raportów pozwalać będzie na oszacowanie przez odwołującego czasochłonności wykonywanych prac, a co za tym idzie doprowadzi do prawidłowej wyceny oferty. Obecnie, takie informacje posiadają jedynie zamawiający
i wykonawca dotychczas świadczący usługę, co może powodować nierówność stron
i zachwianie zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

<u>Zarzut nr 3 – Brak okresu przejściowego.</u>

Odwołujący wskazał, że według zamawiającego system LAS, którego będą dotyczyć usługi przedmiotu zamówienia, jest bardzo obszerny i unikalny:

- Zał. 6 do OPZ str. 1: „System ten obsługuje około 20.000 użytkowników..."
- Zał. 6 do OPZ str. 3/4: „...system LAS jest rozwiązaniem unikalnym i specyficznie nakierowanym na obsługę Lasów

Państwowych..."

- Zał. 6 do OPZ str. 3 „...podsystemy te realizują oprócz swojej standardowej funkcjonalności (przykładowo prowadzenie ksiąg rachunkowych w podsystemie Finanse i Księgowość lub naliczanie wynagrodzeń w podsystemie Kadrowo-Płacowym) szereg unikalnych funkcji, aby zapewnić ich integrację ze specyficznymi dla LP podsystemami „Planowanie" i „Gospodarka Leśna".
- Zał. 6 do OPZ str. 3 „...nakazuje postrzegać SILP (przyp.: System Informatyczny Lasów Państwowych) jako jeden produkt o wyrafinowanej strukturze i skomplikowanych powiązaniach."
- Zał. 7 do OPZ str. 3 „Kod źródłowy Systemu LAS składa się z ponad 10 milionów linii kodu zapisanego w ponad 25 000 plików źródłowych o łącznym rozmiarze przekraczającym 400 MB."
- Zał. 7 do OPZ str. 4 „Łączny rozmiar danych wynosi ok 11,8 TB. Łączna liczba baz danych obsługiwanych (...) wynosi ponad 1400".

Zdaniem odwołującego, z powyższych informacji wynika jednoznacznie, że system LAS jest systemem niezwykle złożonym technicznie i do zrozumienia zasad jego działania niezbędna jest unikalna wiedza o systemie, która wykracza poza standardową wiedzę, np. kadrowo-płacową, ze względu na silną integrację tych elementów systemu z systemami specyficznymi dla Lasów Państwowych. Tymczasem ani SWZ, ani wzór umowy nie przewidują okresu przejściowego, w którym wykonawca miałby czas na zapoznanie się
z systemem i przygotowanie do świadczenia oczekiwanych przez zamawiającego usług. Zgodnie z § 3 Umowy „Przedmiot umowy i harmonogram wykonania" usługi objęte przedmiotem umowy mają być świadczone od dnia 1 lipca 2021 roku lub od dnia podpisania umowy, jeśli będzie to data późniejsza niż 1 lipca 2021 roku. Zatem zamawiający oczekuje rozpoczęcia świadczenia usług „z dnia na dzień". Jest to postanowienie, które w sposób oczywisty preferuje dotychczasowego wykonawcę. Takie postanowienia SWZ naruszają zarówno art. 16 jak i art. 99 ust. 4 ustawy Pzp - jest tylko jeden wykonawca, który może rozpocząć świadczenie usług bez okresu przejściowego.

Ponadto obecne brzmienie SWZ - wbrew praktykom istniejącym na rynku - nie pozostawia nowemu wykonawcy praktycznie żadnego czasu na przygotowanie się do realizacji przedmiotu umowy. Zgodnie z obecnie obowiązującymi na rynku zamówień publicznych standardami dla umów obejmujących utrzymanie systemu informatycznego, w każdym przypadku zamawiający konstytuuje w SWZ tzw. okres przejściowy (dłuższe lub krótsze,
w zależności od złożoności systemu), w którym to okresie nowo wybrany wykonawca ma możliwość zapoznania się z działaniem systemu oraz jego specyfiką. W okresie przejściowym nie mają zastosowania postanowienia umowy dotyczące kar umownych.

Odwołujący wskazał także na treść rekomendacji Prezesa UZP zawartych w dokumencie „Udzielanie zamówień publicznych na systemy informatyczne oraz dostawę zestawów komputerowych REKOMENDACJE Prezesa UZP" dostępnych na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych: https://www.uzp.gov.pl/ data/assets/pdf file/QQ12/30702/
Rekomendacje_PrezesaUZP_zamówienia_informatyczne_2011.pdf

Świadczenie usług opisanych w przedmiocie zamówienia w terminach obecnie określonych w umowie, bez okresu zapoznawania z systemem, jest możliwe wyłącznie przez dotychczasowego wykonawcę. Aby zachować konkurencyjność postępowania zamawiający powinien przewidzieć okres przejściowy, tj. czas dedykowany wyłącznie do zapoznania się
z systemem.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wniósł o:

a) uzupełnienie SWZ o odpowiedni okres przejściowy, trwający 4 (cztery) miesiące, tj. okres rozpoczynający się od dnia zawarcia umowy, w którym wykonawca ma możliwość zapoznania się z systemem SILP, tj. jego funkcjonowaniem, kodami źródłowymi, procesami biznesowymi, procedurami eksploatacyjnymi. Świadczenie usług objętych przedmiotem umowy rozpocznie się po zakończeniu okresu przejściowego.
b) wprowadzenie w SWZ postanowień zapewniających przekazanie wiedzy nowemu Wykonawcy w okresie przejściowym, obejmujące co najmniej przekazanie protokolarne w ciągu 2 dni kalendarzowych od podpisania Umowy:
   - kompletu oprogramowania kodów źródłowych wraz z procedurą kompilacji/budowania systemu umożliwiającą skompilowanie systemu,
   - dokumentacji technicznej, użytkownika, eksploatacyjnej, administracyjnej, powykonawczej, bezpieczeństwa,
   - przeprowadzenie warsztatów w zakresie przekazania wiedzy o systemie na poziomie biznesowym i technicznym (m.in. procedury bazodanowe, architektura, kompilacja, obsługa Zgłoszeń),
   - zapewnienie dostępu do systemów: obsługi zgłoszeń, monitorowania i rozliczania,
c) Skreślenie dotychczasowego brzmienia § 3 ust. 3 i wpisanie w to miejsce:

„Usługi związane ze Wsparciem Użytkownika będą świadczone od zakończenia Okresu Przejściowego przez 24 miesięcy i nie są ograniczone liczbą godzin".

Zamawiający, w odpowiedzi na ww. zarzut odwołującego wskazał, iż *„(…) mając na uwadze krytyczny charakter systemu objętego przedmiotem zamówienia oraz konieczność zachowania ciągłości wsparcia dla kluczowych dla PGL LP funkcjonalności systemu LAS nie może wyrazić zgody na wprowadzenie okresu przejściowego. System LAS jest rozwiązaniem kompleksowym, w którym realizowane są procesy biznesowe Lasów Państwowych dotyczące prowadzonej gospodarki leśnej oraz przechowywane są informacje wymagające zachowania zasad bezpieczeństwa i stałego wsparcia Wykonawcy np.: dane osobowe, dane wrażliwe dotyczące karalności, dane wykorzystywane przy procedowanych sprawach sądowych. Należy zaznaczyć, że w prowadzonym w 2018 r, postępowaniu Zn spr.: DZ.270.158.2017 pn.: „Utrzymanie i rozwój systemu LAS, procedura po unieważnieniu postępowania część B", Odwołujący złożył ofertę pomimo tożsamych zapisów w SIWZ i OPZ oraz braku okresu przejściowego o którym mowa w zarzucie. Z powyższego jasno wynika, iż brak okresu przejściowego nie miał wówczas znaczenia dla Odwołującego. Warto nadmienić, że system LAS pomimo ciągłego rozwoju od tamtego czasu nie został w sposób istotny zmieniony i rozbudowany."*.

W ocenie Izby, zarzut odwołującego jest zasadny. Nie może stanowić usprawiedliwienia dla zamawiającego okoliczność, iż system ma „krytyczny charakter", oraz że odwołujący
w postępowaniu z roku 2018 roku, złożył ofertę pomimo „tożsamości" postanowień dokumentacji przetargowej.

Wskazać bowiem należy, że zamawiający mając świadomość ważności systemu dla Jego bieżącej działalności, winien z odpowiednim wyprzedzeniem wszcząć procedurę udzielenia zamówienia publicznego, tak aby potencjalnie wybrany nowy wykonawca miał czas na zapoznanie się z zakresem świadczonych usług w tzw. okresie przejściowym. Nie przyjęcie takiego rozwiązania może wywołać negatywny skutek w postaci naliczenia przez zamawiającego kar umownych dla wykonawcy, który *de facto* dopiero uczy się systemu zamawiającego. Oczywistym jest, że poziom wiedzy

i doświadczenia wykonawcy jest na wysokim albo bardzo wysokim poziomie, jednakże nie wyłącza to potrzeby „zapoznania się" z systemem w okresie przejściowym. Zdaniem Izby wystarczającym byłoby, gdyby zamawiający, odpowiednio wcześnie wszczynając procedurę udzielenia zamówienia, przewidział okres przejściowy w ten sposób, że z chwilą zakończenia bieżącej umowy, „na kontrakt" wszedłby wykonawca już zaznajomiony z systemem (po okresie przejściowym). Dlatego też Izba uznała działania zamawiającego, za niedopuszczalne i nakazała zamawiającemu wprowadzenie okresu przejściowego dla nowego kontraktu.

Zarzut nr 7 - Umowa - § 1. Akronimy, definicje i oświadczenia Stron, pkt 19,21 i 22 oraz Załącznik 5 do Umowy.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający w § 1 zawarł następującą definicję Zgłoszenia:

19. Zgłoszenie oznacza zatwierdzony do realizacji dla Wykonawcy wpis w systemie SZBM (informacja o wystąpieniu błędu, problemu, awarii).

Z powyższej definicji wynika, że Zgłoszenie to zatwierdzony do realizacji przez wykonawcę wpis w systemie SZBM. Zamawiający w załączniku 1 do SIWZ, w OPZ opisał obsługę Zgłoszeń jak poniżej:

*„3. Zasady realizacji usług Wsparcia Użytkownika:*

*1)Wszelkie Zgłoszenia winny mieć wskazanego wykonawcę, być przypisane do odpowiedniej kategorii przez zgłaszającego (Błędy, Modyfikacje, Inne), a także powinny*

*posiadać prawidłowo przypisany zakres.*

*2)Wsparciem Użytkownika są objęte tylko Zgłoszenia ze statusem „Zatwierdzone"*

*w kategorii „ Błędy" oraz „inne"."*

Zdaniem odwołującego, zapisy te wskazują, jakie zgłoszenia mają być zatwierdzone do realizacji i nie wspomina się tam o takich pojęciach: problem i awaria, które występują w definicji Zgłoszenia. Co więcej - żadne z w/w pojęć: błąd, problem, awaria nie ma swojej definicji w § 1. Z kolei w zacytowanym powyżej Załączniku nr 1 zamawiający używa pojęcia „Błąd", pisanego z wielkiej litery - co sugeruje, że jest to pojęcie zdefiniowane.

Zamawiający w § 1 zawarł następującą definicję Uchybienia i Wady:

*21. Uchybienie stosuje się do odbioru Zadań i oznacza wykonanie jakiejkolwiek części przedmiotu Umowy niezgodnie z Umową, w stopniu niedyskwalifikującym. Różnica pomiędzy wadą a uchybieniem polega na tym, iż uchybienie może i powinno zostać usunięte przez Wykonawcę w toku działań odbiorowych, co oznacza, że jego rozmiar i charakter nie są tak rozległe jak w przypadku wady. Usunięcie uchybienia nie będzie wstrzymywać działań odbiorowych, ani nie będzie podlegać powtórnemu zgłoszeniu do odbioru. Zamawiający zastrzega, że uchybienie powinno zostać usunięte w terminie do 3 dni roboczych od jego ujawnienia. Jeśli naprawa uchybienia wykroczy poza ww. termin Zamawiający kwalifikuje uchybienie jako wadę. Zamawiający zastrzega również, że w przypadku, gdy w odniesieniu do produktu zgłoszonego do odbioru w trakcie procedury odbiorowej stwierdzi co najmniej 10 uchybień zakwalifikuje produkt jako wadliwy i odmówi podpisania protokołu odbioru stosując tryb wskazany w ust. 22.*

*22. Wada stosuje się do odbioru Zadań i oznacza wykonanie jakiejkolwiek części przedmiotu Umowy niezgodnie z Umową, w stopniu dyskwalifikującym. Zamawiający po stwierdzeniu wady w toku działań odbiorowych odmawia podpisania protokołu odbioru*

*i wzywa Wykonawcę do usunięcia wady. Wykonawca po usunięciu wady ponownie zgłasza Zadanie do odbioru.*

Z powyższej definicji wynika, że zarówno Uchybienie jak i Wada dotyczy całości Zadania. Jednocześnie z definicji zadań dotyczących ZN1-5 (załączniki 1-5 do OPZ), wynika,

że dotyczą one wielu modułów np. dla Zadania Nazwanego 1 zidentyfikowano 18 Modułów/podsystemów, dla Zadnia Nazwanego 2 zidentyfikowano 12 Modułów/podsystemów, dla Zadania Nazwanego 3 zidentyfikowano 3 Moduły/podsystemy, Zadanie Nazwane 4 dotyczy 1 Modułu/Podsystemu, Zadanie Nazwane 5 dotyczy 1 Modułu/podsystemu. Dodatkowo w każdym z tych modułów zidentyfikowane zostało

co najmniej kilka do nawet kilkunastu zmian funkcjonalnych począwszy od prostych typu dodanie pola na formatce do złożonych i koniecznych w realizacji podstawowych procesów biznesowych takich jak np. zmiany w deklaracjach podatkowych za 2021 rok (PIT-11

i PIT4R, PIT8AR). Jednocześnie z zapisów dotyczących procedur zarządzania (załącznik 1 do SWZ i załącznik 8 do Umowy) wynika, że Usługi Wsparcia dotyczą poszczególnych modułów systemu LAS i systemu centralnego i każdy z nich będzie miał swojego lidera odpowiedzialnego za definiowanie zadań i odbiór produktu w ramach Zadania. Dodatkowo

z opisanych w załączniku 6 do OPZ zakresów podsystemów/modułów podlegających wsparciu wynika, że są to bardzo obszerne funkcjonalnie elementy systemu np. Kadry

i Płace, czy Finanse i Księgowość. W związku z powyższym zasadnym jest uznanie,

że odbiory Zadania mogą się składać z szeregu odbiorów cząstkowych i zdaniem wykonawcy definicje Uchybienia i Wady powinny odnosić się do odbiorów w ramach modułów podlegających usługom wsparcia.

Zdaniem odwołującego, w powyższych definicjach zamawiający nie określił obiektywnych kryteriów, które będą miały zastosowanie do uznania niezgodności wykonania jakiejkolwiek części przedmiotu Umowy za Uchybienie albo Wadę. Wykonawca rekomenduje przyjęcie obiektywnych kryteriów dotyczących uznania niezgodności wykonania jakiejkolwiek części przedmiotu Umowy za Uchybienie lub Wadę.

W Załączniku 5 do Umowy zamawiający opisał w rozdziale I. Procedurę inicjacji zleceń Zadań Dodatkowych i Drobnych Modyfikacji, gdzie zapisał, że Zamawiający w okresie obowiązywania umowy będzie zlecał Wykonawcy realizację Zadań Dodatkowych i Drobnych Modyfikacji zgodnie z poniższą procedurą punkt 1 i 2 tej procedury zostały sformułowane następująco:

1.*Procedurę zlecania Zadania Dodatkowego lub Drobnych Modyfikacji może zainicjować pracownik Zamawiającego upoważniony do kontaktów, znajdujący się na liście osób upoważnionych ustalonej na etapie prac analitycznych i organizacyjnych po podpisaniu Umowy, poprzez przesłanie na adres e-mail Wykonawcy prośby o oszacowanie pracochłonności zadania. Prośba ta będzie zawierała opis, zakres Zadania Dodatkowego lub Drobnych Modyfikacji oraz ewentualne wymagania dotyczące przekazania kodów źródłowych, dokumentacji itp.*

*2.Wykonawca w terminie do 10 dni roboczych od otrzymania ww. zapytania o oszacowanie, przekaże pracownikowi Zamawiającego, o którym mowa w pkt. 1 informację o szacowanej czasochłonności lub w terminie do 5 dni roboczych prośbę o doprecyzowanie zapytania o oszacowanie. Prośba o doprecyzowanie musi zawierać wykaz obszarów wymagających uszczegółowienia.*

Wykonawca na podstawie tak zdefiniowanego zakresu jaki zostanie mu przekazany nie może dokonać oszacowania pracochłonności Zadania i w odpowiedni sposób ocenić ryzyk realizacji zadania, ze względu na brak zdefiniowania jego krytyczności w ramach zmian realizowanych w poszczególnych funkcjonalnościach danego Modułu i możliwość jednostronnego definiowania Wad i Uchybień w procesie odbioru przez zamawiającego obecnego brzmienia SWZ nie

wynika, jaki jest zakres usług Wsparcia Użytkownika. Odwołujący nie może określić zakresu usługi, którą ma świadczyć, jej pracochłonności. Tym samym - na podstawie brzmienia SWZ nie jest możliwe sporządzenie profesjonalnej oferty, gdyż SWZ nie zawiera wszystkich wymagań i okoliczności, które mają wpływ na sporządzenie oferty. Tym samym obecne brzmienie SWZ narusza art. 99 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wniósł o:

a) zmianę definicji zawartych w § 1 pkt 19, 21 i 24 w sposób następujący:

*19. Zgłoszenie oznacza Zatwierdzony do realizacji dla Wykonawcy wpis w systemie SZBM,*

*21. Uchybienie stosuje się do odbioru Zadań i oznacza wykonanie jakiejkolwiek części przedmiotu Umowy niezgodnie z Umową, w stopniu niedyskwalifikującym tj. stwierdzeniu,*
*że w rejestrze błędów prowadzonym dla testów dostarczonego Zadania dla Modułu/podsystemu znajduje się min. 1 błąd, który uniemożliwia przejście scenariusza testowego dla funkcjonalności niekrytycznej danego podsystemu lub Modułu SILP. Różnica pomiędzy wadą a uchybieniem polega na tym, iż uchybienie może i powinno zostać usunięte przez Wykonawcę w toku działań odbiorowych, co oznacza, że jego rozmiar i charakter nie są tak rozległe jak w przypadku wady. Usunięcie uchybienia nie będzie wstrzymywać działań odbiorowych, ani nie będzie podlegać powtórnemu zgłoszeniu do odbioru. Zamawiający zastrzega, że uchybienie powinno zostać usunięte w terminie do 3 dni roboczych od jego ujawnienia lub do czasu zakończenia procesów odbiorczych za zgodą Zamawiającego. Zamawiający zastrzega również, że w przypadku, gdy w odniesieniu do Modułu zgłoszonego do odbioru w trakcie procedury odbiorowej stwierdzi co najmniej 5 uchybień zakwalifikuje Moduł jako wadliwy i odmówi podpisania protokołu odbioru w zakresie zakwestionowanego modułu stosując tryb wskazany w ust. 22.*

*22. Wada stosuje się do odbioru Zadań i oznacza wykonanie jakiejkolwiek części przedmiotu Umowy niezgodnie z Umową, w stopniu dyskwalifikującym tj. stwierdzeniu, że w rejestrze błędów prowadzonym dla testów dostarczonego Zadania znajduje się min 1 Błąd uniemożliwiający przejście scenariusza testowego dla funkcjonalności krytycznej danego podsystemu lub Modułu SILP i nie kwalifikuje się jako Uchybienie. Zamawiający po stwierdzeniu wady w toku działań odbiorowych odmawia podpisania protokołu odbioru dla danego modułu i wzywa Wykonawcę do usunięcia wady. Wykonawca po usunięciu wady ponownie zgłasza Zadanie w części nieodebranej do odbioru.*

b) dodanie do definicji zawartych w § 1 definicji:

*Błąd - działanie modułu objętego usługami Wsparcia Użytkownika niezgodne dokumentacją (w OPZ, Projekcie Technicznym, dokumentacji użytkownika),*

*Awaria - Błąd działania oprogramowania lub Błąd bazy danych systemu LAS*

zmianę w załączniku nr 5 do Umowy nr DZ.271…2021 (PROCEDURA ZLECANIA ZADAŃ DODATKOWYC DROBNYCH MODYFIKACJI, NEGOCJACJI CZASOCHŁONNOŚCI I ODBIORÓW ZADAŃ) w rozdziale I. Pr inicjacji zleceń Zadań Dodatkowych i Drobnych Modyfikacji p. 1 na:

1.*Procedurę zlecania Zadania Dodatkowego lub Drobnych Modyfikacji może zainicjować pracownik Zamawiającego upoważniony do kontaktów, znajdujący się na liście osób upoważnionych ustalonej na etapie prac analitycznych i organizacyjnych po podpisaniu Umowy, poprzez przestanie na adres e-mail Wykonawcy prośby o oszacowanie pracochłonności zadania. Prośba ta będzie zawierała opis, zakres Zadania Dodatkowego lub Drobnych Modyfikacji oraz określała funkcjonalności krytyczne dla każdej funkcjonalności realizowanej dla danego modułu ewentualne wymagania dotyczące przekazania kodów źródłowych, dokumentacji itp.*

d)zmianę w załączniku nr 5 do Umowy nr DZ.271.....2021 (PROCEDURA ZLECANIA ZADAŃ DODATKOWYC DROBNYCH MODYFIKACJI, NEGOCJACJI CZASOCHŁONNOŚCI I ODBIORÓW ZADAŃ) w rozdziale I. Pr inicjacji zleceń Zadań Dodatkowych i Drobnych Modyfikacji p. 2 na:

2.*Wykonawca w terminie do 10 dni roboczych od otrzymania ww. zapytania*

*o oszacowanie, przekaże pracownikowi Zamawiającego, o którym mowa w pkt. 1 informację o szacowanej czasochłonności lub w terminie do 5 dni roboczych prośbę o doprecyzowanie zapytania o oszacowanie, w tym potwierdzenie funkcjonalności krytycznych zmiany dla modułu lub przekazać uwagi w tym zakresie. Prośba o doprecyzowanie musi zawierać wykaz obszarów wymagających uszczegółowienia. Uzgodnienie funkcjonalności krytycznych pomiędzy Stronami jest podstawą do oszacowania zmiany przez Wykonawcę.*

Zamawiający odnosząc się do ww. zarzutu wskazał, iż *„Zamawiający uznaje częściowo żądanie Odwołującego w zakresie dodania do §1 projektu umowy definicji Zgłoszenia*
*i Awarii tj.:*

*a)Zamawiający zmieni treść §1 ust. 19 projektu umowy na:*

*„Zgłoszenie oznacza Zatwierdzony do realizacji dla Wykonawcy wpis w systemie SZBM"*

*b)Zamawiający wprowadzi w §1 projektu umowy definicję Awarii:*

*„Awaria - Błąd działania oprogramowania lub Błąd bazy danych systemu LAS",*

*c)Zamawiający zmieni treść w załączniku nr 5 do projektu umowy PROCEDURA ZLECANIA ZADA DODATKOWYCH, DROBNYCH MODYFIKACJI, NEGOCJACJI CZASOCHŁONNOŚCII ODBIORÓW ZADAŃ.*

*-w rozdziale I pkt 1 na:*

*„Procedurę zlecania Zadania Dodatkowego lub Drobnych Modyfikacji może zainicjować pracownik Zamawiającego upoważniony do kontaktów, znajdujący się na liście osób upoważnionych ustalonej na etapie prac analitycznych i organizacyjnych po podpisaniu Umowy, poprzez przesłanie na adres e-mail Wykonawcy prośby o oszacowanie pracochłonności zadania, Prośba ta będzie zawierała opis, zakres Zadania Dodatkowego lub Drobnych Modyfikacji oraz określała funkcjonalności krytyczne dla każdej funkcjonalności realizowanej dla danego modułu ewentualne wymagania dotyczące przekazania kodów źródłowych, dokumentacji itp.",*

*-w rozdziale I pkt 2 na:*

*„Wykonawca w terminie do 10 dni roboczych od otrzymania ww. zapytania*
*o oszacowanie, przekaże pracownikowi Zamawiającego, o którym mowa w pkt. 1 informację o szacowanej czasochłonności lub w terminie do 5 dni roboczych prośbę o doprecyzowanie zapytania o oszacowanie, w tym potwierdzenie funkcjonalności krytycznych zmiany dla modułu lub przekazać uwagi w tym zakresie, Prośba o doprecyzowanie musi zawierać wykaz obszarów wymagających uszczegółowienia. Uzgodnienie funkcjonalności krytycznych pomiędzy Stronami jest podstawą do oszacowania zmiany przez Wykonawcę".*

W pozostałym zakresie zamawiający nie uwzględnił żądania odwołującego podnosząc *„(…) wprowadzenie zmian w dokumentacji postępowania zgodnie z żądaniem Odwołującego w zakresie definicji Uchybienia i Wady (lit. a) pkt 21 i 22 żądania) ogranicza możliwość egzekwowania poprawnej realizacji przedmiotu umowy. Przyjęcie nowych definicji Uchybienia i Wady skutkowałoby koniecznością odbioru Zadania przez Zamawiającego*
*w sytuacji gdy w trakcie procedury odbiorczej stwierdzono by wystąpienie Uchybień lub/i Wad funkcjonalności, których*

*Wykonawca nie umieścił w procedurze testowej. b) Zamawiający uważa, że zdefiniowanie pojęcia błędu (lit. b) żądania) nie wymaga doprecyzowania. Zamawiający zaznacza, że błąd oznacza każde zachowanie oprogramowania i/lub bazy niezgodnie z oczekiwaniem. Wprowadzenie proponowanej definicji skutkowałoby zbyt restrykcyjnym zawężeniem usługi wsparcia".*

W ocenie Izby, podtrzymany przez odwołującego zarzut (w zakresie nieuwzględnionym przez zamawiającego) nie zasługuje na uwzględnienie.

Zdaniem Izby, jak słusznie podniósł zamawiający, opisy dotyczą zadań, a nie jak chce tego odwołujący – modułu, albowiem zadania same w sobie zawierają szereg różnych modułów i np. zmiana w jednym module w ramach określonego zadania może spowodować zmianę w innym module. Tym samym całe zadanie ulega zmianie. Analogicznie w zakresie definicji błędu zamawiający szeroko zdefiniował ten aspekt, zwracając uwagę, że jeden błąd może np. wygenerować błąd w innym module, a procedura scenariusza testowego, która jest opracowywana przez wykonawcę, może być skonstruowana w taki sposób, że tego błędu nie obejmie. Tym samym, w ocenie Izby postanowienia opracowane przez zamawiającego odpowiadają założeniom przez Niego przyjętym i będą dawały podstawę do ich identyfikacji na etapie realizacji umowy.

<u>Zarzut nr 12 - Umowa § 7 ust 1 i § 8 ust. 2,5 - dwukrotne karanie Wykonawcy za ten sam stan faktyczny: kara umowna, odszkodowanie.</u>

Odwołujący podniósł, iż zamawiający w § 7 ust. 1 Umowy określił zasady naliczenia kary umownej. Jednocześnie zamawiający w § 8 ust. 2 Umowy określił zasady wypowiedzenia Umowy.

Ponadto w § 8 ust. 5 Umowy zamawiający zastrzegł, co następuje: „*W przypadku wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego, z przyczyn określonych w ust. 2 pkt 1) - 6), Wykonawca zobowiązuje się do zapłaty Zamawiającemu, niezależnie od wcześniej naliczonych kar umownych, odszkodowania w wysokości 10% maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy brutto*".

Z powyższego wynika, że przywołane zapisy Umowy uprawniają zamawiającego do nałożenia w wybranych przypadkach podwójnej sankcji na wykonawcę za to samo zdarzenie, gdyż wykonawca za rażące naruszenie postanowień Umowy zobowiązany jest do zapłaty poza nałożoną karą umowną również odszkodowania z tytułu wypowiedzenia Umowy. Odwołujący wskazał, że w przypadku 12 z 17 kar umownych zamawiający może,
w pewnych warunkach, dodatkowo wypowiedzieć umowę, co automatycznie oznacza zapłatę odszkodowania przez wykonawcę.

W ocenie odwołującego, zamawiający na etapie realizacji Umowy ma podstawę do podwójnego karania wykonawcy za to samo naruszenie, co powoduje, iż przekroczono granicę swobody umów i obarczono wykonawcę zbyt dużym ryzykiem związanym
z niezachowaniem obowiązków umownych.

Zdaniem odwołującego oczywistym jest, że niedopuszczalne jest, aby za tę samą okoliczność faktyczną wykonawca był karany dwoma różnymi karami. Takie też stanowisko zajął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 stycznia 2019 r., sygn. akt: III CSK 9/17: „Nie ma wątpliwości, że karą umowną może być przez strony obwarowana sytuacja opóźnienia się przez którąś z nich z wykonaniem pewnych obowiązków niepieniężnych, jaki wreszcie sytuacja, gdy zachowanie którejś z nich usprawiedliwi złożenie przez drugą oświadczenia o odstąpieniu od umowy. W uchwale z 18 lipca 2012 r., III CZP 39/12 (OSNC 2013, Nr 2, poz. 17), w nawiązaniu do poglądu wyrażonego już w uchwale z 16 stycznia 1984 r., III CZP 70/83 (OSNC 1984, Nr 8, poz. 131), Sąd Najwyższy wyjaśnił, że nie może być kumulowana kara umowna przewidziana za nienależyte wykonanie zobowiązania, np. kara umowna za zwłokę w wykonaniu zobowiązania i kara umowna za niewykonanie zobowiązania."

Mając na uwadze powyższe odwołujący stwierdził, że nie istnieje żadne uzasadnienie, dla którego wykonawca miałby być karany dwa razy za tę samą okoliczność faktyczną. Stąd też wprowadzenie przez zamawiającego do Projektu Postanowień Umownych, iż będzie karał wykonawców dwukrotnie za ten sam czyn jest niedopuszczalne i przekracza dopuszczalną swobodę umów. Narusza to przepis art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. $353^1$ kc.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wykreślenie § 8 ust. 5 Umowy w całości.

Zamawiający podniósł, iż „*Stosownie do treści 8 ust. 6 Projektu Umowy w przypadku Odstąpienia, Wypowiedzenia lub Rozwiązania Umowy Strony zobowiązują się dokonać jej rozliczenia zgodnie z postanowieniami §9. Natomiast zgodnie z treścią §9 ust. 2-4 Projektu Umowy w przypadku, gdy w toku realizacji Umowy jedna ze Stron wypowie Umowę, bądź też Umowa zostanie rozwiązana, Strony zobowiązane są niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 14 dni od daty wystąpienia ww. okoliczności, sporządzić protokół stanu zaawansowania wykonanych prac (ust. 2). W protokole stanu zaawansowania prac, o którym mowa powyżej, Strony określą procentowy zakres wykonanych prac oraz rozliczenie wynagrodzenia za te prace z uwzględnieniem kar umownych oraz wszelkich kosztów mających wpływ na przedmiotowe rozliczenie (ust. 3). Protokół zakończy jednoznaczne zobowiązanie Stron w przedmiocie braku przyszłych roszczeń z tytułu Umowy, innych niż określone w protokole rozliczenia Umowy (ust. 4)*".

Izba uznała zarzut za niezasadny. W zakresie omawianego zarzutu, Izba w całości podzieliła stanowisko zamawiającego, który wskazał, iż istotne jest zatem to, że zamawiający przewidział, iż wszystkie przewidziane w umowie sposoby zakończenia umowy następują ze skutkiem na przyszłość. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 stycznia 2019 r., sygn. akt III CSK 9/17 stwierdził, że sytuacja wygląda inaczej, jeśli dochodzi do częściowego odstąpienia od umowy - ze skutkiem na przyszłość (*ex nunc*), czyli co do niewykonanej części umowy.
W takich przypadkach wykonana już część umowy nie jest objęta odstąpieniem i umowa
w tej części nadal wiąże strony. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu ww. orzeczenia wskazał: „Oznacza to, że świadczenia, jakie spełniły w związku z wykonywaniem umowy do czasu złożenia skutecznego oświadczenia o odstąpieniu od niej były świadczeniami spełnionymi na podstawie umowy i podlegającymi ocenie stosownie do jej przepisów. Odstąpienie odniosło skutek do tych świadczeń, a w szczególności robót, których pozwany nie spełnił do momentu, w którym wywołało skutki. Oznacza to, że część świadczeń spełnionych przez pozwanego na rzecz powodów i wzajemnie musi być zarachowana jako świadczenia
z umowy, stanowiące o jej częściowym wykonaniu. Do takich świadczeń można odnosić ocenę, czy wykonane zostały w terminie, czy z jego naruszeniem. Skoro odstąpienie od umowy wywołało skutki na przyszłość, to i szkoda, jaką powodowie ponieśli w związku
z zaistnieniem podstaw do złożenia takiego oświadczenia ogranicza się do tego interesu, którego pozwany nie zaspokoił przez świadczenia." I dalej: „Przytoczony wyżej pogląd,
że kara umowna obejmująca szkodę wynikłą z niewykonania zobowiązania nie może być kumulowana z karą umowną za nienależyte wykonanie zobowiązania ma zastosowanie do tych przypadków, gdy w następstwie działającego *ex tunc* oświadczenia o odstąpieniu od umowy brak jest podstaw, by twierdzić, że stosunek umowny łączący strony utrzymał się

choćby w jakiejś części, ale trudno go zastosować do przypadków, gdy część świadczeń stron ma zachować status "umownych", czyli spełnionych przez nie w wykonaniu zawartej
z kontrahentem umowy i przyjętych jako świadczenia wzajemne z takiej umowy, a od spełnienia i przyjęcia jakiejś ich części na tej podstawie strony odstępują.

Stąd też można stwierdzić, że zastrzeżenie odstąpienia od umowy ze skutkiem na przyszłość, jak również wypowiedzenie umowy, które ze swojej natury jest skuteczne na przyszłość skutkuje możliwością oceny spełnionych wcześniej świadczeń wzajemnych, jako mających podstawę w umowie. Oznacza to, że świadczenia, jakie strony spełniły w związku z wykonywaniem umowy do czasu złożenia skutecznego oświadczenia o odstąpieniu, były świadczeniami spełnionymi na podstawie umowy i podlegającymi ocenie stosownie do jej przepisów. Odstąpienie tym samym dotyczy tylko świadczeń niespełnionych (do czasu skutecznego odstąpienia). Część świadczeń spełnionych musi być zatem uznana za świadczenia z umowy, stanowiące o jej częściowym wykonaniu. W tym zakresie można oceniać, czy obowiązki zostały wykonane należycie i czy np. należna jest kara umowna za opóźnienie. Jeśli zatem doszło do częściowego odstąpienia od umowy, możliwe jest jednoczesne dochodzenie kary umownej za opóźnienie (w wykonanej części umowy) i kary za odstąpienie co do niewykonanej części umowy.

Odwołujący przedstawił dla swojego stanowiska w zakresie kar umownych argumentację dotyczącą zupełnie innego stanu faktycznego. W przytoczonej przez odwołującego uchwale Sądu Najwyższego z 18 lipca 2012 r., sygn. akt III CZP 39/12 sytuacji, w związku ze złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od umowy dochodzi do zniesienia umownego stosunku prawnego między stronami (umowa ma być uważana za niezawartą – art. 395 §2
i art. 494 k.c.). W takim przypadku do wykonania zobowiązania nie może już dojść; odstępujący od umowy może natomiast żądać na podstawie art. 494 §1 zdanie drugie i art. 471 k.c. odszkodowania za szkodę wyrządzoną mu niewykonaniem zobowiązania. Nie miałoby natomiast uzasadnienia żądanie naprawienia szkody wyrządzonej mu nienależytym wykonaniem zobowiązania, gdyż zachowania kontrahenta nie mogą być już rozpatrywane
w kategoriach wykonania umowy i oceniane według stopnia, w jakim realizowały jej postanowienia.

Natomiast konstrukcja zawarta przez zamawiającego w umowie daje zamawiającemu uzasadnioną możliwość na ocenę tego co już zostało wykonane, jak również na nałożenie kary z tego powodu, że zaszła konieczność, na skutek okoliczności zawinionych przez wykonawcę, do wypowiedzenia umowy i tym samym niewykonania pozostałej części zobowiązania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) oraz w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Spośród czterech zarzutów podlegających rozpoznaniu na rozprawie Izba uwzględniła dwa zarzuty (nr 2 i nr 3) oraz oddaliła dwa zarzuty (nr 7 i nr 12). Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7.500 zł, co wyrówna koszty obu stron
w zakresie kosztów poniesionych tytułem wpisu od odwołania. Na podstawie § 7 ust. 3 pkt 2 ww. rozporządzenia, w związku z okolicznością, iż *de facto* zarówno zamawiający jak
i odwołujący po części przegrali i po części wygrali postępowanie odwoławcze (po ½), Izba postanowiła znieść koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, wzajemnie między stronami postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:……