

Warszawa, dnia 07 stycznia 2021 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Górnośląsko-Zagłębiowska Metropolia

ul. Barbary 21A 40-053 Katowice
e-mail: zp@metropoliagzm.pl tel. 0048 32 718 07 00
adres strony internetowej: www.metropoliagzm.pl,
www.bip.metropoliagzm.pl

Odwołujący:

Asseco Data Systems Spółka Akcyjna

ul. Podolska 21, 81-321 Gdynia
adres do korespondencji:
Asseco Data Systems S.A. Biuro w Warszawie
ul. Branickiego 13, 02-972 Warszawa
e-mail: piotr.strzelec@assecods.pl, tel. 691 926 562,

ODWOŁANIE

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „SKUP 1.5 - Unowocześnienie systemu pobierania opłat za przejazdy publicznym transportem zbiorowym (znak sprawy: ZP.270.4.2020)”.

Działając w imieniu Asseco Data Systems Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni (zwana dalej: „Odwołującym” lub „Wykonawcą”), zgodnie z art. 180 ust. 1 w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843) - dalej: „PZP”), niniejszym wnoszę odwołanie na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”), która została zamieszczona przez Górnośląsko-Zagłębiowską Metropolię, ul. Barbary 21A 40-053 Katowice (dalej: „Zamawiający”) na stronie internetowej i stawiam następujące zarzuty:

- 1) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 PZP w związku z naruszeniem art. 22 ust. 1a PZP w związku z art. 22 ust. 1b pkt 3 PZP, poprzez wadliwe ustalenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej wykonawcy - wskazanych w Rozdziale VIII SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu” ust. 2 lit c pkt 1), ust. 2 lit c pkt 2.1 oraz ust. 2 lit c pkt 2.2 i poprzez sporządzenie wadliwego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków udziału w postępowaniu, który to opis narusza zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców, nie jest związany z przedmiotem zamówienia lub nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia,

- 2) zarzut naruszenia art. 139 ust. 1 PZP w zw. z naruszeniem art. 353¹ Kodeksu cywilnego, w zw. z art. 354 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. oraz 29 ust. 1 - 2 PZP, przez opisanie przedmiotu zamówienia (we wzorze umowy) w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję,
- 3) zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 PZP i w konsekwencji art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 PZP, ponieważ we wzorze umowy nie uregulowano należycie precyzyjnie zasad dokonywania przez Zamawiającego lub jego przedstawicieli wymaganych w umowie zatwierdzeń, akceptacji i odbiorów, pozostawiając powyższe do swobodnego uznania Zamawiającego lub jego przedstawicieli, co powoduje, że przedmiot zamówienia nie jest opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a w rezultacie przedmiot zamówienia jest opisany w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
- 4) zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 PZP a w konsekwencji naruszenia art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 PZP, ponieważ wzór umowy zawiera postanowienia niejasne i niezrozumiałe, które mogą być różnie interpretowane, co skutkuje niemożliwością skalkulowania ryzyka przez Odwołującego i może prowadzić do obciążenia Odwołującego ryzykiem wynikającym z przyjęcia przez Zamawiającego innej interpretacji postanowień wzoru umowy niż przyjęta przez Wykonawcę. Ponadto niejasność i niezrozumiałość postanowień wzoru umowy w zakresie, w jakim dotyczą one obowiązków wykonawcy co do realizacji przedmiotu zamówienia narusza art. 29 ust. 1 i 2 PZP, gdyż powoduje, że przedmiot zamówienia nie jest opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a w rezultacie przedmiot zamówienia jest opisany w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
- 5) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 PZP w związku z art. 471 i 472 Kodeksu cywilnego, w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 PZP poprzez niejednoznaczne określenie zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej, w tym wprowadzenie kar umownych za „opóźnienie” w realizacji umowy o zamówienie publiczne.

Zarzuty wobec konkretnych wyjaśnień Zamawiającego lub postanowień SIWZ opisano w uzasadnieniu do niniejszego odwołania.

Wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu aby:

- 1) dokonał modyfikacji SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, a następnie dokonaną zmianę SIWZ przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ, oraz zamieścił zmianę SIWZ na stronie internetowej, na której SIWZ jest udostępniana,
- 2) jeśli to konieczne, dokonał modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej,
- 3) przedłużył termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach, zgodnie z art. 12a ust. 2 pkt 1 PZP,
- 4) niezwłocznie po przekazaniu zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, zamieścił informację o zmianach w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej.

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 PZP), żądam od Zamawiającego dokonania czynności zgodnie ze wskazanymi powyżej żądaniami wskazanymi w pkt 1, w pkt 2 powyżej.

Strona internetowa, na której Zamawiający zamieścił dokumentację postępowania

<https://bip.metropoliagzm.pl/przetarg/126879/zp-270-4-2020>

Numer ogłoszenia o zamówieniu

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 grudnia 2020 roku pod nr 2020/S 252-635226.

UZASADNIENIE

I. Wskazanie interesu i szkody Odwołującego.

Odwołującemu przysługuje środek ochrony prawnej w postaci niniejszego odwołania zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 PZP, który to przepis jako warunek sine qua non skorzystania ze środków ochrony prawnej wskazuje łącznie dwie przesłanki: interes w uzyskaniu zamówienia oraz szkodę wynikłą z naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy PZP.

Za interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 PZP rozumie się możliwość uzyskania takiego zamówienia. Podkreślić należy, że zarówno w doktrynie prawniczej, jak i judykaturze interes w uzyskaniu zamówienia traktuje się szeroko. Niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu analizowanego przepisu, jest chociażby potencjalna szansa uzyskania przez odwołującego zamówienia. Odwołujący wskazuje, że niewątpliwie jest wykonawcą który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia, jednak opis przedmiotu zamówienia i opis warunków udziału w postępowaniu, uniemożliwiają mu złożenie oferty. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami prawa, tj. prawidłowo sformułował postanowienia SIWZ, Odwołujący mógłby złożyć ofertę spełniającą wszystkie wymagania SIWZ. Tym samym oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Poprzez wskazane powyżej wadliwości SIWZ, pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia. Zamawiający doprowadził bowiem do sytuacji, w której Odwołujący nie jest w stanie złożyć prawidłowej oferty, a także nie jest w stanie prawidłowo skalkulować kosztów oferty, ze względu na nieprawidłowe określenie przedmiotu zobowiązania Wykonawcy. W rezultacie Odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia i osiągnąć zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (*lucrum cessans*).

Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 PZP.

Wobec powyższego, należy stwierdzić że interes Odwołującego oraz możliwość poniesienia szkody została wykazana.

II. Zachowanie terminu i wymogów formalnych.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1) PZP.

Podstawę odwołania stanowi czynność Zamawiającego z dnia 28 grudnia 2020 roku – zamieszczenie na stronie internetowej treści SIWZ.

Dziesięciodniowy termin przewidziany w art. 182 ust. 1 pkt 1) PZP upływa 07 stycznia 2021 roku.

Odwołujący uścił wymagany wpis od odwołania, na dowód czego jako załącznik nr 3 do odwołania przedstawiam bankowe potwierdzenie dokonania wpisu.

Czyniąc zadość obowiązkowi przewidzianemu w art. 180 ust. 5 PZP, Odwołujący przedstawia dowód doręczenia odwołania Zamawiającemu - jako załącznik nr 4 do odwołania.

III. Stan faktyczny.

Zamawiający ogłosił zamówienie publiczne pn. „ŚKUP 1.5 - Unowocześnienie systemu pobierania opłat za przejazdy publicznym transportem zbiorowym (znak sprawy: ZP.270.4.2020)”.

W dniu 28 grudnia 2020 roku zamieścił na stronie internetowej ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ, w którym to opisał przedmiot zamówienia oraz sformułował wszystkie konieczne warunki do ubiegania się o zamówienie oraz warunki jego realizacji. Odwołujący kwestionuje zasadność i zgodność z prawem niektórych postanowień SIWZ odnośnie warunków udziału w postępowaniu, wymagań, które ma spełniać przedmiot zamówienia lub wykonawca realizując przedmiot zamówienia. Zważywszy, że również po stronie wykonawcy leży dążenie do ustalenia wszelkich informacji niezbędnych dla złożenia prawidłowej oferty, Odwołujący zmuszony jest do złożenia niniejszego odwołania.

IV. Uzasadnienie żądania.

Ustawa PZP wprowadza jasny podział na Zamawiającego, jako organizatora postępowania o zamówienie publiczne oraz wykonawcę, którego celem jest złożenie oferty najkorzystniejszej. Tworząc taki podział ustawodawca nałożył na każdy z ww. podmiotów określone prawa i obowiązki. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający, ze swoich obowiązków organizatora i prowadzącego przedmiotowe postępowanie o zamówienie publiczne nie wywiązał się w sposób należyty, określając warunki udziału w postępowaniu w sposób niezgodny z art. 22 ust. 1 PZP, a także dokonując opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający przepis art. 29 ust. 1 - 2 PZP.

Należy wskazać, że określenie warunków udziału w postępowaniu ma charakter kluczowy dla wykonawców, bowiem stanowi barierę, dla wykonawców, którzy posiadają niezbędne zdolności i umiejętności do wykonania zamówienia, ale ze względu na sformułowanie danego warunku udziału w postępowaniu nie mogą złożyć oferty. Analogicznie dokonanie opisu przedmiotu zamówienia jest jednym z najistotniejszych elementów przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi bowiem podstawowy element SIWZ wskazany w art. 36 ust. 1 pkt 3 PZP. Dodatkowo wagę tego elementu podkreślił ustawodawca konstruując przepis art. 29 ust. 1 - 3 PZP, gdzie w sposób wyraźny zobowiązał Zamawiającego do właściwego sformułowania opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący pragnie przypomnieć, że po złożeniu oferty, która stanowi odpowiedź na wszystkie wymagane przez Zamawiającego warunki, jest ona wiążąca dla wykonawcy. Zatem, aby móc złożyć ofertę rzetelną odpowiadającą wymaganiom i przepisom prawa, wykonawca nie może mieć żadnych wątpliwości, co jest przedmiotem zamówienia czy jaki jest jego zakres. Zamawiający w szeroko rozumianym SIWZ zawarł wiele pojęć nieostrych, niejednoznacznych lub bez należytego szczegółowego opisu sposobu wykonania zamówienia. Brak należytego opisu przedmiotu zamówienia rodzi realne niebezpieczeństwo, że Zamawiający przerzuca w ten sposób wszelkie ryzyka związane z wykonaniem zamówienia na Wykonawcę. Biorąc pod uwagę termin wykonania zamówienia wskazany przez Zamawiającego, aby móc określić, czy Odwołujący sam lub wspólnie z innymi podmiotami jest w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie, opis zamówienia musi być wystarczająco jednoznaczny i

dokładny. Bez odpowiednich informacji, Odwołujący nie ma możliwości do oceny czy przedmiot zamówienia jest możliwy do wykonania w wyznaczonym horyzoncie czasowym.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający sformułował postanowienia SIWZ w sposób, który jednoznacznie narusza zasady uczciwej konkurencji, uniemożliwiając tym samym Odwołującemu wykonanie przedmiotu zamówienia, co skutkuje niemożnością złożenia oferty. Działanie Zamawiającego jest dla Odwołującego niezrozumiałe, bowiem w jego interesie jest wyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia. Odwołujący przypomina, że zgodnie z art. 140 ust. 3 PZP umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ. Zatem możliwa jest sytuacja, w której ewentualny spór wykonawcy i Zamawiającego na etapie realizacji zamówienia co do zakresu wykonania zamówienia, może skutkować unieważnieniem części umowy i negatywnymi skutkami dla Zamawiającego. Sformułowanie bowiem ogólnych i zależnych całkowicie od woli Zamawiającego okoliczności, rodzi dodatkowo wątpliwości odnośnie zgodności z art. 140 PZP, zgodnie z którym zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Tak szerokie sformułowania mogą całkowicie zaburzać uczciwą konkurencję w postępowaniu, gdyż mogą pozwolić na zamawianie nowych usług lub funkcjonalności przedmiotu zamówienia już po zawarciu umowy, zgodnie z subiektywnymi decyzjami Zamawiającego, co całkowicie naruszy pierwotny kształt relacji pomiędzy stronami przyszłej umowy.

Odwołujący zaznacza, że składając ofertę zgodnie z postanowienia SIWZ winien złożyć formularz, którego wzór stanowi Załącznik nr 9 do SIWZ. Zamawiający wymaga, aby wykonawcy złożyli oświadczenie, w którym m.in. w pkt XII „Pozostałe oświadczenia” oświadczają :

„3. Zapoznałem/Zapoznaliśmy się z treścią SIWZ i wszystkich jej załączników, w tym ze wzorem umowy o udzielenie zamówienia publicznego i akceptuję je w całości nie wnosząc żadnych zastrzeżeń.

4. Przedmiot zamówienia zostanie wykonany zgodnie z wymogami SIWZ i jej załączników, w tym w szczególności Opiszem Przedmiotu Zamówienia.”

oraz

„6. W razie wyboru niniejszej oferty zobowiązuję/emy się do zawarcia z Zamawiającym umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na warunkach wynikających ze wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ, w miejscu i terminie wskazanym przez Zamawiającego.”

Z tej przyczyny, Odwołujący w celu ochrony swojego interesu prawnego zmuszony został do złożenia przedmiotowego odwołania. Odwołujący wskazuje na następujące naruszenia przez Zamawiającego w zakresie podniesionych zarzutów:

1. Odnośnie naruszenia art. 7 ust. 1 PZP w związku z naruszeniem art. 22 ust. 1a PZP w związku z art. 22 ust. 1b pkt 3 PZP, poprzez wadliwe ustalenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej wykonawcy - wskazanych w Rozdziale VIII SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu” ust. 2 lit c pkt 1) oraz ust. 2 lit c pkt 2.1 i 2.2, i poprzez sporządzenie wadliwego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków udziału w postępowaniu, który to opis narusza zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców, nie jest związany z przedmiotem zamówienia lub nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, Odwołujący podnosi, co następuje.

1. Uwagi ogólne.

Warunki udziału w postępowaniu, wymienione w art. 22 ust. 1b PZP mają charakter blankietowy. Ich konkretyzacji dokonuje zamawiający w sposób adekwatny do potrzeb danego postępowania, mając na uwadze wytyczne, określone w art. 22 ust. 1a oraz art. 22a-22d ustawy PZP. Zgodnie z art. 22 ust. 1a PZP Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, tu szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. W orzecznictwie wskazuje się jednolicie, że respektowanie tych wytycznych przez zamawiającego służy zapewnieniu realizacji podstawowych zasad - uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W orzecznictwie i doktrynie wypracowany został również jednolity pogląd, że sformułowane warunki udziału w postępowaniu powinny być określone w taki sposób, by ich weryfikacja pozwalała na ocenę, że sytuacja podmiotowa określonego wykonawcy, w szczególności potencjał, którym on dysponuje i który może wykorzystać do wykonania zamówienia, są wystarczające dla uznania, iż wykonawca ten będzie w stanie wykonać zamówienie zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Zamawiający przy ustalaniu warunku udziału w postępowaniu powinien brać pod uwagę specyfikę zamówienia, jego zakres, wartość, stopień złożoności czy warunki realizacji. Proporcjonalność opisu do przedmiotu zamówienia oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki muszą być adekwatne do celu, dla którego w danym postępowaniu określone są warunki udziału w postępowaniu oraz nie mogą ponad ten cel wykraczać. Zachowanie zasady proporcjonalności opisu oceny warunków do przedmiotu zamówienia służy zapewnieniu dostępu do udziału w postępowaniu wykonawcom zdolnym do realizacji określonego zamówienia. Jak wskazano w Uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 07.12.2013 sygn. KIO/KD/ 102/13, która w pełni pozostaje w mocy pomimo dokonywanych nowelizacji PZP - „Art. 22 ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowi, iż opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Tak więc skonkretyzowane w opisie warunki udziału w postępowaniu nie mogą być określone ponad potrzeby zamawiającego. Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi być bowiem adekwatny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz wynikać z uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Tym samym zamawiający, jeżeli dokonuje określonego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków musi potrafić dowieść, że postawione przez niego warunki są rzeczywiście niezbędne dla zagwarantowania należytego wykonania zamówienia”. Podobnie wskazano w wyroku z dnia 13.06.2013r. sygn. akt KIO 1276/13 - „Warunki udziału w postępowaniu nie mogą w drodze nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu niektórych wykonawców. Nie można bowiem żądać od potencjalnych wykonawców spełniania warunków w stopniu większym, niż jest to niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia”.

Odwołujący stwierdza, iż niżej wskazane postanowienia SIWZ naruszają powyższe zasady i stanowią nadmierne zaostreżenie warunków, które nie ma uzasadniania w opisie przedmiotu zamówienia i prowadzi do ograniczenia konkurencji i jest nieadekwatny do przedmiotu zamówienia.

2. Warunek opisany Rozdziale VIII SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu” ust. 2 lit. c pkt 1).

Zamawiający sformułował kwestionowany warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej - w Rozdziale VIII SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu” ust. 2 lit. c pkt 1) - w sposób następujący:

„1) wykazał, że w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, wykonał lub wykonuje projekty obejmujące zaprojektowanie, stworzenie lub modernizację, dostarczenie oraz wdrożenie systemu kartowego realizowanego w systemie publicznej komunikacji zbiorowej, który spełnia co najmniej poniższe kryteria:

- 1.1. System kontocentryczny – system informatyczny, gdzie wszystkie informacje o ruchu pasażerów o nabywaniu uprawnień do korzystania z usług transportowych są zapisywane w systemie centralnym w czasie zbliżonym do rzeczywistego.
- 1.2. System płatności – system, który daje możliwość dokonywania oraz otrzymywania wpłat między innymi przy wykorzystaniu sieci Internet pomiędzy użytkownikami, a podmiotami dostarczającymi usługi w systemie.
- 1.3. System biletowy – system naliczający i obsługujący naliczanie opłat za transport publiczny.
- 1.4. Realizacja funkcjonalności, dla co najmniej 100.000 kont pasażerskich, dla których miały miejsce transakcje w przeciągu ostatnich 12 miesięcy.
- 1.5. Instalacja co najmniej 500 kasowników w pojazdach komunikacji publicznej z obsługą kart NFC lub EMV współpracujących z komputerami pokładowymi posiadającymi łączność z systemem centralnym poprzez dedykowaną sieć APN.
- 1.6. Aplikacja mobilna (na smartfony i tablety) umożliwiająca zaplanowanie i zakup usług związanych z publicznym transportem zbiorowym lub aplikacja mobilna (na smartfony i tablety) realizująca funkcjonalności z obszaru dynamicznej informacji pasażerskiej i planera podróży dla publicznego transportu zbiorowego.
- 1.7 Portal klienta – narzędzie do zarządzania kontem i identyfikatorami, z możliwością zakupu biletów/uprawnień do przejazdu.”

Odwołujący kwestionuje następującą część warunku: „wykazał, że w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, wykonał lub wykonuje projekty obejmujące zaprojektowanie, stworzenie lub modernizację, dostarczenie oraz wdrożenie systemu kartowego realizowanego w systemie publicznej komunikacji zbiorowej, który spełnia co najmniej poniższe kryteria (...)”, **w zakresie opisu niezbędnych czynności (elementów) referencyjnego projektu/projektów.** Odwołujący wskazuje, że tak sformułowany opis nie spełnia wymaganego przepisami prawa wymogu proporcjonalności co do warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający jasno określił rodzajowy zakres zobowiązania wykonawcy realizującego zamówienie. I tak w Rozdziale III SIWZ pn. „Opis Przedmiotu Zamówienia” wskazał:

- „1. Przedmiotem zamówienia **jest modernizacja, utrzymanie i rozwój systemu Śląskiej Karty Usług Publicznych (ŚKUP 1.5)**, służącego m.in. do realizacji zadań organizatora komunikacji publicznej w zakresie sprzedaży biletów i innych usług, świadczenia usług rozliczeń transakcji oraz pośredniczeniu w rozrachunku środków pochodzących z tych transakcji, zarządzania infrastrukturą w czasie zbliżonym do rzeczywistego (online), obsługą kont i identyfikatorów, którymi będą się posługiwali użytkownicy systemu. System ma być kontocentryczny (...)
6. Zmodernizowany system Wykonawca będzie utrzymywał i administrował w chmurze obliczeniowej (...)
7. Modernizacja urządzeń stanowiących infrastrukturę pojazdową, a następnie ich serwis (...)
8. Modernizacja oprogramowania Automatów Biletowych (...)
10. Modernizacja oprogramowania urządzeń kontrolerskich (...)

11. Modernizacja oprogramowania Terminali Sprzedażowych (...)

Powyższe wskazuje, że Zamawiający precyzyjnie określił, że przedmiot zamówienia obejmuje co do zasady: „**modernizację**”, „**utrzymanie**” i „**rozwój**” systemu Śląskiej Karty Publicznej. Taki stan rzeczy Zamawiający potwierdził w Załączniku nr 1 do SIWZ pn. „Ogólny Opis Przedmiotu Zamówienia”, wskazując (strona 5, pkt 1.4):

„Na wykonanie przedmiotu zamówienia składają się następujące zadania:

- 1) **Modernizacja systemu** poprzez modernizację/wymianę oprogramowania centralnego i użytkowego oraz aplikacji w urządzeniach (autokomputery, kasowniki, automaty biletowe, terminale sprzedażowe, kontrolerki, oraz inne występujące w systemie). Zmodernizowane oprogramowanie zostanie podzielone na podsystemy i utrzymywane w chmurowych centrach przetwarzania danych;*
- 2) **Utrzymanie** zmodernizowanego systemu;*
- 3) **Rozwój** zmodernizowanego systemu w ramach godzin rozwojowych;”.*

Jak wskazano powyżej, przedmiotem zamówienia zdefiniowanym przez Zamawiającego, są przede wszystkim usługi „modernizacji” istniejącego - produkcyjnie eksploatowanego, systemu informatycznego ŚKUP, a także jego utrzymanie.

Tymczasem, Zamawiający przy konstrukcji warunku udziału w postępowaniu w pierwszej kolejności wskazuje na konieczne doświadczenie przy tworzeniu systemów informatycznych, do tego opisanego wieloma dodatkowymi czynnościami, a dopiero w drugiej kolejności przywołując doświadczenie w modernizowaniu systemów informatycznych. Takie działanie Zamawiającego w sposób rażący odbiega od zakresu zobowiązania określonego w dokumentacji przetargowej, a zatem stanowi naruszenie art. 22 ust. 1a PZP. Należy cały czas mieć w świadomości, że przedmiotowy warunek ma potwierdzić, zgodnie z zasadą wskazaną w ww. przywołanym przepisie, zdolność wykonawcy do realizacji konkretnego zamówienia. Z tej przyczyny zdaniem Odwołującego właściwą cezurą określającą zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia winno być doświadczenie w „modernizacji i utrzymaniu” systemu informatycznego, a dopiero w drugiej kolejności doświadczenie w realizowaniu (dostawie, wdrożeniu) systemu informatycznego.

Odwołujący podnosi także, że konstruując w taki a nie inny sposób przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu, Zamawiający dopuścił do sytuacji, że może być ten warunek interpretowany w sposób różny, co świadczy o jego niejednoznaczności. Odwołujący uważa, że wykonawcy składający ofertę winni mieć całkowitą pewność co do zakresu wymogu referencyjnego doświadczenia. Obecny stan takiej pewności nie daje, więcej naraża Odwołującego ryzyko niespełnienia warunku udziału w postępowaniu z przyczyn od niego niezależnych, a dodatkowo Zamawiającego na możliwość przedłużenia procedury wyboru najkorzystniejszej oferty ze względu na możliwość kwestionowania przez uczestników postępowania doświadczenia wskazanego przez poszczególnych wykonawców w ofertach.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany warunku określonego Rozdziale VIII SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu” ust. 2 lit. c pkt 1) - i nadanie mu następującego brzmienia:

„1) wykazał, że w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, wykonał lub wykonuje projekty obejmujące:

a) modernizację i utrzymanie,

lub

b) dostarczenie, wdrożenie i utrzymanie,

systemu kartowego realizowanego w systemie publicznej komunikacji zbiorowej, który spełnia co najmniej poniższe kryteria:

1.1. System kontocentryczny – system informatyczny, gdzie wszystkie informacje o ruchu pasażerów o nabywaniu uprawnień do korzystania z usług transportowych są zapisywane w systemie centralnym w czasie zbliżonym do rzeczywistego.

1.2. System płatności – system, który daje możliwość dokonywania oraz otrzymywania wpłat między innymi przy wykorzystaniu sieci Internet pomiędzy użytkownikami, a podmiotami dostarczającymi usługi w systemie.

1.3. System biletowy – system naliczający i obsługujący naliczanie opłat za transport publiczny.

1.4. Realizacja funkcjonalności, dla co najmniej 100.000 kont pasażerskich, dla których miały miejsce transakcje w przeciągu ostatnich 12 miesięcy.

1.5. Instalacja co najmniej 500 kasowników w pojazdach komunikacji publicznej z obsługą kart NFC lub EMV współpracujących z komputerami pokładowymi posiadającymi łączność z systemem centralnym poprzez dedykowaną sieć APN.

1.6. Aplikacja mobilna (na smartfony i tablety) umożliwiająca zaplanowanie i zakup usług związanych z publicznym transportem zbiorowym lub aplikacja mobilna (na smartfony i tablety) realizująca funkcjonalności z obszaru dynamicznej informacji pasażerskiej i planera podróży dla publicznego transportu zbiorowego.

1.7 Portal klienta – narzędzie do zarządzania kontem i identyfikatorami, z możliwością zakupu biletów/uprawnień do przejazdu.”

Żądanie Odwołującego należy uznać za zasadne bowiem, zgodnie z zasadą proporcjonalności, dostosowuje warunek do zakresu zobowiązania wykonawcy, a jednocześnie dostatecznie je precyzuje, co pozwoli na uniknięcie dowolności w jego interpretacji. Odwołujący wskazuje jednocześnie, że nie wnioskuję o zmianę istotnych cech warunku, a więc że referencyjne doświadczenie wykonawcy ma dotyczyć systemu kartowego i ma być zdobyte w realizacji projektu dotyczącego systemu zbiorowej komunikacji publicznej. Odwołujący nie kwestionuje także parametrów szczegółowych wskazanych w pkt 1.1 – 1.7.

3. Warunek opisany Rozdziale VIII SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu” ust. 2 lit c pkt 2.1.

Zamawiający sformułował kwestionowany warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej w stosunku do kandydata na kierownika projektu - w Rozdziale VIII SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu” ust. 2 lit c pkt 2.1 - w sposób następujący:

„2.1. Kierownik Projektu – osoba posiadająca:

a. wykształcenie wyższe techniczne lub ekonomiczne;

b. doświadczenie we wdrażaniu i kierowaniu projektami IT w obszarze transportu publicznego zdobyte w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, polegające na pełnieniu funkcji kierownika projektu w co najmniej dwóch projektach IT w obszarze transportu publicznego, z których każdy obejmował co najmniej stworzenie lub modernizację oraz dostarczenie i wdrożenie rozwiązania informatycznego;

c. co najmniej jeden z poniższych ważnych certyfikatów:

PMP (Project Management Professional) wydawany przez Project Management Institute (PMI);

ii. certyfikat co najmniej Poziom C w systemie IPMA 4-L-C (International Project Management Association);

iii. certyfikat PRINCE2 Practitioner;

iv. inny, co najmniej równoważny certyfikat dokumentujący przygotowanie w zakresie zarządzania projektami;

d. umiejętność biegłego posługiwania się językiem polskim w mowie i piśmie.”

Odwołujący kwestionuje następującą część warunku: „*b. doświadczenie we wdrażaniu i kierowaniu projektami IT w obszarze transportu publicznego zdobyte w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, polegające na pełnieniu funkcji kierownika projektu w co najmniej dwóch projektach IT w obszarze transportu publicznego, z których każdy obejmował co najmniej stworzenie lub modernizację oraz dostarczenie i wdrożenie rozwiązania informatycznego*”;

Wymaganie, aby doświadczenie kandydat na kierownika projektu nabył w ciągu ostatnich 5 lat i jednocześnie w dwóch projektach IT w obszarze transportu technicznego jest wymaganiem nadmiernym. Należy podkreślić, że warunek powyższy ma fundamentalne znaczenie dla możliwości wzięcia udziału w postępowaniu. Warunek ten jest bardzo rygorystyczny i w sposób istotny ogranicza krąg wykonawców mogących wziąć udział w Postępowaniu.

Podkreślenia w tym aspekcie wymaga, że doświadczenie zawodowe osób definiowane jest poprzez biegłość, praktykę i wprawę w wykonaniu określonych zadań (czynności), które podobnie, jak w przypadku warunków z zakresu wiedzy i doświadczenia wykonawcy oceniane powinny być poprzez odniesienie do złożoności i skali przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem jednak faktu, że poszczególne osoby, w odróżnieniu od wykonawcy, który koordynuje realizację całości prac, odpowiadają jedynie za pewien wycinek prac związanych z realizacją zamówienia, zgodny z ich kompetencjami. To właśnie zakres i złożoność realizowanych przez te osoby prac powinna być miernikiem proporcjonalności żądanego od poszczególnych osób doświadczenia zawodowego, nie zaś globalna skala całego projektu.

Co niezmiernie istotne, przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu odnosi się do największych postępowań tego rodzaju na rynku polskim. Dodatkowo doświadczenie, które kandydat na kierownika projektu ma posiadać mogło być nabyte jedynie w okresie ostatnich 5 lat przed dniem składania ofert. Zamawiający konstruując warunek udziału w postępowaniu powinien wziąć pod uwagę istniejące realia rynkowe, które wskazują na bardzo wąskie grono osób mogących być kierownikami projektu w niniejszym zamówieniu. Z tej przyczyny Odwołujący wnosi o zniesienie cezury 5 lat jako okresu, w którym niezbędne doświadczenie kandydat na kierownika projektu miła nabyć lub ograniczenie wymagania referencyjnego do jednego projektu.

Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że zakres wymagane referencyjnego projektu jest nieadekwatny i nieproporcjonalny do zakresu przedmiotu zamówienia ze względu na brak właściwego odniesienia do zakresu przedmiotowego zamówienia. Zamawiający precyzyjnie określił, że przedmiot zamówienia obejmuje co do zasady: „modernizację”, „utrzymanie” i „rozwój” systemu Śląskiej Karty Publicznej.

Odwołujący wskazuje, że cała argumentacja wskazana w pkt 2 przedmiotowego zarzutu, w tym zakresie ma również zastosowanie do omawianego przypadku. Zatem Odwołujący przywołuje wskazane w pkt 2 uzasadnienie.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany warunku określonego Rozdziale VIII SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu” ust. 2 lit c pkt 2.1- i nadanie mu w pkt b następującego brzmienia:

„b. doświadczenie we wdrażaniu i kierowaniu projektami IT w obszarze transportu publicznego zdobyte w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, polegające na pełnieniu funkcji kierownika projektu w co najmniej jednym projekcie IT w obszarze transportu publicznego, których obejmował co najmniej a) modernizację i utrzymanie, lub b) dostarczenie, wdrożenie i utrzymanie, rozwiązania informatycznego”,
alternatywnie:

„b. doświadczenie we wdrażaniu i kierowaniu projektami IT w obszarze transportu publicznego zdobyte, polegające na pełnieniu funkcji kierownika projektu w co najmniej dwóch projektach IT w obszarze transportu publicznego, w których każdy obejmował co najmniej a) modernizację i utrzymanie, lub b) dostarczenie, wdrożenie i utrzymanie, rozwiązania informatycznego”.

4. Warunek opisany Rozdziale VIII SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu” ust. 2 lit c pkt 2.2.

Zamawiający sformułował kwestionowany warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej w stosunku do kandydata na zastępcę kierownika projektu - w Rozdziale VIII SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu” ust. 2 lit c pkt 2.2 - w sposób następujący:

„2.2. Zastępcą Kierownika Projektu – osoba posiadająca:

- a. wykształcenie wyższe techniczne lub ekonomiczne;
- b. doświadczenie we wdrażaniu i kierowaniu projektami IT w obszarze transportu publicznego zdobyte w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, polegające na pełnieniu funkcji kierownika lub zastępcy kierownika projektu w co najmniej jednym projekcie IT w obszarze transportu publicznego, obejmującym co najmniej stworzenie lub modernizację oraz dostarczenie i wdrożenie rozwiązania informatycznego;
- c. co najmniej jeden z poniższych ważnych certyfikatów:
 - i. PMP (Project Management Professional) wydawany przez Project Management Institute (PMI);
 - ii. certyfikat co najmniej Poziom C w systemie IPMA 4-L-C (International Project Management Association);
 - iii. certyfikat PRINCE2 Practitioner;
 - iv. inny, co najmniej równoważny certyfikat dokumentujący przygotowanie w zakresie zarządzania projektami;
- d. umiejętność biegłego posługiwania się językiem polskim w mowie i piśmie.

Odwołujący kwestionuje następującą część warunku: „b. doświadczenie we wdrażaniu i kierowaniu projektami IT w obszarze transportu publicznego zdobyte w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, polegające na pełnieniu funkcji kierownika lub zastępcy kierownika projektu w co najmniej jednym projekcie IT w obszarze transportu publicznego, obejmującym co najmniej stworzenie lub modernizację oraz dostarczenie i wdrożenie rozwiązania informatyczne”;

Odwołujący kwestionuje zakres wymagane referencyjnego projektu, który jest nieadekwatny i nieproporcjonalny do zakresu przedmiotu zamówienia ze względu na brak właściwego odniesienia do zakresu przedmiotowego zamówienia. Zamawiający precyzyjnie określił, że przedmiot zamówienia obejmuje co do zasady: „modernizację”, „utrzymanie” i „rozwój” systemu Śląskiej Karty Publicznej.

Odwołujący wskazuje, że cała argumentacja wskazana w pkt 2 i 3 przedmiotowego zarzutu, w tym zakresie ma również zastosowanie do omawianego przypadku. Zatem Odwołujący przywołuje wskazane w pkt 2 uzasadnienie.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany warunku określonego Rozdziale VIII SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu” ust. 2 lit c pkt 2.2- i nadanie mu w pkt b następującego brzmienia:

„b. doświadczenie we wdrażaniu i kierowaniu projektami IT w obszarze transportu publicznego zdobyte w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, polegające na pełnieniu funkcji kierownika lub zastępcy kierownika projektu w co najmniej jednym projekcie IT w obszarze transportu publicznego, obejmującym co najmniej a) modernizację i utrzymanie, lub b) dostarczenie, wdrożenie i utrzymanie, rozwiązania informatycznego”.

2. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 139 ust. 1 PZP w zw. z naruszeniem art. 353¹ Kodeks cywilny, w zw. z art. 354 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. oraz 29 ust. 1 - 2 PZP, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, Odwołujący podnosi co następuje.

1. Dotyczy §1 ust. 3 Załącznika nr 12 do SIWZ „Wzór umowy o udzielenie zamówienia publicznego” - dalej: „Wzór umowy” lub „Umowa”), definicji pojęcia „Oprogramowanie Dedykowane”.

Zamawiający nadała pojęciu „Oprogramowanie Dedykowane” następujące znaczenie:

„Oprogramowanie komputerowe stworzone na potrzeby lub w trakcie realizacji Przedmiotu Umowy, w tym w szczególności utwory dotyczące makiet funkcjonalnych, UX/UI, projektów graficznych, a także Aplikacja Mobilna, Portal Klienta, oprogramowanie służące do obsługi urządzeń zainstalowane na Sprzęcie (m.in. automatów biletowych, terminali sprzedażowych, kasowników, autokomputerów, kontrolerek), oraz inne oprogramowanie tak określone przez Strony w trakcie realizacji Umowy, a także opracowania, modyfikacje i rozszerzenia ww. elementów stanowiących Oprogramowanie Dedykowane. W razie wątpliwości, czy dane oprogramowanie stanowi Oprogramowanie Dedykowane, Oprogramowanie Narzędziowe, Oprogramowanie Open Source lub Oprogramowanie Standardowe przyjmuje się, że oprogramowanie takie stanowi Oprogramowanie Dedykowane. W skład Oprogramowania Dedykowanego wchodzi również Dokumentacja dotycząca ww. oprogramowania komputerowego stanowiącego Oprogramowanie Dedykowane.”

Zamawiający w swojej definicji użył pojęcia „oprogramowania komputerowego stworzonego na potrzeby lub w trakcie realizacji Przedmiotu Umowy”. Należy w tym miejscu wskazać, że Wykonawca wytwarzając oprogramowanie w celu realizacji szeroko rozumianych usług transportowych, tworzy oprogramowanie, które w zamyśle tworzy na potrzeby realizacji wielu umów, które zawarł lub zawrze z operatorami transportu lub innymi instytucjami

odpowiedzialnymi za organizację transportu. Wykonawca może zatem tworzyć oprogramowanie bez związku z konkretną umową, a inwestując w portfolio swoich produktów. Zaproponowana przez Zamawiającego definicja oznacza, że każde oprogramowanie, również takie, które było wytworzone przed zawarciem Umowy o realizację przedmiotowego zamówienia, ale staje się w myśl definicji Oprogramowaniem Dedykowanym. Wyklucza to możliwość jego oferowania w innych projektach dla innych zamawiających, a tym samym w sposób nieuzasadniony ogranicza Wykonawcy prowadzenie działalności gospodarczej. Jednocześnie w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia, Wykonawca może tworzyć oprogramowanie dla innego podmiotu realizując postanowienia innej umowy, nie związanej z zamówieniem, a w myśl przytoczonej definicji takie oprogramowanie również stałoby się bezpodstawnie Oprogramowaniem Dedykowanym, do którego Zamawiający nabyłby autorskie prawa majątkowe.

Zamawiający w swojej definicji Oprogramowania Dedykowanego wymienia elementy oprogramowania, które a priori, niezależnie od stanu faktycznego w myśl przytoczonej definicji, stają się Oprogramowaniem Dedykowanym „... a także Aplikacja Mobilna, Portal Klienta, oprogramowanie służące do obsługi urządzeń zainstalowane na Sprzęcie (m.in. automatów biletowych, terminali sprzedażowych, kasowników, autokomputerów, kontrolerek)”. Tak sformułowana definicja prowadzi do sytuacji zgodnie z którą, w przypadku gdy Wykonawca dysponuje własną Aplikacją Mobilną lub własnym oprogramowaniem kasowników, które dla potrzeb realizacji zamówienia wymagać będą jedynie dostosowania (customizacji) lub parametryzacji, bez zmiany istoty dzieła tj. jego logiki, architektury, specyficznych rozwiązań technicznych, stają się mimo wszystko własnością Zamawiającego, pozbawiając tym samym należnych praw Wykonawcy. W tym miejscu należy podkreślić, że Zamawiający w Załączniku nr 9 do SIWZ „Formularz Oferty”, w pkt. III „Prawa majątkowe i licencje” umieścił tabelę stanowiącą element oceny ofert, wskazującą które z elementów systemu przejdą zgodnie z wolą danego wykonawcy na własność Zamawiającego, a na które z nich udzielona zostanie licencja. Wśród tych elementów są m.in. Aplikacja Mobilna, Portal Klienta, oprogramowanie pojazdów w tym kasowników. Skoro zatem sposób zaoferowania prawa autorskich stanowi kryterium oceny ofert i Wykonawca jest zobowiązany do złożenia oświadczenia co do sposobu udostępnienia prawa Zamawiającemu do poszczególnych elementów oprogramowania, to poprzez narzucenie zobowiązania w definicji co do obowiązku przekazania autorskich praw majątkowych co do: Aplikacji Mobilnej, Portalu Klienta, oprogramowania służące do obsługi urządzeń zainstalowane na Sprzęcie (m.in. automatów biletowych, terminali sprzedażowych, kasowników, autokomputerów, kontrolerek.) jest żądaniem naruszającym uczciwą konkurencję. Odwołujący posiada już wiele zobowiązań wobec innych podmiotów, które uniemożliwiają mu przekazanie majątkowych praw autorskich, co de facto uniemożliwia mu złożenie oferty.

Odwołujący pragnie podkreślić, że Zamawiający określając zakres licencji, którą dany wykonawca zobowiązany jest mu udzielić, zapewnia sobie prawa, która w sposób zbliżony do prawa własności pozwalają mu na realizację swoich uprawnień, włącznie z prawem rozwoju oprogramowania. Z tej przyczyny nie zostaną naruszone żadne istotne interesy Zamawiającego, jeśli uprawnienie do korzystania ze wskazanego oprogramowania, zostanie udzielone wykonawcy w postaci licencji, a nie poprzez przekazanie prawa majątkowego.

Odwołujący podnosi, że Zamawiający w swojej definicji Oprogramowania Dedykowanego zawarł następujące stwierdzenie „*W razie wątpliwości, czy dane oprogramowanie stanowi Oprogramowanie Dedykowane, Oprogramowanie Narzędziowe, Oprogramowanie Open Source lub Oprogramowanie Standardowe przyjmuje się, że oprogramowanie takie stanowi Oprogramowanie Dedykowane.*” Oznacza to, że jeśli Zamawiający, wbrew wyrażonej przez wykonawcę w Formularzu Oferty swojej deklaracji zgłosi jakąkolwiek wątpliwość, również taką, która nie ma pokrycia w rzeczywistości, to oprogramowanie do jakiego Zamawiający taką wątpliwość zgłosił w myśl definicji staje się automatycznie Oprogramowaniem Dedykowanym. Stanowi to rażące naruszenie praw Wykonawcy, ze względu na uznaniowość uprawnień Zamawiającego wynikających z takiego postanowienia Wzoru Umowy.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany definicji pojęcia „Oprogramowanie Dedykowane” - i nadanie mu następującego brzmienia:

„Oprogramowanie komputerowe stworzone od podstaw przez Wykonawcę specjalnie na potrzeby realizacji Przedmiotu Umowy, określone w załączniku I do Umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia, zgodnie z wymogami Zamawiającego i dostarczone przez Wykonawcę w ramach realizacji niniejszej Umowy, wraz z wszelkimi aktualizacjami i modyfikacjami, stanowiące utwór w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych.”

3. Odnosnie zarzutu naruszenia art, 29 ust. 1 i 2 PZP i w konsekwencji art. 3531 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 PZP, ponieważ we wzorze umowy nie uregulowano należycie precyzyjnie zasad dokonywania przez Zamawiającego lub jego przedstawicieli wymaganych w umowie zatwierdzeń, akceptacji i odbiorów, pozostawiając powyższe do swobodnego uznania Zamawiającego lub jego przedstawicieli, co powoduje, że przedmiot zamówienia nie jest opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a w rezultacie przedmiot zamówienia jest opisany w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, Odwołujący wskazuje co następuje.

1. Nieprecyzyjne kryteria odrzucenia zgłoszenia do odbioru §7 ust. 8,9,10 oraz 12 i 14 Umowy.
Zamawiający w §7 ust. 8 lit. a Wzoru Umowy wskazał powody dla których odmówi odbioru zgłoszonego przez Wykonawcę do odbioru, Etapu: *„W przypadku braku usunięcia przez Wykonawcę Wad lub Błędów Krytycznych w terminie wskazanym przez Zamawiającego, Zamawiający odmówi dokonania Odbioru, czego konsekwencją będzie rozpoczęcie procedury od początku (w tym począwszy od ponownego zgłoszenia Etapu lub jego części przez Wykonawcę do Odbioru)”*.
Jednocześnie w tymże samym paragrafie w ust. 9 Zamawiający nadaje sobie prawo do sporządzenia Protokołu Rozbieżności, zawierającego zastrzeżenia do przedmiotu odbioru: *„Zamawiający, w terminie wskazanym w ust. 6 powyżej, zobowiązany jest sporządzić i podpisać Protokół Odbioru lub Protokół Rozbieżności. W razie zastrzeżeń do Etapu, Zamawiający sporządza Protokół Rozbieżności, który powinien zawierać wskazanie i opis zastrzeżeń do Etapu, które Wykonawca jest zobowiązany uwzględnić w terminie określonym w ust. 10 poniżej.”*
Następnie w §7 ust. 10 Umowy Zamawiający wskazuje na wymagany termin spełnienia przez wykonawcę zgłoszonych w Protokole Rozbieżności zastrzeżeń, uzależniając powtórzenie procedury odbioru od ich spełnienia: *„W terminie 5 Dni Roboczych od dnia przekazania przez*

Zamawiającego Protokołu Rozbieżności Wykonawca jest zobowiązany do usunięcia wskazanych zastrzeżeń. Po usunięciu zastrzeżeń wyszczególnionych w Protokole Rozbieżności zostanie powtórzona procedura odbioru Etapu przewidziana w niniejszym § 7 Umowy". Nie jest zatem sprecyzowane, czy powtórzenie procedury odbioru jest jednoznaczne z odmową dokonania odbioru, jak to wskazano w §7 ust. 8 lit. a., Umowy czy też jest czynnością Zamawiającego w trakcie trwania odbioru, nie wymagającą ponownego zgłoszenia do odbioru. Ponadto proces zgłaszania kolejnych (za każdym razem innych, na co wskazuje §7 ust. 12 Umowy) zastrzeżeń może być powtarzany dowolną ilość razy.

O ile postanowienie §7 ustępu 8 lit. a Umowy są wymiernymi, dającymi się zdefiniować powodami odmowy dokonania odbioru Etapu, to już postanowienie w §7 ust. 9 Umowy, mówiące o „zastrzeżeniach Zamawiającego” takimi wymiernymi powodami nie są. Takie sformułowanie uprawnień Zamawiającego w procedurze odbiorów, nie mające odniesienia do definicji Błędu Krytycznego czy też Wady powoduje możliwość uznaniowego, a nie obiektywnego traktowania przez Zamawiającego odbieranego przedmiotu umowy, poprzez zgłoszenie jakichkolwiek, bliżej niezdefiniowanych zastrzeżeń, również nie mających uzasadnienia merytorycznego, co może spowodować popadnięcie Wykonawcy w opóźnienie realizacji zamówienia. Co z kolei implikuje możliwość naliczenia kar umownych przez Zamawiającego, a nawet rozwiązania Umowy.

Co więcej, w §7 ust. 12 Umowy Zamawiający wskazuje na konsekwencje niespełnienia przez Wykonawcę zgłoszonych przez niego bliżej nie sprecyzowanych „zastrzeżeń”, dając Zamawiającemu prawo do zgłaszania zastrzeżeń za każdym razem innych, a w konsekwencji ich braku realizacji przez Wykonawcę prawo do odstąpienia od Umowy. Uprawnienie to jest więc nie tylko nieobiektywne, nie dające się w żaden sposób skwantyfikować przy pomocy wprowadzonych w umowie definicji błędów i wad, ale dodatkowo mogące skutkować nieproporcjonalnymi konsekwencjami w postaci kar umownych lub rozwiązaniem Umowy. Należy zwrócić uwagę, że z treści §7 ust. 9 Umowy wynika wprost, że Zamawiający sporządzając Protokół Rozbieżności nie zgłasza Wad ani Błędów Krytycznych do przedmiotu odbioru, bo wówczas zastosowanie miałoby postanowienie §7 ust. 8 lit. a Umowy.

Należy również wskazać, że Zamawiający zapewnił sobie w §7 ust. 11 Umowy możliwość dokonania odbioru warunkowego etapów do momentu odbioru Etapu IV, gwarantując sobie tym samym uwzględnienie przez Wykonawcę zgłoszonych Błędów Niekrytycznych w oczekiwanym przez Zamawiającego terminie.

Jednocześnie należy wskazać, że w §7 ust. 14 Zamawiający przewidział możliwość powierzenia wykonania podmiotowi trzeciemu w ramach wykonania zastępczego w przypadku nie zrealizowania przez wykonawcę nieokreślonych „zastrzeżeń”, co stanowi rażące naruszenie prawa wykonawcy.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian w §7 Umowy:

a) zmienić §7 ust. 10 Umowy, pierwsze zdanie, w sposób następujący:

„W terminie 5 Dni Roboczych od dnia przekazania przez Zamawiającego Protokołu Rozbieżności Wykonawca jest zobowiązany do usunięcia wskazanych zastrzeżeń. Po usunięciu zastrzeżeń wyszczególnionych w Protokole Rozbieżności zostanie powtórzona procedura odbioru Etapu przewidziana w niniejszym § 7 Umowy, co jednak nie wymaga ponownego zgłoszenia przez Wykonawcę Etapu do odbioru.”

- b) usunąć w całości §7 ust. 12 i 14 Umowy.
2. Nieprecyzyjne określenie terminu, po przekroczeniu którego Wykonawca popada w opóźnienie (§17 ust. 2 lit a. Umowy, §6 ust. 2 umowy, definicja Harmonogramu Realizacji Projektu w §1 ust. 3 Umowy oraz §7 ust. 1. Umowy).

Zamawiający w §17 „Odpowiedzialność” Umowy w ust. 2 lit. a. zdefiniował kary umowne z tytułu opóźnień w wykonaniu poszczególnych etapów Umowy w sposób następujący:

„za opóźnienie Wykonawcy w wykonaniu któregośkolwiek z Etapów w terminie wynikającym z niniejszej Umowy lub Harmonogramu Realizacji Projektu (...) w wysokości (...) za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia (...)”, nie definiując jak należy rozumieć „wykonanie Etapu”, tj. czy przez „wykonanie Etapu” należy rozumieć **zgłoszenie Etapu do odbioru** czy też przez „wykonanie Etapu” należy rozumieć **odbior Etapu przez Zamawiającego**.

W §6 ust. 2 Umowy Zamawiający określił terminy wykonania poszczególnych etapów projektu w następujący sposób:

„1. Przedmiot Umowy zostanie wykonany w sześciu Etapach, które zostały określone w Załączniku nr 1.2 [Tryb realizacji zamówienia], na które składają się:

a. Etap I – ___ okres do uzupełnienia zgodnie z terminem wskazanym w Ofercie>,”

Biorąc po uwagę treść postanowienia Formularza Oferty (Załącznik nr 9 do SIWZ, pkt. VI, str. 3) wskazany w Umowie okres do uzupełnienia zgodnie z terminem wskazanym w ofercie to:

„Okres realizacji przedmiotu umowy (Etap I-III – w tygodniach od podpisania umowy, Etap IV i V – w miesiącach od dnia podpisania umowy)”.

Zatem te postanowienie nie daje odpowiedzi na pytanie kiedy dany Etap uznaje się za „wykonany”, czy z chwilą jego skutecznego **zgłoszenia do odbioru** (kończącego się odbiorem Zamawiającego) czy też z chwilą **odbioru Etapu przez Zamawiającego**.

Odpowiedzi na tak zadane pytanie nie dają również inne postanowienia SIWZ:

- 1) definicja Harmonogramu Realizacji Projektu, która wprowadza dodatkowe pojęcie „zakończenia realizacji etapu”: *„dokument określający szczegółowe daty realizacji Przedmiotu Umowy, w tym terminy zakończenia realizacji poszczególnych Etapów”,*
- 2) jak również §7 ust. 1 Umowy, który stanowi: *„Po wykonaniu prac przewidzianych do wykonania w ramach danego Etapu, Wykonawca zawiadomi Kierownika Projektu Zamawiającego o zakończeniu tego Etapu. (...) Zawiadomienie o zakończeniu Etapu stanowi wydanie przez Wykonawcę Etapu do Odbioru. Wykonawca jest zobowiązany dokonać zgłoszenia, o którym mowa w niniejszym ust. 1, w terminie wynikającym z Harmonogramu Realizacji Projektu.”*

Brak jednoznaczności co do momentu odbioru danego Etapu skutkuje dla Odwołującego olbrzymim ryzykiem związanym ze sposobem przygotowania realizacji przedmiotowego zamówienia, w tym wyceny jego realizacji oraz kalkulacją ewentualnych ryzyk. Odwołujący stoi na stanowisku, że nie jest możliwe zgodnie z zasadami współżycia społecznego, dobrymi praktykami, w holistycznym ujęciu treścią umowy, przyjęcie że czas odbiorów ma być wliczany w okres wykonania przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian w Umowie:

1. w §6 Umowy dodać ust. 3 i ustęp 4 o treści:
 - „3. Przez termin określony w ust. 2 należy rozumieć najpóźniejszy termin zakończenia prac danego Etapu i zgłoszenia go do odbioru (łącznie) w rozumieniu § 7 ust.1 Umowy.
 - „4. Zakończenie realizacji każdego z Etapów wymaga odebrania przez Zamawiającego prac (produktów, dostaw, usług) przewidzianych w ramach danego Etapu, z zastrzeżeniem §7 ust. 11 Umowy”
2. zmienić §17 ust. 2 lit a. Umowy o treści *„za opóźnienie Wykonawcy w wykonaniu któregośkolwiek z Etapów w terminie wynikającym z niniejszej Umowy lub Harmonogramu Realizacji Projektu”* na treść *„za opóźnienie Wykonawcy w wykonaniu któregośkolwiek z Etapów w terminach o których mowa w §6 ust. 2 Umowy.”*
4. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 PZP a w konsekwencji naruszenia art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 PZP, ponieważ Wzór Umowy zawiera postanowienia niejasne i niezrozumiałe, które mogą być różnie interpretowane, co skutkuje niemożliwością skalkulowania ryzyka przez Odwołującego i może prowadzić do obciążenia Odwołującego ryzykiem wynikającym z przyjęcia przez Zamawiającego innej interpretacji postanowień Wzoru Umowy niż przyjęta przez Wykonawcę. Ponadto niejasność i niezrozumiałość postanowień Wzoru Umowy w zakresie, w jakim dotyczą one obowiązków wykonawcy co do realizacji przedmiotu zamówienia narusza art. 29 ust. 1 i 2 PZP, gdyż powoduje, że przedmiot zamówienia nie jest opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a w rezultacie przedmiot zamówienia jest opisany w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, Odwołujący oświadcza co następuje.

Odwołujący wskazuje, że przedmiot zamówienia opisany został w szeroko rozumianym SIWZ. W zakresie tak rozumianej specyfikacji mieszczą się także zobowiązania wykonawcy opisane nie tylko w SIWZ sensu stricto, ale także zobowiązania sformułowane i opisane w załącznikach do SIWZ. Odwołujący, bazując także na swoim doświadczeniu w realizacji projektów, uważa za konieczne podjęcie działań zmierzających do obrony jego interesu, a polegających na możliwie maksymalnym wyjaśnieniu lub doprecyzowaniu wszelkich zobowiązań stawianych mu przez Zamawiającego. W tym zakresie kluczowe dla Odwołującego była analiza postanowień umów dołączonych do SIWZ przez Zamawiającego: Załącznika nr 12 do SIWZ „Wzór umowy o udzielenie zamówienia publicznego” oraz załącznikach do tej umowy - Załącznik nr III A [Umowa powierzenia przetwarzania danych osobowych] oraz Załącznik nr III B [Umowa powierzenia przetwarzania danych osobowych].

Odwołujący podnosi, że Zamawiający formułując treść ww. dokumentów nałożył na przyszłego wykonawcę zamówienia publicznego szereg zobowiązań, które mają charakter niejednoznaczny, nieprecyzyjny, które tworzą dla wykonawcy szereg ryzyk, których biorąc pod uwagę obecny kształt zobowiązań, wykonawca nie jest w stanie wycenić lub oszacować, co oznacza, że nie jest w stanie należycie, zgodnie ze sztuką wycenić swoich kosztów realizacji zamówienia. Taki stan rzeczy nie pozwala Odwołującemu zatem na złożenie oferty zgodnie z wymogami prawa i oczekiwaniami Zamawiającego. Odwołujący pragnie podkreślić, że przedmiotowe zamówienie jest zamówieniem

o znacznej wartości, zatem wycena ryzyk realizacji zamówienia także oznaczać musi kwoty liczone w setkach tysięcy a nawet w milionach złotych. Z tej przyczyny Odwołujący zmuszony jest do wnioskowania o zmianę treści umów – umowy o wykonanie zamówienia publicznego i umów związanych z danymi osobowymi w sposób opisany poniżej:

- 1) Dotyczy §3 ust. 2 lit j oraz §3 ust. 2 lit k Umowy.

Zamawiający nałożył na wykonawcę następujące zobowiązanie:

- „j. *zapewnienia zgodności Systemu ŚKUP 1.5 zarówno z obowiązującymi przepisami prawa, jak i wszelkimi aktualnymi normami lub standardami, w szczególności standardami bezpieczeństwa, przez cały okres obowiązywania niniejszej Umowy, w taki sposób, by System ŚKUP 1.5 oraz wszystkie jego komponenty były w każdym czasie w pełni zgodne z obowiązującymi przepisami prawa, aktualnymi normami oraz standardami, oraz bieżącego dostosowywania Systemu ŚKUP 1.5 oraz wszystkich jego komponentów do zmieniających się wymogów wynikających z przepisów prawa, norm oraz standardów;*
- k. *zapewnienia zgodności świadczonych usług zarówno z obowiązującymi przepisami prawa, jak i wszelkimi aktualnymi normami lub standardami, przez cały okres obowiązywania niniejszej Umowy, w taki sposób, by świadczenie usług było w pełni zgodne z obowiązującymi przepisami prawa, w tym dotyczącymi Zamawiającego lub Wykonawcy, aktualnymi normami oraz standardami, oraz bieżącego dostosowywania sposobu świadczonych usług do zmieniających się wymogów wynikających z przepisów prawa, norm oraz standardów”*

Odwołujący wskazuje, że nadając wskazanym wyżej postanowieniom Zamawiający dopuścił się rażącego naruszenia przepisów prawa, w efekcie przerzucając na wykonawcę nieokreślone ryzyko, co najmniej w dwóch aspektach:

- a) Nakładając na wykonawcę obowiązek zachowania zgodności z obowiązującym prawem i innymi standardami przez cały okres obowiązywania Umowy, nie zaś na moment odbioru przedmiotu Umowy.

Powyższe zobowiązanie należy uznać za sprzeczne z przytoczonymi wyżej przepisami prawa, bowiem narzucają na wykonawcę konieczność realizacji niemożliwych do oszacowania na etapie składania ofert zobowiązań. Wykonawca nie jest w stanie określić czy i w jakim zakresie będzie konieczne wykonanie zmian w przedmiocie zamówienia wynikających ze zmiany prawa, **w skrajnym przypadku może nastąpić konieczność dostarczenia całkiem nowego Systemu**. Dodatkowo należy wskazać, że Zamawiający nie wskazał żadnych terminów na wykonanie takiego zobowiązania, co może oznaczać konieczność posiadania zgodności w terminie wejścia w życie odpowiedniej zmiany prawa, co może być także być nie wykonalne.

Odwołujący podkreśla, że działanie takie stanowi naruszenie zasad współżycia społecznego, i stanowi naruszenie prawa podmiotowego albowiem nie można przerzucać na wykonawcę ciężaru osiągnięcia założonych przez Zamawiającego celów biznesowych przedsięwzięcia. Wykonawca może być obciążany jedynie za realizację przedmiotu zamówienia, w tym przypadku określonego rozwiązania określonego w SIWZ. W związku z powyższym Wykonawca zostaje obciążony ryzykiem wykonania niemożliwych do przewidzenia dostaw lub usług, związanych z koniecznością dostosowania systemu do zmian prawnych.

- b) Nakładając na wykonawcę obowiązek zachowania zgodności ze wszelkimi aktualnymi normami lub standardami.

W tym zakresie Odwołujący zarzuca wykonawcy konieczność zachowania zgodności z niesprecyzowanym katalogiem norm lub standardów, co stanowi rażące narzucenie na wykonawcę ryzyka, którego nie jest on w stanie należycie skalkulować, a zatem oszacować kosztu wykonania zamówienia. Odwołujący podnosi, że wymagana zgodność winna być zachowana jedynie dla norm i standardów wskazanych w SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, wykonanie oczekiwanych przez Zamawiającego usług dostosowawczych winno następować w oparciu o procedurę wskazaną w § 9 ust. 2 Umowy, tj. Usług Rozwoju Systemu.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania następującej zmiany treści §3 ust. 2 lit j i §3 ust. 2 lit k Umowy:

*„j. zapewnienia zgodności Systemu ŚKUP 1.5 zarówno z obowiązującymi przepisami prawa, jak i wszelkimi aktualnymi normami lub standardami **określonymi w SIWZ**, w szczególności standardami bezpieczeństwa, **na dzień podpisania Protokołu Odbioru Wdrożenia**, w taki sposób, by System ŚKUP 1.5 oraz wszystkie jego komponenty były w pełni zgodne z obowiązującymi przepisami prawa, aktualnymi normami oraz standardami **wskazanymi w SIWZ** oraz dostosowywania Systemu ŚKUP 1.5 oraz wszystkich jego komponentów do zmieniających się wymogów wynikających z przepisów prawa, norm oraz standardów, **jeśli Zamawiający zleci wykonanie tych usług Wykonawcy na podstawie §9 ust. 2 Umowy.***

*k. zapewnienia zgodności świadczonych usług zarówno z obowiązującymi przepisami prawa, jak i wszelkimi aktualnymi normami lub standardami **wskazanymi w SIWZ**, przez cały okres obowiązywania niniejszej Umowy, w taki sposób, by świadczenie usług było w pełni zgodne z obowiązującymi przepisami prawa, w tym dotyczącymi Zamawiającego lub Wykonawcy, aktualnymi normami oraz standardami wskazanymi w SIWZ, oraz bieżącego dostosowywania sposobu świadczonych usług do zmieniających się wymogów wynikających z przepisów prawa, norm oraz standardów **określonych w SIWZ**”*

- 2) Dotyczy §3 ust. 2 lit v Umowy.

Zamawiający nałożył na wykonawcę następujące zobowiązanie:

„v. wykonania Przedmiotu Umowy w sposób zgodny ze wskazówkami oraz instrukcjami Zamawiającego, o których Zamawiający powiadomił Wykonawcę w formie ustnej, pisemnej lub elektronicznej.”

Zamawiający przedmiotowym postanowieniem próbuje narzucić wykonawcy realizującemu przedmiotowe zamówienie wykonanie nieokreślonych zobowiązań, które nazywa „wskazówkami” oraz „instrukcjami”. Wprowadzenie nieokreślonych pojęć do Umowy, które w sposób bezpośredni wpływają na zakres zamówienia, jest działaniem niedopuszczalnym. Prowadzi to powstania po stronie Odwołującego ryzyka narzucenia dodatkowych, nieokreślonych w Umowie obowiązków, które nie zostały przez niego na etapie oferty zidentyfikowane, a co za tym idzie uwzględnione i wycenione w ofercie. Rodzi to zatem u Odwołującego ryzyko, którego Zamawiający nie ma prawa na niego nakładać. Za szczególnie

naganne należy uznać zobowiązanie danego wykonawcy do przyjmowania „wskazówek” i „instrukcji” w formie ustnej.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu usunięcie postanowienia w §3 ust. 2 lit v Umowy.

3) Dotyczy §8 ust. 2 lit d Umowy.

Zamawiający nałożył na wykonawcę następujące zobowiązanie:

„d. zapewnieniu zgodności Systemu ŚKUP 1.5 zarówno z obowiązującymi przepisami prawa, jak i wszelkimi normami lub standardami, w szczególności standardami bezpieczeństwa, w taki sposób, by System ŚKUP 1.5 oraz wszystkie jego komponenty były w pełni zgodne z aktualnie (w dniu dokonywania przez Zamawiającego oceny takiej zgodności na zasadach określonych w § 5 Umowy) obowiązującymi przepisami prawa, aktualnymi normami oraz standardami stanowiącymi tzw. dobre praktyki rynkowe, odnoszące się w szczególności do świadczenia usług IT, oraz bieżącego dostosowywania Systemu ŚKUP 1.5 oraz wszystkich jego komponentów do nowych lub zmieniających się wymogów wynikających z przepisów prawa, norm oraz standardów”

Podobnie sformułowane zobowiązania Zamawiający sformułował w §3 Umowy, co Odwołujący zaskarżył w pkt 2 powyżej. Nie jest wiadome Odwołującemu jaki cel przyświecał Zamawiającemu, który sformułował takie zobowiązanie po raz kolejny, jednak ze względu na wskazane w pkt 2 naruszenia, Odwołujący zmuszony jest również kwestionować przedmiotowe zobowiązanie. Zwłaszcza, że Zamawiający rozszerza zakres odpowiedzialności Wykonawcy, nie tylko o zapewnienie zgodności z przepisami prawa czy normami ale również o tzw. dobre praktyki (które nie muszą się odnosić tylko do usług IT). Odwołujący podnosi, że tak sformułowane zobowiązanie w sposób rażący narusza prawa Odwołującego i nie pozwala mu na prawidłowe oszacowanie wartości kosztów wykonania zamówienia, a więc uniemożliwia mu złożenie oferty. Zamawiający w sposób nieuzasadniony usiłuje przerzucić wszelkie ryzyko związane z szeroko rozumianą „zmianą” na wykonawcę. Takie działanie nie można uznać za prawidłowe i zgodne z przepisami prawa.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania usunięcia postanowienia §8 ust. 2 lit d Umowy, alternatywnie o nadanie mu następującego brzmienia:

*„d. zapewnieniu zgodności Systemu ŚKUP 1.5 zarówno z obowiązującymi przepisami prawa, jak i wszelkimi normami lub standardami **określonymi w SIWZ**, w szczególności standardami bezpieczeństwa, **na dzień podpisania Protokołu Odbioru Wdrożenia**, w taki sposób, by System ŚKUP 1.5 oraz wszystkie jego komponenty były w pełni zgodne z obowiązującymi przepisami prawa, aktualnymi normami oraz standardami **wskazanymi w SIWZ** oraz dostosowywania Systemu ŚKUP 1.5 oraz wszystkich jego komponentów do zmieniających się wymogów wynikających z przepisów prawa, norm oraz standardów, **jeśli Zamawiający zleci wykonanie tych usług Wykonawcy na podstawie §9 ust. 2 Umowy** .”*

4) Dotyczy §8 ust. 2 pkt h Umowy.

Zamawiający sformułował jedno z zobowiązań wykonawcy realizującego zamówienie w sposób następujący:

„h. wykonywaniu aktualizacji Systemu ŚKUP 1.5, w tym wchodzącego w jego skład Oprogramowania, Sprzętu lub usług (np. poprzez wprowadzanie do Systemu nowych metod płatniczych), także poprzez zapewnienie wykonywania upgrade'ów, a w przypadku, gdy instalacja aktualizacji lub upgrade'u wymaga wykonania zmian w Systemie ŚKUP 1.5, Wykonawca zobowiązany jest do wykonania takich zmian w ramach wynagrodzenia określonego w Umowie;”.

Powyższe zobowiązanie należy uznać za sprzeczne z przytoczonymi wyżej przepisami prawa, bowiem narzucają na wykonawcę konieczność realizacji niemożliwych do oszacowania na etapie składania ofert zobowiązań. Wykonawca nie jest w stanie określić czy i w jakim zakresie będzie konieczne wykonanie aktualizacji (np. poprzez wprowadzanie do Systemu nowych metod płatniczych), także poprzez zapewnienie wykonywania upgrade'ów.

Odwołujący podkreśla, że działanie takie stanowi naruszenie zasad współżycia społecznego, i stanowi naruszenie prawa podmiotowego albowiem nie można przerzucać na wykonawcę ciężaru osiągnięcia założonych przez Zamawiającego celów biznesowych przedsięwzięcia. Wykonawca może być obciążany jedynie za realizację przedmiotu zamówienia, w tym przypadku modernizacji określonego rozwiązania w zakresie określonym w SIWZ. W związku z powyższym Wykonawca zostaje obciążony ryzykiem wykonania niemożliwych do przewidzenia dostaw lub usług, związanych z koniecznością wykonywania aktualizacji.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania następującej zmiany treści §8 ust. 2 lit h Umowy:

*„h. wykonywaniu aktualizacji Systemu ŚKUP 1.5, w tym wchodzącego w jego skład Oprogramowania, Sprzętu lub usług (np. poprzez wprowadzanie do Systemu nowych metod płatniczych), także poprzez zapewnienie wykonywania upgrade'ów, a w przypadku, gdy instalacja aktualizacji lub upgrade'u wymaga wykonania zmian w Systemie ŚKUP 1.5, **jeśli Zamawiający zleci wykonanie tych usług Wykonawcy na podstawie §9 ust. 2 Umowy**”.*

5) Dotyczy §8 ust. 6 i 7 Umowy.

Zamawiający w sposób następujący określił zobowiązania gwarancyjne wykonawcy i wynikające z rękojmi w sposób następujący:

„6. Udzielenie przez Wykonawcę gwarancji, o której mowa w niniejszej Umowie, nie wyłącza uprawnień Zamawiającego z tytułu rękojmi dotyczącej Systemu oraz wszystkich jego poszczególnych elementów, a w szczególności wszystkich rezultatów prac, usług lub czynności Wykonawcy, w tym także Sprzętu oraz Oprogramowania (niezależnie od tego, czy zostały te elementy dostarczone Zamawiającemu w wyniku modernizacji, czy też jako elementy nowe) wchodzącego w skład Przedmiotu Umowy, na zasadach wynikających z przepisów prawa, z zastrzeżeniem, że Zamawiający jest uprawniony do skorzystania z uprawnień wynikających z rękojmi przez cały Okres Trwałości Projektu.

7. Wykonawca gwarantuje, że System oraz wszystkie jego poszczególne elementy, a w szczególności wszystkie rezultaty prac, usług lub czynności Wykonawcy, w tym także Sprzęt oraz Oprogramowanie wchodzące w skład Przedmiotu Umowy są wolne od wad zarówno fizycznych, jak i prawnych, oraz że jest kompletny, zgodny z Umową oraz uzgodnieniami Stron”

Zdaniem Odwołującego tak sformułowane zobowiązanie w sposób rażąco narusza prawa Odwołującego. Należy wskazać, że przedmiot zamówienia opisany został jako modernizacja Systemu ŚKUP i jego utrzymanie. Zamawiający odnosi się w tym postanowieniu do definicji wskazanych w §1 Umowy: pojęcia „System”, „Sprzęt” i „Oprogramowanie”. Przedmiotowe definicje w sposób bardzo szeroki i pojemny określają te pojęcia, odnosząc się do oprogramowania, sprzętu i działającego w systemie ŚKUP. Powyższe wskazuje, że Odwołujący oczekuje udzielenia pełnej gwarancji umownej, a także rękojmi wobec wszystkich elementów Systemu ŚKUP, nawet jeżeli nie będą one podlegały modernizacji lub dostawie. Takie oczekiwanie Zamawiającego jest niezgodne z prawem, bowiem Odwołujący nie jest w stanie przyjąć zobowiązania za sprzęt i oprogramowanie, które nie dostarczył lub nie zmodernizował, nie jest bowiem w stanie wycenić kosztu takiej usługi. Dotyczy to zwłaszcza odpowiedzialności z tytułu rękojmi, która co do zasady, dotyczy stosunku prawnego powstałego pomiędzy sprzedawcą a kupującym.

Z tego względu Odwołujący zmuszony jest do żądania dokonania zmiany w treści przedmiotowych postanowień w taki sposób, aby zobowiązanie zostało ograniczone w sposób wyraźny tylko do tych elementów Systemu, które będą dostarczane lub modernizowane przez Odwołującego w ramach przedmiotowego zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania następującej zmiany treści §8 ust. 6 i 7 Umowy:

*„6. Udzielenie przez Wykonawcę gwarancji, o której mowa w niniejszej Umowie, nie wyłącza uprawnień Zamawiającego z tytułu rękojmi dotyczącej Systemu oraz wszystkich jego poszczególnych elementów, a w szczególności wszystkich rezultatów prac, usług lub czynności Wykonawcy, w tym także Sprzętu oraz Oprogramowania (**dostarczonych lub zmodernizowanych przez Wykonawcę w ramach Umowy**) wchodzącego w skład Przedmiotu Umowy, na zasadach wynikających z przepisów prawa, z zastrzeżeniem, że Zamawiający jest uprawniony do skorzystania z uprawnień wynikających z rękojmi przez cały Okres Trwałości Projektu (z **wyłączeniem tych elementów które nie były dostarczane lub modyfikowane przez Wykonawcę w ramach Umowy**).*

*7. Wykonawca gwarantuje, że System oraz wszystkie jego poszczególne elementy, a w szczególności wszystkie rezultaty prac, usług lub czynności Wykonawcy, w tym także Sprzęt oraz Oprogramowanie wchodzące w skład Przedmiotu Umowy (**dostarczone lub zmodernizowane przez Wykonawcę w ramach Umowy**) są wolne od wad zarówno fizycznych, jak i prawnych, oraz że jest kompletny, zgodny z Umową oraz uzgodnieniami Stron.*

6) Dotyczy §8 ust. 10 Umowy.

Zamawiający sformułował postanowienie Umowy w sposób następujący:

*„10. Rezultaty Zamawiającego są objęte **Usługami Gwarancyjnymi i Serwisowymi** poczynwszy od dnia dokonania przez Wykonawcę ich autoryzacji, zrealizowanej zgodnie z procedurą, o której mowa w lit. a. do h. poniżej: (...)”.*

Jednocześnie w §1 Umowy Zamawiający wskazał definicję pojęcia „Rezultaty Zamawiającego” wskazując:

„Rezultaty prac lub czynności dotyczących Systemu ŚKUP 1.5, wykonanych przez Zamawiającego lub działające na jego zlecenie osoby trzecie, mogące dotyczyć zarówno

Oprogramowania, jak i Sprzętu, polegające na modyfikacji, zmianach lub ulepszeniach komponentów wchodzących w skład Systemu ŚKUP 1.5 lub też na włączeniu do Systemu ŚKUP 1.5 komponentów nowych. Rezultaty Zamawiającego stanowią Oprogramowanie Dedykowane. Rezultaty Zamawiającego wchodzi w skład Systemu ŚKUP 1.5 i stanowią jego integralną część od momentu dokonania autoryzacji, o której mowa w § 8 ust. 10 Umowy."

Dokonując analizy obu wymienionych wyżej postanowień należy wskazać, że Zamawiający oczekuje, że wykonawca obejmie pełnym zakresem Usług Gwarancyjnych i Serwisowych przewidzianym w Umowie, wszelkie prace lub czynności wykonane nie tylko przez wykonawcę realizującego zamówienie, ale także wykonane przez Zamawiającego lub działające na jego zlecenie osoby trzecie, mogące dotyczyć zarówno Oprogramowania, jak i Sprzętu. W praktyce oznacza to, że Zamawiający oczekuje, aby Wykonawca przyjął pełną odpowiedzialność co do gwarancji i serwisu za sprzęt i oprogramowanie, którego w momencie składania oferty, nie zna. Nie jest zatem wiadome Odwołującemu czy w ogóle świadczenie tych usług w zakresie dodatkowego sprzętu i oprogramowania jest możliwe, a na pewno nie jest w stanie wycenić kosztu świadczenia tych usług, nie jest również w stanie określić ryzyka związanego z takim zobowiązaniem, bowiem nie wiadomo jakie i w jakich ilościach oprogramowanie lub sprzęt ma stanowić Rezultaty Zamawiającego. Wobec powyższego więc nie jest w stanie określić wartości oferty zgodnie z zasadami sztuki i oczekiwaniami Zamawiającego, co w sposób rażąco narusza treść normy wynikającej z przepisów art. 29 ust. 1 i 2 PZP.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu usunięcie postanowienia Umowy określonego w §8 ust. 10 pkt h.

7) Dotyczy §15 ust. 14 Umowy.

Zamawiający sformułował postanowienie Umowy w sposób następujący:

„14. Zamawiający zwraca Wykonawcy zabezpieczenie należytego wykonania Umowy w wysokości jego 70% (słownie: siedemdziesięciu procent) w terminie 30 dni od dnia wykonania Przedmiotu Umowy przez Wykonawcę i uznania przez Zamawiającego za należyte wykonany, tj. podpisania Protokołu Odbioru Przedmiotu Umowy. Kwota w wysokości 30% (słownie: trzydziestu procent) pozostawiona jest na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady i zostanie zwrócona w terminie 15 (piętnastu) dni po upływie okresu rękojmi za wady Systemu ŚKUP 1.5. Okres rękojmi rozpoczyna swój bieg z momentem podpisania Protokołu Odbioru Przedmiotu Umowy”.

Odwołujący kwestionuje treść ostatniego zdania w przedmiotowym postanowieniu. Zamawiający wskazał, że „Okres rękojmi rozpoczyna swój bieg z momentem podpisania Protokołu Odbioru Przedmiotu Umowy”. Tak sformułowany termin obowiązywania rękojmi jest sprzeczny z treścią innego postanowienia Umowy - §8 ust. 6 Umowy, w którym to Zamawiający określił, że „Zamawiający jest uprawniony do skorzystania z uprawnień wynikających z rękojmi przez cały Okres Trwałości Projektu”. Zamawiający przywołuje w tym postanowieniu pojęcie zdefiniowane w §1 Umowy: „Okres Trwałości Projektu - okres czasu, w którym Wykonawca świadczy Usługi Gwarancyjne i Serwisowe, a także Usługi Rozwoju Systemu, liczony od dnia podpisania przez Zamawiającego Protokołu Odbioru Końcowego (Protokołu Odbioru

Wdrożenia) do dnia podpisania przez Zamawiającego Protokołu Odbioru Przedmiotu Umowy (Protokołu Odbioru Utrzymania). Okres Trwałości Projektu obejmuje Etap VI.”

Powyższe wskazuje, że Zamawiający w dwóch różnych miejscach Umowy w różny sposób określa termin obowiązywania rękojmi. Ma to istotne znaczenie dla określenia długości zobowiązania Odwołującego, ale także przy określaniu kosztu zabezpieczenia należytego wykonania umowy (kosztu pozyskania gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej), który w przedmiotowym postępowaniu, ze względu na wartość zamówienia, będzie miało istotne znaczenie przy wycenie takiej usługi. Koszt taki Odwołujący musi doliczyć do kosztu wykonania zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania następującej zmiany treści §15 ust. 14 Umowy:

*„14. Zamawiający zwraca Wykonawcy zabezpieczenie należytego wykonania Umowy w wysokości jego 70% (słownie: siedemdziesięciu procent) w terminie 30 dni od dnia wykonania Wdrożenia przez Wykonawcę i uznania przez Zamawiającego za należyte wykonany, tj. podpisania Protokołu Odbioru Końcowego (Protokołu Odbioru Wdrożenia). Kwota w wysokości 30% (słownie: trzydziestu procent) pozostawiona jest na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady i zostanie zwrócona w terminie 15 (piętnastu) dni po upływie okresu rękojmi za wady Systemu ŚKUP 1.5. Okres rękojmi rozpoczyna swój bieg z momentem podpisania **Protokołu Odbioru Wdrożenia**”.*

8) Dotyczy §19 ust. 2 oraz §19 ust. 4 Umowy.

Zamawiający we wskazanych postanowieniach Umowy przyporządkował sobie szerokie uprawnienia do odstąpienia od Umowy, wskazując okoliczności, które go do takiego działania uprawniają. Odwołujący kwestionuje w tym zakresie prawo Zamawiającego do odstąpienia od Umowy, jeśli zaistnienie tych okoliczności nie będzie wynikiem działania lub zaniechania Odwołującego lub zaistnienia przyczyn, które od niego zależą. Prawo do odstąpienia od Umowy winno być bowiem ostatecznym instrumentem prawnym, z którego korzysta Zamawiającego i to w przypadku rażącego naruszenia przez Wykonawcę swoich umownych obowiązków.

W obecnym stanie rzeczy umowne prawo do odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę, zostało przewidziane po zaistnieniu okoliczności, takich jak siedmiodniowe opóźnienie w wykonaniu określonych obowiązków lub identyczne zaniechanie Wykonawcy.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści §9 ust. 2 oraz 19 ust. 4 Umowy, poprzez:

- a) dodanie w każdym z przypadków, iż odstąpienie może zaistnieć „z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”.
- b) usunięcie postanowienia §19 ust. 2 lit k oraz §19 ust. 4 lit g, przewidujących prawo do odstąpienia od Umowy lub Zlecenia, w każdym przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania innych obowiązków wynikających z Umowy lub stanowiących przedmiot danego Zlecenia,
- c) określenie minimalnego terminu, którego upływanie uprawnia Zamawiającego do odstąpienia od Umowy na co najmniej „30 dni”.

9) Dotyczy §19 ust. 7 Umowy.

Zamawiający zaproponował w Umowie następujące postanowienie:

„7. W terminie 5 Dni Roboczych od dnia złożenia oświadczenia o odstąpieniu od Umowy lub Zlecenia, Wykonawca jest zobowiązany, bez prawa do dodatkowego wynagrodzenia z tego tytułu, do zabezpieczenia prac będących w toku realizacji, w taki sposób, aby nie nastąpiła ich utrata lub zniszczenie oraz do sporządzenia w formie pisemnej pod rygorem nieważności i przedstawienia Zamawiającemu szczegółowego raportu ewidencjonującego:

- a. zakres wykonanego Przedmiotu Umowy do dnia odstąpienia, w tym zakres prac będących w toku realizacji, a także zakres prac, które nie zostały wykonane, z zastrzeżeniem, że w przypadku gdy doszło do odstąpienia od Zlecenia, a nie doszło do odstąpienia od Umowy, Wykonawca jest zobowiązany przedstawić w ww. raporcie zakres prac, o których mowa w niniejszej lit. a. objętych Zleceniem, którego odstąpienie dotyczy;*
- b. okoliczności, z powodu których nastąpiło niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy lub Zlecenia przez Wykonawcę, stanowiące podstawę odstąpienia od Umowy;*
- c. sposób zabezpieczenia prac będących w toku realizacji przed ich utratą lub zniszczeniem.”*

W przedmiotowym postanowieniu Zamawiający przewidział dodatkowe obowiązki ciężące na wykonawcy realizującym zamówienie, w przypadku odstąpienia od Umowy lub Zlecenia, które wykraczają poza standardowe zobowiązania umowne wykonawcy. Należy wskazać, że przedmiotowe postanowienie dotyczy każdej sytuacji, która zachodzi po złożeniu oświadczenia o odstąpieniu od Umowy, niezależnie od strony dokonującej czynności odstąpienia. Nałożenie na Odwołującego zobowiązań, które narzucają na niego obowiązek składania raportu co do przesłanek odstąpienia, jest szczególnie szkodliwe, bowiem pozbawia wykonawcę prawa do obrony, w szczególności ochrony swoich praw na drodze sądowej. Zamawiający bowiem w ten sposób próbuje wymusić na Odwołującym złożenia oświadczenia, że odstąpienie było dokonane zgodnie z obowiązującymi przepisami i zgodnie stanem faktycznym podnoszonym przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazuje, że ograniczenie podmiotowego prawa Wykonawcy do odstąpienia od Umowy, stanowi rażące naruszenie i jest niedopuszczalne. Stanowi nie tylko potwierdzenie nadużycia prawa jakiego dopuścił się Zamawiający, ograniczając prawo do obrony swoich praw, ale samo w sobie stanowi naganny przejaw nadużycia prawa do określania warunków Umowy w oparciu o prawo do swobodnego kształtowania stosunku prawnego. Taka treść postanowienia umownego rodzi po stronie Odwołującego nadzwyczajne ryzyko, którego nie jest w stanie wycenić, a zatem prawidłowo oszacować wartości kosztu realizacji zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu usunięcie postanowienia §19 ust. 7 Umowy.

10) Dotyczy §19 ust. 18 Umowy.

Zamawiający sformułował postanowienie Umowy w sposób rażący naruszający jego prawo do odstąpienia od Umowy, ograniczając jego prawo złożenia oświadczenia o odstąpieniu do Umowy od spełnienia określonych warunków i terminów, które nie zostały przewidziane przy odstąpieniu od Umowy przez Zamawiającego. W sposób rażący narusza to zasadę równości stron i w sposób nieuzasadniony pozbawia Odwołującego do dochodzenia swoich praw przewidzianych przez ogólnie obowiązujące przepisy prawa. Zamawiający przewiduje możliwość korzystania z prawa do odstąpienia od Umowy, po upływie niewspółmiernie dłuższych terminów niż w przypadku prawa do odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego,

dotatkowo ograniczając w sposób naruszający zasadę równości stron zakazując odstąpienia ze skutkiem wstecznym i przewidując (sic!) jedynie 5 Dni Roboczych na wykonanie swojego uprawnienia.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści §19 ust.

18 Umowy w sposób następujący:

„18. Wykonawca uprawniony jest do odstąpienia od Umowy lub Zlecenia w przypadkach przewidzianych przez ogólnie obowiązujące przepisy prawa. Wykonawca uprawniony jest także do odstąpienia od Umowy lub Zlecenia gdy Zamawiający opóźnia się z zapłatą na rzecz Wykonawcy wynagrodzenia na podstawie prawidłowo wystawionej i doręczonej Zamawiającemu faktury w terminie wynikającym z niniejszej Umowy przez okres przekraczający 30 dni, a Zamawiający nie uiszczył na rzecz Wykonawcy tego wynagrodzenia pomimo skierowania przez Wykonawcę do Zamawiającego pisemnego pod rygorem nieważności wezwania do zapłaty z wyznaczeniem dodatkowych 7 dni na zapłatę oraz bezskutecznego upływu tak wyznaczonego Zamawiającemu terminu. W przypadku określonym w zd.2 niniejszego postanowienia umownego, Wykonawca jest uprawniony do odstąpienia od Umowy w terminie 90 dni, licząc od dnia, w którym bezskutecznie upłynął wyznaczony przez Wykonawcę termin.”

- 11) Dotyczy § 4 ust. 5 lit. b Załącznika III B „Umowa powierzenia przetwarzania danych osobowych”- dalej „UPPDO” oraz § 4 ust. 5 lit. b Załącznik III A „Umowa podpowierzenia przetwarzania danych osobowych” – dalej „UDPPDO”.

Zważywszy, że zarzuty sformułowane przez Odwołującego dotyczą takich samych postanowień odpowiednio Umowy powierzenia danych osobowych lub Umowy podpowierzenia danych osobowych, Odwołujący będzie jednocześnie podnosił zarzut wobec obu umów.

W §4 ust. 5 lit. b UPPDO Zamawiający wskazał :

„5. Procesor podejmuje środki zabezpieczające Dane osobowe, w szczególności obowiązany jest (...):

b) pomagać Administratorowi w wywiązywaniu się z obowiązków określonych w art. 32–36 RODO, w szczególności Procesor zobowiązuje się przekazywać Administratorowi informacje dotyczące stosowanych środków zabezpieczania Danych osobowych (...).”

W §4 ust. 5 lit. b UPPDO Zamawiający wskazał :

„5. Procesor podejmuje środki zabezpieczające Dane osobowe, w szczególności obowiązany jest (...):

b) pomagać zarówno Powierzącemu jak i Administratorowi w wywiązywaniu się z obowiązków określonych w art. 32–36 RODO, w szczególności Dalszy Przetwarzający zobowiązuje się przekazywać Powierzącemu i Administratorowi informacje dotyczące stosowanych środków zabezpieczania Danych osobowych (...).” Zamawiający bardzo ogólnie sformułował obowiązek przekazywania przez wykonawcę informacji dotyczących środków zabezpieczania danych osobowych, bez podania terminów czy wskazania innego sposobu określenia częstotliwości podawania tych informacji. Nie określił także formy przekazywania tych informacji (pisemna, elektroniczna). Dodatkowo Zamawiający opisał wymagane środki zabezpieczenia w załączniku 1 do UPPDO, stąd brak wiedzy Wykonawcy, o jakich innych dodatkowych środków zabezpieczania danych osobowych Wykonawca ma obowiązek

informować Zamawiającego. Z uwagi na to, że brak jest precyzyjnego określenia co do terminów i formy przekazywania istotnych informacji, Zamawiający będzie mógł w sposób dowolny uznać, iż nie otrzymał w stosownym czasie informacji dotyczących stosowanych środków zabezpieczania danych osobowych. Może to być przez Zamawiającego uznane jako naruszenie zasad przetwarzania danych, co zgodnie z §17 ust. 2 lit. j Wzoru Umowy, może zostać uznane za naruszenie skutkujące naliczeniem kary umownej wysokości 500 000 zł, a zgodnie z §19 ust. 2 lit. h Wzoru Umowy może być podstawą do skorzystania przez Zamawiającego z prawa do umowy od odstąpienia od Umowy.

W związku z powyższym wnoszę o nakazanie Zamawiającemu wyjaśnienie w sposób jednoznaczny i wyczerpujący pojęcia: „informacje dotyczące stosowanych środków zabezpieczania Danych osobowych”.

- 12) Dotyczy §4 ust. 5 lit. d Załącznika III B „Umowa powierzenia przetwarzania danych osobowych” – dalej : „UPPDO” oraz w §4 ust. 5 lit. d Załącznika III A „Umowa dalszego powierzenia przetwarzania danych osobowych” dalej : „UDPPDO”.

W §4 ust. 5 lit. d UPPDO Zamawiający wskazał :

„5. Procesor podejmuje środki zabezpieczające Dane osobowe, w szczególności obowiązany jest (...):

d. pomagać Administratorowi w wywiązywaniu się z obowiązku odpowiadania na żądania osób, których dane dotyczą, w zakresie wykonywania ich praw określonych w rozdziale III RODO..

W §4 ust. 5 lit. d UDPPDO Zamawiający wskazał :

“5. Dalszy Przetwarzający podejmuje środki zabezpieczające Dane osobowe, w szczególności obowiązany jest (...):

d. pomagać Powierzającemu i Administratorowi w wywiązywaniu się z obowiązku odpowiadania na żądania osób, których dane dotyczą, w zakresie wykonywania ich praw określonych w rozdziale III RODO. „

Zamawiający nie wskazał, w jaki konkretnie sposób Wykonawca oraz ewentualni Podwykonawcy mają wywiązywać się z obowiązku odpowiadania na żądania osób, których dane dotyczą. W szczególności nie określił czy Wykonawca jako Procesor oraz Dalej Przetwarzający mają podejmować bezpośrednią komunikację z podmiotami danych, czy też jedynie informować Zamawiającego (Administratora) o wpłynięciu żądania ze strony podmiotu danych, nie udzielając bez wyraźnych instrukcji Administratora żadnych wyjaśnień podmiotom danych. Należy zwrócić uwagę na to, że zgodnie z art. 28 ust. 3 lit. a RODO a także zgodnie z § 4 ust. 2 UPPDO, Procesor w ramach powierzenia ma obowiązek stosować się do wydawanych przez Administratora poleceń. Zbyt ogólne sformułowanie poleceń rodzi niebezpieczeństwo, iż Zamawiający będzie mógł uznać działanie Procesora za naruszenie zasad przetwarzania określonych w umowie, gdy arbitralnie uzna, że zamysł zapisów był inny niż zinterpretował to Wykonawca. Może to być przez Zamawiającego uznane jako naruszenie zasad przetwarzania danych, co zgodnie z §17 ust. 2 lit. j Wzoru Umowy, może zostać uznane za naruszenie skutkujące naliczeniem kary umownej wysokości 500 000 zł, a zgodnie z §19 ust. 2 lit. h Wzoru Umowy może być podstawą do skorzystania przez Zamawiającego z prawa do umowy od odstąpienia od Umowy.

W związku z powyższym wnoszę o nakazanie Zamawiającemu wyjaśnienie w sposób jednoznaczny i wyczerpujący pojęcia „pomagać Administratorowi w wywiązywaniu się z obowiązku odpowiadania na żądania osób, których dane dotyczą, w zakresie wykonywania ich praw określonych w rozdziale III RODO”, w tym w szczególności o określenie:

- a) czy Wykonawca oraz Podwykonawcy mają obowiązek informować Zamawiającego o wpłynięciu wniosku podmiotu danych, złożonego w ramach realizacji praw podmiotów określonych w rozdziale III RODO?;
- b) jeśli Wykonawca oraz Podwykonawcy mają wykonywać obowiązki Administratora w zakresie realizacji praw podmiotów danych, proszę o wskazanie (realnego) terminu rozpatrzenia wniosków.
- c) czy Wykonawca oraz Podwykonawcy mają obowiązek informować o fakcie zrealizowania żądania podmiotu danych złożonego na podstawie przepisów rozdziału III RODO a także, czy mają obowiązek przestania do Zamawiającego treści udzielonej odpowiedzi?

13) Dotyczy §5 ust. 4 Załącznik III B Umowy powierzenia danych osobowych dalej : UPPDO

Procesor zobowiązuje się do usunięcia uchybień stwierdzonych podczas audytu lub inspekcji w terminie wskazanym przez Administratora. Postanowienie to pozwala Zamawiającemu na dowolność w sformułowaniu zarówno zaleceń co do usunięcia uchybień jak i terminu wykonania tych zaleceń. Dodatkowo, Wykonawca jest pozbawiony jakiegokolwiek możliwości odniesienia się do wniosków poaudytowych, które bez możliwości odniesienia się do nich przez podmiot audytowany, mogą być sformułowane w sposób nieobiektywny.

W związku z powyższym wnoszę o nakazanie Zamawiającemu zmodyfikowanie o dodanie w §5 Załącznik III B UPPDO nowych postanowień :

„5. W terminie 7 dni roboczych od zakończenia audytu, Administrator przedstawi Procesorowi raport z przeprowadzonego audytu lub inspekcji i umożliwi mu ustosunkowanie się do zawartych w nim wniosków i zaleceń, w terminie nie krótszym niż 5 Dni Roboczych od daty doręczenia mu tego raportu.

6. Procesor zobowiązuje się do usunięcia uchybień stwierdzonych podczas audytu lub inspekcji, co do których nie wniósł uzasadnionych zastrzeżeń w terminie przewidzianym w ust. 4, w terminie uzgodnionym przez Strony nie dłuższym jednak, niż 30 dni od daty zakończenia audytu”;

14) Dotyczy §5 ust. 4 Załącznik III A Umowa podpowierzenia danych osobowych dalej : UDPPDO

Dalszy Przetwarzający zobowiązuje się do usunięcia uchybień stwierdzonych podczas audytu lub inspekcji w terminie wskazanym przez Powierzającego lub Administratora. Postanowienie to pozwala Zamawiającemu na dowolność w sformułowaniu zarówno zaleceń co do usunięcia uchybień jak i terminu wykonania tych zaleceń. Dodatkowo, Wykonawca oraz Podwykonawcy są pozbawieni jakiegokolwiek możliwości odniesienia się do wniosków poaudytowych, które bez możliwości odniesienia się do nich przez podmiot audytowany, mogą być sformułowane w sposób nieobiektywny.

W związku z powyższym wnoszę o nakazanie Zamawiającemu zmodyfikowanie o dodanie w §5 Załącznik III A UDPPDO nowych postanowień :

„5. W terminie 7 dni roboczych od zakończenia audytu, Powierzający przedstawi Dalszemu Przetwarzającemu raport z przeprowadzonego audytu lub inspekcji i umożliwi mu

ustosunkowanie się do zawartych w nim wniosków i zaleceń, w terminie nie krótszym niż 5 Dni Roboczych od daty doręczenia mu tego raportu.

6. Dalszy Przetwarzający zobowiązuje się do usunięcia uchybień stwierdzonych podczas audytu lub inspekcji, co do których nie wniósł uzasadnionych zastrzeżeń w terminie przewidzianym w ust. 4, w terminie uzgodnionym przez Strony nie dłuższym jednak, niż 30 dni od daty zakończenia audytu”.

15) Dotyczy § 6 ust. 2 Załącznik III B „Umowa powierzenia przetwarzania danych osobowych”.

Zgodnie z treścią tego postanowienia Procesor odpowiada za szkody spowodowane zastosowaniem lub nie zastosowaniem właściwych środków bezpieczeństwa. Zamawiający nie opisał precyzyjnie pojęcia „właściwe środki bezpieczeństwa”, co pozwala Zamawiającemu uzasadnić odpowiedzialność za każdą szkodę tym, że zastosowane przez Wykonawcę środki bezpieczeństwa okazały się niewłaściwe. Wykonawca nie jest w stanie określić, czy przeprowadzona przez niego analiza ryzyka zostanie uznana za wystarczająco odpowiedni dobór środków bezpieczeństwa. Dodatkowo - załącznik nr 1 do Załącznika III B precyzuje jakie środki bezpieczeństwa mają być zastosowane, w związku z czym Wykonawca nie wie, czy chodzi o wymienione w załączniku nr 1 do Załącznika III B środki, czy też o środki bezpieczeństwa, które Procesor zastosował na bazie analizy ryzyka przeprowadzonej dla procesów przetwarzania związanych z powierzonymi danymi.

W związku z powyższym wnoszę o nakazanie Zamawiającemu zmodyfikowanie zapisu § 6 ust. 2 Załącznik III B Umowa powierzenia przetwarzania danych osobowych poprzez doprecyzowanie zapisów i nadanie im brzmienia:

„6. Procesor odpowiada za szkody spowodowane zastosowaniem lub nie zastosowaniem właściwych środków bezpieczeństwa, których zastosowanie wynikało z załącznika nr 1 oraz z analizy ryzyka przeprowadzonej przez Procesora dla procesów przetwarzania związanych z powierzonymi danymi.”

16) Dotyczy § 6 ust. 2 Załącznik III A „Umowa dalszego powierzenia przetwarzania danych osobowych”.

Zgodnie z treścią tego postanowienia Dalej Przetwarzający odpowiada za szkody spowodowane zastosowaniem lub nie zastosowaniem właściwych środków bezpieczeństwa. Zamawiający nie opisał precyzyjnie pojęcia „właściwe środki bezpieczeństwa”, co pozwala Zamawiającemu uzasadnić odpowiedzialność za każdą szkodę tym, że zastosowane także przez Podwykonawcę środki bezpieczeństwa okazały się niewłaściwe. Wykonawca nie jest w stanie określić także wobec Podwykonawcy, czy przeprowadzona przez niego analiza ryzyka zostanie uznana za wystarczająco odpowiedni dobór środków bezpieczeństwa. Dodatkowo - załącznik nr 1 do Załącznika III A precyzuje jakie środki bezpieczeństwa mają być zastosowane, w związku z czym Wykonawca nie wie, czy należy wymagać od Podwykonawcy środków wymienionych w załączniku nr 1 do Załącznika III A, czy też należy wymagać jeszcze innych środków bezpieczeństwa, które Podwykonawca może zastosować na bazie analizy ryzyka przeprowadzonej dla procesów przetwarzania związanych z powierzonymi danymi.

W związku z powyższym wnoszę o nakazanie Zamawiającemu zmodyfikowanie zapisu § 6 ust. 2 Załącznik III A Umowa podpowierzenia przetwarzania danych osobowych poprzez doprecyzowanie zapisów i nadanie im brzmienia:

„6. Dalszy Przetwarzający odpowiada za szkody spowodowane zastosowaniem lub niezastosowaniem właściwych środków bezpieczeństwa, których zastosowanie wynikało z

załącznika nr 1 oraz z analizy ryzyka przeprowadzonej przez Dalszego Przetwarzającego dla procesów przetwarzania związanych z powierzonymi danymi.”

5. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 PZP w związku z art. 471 i 472 Kodeksu cywilnego poprzez niejednoznaczne określenie zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawców, w tym wprowadzenie do wzoru umowy kar umownych za opóźnienie, co w konsekwencji może prowadzić do braku wyceny wszystkich istotnych elementów oferty, w tym ryzyk związanych z realizacją umowy Odwołujący podnosi, co następuje.

- 1) Dotyczy uprawnienia naliczenia kar umownych za „opóźnienie”, a nie za „zwłokę”.

Zamawiający w §17 Umowy ustalił kary umowne za „opóźnienie” w wykonaniu określonych czynności lub zaistnieniu określonych zdarzeń przewidzianych w ramach realizacji zamówienia publicznego. Odwołujący pragnie wskazać, że przewidziane przez Zamawiającego kary umowne za opóźnienie w realizacji umowy (w tym w wykonaniu zamówienia, poszczególnych jego elementów, usunięcie wad, itd.) potęgują niepewność wykonawcy i uniemożliwiają rzetelną kalkulację oferty. Wprowadzenie do wzoru umowy w zakresie kar umownych pojęcia „opóźnienia” oznacza, że wykonawca będzie odpowiedzialny za nie dochowanie terminów realizacji zamówienia, niezależnie od tego jakie będą tego przyczyny. Również w sytuacji, gdy opóźnienie wynikać będzie z przyczyn niezależnych od wykonawcy, a nawet z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Tymczasem wykonawca nie ma zwykle żadnego wpływu na okoliczności zewnętrzne oraz na czynności Zamawiającego. Nie sposób zatem przyjąć, aby wykonawca ponosił odpowiedzialność za zdarzenia pozostające poza jego kontrolą. Wykonawca zobowiązany jest zrealizować umowę przy zachowaniu należytej staranności i powinien odpowiadać wobec Zamawiającego w przypadku niedochowania tej staranności. Wykonawca nie może przejąć na siebie odpowiedzialności za dochowanie terminu realizacji niezależnie od jakichkolwiek okoliczności, zwłaszcza w sytuacji, gdy termin ten jest określony datą kalendarzową co oznacza, że składając ofertę wykonawca nie będzie miał nawet świadomości jakim okresem czasu będzie faktycznie dysponował na realizację zobowiązań określonych w Umowie.

W tym zakresie adekwatne staje się przywołanie orzecznictwa:

1. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 stycznia 2013 r. sygn. akt. KIO 78/13, w którym Izba zważyła: „Natomiast rację należy przyznać odwołującemu, że zamawiający przewidział karę umowną za niewykonanie, lub nienależyte świadczenie usługi, co koresponduje z postanowieniami art. 483 kc stosowanym przez art. 14 ustawy. Zgodnie zaś z art. 471 kc odpowiedzialność odszkodowawcza dłużnika z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania dotyczy okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność, a zgodnie z art. 472 kc dłużnik odpowiedzialny jest za zachowanie należytej staranności. Wprawdzie, zgodnie z art. 473 § 1 kc dłużnik może przyjąć na siebie odpowiedzialność rozszerzoną na okoliczności, za które z mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi, jednak, że zamawiający powinien wówczas przewidzieć we wzorze umowy okoliczności, za które dłużnik odpowiada, pomimo tego, że nie ponosi za nie odpowiedzialności. Tym samym Izba stoi na stanowisku, że zamawiający przed określeniem kary za opóźnienie powinien był określić, że wykonawca za opóźnienie w realizacji określonych czynności na mocy przyszłej umowy o zamówienie publiczne będzie odpowiadał. W tej sytuacji Izba uważa, że wobec braku postanowień rozszerzających odpowiedzialność wykonawcy z tytułu przedmiotowej

umowy brak było podstaw do określenia obciążenia wykonawców karą umowną za opóźnienie. W ocenie Izby rację ma odwołujący, że przy brak odmiennego od postanowień KC uregulowania pojęć niewykonania lub nienależytego wykonania umowy na gruncie umowy o zamówienie publiczne, zastrzeżenie kary umownej wykracza poza art. 483 kc. Z tego względu Izba uznała, że wykonawcy powinni ponosić odpowiedzialność w postaci ryzyka zapłaty kar umownych wyłącznie za zwłokę w realizacji określonych niepieniężnych obowiązków umownych. W ocenie izby działanie zamawiającego narusza w tym zakresie art. 7 ust 1 PZP, gdy prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji poprzez niejednoznaczny zakres odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawców, co w konsekwencji może prowadzić do braku wyceny wszystkich istotnych elementów oferty, w tym ryzyk związanych z realizacją kontraktu. Z tego względu Izba uznała, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust 1 ustawy poprzez określenie w § 7 pkt 2 i 3 oraz § 10 ust. 1 pkt 2 i 3 wzoru umowy kar umownych za opóźnienie."

2. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lipca 2014 roku sygn. KIO 1338/14, 1377/14, w którym Izba stwierdziła:

„Co do zarzutu 24. - i w tym przypadku Izba uznała słuszność argumentacji odwołującego i nakazała zmianę w § 11 ust. 1 pkt 2 i 3 wzoru umowy dla części I zamówienia określenia "opóźnienie" na "zwłoka". Należy zauważyć po pierwsze, że kara umowna należy się za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy (art. 483 i nast. Kodeksu cywilnego), a więc tradycyjnie za zwłokę, a nie każde opóźnienie w wykonaniu umowy."

Co prawda Zamawiający wskazuje w §17 ust. 8 Umowy, że odpowiedzialność wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania niniejszej Umowy ponosi wykonawca, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy następuje na skutek okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, ale jednocześnie Zamawiający tak szeroko określa zakres zobowiązania wykonawcy, że to ograniczenie ma charakter fasadowy i w praktyce odpowiedzialność wykonawcy sprowadza się do każdego naruszenia postanowień Umowy niezależnie od tego czy nastąpiło ono z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Zatem, zdaniem Odwołującego, konieczne jest nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany pojęcia „opóźnienie” na pojęcie „zwłoka”.

Z uwagi na fakt, że postanowienia w §17 ust. 2 lit t, v, x, y, z, cc, dd nie zawierają pojęcia „opóźnienie”, ale przewiduje karę umowną za niedotrzymanie umownego warunku nie wskazując, że owo niedotrzymanie warunku ma nastąpić z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, Odwołujący wnosi o dodanie w treści każdego ze wskazanych wyżej postanowień Umowy sformułowania „z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”.

- 2) Dotyczy §17 ust. 2 lit k Umowy.

Zamawiający przewidział w przedmiotowym postanowieniu możliwość naliczenia kary umownej w sposób następujący:

„h. za naruszenie zasad dotyczących ochrony Informacji Poufnych polegające na ujawnieniu lub wykorzystaniu przez Wykonawcę Informacji Poufnych w sposób niezgodny z niniejszą Umową lub przepisami prawa, lub też w sposób stanowiący czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j.: Dz. U. z 2020 r., poz. 1913) – w wysokości 500 000 zł (słownie: pięćset tysięcy złotych) za każdy przypadek ww. naruszenia;”

Zdaniem Odwołującego tak skonstruowana kara umowna oraz przewidziana za nie sankcja w postaci kary umownej jest rażącym naruszeniem prawa Odwołującego i jest rażąco wysoka. Zamawiający przewiduje bowiem sankcję umowną za każde ujawnienie lub wykorzystaniu informacji poufnych, nawet nie każdy przypadek naruszenia ma taki sam charakter i będzie powodował negatywne konsekwencje dla Zamawiającego np. w postaci szkody. Tymczasem, ze przedmiotowego postanowienia Umowy można wnioskować, że np. nawet przypadkowe wysłanie do osoby nieupoważnionej e-maila zawierającego nieistotną informację (która bez odpowiedniej wiedzy lub kontekstu będzie bezwartościowa), już będzie kwalifikowane jako przypadek naruszenia i powodować będzie możliwość nałożenia na Wykonawcę kary umownej w wysokości 500 000 zł. Nieuzasadnione zatem wydaje się nałożenie tak wysokiej kary umownej za każdy przypadek naruszenia, bez powiązania go z jakimikolwiek dodatkowymi kryteriami a także wysokość kary.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania następującej zmiany treści §17 ust. 2 lit k:

„k. za naruszenie zasad dotyczących ochrony Informacji Poufnych polegające na ujawnieniu lub wykorzystaniu przez Wykonawcę Informacji Poufnych w sposób niezgodny z niniejszą Umową lub przepisami prawa, lub też w sposób stanowiący czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j.: Dz. U. z 2020 r., poz. 1913) – w wysokości 5 000 zł (słownie: pięć tysięcy złotych) za każdy przypadek ww. naruszenia, za wyjątkiem sytuacji gdy naruszeń, w których ujawnienie takich danych nie skutkowało ich upublicznieniem, zaś podjęte przez Zleceniobiorców działania spowodowały, że podmiot, który nie był uprawniony do uzyskania tych danych, zwrócił je lub usunął i nie jest już w posiadaniu tych danych, w którym to przypadku kara umowna nie będzie należna;”

3) Dotyczy §17 ust. 2 lit j Umowy.

Zamawiający przewidział w przedmiotowym postanowieniu możliwość naliczenia kary umownej w sposób następujący:

„j. za niezgodne z przepisami prawa lub niniejszą Umową, w tym Załącznikiem nr III A [Umowa podpowierzenia przetwarzania danych osobowych] lub Załącznikiem nr III B [Umowa powierzenia przetwarzania danych osobowych] przetwarzanie danych osobowych, w szczególności polegające na naruszeniu ich bezpieczeństwa, poufności, integralności lub dostępności ochrony danych osobowych – w wysokości 500 000 zł (słownie: pięćset tysięcy złotych) za każdy przypadek ww. naruszenia; jednakże w przypadku, gdy w wyższej wysokości niż ww. kara umowna została nałożona na Zamawiającego administracyjna kara pieniężna lub Zamawiający poniósł inne koszty, w tym koszty związane z zaspokojeniem roszczeń osoby, która doznała naruszenia w wyniku ww. niezgodnego z przepisami prawa lub niniejszą Umową przetwarzania danych osobowych przez Wykonawcę, Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty w wysokości wszelkich kosztów (w tym odszkodowań lub administracyjnych kar pieniężnych) poniesionych przez Zamawiającego w związku z ww. naruszeniem”.

Zdaniem Odwołującego tak skonstruowana kara umowna oraz przewidziana za nie sankcja w postaci kary umownej jest rażącym naruszeniem prawa Odwołującego i jest rażąco wysoka.

Zamawiający w §17 ust. 2 lit. j Umowy ustalił kary umowne za niezgodne z przepisami prawa lub Umową przetwarzanie danych osobowych, w szczególności polegające na naruszeniu ich bezpieczeństwa, poufności, integralności lub dostępności ochrony danych osobowych, ustalając bardzo wysoką karę umowną w wysokości 500.000, 00 zł (słownie: pięćset tysięcy złotych) za „każdy przypadek naruszenia”. Odwołujący pragnie wskazać, że przewidziane przez Zamawiającego kary umowne za każdy przypadek naruszenia potęgują niepewność wykonawcy i uniemożliwiają rzetelną kalkulację oferty. Zgodnie z art. 4 pkt 12 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (dalej: RODO), naruszenie ochrony danych osobowych oznacza naruszenie bezpieczeństwa prowadzące do przypadkowego lub niezgodnego z prawem zniszczenia, utracenia, zmodyfikowania, nieuprawnionego ujawnienia lub nieuprawnionego dostępu do danych osobowych przesyłanych, przechowywanych lub w inny sposób przetwarzanych. Poprzez naruszenie bezpieczeństwa należy zatem rozumieć każde zdarzenie, w których organizacyjne lub techniczne środki bezpieczeństwa okażą się zawodne. Przepisy RODO wprowadzają jednak pewną gradację naruszeń i nie kwalifikują wszystkich przypadków naruszenia jako tych, które z uwagi na rozmiar, charakter czy konsekwencje dla podmiotów danych powodują konieczność ich notyfikacji do Organu Nadzorczego albo informowania o tych zdarzeniach osób, których dane dotyczą. Art. 33 ust. 1 RODO przewiduje bowiem, iż w sytuacji, gdy jest mało prawdopodobne, iż naruszenie skutkować będzie ryzykiem naruszenia praw i wolności osób fizycznych (podmiotów danych), administrator nie musi dokonywać takiego zgłoszenia do Organu Nadzorczego. **Zatem sam ustawodawca założył, iż nie każdy przypadek naruszenia ma taki sam charakter i będzie powodował negatywne konsekwencje np. w postaci szkody.** Tymczasem, ze przedmiotowego postanowienia Umowy można wnioskować, że np. nawet przypadkowe wysłanie do osoby nieupoważnionej e-maila zawierającego tylko imię i nazwisko osoby, której dane powierzono, już będzie kwalifikowane jako przypadek naruszenia i powodować będzie możliwość nałożenia na Wykonawcę kary umownej w wysokości 500 000 zł. Nieuzasadnione zatem wydaje się nałożenie tak wysokiej kary umownej za każdy przypadek naruszenia, bez powiązania go z jakimikolwiek dodatkowymi kryteriami.

Odwołujący wnosi zatem o nakazanie Odwołującemu usunięcia przedmiotowego postanowienia i dodania w zamian postanowienia o następującej treści:

„W przypadku, gdy w związku z niezgodnym z przepisami RODO przetwarzaniem danych osobowych powierzonych Wykonawcy, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, wobec Zamawiającego zostanie wytoczone przez podmiot danych postępowanie sądowe, zgodnie z art. 79 RODO, Wykonawca zobowiązany będzie do udzielenia Zamawiającemu wszelkiego wsparcia w takim postępowaniu sądowym, a także do przejęcia odpowiedzialności w przypadku przyznania podmiotowi danych odszkodowania w takim postępowaniu - w wysokości odpowiadającej równowartości przyznanego odszkodowania lub kosztów zadośćuczynienia wraz z kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego, pod warunkiem, że Zamawiający zawiadomi Wykonawcę o toczącym się postępowaniu sądowym i wezwie go do wzięcia w nim udziału, w terminie umożliwiającym wstąpienie Wykonawcy do procesu, a także, gdy Zleceniodawca podejmie wszelkie uzasadnione działania, zmierzające do oddalenia powództwa albo zmniejszenia roszczenia. Koszty o których mowa w zdaniu poprzedzającym zostaną zwrócone w terminie 30 dni od dnia otrzymania pisemnego żądania Zamawiającego wskazującego ich wysokość oraz oznaczenie orzeczenia sądowego z którego wynikają.”

Powyższa zmiana w pełni zabezpieczy interes Zamawiającego w przypadku naruszenia przez Wykonawcę przepisów RODO, a jednocześnie pozwoli Odwołującemu na właściwe oszacowanie ryzyka i złożenie oferty.

4) Dotyczy §17 ust. 2 lit. q Umowy.

Zamawiający przewidział w przedmiotowym postanowieniu możliwość naliczenia kary umownej w sposób następujący:

„q. za naruszenie przez Wykonawcę zobowiązania określonego w § 19 ust. 18 Umowy poprzez odstąpienie od Umowy na innej podstawie aniżeli wskazana w § 19 ust. 18 Umowy – w wysokości 10 % (słownie: dziesięć procent) wartości wynagrodzenia brutto określonego w § 14 ust. 1 zd. 1 Umowy”;

Odwołujący powyżej wykazał, że ograniczenie podmiotowego prawa Wykonawcy do odstąpienia od Umowy, stanowi rażące naruszenie i jest niedopuszczalne. Dodatkowe przewidziane w przedmiotowym postanowieniu prawo do naliczenia kary umownej ograniczające legalną możliwość rozwiązania Umowy przez Wykonawcę, stanowi nie tylko potwierdzenie nadużycia prawa jakiego dopuścił się Zamawiający, ograniczając prawo do odstąpienia przez Wykonawcę od Umowy, ale samo w sobie stanowi naganny przejaw nadużycia prawa do określania warunków Umowy w oparciu o prawo do swobodnego kształtowania stosunku prawnego. Taka treść postanowienia umownego rodzi po stronie Odwołującego nadzwyczajne ryzyko, którego nie jest w stanie wycenić, a zatem prawidłowo oszacować wartości kosztu realizacji zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu usunięcie postanowienia §17 ust. 2 lit. q Umowy.

5) Dotyczy §17 ust. 9 Umowy.

We Wzorze Umowy Zamawiający wskazał limitu odpowiedzialności z tytułu kar umownych t do wysokości wynagrodzenia brutto określonego w §14 ust. 1 zd. 1 Umowy. W ocenie Odwołującego łączna suma kar umownych określonych w określonych w §17 ust. 9 Umowy ma charakter rażąco wygórowany, prowadząc do tego, że obciążenie wykonawcy jest nieadekwatne, a kara umowna nie służy kompensacji szkody powstałej u Zamawiającego, a zbliża tak ukształtowane kary umowne do mechanizmu służącego jego nieuzasadnionemu wzbogaceniu. W tym kontekście Odwołujący podnosi, że w ramach orzecznictwa sądów powszechnych podkreśla się, że wysokość nałożonych kar umownych nie może przekraczać wysokości należnego wynagrodzenia, a w sytuacji, w której wysokość kar w stosunku do wartości całego zobowiązania oscyluje w granicach kilkudziesięciu procent wartości Umowy, sądy uznają je za nadmierną dolegliwość, świadczącą o ich niewspółmierności w rozumieniu art. 484 § 2 Kc. W orzecznictwie wskazuje się również, że roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od Umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od Umowy (tak wyrok SN z dn. 14.06.2018 r., sygn. akt V CSK 534/17), co prowadzi do wniosku, że limit kar za opóźnienia nie powinien przekraczać wysokości kary ustanowionej na wypadek odstąpienia od Umowy, która w przedmiotowym przypadku wynosi 10%.

Odwołujący podkreśla, że wprowadzenie limitu kar jest obecnie powszechnym działaniem wśród zamawiających publicznych, a limit tych kar określany jest na poziomie zrównanym z poziomem kary umownej przewidzianej na wypadek odstąpienia od Umowy.

Konieczność ograniczenia odpowiedzialności wykonawcy z tytułu kar umownych jest w pełni uznawane w orzecznictwie KIO. Dla przykładu w wyroku z 18.08.2020 r. (sygn. akt 1829/20, 1834/20) KIO stwierdziła, że:

„W ocenie Izby określenie limitu kar umownych na poziomie 100% wartości przedmiotu zamówienia w praktyce oznacza brak jakiegokolwiek limitu kar - z przyczyn określonych w § 29 Wzoru Umowy Zamawiający zastrzegł sobie uprawnienie do hipotetycznego pozbawienia wykonawcy całego wynagrodzenia z tytułu realizacji zadania. Wskazać przy tym należy, że zgodnie z § 29 ust. 1 pkt 12 wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w razie odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w wysokości 10% ceny brutto. Trudno w tej sytuacji uznać, że wykonawca mający świadomość, że kara za odstąpienie od umowy wynosi 10% ceny brutto, w obliczu wystąpienia istotnych trudności z prawidłową realizacją przedmiotu zamówienia czekał, aż Zamawiający w oparciu o § 29 ust. 4 Wzoru Umowy całkowicie pozbawi go wynagrodzenia. W efekcie uznać należy, że faktyczny limit kar umownych nie został określony.” I dalej: „Limit taki jest wystarczająco dotkliwy dla wykonawcy, ale też w należyty sposób zabezpiecza prawa Zamawiającego. Określenie realnego limitu kar umownych pozwala przy tym wykonawcom zainteresowanym udziałem w postępowaniu na prawidłowe skalkulowanie ryzyk w cenach ofert.”

Odwołujący wnosi o modyfikację §17 ust. 9 Umowy przez nadanie zdaniu drugiemu postanowienia następującego brzmienia:

"9. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za szkody poniesione przez Zamawiającego lub osoby trzecie w związku z realizacją Przedmiotu Umowy przez Wykonawcę na zasadach określonych w niniejszym § 17. Odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania niniejszej Umowy, ograniczona jest do wysokości wynagrodzenia brutto określonego w § 14 ust. 1 zd. 1 Umowy, a wysokość kar umownych ograniczona jest do 10% wynagrodzenia brutto określonego w § 14 ust. 1 zd. 1 Umowy. (...)"

Na koniec Odwołujący wskazuje, że formułując zarzuty w każdym przypadku odnosił się do normy wynikającej z przepisu art. 29 ust. 2 PZP. Dlatego w tym zakresie pragnie dodatkowo podkreślić, że użyty w treści tego przepisu zwrot „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie Zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Na powyższe wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Oprócz powołanego powyżej wyroku KIO 694/13 wskazać można w tym zakresie choćby na wyrok KIO z 30 grudnia 2010r., sygn. akt 2729/10, zgodnie z którym: „treść art. 29 ust. 2 ustawy stanowi, iż do naruszenia normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie dochodzi już przypadku utrudnienia konkurencji, nie zaś jedynie wówczas jeżeli skutek dokonania opisu przedmiotu zamówienia dochodzi do jej całkowitego wyeliminowania. Utrudnianie konkurencji

nie polega wszakże na całkowitej eliminacji wszystkich producentów, dostawców lub dystrybutorów poza jednym, jak również wszystkich urządzeń, technologii lub rozwiązań poza jednym. Literalna wykładnia normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie wskazuje, iż nieuzasadnione utrudnianie konkurencji (wobec określonego i równouprawnionego do udziału w rynku wykonawcy lub oferowanego produktu) prowadzi do wypełnienia hipotezy normy prawnej wyrażonej w art. 29 ust. 2 ustawy".

Odwołujący w niniejszym odwołaniu wykazał liczne wady, które zawiera SIWZ, uniemożliwiające mu rzetelne i prawidłowe wycenienie kosztów realizacji zamówienia publicznego. Wymagana dla wykonawców ubiegających się o zamówienie w ramach procedur opisanych w PZP, wymaga od Odwołującego, realizacji swoich obowiązków przy uwzględnieniu wzorca profesjonalnego wykonawcy. Dlatego Odwołujący w celu obrony swoich interesów zmuszony został do złożenia odwołania, bowiem straciłby możliwość powoływania się na niejasności treści SIWZ lub brak odpowiednich informacji w dokumentacji przetargowej. Potwierdza to liczne orzecznictwo KIO, dla przykładu – orzeczenie z 05.02.2019 r. (sygn. KIO 82/19), w którym stwierdzono: „*W odniesieniu do ewentualnych - pozornych bądź rzeczywistych - wątpliwości co do treści bądź zakresu stawianych przez zamawiającego wymogów, wykonawcy mają prawo zwrócić się do zamawiającego w trybie art. 38 ustawy - Prawo zamówień publicznych o ich wyjaśnienie. W przypadku podmiotu profesjonalnego, jakim jest przedsiębiorca działający na rynku, uprawnienie, o którym mowa w art. 38 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych przeradza się - przez pryzmat zasady zachowania należytej staranności w profesjonalnym obrocie - w obowiązek wykonawcy. Wykonawca, który wątpliwości co do treści SIWZ nie wyjaśni, utraci możliwość powoływania się z korzyścią dla siebie na te okoliczności niezależnie od tego, jak zostały by one rozstrzygnięte, gdyby faktycznie wystąpiły.*”

W związku z powyższym wnioskuję jak w petitum.

W imieniu Odwołującego:

.....

W załączeniu:

1. Pełnomocnictwo obejmujące możliwość złożenia przedmiotowego odwołania wraz z dowodami wniesienia opłaty skarbowej;
2. Odpis KRS Odwołującego;
3. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
4. Dowód doręczenia odwołania Zamawiającemu (do wiadomości Prezesa KIO).