

Sygn. akt: KIO 3394/24

WYROK

z dnia 11 października 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Justyna Tomkowska

Członkowie: Renata Tubisz

Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 października 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2024 roku przez wykonawcę Nexus Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu

przy udziale Przystępującego - IQVIA Commercial Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie po stronie Odwołującego

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów oznaczonych w petitum odwołania

A). 1, 2, 3, 11, 14, 15, 16, 17, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 29, 30, 32, 35, 36, 39, 41, 42 wzoru umowy z uwagi na ich uwzględnienie przez Zamawiającego;

2. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych w petitum

odwołania A). 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 18, 20, 27, 28, 31, 38 z uwagi na ich wycofanie przez Odwołującego;

3. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w petitum odwołania A). 13 i

A). 40 i nakazuje Zamawiającemu zmianę zapisów SWZ, postanowień umownych

i pozostałych dokumentów postępowania, w sposób, z którego wynikać będzie,

że zakończenie etapów 1 do 6 musi zakończyć się do 31 lipca 2028 roku; a także dostosowanie postanowień § 18 wzoru umowy do przepisów ustawy Pzp, tak by z umowy wynikało, że obowiązkiem Wykonawcy jest zawiadomienie Zamawiającego o zmianie podwykonawcy;

4. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

5. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i Zamawiającego w następujący

sposób:

5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, a także kwotę 4 506 zł 00 gr (słownie: czterech tysięcy pięciuset sześciu złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie i rozprawę;

5.2. zasądza od Zamawiającego – Uniwersytetu Medycznego im. Karola

Marcinkowskiego w Poznaniu na rzecz Odwołującego – Nexus Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu kwotę 4 736 zł 00 gr (słownie: czterech tysięcy siedmiuset trzydziestu sześciu złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem 2/5 kosztów postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Członkowie:

KIO 3394/24

UZASADNIENIE

Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, w oparciu o przepisy art. 132 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej jako „ustawa Pzp”) na Opracowanie i wdrożenie systemu informatycznego dla Wielkopolskiego Centrum Medycyny Cyfrowej (WCMC) wraz z rozbudową systemów informacji szpitalnej (HIS) Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego (USK), Ginekologiczno-Położniczego Szpitala Klinicznego (GPSK), Ortopedyczno-Rehabilitacyjnego Szpitala Klinicznego (ORSK), Szpitala Klinicznego im. Karola Jonschera (SKKJ) oraz UCSM. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 5 września 2024 r. pod numerem: 5337592024.

Dnia 14 września 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawca Nexus Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (dalej jako „Odwołujący”). Odwołanie złożono wobec treści specyfikacji warunków zamówienia wraz załącznikami (dalej jako „SWZ”).

Zdaniem Odwołującego zapisy SWZ ukształtowano w sposób:

- a) kształtujący treść przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający jego właściwość, przepisy powszechnie obowiązującego prawa, zasadę proporcjonalności, zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równowagę stron stosunku zobowiązaniowego, prowadząc do nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego,
- b) niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i wykonanie zamówienia,
- c) utrudniający uczciwą konkurencję oraz naruszający zasadę równego traktowania wykonawców,
- d) naruszający szczegółowe regulacje ustawy Pzp, powołane w uzasadnieniu zarzutów.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

A) art. 134 ust. 1 pkt 20 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 kc w zw. z art. 353(1) kc oraz art. 99 ust. 1 PZP poprzez zawarcie zapisów niejednoznacznych, a także przepisów wskazanych w uzasadnieniu poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający jego właściwość, przepisy powszechnie obowiązującego prawa, zasady proporcjonalności oraz równowagę stron stosunku zobowiązaniowego prowadząc do nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego na skutek wprowadzenia w treści Załącznika nr 1 do SWZ – wzór umowy oraz Załącznika nr 9 do umowy – Dokument Gwarancji zapisów:

1. Lokalizacja zapisu Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, definicje pkt. 2 Awaria.

Pojęcie Awarii zostało zdefiniowane jako „wykryta wada polegająca na nieprawidłowej pracy, uniemożliwiająca Zamawiającemu tymczasowo lub trwale korzystać z SYSTEMU w całości lub jego części”. Jednocześnie inny typ wady stanowiący Błąd jest zdefiniowany w pkt 3 Projektu Umowy jako „zakłócenie pracy SYSTEMU, spowodowane brakiem działania lub niewłaściwym działaniem SYSTEMU, w szczególności polegającym na ograniczeniu lub uciążliwości w realizacji jednej z funkcji SYSTEMU. Wyróżnia się następujące rodzaje błędów:

- 1) Błąd krytyczny
 - a) Następuje zatrzymanie pracy SYSTEMU na czas powyżej 1 godziny lub
 - b) Nie ma żadnej możliwości realizacji co najmniej jednego procesu biznesowego przez okres ponad 1 godziny i nie istnieje możliwość obejścia problemu, lub
 - c) Nie ma żadnej możliwości realizacji jednej z jego funkcji, w wyniku czego SYSTEM lub jego część nie nadaje się do zastosowania w bieżącej działalności Zamawiającego. (...)

ŻADANIE: W związku z powyższym Odwołujący wnosi o usunięcie pojęcia Awarii z pkt 2 Definicji Projektu Umowy, także jako konsekwencja tej zmiany – także z pkt 9 Definicji Projektu Umowy:

9. Gwarancja - dedykowane wsparcie świadczone przez Wykonawcę, w ramach wynagrodzenia za wykonanie SYSTEMU, polegające na realizacji świadczeń gwarancyjnych w celu zapewnienia poprawnego działania SYSTEMU i usuwaniu Błędów Zwykłych, Ważnych i Krytycznych w czasie i na zasadach opisanych w niniejszej umowie oraz w Dokumencie Gwarancji stanowiącym załącznik nr 9 do umowy oraz pkt 32 Definicji Projektu Umowy:

32. Zgłoszenie serwisowe - Zgłoszenie do Wykonawcy lub przedstawiciela Wykonawcy (według polityki serwisowej Wykonawcy) wystąpienia Wad (w tym Usterek, Błędów) dokonane przez Zamawiającego.

2. Lokalizacja zapisu Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, definicje pkt. 27 Wada.

Pojęcie Wady zostało zdefiniowane w Definicjach, w pkt 27 Projektu Umowy jako „Wada – nieprawidłowe działanie

SYSTEMU występujące w postaci: Błędu krytycznego, ważnego lub zwykłego.”

ŻĄDANIE: W związku z powyższym Odwołujący wnosi o usunięcie pojęcia Wady z pkt 27 Definicji Projektu Umowy, a także jako konsekwencja tej zmiany – także z pkt 32 Definicji Projektu Umowy:

32. Zgłoszenie serwisowe - Zgłoszenie do Wykonawcy lub przedstawiciela Wykonawcy (według polityki serwisowej Wykonawcy) wystąpienia (w tym Usterek, Błędów) dokonane przez Zamawiającego. z § 1 ust. 1 pkt 2) lit e) Projektu Umowy:

e) świadczenie usługi Utrzymania SYSTEMU obejmującej m.in. aktualizacje wynikające ze zmian przepisów prawa oraz Usług Gwarancji obejmującej m.in. usuwanie Błędów wykrytych w trakcie użytkowania SYSTEMU,

Oraz we wszystkich przypadkach występujących w załączniku nr 9 do Projektu umowy, a także o:

- zmianę w § 12 ust. 3 pkt 4 - 6) Projektu Umowy określenia „Wady” na „wadę” (z dużej na małą literę, gdyż pojęcie wady występuje tu w znaczeniu jakie temu pojęciu nadaje kodeks cywilny):

4) Za pozytywne zakończenie czynności odbiorowych uważa się podpisanie przez obie Strony bezusterkowego (tj. bez wad lub zastrzeżeń/uwag) protokołu odbioru.

5) W przypadku stwierdzenia wad lub zastrzeżeń/uwag w czasie odbioru, Zamawiający wyznaczy termin na usunięcie przedmiotowych wad i/lub zastrzeżeń/uwag, wyznaczając jednocześnie termin ponownego zgłoszenia do odbioru. W przypadku stwierdzenia wad lub zastrzeżeń/uwag podczas trzeciej próby odbioru, Zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od umowy i żądania kary umownej w wysokości 1% wartości brutto wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 2. Zamawiającemu przysługuje prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonej kary na zasadach ogólnych.

6) Zamawiający zastrzega sobie prawo dokonania odbioru SYSTEMU, mimo występowania wad, Błędów lub zastrzeżeń/uwag, które w ocenie Zamawiającego, pozostają bez lub nie mają istotnego wpływu na funkcjonowanie SYSTEMU, z zastrzeżeniem prawa Zamawiającego do odpowiedniego obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy oraz żądania kar umownych i odszkodowań przewidzianych niniejszą umową. W takim przypadku protokół odbioru będzie zawierał stosowną adnotację o stwierdzonych wadach, Błędach lub zastrzeżeniach/uwagach, będącą podstawą do ustalenia ww. roszczeń wobec Wykonawcy.

- zmianę w § 16 ust. 3 pkt 1) Projektu Umowy określenia „Wady” na „wadę” (z dużej na małą literę, gdyż pojęcie wady występuje tu w znaczeniu jakie temu pojęciu nadaje kodeks cywilny): 1) Gdy Wykonawca pozostaje w zwłoce z usunięciem wad, Błędów lub zastrzeżeń/uwag stwierdzonych w trakcie któregośkolwiek odbioru, w tym częściowego, w stosunku do terminów ich usunięcia wyznaczonych przez Zamawiającego – w wysokości 0,1% wartości brutto określonego w § 3 ust. 2 za każdy rozpoczęty dzień zwłoki.

3. Lokalizacja zapisu Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, Załącznik nr 9 do umowy – Dokument Gwarancji, pkt 9 (Tabela).

Zgodnie z treścią pkt 9 Załącznika nr 1 do SWZ – Projekt Umowy,

9. W przypadku stwierdzenia bądź ujawnienia Wady lub Błędu, Wykonawca (Gwarant) usunie tę Wadę lub Błąd zgodnie z zasadami SLA (Service Level Agreement) zawartymi w poniższej Tabeli:

Typ	Czas Reakcji (h)	Czas Obejścia (h)	Czas Naprawy (h)
Błąd krytyczny	1	-	8
Błąd ważny	2	8	24
Błąd zwykły	2	24	40

Inne problemy 12 - 112

ŻĄDANIE Odwołujący wnosi o wykreślenie ostatniego wiersza tabeli z pkt 9 zapis Załącznika nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, Załącznik nr 9 do umowy – Dokument Gwarancji: 4. Lokalizacja zapisu Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, Załącznik nr 9 do umowy – Dokument Gwarancji, pkt 9 (Tabela).

Typ	Czas Reakcji (h)	Czas Obejścia (h)	Czas Naprawy (h)
Błąd krytyczny	1	-	8
Błąd ważny	2	8	24
Błąd zwykły	2	24	40
Inne problemy	12	-	112
ŻĄDANIE Odwołujący wnosi o <u>wydłużenie terminów</u> i dokonanie Naprawy zgodnie z następującymi propozycjami:			na zastosowanie Obejścia
Typ	Czas Reakcji (h)	Czas Obejścia (h)	Czas Naprawy (h)

Błąd krytyczny	1	-	16
Błąd ważny	2	16	48
Błąd zwykły	2	48	80

5. Lokalizacja zapisu Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, Załącznik nr 9 do umowy – Dokument Gwarancji, pkt 12.

Zgodnie z pkt 12 Załącznik nr 9 do umowy – Dokument Gwarancji, „W przypadku, gdy Wykonawca (Gwarant) stwierdzi, że nieprawidłowe działanie SYSTEMU objęte zgłoszeniem nie jest spowodowane Wadą lub Błędem, Wykonawca (Gwarant) jest zobowiązany do:

- 1) podania przyczyny nieprawidłowego działania SYSTEMU, jak również – o ile to możliwe – podmiotu odpowiedzialnego za wystąpienie takiej nieprawidłowości,
- 2) wsparcia Zamawiającego (na jego wniosek) przy odzyskiwaniu danych i programów utraconych w wyniku wystąpienie nieprawidłowości,
- 3) wsparcia Zamawiającego (na jego wniosek) w przywróceniu pełnej funkcjonalności SYSTEMU,
- 4) W przypadku ustalenia i potwierdzenia przypadku, w którym przyczyna

nieprawidłowego działania SYSTEMU leży po stronie Zamawiającego, Wykonawca będzie mógł rozliczyć naprawę z godzin rozwojowych lub osobnym odpłatnym zleceniem; po wcześniejszym uzgodnieniu liczby roboczogodzin lub kwoty.”

ŻADANIE „W przypadku, gdy Wykonawca (Gwarant) stwierdzi, że nieprawidłowe działanie SYSTEMU objęte zgłoszeniem nie jest spowodowane Wadą lub Błędem, Wykonawca (Gwarant) jest zobowiązany do:

- 1) podania przyczyny nieprawidłowego działania SYSTEMU, jak również – o ile to możliwe – podmiotu odpowiedzialnego za wystąpienie takiej nieprawidłowości,
- 2) wsparcia Zamawiającego (na jego wniosek) przy odzyskiwaniu danych i programów utraconych w wyniku wystąpienie nieprawidłowości,
- 3) wsparcia Zamawiającego (na jego wniosek) w przywróceniu pełnej funkcjonalności SYSTEMU,
- 4) W przypadku ustalenia przypadku, w którym przyczyna nieprawidłowego działania

SYSTEMU leży po stronie Wykonawcy, Wykonawca będzie mógł rozliczyć czynności opisane w pkt 1) – 3) z godzin rozwojowych lub osobnym odpłatnym zleceniem; po wcześniejszym uzgodnieniu liczby roboczogodzin lub kwoty.”

6. Lokalizacja zapisu Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, Załącznik nr 9 do umowy – Dokument Gwarancji, pkt 13. ppkt 3).

Zgodnie z Załącznikiem nr 9 do Umowy – Dokument gwarancji pkt 13, ppkt. 3) „Wykonawca (Gwarant) jest zobowiązany do świadczenia usług gwarancyjnych w sposób: (...) 3) umożliwiający pracownikom Zamawiającego nabycie odpowiednich umiejętności oraz wiedzy (know-how), pozwalających na samodzielne serwisowanie SYSTEMU rozumiane jako przeszkolenie wskazanych przez Zamawiającego pracowników, a także przekazanie kompetencji w zakresie serwisowania SYSTEMU, tj. przeprowadzenie szkoleń z architektury SYSTEMU umożliwiających zrozumienie zasad jego działania oraz przekazywanie na bieżąco przez Wykonawcę w trakcie użytkowania SYSTEMU pełnych rozwiązań zgłoszonych Wad lub Błędów. Szkolenia, o których mowa będą zakończone wydaniem certyfikatu potwierdzającego zdobycie wymaganych umiejętności. Wykonawca (Gwarant) zapewni szkolenia, których zakres zagwarantuje osiągnięcie wymaganego poziomu kompetencji.”

ŻADANIE: Odwołujący wnosi o zmianę pkt 13 ppkt 3) Załącznik nr 9 do umowy – Dokument Gwarancji, w następujący sposób: „Wykonawca (Gwarant) jest zobowiązany do świadczenia usług gwarancyjnych w sposób: (...) 3) umożliwiający pracownikom

Zamawiającego nabycie odpowiednich umiejętności oraz wiedzy (know-how), pozwalających na samodzielne konfigurowanie SYSTEMU i zmianę dostępnych w nim parametrów oraz rozwiązywanie problemów wynikających z błędnych działań użytkowników, rozumiane jako przeszkolenie wskazanych przez Zamawiającego pracowników, a także przekazanie kompetencji w ww. zakresie, tj. przeprowadzenie szkoleń z architektury SYSTEMU umożliwiających zrozumienie zasad jego działania oraz. Szkolenia, o których mowa będą zakończone wydaniem certyfikatu

potwierdzającego zdobycie wymaganych umiejętności. Wykonawca (Gwarant) zapewni szkolenia, których zakres zagwarantuje osiągnięcie wymaganego poziomu kompetencji."

7. Lokalizacja zapisu Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, Załącznik nr 9 do umowy – Dokument Gwarancji, pkt 14, ppkt 3).

Zgodnie z Załącznikiem nr 9 do Umowy – Dokument gwarancji pkt 14, ppkt 3) „Zamawiający zobowiązuje się dołożyć wszelkich starań w celu umożliwienia Wykonawcy

(Gwarantowi) realizacji świadczeń gwarancyjnych poprzez: (...) 3) umożliwienie dostępu do Środowiska testowego, w zakresie niezbędnym do realizacji usług gwarancyjnych."

ŻĄDANIE Odwołujący wnosi o zmianę pkt 14 ppkt 3) Załącznik nr 9 do umowy – w następujący sposób: „Zamawiający zobowiązuje się dołożyć wszelkich starań w celu umożliwienia Wykonawcy (Gwarantowi) realizacji świadczeń gwarancyjnych poprzez: (...) 3) umożliwienie dostępu do Środowiska testowego i produkcyjnego, w zakresie niezbędnym do realizacji usług gwarancyjnych."

8. Lokalizacja zapisu Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, Załącznik nr 9 do umowy – Dokument Gwarancji, pkt 15, ppkt 3).

Zgodnie z Załącznikiem nr 9 do Umowy – Dokument gwarancji pkt 15, ppkt. 3) „Wykonawca (Gwarant) zobowiązuje się także do: (...) 3) monitorowania zmian przepisów prawa i niezwłocznego dostosowywania SYSTEMU do zmieniających się przepisów, jednakże nie później niż na 7 dni przed wejściem ich w życie."

ŻĄDANIE Odwołujący wnosi o zmianę pkt 15 ppkt 3) Załącznik nr 9 do umowy – w następujący sposób: „Wykonawca (Gwarant) zobowiązuje się także do: (...) 3) monitorowania zmian przepisów prawa i niezwłocznego dostosowywania SYSTEMU do zmieniających się przepisów, w terminie 21 dni roboczych od daty opublikowania kompletu niezbędnych aktów prawnych oraz innych dokumentów niezbędnych do wprowadzenia danej zmiany, dokładając starań, by dostosowanie to miało miejsce nie później niż na 7 dni przed wejściem ich w życie."

9. Lokalizacja zapisu Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, definicje pkt. 19 Procesy, ppkt.1) Korekty

Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, definicje pkt. 19 Procesy, ppkt.1) Korekty, pod pojęciem korekt należy rozumieć: „1) Korekty - proces poprawy wskazanych przez Zamawiającego funkcjonalności lub dokumentacji. Proces Korekty musi zostać zakończony w terminie wskazanym przez Zamawiającego (do 7 Dni Roboczych; termin ten może być przedłużony przez Zamawiającego)."

ŻĄDANIE Odwołujący wnosi o wykreślenie przedmiotowej definicji jako zbędnej i bezprzedmiotowej.

10. Lokalizacja zapisu Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 1 ust. 5 pkt 6), § 2 ust. 2 pkt 6) oraz § 8 ust. 1.

Zgodnie z zapisem § 1 ust. 5 pkt 6) Projektu Umowy: „Godziny rozwojowe - mogą być wykorzystane w dowolnym momencie od dnia podpisania umowy do dnia odbioru końcowego."

Z kolei stosownie do § 2 ust. 2 pkt 6) Projektu Umowy: „Godziny rozwojowe realizowane

będą od dnia podpisania umowy do 31 lipca 2028 roku.", podczas gdy w myśl §1 8 ust. 1 Projektu Umowy: „Wykonawca będzie świadczył Usługi na rzecz rozwoju SYSTEMU od dnia podpisania umowy, do dnia zakończenia umowy włącznie."

ŻĄDANIE Odwołujący wnosi o zmianę § 1 ust. 5 pkt 6), § 2 ust. 2 pkt 6) oraz § 8 ust. 1. Projektu Umowy, w następujący sposób: „Godziny rozwojowe - mogą być wykorzystane w dowolnym momencie od dnia odbioru Etapu III do dnia 31 lipca 2028 r." 11. Lokalizacja zapisu Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 1 ust. 8.

Zgodnie z § 1 ust. 8 Projektu Umowy: „Zamawiający zastrzega sobie prawo do zgłaszania uwag (zastrzeżeń), w zakresie prawidłowości realizowania zamówienia, w tym co do jego zakresu i sposobu realizacji prac, na każdym etapie wykonywania umowy, w formie pisemnej lub drogą elektroniczną. Wykonawca zobowiązany jest do ich uwzględnienia w terminie i zakresie wyznaczonym przez Zamawiającego, bez prawa do dodatkowego wynagrodzenia"

ŻĄDANIE Odwołujący wnosi o zmianę § 1 ust. 8 Projektu Umowy, w następujący sposób: „Zamawiający zastrzega sobie prawo do zgłaszania uwag (zastrzeżeń), w zakresie prawidłowości realizowania zamówienia, w tym co do jego zakresu i sposobu realizacji prac, na każdym etapie wykonywania umowy, w formie pisemnej lub drogą elektroniczną. Wykonawca zobowiązany jest do uwzględnienia zasadnych zastrzeżeń Zamawiającego w terminie i zakresie wyznaczonym przez Zamawiającego, nie krótszym niż 14 dni bez prawa do dodatkowego wynagrodzenia, o ile nie wykraczają poza przedmiot zamówienia." 12. Lokalizacja zapisu Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 1 ust.11.

Zgodnie z § 1 ust. 11 Projektu Umowy: „Zamawiający zastrzega sobie możliwość skorzystania z Prawa opcji w sytuacji, w której będzie to leżało w interesie Zamawiającego i będzie wynikało z jego bieżących potrzeb."

ŻĄDANIE Biorąc pod uwagę, że Odwołujący nie jest w stanie samodzielnie określić, w jakich przypadkach Zamawiający potrzebuje skorzystać z tego uprawnienia. Odwołujący wnosi o wykreślenie § 1 ust. 11 – 17 Projektu Umowy, które to

regulacje dotyczą prawa opcji. 13. Lokalizacja zapisu Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 2 ust.1 i 2.

Zgodnie z § 2 Projektu Umowy: „§ 2 Termin wykonania umowy

1. Umowa obowiązuje od daty jej podpisania przez obie strony do 31 lipca 2028 roku.
2. Strony ustalają następujące terminy realizacji:
 - 1) Na realizację etapu I – 2 miesiące od daty zawarcia umowy,
 - 2) Na realizację etapu II – 2 miesiące od daty zawarcia umowy.
 - 3) Na realizację etapu III – 7 miesięcy od daty zawarcia umowy,
 - 4) Na realizację etapu IV – 12 miesięcy od daty zawarcia umowy,
 - 5) Na realizację etapu V – 18 miesięcy od daty zawarcia umowy,
 - 6) Godziny rozwojowe realizowane będą od dnia podpisania umowy do 31 lipca 2028

roku.

- 7) W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji serwis pogwarancyjny

będzie świadczony przez Wykonawcę przez liczbę miesięcy wskazaną przez Zamawiającego. Maksymalny okres realizacji Prawa opcji wynosi 24 miesiące od dnia zakończenia gwarancji.”

ŻĄDANIE Odwołujący wnosi o zmianę § 2 Projektu Umowy w następujący sposób: „§ 2 Termin wykonania umowy

12. Strony ustalają następujące terminy realizacji:
 - 1 Na realizację etapu I – 2 miesiące od daty zawarcia umowy,
 - 2) Na realizację etapu II – 2 miesiące od daty zawarcia umowy.
 - 3) Na realizację etapu III – 7 miesięcy od daty zawarcia umowy,
 - 4) Na realizację etapu IV – 12 miesięcy od daty zawarcia umowy,
 - 5) Na realizację etapu V – 18 miesięcy od daty zawarcia umowy,
 - 6) Godziny rozwojowe realizowane będą od dnia odbioru Etapu III do 31 lipca 2028 roku.
- 7) W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji serwis pogwarancyjny

będzie świadczony przez Wykonawcę przez liczbę miesięcy wskazaną przez Zamawiającego. Maksymalny okres realizacji Prawa opcji wynosi 24 miesiące od dnia zakończenia gwarancji.” 14. Lokalizacja zapisu Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 3 ust.1

Zgodnie z § 3 ust. 1 Projektu Umowy, „Podane wynagrodzenie zawiera wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania przedmiotu umowy, wynikające ze szczegółowej specyfikacji zawartej w SWZ wraz załącznikami, w tym w Umowie, w Opisie Przedmiotu Zamówienia, jak również w nich nieujęte, a bez których nie można należyście wykonać umowy.”

ŻĄDANIA Odwołujący wnosi o zmianę § 3 ust. 1 Projektu Umowy w następujący sposób: „1. Podane wynagrodzenie zawiera wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania przedmiotu umowy, wynikające ze szczegółowej specyfikacji zawartej w SWZ wraz załącznikami, w tym w Umowie, w Opisie Przedmiotu Zamówienia.” 15. Lokalizacja Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 3 ust. 5

Zgodnie z § 3 ust. 5 Projektu Umowy: „Ustalone wynagrodzenie zapis ryczałtowe jest ostateczne i niezmiennie do zakończenia należytego wykonania Przedmiotu umowy.”

ŻĄDANIE Odwołujący wnosi o zmianę § 3 ust. 5 Projektu Umowy w następujący sposób: „Ustalone wynagrodzenie ryczałtowe może podlegać zmianom na zasadach wynikających z zapisów niniejszej Umowy oraz obowiązujących przepisów prawa.” 16. Lokalizacja Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 3 ust.6

Zgodnie z §3 ust. 6 Projektu Umowy: „Strony wyłączają stosowanie do Umowy art. 632 § 2 kodeksu cywilnego Wykonawca nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.”

ŻĄDANIE Odwołujący wnosi o wykreślenie §3 ust. 6 Projektu Umowy

17. Lokalizacja Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 5 ust.3

Zgodnie z treścią § 5 ust. 3 – Załącznika nr 1 do SWZ – Projekt umowy: „Wykonując przedmiot umowy, Wykonawca dostarczy Zamawiającemu kompletną dokumentację techniczną, klucze licencyjne, nośniki, dokumentację powdrożeniową, instrukcje obsługi. Całość dokumentacji zostanie dostarczona w języku polskim i języku angielskim.”

ŻĄDANIA Odwołujący wnosi o zmianę § 5 ust. 3 Projektu Umowy, w następujący sposób: „Wykonując przedmiot umowy, Wykonawca dostarczy Zamawiającemu kompletną dokumentację techniczną, klucze licencyjne, nośniki, dokumentację powdrożeniową, instrukcje obsługi. Całość dokumentacji zostanie dostarczona w języku polskim. Zamawiający dopuszcza przekazanie dokumentacji w języku angielskim w przypadku zastosowania oprogramowania lub sprzętu pochodzącego od podmiotów trzecich, które to produkty nie posiadają oryginalnej dokumentacji w języku polskim.”

18. Lokalizacja Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 5 ust.6

Zgodnie z postanowieniem § 5 ust. 6 – Załącznika nr 1 do SWZ – wzór umowy: „Zamawiający zastrzega sobie prawo wglądu do dokumentów Wykonawcy związanych z realizowaną umową.”

ŻĄDANIE Odwołujący wnosi o wykreślenie § 5 ust. 6 Projektu Umowy

19. Lokalizacja Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 5 ust.9

Stosownie do treści § 5 ust. 9 – Załącznika nr 1 do SWZ – wzór umowy: „W przypadku niezastosowania się do wskazówek/zaleceń Zamawiającego w wyznaczonym przez niego terminie, Zamawiający może odstąpić od niniejszej umowy, naliczając Wykonawcy karę umowną, o której mowa w § 16 ust. 3

pkt 4. Zamawiającemu przysługuje prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonej kary umownej na zasadach ogólnych.”

ŻĄDANIA Odwołujący wnosi o zmianę § 5 ust. 9 Projektu Umowy w następujący sposób: „W przypadku niezastosowania się do uzasadnionych wskazówek/zaleceń

Zamawiającego w wyznaczonym przez niego terminie, nie krótszym niż 14 dni, Zamawiający może odstąpić od niniejszej umowy, naliczając Wykonawcy karę umowną, o której mowa w § 16 ust. 3

pkt 4. Zamawiającemu przysługuje prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonej kary umownej na zasadach ogólnych.”

20. Lokalizacja Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 5 ust.10

Stosownie do treści zapisu zawartego w § 5 ust. 10 – Załącznika nr 1 do SWZ – wzór umowy o treści: „Zamawiający może posługiwać się osobami trzecimi w każdym czasie i przy każdej czynności oraz przekazywać tym osobom wszelkie informacje i dokumenty uzyskane od Wykonawcy, zlecać analizy i testy itp.”

ŻĄDANIA Odwołujący wnosi o wykreślenie § 5 ust. 10 Projektu Umowy

21. Lokalizacja zapisu Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 5 ust.16.

Zgodnie z treścią § 5 ust. 16 – Załącznika nr 1 do SWZ – Projekt Umowy: „Każdorazowo na żądanie Zamawiającego, w terminie wskazanym przez Zamawiającego nie krótszym niż 4 dni robocze, Wykonawca zobowiązuje się przedłożyć do wglądu kopie umów o pracę zawartych przez Wykonawcę z pracownikami świadczącymi usługi wskazane w ust. 15 bądź dokumentów ZJUS, ZUA zanonimizowanych w zakresie adresu zamieszkania i wysokości wynagrodzenia. W tym celu Wykonawca zobowiązany jest do uzyskania od pracowników zgody na przetwarzanie danych osobowych zgodnie z przepisami o ochronie danych osobowych.”

Odwołujący wskazuje dodatkowo na naruszenie art. 438 PZP.

ŻĄDANIE Odwołujący wnosi o zmianę § 5 ust. 16 Projektu Umowy, w następujący sposób:

„16. Każdorazowo na żądanie Zamawiającego, w terminie wskazanym przez Zamawiającego nie krótszym niż 4 dni robocze, Wykonawca zobowiązuje się przedłożyć:

- oświadczenia zatrudnionego pracownika,
- oświadczenie wykonawcy lub podwykonawcy o zatrudnieniu pracownika na podstawie

umowy o pracę,

- do wglądu kopie umów o pracę zawartych przez Wykonawcę z pracownikami

świadczącymi usługi wskazane w ust. 15 zawierających wyłącznie imię i nazwisko zatrudnionego pracownika, datę zawarcia umowy o pracę, rodzaj umowy o pracę i zakres obowiązków pracownika. W tym celu Wykonawca zobowiązany jest do uzyskania od pracowników zgody na przetwarzanie danych osobowych zgodnie z przepisami o ochronie danych osobowych.”

22. Lokalizacja Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 6 ust. 5.

Zgodnie z treścią § 6 ust. 5 – Załącznika nr 1 do SWZ – Projekt Umowy: „Zamawiający nie dopuszcza dostawy licencji ograniczonych czasowo, licencji przewidujących możliwość wypowiedzenia (z wyjątkiem przyczyn leżących po stronie Zamawiającego), jak też powstania sytuacji, w której przestanie działać jakakolwiek funkcjonalność SYSTEMU lub Zamawiający utraci uprawnienie do korzystania z którejkolwiek jego funkcjonalności, o ile nie będzie to spowodowane wypowiedzeniem licencji przez Wykonawcę z przyczyny leżącej po Stronie Zamawiającego lub nie będzie to wynikało z decyzji Zamawiającego o zaprzestaniu korzystania z własnej woli z danej funkcjonalności lub SYSTEMU. Wszystkie udzielone uprawnienia/dostarczone licencje dotyczące SYSTEMU muszą mieć charakter wieczysty (bezterminowy). Wykonawca zobowiązuje się do niewypowiadania dostarczonych licencji z innych przyczyn niż przyczyny leżące po stronie Zamawiającego, jak też gwarantuje, iż licencje udzielone, w ramach wykonania SYSTEMU, przez podmioty trzecie nie będą wypowiedziane z innych przyczyn niż przyczyny leżące po stronie Zamawiającego. Jeżeli w ramach opłat należnych producentowi Oprogramowania zawarta jest opłata za jakiegokolwiek

dotatkowe świadczenia (usługi serwisowe, aktualizacje), nie przedłużenie tych świadczeń przez Zamawiającego nie może powodować ustania licencji, utraty jakiegokolwiek uprawnienia Zamawiającego lub nie działania jakiegokolwiek funkcjonalności SYSTEMU.”

Odwolujący wskazał, że przedmiotowy zapis narusza art. 16 PZP.

ŻĄDANIE Odwołujący wnosi o zmianę § 6 ust. 5 Projektu Umowy, w sposób:

„5. Zamawiający nie dopuszcza dostawy licencji ograniczonych czasowo, licencji przewidujących możliwość wypowiedzenia (z wyjątkiem przyczyn leżących po

stronie Zamawiającego) – z zastrzeżeniem licencji pochodzących od podmiotów trzecich, dotyczących standardowych rozwiązań rynkowych, jak też powstania sytuacji, w której przestanie działać jakakolwiek funkcjonalność SYSTEMU lub Zamawiający utraci uprawnienie do korzystania z którejkolwiek jego funkcjonalności, o ile nie będzie to spowodowane wypowiedzeniem licencji przez Wykonawcę z przyczyny leżącej po Stronie Zamawiającego lub nie będzie to wynikało z decyzji Zamawiającego o zaprzestaniu korzystania z własnej woli z danej funkcjonalności lub SYSTEMU. Wszystkie udzielone uprawnienia/dostarczone licencje dotyczące SYSTEMU muszą mieć charakter wieczysty (bezterminowy) – z zastrzeżeniem licencji pochodzących od podmiotów trzecich, dotyczących standardowych rozwiązań rynkowych. Wykonawca zobowiązuje się do niewypowiadania dostarczonych licencji z innych przyczyn niż przyczyny leżące po stronie Zamawiającego, jak też gwarantuje, iż licencje udzielone, w ramach wykonania SYSTEMU, przez podmioty trzecie nie będą wypowiedziane z innych przyczyn niż przyczyny leżące po stronie Zamawiającego – z zastrzeżeniem licencji pochodzących od podmiotów trzecich, dotyczących standardowych rozwiązań rynkowych. Jeżeli w ramach opłat należnych producentowi Oprogramowania zawarta jest opłata za jakiegokolwiek dodatkowe świadczenia (usługi serwisowe, aktualizacje), nie przedłużenie tych świadczeń przez Zamawiającego nie może powodować ustania licencji, utraty jakiegokolwiek uprawnienia Zamawiającego lub nie działania jakiegokolwiek funkcjonalności SYSTEMU.”

23. Lokalizacja zapisu Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 6 ust.6.

Zgodnie z § 6 ust. 6 Załącznika nr 1 do SWZ – Projekt Umowy: „W każdym przypadku stworzenia (wytworzenia) przez Wykonawcę, w ramach wykonywania niniejszej umowy, utworu w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 2509), zwłaszcza dokumentacji utworzonej w wyniku przeprowadzonej Analizy przedwdrożeniowej (w tym Koncepcji Wdrożenia), z chwilą odbioru danego utworu przez Zamawiającego, Wykonawca przenosi na Zamawiającego, w ramach wynagrodzenia określonego w §3 ust. 2, autorskie prawa majątkowe do tego utworu na wszystkich polach eksploatacji, (...)”

ŻĄDANIA Odwołujący wnosi o zmianę § 6 ust. 6 w sposób: „6. W każdym przypadku stworzenia (wytworzenia) przez Wykonawcę, w ramach wykonywania niniejszej umowy, utworu w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach

pokrewnych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 2509) , zwłaszcza dokumentacji utworzonej w wyniku przeprowadzonej Analizy przedwdrożeniowej (w tym Koncepcji Wdrożenia), z chwilą odbioru danego utworu przez Zamawiającego, Wykonawca przenosi na Zamawiającego, w ramach wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 2, autorskie prawa majątkowe do tego utworu na wszystkich polach eksploatacji – z wyjątkiem programów komputerowych, w tym stanowiących rozszerzenia specyfikacji funkcjonalnej programów już funkcjonujących w obrocie gospodarczym, (...)”.

24. Lokalizacja Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 6 ust.15.

Zgodnie z § 6 ust. 15: „Zamawiający jest upoważniony do nieograniczonego dostępu do kodów źródłowych Projektu (całości SYSTEMU) w następujących sytuacjach dotyczących Wykonawcy:

1) ogłoszenie upadłości (od chwili złożenia wniosku o upadłość)”

ŻĄDANIA Odwołujący wnosi o zmianę § 6 ust. 15, w: „15. Zamawiający jest upoważniony do nieograniczonego dostępu do kodów źródłowych Projektu (całości SYSTEMU) w następujących sytuacjach dotyczących Wykonawcy:

1) ogłoszenie upadłości (od chwili złożenia wniosku o upadłość)” (po prawomocnym ogłoszeniu przez Sąd upadłości Wykonawcy)”.

25. Lokalizacja zapisu Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 6 ust. 16 pkt 10.

Stosownie do treści § 6 ust. 16 pkt 10: „dostęp do zdeponowanego kodu źródłowego i dokumentacji musi zostać przyznany Zamawiającemu w następujących przypadkach: upadłości Wykonawcy, likwidacji firmy, zaniechania działalności, niewywiązywania się z umowy bądź zaniedbania przez Wykonawcę obowiązków z niej wynikających, problemów prawnych Wykonawcy uniemożliwiających realizację umowy, a także w przypadku niewywiązania się z warunków licencyjnych oprogramowania bądź wystąpienia siły wyższej, która uniemożliwia realizację umowy”

ŻĄDANIA Odwołujący wnosi o zmianę § 6 ust. 16 pkt 10 Projektu Umowy, w następujący sposób:

„dostęp do zdeponowanego kodu źródłowego i dokumentacji musi zostać przyznany Zamawiającemu w następujących przypadkach: prawomocnego ogłoszenia przez Sąd upadłości Wykonawcy, likwidacji firmy, zaniechania działalności, odstąpienia od umowy z powodu rażącego niewywiązywania się z umowy bądź z powodu rażącego zaniedbania przez Wykonawcę obowiązków z niej wynikających,”

26. Lokalizacja Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 10 ust.3 pkt 3

Zgodnie z zapisem § 10 ust. 3 pkt 3: „takiej realizacji zamówienia, żeby SYSTEM mógł być wykorzystany w działalności Zamawiającego bez konieczności jego poprawiania lub uzupełnienia, chyba że poprawki lub uzupełnienia będą wynikiem zmian organizacyjnych u Zamawiającego”

ŻĄDANIA Odwołujący wnosi o wykreślenie § 10 ust. 3 pkt 3 Projektu Umowy.

27. Lokalizacja zapisu Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 10 ust.3 pkt 16.

Zgodnie z § 10 ust. 3 pkt 16: „wykonania wszystkich innych niewymienionych zadań i prac, jakie Wykonawca uzna za niezbędne do realizacji przedmiotu umowy w ramach wynagrodzenia ryczałtowego, o którym mowa w § 3 ust. 2,”

ŻĄDANIA Odwołujący wnosi o wykreślenie § 10 ust. 3 pkt 16 Projektu Umowy

28. Lokalizacja zapisu Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 10 ust.3 pkt 17.

Zgodnie z § 10 ust. 3 pkt 17: „współpracy z audytorem, w przypadku powołania przez Zamawiającego audytora Wdrożenia, polegającej na przekazywaniu wskazanych przez audytora dokumentów oraz udzielanie wyjaśnień dotyczących dokumentacji SYSTEMU, produktów końcowych poszczególnych etapów oraz postępów prac. Cała dokumentacja SYSTEMU może zostać udostępniona przez Zamawiającego audytorowi. Audytor będzie mógł uczestniczyć we wszystkich spotkaniach i pracach wdrożeniowych w charakterze obserwatora,”

Odwołujący wskazał również na naruszenie art. 431 PZP oraz art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

ŻĄDANIA Odwołujący wnosi o wykreślenie § 10 ust. 3 pkt 17 Projektu Umowy.

29. Lokalizacja zapisu Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 10 ust. 4

Zgodnie z § 10 ust. 4: „Wykonawca odpowiada za szkody wyrządzone Zamawiającemu w materiałach, dokumentacji, oprogramowaniu, sprzęcie komputerowym, urządzeniach i innych środkach technicznych oddanych mu do dyspozycji, chyba że szkoda powstałaby również niezależnie od działania Wykonawcy lub zaniechania przez niego działań, do których był zobowiązany. Wykonawca ponosi także, na powyżej określonych zasadach, odpowiedzialność za utratę danych zgromadzonych w systemach

informatycznych/oprogramowaniu Zamawiającego.”

Odwołujący wskazał również na naruszenie art. 433 pkt 3 PZP.

ŻĄDANIE Odwołujący wnosi o zmianę § 10 ust. 4 Projektu Umowy, w sposób: „Wykonawca odpowiada za szkody wyrządzone Zamawiającemu w materiałach, dokumentacji, oprogramowaniu, sprzęcie komputerowym, urządzeniach i innych środkach technicznych oddanych mu do dyspozycji, chyba że szkoda powstałaby również niezależnie od działania Wykonawcy lub zaniechania przez niego działań, do których był zobowiązany. Wykonawca ponosi także, na powyżej określonych zasadach, odpowiedzialność za utratę danych zgromadzonych w systemach informatycznych/oprogramowaniu Zamawiającego z zastrzeżeniem, że Zamawiający nie będzie wysuwał do Wykonawcy żadnych roszczeń z tego tytułu, jeżeli w przypadku wystąpienia incydentu utraty danych Wykonawca przywróci dane do stanu danych z momentu wykonanej przez Zamawiającego kopii danych. Przywrócenie przez Wykonawcę danych do

zapisanego w kopii danych lub niemożność wykonania tej operacji z powodu wadliwości kopii danych wyłącza odpowiedzialność Wykonawcy za utratę danych w pełnym zakresie, jak również wszelkie następstwa tejże.”

30. Lokalizacja Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 10 ust. 5

Zgodnie z § 10 ust. 5: „Zamawiający może na każdym etapie postępowania uznać, że Wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych Wykonawcy w inne

przedsięwzięcia gospodarcze Wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia”

ŻĄDANIE Odwołujący wnosi o wykreślenie § 10 ust. 5 Projektu Umowy

31. Lokalizacja Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 11 ust. 10

Zgodnie z § 11 ust. 10: „Zamawiającemu przysługuje jednokrotna, podczas trwania umowy, zmiana Kierownika Projektu Wykonawcy, o którym mowa w ust. 2, na pisemny wniosek, w przypadku problemów dotyczących bieżącej współpracy lub problemów komunikacyjnych.”

ŻĄDANIE Odwołujący wnosi o wykreślenie § 11 ust. 10 Projektu Umowy

32. Lokalizacja Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 12 ust. 3 pkt 4 i 6 Zgodnie z § 12 ust. 3 pkt 4 i 6:

„4) Za pozytywne zakończenie czynności odbiorowych uważa się podpisanie przez obie Strony bezusterkowego (tj. bez Wad lub zastrzeżeń/uwag) protokołu odbioru.

6) Zamawiający zastrzega sobie prawo dokonania odbioru SYSTEMU, mimo występowania Wad, Błędów lub zastrzeżeń/uwag, które w ocenie Zamawiającego, pozostają bez lub nie mają istotnego wpływu na funkcjonowanie SYSTEMU, z zastrzeżeniem prawa Zamawiającego do odpowiedniego obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy oraz żądania kar umownych i odszkodowań przewidzianych niniejszą umową. W takim przypadku protokół odbioru będzie zawierał stosowną adnotację o stwierdzonych Wadach, Błędach lub zastrzeżeniach/uwagach, będącą podstawą do ustalenia ww. roszczeń wobec Wykonawcy.”

Odwołujący wskazał na naruszenie art. 8 PZP w zw. z art. 643 k.c.

ŻĄDANIA Odwołujący wnosi o zmianę § 12 ust. 3 pkt 4 i 6 Projektu Umowy, w sposób - poprzez usunięcie pkt 6, oraz pkt 4 nadaniu brzmienia:

„4) Za pozytywne zakończenie czynności odbiorowych uważa się podpisanie przez obie Strony bezusterkowego (tj. bez wad lub zastrzeżeń/uwag) protokołu odbioru. Zamawiający dokona także odbioru w przypadku występowania wad, Błędów lub zastrzeżeń/uwag, które pozostają bez wpływu lub nie mają istotnego wpływu na funkcjonowanie SYSTEMU, z zastrzeżeniem prawa Zamawiającego do:

- odpowiedniego obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy, lub
- wyznaczenia terminu do usunięcia istniejących wad, Błędów lub

zastrzeżeń/uwag.

W takim przypadku protokół odbioru będzie zawierał stosowną adnotację o stwierdzonych Wadach, Błędach lub zastrzeżeniach/uwagach, będącą podstawą do ustalenia ww. roszczeń wobec Wykonawcy.”

33. Lokalizacja Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 14 ust. 2

Zgodnie z § 14 ust. 2 : „Jeśli Wykonawca powierzy podwykonawcom część zamówienia (nie wykona całości przedmiotu zamówienia własnymi siłami), należy wskazać podwykonawcę(-ów):

- 1) Podwykonawca:, część zamówienia:
- 2) Podwykonawca:, część zamówienia:

.....”.

Odwołujący dodatkowo wskazuje naruszenie art. 462 PZP.

ŻĄDANIE Odwołujący wnosi o wykreślenie § 14 ust. 2 Projektu Umowy.

34. Lokalizacja Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 14 ust. 5

Zgodnie z § 14 ust. 5: „Umowa o podwykonawstwo musi być zawarta w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, a także musi określać jaką część przedmiotu umowy o zamówienie publiczne zostanie wykonana przez Podwykonawcę. Termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia Wykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconych podwykonawcy zadań.”

Odwołujący dodatkowo wskazuje naruszenie art. 462 PZP w zw. z art. 464 PZP.

ŻĄDANIE Odwołujący wnosi o wykreślenie § 14 ust. 2 Projektu Umowy.

35. Lokalizacja Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 16 ust. 1 pkt 6

Zgodnie z § 16 ust. 1 pkt 6: „Godzin rozwojowych w wysokości 0,2% wartości brutto zleconych godzin rozwojowych za

każdy rozpoczęty dzień zwłoki”.

ŻĄDANIA Odwołujący wnosi o wykreślenie, ewentualnie o zmianę § 16 ust. 1 pkt 6) Projektu Umowy, w następujący sposób: „Godzin rozwojowych w wysokości 0,2% wartości brutto zleconych dla danego zadania godzin rozwojowych za każdy rozpoczęty dzień zwłoki” 36. Lokalizacja Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 16 ust. 2 pkt 1

Zgodnie z § 16 ust. 2 pkt 1: „uzyskania dostępu przez nieuprawnionego przedstawiciela Wykonawcy lub nieuprawnionego pracownika Zamawiającego do danych innego pracownika Zamawiającego, w szczególności jego danych osobowych wynikającego z błędów konfiguracji Oprogramowania”.

Odwołujący wskazuje dodatkowo na naruszenie art. 433 pkt 3 PZP.

Odwołujący wnosi o wykreślenie § 16 ust. 2 pkt 1 Projektu Umowy.

37. Lokalizacja Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 16 ust. 6

Zgodnie z § 16 ust. 6: „W każdym przypadku zastrzeżenia w umowie kary umownej, Zamawiającemu przysługuje prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonej kary na zasadach ogólnych. W szczególności Zamawiający wskazuje, iż na wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający uzyskał dofinansowanie w ramach projektu Agencji Badań Medycznych pt. „Wielkopolskie Centrum Medycyny Cyfrowej”, Wykonawca przyjmuje do wiadomości, że niewykonanie w terminie prac lub ich nienależyte wykonanie może skutkować utratą dofinansowania w całości lub w części, w tym obowiązkiem jego zwrotu. Jeżeli utrata, w tym konieczność zwrotu dofinansowania w całości lub w części nastąpi z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Zamawiający, poza naliczoną zgodnie z powyższymi zasadami karą umowną, może dochodzić odszkodowania odpowiadającego wysokości utraconego lub zwróconego dofinansowania.”

ŻĄDANIA Odwołujący wnosi o zmianę § 16 ust. 6 Projektu Umowy „W każdym przypadku zastrzeżenia w umowie kary umownej, Zamawiającemu przysługuje prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonej kary na zasadach ogólnych z zastrzeżeniem, że odszkodowanie to nie obejmuje utraconych korzyści..” 38. Lokalizacja Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 17 ust. 9

Zgodnie z § 17 ust. 9: „Na podstawie art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych ustala się, że po upływie 12 miesięcy obowiązywania Umowy, w przypadku gdy z opublikowanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statycznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych w danym miesiącu, wynikać będzie, iż wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych w porównaniu z miesiącem w którym zawarto Umowę, wzrośnie lub spadnie o więcej niż 15%, każdej ze Stron przysługiwać będzie prawo do żądania odpowiednio zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy lub jego obniżenia (waloryzacja), przy czym jedynie o 50% różnicy pomiędzy wskaźnikiem z miesiąca waloryzacji a wskaźnikiem z miesiąca odniesienia. Waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy następuje przy tym ze skutkiem od pierwszego dnia kolejnego miesiąca kalendarzowego, co oznacza, iż wynagrodzenie za dostawy zakończone (wykonane i odebrane) przed skutkiem waloryzacji nie ulega zmianie. Podwyższenie wynagrodzenia Wykonawcy jest także wyłączone w stosunku do dostaw, które zgodnie z postanowieniami Umowy powinny być zakończone, a zakończone w terminie nie zostały z przyczyn, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność. Waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy na podstawie postanowień niniejszego ustępu następować może nie częściej niż 1 raz na 12 miesięcy kalendarzowych. Zamawiający dopuszcza przy tym maksymalną zmianę wynagrodzenia Wykonawcy, następującą w efekcie zastosowania postanowień niniejszego ustępu w całym okresie obowiązywania Umowy, w wysokości 15%”.

Odwołujący wskazuje dodatkowo na naruszenie art. 439 PZP.

ŻĄDANIE Odwołujący wnosi o zmianę § 17 ust. 9 w sposób: „Na podstawie art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych ustala się, że nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy

obowiązywania Umowy, w przypadku gdy z opublikowanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statycznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych w danym miesiącu, wynikać będzie, iż wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych w porównaniu z miesiącem odniesienia (dla pierwszej waloryzacji to miesiąc w którym zawarto Umowę), wzrośnie lub spadnie o więcej niż 5%, każdej ze Stron przysługiwać będzie prawo do żądania odpowiednio zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy lub jego obniżenia (waloryzacja), przy czym jedynie o 50% różnicy pomiędzy wskaźnikiem z miesiąca waloryzacji a wskaźnikiem z miesiąca odniesienia. Waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy następuje przy tym ze skutkiem od pierwszego dnia kolejnego miesiąca kalendarzowego, co oznacza, iż wynagrodzenie za dostawy zakończone (wykonane i odebrane) przed skutkiem waloryzacji nie ulega zmianie. Podwyższenie wynagrodzenia Wykonawcy jest także wyłączone w stosunku do dostaw, które zgodnie z postanowieniami Umowy powinny być zakończone, a zakończone w terminie nie zostały z przyczyn, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność. Waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy na podstawie postanowień niniejszego ustępu następować może nie częściej niż 1 raz na 6 miesięcy kalendarzowych. Zamawiający dopuszcza przy tym maksymalną zmianę wynagrodzenia Wykonawcy, następującą w efekcie zastosowania postanowień niniejszego ustępu w całym okresie obowiązywania Umowy, w wysokości 15%” 39. Lokalizacja Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 18 ust. 3 pkt 4

Zgodnie z § 18 ust. 3 pkt 4: „Wykonawca wykonuje zamówienie w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową.”

ŻĄDANIE Odwołujący wnosi o zmianę § 18 ust. 3 pkt 4 Projektu Umowy, w następujący sposób: „Wykonawca wykonuje zamówienie w sposób rażąco wadliwy lub sprzeczny z umową, pomimo uprzedniego wezwania Zamawiającego, w którym szczegółowo wskazano rażąco wadliwy lub sprzeczny z umową sposób wykonywania zamówienia oraz wyznaczono odpowiedni, nie krótszy niż 14 dni termin do zmiany sposobu wykonywania zamówienia.”

40. Lokalizacja Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 18 ust. 3 pkt 5

Zgodnie z § 18 ust. 3 pkt 5: „Wykonawca wykonuje zamówienie za pomocą podwykonawców niewykazanych w § 14 ust. 2, bez zawarcia w tym zakresie odpowiedniego aneksu.”

Odwolujący wskazuje dodatkowo na naruszenie art. 462 PZP

ŻĄDANIE Odwołujący wnosi o wykreślenie § 18 ust. 3 pkt 5 Projektu

41. Lokalizacja Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 20 ust. 2

Zgodnie z § 20 ust. 2: „Wszelka dokumentacja stworzona w ramach wykonania umowy i korespondencja (w tym wezwania) związana z realizacją umowy będą w języku polskim”

ŻĄDANIE Odwołujący wnosi o zmianę § 20 ust. 2 Projektu Umowy: „Wszelka korespondencja (w tym wezwania) związana z realizacją umowy będą będzie prowadzona w języku polskim”

42. Lokalizacja Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 20 ust. 3

Zgodnie z § 20 ust. 3: „Korespondencję uważa się za doręczoną, jeśli została przekazana na wskazane przez strony adresy e-mail zgodnie z § 11 drogą elektroniczną (...)”

Odwolujący wskazuje dodatkowo na naruszenie art. 8 PZP w zw. z art. 61 oraz 95 – 96 k.c.

ŻĄDANIE Odwołujący wnosi o zmianę § 20 ust. 3 Projektu Umowy: „Korespondencję uważa się za doręczoną, jeśli została przekazana na wskazane przez strony adresy e-mail zgodnie z § 11 – przy czym w przypadku korespondencji kierowanej do Wykonawcy każdorazowo musi być to co najmniej adres Kierownika projektu i Zastępcy kierownika projektu - drogą elektroniczną (...)”

Odwolujący wobec sformułowanych zarzutów wnosil o:

- a) uwzględnienie odwołania;
- b) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w zaskarżonych zapisach zgodnie

z żądaniami wskazanymi w petitum odwołania oraz w uzasadnieniu dla każdego zaskarżonego zapisu.

Odwolujący zaznaczył, że ma interes we wniesieniu odwołania, albowiem zaskarżone postanowienia SWZ nie pozwalają Odwołującemu na złożenie oferty lub ograniczają możliwości złożenia konkurencyjnej oferty, a tym samym uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie zamówienia, co prowadzić będzie do możliwości poniesienia szkody w postaci braku możliwości uzyskania zamówienia i pozyskania środków finansowych (wynagrodzenia) na skutek jego realizacji.

Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w dniu 5 września 2024. Zatem termin na wniesienie odwołania został zachowany. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu wniesienia odwołania. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Izba w ramach ustalenia stanu historycznego sprawy przytoczyła argumentację Odwołującego w zakresie zarzutów pozostałych do rozpoznania merytorycznego, w pozostałym zakresie uzasadnienie zarzutów ograniczono do przedstawienia podstawy prawnej i żądań odwołania.

Uzasadniając podtrzymane zarzuty wskazano dodatkowo, że:

13. Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 2 ust. 1 i 2.

Zgodnie z § 2 Projektu Umowy: „§ 2 Termin wykonania umowy

1. Umowa obowiązuje od daty jej podpisania przez obie strony do 31 lipca 2028 roku.
2. Strony ustalają następujące terminy realizacji:
 - 1) Na realizację etapu I – 2 miesiące od daty zawarcia umowy,
 - 2) Na realizację etapu II – 2 miesiące od daty zawarcia umowy.
 - 3) Na realizację etapu III – 7 miesięcy od daty zawarcia umowy,
 - 4) Na realizację etapu IV – 12 miesięcy od daty zawarcia umowy,
 - 5) Na realizację etapu V – 18 miesięcy od daty zawarcia umowy,
 - 6) Godziny rozwojowe realizowane będą od dnia podpisania umowy do 31 lipca 2028

roku.

7) W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji serwis pogwarancyjny

będzie świadczony przez Wykonawcę przez liczbę miesięcy wskazaną przez Zamawiającego. Maksymalny okres realizacji Prawa opcji wynosi 24 miesiące od dnia zakończenia gwarancji." Między postanowieniami § 2 ust 1 a ust. 2 zachodzi niespójność. Według ust. 1 termin obowiązywania umowy, mającej charakter umowy o dzieło, został określony datą sztywną, podczas gdy w ust. 2 w większości przypadków – datami względnymi. Dodatkowo termin gwarancji, w trakcie której umowa musi obowiązywać, określany jest przez wykonawców w ofercie, więc na etapie przygotowania projektu umowy Zamawiający nie jest w stanie określić okresu jej obowiązywania. Nadto w przypadku umowy o dzieło określanie terminu obowiązywania umowy jest bezprzedmiotowe – umowa powinna obowiązywać do czasu wykonania dzieła lub odstąpienia od umowy przez jedną ze stron. Tymczasem sztywne określenie terminu obowiązywania może jedynie przysporzyć wątpliwości interpretacyjnych, w sytuacji np. gdy projekt ulegnie przedłużeniu i nagle w trakcie jego realizacji nadejdzie nieprzedłużony przez Strony termin obowiązywania umowy, który oznacza, że po jego upływie nie ma podstaw do realizacji umowy.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o zmianę § 2 Projektu Umowy w sposób podany w żądaniach.

33. Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 14 ust. 2.

Zgodnie z § 14 ust. 2– Załącznika nr 1 do SWZ – Projektu Umowy: „Jeśli powierzy podwykonawcom część zamówienia (nie wykona całości zamówienia własnymi siłami), należy wskazać podwykonawcę(-ów):

1) Podwykonawca:, część li Wykonawca przedmiotu

zamówienia:

2) Podwykonawca:, część

Odwołujący wskazuje ponadto na naruszenie art. 462 PZP.

Wykonawca zobowiązany jest wraz ze złożeniem oferty wskazać podwykonawców, którzy są mu znani na dzień składania oferty. Tym samym Zamawiający dysponuje pełną informacją o tych podwykonawcach i nie ma uzasadnienia do zamieszczania ich nazw ani zakresu w treści umowy. Żaden przepis PZP nie uprawnia Zamawiającego do żądania od Wykonawcy nazw i zakresów wszystkich podwykonawców, dając Wykonawcy pełną swobodę co do angażowania podwykonawców w trakcie realizacji zamówienia publicznego. Tymczasem stosownie do treści art. 462 pzp, 1. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. 2. Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani.

Wprowadzony przez Zamawiającego zapis mógłby zostać potraktowany w toku realizacji zamówienia jako uniemożliwiający skorzystanie z podwykonawców nie wskazanych w Umowie, zatem – dla zachowania zgodności z art. 462 PZP winien zostać usunięty.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o wykreślenie § 14 ust. 2 Projektu Umowy:

34. Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 14 ust. 5.

Zgodnie z § 14 ust. 5 – Załącznika nr 1 do SWZ – Projekt Umowy: „Umowa o podwykonawstwo musi być zawarta w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, a także musi określać jaka część przedmiotu umowy o zamówienie publiczne zostanie wykonana przez Podwykonawcę. Termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia Wykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconych podwykonawcy zadań.”

Odwołujący dodatkowo wskazał na naruszenie art. 462 PZP w zw. z art. 464 PZP

Przepis art. 462 ust. 1 PZP określa dopuszczalność powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom jako zasadę „Możliwość zatrudniania podwykonawców jest jednym z podstawowych uprawnień wykonawcy w toku realizacji zamówienia publicznego. Na mocy art. 462 p.z.p., wykonawca pozostaje w pełni uprawniony do realizowania zamówień publicznych przy ich pomocy.” - wyrok z dnia 13 marca 2023 r. KIO 507/23, „Przepisy nie przewidują żadnych sankcji za brak wskazania podwykonawców w ofercie, tym bardziej że ewentualny wymóg podania informacji o podwykonawcach w ofercie dotyczy tylko tych, którzy są znani na etapie składania ofert. Ustawa nie przewiduje także niedopuszczenia podwykonawstwa na etapie wykonywania umowy, nawet gdyby w treści oferty wskazano wykonanie zamówienia wyłącznie siłami własnymi.” - wyrok z dnia 10 lutego 2022 r. KIO 215/22), zaś art. 464 PZP umożliwia żądanie przedłożenia umowy o podwykonawstwo oraz składanie do niej zastrzeżeń przez Zamawiającego wyłącznie w przypadku zamówienia na roboty budowlane, to wprowadzenie zaskarżonego zapisu umownego nie ma podstawy

prawnej i należy go uznać za ograniczenie praw Wykonawcy do zatrudniania podwykonawców.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o wykreślenie § 14 ust. 5 Projektu Umowy.

37. Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 16 ust.6.

Zgodnie z § 16 ust. 6: „W każdym przypadku zastrzeżenia w umowie kary umownej, Zamawiającemu przysługuje prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonej kary na zasadach ogólnych. W szczególności Zamawiający wskazuje, iż na wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający uzyskał dofinansowanie w ramach projektu Agencji Badań Medycznych pt. „Wielkopolskie Centrum Medycyny Cyfrowej”. Wykonawca przyjmuje do wiadomości, że niewykonanie w terminie prac lub ich nienależyte wykonanie może skutkować utratą dofinansowania w całości lub w części, w tym obowiązkiem jego zwrotu. Jeżeli utrata, w tym konieczność zwrotu dofinansowania w całości lub w części nastąpi z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Zamawiający, poza naliczoną zgodnie z powyższymi zasadami karą umowną, może dochodzić odszkodowania odpowiadającego wysokości utraconego lub zwróconego dofinansowania.”

Zawarty zapis przenosi na Wykonawcę odpowiedzialność za utratę dofinansowania, która nie pozostaje w adekwatnym związku przyczynowym z niewykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zwrócił na to uwagę Sąd Okręgowy w Olsztynie w wyroku z dnia 11 września 2014 r., I C 114/14 stwierdzając że „Jednocześnie można kwestię odpowiedzialności pozwanego rozpatrywać również w płaszczyźnie braku związku przyczynowego, jeśli założyć, że utratę dotacji można byłoby zakwalifikować jako samodzielną szkodę. Wtedy bowiem owo pozbawienie (cofnięcie) środków pomocowych nie pozostawałoby w istocie w zwyczajnym, adekwatnym związku przyczynowym z nienależytym wykonaniem zobowiązania, przy czym w ocenie Sądu założenie, iż do szkody doszło jest tu chybione w świetle poczynionych wcześniej uwag. Niemniej jednak jeśli już tylko poczynić takie hipotetyczne założenie (iż stanowi to jakąś formę szkody), to wtedy nie sposób uznać, iż w całym łańcuchu następstw, owa utrata była normalnym następstwem nienależytego wykonania zobowiązania.”

Ewentualne kary umowne przewidziane we wzorcu umownym, które zostaną naliczone wykonawcy w związku z niedotrzymaniem terminu wykonania umowy, pomniejszają koszty dofinansowania, ale jednocześnie stanowią przychód zamawiającego stanowiący podstawę sfinansowania wynagrodzenia wykonawcy choćby w drodze potrącenia. Przy projektowanym zapisie § 16 ust. 6 Zamawiający z definicji usiłuje obciążyć wykonawców podwójną odpowiedzialnością za niedotrzymanie terminu wykonania zamówienia, obciążając jednocześnie karą umowną i odszkodowaniem za utratę dofinansowania. Na problem ten

zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Łomży Wydział I Cywilny w wyroku z dnia 1 marca 2017 r. sygn. akt I C 702/15.

Niedotrzymanie terminu wykonania zamówienia nie stanowi jedynej przyczyny ewentualnej utraty dofinansowania. Inną przyczynę może stanowić zbyt późne ogłoszenie lub zakończenie postępowania, co powoduje, że Zamawiający nie pozostawia odpowiedniego marginesu między planowanym terminem zakończenia realizacji umowy a maksymalnym terminem wydatkowania środków, który zabezpieczyłby ewentualne skutki niedotrzymania terminu wykonania zamówienia i możliwość usuwania ewentualnych wad. W efekcie kwestionowanym zapisem Zamawiający stara się przerzucić na wykonawców odpowiedzialność za okoliczności leżące po jego stronie.

Sformułowanie § 16 ust. 6 wzoru umowy stanowi w istocie rodzaj dodatkowej kary umownej (z góry określonej kwoty do zapłaty na wypadek zaistnienia określonego zdarzenia w postaci niedotrzymania terminu wykonania umowy), co z jednej strony oznacza niedopuszczalne dublowanie kar umownych za niedotrzymanie terminu wykonania umowy, z drugiej zaś przekroczenie limitu kar umownych określonych w § 16 ust. 5, co stanowi naruszenie art. 436 pkt 3 PZP, gdyż roszczenie o dochodzenie utraconego lub zwróconego dofinansowania staje się swoistego rodzaju karą umowną, w dodatku przy przejęciu odpowiedzialności za działania/zaniechania Zamawiającego, które mogą prowadzić do utraty dofinansowania.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o zmianę § 16 ust. 6 Projektu Umowy, w sposób: podany w żądaniach odwołania.

40. Załącznik nr 1 do SWZ – Projekt Umowy, § 18 ust.3 pkt 5.

Zgodnie z § 18 ust. 3 pkt 5: „Wykonawca wykonuje zamówienie za pomocą podwykonawców niewykazanych w § 14 ust. 2, bez zawarcia w tym zakresie odpowiedniego aneksu.”

Odwołujący wskazał dodatkowo na naruszenie art. 462 PZP

Zgodnie z brzmieniem art. 462 PZP, Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Przepisy PZP umożliwiają żądanie przedłożenia umowy o podwykonawstwo oraz składanie do niej zastrzeżeń przez Zamawiającego wyłącznie w przypadku zamówienia na roboty budowlane (art. 464 PZP). Uwzględniając zatem, że art. 462 ust. 1 PZP określa dopuszczalność powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom jako zasadę, a przepisy nie przewidują żadnych sankcji za brak wskazania podwykonawców w ofercie, tym bardziej że ewentualny wymóg podania informacji o podwykonawcach w ofercie dotyczy tylko tych, którzy są znani na etapie składania ofert. Ustawa nie przewiduje także niedopuszczenia podwykonawstwa na etapie wykonywania umowy, nawet gdyby w treści oferty wskazano wykonanie zamówienia wyłącznie siłami

własnymi - wyrok z dnia 10 lutego 2022 r. KIO 215/22). Wprowadzenie zapisu umownego ustanawiającego zawarcie aneksu do Umowy jako warunek dopuszczalności skorzystania z podwykonawcy należy uznać za ograniczenie praw Wykonawcy do zatrudniania podwykonawców, szczególnie że Umowa nie przewiduje obowiązku zawarcia przez Zamawiającego aneksu w tym zakresie, ani żadnej procedury z której Wykonawca mógłby skorzystać – co może prowadzić do sytuacji, w której Wykonawca przez bierność Zamawiającego (brak reakcji na wnioski o zawarcie aneksu) zostanie pozbawiony możliwości skorzystania z usług podwykonawcy, co uniemożliwi mu realizację umowy bądź całkowicie bądź wpłynie na niemożliwość realizacji w terminie.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o wykreślenie § 18 ust. 3 pkt 5 Projektu Umowy.

W świetle argumentacji, zdaniem Odwołującego zarzuty postawione uznać należy za zasadne, wobec czego odwołanie winno być w całości uwzględnione.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk pisemnych Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłoszenie przystąpienie złożył Wykonawca IQVIA Commercial Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła Wykonawcę jako Przystępującego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił część zarzutów w całości lub w części.

Odwołujący na posiedzeniu przed Izbą wskazał, że uwzględnienie w części zarzutów jest dla niego satysfakcjonujące i uznaje zmiany dokonane przez Zamawiającego za wyczerpujące żądania odwołania, ponadto Odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu części zarzutów. Wobec zgodnych stanowisk Stron Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w części, co odzwierciedlają punkty 1 i 2 sentencji orzeczenia.

W pozostałym zakresie na uwzględnienie zasługiwał zarzut ujęty w punkcie A). 13, A). 40 odwołania, co odzwierciedla punkt 3 sentencji orzeczenia. Inne zarzuty zdaniem Izby nie potwierdziły się, co wynika z punktu 4 sentencji orzeczenia.

Zarzut A). 13 zasługiwał na uwzględnienie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że nie dokonuje zmiany tego zapisu. Data określona w § 2 ust. 1 Umowy wynika z terminu realizacji projektu, na który Zamawiający otrzymał dofinansowanie.

Odwołujący celnie w odwołaniu i na rozprawie zauważył, iż uregulowania odnoszące się do momentu zakończenia obowiązywania umowy są niespójne w odniesieniu do kolejnych norm czasowych, które wprowadził Zamawiający. Jest to zwłaszcza widoczne w przypadku możliwości skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji i rozpoczęcia świadczenia usług gwarancyjnych. Poprzez umieszczenie w postanowieniach ogólnych tego paragrafu daty 31 lipca 2028 roku, powstaje wrażenie, że odnosi się ona do wszystkich elementów umowy, w tym do czasu obowiązywania gwarancji i możliwości korzystania z prawa opcji.

Jak wynika ze stanowiska Zamawiającego przedstawionego na rozprawie data dzienna wprowadzona do wzoru umowy – 31 lipca 2028 roku – związana jest z końcową datą rozliczenia projektu. Jednocześnie Zamawiający nie przeczy, iż możliwość skorzystania z prawa opcji i świadczenia usług gwarancyjnych nie jest ograniczona tą datą. Odwołujący z drugiej strony nie zaprzecza, iż etapy od 1 do 6 muszą zamknąć się w dacie 31 lipca 2028 roku. Tym samym Zamawiający i Odwołującego prezentują zgodne stanowisko, lecz ustalony przez Zamawiającego wzór umowy tego stanowiska nie odzwierciedla. W ocenie Izby określenie datą dzienną wykonania etapów I-VI nie narusza art. 436 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż jest to obiektywna potrzeba Zamawiającego wynikająca z umowy o dofinansowanie. Natomiast brak spójności pomiędzy ust. 1 § 2 wzoru umowy, a pozostałymi ustępami tego paragrafu, jak i wymaganiami dotyczącymi terminu gwarancji powodują, że wykonawcy w różny sposób mogą interpretować wpływ § 2 ust. 1 na czas trwania całości zamówienia, co powoduje, że warunki zamówienia stają się nieprzejrzyste i mogą skutkować nieporównywalnością ofert, a zatem godzą w zasady wynikające z art. 16 ustawy Pzp.

Oczywistym wydaje się dla wszystkich, że skorzystanie z prawa opcji może mieć miejsce w ciągu 24 miesięcy od zakończenia gwarancji i będzie regulowane będzie następować na podstawie odrębnego oświadczenia Zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji, natomiast rozpoczęcie świadczenia gwarancyjnego będzie miało miejsce po zakończeniu procesu wdrożenia i uruchomienia przedmiotu zamówienia.

Dlatego też Izba uznała, że zapisy dokumentów w postępowaniu wymagają doprecyzowania i nakazała Zamawiającemu zmianę zapisów SWZ, postanowień umownych i pozostałych dokumentów postępowania, w sposób, z którego wynikać będzie,

że zakończenie etapów 1 do 6 musi zakończyć się do 31 lipca 2028 roku, zaś odrębne kwestie w odniesieniu do terminów stanowią prawo opcji i gwarancja.

Zarzuty A). 33, 34 i 40.

Izba rozpoznała powyższe kwestie łącznie, ponieważ dotyczą one jednego zagadnienia, mianowicie możliwości posługiwania się podwykonawcami.

Izba doszła do przekonania, że punkt A). 40 zasługiwał na uwzględnienie, w pozostałym zakresie nie podzielono argumentacji odwołania.

Art. 462 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.

Zgodnie z art. 462 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani.

Z art. 462 ust. 3 ustawy Pzp wynika, że w przypadku zamówień na roboty budowlane oraz usługi, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego, zamawiający żąda, aby przed przystąpieniem do wykonania zamówienia wykonawca podał nazwy, dane kontaktowe oraz przedstawicieli, podwykonawców zaangażowanych w takie roboty budowlane lub usługi, jeżeli są już znani. Wykonawca zawiadamia zamawiającego o wszelkich zmianach w odniesieniu do informacji, o których mowa w zdaniu pierwszym, w trakcie realizacji zamówienia, a także przekazuje wymagane informacje na temat nowych podwykonawców, którym w późniejszym okresie zamierza powierzyć realizację robót budowlanych lub usług.

Z dalszych regulacji ustawy Pzp wynika, że Zamawiający może żądać informacji, o których mowa w ust. 3 także w przypadku zamówień na dostawy oraz zamówień na usługi inne niż dotyczące usług, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego.

Przed wszystkim dostrzeżenia wymaga, iż Izbie nie wykazano jakie normy narusza treść wzoru umowy, gdzie Zamawiający wymaga podania oznaczenia podwykonawcy i podania jaką część zamówienia będzie wykonywał, skoro Zamawiający już na etapie złożenia oferty może żądać informacji o częściach zamówienia wykonywanych przez podwykonawcę, a gdy wykonawcy znany jest już z nazwy podwykonawca – istnieje możliwość jego wskazania w ofercie. Skoro więc już na etapie ofertowania znane są nazwy podwykonawców, Izba nie widzi przeszkód, by nazwy te przenieść do umowy. Nawet jeżeli przyjąć, że w momencie składania oferty Wykonawca wie, że określoną część powierzy do wykonania podmiotowi trzeciemu, ale nie wie jeszcze dokładnie, który to będzie podmiot, to z pewnością w momencie podpisania umowy musi znać nazwę takiego podmiotu, inaczej trudno sobie wyobrazić w jaki sposób dokonano należytej kalkulacji ceny ofertowej. Poza tym przywołane przez Izbę

regulacje ustawowe odnoszą się do momentu przystąpienia do wykonania zamówienia, co Odwołujący w swoich wywodach całkowicie pomija. Zatem w momencie podpisywania umowy Zamawiający jak najbardziej posiada uprawnienia do wymagania, by Wykonawca podał nazwy, przedstawicieli, dane kontaktowe znanych mu podwykonawców.

Co więcej, Odwołujący całkowicie w swoim stanowisku pomija, że art. 462 ustawy Pzp, na którego naruszenie się powołuje odnosi się także do usług. Nie są zatem prawdziwe twierdzenia odwołania, że przepis ten dotyczy tylko robót budowlanych. Jeżeli zaś mamy do czynienia z usługami, zamawiający może żądać podania nazw podwykonawców, jeżeli są znani.

Izba nie znalazła podstaw, by uznać, że zapisy wskazane w § 14 ust. 2 wzoru umowy można było potraktować jako uniemożliwiające skorzystanie z podwykonawców nie wskazanych w umowie.

Następnie, według art. 463 ustawy Pzp umowa o podwykonawstwo nie może zawierać postanowień kształtujących prawa i obowiązki podwykonawcy, w zakresie kar umownych oraz postanowień dotyczących warunków wypłaty wynagrodzenia, w sposób dla niego mniej korzystny niż prawa i obowiązki wykonawcy, ukształtowane postanowieniami umowy zawartej między zamawiającym a wykonawcą.

Tym samym w ocenie składu orzekającego nie można było uznać, że postanowienia § 14 ust. 5 wzoru umowy mają charakter nadmierny.

Stąd zarzuty oznaczone jako A). 33 i A). 34 uznano za niezasadne.

Izba uznała natomiast, że postanowienia § 18 ust.3 pkt 5 wzoru umowy, z których wynika, że Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy w przypadkach wymienionych w umowie, w tym gdy „Wykonawca wykonuje zamówienie za pomocą podwykonawców niewykazanych w § 14 ust. 2, bez zawarcia w tym zakresie odpowiedniego aneksu” za naruszające regulację wynikającą z art. 462 ust. 3 ustawy Pzp (zarzut oznaczony jako A). 40).

Zgodnie z przywołanym przepisem, do obowiązków Wykonawcy należy zawiadomienie zamawiającego o wszelkich zmianach w odniesieniu do informacji podanych w momencie zawarcia umowy w zakresie wskazanych podwykonawców. Tym samym uprawnienie Zamawiającego odstąpienia od umowy, ponieważ nie zawarto w przypadku zmiany podwykonawcy odpowiedniego aneksu ma charakter nadmierny. Obowiązkiem Wykonawcy jest zawiadomienie (zgłoszenie) Zamawiającemu zmiany podmiotu będącego podwykonawcą. Z regulacji natury ustawowej nie wynika, iż wówczas Wykonawca ma obowiązek aneksować umowę. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że wymóg nałożony w § 18 ust.3 pkt 5 wzoru umowy ma jedynie charakter informacyjny. Jest wręcz odwrotnie, Zamawiający jest

bowiem uprawniony do odstąpienia od umowy, gdyby Wykonawca nie zawarł odpowiedniego aneksu. Jest to więc skutek najdalej idący.

Dlatego też Izba uznała, że doszło do naruszenia art. 462 ust. 3 ustawy Pzp i nakazała Zamawiającemu dostosowanie postanowień § 18 wzoru umowy do przepisów ustawy Pzp, tak by z umowy wynikało, że obowiązkiem Wykonawcy jest zawiadomienie Zamawiającego o zmianie podwykonawcy.

Zarzut A). 37 okazał się niezasadny.

W § 16 ust. 6 wzoru umowy Zamawiający zaznaczył, że „W każdym przypadku zastrzeżenia w umowie kary umownej, Zamawiającemu przysługuje prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonej kary na zasadach ogólnych. W szczególności Zamawiający wskazuje, iż na wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający uzyskał dofinansowanie w ramach projektu Agencji Badań Medycznych pt. „Wielkopolskie Centrum Medycyny Cyfrowej”, Wykonawca przyjmuje do wiadomości, że niewykonanie w terminie prac lub ich nienależyte wykonanie może skutkować utratą dofinansowania w całości lub w części, w tym obowiązkiem jego zwrotu. Jeżeli utrata, w tym konieczność zwrotu dofinansowania w całości lub w części nastąpi z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Zamawiający, poza naliczoną zgodnie z powyższymi zasadami karą umowną, może dochodzić odszkodowania odpowiadającego wysokości utraconego lub zwróconego dofinansowania.”

W ocenie Izby wykreślenie z powyższego postanowienia umownego zdania zaczynającego się od „(...) W szczególności (...)”, zgodnie z żądaniem Odwołującego, nie zmieni zakresu odpowiedzialności wykonawcy i możliwości dochodzenia przez Zamawiającego odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonej kary na zasadach ogólnych. Zdanie odnoszące się do utraty pozyskanego dofinansowania jest tylko jednym z przykładowych sytuacji, w której Zamawiający może dochodzić swoich praw w odrębnym procesie. W ocenie Izby to zdanie ma bardziej charakter informacyjny. Ma ono uświadomić Wykonawcy możliwy zakres odpowiedzialności związany z rzeczywistą szkodą poniesioną przez Zamawiającego. Zamawiający na rozprawie, logicznie i spójnie, bazując na zapisach umowy o dofinansowanie, złożonej w poczet materiału dowodowego, wykazał, że realizowany etap w ramach dofinansowanego projektu jest kluczowy dla możliwości realizacji całości założeń projektowych. Wyjaśnił jakie elementy nabywane będą w ramach realizowanego zamówienia i w jaki sposób ich skuteczne i należyte wykonanie przekłada się na możliwość realizacji pozostałych kamieni milowych.

Z mocy prawa (art. 471 kc) jeśli szkoda jest wynikiem niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, to wykonawca jest zobowiązany ją naprawić, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosi.

Zgodnie z art. 473 § 2 kc nie można wyłączyć odpowiedzialności odszkodowawczej jeśli jest wynikiem winy umyślnej wykonawcy, natomiast dopuszczalne jest umowne rozszerzenie odpowiedzialności na okoliczności, za które wykonawca odpowiedzialności nie ponosi. Tu Zamawiający wyraźnie wskazał, że wykonawca będzie odpowiedzialny za szkodę z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Tym samym nie doszło do rozszerzenia odpowiedzialności na okoliczności, za które wykonawca odpowiedzialności nie ponosi lub na te, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający. Odwołujący zaś nie podnosił braku tożsamości pomiędzy „przyczynami leżącymi po stronie wykonawcy”, a „okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca”. Tym samym Izba nie mogła poddać analizie zakresów pojęciowych tych sformułowań, wykroczyłaby bowiem poza granice postawionych zarzutów. Odwołujący zasadniczo podnosił jedynie możliwą dysproporcję pomiędzy wartością spornego zamówienia, a wysokością potencjalnie utraconego lub zwróconego dofinansowania. Kodeks cywilny, ani ustawa Pzp nie limitują odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, a w szczególności nie ograniczają go do wynagrodzenia z tytułu wykonania umowy, stąd nie zostało wykazane jaki przepis ustawy Zamawiający swoim działaniem naruszył.

Oczywistym jest, że w przypadku wystąpienia z roszczeniem, Zamawiający zobowiązany będzie wykazać, że utrata dofinansowania nastąpiła z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, co podlegało będzie ocenie sądu w postępowaniu odszkodowawczym. Zatem żadna ze stron stosunku zobowiązaniowego nie będzie pozbawiona możliwości obrony. By pociągnąć sprawcę do odpowiedzialności za szkodę niezbędnym jest – zgodnie z zasadami obowiązującymi w prawie cywilnym – wykazanie przez poszkodowanego trzech przesłanek: szkody, zdarzenia, które ją spowodowało oraz adekwatnego związku przyczynowego między nimi. Tak długo, jak długo wszystkich tych elementów nie uda się udowodnić, poszkodowany nie uzyska rekompensaty doznanego uszczerbku.

Dalej podkreślić należy, iż Zamawiający wyłączył możliwość dochodzenia utraconych korzyści i swoje uprawnienia ograniczył do wysokości utraconego dofinansowania. Tym samym w granicach adekwatnego związku przyczynowego, w braku odmiennego przepisu ustawy lub postanowienia umowy, naprawieniem szkody Zamawiający objął straty, które poszkodowany poniósł (szkoda rzeczywista).

Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego odszkodowanie ustala się z jednej strony respektując zasadę pełnego odszkodowania, z drugiej zaś nie przekraczając wysokości faktycznie doznanej przez poszkodowanego szkody, tak, aby nie dopuścić do jego nieuzasadnionego wzbogacenia. Zgodnie z art. 361 § 2 KC, szkoda może polegać albo na stracie, którą poniósł poszkodowany, albo na pozbawieniu go korzyści, które mógłby uzyskać, gdyby mu szkody nie wyrządziło. Ustalenie jej wysokości następuje poprzez porównanie dwóch wartości, czyli stanu majątku poszkodowanego istniejącego po zdarzeniu, z którego

szkoda wynika, z hipotetycznym stanem majątku poszkodowanego, który istniałby, gdyby owo zdarzenie nie nastąpiło (tak wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 15 czerwca 2005 roku, IV CK 731/04 oraz uchwała Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 10 lipca 2008 roku, III CZP 62/08).

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 oraz ust. 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami Zamawiającego w części 2/5 oraz Odwołującego w częściach 3/5 (5 zarzutów rozpoznawanych z odwołania, z czego 2 zarzuty zostały uwzględnione, 3 zarzuty oddalono).

Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, co łącznie dawało kwotę 18 600,00 zł oraz koszty Zamawiającego w wysokości 4 506 zł (3 600 zł z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie rachunku złożonego do akt postępowania odwoławczego, 136 zł – koszty opłaty za autostradę oraz 770 zł – koszty dojazdu według kilometrówki). Łącznie kwota kosztów postępowania wyniosła 23 106 zł.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600, 00 zł, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 3/5 kwoty kosztów rozliczonych w postępowaniu odwoławczym, czyli kwoty 13 864,00 zł.

Zamawiający winien natomiast ponieść koszty w wysokości 2/5 kwoty rozliczanej, czyli 9 242,00 zł. Należało więc rozliczyć powyższą różnicę między Stronami.

Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 4 736,00 zł (18.600,00 zł – 13 864,00 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Zasądzona od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwota 4 736 zł wyrównuje także koszty, które powinien ponieść Zamawiający (4 506 zł + 4736 zł = 9 242,00 zł).

Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 4 736,00 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku, zaokrąglając wynik do pełnych złotych.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:

Członkowie: