

WYROK

Warszawa, dnia 24 sierpnia 2026 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:

Elżbieta Dobrenko

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2026 r. przez wykonawcę Softiq Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach

w postępowaniu prowadzonym przez Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze, na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zakresie zarzutów: VI.1, VI.2, VII.4, XVIII.2, XI.6, XI.7, XII.2, XII.3, XII.7, XII.8 odwołania.
2. Umarza postępowanie odwoławcze, na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie zarzutów: IV.1, V.1, V.2, V.3, V.4, V.5, VII.1, VII.2, VII.3, VIII.1, IX.1, X.3, X.5, X.6, X.7, X.8, XI.2, XI.3, XI.5, XI.8, XI.9, XI.12, XII.6, XII.9, XII.11, XII.12, XII.14, XII.15, XII.16 odwołania.
3. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu: X.2, X.4, XII. 4, XII.10 oraz XII.13 oraz nakazuje zamawiającemu modyfikację treści Specyfikacji Warunków Zamówienia:
 - 1.pkt 6.2.45 w Załączniku nr 10 do OPZ poprzez wskazanie, że do Czasu Naprawy Zgłoszenia nie jest wliczany czas liczony od przesłania przez wykonawcę wniosku o przekazanie przez zamawiającego danych niezbędnych do realizacji Zgłoszenia do chwili ich przekazania;
 - 2.pkt 6.2.73 w Załączniku nr 10 do OPZ poprzez określenie minimalnego/maksymalnego liczby zasilań w miesiącu/kwartale lub łącznego limitu w okresie obowiązywania umowy lub wskazanie okoliczności w związku, z którymi taki obowiązek powstaje;
 - 3.§ 22 w Załączniku nr 2 do SWZ poprzez wskazanie, że możliwość naliczenia kary umownej za wystąpienie drugiej i kolejnej Wady jest możliwe w przypadku niedotrzymania przez wykonawcę Czasu Naprawy lub Czasu Obejścia oraz że ta sama Wada stanowi jeden przypadek, za który zamawiający może naliczyć karę umowną.
 - 4.§ 6 ust. 2 w Załączniku nr 2 do SWZ poprzez określenie terminu stawienia się Zespołu Wykonawcy, w tym Personelu Kluczowego we wskazanym przez zamawiającego miejscu, który nie może być krótszy niż trzeci Dzień Roboczy od wezwania do godziny 10:00.
4. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
5. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Softiq Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach w 2/7 oraz zamawiającego - Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych w 5/7 i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwoty po 3 600,00 złotych (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), obejmujące poniesiony przez odwołującego oraz zamawiającego koszt wynagrodzenia pełnomocnika.
6. Zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 12 257,00 złotych (dwanaście tysięcy dwieście pięćdziesiąt siedem złotych zero groszy).

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:.....

Uzasadnienie

Zamawiający Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych, dalej: *zamawiający* prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, dalej: *„ustawa Pzp”* w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie

o udzielenie zamówienia pn.: „Budowa systemu obsługi dofinansowań i refundacji SODiR 3.0 wraz z asystą techniczną, konserwacją i rozwojem”, dalej: *„postępowanie”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej

2 lipca 2026 r. pod numerem 454221-2026.

13 lipca 2026 r. wykonawca Softiq Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach, dalej: „odwołujący” wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na:

- 1.opisaniu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wprowadzając w projektowanych postanowieniach umowy postanowienia niekorzystne dla wykonawców, naruszające równowagę stron umowy i praw podmiotowych wykonawców oraz w sposób stanowiący nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego ukształtowania postanowień umownych;
- 2.określeniu kryterium oceny ofert w sposób niejednoznaczny, nieumożliwiający weryfikacji i poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia oraz niepowiązany z przedmiotem zamówienia.

Odwołujący zarzucił zaskarżonej czynności zamawiającego naruszenie:

1.art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 431 ustawy Pzp w zw. z art.

8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wprowadzając w projektowanych postanowieniach umowy postanowienia niekorzystne dla wykonawców, naruszające równowagę stron umowy i praw podmiotowych wykonawców oraz w sposób stanowiący nadużycie przez zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego ukształtowania postanowień umownych;

2.art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 240 ust. 1 ustawy Pzp i w zw. z art. 241 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie kryterium oceny ofert w sposób niejednoznaczny, nieumożliwiający weryfikacji i poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia oraz niepowiązany z przedmiotem zamówienia

Odwołujący wniósł o:

- 1.uwzględnienie odwołania;
- 2.nakazanie zamawiającemu dokonania zmian w treści dokumentacji postępowania zgodnie z żądaniami zawartymi w uzasadnieniu odwołania oraz zmian niewskazanych wprost w żądaniu, ale koniecznych do wprowadzenia z uwagi na zakres żądań odwołującego – tj. zmian będących konsekwencją żądanych zmian;
- 3.zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz stanowisk stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

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

Izba ustaliła, że odwołujący wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej.

Profil działalności odwołującego odpowiada przedmiotowi zamówienia i jest on zainteresowany uzyskaniem zamówienia i w tym celu złożyć konkurencyjną ofertę.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił wykonawca Integrated Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Zgłoszenie przystąpienia wykonawcy Integrated Solutions Sp. z o.o. zawierało braki, wykonawca nie przesłał zgłoszenia przystąpienia lub jego kopii zamawiającemu. Zamawiający oświadczył na posiedzeniu, że nie otrzymał przystąpienia lub jego kopii, a także że adres mailowy, na który ww. wykonawca przesłał potwierdzenie przesłania zgłoszenia nie jest jego adresem mailowym.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że przystąpienie wykonawcy do postępowania odwoławczego nie było skuteczne.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający – piśmie z 23 lipca 2026 r. oświadczył, że zmodyfikował treść dokumentów, wobec powyższego postępowanie w zakresie zarzutów, które dotyczyły zmodyfikowanej treści Specyfikacji Warunków Zamówienia powinno zostać umorzone, w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Izba stwierdziła, że zmiana dokumentów zamówienia nastąpiła w związku z następującymi podniesionymi przez odwołującego zarzutami odwołania: VI.1, VI.2, VII.4, XVIII.2, XI.6, XI.7, XII.2, XII.3, XII.7, XII.8.

W związku z tym nie istniał już w powyższym zakresie tzw. substrat zaskarżenia konieczny, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie i stwierdzić, czy zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów Pzp. Izba uznała, że prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego w zakresie ww. zarzutów stało się zbędne, a postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze

w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, w zakresie następujących zarzutów: IV.1, V.1, V.2, V.3, V.4, V.5, VII.1, VII.2, VII.3, VIII.1, IX.1, X.3, X.5, X.6, X.7, X.8, XI.2, XI.3, XI.8, XI.9, XII.1, XII.5, XII.6, XII.9, XII.11, XII.12, XII.14, XII.15, XII.16, w związku z tym, że odwołujący oświadczył, że c

odwołanie w zakresie ww. zarzutów.

Zgodnie z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze Izba umarza postępowania odwoławcze w przypadku cofnięcia odwołania.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego sprawy dokumenty pochodzące z akt sprawy odwoławczej.

Zgodnie z przepisem art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Przepis art. 353¹ k.c. stanowi, że 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.

Przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2025 r. poz. 1071, 1172 i 1508 oraz z 2026 r. poz. 184 i 507), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, zgodnie

z art. 8 ustawy Pzp, stosuje się do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia

i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych.

Zarzut X.2

Zgodnie z treścią pkt 6.2.45 Załącznika nr 10 do OPZ – Asysta techniczna i konserwacja

„6.2.45Do Czasu Naprawy Zgłoszenia nie są wliczane okresy potwierdzania przez Zamawiającego skuteczności dostarczonych poprawek oraz za zgodą Zamawiającego czas pomiędzy odbiorem przez Zamawiającego Pakietu Aktualizacji na Środowisku Testowym a zainstalowaniem Pakietu Aktualizacji na Środowisku Produkcyjnym.”

W Załączniku nr 9 do OPZ – Poziom świadczenia usług (SLA) określono następujące Czasy realizacji:

„Czasy realizacji

Nazwa Wady – Awaria

•Czas Naprawy – 8 godzin zegarowych;

•Czas Obejścia – 4 godziny zegarowe.

Nazwa Wady – Błąd

•Czas Naprawy – 10 Godzin Roboczych;

•Czas Obejścia - 5 Godzin Roboczych.

Nazwa Wady – Usterka

•Czas Naprawy - 24 Godzin Roboczych;

•Czas Obejścia – Nie dotyczy.

Nazwa Wady – Pytanie

•Czas Naprawy - 8 Godzin Roboczych;

•Czas Obejścia – Nie dotyczy.”

Odwołujący wskazał, że zamawiający w Załączniku nr 10 do OPZ Asysta Techniczna

i Konserwacja przewiduje wyłączenia z Czasu Naprawy Zgłoszenia, w szczególności w pkt. 6.2.45 okresy potwierdzania przez Zamawiającego skuteczności Naprawy. Jednocześnie załącznik nr 9 do OPZ określa rygorystyczne czasy SLA dla Awarii, Błędów i Usterek. Obecne brzmienie wymaga doprecyzowania, od jakiego momentu Czas Naprawy ulega zawieszeniu

i kiedy zostaje wznowiony.

Odwołujący wniosł o zawarcie jednoznacznego postanowienia, zgodnie z którym Czas Naprawy ulega zawieszeniu od momentu przekazania zamawiającemu Naprawy lub prośby

o informację/działanie po stronie zamawiającego do momentu przekazania wykonawcy wyniku weryfikacji, danych, decyzji albo dostępu niezbędnego do dalszych prac.

Odwołujący wniosł także o doprecyzowanie, że w tych okresach nie są naliczane kary umowne ani naruszenia SLA, ponieważ dalsza realizacja Zgłoszenia pozostaje poza kontrolą wykonawcy i nie może on ponosić odpowiedzialności za czas działania zamawiającego.

W odpowiedzi na powyższy zarzut zamawiający oświadczył, że nie podziela stanowiska odwołującego w zakresie konieczności wprowadzenia automatycznego zawieszenia Czasu Naprawy od momentu przekazania przez wykonawcę prośby o informację, dane, decyzję, dostęp lub inne działanie po stronie zamawiającego w kontekście opisanym w

odwołaniu.

Zdaniem zamawiającego proponowane rozwiązanie prowadziłoby do powstania mechanizmu umożliwiającego jednostronne i nieograniczone wpływanie przez wykonawcę na bieg parametrów SLA poprzez kierowanie kolejnych zapytań lub wniosków w toku realizacji Zgłoszenia. W praktyce mogłoby to skutkować sztucznym wydłużaniem terminów usunięcia Awarii, Błędów lub Usterek bez rzeczywistego związku z zakresem prac naprawczych, a tym samym prowadzić do ograniczenia skuteczności mechanizmów SLA stanowiących jeden z podstawowych instrumentów zabezpieczenia interesu zamawiającego.

Zamawiający zwrócił uwagę, że profesjonalny wykonawca świadczący usługi utrzymania systemu powinien posiadać wiedzę oraz organizację pracy pozwalające na samodzielną diagnostykę problemu, identyfikację niezbędnych dostępów i danych oraz planowanie działań w sposób zapewniający realizację wymaganych parametrów SLA. Ryzyko związane z niewłaściwą organizacją procesu usuwania Wad lub niekompletnym przygotowaniem do realizacji usług utrzymaniowych nie może być przenoszone na zamawiającego.

Zamawiający dostrzegł jednocześnie, że w wyjątkowych przypadkach skuteczność wykonanej Naprawy może wymagać potwierdzenia przez użytkowników biznesowych lub przedstawicieli zamawiającego z tego względu przewidziano odpowiednie procedury w pkt 6.2.37 i 6.2.45 Załącznika nr 10 do OPZ. Jest to sytuacja odmienna od etapu realizacji samej Naprawy, za którego organizację, przebieg i terminowe wykonanie odpowiada Wykonawca.

Zamawiający zauważył również, że przyjęcie postulowanego przez odwołującego rozwiązania mogłoby prowadzić do sytuacji, w której każdorazowe skierowanie pytania lub wniosku do zamawiającego powodowałoby automatyczne zatrzymanie biegu SLA, co w praktyce uniemożliwiałoby skuteczną weryfikację jakości świadczonych usług oraz ocenę czy wykonawca dochowuje wymaganych czasów reakcji i napraw. Taki mechanizm pozostawiałby w sprzeczności z celem ustanowienia parametrów SLA oraz naruszałby zasadę zachowania równowagi kontraktowej stron.

Zamawiający stwierdził, że nie może zaakceptować modelu, w którym sam fakt skierowania przez wykonawcę pytania, wniosku o dostęp lub prośby o informacje powodowałby automatyczne zatrzymanie parametrów SLA, ponieważ tworzyłoby to mechanizm pozwalający na jednostronne wpływanie przez Wykonawcę na ocenę jakości świadczonych usług oraz skuteczność systemu kar i odpowiedzialności kontraktowej.

W konsekwencji Zamawiający uznał obecne postanowienia za wystarczające i proporcjonalne, zapewniające ochronę wykonawcy w przypadku konieczności potwierdzenia skuteczności Naprawy, a jednocześnie eliminujące ryzyko nadużywania procedury zawieszenia Czasu Naprawy przez Wykonawcę. W ocenie zamawiającego opis jest jasny, zrozumiały i celowy a wykonawca nie wykazał, jakie przepisy uważa za naruszone tym wymaganiem.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie powyższego zarzutu.

Izba uznała zarzut powyższy zarzut za uzasadniony.

Przepis art. 353¹ k.c. stanowi, że 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.

Zdaniem Izby, wskazane przez odwołującego postanowienia PPU naruszają równowagę stron umowy. Realizacja Zgłoszenia wiąże się z trudnościami - brakiem dostatecznych informacji czy też danych od zamawiającego, a brak wyłączenia czasu oczekiwania z Czasu Naprawy na informacje wiązać się może z naliczeniem kar umownych.

Odwołujący wskazywał podczas rozprawy, że może zdarzyć się tak, że wykonawca nie otrzyma wszystkich niezbędnych do podjęcia Naprawy informacji, danych, w tym np. logów. Jednocześnie czas, od momentu przesłania wniosku o dane nie jest wyłączany z czasu Naprawy, którego przekroczenie może wiązać się z naliczeniem kary umownej.

Nie może budzić wątpliwości, że przystąpienie przez wykonawcę do Naprawy uzależnione jest od posiadania niezbędnych danych, informacji, itp. tak aby wykonawca miał możliwość należytego wykonania Naprawy.

Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem zamawiającego, zgodnie z którym wykonawcy mogą nadużywać tego uprawnienia poprzez kierowanie kolejnych zapytań lub wniosków w toku realizacji Zgłoszenia, co w praktyce mogłoby to skutkować sztucznym wydłużaniem terminów usunięcia Awarii, Błędów lub Usterek bez rzeczywistego związku z zakresem prac naprawczych, a tym samym prowadzić do ograniczenia skuteczności mechanizmów SLA.

Zdaniem Izby, tylko wnioski o dostarczenie do podjęcia Naprawy niezbędnych danych, informacji itp. może skutkować wyłączeniem czasu potrzebnego do ich przesłania z czasu Naprawy, a nie każdy jakikolwiek wniosek wykonawcy. W ocenie Izby, każdy inny wniosek, który nie dotyczy informacji, danych niezbędnych do podjęcia Naprawy nie może skutkować wyłączeniem czasu niezbędnego do udzielenia odpowiedzi z Czasu Naprawy, czas związany z obsługą takiego wniosku powinien być automatycznie wliczany do Czasu Naprawy. Rozróżnienie wniosków, które dotyczą rzeczywiście danych i informacji niezbędnych do podjęcia Naprawy nie powinno sprawić zamawiającemu większych

trudności.

Należy także podkreślić, na co zwrócił uwagę odwołujący, że w powyższym zakresie konieczne jest współdziałanie zamawiającego, skrócenie czasu od chwili otrzymania wniosku do chwili odpowiedzi na niego zależy już tylko od zamawiającego.

Wobec powyższych okoliczności Izba uwzględniła zarzut oraz nakazała zamawiającemu zmiany treści OPZ wskazując w sentencji zakres zmian.

Zarzut X.4

W pkt. 6.2.73 Załącznika nr 10 do OPZ – Asysta techniczna i konserwacja określono następujący obowiązek wykonawcy: „6.2.73 Wykonawca na każde żądanie Zamawiającego zobowiązany jest do zasilania bazy danych Środowisk Testowych Systemu danymi z bazy danych Środowiska Produkcyjnego, przy jednoczesnym zachowaniu wysokiego poziomu bezpieczeństwa danych osobowych i cyberbezpieczeństwa.”

Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu wskazał, że obowiązek zasilania bazy danych Środowisk Testowych Systemu ma charakter istotnie kosztotwórczy (przygotowanie i utrzymanie procedur, anonimizacja/maskowanie, kontrola dostępu, audytowalność, okna serwisowe, testy odtworzeniowe, obsługa incydentów itd.) i – wobec braku limitu lub choćby estymowanego wolumenu żądań (zamawiający wskazuje „na każde żądanie”) – jest niepoliczalny na etapie składania oferty.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o doprecyzowanie tego postanowienia poprzez określenie minimalnego/maksymalnego zakresu (np. liczby zasilień w miesiącu/kwartale lub łącznego limitu w okresie umowy) oraz parametrów operacji (zakres danych, wymagany poziom anonimizacji, maksymalny czas realizacji, sposób zlecenia i akceptacji).

Ewentualnie przyjęcie, że w ramach wynagrodzenia ATiK obejmuje się określony limit cykli zasilania danymi środowiska produkcyjne, a każde dodatkowe zasilenie jest rozliczane jako Modyfikacja i Rozwój — tak aby obowiązek był wycenialny i porównywalny dla wszystkich wykonawców.

W odpowiedzi na zarzut zamawiający podkreślił, że obowiązek zasilania środowisk testowych danymi produkcyjnymi po przeprowadzeniu wymaganych procesów anonimizacji lub maskowania stanowi standardowy element usług utrzymaniowych dla systemów klasy odpowiadającej zamawianemu Systemowi. Celem wymagania jest zapewnienie możliwości realizacji testów funkcjonalnych, integracyjnych, wydajnościowych, bezpieczeństwa, testów regresji, testów migracyjnych oraz testów związanych z usuwaniem Wad i wdrażaniem zmian.

Realizacja tego wymagania jest możliwa z zastosowaniem mechanizmów automatycznych, które zostaną wykonane jednorazowo na etapie budowy Systemu SODiR 3.0 i nie jest to element, którego koszty nie mogą być policzone na etapie składania ofert.

Zamawiający stwierdził, że nie może zaakceptować postulatu wprowadzenia sztywnego limitu liczby zasilień środowisk testowych, ponieważ mogłoby to prowadzić do sytuacji, w której prawidłowa realizacja testów, usuwanie błędów lub zapewnienie bezpieczeństwa Systemu byłoby uzależnione od wyczerpania arbitralnie określonego limitu operacji. W szczególności konieczność wykonania dodatkowego zasilenia może wynikać z wystąpienia Awarii, realizacji działań naprawczych, przeprowadzania testów bezpieczeństwa, odtworzeń środowisk po incydentach, migracji danych lub innych zdarzeń niemożliwych do przewidzenia na etapie prowadzenia postępowania.

Jednocześnie wymaganie nie oznacza dowolnego i nieograniczonego zlecenia operacji zasilania środowisk testowych. Każde zasilenie będzie realizowane wyłącznie w zakresie uzasadnionym potrzebami związanymi z utrzymaniem, rozwojem, testowaniem lub zapewnieniem bezpieczeństwa Systemu SODiR 3.0.

Zamawiający nie podzielił stanowiska odwołującego, jakoby obowiązek zasilania środowisk testowych danymi miał charakter niepoliczalny lub uniemożliwiał prawidłową kalkulację oferty. Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie, budowa oraz utrzymanie nowoczesnego systemu teleinformatycznego. Sposób realizacji procesu zasilania środowisk testowych stanowi element organizacji pracy oraz rozwiązania technicznego zaproponowanego przez wykonawcę. Wykonawca posiada możliwość zaprojektowania i wdrożenia odpowiednich mechanizmów automatyzujących takie operacje, ograniczających ich pracochłonność oraz wpływ na koszty bieżącego utrzymania Systemu. Zdaniem zamawiającego opis jest jasny, zrozumiały i celowy a wykonawca nie wykazał, jakie przepisy uważa za naruszone tym wymaganiem. W związku z powyższym zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, który wskazywał na możliwość zaprojektowania

i wdrożenia przez wykonawcę odpowiednich mechanizmów automatyzujących operacje zasilania, ograniczających ich pracochłonność oraz wpływ na koszty bieżącego utrzymania Systemu w związku z tym, że sposób realizacji procesu zasilania środowisk testowych stanowi element organizacji pracy oraz rozwiązania technicznego zaproponowanego przez wykonawcę, co oznacza, że obowiązek zasilania środowisk testowych danymi nie jest niepoliczalny lub uniemożliwia prawidłową kalkulację oferty.

Jednakże obowiązek zasilania środowisk testowych danymi został opisany w postanowieniach jako uprawnienie zamawiającego, który wykonawca musi zrealizować na każde żądanie zamawiającego.

Zamawiający choć zastrzegł, że nie może zaakceptować postulatu wprowadzenia sztywnego limitu liczby zasileń środowisk testowych, ponieważ mogłoby to prowadzić do sytuacji, w której prawidłowa realizacja testów, usuwanie błędów lub zapewnienie bezpieczeństwa Systemu byłoby uzależnione od wyczerpania arbitralnie określonego limitu operacji, to jednak był

w stanie określić w jakich sytuacjach konieczne będzie wykonanie dodatkowego zasilania danymi: „konieczność wykonania dodatkowego zasilania może wynikać z wystąpienia Awarii, realizacji działań naprawczych, przeprowadzania testów bezpieczeństwa, odtworzeń środowisk po incydentach, migracji danych lub innych zdarzeń niemożliwych do przewidzenia na etapie prowadzenia postępowania”.

Jednocześnie zamawiający podkreślił, że wymaganie powyższe nie oznacza dowolnego

i nieograniczonego zlecenia operacji zasilania środowisk testowych, a każde zasilenie będzie realizowane wyłącznie w zakresie uzasadnionym potrzebami związanymi z utrzymaniem, rozwojem, testowaniem lub zapewnieniem bezpieczeństwa Systemu SODiR 3.0, jednak powyższe stanowisko nie znalazło odzwierciedlenia w postanowieniach SWZ.

Zdaniem Izby, wskazane przez odwołującego postanowienia naruszały równowagę stron przyszłej umowy i zostały określone przez zamawiającego w sposób arbitralny – w postaci obowiązku zasilania bazy danych na każde żądania zamawiającego, w sposób, który tego obowiązku dostatecznie nie konkretyzuje, wpływa również na możliwość oszacowania ceny oferty.

Zarzut XI.1

W § 13 ust. 4 Załącznika nr 2 do SWZ Projektowane postanowienia umowy zamawiający przewidział zasady rozliczenia wynagrodzenia za Zadanie nr 1:

„4. Rozliczenie wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 2 pkt 2.1, tj. wynagrodzenia za realizację Etapu 1 - Etapu 5 Zadania nr 1, nastąpi w poniższy sposób:

- 4.1. po podpisaniu przez Zamawiającego bez wad istotnych lub bez zastrzeżeń protokołu Odbioru Etapu 1 Zadania nr 1 (Analiza funkcjonalna) w wysokości brutto: zł (5% kwoty brutto określonej w ust. 2 pkt 2.1 powyżej);
- 4.2. po podpisaniu przez Zamawiającego bez wad istotnych lub bez zastrzeżeń protokołu Odbioru Etapu 2 Zadania nr 1 (Budowa Systemu SODiR 3.0.) w wysokości brutto: zł (45% kwoty brutto określonej w ust. 2 pkt 2.1 powyżej);
- 4.3. po podpisaniu przez Zamawiającego bez wad istotnych lub bez zastrzeżeń protokołu Odbioru Etapu 3 Zadania nr 1 (Warsztaty wdrożeniowe) oraz Etapu 4 (Start Produkcyjny i Stabilizacja Systemu SODiR 3.0. na Środowisku Produkcyjnym) oraz Etapu 5 (Dokumentacja Powykonawcza) Zadania nr 1 w wysokości brutto: zł (10% kwoty brutto określonej w ust. 2 pkt 2.1 powyżej);
- 4.4. wypłata pozostałego wynagrodzenia określonego w ust. 2 pkt 2.1 powyżej nastąpi po podpisaniu przez Zamawiającego bez wad istotnych lub bez zastrzeżeń Protokołu Odbioru Wdrożenia w wysokości brutto: 0 zł (40% kwoty brutto określonej w ust. 2 pkt 2.1 powyżej).”

Odwołujący wskazał, że w świetle powszechnie przyjętych zasad inżynierii oprogramowania, w modelu realizacji proponowanym przez zamawiającego – tj. wykonaniu analizy przed rozpoczęciem implementacji – udział etapu 1 w całości prac nad typowym systemem biznesowym wynosi ok. 20–25% nakładów. Dodatkowo, z uwagi na złożoność systemu SODiR oraz rozbudowane wymagania dokumentacyjne określone w Załączniku 1.1. do OPZ, faktyczny nakład pracy będzie jeszcze wyższy.

W tym kontekście zaproponowane przez zamawiającego wynagrodzenie na poziomie 5% należy uznać za nieadekwatne w stosunku do kosztów ponoszonych przez wykonawcę.

Również wynagrodzenie przewidziane za wykonanie Etapu 2 jest rażąco nieproporcjonalne do nakładów ponoszonych przez Wykonawcę oraz czasu jego realizacji. Etap 2 jest najdłuższym i najbardziej kosztownym etapem w ramach zadania 1.

Takie ukształtowanie harmonogramu płatności jest tym bardziej nie do zaakceptowania, gdyż Zamawiający zastrzegł sobie prawo odstąpienia od umowy z prawem zatrzymania Produktów, Zmian i Wydań. W praktyce oznacza to, że jeżeli powyższa sytuacja wystąpi po Etapie 2, wykonawca otrzyma wynagrodzenie jedynie w wysokości 50% wartości Zadania 1, co w żaden sposób nie odzwierciedla rzeczywistych kosztów poniesionych na wytworzenie oprogramowania, przeprowadzenie testów oraz realizację migracji. Etap 2 jest bowiem kluczowy, najbardziej czasochłonny (15–21 miesięcy) i obiektywnie najdroższy w całym przedsięwzięciu. A zatem wniosek odwołującego o dostosowanie wynagrodzenia do realnego zakresu prac, który w ramach etapu 1 kształtuje się na poziomie 25% wartości Zadania 1 (albo wprowadzenie dodatkowych płatności częściowych za odebrane produkty analityczne),

a w ramach Etapu 2 na poziomie 60% wartości Zadania 1 jest uzasadniony.

Odwołujący wniósł również o doprecyzowanie § 21 PPU w taki sposób, aby w przypadku odstąpienia lub zatrzymania produktów Wykonawca zachowywał prawo do wynagrodzenia odpowiadającego rzeczywiście wykonanym i użytecznym

pracom, a nie wyłącznie do 5% wartości Zadania nr 1 oraz o ograniczenie wysokości wynagrodzenia zatrzymywanego do końcowego Odbioru Wdrożenia, ponieważ obecny podział przerzuca na wykonawcę finansowanie najkosztowniejszej części zamówienia.

Odnosząc się do ww. zarzutu zamawiający podniósł, że odwołujący nie wskazał żadnej argumentacji, w jaki sposób wypłata wynagrodzenia w częściach narusza przepisu ustawy Pzp lub zasadę swobody umów. Zasada swobody umów doznaje ograniczenia tylko gdy treść lub cel postanowień sprzeciwia się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współzycia społecznego. Zdaniem zamawiającego odwołujący nie wykazał, w jaki sposób postanowienia o płatnościach częściowych za wykonanie dzieła w postaci systemu informatycznego sprzeciwiają się właściwości stosunku prawnego, ustawie lub zasadom współzycia społecznego, natomiast utożsamiał wysokość wynagrodzenia przypisanego do poszczególnych etapów z przewidywanym nakładem pracy wykonawcy, podczas gdy pomiędzy tymi kategoriami nie zachodzi konieczna zależność. Zamawiający określając zasady płatności nie ma obowiązku przypisywania do poszczególnych etapów wynagrodzenia odpowiadającego procentowemu udziałowi nakładów pracy wykonawcy. Wynagrodzenie umowne stanowi ekwiwalent za osiągnięcie określonych rezultatów i uzyskanie przez zamawiającego kolejnych funkcjonalności lub korzyści gospodarczych, a nie zwrot kosztów poniesionych przez wykonawcę na realizację poszczególnych czynności.

Zamawiający podkreślił, że widoczne jest niezadowolenie wykonawcy z podziału płatności

i chęć otrzymania wynagrodzenia szybciej niż w opisanych etapach, co jednak nie korzysta

z ochrony prawnej. Zamawiający zamawia system i jest zainteresowany odbiorem sprawnego i działającego systemu informatycznego - narzędzia wspierającego procesy realizowane przez

Zamawiającego. Wyróżnienie etapów ma na celu zaplanowanie prac, ułożenie ich

w odpowiednim porządku i umożliwienie odpowiedniego nadzoru, ale potrzebę zamawiającego spełnia dopiero poprawnie wdrożony i przetestowany system. W tej sytuacji uprawnione byłoby zapłacenie wynagrodzenia dopiero po odbiorze końcowym systemu. Podział wypłaty wynagrodzenia na części ma na celu wsparcie wykonawcy w realizacji zadania a nie odzwierciedlenie jego nakładu pracy.

Zamawiający wskazał, że jednocześnie postanowienia § 21 o wynagrodzeniu przy odstąpieniu przewidują zapłatę wynagrodzenia za wykonane prace - wysokość wynagrodzenia zostanie ustalona w oparciu o wynagrodzenie opisane w Umowie, a jeżeli będzie to niewystarczające – ustalone odpowiednio do nakładu pracy niezbędnej do wykonania tych prac. Jeśli więc odstąpienie nastąpi po przekazaniu produktów danego etapu a wykonawca wykaże, że nakład prac był wyższy niż otrzymana wartość częściowa, umowa daje możliwość ustalenia wynagrodzenia adekwatnie do zakresu prac.

Zdaniem zamawiającego odwołujący w tym przypadku nie zmierza do usunięcia postanowienia sprzecznego z przepisami prawa, lecz do zastąpienia rozwiązania przyjętego

przez zamawiającego innym rozwiązaniem, korzystniejszym z ekonomicznego punktu widzenia wykonawcy. Nawet przy założeniu, że rzeczywisty nakład pracy związany z realizacją Etapu 1 byłby wyższy niż 5% wartości zamówienia, okoliczność ta pozostaje irrelevantna dla oceny zgodności kwestionowanego postanowienia z prawem. Ustawa Pzp nie nakłada na zamawiającego obowiązku ustalania płatności częściowych proporcjonalnie do kosztów lub pracochłonności poszczególnych etapów realizacji zamówienia. Brak jest zatem podstaw prawnych do żądania przez odwołującego podwyższenia wynagrodzenia za Etap

1 i modyfikacji postanowień Zamawiającego co do płatności za przedmiot zamówienia.

Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że przewidział wynagrodzenie na poziomie 5% za Zadanie nr 1, które jest nieadekwatne do kosztów ponoszonych przez wykonawcę, natomiast udział etapu 1 w całości prac to ok. 20-25%.

Izba stwierdziła, że w uzasadnieniu zarzutu odwołujący przedstawił ogólny zarys problemu, powołał się na złożoność systemu SODiR oraz rozbudowane wymagania dokumentacyjne, określone w Załączniku 1.1. do OPZ, których nawet nie wymienił.

Odwołujący zaniechał wyjaśnienia, jakie prace składają się na Etap 1, jaka w szczególności jakie prace składają się na ten etap i jest ich pracochłonność. W odniesieniu do Etapu

2 wskazano jedynie, że jest to etap czasochłonny (15–21 miesięcy) i obiektywnie najdroższy w całym przedsięwzięciu.

Poza oczekiwaniem zwiększenia procentowego udziału wynagrodzenia za Etapy nie wskazał uzasadniających go okoliczności.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności Izba nie dysponowała wystarczającymi do oceny zasadności zarzutu danymi.

W związku z powyższym zarzut podlegał oddaleniu.

Zarzut został również oddalony w zakresie braku doprecyzowania § 21 PPU w taki sposób, aby w przypadku odstąpienia lub zatrzymania produktów wykonawca zachowywał prawo do wynagrodzenia odpowiadającego rzeczywiście wykonanym i użytecznym pracom, a nie wyłącznie do 5% wartości Zadania nr 1 oraz o ograniczenie wysokości

wynagrodzenia zatrzymywanego do końcowego Odbioru Wdrożenia.

Jak podkreślił zamawiający, postanowienia § 21 o wynagrodzeniu przy odstąpieniu przewidują zapłatę wynagrodzenia za wykonane prace - wysokość wynagrodzenia zostanie ustalona w oparciu o wynagrodzenie opisane w Umowie, a jeżeli będzie to niewystarczające – ustalone odpowiednio do nakładu pracy niezbędnej do wykonania tych prac.

§ 21 ust. 21 ust. 4.2 PPU przewiduje:

„4.2.W razie zatrzymania przez Zamawiającego jakichkolwiek Produktów, Zmian Wykonawca zachowa prawo do wynagrodzenia za te Produkty, Zmiany; wysokość wynagrodzenia zostanie ustalona w oparciu o wynagrodzenie opisane w Umowie, a jeżeli będzie to niewystarczające - ustalone odpowiednio do nakładu pracy niezbędnej do wykonania tych prac. Jeśli tak obliczone wynagrodzenie za zachowane Produkty, Zmiany będzie niższe niż dotychczas zapłaconego przez Zamawiającego wynagrodzenia, Wykonawca zobowiązuje się do zwrotu kwoty pieniężnej stanowiącej nadwyżkę w terminie 10 dni od daty wezwania.”

Zarzut XI.4

Zgodnie z § 4 ust. 21 – Załącznika nr 2 do SWZ Projektowane Postanowienia Umowy:

Paragraf 4 ust. 21 [Kontrola wykonania Umowy]

„21.Zamawiający zastrzega sobie prawo korzystania w trakcie wykonywania Umowy z usług osób trzecich celem kontroli wycen Zleceń i/lub Zmian/y w ramach Modyfikacji i Rozwoju, jakości i sposobu prowadzenia całości lub poszczególnych prac objętych Umową, dotyczących w szczególności zachowywania ustalonego Umową standardu tworzenia Produktów, w tym Kodu Źródłowego Systemu i Dokumentacji Powykonawczej, jak również do przeprowadzenia takiej kontroli samodzielnie. Osobom takim, posiadającym upoważnienie ze strony Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany będzie udzielić niezwłocznie wszelkich informacji, danych i wyjaśnień w żądanym zakresie oraz udostępnić

i zaprezentować rezultaty prowadzonych prac, jak również zapewnić możliwość ich kontroli w ramach wszystkich środowisk. W przypadku, gdy kontrola wykaże nieprawidłowości, Wykonawca zobowiązuje się niezwłocznie wdrożyć zalecenia pokontrolne na własny koszt w terminie wskazanym przez Zamawiającego. Zamawiający zobowiązuje się, aby czynności związane z kontrolą wycen Zleceń i/lub Zmian/y w ramach Modyfikacji i Rozwoju, jakości i sposobu prowadzenia całości lub poszczególnych prac objętych Umową, były powierzane osobom trzecim zobowiązanym do zachowania bezstronności, poufności i ochrony interesów Wykonawcy, w tym jego know-how, metod działania i informacji handlowych. Kontrola nie będzie powierzana podmiotom, co do których istnieją uzasadnione podstawy do stwierdzenia, że prowadzą działalność bezpośrednią konkurencyjną wobec Wykonawcy w zakresie analogicznych rozwiązań objętych Przedmiotem Umowy.

21A.W przypadku kontroli wyceny pracochłonności i czasu realizacji Zleceń i/lub Zmian/y

w ramach Modyfikacji i Rozwoju przeprowadzanej na podstawie ust. 17 i 21 powyżej, w razie powzięcia przez Zamawiającego uzasadnionych wątpliwości co do określonej przez Wykonawcę pracochłonności i czasu realizacji Zleceń i/lub Zmian/y przed jego zatwierdzeniem do realizacji, stosuje się następujący tryb:

21A.1.Zamawiający jest uprawniony do powołania niezależnego biegłego z zakresu informatyki w celu sporządzenia opinii dotyczącej pracochłonności i czasu realizacji Zleceń i/lub Zmian/y.

21A.2.Wykonawca udostępni biegłemu materiały i informacje niezbędne do sporządzenia opinii oraz jest zobowiązany do przedstawienia biegłemu swojego stanowiska w terminie wskazanym przez Zamawiającego nie krótszym niż 3 Dni Robocze.

21A.3.Pracochłonność określona przez biegłego (RB), jak również określony czas realizacji Zleceń i/lub Zmian/y stanowi wiążącą Stronę podstawę ustalenia pracochłonności i wynagrodzenia Wykonawcy za Zleceń i/lub Zmian/y oraz podstawę ustalenia czasu ich realizacji niezależnie od wielkości różnicy pomiędzy pracochłonnością wyliczoną przez biegłego (RB) a pracochłonnością wyliczoną przez Wykonawcę (RW), jak również pomiędzy czasem realizacji Zleceń i/lub Zmian/y określonej przez Wykonawcę a czasem realizacji określonym przez biegłego.

21A.4.Koszty sporządzenia opinii biegłego ponosi:

a.Wykonawca - jeżeli różnica pomiędzy pracochłonnością określoną przez biegłego (RB)

a pracochłonnością określoną przez Wykonawcę (RW) jest większa niż 15% wartości pracochłonności wskazanej przez Wykonawcę;

b.Zamawiający – jeżeli różnica pomiędzy pracochłonnością określoną przez biegłego (RB)

a pracochłonnością określoną przez Wykonawcę (RW) jest równa lub mniejsza niż 15% wartości pracochłonności wskazanej przez Wykonawcę.

21A.5.Wykonawca niniejszym wyraża zgodę na zastosowanie mechanizmu weryfikacji określonego w niniejszym punkcie, w tym na ustalenie pracochłonności, wynagrodzenia, czasu realizacji Zleceń i/lub Zmian/y zgodnie z opinią biegłego oraz zastosowania zapisów w pkt 21A.3 powyżej.

21A.6.Wykonawca wyraża zgodę na pokrycie kosztów opinii biegłego, w sytuacji, o której mowa w pkt 21A.4 lit. a) powyżej w terminie 21 dni od dnia doręczenia przez Zamawiającego odpowiedniego dokumentu zawierającego informację o wysokości kosztów sporządzonej opinii. Niezależnie od terminu płatności Wykonawca wyraża zgodę za dokonanie przez Zamawiającego umownego potrącenia ww. kwoty z należnego Wykonawcy wynagrodzenia przysługującego w ramach realizacji niniejszej Umowy, objętego najbliższą fakturą Wykonawcy, choćby wiarytelność Zamawiającego z tego tytułu nie była jeszcze wymagalna (nie upłynął jeszcze termin, w którym Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kosztów za sporządzoną opinię biegłego). W przypadku, gdy kwota potrącenia przewyższa wartość najbliższej faktury Wykonawcy, Zamawiający jest uprawniony do potrącenia pozostałej kwoty z kolejnej faktury Wykonawcy.

22.Niezależnie od powyższych postanowień, w przypadku wątpliwości Zamawiającego w zakresie profesjonalnej i starannej realizacji niniejszej Umowy, Wykonawca zgadza się na arbitraż niezależnych ekspertów i zgadza się zastosować do wydanej opinii w przypadku stwierdzenia uchybień po stronie Wykonawcy oraz usunąć w terminie wskazanym przez Zamawiającego wszystkie uchybienia

wskazane w opinii. Wykonawca w terminie 2 Dni Roboczych od usunięcia uchybień zobowiązany jest poinformować Zamawiającego o ich usunięciu.”

Odwołujący wskazał w uzasadnieniu zarzutu, że § 4 ust. 21 PPU wprowadza mechanizm rażąco jednostronny i dyskryminujący, który pozwala mu na kontrolę wyceny zleceń w ramach Modyfikacji i Rozwoju oraz narzucenie wykonawcy realizacji Zlecenia według wyceny stanowiącej rezultat kontroli, bez obowiązku ujawnienia założeń i danych, bez zapewnienia wykonawcy prawa do polemiki i przedstawienia kontrargumentów, oraz bez neutralnego trybu rozstrzygnięcia sporu. W praktyce oznacza to przerzucenie całego ryzyka estymacyjnego na wykonawcę i stworzenie instrumentu pozwalającego na jednostronne obniżanie wynagrodzenia już po złożeniu oferty, co narusza zasadę równowagi kontraktowej. Co więcej, podmiot trzeci ma pełne prawo do kwestionowania opracowanego przez wykonawcę zlecenia, ale zamawiający w żaden sposób nie określa sposobu ich wyceny. Co powoduje, że przyjęte założenia przez Wykonawcę mogą się diametralnie różnić od tych przyjętych przez Audytora wyznaczonego przez Zamawiającego. Takie postanowienia umowne nie powinny się ostać, jako nadmiernie ingerujące w sferę Wykonawcy. Niemniej jednak, gdyby Izba nie przychyliła się do wniosku odwołującego o usunięciu wskazanego fragmentu postanowienia umownego – odwołujący wskazuje, że konieczne jest zatem wprowadzenie takich rozwiązań, które dając zamawiającemu uprawnienie do weryfikacji sposobu i prawidłowości realizacji umowy, nie pozbawiając wykonawcy jego prawa do oceny i wyceny ryzyka. Wykonawca jako profesjonalista doskonale zna przedmiot zamówienia, trudności jakie się z nim wiążą i

w jaki sposób należy go realizować. I jako profesjonalista powinien mieć zagwarantowaną możliwość zarządzania ryzykiem (także biznesowym) przejawiającą się w wycenie zleceń.

Zagwarantowanie obu stronom ich praw wymaga od zamawiającego wprowadzenia mechanizmu symetrycznego oraz niedyskryminującego trybu rozstrzygania rozbieżności (np. etapowe negocjacje, obowiązkowe uzasadnienie i ujawnienie metodyki kontroli, możliwość przedstawienia stanowiska wykonawcy oraz arbitraż/ekspert neutralny wybierany wspólnie przez strony lub z listy, z jasnymi regułami, przy czym wynik nie może skutkować narzuceniem realizacji poniżej uzasadnionych kosztów i ryzyk, określenie terminu na zgłoszenie uwag), ewentualnie o przyznaniu wykonawcy prawa odmowy realizacji Zlecenia w przypadku braku uzgodnienia wyceny. Brak takich rozwiązań prowadzi do nieuzasadnionego uprzywilejowania zamawiającego kosztem wykonawcy i nadmiernej ingerencji zamawiającego w działalność biznesową Wykonawcy.

Odwołujący wniósł o usunięcie zgody na potrącenie kosztów opinii przed wymagalnością oraz doprecyzowanie, że koszt biegłego nie obciąża wykonawcy, jeżeli różnica wynika

z niepełnych lub niejednoznacznych danych wejściowych przekazanych przez Zamawiającego.

W odpowiedzi na zarzut zamawiający wskazał, że zarzut opiera się na wybiórczym odczytaniu § 4 ust. 21–21A PPU. Wbrew twierdzeniom odwołującego zakwestionowane postanowienia nie przyznają zamawiającemu prawa do arbitralnego i jednostronnego ustalania pracochłonności, wynagrodzenia ani terminu realizacji Zlecenia lub Zmiany. Przewidują one natomiast obiektywny mechanizm eksperckiego rozstrzygnięcia rozbieżności, uruchamiany wyłącznie w przypadku powzięcia przez zamawiającego uzasadnionych wątpliwości co do przedstawionej przez wykonawcę pracochłonności lub czasu realizacji, i to przed zatwierdzeniem danego Zlecenia lub Zmiany do realizacji.

Zgodnie z § 4 ust. 21A.1 PPU oceny nie dokonuje zamawiający ani bliżej nieokreślony „Audytór”, lecz niezależny biegły z zakresu informatyki. Jednocześnie, na podstawie § 4 ust. 21 PPU, osoba trzecia wykonująca czynności kontrolne musi zachować bezstronność, poufność oraz chronić interesy wykonawcy, w tym jego know-how, metody działania i informacje handlowe. Kontrola nie może zostać powierzona podmiotowi, co do którego istnieją uzasadnione podstawy do stwierdzenia, że prowadzi działalność bezpośrednią konkurencyjną wobec wykonawcy w zakresie analogicznych rozwiązań.

Zamawiający podkreślił, że nie odpowiada treści PPU również twierdzenie, że wykonawca został pozbawiony prawa do przedstawienia swojego stanowiska lub polemiki z założeniami przyjmowanymi podczas weryfikacji. Zgodnie z § 4 ust. 21A.2 PPU wykonawca udostępnia biegłemu materiały i informacje niezbędne do sporządzenia opinii, a ponadto ma obowiązek, a zarazem uprawnienie, przedstawienia biegłemu własnego stanowiska. Mechanizm nie opiera się więc na jednostronnych informacjach przedstawionych przez zamawiającego, lecz zakłada aktywny udział wykonawcy i umożliwia mu przedstawienie wszystkich okoliczności wpływających na pracochłonność oraz termin realizacji.

Brak narzucenia w PPU jednej, abstrakcyjnie określonej metody estymacji nie oznacza dowolności biegłego. Wycena prac informatycznych jest uzależniona między innymi od zakresu konkretnej Zmiany, architektury Systemu, liczby i charakteru integracji, zakresu testów, wymagań bezpieczeństwa, wymagań dokumentacyjnych oraz wpływu Zmiany na pozostałe elementy Systemu. Ustalenie jednej metodyki dla wszystkich możliwych Zleceń

i Zmian mogłoby prowadzić do wyników nieadekwatnych do ich rzeczywistego charakteru. Biegły jako profesjonalista, jest zobowiązany oprzeć opinię na przekazanych materiałach, wiedzy specjalistycznej oraz możliwych do zweryfikowania założeniach.

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem, że mechanizm ten pozwala na „jednostronne obniżanie wynagrodzenia już po złożeniu oferty”. O jednostronnym kształtowaniu praw i obowiązków strony można mówić w sytuacji, gdy jedna ze stron samodzielnie i według własnego uznania rozstrzyga o treści stosunku prawnego, a taka sytuacja nie zachodzi

w niniejszej sprawie. Ustalenie pracochłonności, terminu realizacji oraz wynagrodzenia nie następuje bowiem w oparciu o decyzję zamawiającego, lecz w oparciu o opinię niezależnego biegłego posiadającego wiadomości specjalne. Element decyzyjny został więc powierzony podmiotowi zewnętrznemu, zobowiązanemu do zachowania bezstronności i niezależności.

Opinia biegłego jest sporządzana przed zatwierdzeniem Zlecenia lub Zmiany do realizacji. Nie prowadzi do obniżenia wynagrodzenia za świadczenie już wykonane ani do następnej zmiany wynagrodzenia wcześniej uzgodnionego dla danego Zlecenia. Służy ona dopiero ustaleniu pracochłonności, wynagrodzenia i terminu realizacji konkretnego, przyszłego Zlecenia lub Zmiany.

Mechanizm ten jest przy tym znany wszystkim wykonawcom już na etapie przygotowywania i składania ofert. Nie stanowi więc jednostronnej ingerencji w treść stosunku zobowiązaniowego dokonywanej dopiero w trakcie wykonywania Umowy, lecz jest elementem z góry określonych zasad rozliczania usług Modyfikacji i Rozwoju. Każdy wykonawca może uwzględnić te zasady przy podejmowaniu decyzji o udziale w postępowaniu oraz przy kalkulowaniu oferty. Postanowienia te obowiązują na jednakowych zasadach każdego wykonawcę, który uzyska zamówienie i nie wprowadzają jakiegokolwiek zróżnicowania sytuacji wykonawców.

Zdaniem zamawiającego, rozwiązanie przewidziane w PPU jest uzasadnione specyfiką zamówienia. Wykonawca jako podmiot realizujący utrzymanie i rozwój Systemu, dysponuje istotnie szerszą wiedzą o jego kodzie, architekturze i organizacji prac niż zamawiający. Gdyby wycena wykonawcy nie podlegała żadnej skutecznej weryfikacji, wykonawca uzyskałby faktycznie jednostronną możliwość określania zarówno wynagrodzenia, jak i terminów realizacji prac rozwojowych. Zamawiający byłby natomiast zobowiązany zaakceptować każdą przedstawioną estymację albo zrezygnować z realizacji potrzebnej Zmiany. Mechanizm służy zatem ograniczeniu asymetrii informacyjnej pomiędzy Stronami oraz zapewnieniu racjonalnego i gospodarnego wydatkowania środków publicznych. Nie można wymagać od zamawiającego, aby bez możliwości niezależnej weryfikacji akceptował każdą wycenę przedstawioną przez wykonawcę, niezależnie od jej wysokości i relacji do rzeczywistego zakresu prac. Prawdliwość przyjętego przez Zamawiającego kierunku znajduje potwierdzenie również w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 5 marca 2026 r., sygn. akt KIO 89/26, wydanym w postępowaniu prowadzonym przez tego samego zamawiającego, również na skutek odwołania wniesionego przez Softiq sp. z o.o. Spór dotyczył postanowienia przewidującego, że jeżeli kontrola wycen Zleceń realizowanych w ramach Modyfikacji

i Rozwoju wykaże zawyżenie wyceny w stosunku do zakresu planowanych prac, wykonawca jest zobowiązany zrealizować Zlecenie zgodnie z wyceną stanowiącą wynik kontroli.

Odwołujący domagał się umożliwienia wykonawcy podjęcia negocjacji albo odmowy realizacji Zlecenia. Izba oddaliła zarzut dotyczący tego postanowienia. W uzasadnieniu wskazała, że istota sporu sprowadzała się do oczekiwania przez odwołującego korzystniejszego ukształtowania warunków realizacji zamówienia, pozostającego w kolizji z uzasadnionym interesem zamawiającego, którym jest kontrola realizacji umowy, w tym kontrola zasadności liczby roboczogodzin przyjmowanych przy rozliczaniu konkretnych Zleceń. Izba uznała, że odwołujący nie wykazał, aby rozwiązanie takie naruszało art. 99 ust. 1, art. 16, art. 431 Pzp albo art. 353¹ k.c. Podkreśliła również, że samo przedstawienie oczekiwań co do korzystniejszego dla wykonawcy ukształtowania umowy nie dowodzi, iż jej postanowienia sprzeciwiają się ustawie, właściwości stosunku prawnego albo zasadom współżycia społecznego.

Zamawiający podkreślił, że ma świadomość, że przedmiotem oceny Izby w sprawie KIO 89/26 nie było identyczne brzmienie obecnego § 4 ust. 21–21A PPU. Wyrok ten ma jednak znaczenie dla rozpoznawanego zarzutu, ponieważ potwierdza dopuszczalność samej zasady weryfikowania przedstawianych przez wykonawcę wycen Zleceń oraz zasadności przyjętej liczby Roboczogodzin, a także brak obowiązku zapewnienia wykonawcy prawa do odmowy realizacji Zlecenia wyłącznie z powodu niezaakceptowania wyniku takiej weryfikacji.

Mechanizm przyjęty w niniejszym postępowaniu zawiera dalej idące gwarancje obiektywizmu niż rozwiązanie będące przedmiotem oceny w sprawie KIO 89/26. Pracochłonność i termin realizacji nie są bowiem ustalane przez zamawiającego ani przez działający na jego zlecenie podmiot kontrolny według swobodnego uznania, lecz przez niezależnego biegłego z zakresu informatyki. Wykonawca uczestniczy w procesie opiniowania, udostępnia materiały oraz przedstawia własne stanowisko i wszystkie okoliczności wpływające na wycenę. Opinia jest ponadto sporządzana przed zatwierdzeniem Zlecenia lub Zmiany do realizacji. Przyjęte rozwiązanie nie tylko realizuje zatem uzasadnioną potrzebę kontroli gospodarności wydatkowania środków publicznych, zaakceptowaną co do zasady w wyroku KIO 89/26, ale jednocześnie zapewnia wykonawcy dodatkowe gwarancje bezstronności, udziału w postępowaniu eksperckim i ochrony jego interesów.

Zamawiający podkreślił, że proporcjonalny charakter mechanizmu potwierdzają również zasady ponoszenia kosztów opinii. Wykonawca ponosi koszt wyłącznie wówczas, gdy różnica pomiędzy jego estymacją a estymacją niezależnego biegłego przekracza 15%. Oznacza to, że PPU uwzględniają naturalny margines niepewności właściwy dla estymacji prac informatycznych. Jeżeli różnica nie przekracza 15%, koszt opinii ponosi zamawiający. Obowiązek pokrycia kosztu opinii nie ma charakteru kary umownej ani sankcji za skorzystanie przez wykonawcę z prawa do przedstawienia własnej wyceny. Stanowi zasadę rozliczenia kosztu dodatkowej czynności eksperckiej, której przeprowadzenie okazało się uzasadnione znaczącą rozbieżnością pomiędzy wyceną wykonawcy a wynikiem niezależnej oceny. Jednocześnie próg 15% chroni wykonawcę przed ponoszeniem kosztów opinii w przypadku zwykłych, nieznacznych różnic estymacyjnych. Zdaniem zamawiającego odwołujący nie wykazał, aby § 4 ust. 21–21A PPU naruszał art.

16 Pzp, art. 433 Pzp, art. 8 ust. 1 Pzp w związku z art. 353¹ k.c. ani jakiegokolwiek inny przepis prawa. Argumentacja odwołującego sprowadzała się w istocie do postulatu zastąpienia przyjętego przez zamawiającego mechanizmu modelem korzystniejszym gospodarczo dla wykonawcy, opartym na negocjacjach oraz prawie odmowy realizacji Zlecenia. Tożsame co do istoty żądanie zostało uznane w wyroku KIO 89/26 za niewystarczające do wykazania naruszenia przepisów Pzp oraz granic swobody umów. Preferencja odwołującego dotycząca sposobu ukształtowania przyszłego stosunku umownego nie stanowi jednak podstawy do nakazania zmiany zgodnych z prawem postanowień PPU.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu.

W ocenie Izby zarzut okazał się niezasadny.

Zdaniem Izby, zamawiający nie może zostać pozbawiony możliwości kontroli realizacji umowy, w tym kontroli zasadności liczby roboczogodzin przyjmowanych przy rozliczaniu konkretnych Zleceń.

Izba zgodziła się ze stanowiskiem zamawiającego, który wyjaśnił, że wykonawca realizując usługi utrzymania i rozwój Systemu, dysponuje szerszą wiedzą o jego kodzie, architekturze

i organizacji prac niż zamawiający. W wypadku, gdyby wycena wykonawcy nie podlegała żadnej skutecznej weryfikacji, wykonawca uzyskałby możliwość jednostronnego określania zarówno wynagrodzenia, jak i terminów realizacji prac rozwojowych. Zamawiający byłby zobowiązany zaakceptować każdą przedstawioną estymację albo zrezygnować z realizacji potrzebnej Zmiany. Mechanizm służy zatem niwelowaniu asymetrii informacyjnej pomiędzy Stronami oraz zapewnieniu racjonalnego i gospodarnego wydatkowania środków publicznych.

Analizując kwestionowane postanowienia oraz postanowienia § 4 ust. 21.A Izba doszła do przekonania, że został zagwarantowany mechanizm bezstronnej oceny pracochłonności

i czasu realizacji Zleceń przez niezależnego biegłego z zakresu informatyki, a także że wykonawcy została zapewniona możliwość przedstawienia swojego stanowiska.

Jeśli chodzi o zasady ponoszenia kosztów opinii, to wykonawca poniesie koszt tylko wówczas, gdy różnica pomiędzy jego szacunkiem a szacunkiem niezależnego biegłego przekroczy 15%.

Zarzut XII.4

Zgodnie z § 22 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy:

„10.6.w przypadku wystąpienia drugiej oraz każdej kolejnej Awarii w danym okresie rozliczeniowym ATiK odpowiadającym okresowi wskazanemu w raporcie ATiK – w wysokości 10000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) za drugą i za każdą kolejną Awarię w danym okresie rozliczeniowym ATiK.

10.7.w przypadku wystąpienia drugiego oraz każdego kolejnego Błędu w danym okresie rozliczeniowym ATiK odpowiadającym okresowi wskazanemu w raporcie ATiK – w wysokości 8000,00 zł (słownie: osiem tysięcy złotych zero groszy) za drugi i każdy kolejny Błąd w danym okresie rozliczeniowym ATiK.

10.8.w przypadku wystąpienia drugiej oraz każdej kolejnej Usterki w danym okresie rozliczeniowym ATiK odpowiadającym okresowi wskazanemu w raporcie ATiK– w wysokości 6000,00 zł (słownie: sześć tysięcy złotych zero groszy) za drugą i każdą kolejną Usterkę w danym okresie rozliczeniowym ATiK.

W uzasadnieniu zarzutu odwołujący podniósł, że zgodnie z PPU możliwe jest naliczanie kar za samo wystąpienie drugiej i każdej kolejnej Awarii, Błędu lub Usterki w okresie rozliczeniowym ATiK, niezależnie od tego, czy odwołujący dotrzymał Czasu Naprawy albo Czasu Obejścia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że odpowiedzialność odwołującemu powinna powstawać przede wszystkim w przypadku zawinionej zwłoki w usunięciu Wady, niedotrzymania parametrów SLA albo innego zawinionego nienależytego wykonania Umowy, a nie samego wystąpienia Awarii, Błędu lub Usterki. Jeżeli samo to wystąpienie nie rodzi negatywnych konsekwencji dla Zamawiającego to brak jest podstaw do naliczania takiej kary.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o usunięcie kar za samo wystąpienie drugiej i kolejnej Wady albo o ich istotne ograniczenie.

W odpowiedzi na zarzut zamawiający wskazał, że wykonawca jest odpowiedzialny za budowę systemu i jego

prawidłowe działanie. Wystąpienie Awarii/Błędu/Usterki jest samo w sobie nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego, w sytuacji, gdy obowiązkiem podstawowym wykonawcy jest zapewnienie sprawności/dostępności Systemu. Czas Naprawy to obowiązek następczy i jego dochowanie nie konwaliduje naruszenia obowiązku pierwotnego. Ten sam Wykonawca buduje System, realizuje usługi Modernizacji i Rozwoju oraz świadczy usługi Asysty Technicznej więc Wada (Błąd/Awaria/Usterka) w okresie ATiK jest wadą jego własnego produktu, ujawnioną po pewnym czasie.

W ocenie zamawiającego zarzut jest bezzasadny, kary określone w § 22 ust. 10.6–10.8 PPU zabezpieczają odrębny obowiązek wykonawcy polegający na zapewnieniu stabilnego

i prawidłowego funkcjonowania Systemu, a nie wyłącznie obowiązek usunięcia Wady

w terminie SLA. Wielokrotne występowanie Awarii, Błędów lub Usterek w jednym okresie rozliczeniowym stanowi samodzielny przejaw nienależytej jakości usług ATiK, nawet jeżeli poszczególne Wady zostały następnie usunięte w Czasie Naprawy lub Czasie Obejścia.

Postanowienia te nie dublują kar za przekroczenie SLA. Kary za zwłokę w usunięciu Wady chronią interes zamawiającego związany z szybkością przywrócenia prawidłowego działania

Systemu, natomiast kary za kolejne Wady chronią jego interes w zachowaniu odpowiedniego poziomu niezawodności i ciągłości działania. Samo powtarzające się występowanie Wad powoduje konieczność angażowania personelu, zakłóca korzystanie z Systemu i zwiększa ryzyko operacyjne Zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 483 i art. 484 § 1 k.c. kara umowna może zostać zastrzeżona na wypadek określonego sposobu nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego, a jej dochodzenie nie jest uzależnione od wykazania konkretnej szkody. Wprowadzenie pierwszej Wady jako zdarzenia nieobjętego karą oraz naliczanie jej dopiero od drugiej Wady danego rodzaju potwierdza proporcjonalny charakter mechanizmu. Oznacza to, że Umowa uwzględnia naturalne ryzyko występowania pojedynczych incydentów i sankcjonuje

wyłącznie sytuacje świadczące o powtarzalnej lub utrzymującej się wadliwości Systemu. Brak

jest zatem podstaw do usunięcia albo ograniczenia zakwestionowanych kar.

Zdaniem zamawiającego odwołujący nie wykazał w jaki sposób postanowienia naruszają zasadę swobody umów, brak jest podstaw do uznania postanowień PPU za sprzeczne

z przepisami prawa i zasadami proporcjonalności przejawiającymi się w orzecznictwie krajowej Izby odwoławczej, w związku z czym zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w powyższym zakresie.

Kara umowna pełni funkcję odszkodowawczą w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Ustalenie przez zamawiającego, że kara umowna może być naliczona za sam przypadek wystąpienia Awarii, Błędu, Usterki bez związku

z zawinionym zachowaniem wykonawcy grozić zatem możliwością nakładania przez zamawiającego kar umownych w sposób arbitralny.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, poprzez takie określenie ww. postanowień zamawiający naruszył zasady nakładania kar umownych z przekroczeniem granic swobody umów, a zatem naruszył art. art. 483 § 1 i art. art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut XII.10

W uzasadnieniu zarzutu odwołujący wskazał, że zgodnie z § 22 Załącznika nr 2 do SWZ Projektowane postanowienia umowy Zamawiający przewidział naliczanie odrębnych kar za drugą i każdą kolejną Awarię/Błąd/Usterkę w danym okresie rozliczeniowym ATiK.

Odwołujący zwrócił uwagę, że taki mechanizm może prowadzić do wielokrotnego zwiększenia kar za tę samą Wadę albo za zdarzenia wtórne wobec jednej przyczyny technicznej i podkreślił, że niezależnie od odrębnej kary za ponowne wystąpienie tożsamej Wady w procedurze zarządzania problemem, brak jest jednoznacznego rozdzielenia tego mechanizmu od kar za drugą i kolejną Wadę.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o wskazanie, że ta sama Wada, jej duplikaty, skutki wtórne oraz zgłoszenia dotyczące tej samej przyczyny źródłowej są liczone jako jedno zdarzenie na potrzeby kar umownych oraz o potwierdzenie, że kara za ponowne wystąpienie tożsamej Wady nie będzie kumulowana z karą za drugą lub kolejną Wadę, jeżeli dotyczy tego samego problemu źródłowego.

W odpowiedzi na zarzut zamawiający podkreślił, że § 22 ust. 10 pkt 10.6–10.8 PPU sankcjonuje jakość i stabilność Systemu w danym okresie rozliczeniowym ATiK, mierzoną liczbą rzeczywiście występujących Wad poszczególnych kategorii. Jednostką zliczaną na potrzeby tych postanowień jest konkretna Awaria, Błąd albo Usterka, a nie liczba zgłoszeń

w Portalu Serwisowym. Techniczny duplikat zgłoszenia dotyczący tego samego zdarzenia nie stanowi zatem kolejnej Wady. Każda Wada jest jednocześnie kwalifikowana tylko do jednej kategorii, odpowiednio jako Awaria, Błąd albo Usterka.

Zdaniem zamawiającego, nie ma jednak podstaw do przyjęcia, że wszystkie odrębne przypadki nieprawidłowego działania Systemu wywołane tą samą przyczyną źródłową mają być automatycznie traktowane jako jedno zdarzenie. Jedna przyczyna techniczna może wywoływać w różnym czasie lub w różnych obszarach Systemu odrębne przypadki niedostępności albo nieprawidłowego działania, z których każdy wpływa na jakość usług świadczonych zamawiającemu. Kara związana z procedurą zarządzania problemem zabezpiecza natomiast inny obowiązek. Dotyczy ponownego wystąpienia tożsamej Wady po uprzednim zaraportowaniu przez wykonawcę przeprowadzenia analizy przyczyny źródłowej

i wdrożenia działań zapobiegawczych albo niepodjęcia wymaganych działań naprawczych. Nie jest to ponowne ukaranie za samo wystąpienie Wady, lecz sankcja za nieskuteczne lub niewykonane zarządzanie problemem. Jeżeli jedno zdarzenie ujawnia jednocześnie wystąpienie kolejnej Wady oraz niewykonanie odrębnego obowiązku trwałego usunięcia jej przyczyny, podstawy obu kar pozostają różne.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu.

Kara umowna, która pełni funkcję odszkodowawczą w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego, powinna zostać określona w związku z konkretnym zachowaniem. Określenie, że kara umowna jest naliczana tylko za jeden przypadek, nie za tę samą Wadę, jej duplikaty, skutki wtórne oraz zgłoszenia dotyczące tej samej przyczyny źródłowej daje wykonawcy pewność, że kary nie będą naliczane przez zamawiającego w sposób arbitralny.

Biorąc pod uwagę powyższe, brak ukształtowania postanowień w powyższy sposób, stanowi naruszenie zasady nakładania kar umownych, przekroczenie granic swobody umów, tj. art. 483 § 1 i art. 353¹ kc. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut XII.13

Zgodnie z § 6 ust. 2 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy:

„2. W celu kontroli należytego wykonania Umowy Zamawiający ma prawo polecić Wykonawcy realizację części lub całości Przedmiotu Umowy w jednej z lokalizacji Zamawiającego w Warszawie. Zespół Wykonawcy, w tym Personel Kluczowy mają obowiązek stawić się we wskazanym przez Zamawiającego miejscu najpóźniej drugiego Dnia Roboczego od wezwania do godziny 10:00. Zamawiający w wezwaniu wskaże zespół/personel Wykonawcy, adres lokalizacji, okres realizacji Przedmiotu Umowy w lokalizacji Zamawiającego oraz godziny pracy w Dni Robocze.”

Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu wskazał, że z postanowieniem tym łączy się kara umowna określona w § 22 ust. 11.32 PPU – za nieobecność członka personelu kluczowego

w miejscu wyznaczonym przez zamawiającego:

„11.32. w przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego nieobecności we wskazanej lokalizacji Zamawiającego mieszczącej się w Warszawie członka personelu Wykonawcy, w tym Personelu Kluczowego, w terminie wskazanym przez Zamawiającego wyznaczonym na mocy postanowienia Paragrafu 6 ust. 2 lub ust. 3 Umowy – w wysokości 300,00 zł (słownie: trzysta złotych zero groszy) za każdą rozpoczętą godzinę nieobecności. Kara będzie naliczana odrębnie za każdego członka personelu Wykonawcy. W przypadku gdy Członek Personelu kluczowego był dodatkowo punktowany za spełnienie wymagań opisanych w kryteriach oceny ofert kara będzie naliczana w wysokości 600,00 zł (słownie: sześćset złotych zero groszy) za każdą rozpoczętą godzinę nieobecności.”

Odwołujący dodał, że o ile zrozumiałym jest chęć kontroli zamawiającego i jego uprawnienie do „zwołania” zespołu wykonawcy, w tym Personelu Kluczowego w Warszawie, to jednak mając na uwadze możliwość realizacji zamówienia zdalnie daleko idącą dolegliwością jest karanie wykonawcy za nieobecność członków personelu, którzy nie będą mogli stawić się

w Warszawie na drugi dzień po wezwaniu Zamawiającego. Ten okres jest zdecydowanie za krótki. Odwołujący wniósł o wydłużenie tego czasu (do np. 7 dni) oraz obniżenie tej kary.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał, że możliwość zdalnego wykonywania zasadniczej części Umowy nie pozbawia zamawiającego prawa do wymagania obecności personelu w jego lokalizacji, jeżeli jest to potrzebne do kontroli, koordynacji lub prawidłowej realizacji prac. Obowiązek stawienia się najpóźniej drugiego Dnia Roboczego od wezwania jest wykonawcom znany przed złożeniem ofert i powinien zostać uwzględniony przy organizacji zespołu oraz kalkulacji ryzyka kontraktowego, a wskazany przez zamawiającego termin nie może zostać uznany za nadmiernie krótki, ponieważ z założenia dotyczy on profesjonalnego wykonawcy realizującego zamówienie publiczne i dysponującego zespołem dedykowanym do realizacji Umowy. Wydłużenie terminu do siedmiu dni mogłoby pozbawić to uprawnienie jego praktycznego znaczenia, zwłaszcza w sytuacjach wymagających pilnej analizy problemu, przeprowadzenia kontroli albo skoordynowania działań dotyczących Systemu. Kara w wysokości 300 zł za każdą rozpoczętą godzinę nieobecności, podwyższona do 600 zł w przypadku osoby dodatkowo punktowanej w kryteriach oceny ofert, odpowiada znaczeniu obowiązku oraz szczególnej wartości personelu, którego kwalifikacje wpływały na wybór oferty. Kara jest naliczana wyłącznie za rzeczywisty czas nieobecności i odrębnie wobec osoby, która nie stawiała się zgodnie z wezwaniem.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący nie wykazał, w jaki sposób postanowienia naruszają przepisy Kc lub przekraczają granice zasady swobody umów. Sama preferencja wykonawcy co do sposobu ukształtowania postanowień umownych nie stanowi jednak podstawy do ich modyfikacji przez Izbę. W związku z tym zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu.

Izba uznała zarzut za uzasadniony, biorąc pod uwagę, że jak słusznie zauważył odwołujący wykonawcy mogą mieć siedziby poza Warszawą, gdzie zgodnie z postanowieniem § 6 ust. 2 PPU w jednej z lokalizacji zamawiającego ma obowiązek stawić się zespół wykonawcy, w tym personel kluczowy, ten obowiązek, jak dodał odwołujący może dotyczyć nawet kilkunastu osób, ponieważ dotyczy całego zespołu.

Zdaniem Izby, wskazane przez odwołującego postanowienia naruszały równowagę stron umowy i zostały określone przez zamawiającego w sposób arbitralny, utrudniający wykonawcy spełnienie nałożonych w umowie obowiązków.

Izba zgodziła się z zamawiającym, że wydłużenie terminu do siedmiu dni mogłoby pozbawić to uprawnienie jego praktycznego znaczenia, zwłaszcza w sytuacjach wymagających pilnej analizy problemu, przeprowadzenia kontroli albo skoordynowania działań dotyczących Systemu i nakazała zamawiającemu zmianę postanowień SWZ wskazując zakres zmian.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła, na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepis § 7 ust. 2 pkt 3 w zw. z § 5 pkt 1 oraz pkt 2 lit.

b 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.) i stosunkowo je rozdzieliła pomiędzy odwołującym i zamawiającym, mając na uwadze liczbę zarzutów, które zostały uwzględnione przez Izbę oraz oddalone oraz wagę zarzutów dla rozstrzygnięcia odwołania.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....