

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 27 listopada 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 października 2025 r. przez **wykonawcę Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala z siedzibą w Warszawie** **orzeka:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1, 2, 3 oraz 4 odwołania częściowo uwzględnionych przez zamawiającego i częściowo wycofanych przez odwołującego.

2. W pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: modyfikację postanowienia zawartego w Załączniku nr 4 do projektu umowy, rozdział VII, pkt 6 przez wprowadzenie zastrzeżenia, że uwagi zamawiającego zawarte w protokole odbioru produktu dostosowania będą dotyczyć niespełnienia przez wykonawcę założeń zatwierdzonej przez zamawiającego analizy zgłoszenia.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala z siedzibą w Warszawie i

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,

3.2. zasądza od zamawiającego Narodowego Funduszu Zdrowia Centrala z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołującego Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie kwotę 18 600 zł 00 gr (osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 4563/25

Uzasadnienie

Zamawiający – Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2024 r., poz. 1320 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „*Usługa serwisu bieżącego i dostosowawczego dla Systemu Obsługi Formularzy Unijnych (SOFU)*”, znak sprawy: NFZ-BAG SZP.251.3.2025, Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 października 2025 r., numer publikacji ogłoszenia: 659137-2025.

W dniu 20 października 2025 r. odwołanie wniósł wykonawca Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 134 ust. 1 pkt. 4 ustawy pzp, art. 99 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 353[1] k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp przez ukształtowanie SWZ w sposób utrudniający oszacowanie nakładów pracy na realizację zadań przewidzianych w ramach obowiązku usuwania tzw. Błędów Pośrednich.

2. art. 134 ust. 1 pkt. 4 ustawy pzp, art. 99 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 16 i 17 ustawy pzp i art. 353[1] k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp przez nieprecyzyjny opis wymagań przewidzianych w ramach obowiązku usuwania tzw. Błędów Pośrednich - brak określenia czasu naprawy Błędu Pośredniego – co skutkuje brakiem możliwości oszacowania kosztów realizacji zamówienia.

3. art. 134 ust. 1 pkt. 4 ustawy pzp, art. 99 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 353[1] k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp przez nieprecyzyjny opis wymagań co do liczby konsultacji (w tym szkoleń) wchodzących w skład Serwisu Bieżącego, co uniemożliwia rzetelne oszacowanie kosztów realizacji zamówienia.

4. art. 134 ust. 1 pkt. 4 ustawy pzp, art. 99 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 353[1] k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp przez określenie zbyt krótkich, nierealnych do dotrzymania terminów realizacji zadań.

5. art. 134 ust. 1 pkt. 4 ustawy pzp, art. 99 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 353[1] k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp przez

brak określenia w Załączniku nr 4, rozdział VII kryteriów odbioru Zamawiającego (rodzaju możliwych do zgłoszenia uwag podczas procedury odbiorowej).

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SWZ:

- 1) w zakresie zarzutu nr 1: przez określenie przez Zamawiającego maksymalnej liczby zgłoszeń dotyczących Błędów Pośrednich w miesiącu w ramach wynagrodzenia ryczałtowego, a dla pozostałych zgłoszeń przekraczających limit ryczałtowy – wprowadzenie zasady rozliczania ich w ramach roboczogodzin serwisu dostosowawczego (kosztorysowo).
- 2) w zakresie zarzutu nr 2: zmodyfikowanie Załącznika nr 3 do Umowy w pkt „Czasy realizacji zgłoszenia usług serwisu bieżącego Oprogramowania” w ten sposób, aby dla Błędu Pośredniego określić maksymalny czas naprawy, który Zamawiający może określić w zgłoszeniu.
- 3) w zakresie zarzutu nr 3: modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, zawartego w § 2 ust. 5 PPU, w ten sposób, aby:
 - określony został limit miesięczny liczby konsultacji - np. w liczbie 2 miesięcznie,
 - określony został maksymalny czas trwania instruktażu lub prezentacji - maksymalnie 1 dzień,
 - określone zostało jednoznacznie, jakie czynności miałyby wchodzić w zakres „współpracy” wymaganej w pkt 3), 4) i 5),
 - określone zostało, w jakim zakresie (i wykonując jakie czynności) Wykonawca miałby brać udział w testach, o których mowa w pkt 7).
- 4) w zakresie zarzutu nr 4: modyfikacji Załącznika nr 4 do umowy poprzez nadanie zaskarżonemu postanowieniu następującego brzmienia:

„8. Określenie i rozliczenie czasu realizacji analizy – Pierwsza wersja analizy zgłoszenia powinna być udostępniona przez Wykonawcę nie później niż w terminie:

 - 1) 10 Dni Roboczych - dla zgłoszenia o priorytecie „bardzo pilne”,
 - 2) 15 Dni Roboczych - dla zgłoszenia o priorytecie „pilne”,
 - 3) 20 Dni Roboczych - dla zgłoszenia o priorytecie „standardowe”.
- 5) w zakresie zarzutu nr 5: modyfikacji zapisu zawartego w Załączniku nr 4, rozdział VII, pkt. 6 przez nadanie mu następującego brzmienia: „W przypadku uwag Zamawiającego, dotyczących niespełnienia założeń zatwierdzonej przez Zamawiającego analizy zgłoszenia, zawartych w protokole odbioru, Wykonawca ma 10 Dni Roboczych na przekazanie poprawionego produktu Dostosowania.”

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania skierowane do rozpoznania wskazał:

Zarzut nr 5 – naruszenie art. 134 ust. 1 pkt. 4 ustawy pzp, art. 99 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 353[1] k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp – brak określenia w Załączniku nr 4, rozdział VII kryteriów odbioru Zamawiającego (rodzaju możliwych do zgłoszenia uwag podczas procedury odbiorowej)

Zamawiający w Załączniku nr 4, rozdział VII, pkt. 3 stwierdza, iż „Odbiór usług serwisu dostosowawczego Oprogramowania polega na stwierdzeniu z wykorzystaniem Testów Akceptacyjnych Dostosowania Oprogramowania zgodności realizacji z wymaganiami, w tym opisanymi w § 5 ust. 7 pkt 5 Umowy, i zatwierdzoną analizą zgłoszenia oraz potwierdzeniu poprawności treści i zakresu instrukcji użytkownika lub w inny, opisany w analizie sposób.”, natomiast w pkt. 6: „W przypadku uwag Zamawiającego zawartych protokole odbioru Wykonawca ma 10 Dni Roboczych na przekazanie poprawionego produktu Dostosowania.”.

Z postanowień pkt 3 rozdziału VII załącznika nr 4 wynika, że podstawą dokonywania odbioru jest „zatwierdzona analiza”. To w niej powinny znaleźć się wszystkie kryteria odbioru i to w niej winny zostać ustalone zarówno sposoby realizacji wymagań (czy to zgłoszonych przez Zamawiającego, czy to wywiedzionych z treści § 5 ust. 7 pkt 5 Umowy). Zastosowana konstrukcja koniunkcji logicznej poprzez zastosowanie spójnika „i” pomiędzy sformułowaniem „zgodności realizacji z wymaganiami, w tym opisanymi w § 5 ust. 7 pkt 5 Umowy” a sformułowaniem „zatwierdzoną analizą zgłoszenia” – jednoznacznie wskazuje, że zatwierdzona analiza winna mieć tu rozstrzygające znaczenie. Zamawiający łamie jednak tę jednoznaczność SWZ wprowadzając w pkt 6 możliwość zgłoszenia dowolnych uwag do protokołu odbioru.

Taka konstrukcja SWZ powoduje nieproporcjonalne naruszenie równowagi stron umowy. Z cytowanych postanowień SWZ nie wynika, jakie uwagi mogą być zgłaszane przez Zamawiającego w toku procedury odbiorowej. Pozostawienie wskazanych postanowień bez zmian może prowadzić do sytuacji, w której Zamawiający posiada narzędzie do de facto

dowolnego wymuszania na Wykonawcy dowolnych zmian w dostarczanych produktach – na etapie procedury odbiorowej, podczas gdy określenie, jak ma funkcjonować dany produkt, powinno nastąpić dużo wcześniej, na etapie analizy. Sama procedura odbiorowa powinna polegać wyłącznie na weryfikacji, czy produkt spełnia wcześniej określone wymagania zdefiniowane w dokumencie analizy lub też zatwierdzone w toku obopólnych uzgodnień w trakcie realizacji modyfikacji. Nie może zatem polegać na przekazywaniu dowolnych uwag. Uwagi do protokołu odbioru dokonywane są już po testach odbiorowych, na samym końcu procesu rozliczania modyfikacji – Wykonawca ma na ewentualną zmianę/dostosowanie produktu do uwag Zamawiającego jedynie 10 dni. Przekazywane uwagi nie powinny być zatem inne niż te, które dotyczą niewłaściwego wykonania produktu przekazanego do odbioru – niewłaściwego, czyli nieposiadającego cech określonych przez strony wcześniej na etapie, który do tego właśnie jest przewidziany.

W dniu 20 listopada 2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni zarzut nr 1, 2 i 4 oraz zarzut nr 3 w części, tj. w zakresie wprowadzenia maksymalnego czasu trwania instruktażu lub prezentacji. W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania przedstawiając uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

W dniu 27 listopada 2025 r. pismo procesowe złożył Odwołujący oświadczając, że cofa zarzut nr 3 odwołania w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego i wnosi o oddalenie zarzutu nr 5 odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp, a więc odwołanie mu przysługiwało w myśl art. 505 ust. 1 ustawy pzp.

Izba ustaliła, że na podstawie art. 525 ust. 1 ustawy pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, pismo procesowe Odwołującego oraz dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Na wstępie wskazania wymaga, że Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1, 2 oraz 4 odwołania uwzględnionych przez Zamawiającego na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy pzp. Zgodnie z tym przepisem: „4. W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.” Taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Zamawiający uwzględnił w części zarzuty odwołania, natomiast po jego stronie nie przystąpił w terminie do postępowania odwoławczego żaden wykonawca, co wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliuguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego w zakresie zarzutów uwzględnionych. Powyższe powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania ww. zarzutów odwołania.

Nadto Izba postanowiła umorzyć postępowania odwoławcze na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy pzp również w zakresie zarzutu nr 3 odwołania częściowo uwzględnionego przez Zamawiającego i wycofanego przez Odwołującego w części nieuwzględnionej.

Izba rozpoznała więc pozostałe zarzuty odwołania – zarzut nr 5 i uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie podniesionego zarzutu skierowanego do rozpoznania Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SWZ: „III. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA 1. Przedmiotem zamówienia jest Usługa serwisu bieżącego dostosowawczego dla Systemu Obsługi Formularzy Unijnych (SOFU).”

Zgodnie z projektem umowy:

- „§ 1. Definicje Na potrzeby Umowy, Strony nadają poniższym pojęciom następujące znaczenie: (...) 19. Test Akceptacyjny Dostosowania Oprogramowania sprawdzenie przez Zamawiającego prawidłowości wykonania funkcjonalności dostosowań i zmian Oprogramowania według uzgodnionej przez Strony, w trakcie realizacji Umowy, procedury (scenariusze testów, harmonogram ich przeprowadzania), we wskazanym przez Zamawiającego miejscu i czasie, w oparciu o dane testowe (...) 23. Zgłoszenie przekazanie do Wykonawcy, za pomocą mechanizmów opisanych w Umowie informacji o Błędzie, Błędzie Krytycznym, Błędzie Pośrednim, konsultacji, dostosowania, itp. (...)”

- „§ 2. Przedmiot Umowy 1. Przedmiotem Umowy jest świadczenie usługi serwisu bieżącego i serwisu dostosowawczego dla Oprogramowania. 2. Umowę zawiera się na okres 36 miesięcy od dnia zawarcia Umowy, jednak nie wcześniej niż od dnia 23 grudnia 2025r. (...) 6. Świadczenie usług serwisu dostosowawczego obejmuje: 1) dostosowanie Oprogramowania w zakresie, którego ostateczny zakres i wymaganą formę prac Strony uzgodnią w ramach procedury Zgłoszenia usług serwisu dostosowawczego; 2) dostosowywanie Oprogramowania do współpracy z aktualizacjami oprogramowania systemowego i narzędziowego stanowiącego środowisko pracy Oprogramowania; 3) zmiany w środowisku pracy Oprogramowania – w tym zastosowanie innych rodzajów oprogramowania systemowego i narzędziowego – w celu poprawy efektywności pracy Oprogramowania oraz usługi zmian w Oprogramowaniu wynikające ze zmiany środowiska pracy; 4) prezentacje wprowadzonych do Oprogramowania zmian i dostosowań oraz doradztwo w tym zakresie w szczególności poprzez: a) współpracę w optymalizacji konfiguracji systemów operacyjnych serwerów i systemów zarządzania bazami danych, które są zalecane przez Wykonawcę do współpracy z Oprogramowaniem niezbędnych do jego poprawnego funkcjonowania; b) instruktaż i prowadzenie prezentacji dla pracowników Zamawiającego w obszarze użytkownika zmienionego Oprogramowania (maksymalnie dla 20 uczestników w przypadku instruktażu i prezentacji stacjonarnych oraz bez ograniczenia liczby osób w przypadku instruktażu i prezentacji prowadzonych w trybie on-line); c) prezentacje oszacowania złożoności dokonanych zmian w Oprogramowaniu przy zastosowaniu analizy punktów funkcyjnych według metody IFPUG 5) Nadzór autorski nad Oprogramowaniem.”

- „§ 5. Oświadczenia, zobowiązania i prawa Stron (...) 7. Wykonawca zobowiązany jest do: 1) utrzymywania aktualnej wersji Kodów źródłowych Oprogramowania na wskazanym przez Zamawiającego zestawie komputerowym, przy czym aktualność Kodów źródłowych odnosi się do Oprogramowania eksploatowanego oraz będącego w fazie Testów Akceptacyjnych Dostosowania Oprogramowania i zapewniona zostanie nie później niż na koniec Dnia Roboczego, w którym odpowiednia Wersja Oprogramowania została przekazana do eksploatacji; 2) wyraźnego oznaczenia Kodów źródłowych Oprogramowania eksploatowanego, dostępnych na wskazanym przez Zamawiającego zestawie komputerowym; 3) niezwłocznego informowania Zamawiającego o organizacyjnych i technicznych konsekwencjach wprowadzanych zmian oraz modyfikacji; 4) udzielania odpowiedzi na pytania i wnioski Zamawiającego w uzgodnionych każdorazowo terminach, przy czym odpowiedzi powinny być udzielane z wykorzystaniem SOZ: a) na wnioski dotyczące zgłoszonej potrzeby usługi serwisu bieżącego Oprogramowania, usługi serwisu dostosowawczego Oprogramowania zgodnie z terminami wskazanymi w procedurze określonej odpowiednio w Załączniku nr 3 lub 4 do Umowy; b) na pozostałe wnioski w ciągu 5 Dni Roboczych, licząc od dnia przekazania wniosku w SOZ; 5) uwzględnienia w realizacji serwisu dostosowawczego: a) wszystkich wymagań zgłoszonych przez Zamawiającego w ramach zlecenia dostosowawczego, przy czym ewentualna rezygnacja z wymagania musi zostać potwierdzona przez Zamawiającego co najmniej w trakcie spotkania analitycznego, co zostanie potwierdzone w protokole ze spotkania oraz opisana w analizie, b) dobrych praktyk i standardów w zakresie projektowania aplikacji, w szczególności związanych z ergonomią obsługi aplikacji, automatyzacją działania, validacjami i weryfikacjami wprowadzanych danych w kontekście procesów biznesowych tak, aby ograniczyć ryzyko błędu aplikacji lub wprowadzenia logicznie sprzecznych danych, c) zapewnienia ze strony aplikacji możliwie największego wsparcia dla użytkownika realizującego proces biznesowy, d) obsługi błędów w szczególności błędów komunikacji, błędów komponentów oraz błędów danych i informacji wprowadzanych przez użytkownika; 6) opracowywania i przedkładania do akceptacji przez Zamawiającego projektów scenariuszy testowych, przypadków testowych i danych testowych każdorazowo w przypadku Testów Akceptacyjnych Dostosowania Oprogramowania oraz na pisemną prośbę Zamawiającego w przypadku zrealizowania usługi serwisu bieżącego Oprogramowania; 7) sporządzania i przedkładania do akceptacji przez Zamawiającego protokołów ze spotkań roboczych w terminie 3 Dni Roboczych od dnia spotkania; 8) zapewnienia i utrzymania środowiska testowego w infrastrukturze Zamawiającego; 9) zapewnienia zespołu o wielkości, składzie i kompetencjach pozwalających na realizację niniejszej Umowy w opisanym zakresie i w terminach wskazanych dla serwisu bieżącego oraz serwisu dostosowawczego, przy czym minimalny skład zespołu oraz dotyczące go zasady opisane zostały w § 21. 10) świadczenia usług wyłącznie przez wykwalifikowany personel. Zamawiający wyklucza możliwość używania przez Wykonawcę narzędzi sztucznej inteligencji (AI) oraz technologii automatyzacji w postaci chatbotów i automatycznych systemów odpowiedzi głosowych w celu realizacji usług. Wszystkie interakcje z użytkownikami w ramach usług muszą odbywać się z udziałem personelu

Wykonawcy. 8. Zamawiający zobowiązany jest do: 1) przekazania Kodów źródłowych Oprogramowania; 2) przekazania aktualnej Dokumentacji Oprogramowania; 3) wskazania pracowników do współpracy z Wykonawcą w zakresie niezbędnym do realizacji Umowy; 4) udostępniania Wykonawcy, w uzgodnionym trybie i terminie, o ile jest to niezbędne do wykonania przedmiotu Umowy: a) kontrolowanego dostępu do sprzętu komputerowego, na którym zainstalowane jest Oprogramowanie; b) kontrolowanego dostępu do Oprogramowania zainstalowanego u Zamawiającego; c) kontrolowanego dostępu do pomieszczeń, w których znajduje się sprzęt komputerowy z zainstalowanym Oprogramowaniem; 5) dostarczania Wykonawcy informacji niezbędnych do realizacji Umowy przez Wykonawcę, zwłaszcza w przypadku problemów z funkcjonowaniem Oprogramowania oraz wymagań merytorycznych w zakresie zgłaszanych potrzeb dokonania zmian lub dostosowania Oprogramowania; 6) udostępnienia Wykonawcy wszystkich przepisów i regulaminów, w tym regulacji obowiązujących u Zamawiającego, które mogą mieć zastosowanie przy realizacji Umowy oraz zapewnienia bieżącego dostępu i możliwości zapoznania się z nimi przez Wykonawcę w miejscu świadczenia usług w przypadku uzasadnionej potrzeby; 7) umożliwienia dostępu do określonych baz danych, na zasadach obowiązujących u Zamawiającego, w Siedzibie Zamawiającego i pod jego nadzorem, na pisemny wniosek Wykonawcy, w przypadku uzasadnionej potrzeby ich użycia; 8) umożliwienia przedstawicielom Wykonawcy pracy również poza Dniami Roboczymi, po uprzednim uzgodnieniu terminów i okresów, a także zapewnienia obecności w tym czasie niezbędnej liczby upoważnionych pracowników Zamawiającego; 9) zapewnienia Wykonawcy dostępu do SOZ w zakresie wymagany do realizacji Umowy; 10) współpracy w przeprowadzaniu instruktaży i prezentacji; 11) udzielania odpowiedzi na pytania i wnioski Wykonawcy w uzgodnionych każdorazowo terminach, przy czym odpowiedzi powinny być udzielane na piśmie: a) dla zgłoszenia usługi serwisu bieżącego Oprogramowania zgodnie z terminami wskazanymi w procedurze określonej w Załączniku nr 3 do Umowy; b) dla zgłoszenia usługi serwisu dostosowawczego Oprogramowania, zgodnie z terminami wskazanymi w procedurze określonej w Załączniku nr 4 do Umowy; 12) wykonywania, w związku z realizacją przedmiotu Umowy, archiwizacji danych w oparciu o zalecenia Wykonawcy zawarte w Dokumentacji Oprogramowania oraz na wniosek Wykonawcy; 13) konsultacji z Wykonawcą poprzedzających aktualizację wersji systemu operacyjnego i oprogramowania narzędziowego w terminach wcześniej uzgodnionych z Wykonawcą."

- „§ 11. Wynagrodzenie (...) 6. Limit wynagrodzenia za usługi serwisu dostosowawczego, o którym mowa w ust. 2 pkt 2, wynosi brutto zł (słownie: zł/100 brutto) za roboczogodzin. Dla celu obliczenia rzeczywistej wysokości wynagrodzenia stosowana będzie stawka kalkulacyjna jednej roboczogodziny w wysokości zł brutto (słownie: zł/100 brutto). Pracochłonność poszczególnych zgłoszeń serwisu dostosowawczego wynikać będzie z ostatniej wersji analizy zgłoszenia zatwierdzonej przez Koordynatora Zamawiającego. Wykonawcy nie przysługuje jakiegokolwiek roszczenie w związku z niewykorzystaniem w całości przez Zamawiającego łącznej maksymalnej kwoty wynagrodzenia wskazanej w ust. 2 pkt 2 7. Płatność za usługę, o której mowa w ust. 2 pkt 2 realizowana będzie z dołu każdorazowo po odbiorze Zgłoszenia."

- „§ 14. Kary umowne (...) 3. W przypadku braku realizacji lub zwłoki w realizacji usług serwisu dostosowawczego Oprogramowania, zgodnie z procedurą opisaną w Załączniku 4 do Umowy, Zamawiający ma prawo do naliczenia kary umownej w wysokości 0,05% łącznego wynagrodzenia brutto określonego w § 11 ust. 1, za każdy dzień zwłoki w stosunku do uzgodnionych terminów."

Załącznik nr 4 do umowy: „Procedura realizacji usług serwisu dostosowawczego Oprogramowania I. Ogólne warunki dokonywania realizacji usług serwisu dostosowawczego Oprogramowania 1. Zgłoszenia obsługiwane są w SOZ jeżeli nie występują sytuacje opisane w rozdziale V niniejszej procedury. 2. Zgłoszenia będą identyfikowane na podstawie unikalnego numeru zgłoszenia nadanego w SOZ. Numer powinien pozwalać co najmniej na identyfikację kolejności zgłoszeń w danym roku, typu usługi i zgłaszającej jednostki organizacyjnej Zamawiającego. 3. Każda ze stron zapewni poprawne funkcjonowanie wskazanych w dziale VIII niniejszego załącznika, adresów usług elektronicznych będących w jej dyspozycji, a w szczególności zapewni taką konfigurację serwerów poczty elektronicznej, aby fakt otrzymania korespondencji przychodzącej na wskazane adresy był automatycznie potwierdzany przez serwer.

II. Rejestracja i zatwierdzanie zgłoszenia

1. Zgłoszenie jest rejestrowane w SOZ przez Zamawiającego. 2. Zgłoszenie ma zawierać dane jednoznacznie je identyfikujące, określające jego zakres, cel realizacji usługi oraz inne dane niezbędne do rozpoczęcia jego realizacji, zgodnie ze wzorem formularza zgłoszeniowego, określonego w załączniku nr 12 do umowy; Strony mogą uzgodnić uzupełnienie zestawu wymaganych danych o dodatkowe dane, co staje się z dniem uzgodnienia obowiązujące. 3. Dnia dokonania zgłoszenia nie wlicza się do czasu wykonania usługi, jeżeli zgłoszenie zostało przekazane po godz. 14.00 tego dnia.

III. Przekazanie zgłoszenia do analizy

1. Po odebraniu zgłoszenia Wykonawca przygotowuje analizę, z uwzględnieniem zapisów § 5 ust. 7 pkt 5 Umowy, zgodnie z wzorem formularza zgłoszeniowego, określonego w załączniku nr 13 do Umowy; 2. W treści analizy zostanie ujęte oszacowanie złożoności dostosowania przez zastosowanie analizy punktów funkcyjnych metodą IFPUG. 3. W trakcie przygotowywania analizy Wykonawca ma prawo kierować do Zamawiającego pytania związane ze zgłoszeniem na formularzu, którego wzór określa załącznik nr 15 do Umowy. 4. Za dzień rozpoczęcia obsługi pytań uznaje się dzień przekazania pytań przez Wykonawcę. Za dzień zakończenia obsługi pytań uznaje się dzień przekazania odpowiedzi na pytania przez Zamawiającego. 5. Zalecany termin odpowiedzi przez Zamawiającego jest czas nie dłuższy niż 5 Dni Roboczych po dacie przekazania pytania. 6. Wersje udostępnianych analiz dla zgłoszenia numerowane są kolejno zaczynając od numeru 1. 7. Udostępnienie analizy o zmienionej treści wymaga zwiększenia numeru wersji analizy. 8. Określenie i rozliczenie czasu realizacji analizy – Pierwsza wersja analizy zgłoszenia powinna być udostępniona przez Wykonawcę nie później niż w terminie: 1) 5 Dni Roboczych - dla zgłoszenia o priorytecie „bardzo pilne”, 2) 10 Dni Roboczych - dla zgłoszenia o priorytecie „pilne”, 3) 15 Dni Roboczych - dla zgłoszenia o priorytecie „standardowe”; 9. Strony mogą uzgodnić inny termin wykonania analizy w dowolnym momencie przed terminem jej udostępnienia. 10. Zamawiający zatwierdza lub odrzuca wersję analizy niezwłocznie jednak nie później niż w terminie 15 Dni Roboczych licząc od następnego Dnia Roboczego po dacie udostępnienia wersji analizy przez Wykonawcę, przy czym Zamawiający zastrzega sobie prawo do dokonywania oceny tylko jednej analizy, wliczając analizy których podstawą jest nadzór autorski, w danym czasie a ocena kolejnej może zostać rozpoczęta dopiero po zatwierdzeniu lub odrzuceniu poprzedniej. 11. Jeżeli Zamawiający odrzuci wersję analizy, Wykonawca udostępni kolejną wersję nie później niż w terminie: 1) 3 Dni Roboczych - dla zgłoszenia o priorytecie „bardzo pilne”, 2) 5 Dni Roboczych - dla zgłoszenia o priorytecie „pilne”, 3) 7 Dni Roboczych - dla zgłoszenia o priorytecie „standardowe”, - licząc od następnego Dnia Roboczego po dacie odrzucenia analizy przez Zamawiającego. (...)

VII. Odbiór przedmiotu usług serwisu dostosowawczego Oprogramowania

1. Warunkiem odbioru usług serwisu dostosowawczego Oprogramowania jest przekazanie przez Wykonawcę protokołu odbioru zgodnego ze wzorem stanowiącym załącznik nr 16 do umowy. 2. Zamawiający dokonuje odbioru usług serwisu dostosowawczego Oprogramowania w terminie do 20 Dni Roboczych od dnia przekazania protokołu przez Wykonawcę. 3. Odbiór usług serwisu dostosowawczego Oprogramowania polega na stwierdzeniu z wykorzystaniem Testów Akceptacyjnych Dostosowania Oprogramowania zgodności realizacji z wymaganiami, w tym opisanymi w § 5 ust. 7 pkt 5 Umowy i zatwierdzoną analizą zgłoszenia oraz potwierdzeniu poprawności treści i zakresu instrukcji użytkownika lub w inny, opisany w analizie sposób. 4. Zamawiający dokona odbioru usług serwisu dostosowawczego Oprogramowania przez potwierdzenie tego faktu w SOZ oraz załączenie kopii podpisanego protokołu odbioru. 5. Na potrzeby Testów Akceptacyjnych Dostosowania Oprogramowania Wykonawca przedstawia do akceptacji lub uwag Zamawiającego projekt scenariuszy testowych nie później niż na 7 Dni Roboczych przed planowanym terminem przeprowadzenia testów akceptacyjnych oraz dane testowe przygotowane najpóźniej na dzień przeprowadzenia testów. Zamawiający zastrzega prawo do zgłoszenia uwag do scenariuszy w terminie 3 Dni Roboczych od dnia ich otrzymania. Uwagi powinny niezwłocznie zostać uwzględnione przez Wykonawcę. 6. W przypadku uwag Zamawiającego zawartych w protokole odbioru Wykonawca ma 10 Dni Roboczych na przekazanie poprawionego produktu Dostosowania.”

Dowody Odwołującego:

- umowa nr 175/21 dotycząca wcześniejszej analogicznej realizacji,
- dwa pisma dotyczące zgłoszenia, na które Zamawiający powołuje się w odpowiedzi na odwołanie.

Artykuł 353(1) k.c. stanowi: „Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.”

Artykuł 16 stanowi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.”

Artykuł 99 ust. 1 i 2 ustawy pzp stanowi: „1. 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. 2. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem, że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.”

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie była ocena prawidłowości postanowienia projektu umowy dotyczącego odbioru usług serwisu dostosowawczego oprogramowania i możliwych do zgłoszenia przez Zamawiającego uwag w protokole

odbioru. Odwołujący podnosił, że postanowienie załącznika nr 4 do projektu umowy, rozdział VII pkt 6 w obecnym kształcie narusza zasady proporcjonalności i równowagę stron umowy, nie ograniczając Zamawiającemu uwag jakie mogą być zgłaszane przez Zamawiającego w toku procedury odbiorowej. Odwołujący argumentował, że pozostawienie wskazanego postanowienia bez zmian może prowadzić do sytuacji, w której Zamawiający posiada narzędzie do dowolnego wymuszania na Wykonawcy dowolnych zmian w dostarczanych produktach – na etapie procedury odbiorowej, podczas gdy określenie, jak ma funkcjonować dany produkt, powinno nastąpić dużo wcześniej, na etapie analizy. Zamawiający natomiast uzasadniając decyzję o nieuwzględnieniu zarzutu nr 5 odwołania podnosił, że wprowadzenie modyfikacji postanowienia, o którą wnioskuje Odwołujący, wiązałoby się ze znacznym ryzykiem dla Zamawiającego, gdyż pozwoli wykonawcy na poprowadzenie spotkań analitycznych w taki sposób, w którym świadomie lub nieświadomie niektóre wymagania będą mogły zostać zinterpretowane błędnie lub pominięte i nie zostaną one opisane w analizie. W efekcie czego Zamawiający otrzyma dostosowanie oprogramowania spełniające tylko niektóre wymagania, a ujawnienie tego faktu nastąpi dopiero na etapie odbioru usługi serwisu dostosowawczego oprogramowania i uniemożliwi Zamawiającemu terminowe uruchomienie funkcjonalności oprogramowania.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego i uznała, że zapis umowy pozwalający Zamawiającemu na formułowanie uwag do odbieranego produktu w sposób nieograniczony narusza zasady proporcjonalności, równowagę kontraktową stron oraz uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie ryzyk w okolicznościach, które Zamawiający może zabezpieczyć w inny sposób. Zamawiający nie opisał jednoznacznie jakie uwagi będą mogły zostać zgłoszone na etapie odbioru, co jak słusznie podnosił Odwołujący może prowadzić do nakazania wykonawcy dokonywania zmian w dostarczanych produktach na etapie procedury odbiorowej, które nie wynikają z zatwierdzonej analizy zgłoszenia.

Na wstępie Izba za Odwołującym wskazuje, że przedmiotem odbioru może być wyłącznie świadczenie zlecone do wykonania. Procedura odbiorowa nie jest etapem realizacji zamówienia, w którym Zamawiający będzie dopiero precyzował swoje wymagania względem przedmiotu zamówienia. Słusznie Odwołujący podnosił, że odbiór polega tylko na weryfikacji, czy ostatecznie oddany produkt spełnia wcześniej określone wymagania. W konsekwencji ewentualne uwagi w protokole powinny ograniczać się do braku spełnienia czy też wykonania w sposób nieprawidłowy przedmiotu świadczenia.

Przenosząc powyższe zasady na kanwę niniejszej sprawy analiza postanowień dotyczących serwisu dostosowawczego i odbioru produktu będącego przedmiotem dostosowania narusza te zasady. Izba zauważa, że serwis dostosowawczy realizowany jest w ten sposób, że po przekazaniu zgłoszenia, wykonawca jest zobowiązany przygotować na jego podstawie analizę, w tym uwzględnić wymagania zgłoszone przez Zamawiającego i dobre praktyki, a także: *„oszacowanie złożoności dostosowania przez zastosowanie analizy punktów funkcyjnych metodą IFPUG. Końcowa wersja analizy stanowi więc opis przedmiotu zamówienia, opis oczekiwań Zamawiającego względem danego dostosowania i jest podstawą do wyliczenia przez wykonawcę wynagrodzenia („Pracochłonność poszczególnych zgłoszeń serwisu dostosowawczego wynikać będzie z ostatniej wersji analizy zgłoszenia zatwierdzonej przez Koordynatora Zamawiającego.” - § 11 ust. 6 projektu umowy.)* W konsekwencji przedmiotem odbioru może być wyłącznie produkt opisany w zatwierdzonej przez Zamawiającego analizie. Zamawiający wskazuje na to zresztą w załączniku nr 4 do projektu umowy, rozdziale VII pkt 3: *„Odbiór usług serwisu dostosowawczego Oprogramowania polega na stwierdzeniu z wykorzystaniem Testów Akceptacyjnych Dostosowania Oprogramowania zgodności realizacji z wymaganiami, w tym opisanymi w § 5 ust. 7 pkt 5 Umowy i zatwierdzoną analizą zgłoszenia oraz potwierdzeniu poprawności treści i zakresu instrukcji użytkownika lub w inny, opisany w analizie sposób.”* Nieuzasadnione i nieproporcjonalne jest w świetle przywołanych postanowień projektu umowy uprawnienie Zamawiającego do zgłaszania w protokole dowolnych uwag, pomimo że sam odbiór dotyczy właśnie zgodności produktu z zatwierdzoną analizą. Takie postanowienie narusza równowagę stron i uniemożliwia wycenę ryzyk mając na względzie, że to końcowa wersja analizy stanowi podstawę do oszacowania dostosowania, a więc określenia wynagrodzenia wykonawcy. Precyzowanie wymagań co do oczekiwanego produktu na etapie odbioru niewątpliwie naraża wykonawcę na dodatkowe koszty, w tym mając na względzie termin 10 dni roboczych na wprowadzenie zmian w produkcie w oparciu o uwagi Zamawiającego niewynikające z zatwierdzonej analizy stanowi ryzyko wykonawcy ewentualnego naliczenia kar umownych za zwłokę.

Odnosząc się natomiast do podnoszonych przez Zamawiającego twierdzeń, że obecne postanowienie ma zabezpieczać interesy Zamawiającego Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że rzetelne przygotowanie analizy należy do obowiązków wykonawcy w świetle postanowień projektu umowy. Niemniej jednak to po stronie Zamawiającego leży konkretne sprecyzowanie wymagań i oczekiwanych funkcjonalności produktu dostosowania. Skoro Zamawiający może zatwierdzić analizę bądź ją odrzucić to znaczy, że Zamawiający zapoznał się z analizą, w tym z kosztami dostosowania, uznaje, że oddaje ona cel zgłoszenia i je akceptuje. Niejednokrotnie zamawiający przygotowując opis przedmiotu zamówienia muszą dysponować osobami o wysokich kwalifikacjach zdolnych do konkretnego odzwierciedlenia w tym

opisie wszystkich wymagań zamawiającego. Taki opis jest następnie podstawą dla wykonawców do kalkulacji cen ofertowych, a wszelkie braki czy nieprawidłowości opisu przedmiotu zamówienia obciążają zamawiającego. Izba dostrzega powoływaną przez Odwołującego analogię w tym zakresie. Nadto, jak słusznie podnosił Odwołujący, Zamawiający przewidział w projekcie umowy także Testy Adaptacyjne Dostosowania, których celem jest: „sprawdzenie przez Zamawiającego prawidłowości wykonania funkcjonalności dostosowań i zmian Oprogramowania według uzgodnionej przez Strony, w trakcie realizacji Umowy, procedury (scenariusze testów, harmonogram ich przeprowadzania), we wskazanym przez Zamawiającego miejscu i czasie, w oparciu o dane testowe.”

Końcowo Izba zauważa w zakresie przywołanej w odpowiedzi Zamawiającego realizacji Umowy nr 175/2021 na utrzymanie i serwis SOFU, w zakresie której Zamawiający podnosił, że w ramach zlecenia analitycznego nr SD-26 wykonawca nie uwzględnił realizacji jednego z wymagań inicjalnych, że sam Zamawiający wskazuje, że: „Wymaganie to wraz z innymi zostało przekazane Wykonawcy, znalazło się również na zawartej w analizie liście wymagań będących jej podstawą, nie zostało jednak opisane.” Oznacza to, że problem dotyczył etapu analizy, a więc kwestii uwzględnienia w niej wszystkich wymagań Zamawiającego, ale i zatwierdzenia w takim kształcie analizy przez Zamawiającego. Zdaniem Izby, Zamawiający powinien więc postawić takie wymagania względem dokumentu analizy oraz oszacowania dostosowania, aby została przedstawiona w takim stopniu szczegółowości, który pozwoli Zamawiającemu na skuteczną weryfikację czy spełnia ona oczekiwania serwisu dostosowania i zgłoszenia i można ją zatwierdzić, czy należy ją odrzucić. Zamawiający powinien posiadać zdolności do takiej oceny, skoro analiza jest podstawą do wprowadzenia dostosowania i oszacowania jego kosztów. Jak słusznie podnosił Odwołujący, wykonawca nie ma żadnego interesu w tym, aby ograniczać funkcjonalności dostosowania, gdyż każde z nich zwiększa wynagrodzenie wykonawcy za realizację serwisu dostosowania. Zamawiający może swoje interesy zabezpieczyć w inny sposób niż przez wprowadzenie nieproporcjonalnego wymagania, które również następnie może być przedmiotem sporu, pozwalając Zamawiającemu na zgłaszanie dowolnych uwag na etapie końcowym, czyli odbioru produktu dostosowania.

Mając powyższe na względzie Izba uznała zarzut za zasadny, w konsekwencji czego nakazała modyfikację spornego postanowienia załącznika nr 4 do projektu umowy, rozdział VII pkt 6 przez wprowadzenie zastrzeżenia, że uwagi Zamawiającego zawarte w protokole odbioru produktu dostosowania będą dotyczyć niespełnienia przez wykonawcę założeń zatwierdzonej przez Zamawiającego analizy zgłoszenia.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego i koszt wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 15 000,00 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3600,00 zł na podstawie złożonej przez Odwołującego faktury VAT.

Przewodniczący: