

WYROK
z dnia 24 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 19 stycznia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 3 stycznia 2022 r. przez **wykonawcę Enigma Systemy Ochrony Informacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jutrzenki 116** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Skarb Państwa – Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, ul. Energetyki 4**

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów (zgodnie z numeracją przyjętą w odwołaniu): III.B.2, III.B.3, III.C, III.D.1, III.D.2, III.D.3, III.D.5 i III.D.6, w pozostałym zakresie oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Enigma Systemy Ochrony Informacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jutrzenki 116** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Enigma Systemy Ochrony Informacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jutrzenki 116** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **wykonawcę Enigma Systemy Ochrony Informacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jutrzenki 116** na rzecz **zamawiającego – Skarb Państwa – Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, ul. Energetyki 4** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na „Utrzymanie oraz modyfikację systemu Portal Informacyjny Sądów Powszechnych” zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 grudnia 2021 r. pod numerem 2021/S 248-656687.

W dniu 22 grudnia 2021 r. zamawiający zamieścił specyfikację warunków zamówienia (SWZ).

W dniu 3 stycznia 2022 r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 30 grudnia 2021 r. udzielonego przez prezesa zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych dołączonej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 3 stycznia 2022 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że w toku przedmiotowego postępowania naruszył przepisy:

a) art. 16 pkt 1), 2) oraz 3) ustawy w zw. z art. 17 ust. 2 oraz 3 ustawy W' zw. z art. 112 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4) ustawy w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy przez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz ograniczający konkurencję, w zakresie w jakim zamawiający w ww. warunku wskazał, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który:

„w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), zrealizował (wykonał) lub - w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych - nadal realizuje (wykonuje) w sposób należyty co najmniej:

- jedno zamówienie (rozumiane jako jedna umowa), które trwało co najmniej 24 miesiące, o wartości nie mniejszej niż 250 brutto miesięcznie (słownie: dwieście pięćdziesiąt tysięcy złotych brutto), którego przedmiotem była/jest usługa utrzymaniowa polegająca na pozostawaniu w gotowości serwisowej i gwarantowanego SLA dla błędów oraz obsługi za pomocą portalu WWW, rozpoznawaniu przyczyn i usuwaniu błędów oraz skutków błędów, rozpoznawaniu skutków awarii oraz przygotowanie i wdrażanie poprawek dla systemu teleinformatycznego:

i. posiadającego co najmniej: 5 000 użytkowników wewnętrznych, 100 000 użytkowników zewnętrznych, 50 000 000 dokumentów (plików dowolnego typu),

- ii. działającego w części lub w całości w sieci Internet,
- iii. posiadającego publiczne API,
- iv. działającego w trybie HA (wysoka dostępność). ”

(Pkt VII. 1.2) lit. a) tiret 2 SWZ);

b) art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nadmierny, zbyt rygorystyczny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także naruszający uczciwą konkurencję, w zakresie, w jakim zamawiający wskazał, że:

za Błąd importu danych źródłowych rozumie się „brak lub błąd importu danych z systemu źródłowego w szczególności wynikający z: - błędu, braku lub nieaktualnej wersji usługi uruchamiającej importy danych, - braku uprawnień użytkownika systemowego do uruchamiania usługi uruchamiającej importy danych, - braku uprawnień użytkownika systemowego do zasobów dyskowych koniecznych do działania usługi uruchamiającej importy danych i samych importerów danych, - błędów, braku lub nieaktualnej wersji aplikacji importerów (np. Dossier, Eprotokół, SMIPi) - uszkodzeń lokalnych baz importerów lub API, - błędnych zmian lub ustawień w konfiguracji lokalnej lub centralnej, - ograniczenia lub braku dostępu do baz danych SRB i wspomagających sekretariaty sądowe (np. CAPE, CRCS/RCS), jeśli systemy te będą wykorzystywane do zasilania Systemu. z ograniczenia lub braku dostępu do zasobów dyskowych z nagraniami i dokumentami”, a czas usunięcia ww. Błędu to 48 godzin od wystąpienia pierwszego ze zdarzeń: „- zidentyfikowania braku lub błędu importu (za pomocą informacji pochodzących z monitoringu wykonawcy lub zamawiającego, logów lub istniejących narzędzi Systemu w tym w szczególności SMIPi) lub - daty zgłoszenia przez zamawiającego lub Użytkownika Końcowego” - pkt 4.8.3 OPZ poz. 4 tabeli definicja Błędu importu danych źródłowych;

2. kategoryzuje Zgłoszenia na formularzu zgłoszenia zgodnie z kwalifikacją określoną w tabeli zawierającej rodzaje kwalifikacji Zgłoszeń (pkt 4.6.3.). Zamawiający ma prawo podnieść priorytet każdego Zgłoszenia ze względu na ważny interes Użytkowników, wydajność i bezpieczeństwo Systemu. Po zmianie kategorii Zgłoszenia, jego sposób realizacji określany jest przez nową kategorię Zgłoszenia, a czas realizacji w przypadku zmiany kategorii na wyższą liczony jest od momentu poinformowania wykonawcy o zmianie kategorii w Systemie Zgłoszeniowym (pkt 4.8.4 ppkt 3 i 4 OPZ);

3. „Cenę oferty należy wskazać na formularzu ofertowym (załącznik nr 3 do SWZ), z uwzględnieniem podziału procentowego ceny. Oferta niespełniająca podziału procentowego, będzie podlegać odrzuceniu jako sprzeczna z treścią SWZ” (pkt XV. 3 SWZ), a w Załączniku nr 3 do SWZ Formularzu ofertowym (kolumna 2 tabeli) wskazano wartości procentowego

podziału wartości wynagrodzenia za poszczególne zakresy, których wykonawca powinien przestrzegać;

c) art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy w zw. z art. 433 pkt 4 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty w zakresie, w jakim zamawiający wskazał, że łączna maksymalna liczba Modyfikacji możliwych do zlecenia wykonawcy wynosi 40 000 roboczogodzin (pkt 4.9.1 OPZ, 11.1.2) SWZ oraz par. 1 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy) - bez dookreślenia minimalnej ilości roboczogodzin, jaka będzie wykorzystana przez zamawiającego na etapie realizacji umowy;

d) art. 353 1 w. zw. z art. 5 oraz art. 487 par 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 99 ust. 1 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1), 2) oraz 3) ustawy oraz art. 8 ust. ustawy przez sporządzenie obowiązującego w postępowaniu wzoru umowy, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego w zakresie, w jakim w:

1. par 9 ust. 3 wzoru umowy wskazano: „Łączna maksymalna wysokość kar umownych naliczonych zgodnie z postanowieniami ust. 1 i ust. 2, nie może przekroczyć 100% wynagrodzenia, o którym mowa w par 5 ust. 1 umowy”;

2. par. 9 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy wskazano, że wykonawca zapłaci następującą karę umowną: „przy braku informowania bez zbędnej zwłoki zamawiającego, w formie pisemnej, o wszelkich zagrożeniach, przeszkodach, czy utrudnieniach powstałych w toku wykonywania Usług, które mogą mieć wpływ na realizację umowy, oraz do poinformowania o proponowanych sposobach obsługi tych ryzyk wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 1.000,00 zł (słownie: tysiąc złotych 00/ 100) za każde uchybienie”;

3. par. 9 ust. 1 pkt 26), 43)-47) wzoru umowy - określające kary umowne za brak dotrzymania obowiązków związanych z ochroną przetwarzania danych osobowych w sposób niejednoznaczny oraz nadmierny,

4. par. 10 ust. 3 wzoru umowy wskazano na swobodne uprawnienie do wypowiedzenia umowy przez zamawiającego: „Po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy, zamawiający jest uprawniony do rozwiązania umowy z zachowaniem jednomiesięcznego okresu wypowiedzenia.

Rozwiązanie umowy nie wyłącza odpowiedzialności wykonawcy z tytułu udzielonej gwarancji na wykonane Usługi wsparcia technicznego i serwisu oraz odebrane Modyfikacje”;

5. par. 10 ust. 2 pkt 1 wzoru umowy wskazano na możliwość wypowiedzenia umowy z następującej przyczyny: „wykonawca naruszył trzykrotnie którekolwiek ze swoich zobowiązań wynikających z przepisów prawa lub z treści umowy i nie zaprzestał naruszeń w terminie, nie krótszym niż trzy Dni robocze, wyznaczonym przez zamawiającego. Wezwanie musi być dokonane w formie pisemnej”;

6. par 5 ust. 7-13 Ogólnych Warunków Umowy (Załącznik nr 2 do wzoru umowy), zgodnie z którymi zamawiający wymaga do rozliczenia z wykonawcą przedkładania przez wykonawcę oświadczenia podwykonawcy o dokonaniu zapłaty należnego mu wynagrodzenia, jak również zamawiający ustalił warunki płatności bezpośredniej na rzecz podwykonawców, mimo że w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z rodzajem umowy na roboty budowlane.

Wniósł wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu zmodyfikowania treści SWZ oraz załączników do SWZ:

Dokonanie modyfikacji warunku udziału w postępowaniu z pkt VII. 1 .2) lit. a) tiret 2 SWZ w następujący sposób:

„- jedno zamówienie (rozumiane jako jedna umowa),. które trwało co najmniej 24 miesięcy, o wartości nie mniejszej niż 250 000,- zł brutto miesięcznie (słownie: dwieście pięćdziesiąt tysięcy złotych brutto), którego przedmiotem była/jest usługa utrzymaniowa polegająca na pozostawaniu w gotowości serwisowej i gwarantowanego SLA dla błędów oraz obsługi za pomocą portalu WWW, rozpoznawaniu przyczyn i usuwaniu błędów oraz skutków błędów, rozpoznawaniu skutków awarii oraz przygotowanie i wdrażanie poprawek dla systemu teleinformatycznego spełniającego łącznie wymagania:

a. posiadającego co najmniej 3 z 5 wymienionych poniżej cech:

i. 5 000 użytkowników wewnętrznych,

ii. 100 000 użytkowników zewnętrznych

iii. 50 000 000 dokumentów (plików dowolnego typu)

iv. 300 000 komunikatów na dobę (przetwarzanych i zapisywanych z oznaczeniem czasu i daty)

v. 100 000 000 rocznego przyrostu zapisów/zdarzeń w systemie

b. działającego w części lub w całości w sieci Internet,

c. posiadającego API pozwalające na dołączenie dowolnego systemu zewnętrznego

d. działającego w trybie HA (wysoka dostępność). ”

2. Dokonanie modyfikacji pkt 4.8.3 OPZ poz. 4 tabeli przez wskazanie, że z definicji Błędu importu danych źródłowych wyłączone zostają brak lub błąd importu danych z systemu źródłowego, które są spowodowane nieprawidłowym działaniem systemów, za które wykonawca na podstawie niniejszej umowy nie odpowiada oraz że w takim przypadku czas naprawy (jeżeli wymaga. podjęcia czynności przez wykonawcę mimo przyczyny usterki w innym systemie) jest uzależniony od usunięcia przyczyn leżących po stronie innego systemu, a w konsekwencji, że kara umowna o której mowa w par. 9 ust. 1 pkt 30 wzoru umowy nie będzie naliczana;

3. Wykreślenie z pkt 4.8.4 ppkt 3) OPZ zdania drugiego oraz wykreślenie pkt 4.8.4 ppkt 4) opz;

4. Wykreślenie pkt XV. 3 SWZ oraz kolumny 2 tabeli z Załącznika nr 3 do SWZ (Formularz ofertowy);
5. Doprecyzowanie pkt 4.9.1 OPZ, 11.1.2) SWZ oraz par 1 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy przez określenie minimalnej ilości roboczogodzin, która zostanie wykorzystana na etapie realizacji zamówienia oraz wskazanie, że będzie to nie mniej niż 25 000 roboczogodzin;
6. Dokonanie modyfikacji par 9 ust. 3 wzoru umowy w następujący sposób: „Łączna maksymalna wysokość kar umownych naliczonych zgodnie z postanowieniami ust. 1 i ust. 2, nie może przekroczyć 20% wynagrodzenia, o którym mowa w par 5 ust. 1 Umowy”;
7. Wykreślenie par 9 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy;
8. Prawidłowe doprecyzowanie w par 9 ust. 1 pkt 43)-47) wzoru umowy przypadków nałożenia kar umownych, wykreślenie par 9 ust. 1 pkt 26 wzoru umowy;
9. Wykreślenie par 10 ust. 3 wzoru umowy;
10. Doprecyzowanie par 10 ust. 2 pkt 1 wzoru umowy przez określenie, że uchybienie, o którym mowa w tym postanowieniu dotyczy tej samej, powtarzającej się trzykrotnie nieprawidłowości oraz wykreślenie z przedmiotowego postanowienia ogólnikowego odniesienia do uchybień wynikających z przepisów prawa;
- 11 . Wykreślenia par 5 ust. 7-13 Ogólnych Warunków Umowy (Załącznik nr 2 do wzoru umowy) lub wskazania, że w przypadku niniejszej umowy w sprawie zamówienia nie mają one zastosowania.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęte odwołaniem czynności zamawiającego uniemożliwiają odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym dokonanie wyboru jego oferty i uzyskania przedmiotowego zamówienia. Wskazał, że uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia postawionych przez zamawiającego nadmiernie rygorystycznych i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia ograniczeń kręgu potencjalnych wykonawców, w tym odwołującego, którzy będą mogli złożyć ofertę z realną szansą na uzyskanie zamówienia. Wskazał nadto, że objęte odwołaniem czynności zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez odwołującego polegającej na uniemożliwieniu odwołującemu złożenia oferty, ubiegania się o zamówienie i uzyskania zamówienia. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczne z ustawą ww. czynności zamawiającego w sposób negatywny oddziałują na możliwości udziału odwołującego w postępowaniu.

Stosownie do treści art. 112 ust. 1 PZP zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Zgodnie z uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 czerwca 2018r. KIO/ KU 27/18, której wnioski zachowują aktualność na gruncie obowiązującej obecnie ustawy: "kwestia proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doczekała się kompleksowej analizy w doktrynie i judykaturze KIO i ETS (obecnie - TSUE), Izba ogólnie wskazuje, że określenie „proporcjonalny” oznacza tyle co „zachowujący właściwą proporcję”. Miarą owej właściwej proporcji jest zachowanie niezbędnej równowagi między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, którzy nie mogą być z góry eliminowani przez wprowadzanie nadmiernych wymagań podmiotowych. Innymi słowy warunek proporcjonalny to warunek, który nie jest nadmierny, czego stwierdzenie wymaga przeprowadzenia tzw. testu proporcjonalności, polegającego na wykazaniu, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu (zob. przykładowo wyrok z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, czy z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-376/08 Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrt v. Comune di Milano)."

Sformułowany przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej określony w Pkt VII. 1 .2) lit. a) tier 2 SWZ jest nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i ograniczający uczciwą konkurencję. Zgodnie z ww. postanowieniem SWZ o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który:

„w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), zrealizował (wykonał) lub - w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych - nadał realizuje (wykonuje) w sposób należyty co najmniej:

- jedną usługę obejmującą stworzenie lub modernizację, instalację i wdrożenie systemu informatycznego w minimum 50 (pięćdziesięciu) lokalizacjach (o różnych adresach pocztowych), wykonanym w technologii webowej, o wartości nie mniejszej niż 15 000 000,00 PLN (słownie: piętnaście milionów złotych) brutto. Przez technologie webowe zamawiający rozumie program komputerowy, który pracuje na serwerze i komunikuje się przez sieć komputerową z komputerem użytkownika z wykorzystaniem przeglądarki internetowej użytkownika;
- jedno zamówienie (rozumiane jako jedna umowa), które trwało co najmniej 24 miesiące, o wartości nie mniejszej niż 250 000,00 zł brutto miesięcznie (słownie: dwieście pięćdziesiąt tysięcy złotych brutto), którego przedmiotem była/jest usługa utrzymaniowa polegająca na pozostawaniu w gotowości serwisowej i gwarantowanego SLA dla błędów oraz obsługi za pomocą portalu WWW, rozpoznawaniu przyczyn i usuwaniu błędów oraz skutków błędów, rozpoznawaniu skutków awarii oraz przygotowanie i wdrażanie poprawek dla systemu teleinformatycznego:

i. posiadającego co najmniej: 5 000 użytkowników wewnętrznych, 100 000 użytkowników zewnętrznych, 50 000 000 dokumentów (plików dowolnego typu),

- ii. działającego w części lub w całości w sieci Internet,
- iii. posiadającego publiczne API,
- iv. działającego w trybie HA (wysoka dostępność).

Zamawiający dopuszcza, aby na potwierdzenie warunków opisanych w tiret pierwsze i drugie powyżej wykonawca wykazał się realizacją jednej, tej samej usługi/jednego tego samego zamówienia, o ile usługa ta / zamówienie to potwierdza każdy z wymogów postawionych przez zamawiającego”

Zamawiający sformułował warunek w sposób bardzo szczegółowy i wskazał konkretne cechy systemu, którego ma dotyczyć doświadczenie wykonawcy. Odwołujący wskazał, że przedmiotem niniejszego zamówienia są skomplikowane usługi utrzymaniowe oraz modyfikacje systemu informatycznego, jednak ograniczenie doświadczenia do trzech cech systemu (tiret „i” warunku) jako jedynych referencyjnych dla oceny spełniania warunku jest niezasadne i nieadekwatne. Rozszerzenie oraz uelastycznienie warunku przy zachowaniu wysokich wymagań dotyczących zakresu zamówienia (brak zmiany czasu trwania umowy utrzymaniowej, jej wartości miesięcznej, czy jej przedmiotu) rozszerzy konkurencję a jednocześnie zabezpieczy interes zamawiającego polegający na dążeniu do wyboru wykonawcy posiadającego doświadczenie adekwatne do stopnia zaawansowania niniejszego zamówienia. Zaproponowane przez odwołującego modyfikacje warunku udziału w postępowaniu nie dotyczą wykreślenia wskazanych obecnie przez zamawiającego wymagań, ale poszerzają cechy referencyjnego systemu, którego miałyby dotyczyć doświadczenie, tj. przez realizację 3 z 5 cech:

- i. 5 000 użytkowników wewnętrznych,
- ii. 100 000 użytkowników zewnętrznych
- iii. 50 000 000 dokumentów (plików dowolnego typu) - tirety i-iii są wskazane obecnie w SWZ
- iv. 300 000 komunikatów na dobę (przetwarzanych i zapisywanych z oznaczeniem czasu i daty)
- v. 100 000 000 rocznego przyrostu zapisów/zdarzeń w systemie

Tirety iv i v, które zostały zaproponowane w żądaniach petitum odwołania także odnoszą się do utrzymania złożonego systemu informatycznego, z dużą ilością danych, jak również potwierdzają, że wykonawca posiada proporcjonalne do przedmiotu zamówienia doświadczenie. Zamówienie, którego dotyczy niniejsze postępowanie również odnosi się do systemu, który przetwarza znaczącą ilość komunikatów na dobę oraz wskazuje na znaczny roczny przyrost zapisów/ zdarzeń w systemie. Podane obecnie przez zamawiającego w SWZ cechy są zatem tylko jednymi z możliwych do opisanie cech dużego systemu informatycznego. Zaproponowana przez odwołującego modyfikacja wskazuje na realizację 3 z 5 ww. cech, co pozwala uelastyczyć warunek (rozszerzyć konkurencję), a jednocześnie wyłonić wykonawcę mogącego należycie wykonać przedmiotowe zamówienie.

Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy „Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”. Stosownie do art. 99 ust. 4 ustawy „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. ”

W związku z brzmieniem art. 99 ustawy, aktualny pozostaje dorobek orzecznictwa i doktryny dotyczący art. 29 ust. 1 poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2014-09-11, KIO 1786/14, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2015-05-18, KIO 897/15

Ponadto, również w myśl art. 16 ustawy, czynności zamawiającego powinny zmierzać do zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców oraz zachowywać zasadę proporcjonalności. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z treści cytowanych przepisów wynika dla zamawiającego zakaz dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający dostęp do zamówienia wykonawcy, który potencjalnie jest w stanie wykonać to zamówienie. Formułując wymogi w zakresie opisu przedmiotu zamówienia zamawiający winien kierować się celem, jakim zamawiane produkty mają służyć. Każde wymaganie ma znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego.

Błąd importu danych - definicja i zakres.

a) Zgodnie z pkt 4.8.3 OPZ poz. 4 tabeli za Błąd importu danych źródłowych rozumie się „brak lub błąd importu danych z systemu źródłowego w szczególności wynikający z: - błędów, braku lub nieaktualnej wersji usługi uruchamiającej importy danych, braku uprawnień użytkownika systemowego do uruchamiania usługi uruchamiającej importy danych, braku uprawnień użytkownika systemowego do zasobów dyskowych koniecznych do działania usługi uruchamiającej importy danych i samych importerów danych, - błędów, braku lub nieaktualnej wersji aplikacji importerów (np. Dossier, Eprotokół, SMIPI) - uszkodzeń lokalnych baz importerów lub API, - błędnych zmian lub ustawień w konfiguracji lokalnej lub centralnej, - ograniczenia lub braku dostępu do baz danych SRB i wspomagających sekretariaty sądowe (np. CAPE, CRCS/RCS), jeśli systemy te będą wykorzystywane do zasilania Systemu. - z ograniczenia lub braku dostępu do zasobów dyskowych z nagraniami i dokumentami. Na-

prawa błędów importerów lokalnych polega na pełnym przywróceniu ich funkcjonalności potwierdzonego dokonaniem skutecznego importu danych (nocny import przyrostowy). Wykonawca powinien usunąć błąd przy wykorzystaniu narzędzi zdatnego dostępu i diagnostyki zdalnej, a w przypadku nie uzyskania dostępu do zasobów serwerów lokalnych, gdzie uruchomiona jest usługa importu, naprawa polegać musi na precyzyjnym wskazaniu przyczyn wystąpienia błędu i wsparciu Administratora Lokalnego Systemu w jego rozwiązaniu za pośrednictwem systemu zgłoszeniowego, mailowo lub telefonicznie. Do diagnozy przyczyn błędu wykonawcy powinny posłużyć pliki konfiguracyjne i logi (importera, systemowe lub inne) uzyskane: - samodzielnie przez wykonawcę z Systemu za pomocą narzędzia SMIPI lub przekazane wykonawcy przez Administratora, Administratora Lokalnego Systemu lub pracownika linii wsparcia. Jeśli poziom logowania jest niewystarczający wykonawca w ramach usługi utrzymania powinien wprowadzić konieczne zmiany do Systemu zwiększające poziom logowania”.

b) Jednocześnie czas usunięcia ww. Błędu to „48 godzin od wystąpienia pierwszego ze zdarzeń: zidentyfikowania braku lub błędu importu (za pomocą informacji pochodzących z monitoringu wykonawcy lub zamawiającego, logów lub istniejących narzędzi Systemu w tym w szczególności SMIPI) lub - daty zgłoszenia przez zamawiającego lub Użytkownika Końcowego. ”

Odwołujący wskazał, że powołana definicja Błędu importu danych źródłowych jest niejednoznaczna, zbyt szeroka i może prowadzić do obarczania wykonawcy nieuzasadnioną, rozszerzoną odpowiedzialnością za nieprawidłowości niewynikające z działania systemu, za którego utrzymanie i modyfikacje jest on odpowiedzialny na podstawie umowy.

W ramach Portalu Informacyjnego Sądów Powszechnych działają różnego rodzaju systemy, które są niezależne od czynności realizowanych przez wykonawcę na podstawie przedmiotowej umowy (np. Sędzia 2, SAWA). Portal Informacyjny Sądów Powszechnych wyłącznie prezentuje dane, które są pobierane z innych systemów. Wskazana przez zamawiającego definicja dotyczy jakiegokolwiek Błędu importu danych źródłowych bez wskazania, po której ze stron brak lub błąd importu danych z systemu jest spowodowany. Powyższe rodzi nieuzasadnioną dowolność i uznaniowość po stronie zamawiającego, który za każdy błąd w ww. zakresie może obarczać wykonawcę. Na takie ryzyko wskazuje m.in. postanowienie, zgodnie z którym czas na usunięcie Błędu importu danych źródłowych to 48 godzin od daty zgłoszenia przez zamawiającego lub Użytkownika Końcowego. Zamawiający przewiduje, że w przypadkach, gdy monitorowanie realizowane w ramach umowy przez wykonawcę nie identyfikuje błędu to jego usunięcie powinno następować od zgłoszenia przez zamawiającego lub Użytkownika Końcowego. Wskazanie na tę możliwość sugeruje, że odpowiedzialność za usunięcie błędu dotyczącego innego oprogramowania/ systemu będzie obciążać wykonawcę

i to w terminie 48 godzin od poinformowania przez zamawiającego lub Użytkownika Końcowego.

Wykonawca nie może być obciążany za nieprawidłowości wynikające z działania systemów, za których funkcjonowanie nie ponosi odpowiedzialności. Brak lub błąd importu danych, który jest spowodowany nieprawidłowością mającą źródło w innym systemie może nie tylko nie być możliwy do usunięcia w 48 godzin, ale jego naprawienie nie powinno w ogóle obciążać wykonawcy. Zgodnie natomiast z par 9 ust. 1 pkt 30 wzoru umowy zamawiający przewidział za brak terminowej realizacji przedmiotowej czynności wysokie kary umowne: „w przypadku zwłoki w usunięciu błędu importu danych źródłowych, w terminie o którym mowa w Załączniku nr 1 do umowy - Opis przedmiotu zamówienia, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną w wysokości 1.000,00 zł (słownie: jeden tysiąc złotych 00/100)“.

W związku z powyższym, zasadne i konieczne jest doprecyzowanie definicji Błędu importu danych źródłowych przez wskazanie, że wyłączone z niej zostają brak lub błąd importu danych z systemu źródłowego, które są spowodowane nieprawidłowym działaniem systemów, za które wykonawca na podstawie tej umowy nie odpowiada, oraz że w takim przypadku czas naprawy (jeżeli wymaga podjęcia czynności przez wykonawcę mimo przyczyny usterki w innym systemie) jest uzależniony od usunięcia przyczyn leżących po stronie innego systemu, a w konsekwencji, że kara umowna o której mowa w par 9 ust. 1 pkt 30 wzoru umowy nie będzie naliczana.

Możliwość podniesienia priorytetu każdego Zgłoszenia.

Zgodnie z pkt 4.8.4 ppkt 3 i 4 OPZ: „Zamawiający kategoryzuje Zgłoszenia na formularzu zgłoszenia zgodnie z kwalifikacją określoną w tabeli zawierającej rodzaje kwalifikacji Zgłoszeń (pkt 4.6.3.). Zamawiający ma prawo podnieść priorytet każdego Zgłoszenia ze względu na ważny interes Użytkowników, wydajność i bezpieczeństwo Systemu. „, „Po zmianie kategorii Zgłoszenia, jego sposób realizacji określany jest przez nową kategorię Zgłoszenia, a czas realizacji w przypadku zmiany kategorii na wyższą liczony jest od momentu poinformowania wykonawcy o zmianie kategorii w Systemie Zgłoszeniowym. ”

Wprowadzenie możliwości poniesienia priorytetu każdego Zgłoszenia z pkt 4.8.3 OPZ rodzi ryzyko, że de facto każde Zgłoszenie opisane w OPZ może uzyskać status najbardziej kluczowego w hierarchii tzn. Awarii, której usunięcie powinno nastąpić w terminie do 4 godzin od wystąpienia. Przesłanki możliwości podniesienia kategorii Zgłoszenia są ogólne i dają niemal całkowitą swobodę w podejmowaniu takiej decyzji przez zamawiającego: ważny interes Użytkowników, wydajność, bezpieczeństwo Systemu. To oznacza, że ze względu na ww. ogólne okoliczności Błąd Niekrytyczny, który mógłby być usunięty w terminie 7 dni roboczych może stać się Awarią, która podlega usunięciu w terminie 4 godzin. Wszystkie zdarzenia np. Awaria, Błąd Krytyczny, Błąd Niekrytyczny, zostały szczegółowo opisane w OPZ w związku z

czym, nieuzasadnione jest zmienianie ustalonych kategorii na podstawie w zasadzie nieograniczonych przesłanek. W zakresie kategorii Zgłoszenia znajdują się również Konfiguracje lub Wnioski o informacje, które również na podstawie omawianego postanowienia OPZ hipotetycznie mogą być zakwalifikowane jako np. Błąd Krytyczny usuwany w terminie 48 godzin. Decyzja zamawiającego nie musi być nawet w żaden sposób uzasadniona czy uargumentowana. Dla wykonawcy natomiast kategorie zgłoszeń i ich opisany w OPZ zakres mają zasadnicze znaczenie z punktu widzenia realizacji umowy. Również wskazanie w pkt 4.8.4 ppkt 4 OPZ, że po zmianie kategorii Zgłoszenia, jego sposób realizacji określany jest przez nową kategorię Zgłoszenia, a czas realizacji w przypadku zmiany kategorii na wyższą liczony jest od momentu poinformowania wykonawcy o zmianie kategorii w Systemie Zgłoszeniowym nie jest wystarczające. Jak bowiem było wskazane powyżej - każdorazowa zmiana będzie skutkowała tym, że nieprawidłowość lub nawet konfiguracja, która mogłaby być usunięta/ przeprowadzona w terminie 48 godzin lub 5 lub 7 dni roboczych będzie musiała być usunięta np. w 4 godziny.

c) W związku z powyższym, zasadne i konieczne jest wykreślenie ww. postanowień z dokumentów zamówienia - zd.2 z pkt 4.8.4 ppkt 3 OPZ oraz całego pkt 4.8.4 ppkt 4 OPZ.

Sposób obliczania wynagrodzenia (proporcje).

Zgodnie z pkt XV. 3 SWZ „Cenę oferty należy wskazać na formularzu ofertowym (załącznik nr 3 do SWZ), z uwzględnieniem podziału procentowego ceny. Oferta niespełniająca podziału procentowego, będzie podlegać odrzuceniu jako sprzeczna z treścią SWZ”. W Załączniku nr 3 do SWZ - Formularzu ofertowym (kolumna 2 tabeli) wskazano wartości procentowego podziału wartości wynagrodzenia za poszczególne zakresy, których wykonawca powinien przestrzegać:

Usługi wsparcia technicznego i serwisu dla Systemu 42, 40

usługi Modyfikacji Systemu w łącznym maksymalnym wymiarze 40.000 Roboczogodzin - 40,49

Usługa wsparcia 6,18

Dostawa pakietów serwisowych dla systemu operacyjnego 0,33

Dostawa pakietów serwisowych dla Urządzeń 0,59

Dostawa pakietów serwisowych dla systemu bazodanowego 10,01

W przypadku przedmiotu umowy narzucanie na wykonawców konieczności dotrzymania, pod rygorem odrzucenia oferty, sztucznego podziału wynagrodzenia przez procentowe ograniczenie wysokości każdego z zakresów zamówienia nie jest uzasadnione merytorycznie. Realizacja całości przedmiotu zamówienia odbywa się w okresie 48 miesięcy liczonych od przekazania wykonawcy posiadanych kodów źródłowych oraz udostępnienia środowiska testowego (par3 wzoru umowy). Każdy z wymienionych w Formularzu ofertowym zakresów zamówienia podlega odrębnemu rozliczeniu za faktycznie wykonane usługi - por. par 5 ust.

1-4 wzoru umowy. Z punktu widzenia zamawiającego brak jest ryzyka np. kalkulacji przez wykonawcę dużej części wynagrodzenia na początku trwania umowy i w efekcie obowiązywania obniżonego wynagrodzenia na dalszym etapie realizacji. Narzucenie wykonawcy procentowego ograniczenia nie znajduje uzasadnienia rzeczowego. Zamawiający nie może z góry określać, że np. Usługi wsparcia technicznego i serwisu dla Systemu nie mogą wynosić w przypadku kalkulacji wykonawcy więcej niż 42,4% w stosunku do całości wynagrodzenia, gdyż wykonawca może ponosić w tym zakresie inne koszty (wyższe lub niższe).

Ograniczenia wskazane przez zamawiającego są bezzasadne również z tego względu, że każdy z zakresów będzie podlegał odrębnemu rozliczeniu, a wykonawca nie wie ile np. roboczogodzin Modyfikacji zostanie wykorzystanych podczas wykonania umowy. Tym samym, nawet jeżeli część kosztów byłaby na potrzeby wewnętrznej kalkulacji przeniesiona do innej części to takie działanie mogłoby skutkować stratą po stronie wykonawcy, gdyż istnieje ryzyko, że koszty w związku z niewykorzystaniem całości limitu nie zostaną w ogóle pokryte. Co więcej, zamawiający wskazał w par 10 ust. 3 wzoru umowy, że po 12 miesiącach od dnia zawarcia umowy może ją swobodnie wypowiedzieć. To również wskazuje, że wykonawca nie może uwzględniać określonych kosztów w innych pozycjach tylko powinien skalkulować każdy zakres oddzielnie.

Limit proporcji narzucony przez zamawiającego powoduje, że wykonawca nie może rzetelnie obliczyć ceny oferty, a jednocześnie nie ma uzasadnienia merytorycznego. Tym samym, zasadne i konieczne jest wykreślenie tak sformułowanych wymagań z dokumentów zamówienia.

Brak doprecyzowania minimalnej ilości roboczogodzin Modyfikacji.

Zgodnie z pkt 4.9.1 OPZ, 11.1.2) SWZ oraz par 1 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy łączna, maksymalna liczba Modyfikacji możliwych do zlecenia wykonawcy wynosi 40 000 roboczogodzin. Z dokumentów zamówienia wynika, że wartość 40 000 roboczogodzin jest ilością fakultatywną do wykorzystania przez zamawiającego. Dodatkowo, ten element wynagrodzenia jest składnikiem wyliczania procentowej wartości wynagrodzenia (w tym zakresie proporcji w całości wynagrodzenia ceny oferty). Tak sformułowane postanowienia prowadzą do obejścia art. 433 pkt 4 ustawy, zgodnie z którym projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać „możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron” .

W doktrynie wskazuje się, że „Zamawiający w umowie nie może zastrzegać sobie prawa do ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Oznacza to, że przedmiot umowy powinien być określony w taki sposób, by wykonawca mógł ustalić minimalny, pewny zakres lub wielkość przyszłego swojego świadczenia oraz wysokość odpowiadającego mu świadczenia zamawiającego. Wymiar tego zakazu jest dwójaki. Po pierwsze, chroni on wykonawcę przed stratami ponoszonymi w związ-

ku z koniecznym zabezpieczeniem świadczenia w maksymalnym zakresie, w sytuacji gdy rzeczywisty zakres realizacji umowy jest znacznie mniejszy czy wręcz znikomy. Po drugie, zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy przedmiot zamówienia, a co za tym idzie - przedmiot umowy, opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Niewątpliwie okolicznością wpływającą na sporządzenie oferty jest określenie w dokumentach zamówienia tzw. zakresu gwarantowanego zamówienia (co do zasady cena oferty jest uzależniona od zakresu lub wielkości świadczenia). Przy tym określenie w opisie przedmiotu zamówienia zakresu gwarantowanego nie jest wystarczające, jeśli zamawiający w projekcie umowy zastrzega możliwość zmniejszenia zamówienia na etapie jego realizacji” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, wyd. 2021, Legalis).

Wskazanie wyłącznie na maksymalną liczbę roboczogodzin Modyfikacji uniemożliwia wykonawcy prawidłowe skalkulowanie wszystkich ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia oraz skalkulowanie stawki w tym zakresie. Na podstawie dokumentów zamówienia zamawiający może skorzystać z 1000 roboczogodzin a może wykorzystać maksymalną ilość przewidzianą w SWZ. Fakt, że każda przepracowana godzina jest rozliczana oddzielnie nie ma w tym zakresie znaczenia, gdyż przy tego typu skomplikowanych projektach inaczej jest kalkulowana stawka za np. 1000 roboczogodzin, inaczej za 20 000 roboczogodzin a inaczej za 40 000 roboczogodzin. Zagwarantowanie wykonawcy minimalnej ilości roboczogodzin pozwoli na dokładne oszacowanie wynagrodzenia, zatem konieczne jest doprecyzowanie ww. kwestii.

Zarzuty dotyczące wzoru umowy.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy „Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej”. Postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy zatem rozpatrywać, o ile ustawa PZP nie stanowi inaczej, w świetle art. 353 (1) Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, czyli m.in. nie może być sprzeczny z dyspozycją art. 5 kc. Tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2010 r. (Sygn. akt: KIO/2036/10): „Tym samym niedopuszczalne jest ustanowienie wzoru umowy czy innych części specyfikacji kształtujących przyszłe stosunki umowne zamawiającego i wykonawcy w sposób niezgodny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Kodeksu cywilnego jako podstawowego aktu prawnego regulującego stosunki cywilnoprawne. Postanowienia

wzoru umowy kształtowane na zasadzie swobodnego uznania zamawiającego na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy, będą w tym zakresie podlegać badaniu m.in. pod względem ich zgodności czy to z przepisami regulującymi stosunku umowne danego typu o charakterze iuris cogentis, jak i ocenie ich zgodności z klauzulami i zasadami ogólnymi KC, w szczególności wynikającymi z art. 5, art 58 i art 353 1 KC. ”

Treść postanowień umownych jest również istotna ze względu na interes wykonawcy związany z uzyskaniem i prawidłową realizacją zamówienia. Dlatego mimo zmiany ustawy należy odwołać się do orzecznictwa, zgodnie z którym przyznaje się wykonawcy prawo do wnoszenia odwołań również na niezgodne z przepisami prawa postanowienia umowy. Tak m.in.. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 marca 2011 r. (Sygn. akt: KIO/459/11).

Zamawiający w załączonym do SWZ wzorze Umowy zawarł szereg postanowień, które naruszają przepis art. 353 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 16 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy:

a. Limit kar umownych.

Zgodnie z par. 9 ust. 3 wzoru umowy: „Łączna maksymalna wysokość kar umownych naliczonych zgodnie z postanowieniami ust. 1 i ust. 2, nie może przekroczyć 100% wynagrodzenia, o którym mowa w par 5 ust. 1 Umowy. ”

Tak określony limit kar jest nadmierny i w istocie iluzoryczny z punktu widzenia wykonawcy. Kary umowne oraz ustalony ich limit mają na celu zdyscyplinowanie wykonawcy, który będzie realizował umowę w sprawie zamówienia publicznego. Jednakże ich nadużywanie narusza zasady współżycia społecznego i wprowadza nadmierną nierówność stron umowy. System zamówień publicznych nie powinien wprowadzać rażącej nierówności stron umowy i prowadzić do nadużycia pozycji zamawiającego, przez m.in. wprowadzanie nie ograniczonych kar umownych nakładanych na wykonawcę.

Wprowadzenie ograniczenia odpowiedzialności jest wymagane wprost przez ustawodawcę w art. 436 pkt 3 ustawy i nie może być traktowane przez zamawiających jak konieczny do wypełnienia ustawy formalizm.

Zamawiający przewidział ok. 50 przypadków, w których naliczy na wykonawcę kary umowne. Jakkolwiek przy skomplikowanych usługach, jakimi niewątpliwie są te objęte zakresem przedmiotowego zamówienia, zasadne jest zabezpieczenie interesów zamawiającego, tak odpowiedzialność wykonawcy powinna mieścić się w określonych ramach. Wprowadzenie łącznego limitu kar umownych w wysokości 100% wysokości wynagrodzenia brutto stanowi ryzyko nadmiernie obciążające wykonawcę. W praktyce najczęściej przyjmuje się, że limit kar umownych nie powinien przekraczać 20-30% wysokości wynagrodzenia.

W wyroku z dnia 4 września 2018 r. KIO 1601/18 Krajowa Izba Odwoławcza przykładowo wskazała, że zasadne jest określenie limitu kar umownych na poziomie kary umownej za odstąpienie: „Izba uznała, że zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający określił w

umowie wiele przypadków, które mogą powodować naliczenie kar umownych. Jakkolwiek zasadne jest zabezpieczenie interesów zamawiającego oraz należytego wykonania zamówienia to uregulowania dotyczące kar umownych nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności. W związku z powyższym Izba nakazała określenie limitu kar umownych do wysokości kary przewidzianej za niewykonanie zamówienia, co umożliwi również wykonawcom ocenę ryzyk i należyłą wycenę ofert/.

Zgodnie z par. 10 ust. 2 pkt 9 wzoru umowy zamawiający zagwarantował sobie uprawnienie do wypowiedzenia umowy, gdy suma kar umownych wyniesie 20% łącznego wynagrodzenia brutto. Ograniczenie limitu kar umownych do ww. wysokości będzie zatem adekwatne i uzasadnione zamawiający uzyska zabezpieczenie swoich praw i będzie uprawniony do wypowiedzenia umowy, a wykonawca będzie znał realny limit kar jakie grożą z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia.

b. Kara umowna z par 9 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy

W par 9 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy wskazano, że wykonawca zapłaci zamawiającemu następującą karę umowną: „przy braku informowania bez zbędnej zwłoki zamawiającego, w formie pisemnej, o wszelkich zagrożeniach, przeszkodach, czy utrudnieniach powstałych w toku wykonywania Usług, które mogą mieć wpływ na realizację umowy, oraz do poinformowania o proponowanych sposobach obsługi tych ryzyk wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 1.000,00 zł (słownie: tysiąc złotych 00/ 100) za każde uchybienie. ”

Wskazana kara umowna jest niejednoznaczna i wprowadza zbyt daleko idącą dowolność po stronie zamawiającego. Omawiana kara umowna dotyczy przypadku niepoinformowania zamawiającego „bez zbędnej zwłoki” o „wszelkich zagrożeniach, przeszkodach czy utrudnieniach (...)”. W praktyce kara jest na tyle ogólna, że umożliwia jej nałożenie w każdym przypadku wystąpienia jakiegokolwiek nieprawidłowości podczas realizacji umowy tak w stosunku do której zastrzeżono odrębną karę umowną, jak i w odniesieniu do której nie zastrzeżono odrębnej kary - w każdym przypadku, w którym wykonawca „bez zbędnej zwłoki” nie informuje o zagrożeniu zamawiającego. Jej nałożenie jest zatem możliwe w każdej sytuacji, a dodatkowo w odniesieniu do ok. 50 przypadków naliczenia kar z par 9 wzoru umowy ich skumulowanie z karą umowną z par 9 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy.

Kary umowne z par 9 ust. 1 pkt 43)-47) wzoru umowy (ochrona danych osobowych) oraz kara umowna z par 9 ust. 1 pkt 26 wzoru umowy.

Zgodnie z par 9 ust. 1 pkt 43)-47) wzoru umowy zamawiający przewidział kary umowne za następujące przypadki:

„43) w przypadku, o którym mowa w par 8 ust. 2 lit. a - lit. e Załącznika nr 1 do umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych OWU PPDO wykonawca zapłaci zamawiają-

mu karę umowną w wysokości 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/ 100) za każdy przypadek;

44) w przypadku, o którym mowa w par 8 ust. 2 lit. f Załącznika nr 1 do umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych OWU PPDO wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną w wysokości 2.000,00 zł (słownie: dwa tysiące złotych 00/ 100) za każdy przypadek; 45) w przypadku niedochowania terminu określonego wykonawcy do usunięcia uchybień i poprawy poziomu bezpieczeństwa przetwarzanych danych osobowych, o którym mowa w par 8 ust. 3 Załącznika nr 1 do Umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych OWU PPDO wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną w wysokości 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/ 100) za każdy przypadek;

46) w przypadku zwłoki w przedstawieniu kopii umowy w terminie wskazanym w par 4 ust. 4 OWU PPDO wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną w wysokości 100,00 zł (słownie: sto złotych 00/ 100) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;

47) w przypadku niedochowania terminu określonego wykonawcy, o którym mowa w par 8 ust. 5 OWU PPDO wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną w wysokości 1.000,00 zł (słownie: tysiąc złotych 00/ 100) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki”

Kary umowne określone w pkt 43-47 zawierają odesłania do konkretnych postanowień Załącznika nr 1 do umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych (OWU UPPDO), które są niepowiązane z zastrzeżonymi karami umownymi. Przykładowo, w par 8 ust. 2 ww. dokumentu brak jest lit. a-f wzoru umowy, a w ust. 3 i 5 nie ma informacji o określeniu wykonawcy terminu, któremu mógłby uchybić. Powyższe potwierdza zasadność doprecyzowania poprawnych postanowień OWU UPPDO, których mają dotyczyć.

Z ostrożności odwołujący wskazał, że w par 9 ust. 1 pkt 26 wzoru umowy zamawiający zastrzegł karę umowną w wysokości aż 100.000 zł za każdy przypadek naruszenia ochrony danych osobowych skutkującego nieuprawnionym ujawnieniem lub nieuprawnionym dostępem do danych osobowych, do którego dojdzie z wyłącznej winy wykonawcy. Przesłanki do zastosowania przedmiotowej kary umownej są bardzo ogólne i mogą umożliwiać ich skumulowanie z przypadkami kar umownych z par 9 ust. 1 pkt 43-47 wzoru umowy. Jeżeli np. w par 9 ust. 1 pkt 43 lub 44 wzoru umowy zamawiający miał na myśli odesłanie do par 8 ust. 1 pkt 1-6 OWU UPPDO, to wystąpienie naruszeń określonych w tych postanowieniach może powodować skumulowanie kar umownych z par 9 ust. 1 pkt 26, 43 i 44 wzoru umowy. Zasadne jest zatem wykreślenie par 9 ust. 1 pkt 26 wzoru umowy jako wprowadzającego ogólną podstawę do naliczenia kary umownej o rażąco wygórowanej wysokości.

Możliwość wypowiedzenia umowy po 12 miesiącach.

W par 10 ust. 3 wzoru umowy wskazano: „Po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia Umowy, zamawiający jest uprawniony do rozwiązania umowy z zachowaniem jednomiesięcznego okresu wypowiedzenia. Rozwiązanie umowy nie wyłącza odpowiedzialności wykonawcy z

tytułu udzielonej gwarancji na wykonane Usługi wsparcia technicznego i serwisu oraz odebrane Modyfikacje. ”

Wprowadzenie możliwości dowolnego rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie 12 miesięcy od dnia jej zawarcia jest nieuprawnione i uniemożliwia wykonawcy skalkulowanie wysokości wynagrodzenia.

Przede wszystkim, przedmiotowa umowa ma charakter umowy zawartej na czas określony. Istotą i naturą zobowiązania wynikającego z umowy zawartej na czas określony jest brak możliwości wcześniejszego jego zerwania w drodze wypowiedzenia którejkolwiek ze stron kontraktu. Możliwość przerwania okresu trwania zobowiązania jest właściwa dla umów zawieranych na czas nieokreślony i dla tego rodzaju umów przewidziana została instytucja wypowiedzenia umowy (por. art. 365 1 kc). A contrario umowy zawierane na czas określony zostały przez ustawodawcę skonstruowane jako źródło zobowiązań o charakterze trwałym, które jeżeli tylko są wykonywane należycie, to powinny istnieć aż do upływu terminu, na jaki zawarta została umowa.

Zgodnie z art. 434 ust. 1 ustawy umowa w sprawie zamówienia publicznego jest zawierana na czas oznaczony. Cechą umowy zawartej na czas oznaczony jest trwałość. Wykonawcy mogą racjonalnie skalkulować cenę, wysokość kosztów oraz inne parametry finansowe, a także przewidzieć ryzyko związane z kontraktem (w tym ryzyko czy poniesione przez nich nakłady zostaną zrekompensowane przychodami uzyskanymi w określonym okresie obowiązywania umowy), jedynie wówczas, gdy mogą przewidzieć przez jaki odcinek czasu strony umowy pozostaną nią związane. Dowolne skrócenie umowy z 48 miesięcy do 12 miesięcy nie znajduje w tym kontekście żadnego uzasadnienia. Należy także dodać, że postanowienie o możliwości swobodnego rozwiązania umowy może stanowić instrument nacisku na wykonawcę w trakcie realizacji usług, co dodatkowo potwierdza zasadność wykreślenia tego postanowienia z dokumentacji przetargowej.

Niejednoznacznie określone uprawnienie do wypowiedzenia umowy.

W par. 10 ust. 2 pkt 1 wzoru umowy wskazano na możliwość wypowiedzenia przez zamawiającego umowy z następującej przyczyny: „wykonawca naruszył trzykrotnie którekolwiek ze swoich zobowiązań wynikających z przepisów prawa lub z treści Umowy i nie zaprzestał naruszeń w terminie, nie krótszym niż trzy Dni robocze, wyznaczonym przez zamawiającego. Wezwanie musi być dokonane w formie pisemnej. ”

Przedmiotowe postanowienie umowne jest ogólnikowe, gdyż nie precyzuje w żaden sposób, że czy chodzi o to samo uchybienie (ta sama nieprawidłowość, która wystąpiła trzykrotnie) czy chodzi o np. wystąpienie w toku 48 miesięcy realizacji umowy trzech różnych uchybień. Tak sformułowana treść umowy rodzi zbyt dużą dowolność po stronie zamawiającego zwłaszcza biorąc pod uwagę grożącą wykonawcy sankcję. Również wskazanie na uchybienie zobowiązaniom wynikającym z „przepisów prawa” jest zbyt teoretyczne i lakoniczne. Źró-

dłem zobowiązań wykonawcy są postanowienia umowy i uchybienie zobowiązaniom w tym zakresie powinno być podstawą sankcji stosowanych . przez zamawiającego. Zasadne jest zatem doprecyzowanie par 10 ust. 2 pkt 1 wzoru umowy przez wskazanie, że podstawa wypowiedzenia jest trzykrotne wystąpienie tego samego naruszenia zobowiązania wynikającego z treści umowy.

Zasady rozliczania przy korzystaniu z podwykonawstwa.

Stosownie do par 5 ust. 7-13 Ogólnych Warunków Umowy (Załącznik nr 2 do wzoru umowy):

„7. Rozliczenie pomiędzy zamawiającym a wykonawcą za prace wykonane przez podwykonawcę/dalszego podwykonawcę nastąpi po dostarczeniu zamawiającemu przez wykonawcę oświadczenia podwykonawcy/dalszego podwykonawcy w zakresie otrzymania od wykonawcy/podwykonawcy całego należnego mu wynagrodzenia lub kopii faktur lub rachunków potwierdzających dokonanie zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcy/ dalszemu podwykonawcy, potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę wraz z potwierdzeniem dokonania przelewu. W przypadku niedostarczenia dokumentów, o których mowa w zdaniu poprzednim, należność przekazywana wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy zostanie pomniejszona o kwotę wynikającą z umowy zawartej pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą/podwykonawcą a dalszym podwykonawcą.

8. Zamawiający dokonuje bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, który zawarł zaakceptowaną przez zamawiającego umowę o podwykonawstwo/dalsze podwykonawstwo, w przypadku uchylenia się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę.

9. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 8 niniejszego paragrafu, dotyczy wyłącznie należności powstałych po przedłożeniu zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo/dalsze podwykonawstwo i upływie terminu na zgłoszenie zastrzeżeń.

10. Bezpośrednia zapłata obejmuje wyłącznie należne wynagrodzenie, bez odsetek należnych podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy.

11. Przed dokonaniem bezpośredniej zapłaty zamawiający poinformuje wykonawcę o możliwości zgłoszenia w formie pisemnej uwag dotyczących zasadności bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, o którym mowa w ust. 8, w terminie 7 dni roboczych od dnia doręczenia tej informacji.

12. W przypadku zgłoszenia uwag, o których mowa w ust. 11, zamawiający może:

- 1) nie dokonać bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, jeżeli wykonawca wykaże niezasadność takiej zapłaty albo,
- 2) złożyć do depozytu sądowego kwotę potrzebną na pokrycie wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy w przypadku istnienia uzasadnionej wątpliwości za-

mawiającego, co do wysokości należnej zapłaty lub podmiotu, któremu płatność się należy, albo

3) dokonać bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, jeżeli podwykonawca lub dalszy podwykonawca wykaże zasadność takiej zapłaty.

13. W przypadku dokonania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, o której mowa w ust. 8, zamawiający potrąca kwotę wypłaconego wynagrodzenia z wynagrodzenia należnego wykonawcy. "

Wskazane postanowienia zostały zawarte w Ogólnych Warunkach Umowy i nie zostało zastrzeżone, że dotyczą tylko umów, których przedmiotem są roboty budowlane. Par 5 ust. 7-13 Ogólnych Warunków Umowy przewidujące obowiązek przedkładania potwierdzenia zapłaty przez wykonawcę podwykonawcy lub zastrzeżenie uprawnienia do bezpośredniej zapłaty podwykonawcy przez zamawiającego są właściwe dla umów o roboty budowlane. Tego rodzaju wymagania zostały sformułowane przez ustawodawcę w art. 465 ustawy i odnoszą się do podwykonawstwa przy umowie na roboty budowlane. Przepis ten odnosi się do solidarnej odpowiedzialności inwestora za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy w procesie budowlanym.

Przenoszenie wymagań właściwych dla rozliczania umów na roboty budowlane na grunt niniejszego zamówienia, którego przedmiotem są usługi jest nadmierne i nieadekwatne do przedmiotu zamówienia.

W dniu 19 stycznia 2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania w całości;
- 2) zasądzenie na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, zgodnie z fakturą przedłożoną w toku rozprawy.

1. Zarzut opisany w pkt. III a Odwołania

W zakresie zarzutu opisanego w pkt. III a odwołania, zamawiający poinformował, że dokona zmiany warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. VII ust. 1 pkt 2 lit a tiret drugie SWZ, po opublikowaniu ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej przesłanego w dniu dzisiejszym. Powyższe działanie wynika z zasad publikacji zmian treści ogłoszenia, po ich upublicznieniu w DUUE.

Zgodnie z przesłanym ogłoszeniem, zamawiający określił ww. warunek w następujący sposób:

„ — jedno zamówienie (rozumiane jako jedna umowa), które trwało co najmniej 24 miesięcy, o wartości nie mniejszej niż 250 000,- zł brutto miesięcznie (słownie: dwieście pięćdziesiąt tysięcy złotych brutto), którego przedmiotem była/jest usługa utrzymaniowa polegająca na pozostawaniu w gotowości serwisowej i gwarantowanego SLA dla błędów oraz obsługi za pomocą portalu WWW, rozpoznawaniu przyczyn i usuwaniu błędów oraz skutków błędów,

rozpoznawaniu skutków awarii oraz przygotowanie i wdrażanie poprawek dla systemu teleinformatycznego, posiadającego co najmniej:

- i. 5 000 aktywnych użytkowników wewnętrznych logujących się do systemu za pomocą unikalnego identyfikatora oraz
- ii. 100 000 aktywnych użytkowników zewnętrznych logujących się do systemu za pomocą unikalnego identyfikatora,

oraz posiadającego co najmniej 1 z 3 wymienionych poniżej cech z punktów iii-v:

III. co najmniej 50 000 000 dokumentów (plików dowolnego typu),

IV. co najmniej 300 000 komunikatów na dobę (przetwarzanych i zapisywanych z oznaczeniem czasu i daty) liczonych jako średnia dobowa z 6 następujących po sobie miesiącach kalendarzowych,

rozumianych jako spersonalizowana dla użytkownika informacja wysłana przez system do aktywnego użytkownika końcowego posiadającego unikalny login w systemie drogą elektroniczną,

- v. co najmniej 1 000 000 miesięcznego przyrostu zapisów w systemie rozumianych jako nowy wpis informacji biznesowej do repozytorium danych systemu (informacji kompletnej z punktu widzenia biznesowego, nie pojedynczej krotki, nie zdarzenia systemowego) a także:
 - vi. działającego w części lub w całości w sieci Internet oraz
 - vii. posiadającego publiczne API oraz
 - viii. działającego w trybie HA (wysoka dostępność).”

Jednocześnie zamawiający podkreślił, że warunki udziału w postępowaniu to podmiotowe wymagania, jakie wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia powinni spełniać, aby ich oferty mogły podlegać badaniu i ocenie oraz stanowić podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej. Proporcjonalność warunku udziału, kwestionowana przez odwołującego, a niezdefiniowana w żadnym akcie prawa powszechnie obowiązującego, w świetle orzecznictwa m.in. Trybunału Konstytucyjnego, kładzie szczególny nacisk na adekwatność celów i środka użytego do jego osiągnięcia, co oznacza, że spośród możliwych (i zarazem legalnych) środków oddziaływania należałoby wybrać środki skuteczne dla osiągnięcia założonych celów, a zarazem możliwie najmniej uciążliwe dla podmiotów, wobec których mają być zastosowane, lub dolegliwe w stopniu nie większym, niż jest to niezbędne dla osiągnięcia założonego celu (wyrok TK z 14.06.2004 r., SK 21/03, OTK-A 2004/6, poz. 56). Sięgając do orzecznictwa unijnego, jak chociażby wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z 4.12.2003 r., C-448/01, EVN AG i Wienstrom GmbH v. Republika Austrii, wskazać należy, iż zbyt wygórowany warunek udziału dyskryminuje mniejszych wykonawców, zdolnych z powodzeniem wykonać zamówienie. Jednocześnie, warunek postanowiony zbyt szeroko, doprowadzi do sytuacji, w której dopuszczeni do udziału w postępowaniu wykonawcy nie będą w stanie prawidłowo

zrealizować doświadczenia, a tym samym jedynie pozornie rozszerzy konkurencyjność na rynku właściwym.

W niniejszym postępowaniu, warunek udziału postawiony przez zamawiającego, a w części zakwestionowany przez odwołującego, jest proporcjonalny względem wysoko specjalistycznego przedmiotu zamówienia, zaś jego charakter, zakres i wartość czy sposób realizacji wymagają od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia doświadczenia i znacznych nakładów finansowych, organizacyjnych czy osobowych. W kontekście pozostałych warunków udziału w postępowaniu — dotyczących zdolności ekonomicznej oraz w zakresie dysponowania określonych zespołem, kilkunastoosobowym — warunek w zakresie doświadczenia w realizacji zamówienia podobnego nie wydaje się nadmiarowym czy wygórowanym. Co więcej, obniżenie wymogów w zakresie podmiotowej kwalifikacji wykonawców, może w sposób niekorzystny dla zamawiającego i zaniżyć konkurencyjność postępowania (podobnie wyrok KIO z 6.12.2016 r., KIO 2180/16, czy wyrok KIO z 8.11.2017 r., KIO 2240/17). Wprowadzone do treści warunku zmiany z jednej strony pozostawiają konkurencyjność na odpowiednim poziomie, pozwalając na udział wykonawcom legitymującym się adekwatnym doświadczeniem i potencjałem technicznym, zaś z drugiej — na pewną elastyczność i rozszerzenie konkurencyjności.

2. Zarzut opisany w pkt. III b 1. odwołania

Zarzut opisany w pkt. III b 1. odwołania dotyczy definicji Błędu importu danych źródłowych. Zamawiający w treści wyjaśnień i zmian dokumentów zamówienia z dnia 18 stycznia br. (pkt. 3 i 4 zmian) wprowadził szczegółową procedurę realizacji zgłoszeń typu Błąd importu danych źródłowych.

3. Zarzut opisany w pkt. III b 2. odwołania

Kolejny zarzut, opisany w pkt. III b 2. odwołania, kwestionuje prawo zamawiającego do podniesienia kategorii (priorytetu) zgłoszenia ze względu na ważny interes Użytkowników, wydajność i bezpieczeństwo Systemu. Zamawiający w treści wyjaśnień i zmian dokumentów zamówienia z dnia 18 stycznia br. (pkt. 5 zmian) dokonał modyfikacji w rozdz. 4.8.4 pkt 3 OPZ, wprowadzając zasady kategoryzacji dokonywanych przez zamawiającego.

4. Zarzut opisany w pkt. III b 3. Odwołania

W zakresie zarzutu opisanego pkt. III 3. odwołania, zamawiający wyjaśnił, iż podział procentowy ceny określony w SWZ wynika z konieczności uwzględnienia sposobu rozliczenia każdej z usług składający się na przedmiot zamówienia. Wprowadzenie „sztywnego” do pewnego stopnia - podziału procentowego ceny ma na celu przeciwdziałanie nieuczciwym praktykom wykonawców, dokonujących manipulacji cenowych oraz „przerzucających” koszty pomiędzy poszczególnymi pozycjami cenowymi, tak aby uzyskać wypłatę wynagrodzenia „z góry”, a więc za świadczenia jeszcze nie wykonane. Określenie w sposób szczegółowy struktury cenowej w oparciu o dane pozyskane w toku dokonywania analizy wartości sza-

czkowej zamówienia — pozwoli zamawiającemu na uzyskanie porównywalnych ofert w warstwie konstrukcji ceny, ale także zabezpieczy jego interes w obszarze rozliczalności poszczególnych dostaw i usług, składających się na przedmiot zamówienia.

W niniejszym zamówieniu, każdy z elementów składających się na jego przedmiot rozliczany jest według odrębnych, szczegółowo określonych we Wzorze Umowy zasad. Tytułem przykładu, dostawa niektórych pakietów serwisowych ma miejsce w pierwszych tygodniach realizacji Umowy, co implikuje płatność z tego tytułu. Inne z usług — jak Usługi Modyfikacji rozliczane są z kolei na podstawie stawki godzinowej w liczbie Roboczogodzin według zleceń Zamawiającego. Powyższe zakłada jednakże konieczność ustalenia podziału procentowego ceny, tak aby płatność za dany element realizacyjny nie wykraczała poza poniesiony koszt. Biorąc pod uwagę zgłoszenie zapotrzebowania uelastycznienia wyznaczonych dotychczas w jednej wartości podziałów, zamawiający w wyjaśnieniach i zmianach dokumentów zamówienia z dnia 18 stycznia br. (w pkt. 15 zmian), wprowadził aprobowany podział minimalny i maksymalny, tak aby to wykonawca samodzielnie podzielił cenę, z uwzględnieniem wytycznych zamawiającego.

5. Zarzut opisany w pkt. III c odwołania

W treści wyjaśnień z dnia 18 stycznia br., zamawiający (pkt. 8 zmian), wprowadził minimalny wymiar Usług Modyfikacji w liczbie 5000 Roboczogodzin. Jednocześnie zamawiający podkreślił, że Usługi Modyfikacji są jednym z elementów składających się na przedmiot zamówienia, oprócz Usług wsparcia technicznego i serwisu dla Systemu, czy dostaw pakietów serwisowych, stanowiących obligatoryjny (minimalny) element przedmiotu zamówienia. Usługi Modyfikacji zostały przewidziane, w określonej części, do fakultatywnego wykorzystania, co oznacza — biorąc także pod uwagę zastrzeżony podział procentowy zamówienia że wykonawcy mają jednoznaczny obraz elementu obligatoryjnego dostaw i usług.

6. Zarzut opisany w pkt. III d 1. odwołania

W treści wyjaśnień i zmian dokumentów zamówienia z dnia 18 stycznia br. (pkt. 12 zmian) zamawiający zmienił dotychczasową wysokość łącznej maksymalnej wysokości kar umownych do 60%.

7. Zarzut opisany w pkt. III d 2. odwołania

W treści wyjaśnień i zmian dokumentów zamówienia z dnia 18 stycznia br., (pkt 11 zmian) zamawiający, wykreślił par. 9 ust. 1 pkt 2 Wzoru Umowy.

8. Zarzut opisany w pkt. III d 3. odwołania

W treści wyjaśnień i zmian dokumentów zamówienia z dnia 18 stycznia br., (pkt 11 zmian) zamawiający, wykreślił par. 9 ust. 1 pkt 45 oraz 47 Wzoru Umowy. Pozostałe podstawy naliczenia kar umownych, wskazane w punktach 26, 43, 44 oraz 46 związane są z ochroną przetwarzania danych osobowych i dotyczą jednoznacznie określonych naruszeń postanowień umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych. Biorąc pod uwagę rodzaj prze-

tworzonych danych z Portalu Informacyjnym Sądów Powszechnych, a także potencjalne skutki naruszenia zasad ich ochrony i przetwarzania, stanowiącym przedmiot zamówienia, zastrzeżone kary niewątpliwie są powiązane z głównym przedmiotem zamówienia, ale także nie mają charakteru nadmiarowego.

9. Zarzut opisany w pkt. III d 4. odwołania

W treści wyjaśnień i zmian dokumentów zamówienia z dnia 18 stycznia br., (pkt 13 zmian) zamawiający, wydłużył okres do 18 miesięcy, po którym zamawiający będzie uprawniony do wypowiedzenia Umowy, a jednocześnie zmienił okres wypowiedzenia na 3 miesiące.

10. Zarzut opisany w pkt. III d 5. odwołania

W treści par. 10 ust. 2 pkt 1 Wzoru Umowy, zamawiający uzyskał prawo do wypowiedzenia umowy w przypadku trzykrotnego naruszenia zobowiązań umownych, po upływie terminu wyznaczonego przez zamawiającego do zaprzestania. Przedmiotowe uprawnienie jest jednoznaczne i nawiązuje do instytucji odstąpienia od umowy o dzieło przewidzianej w art. 636 S 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 z późn. zm.): „Jeżeli przyjmujący zamówienie wykonywa dzieło w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową, zamawiający może wezwać go do zmiany sposobu wykonania i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin. Po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu zamawiający może od umowy odstąpić albo powierzyć poprawienie lub dalsze wykonanie dzieła innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie.”. Dodatkowo, w przypadku umowy zlecenia, w świetle art. 746 par. 1 KC, dający zlecenie może je wypowiedzieć w każdym czasie. Skoro zatem ustawodawca, przyjął jako prawidłową możliwość zakończenia umowy już po jednokrotnym naruszeniu i wezwaniu, zaś w przypadku umowy zlecenie w każdym czasie - — tym samym uprawnienie zamawiającego, o większym rygorze w przypadku większej liczby naruszeń, jest prawidłowe i jednoznaczne.

11. Zarzut opisany w pkt. III d 6. odwołania

W treści wyjaśnień i zmian dokumentów zamówienia z dnia 18 stycznia br., (pkt 9 zmian) zamawiający podjął decyzję o wyłączeniu stosowania par. 5 ust. 7-13 Ogólnych Warunków Umowy, kształtujących zasady rozliczeń wykonawcy z podwykonawcami.

Biorąc powyższe pod uwagę, w tym w szczególności wprowadzone do treści dokumentacji postępowania zmiany, orzekanie o zarzutach w kształcie przedstawionym w odwołaniu stało się bezprzedmiotowe.

Na posiedzeniu z udziałem stron odwołujący oświadczył, że co do zarzutu:

III.A – zarzut podtrzymuje,

III.B.1 – zarzut podtrzymuje,

III.B.2 – podnosi, iż dokonana przez zamawiającego modyfikacja usuwa spór pomiędzy stronami i wnosi o umorzenie postępowania,

III.B.3 – cofa zarzut,

III.C – dokonana modyfikacja usuwa spór pomiędzy stronami i wnosi o umorzenie postępowania,

III.D.1 – cofa zarzut,

III.D.2 – podnosi, iż zamawiający dokonał modyfikacji zgodnie z żądaniem, wnosi zatem o umorzenie,

III.D.3 – zamawiający uwzględnił odwołanie i zmodyfikował SWZ w zakresie kar z § 9 pkt 46, 47, w pozostałym zakresie odwołujący cofa zarzut,

III.D.4 – podtrzymuje zarzut,

III.D.5 – cofa zarzut,

III.D.6 – zamawiający dokonał modyfikacji zgodnie z żądaniem, w związku z tym wnosi o umorzenie postępowania.

Zamawiający odnosząc się do stanowiska odwołującego podniósł, że w zakresie zarzutów III.A, III.D.1, III.D.4 wnosi o oddalenie odwołania, w zakresie zarzutów cofniętych wskazuje, że w tym zakresie postępowanie winno być umorzone, natomiast co do zarzutów, których odwołujący nie cofnął, ale wnosił o umorzenie postępowania, to pozostawia ten fakt do rozstrzygnięcia przez Izbę.

Na pytanie przewodniczącej czy zamawiający wobec oświadczenia odwołującego, iż dokonane w części modyfikacje, co do których wnosił o umorzenie mimo, że nie odpowiadają w pełni jego żądaniom to usuwają spór pomiędzy stronami, zamawiający oświadcza, że przyłącza się do tego stanowiska.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. SWZ wraz z załącznikami, wyjaśnień treści SWZ oraz modyfikacji SWZ.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, że:

Zamawiający określił następujące warunki zamówienia:

II. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

1. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług przez Wykonawcę:

1) Usługi wsparcia technicznego i serwisu dla Systemu na zasadach określonych w Załączniku nr 1 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia;

2) Usługi Modyfikacji Systemu w łącznym maksymalnym wymiarze 40 000 Roboczogodzin do fakultatywnego wykorzystania przez Zamawiającego, realizowanej na podstawie odrębnego Zlecenia, na zasadach określonych w Załączniku nr 1 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia;

VII. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

1. Zamawiający określa następujące warunki udziału w postępowaniu:

2) Warunek dot. zdolności technicznej lub zawodowej: Zamawiający uzna wskazany warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że:

a) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), zrealizował (wykonał) lub – w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych - nadal realizuje

(wykonuje) w sposób należyty co najmniej:

- jedną usługę obejmującą stworzenie lub modernizację, instalację i wdrożenie systemu informatycznego w minimum 50 (pięćdziesięciu) lokalizacjach (o różnych adresach pocztowych), wykonanym w technologii webowej, o wartości nie mniejszej niż 15 000 000,00 PLN (słownie: piętnaście milionów złotych) brutto. Przez technologie webowe Zamawiający rozumie program komputerowy, który pracuje na serwerze i komunikuje się poprzez sieć komputerową z komputerem użytkownika z wykorzystaniem przeglądarki internetowej użytkownika;

- jedno zamówienie (rozumiane jako jedna umowa), które trwało co najmniej 24 miesiące, o wartości nie mniejszej niż 250 000,00 zł brutto miesięcznie (słownie: dwieście pięćdziesiąt tysięcy złotych brutto), którego przedmiotem była/jest usługa utrzymaniowa polegająca na pozostawaniu w gotowości serwisowej i gwarantowanego SLA dla błędów oraz obsługi za pomocą portalu WWW, rozpoznawaniu przyczyn i usuwaniu błędów oraz skutków błędów, rozpoznawaniu skutków awarii oraz przygotowanie i wdrażanie poprawek dla systemu teleinformatycznego:

i. posiadającego co najmniej: 5 000 użytkowników wewnętrznych, 100 000 użytkowników zewnętrznych, 50 000 000 dokumentów (plików dowolnego typu),

ii. działającego w części lub w całości w sieci Internet,

iii. posiadającego publiczne API,

iv. działającego w trybie HA (wysoka dostępność).

Zamawiający dopuszcza, aby na potwierdzenie warunków opisanych w tiret pierwsze i drugie powyżej Wykonawca wykazał się realizacją jednej, tej samej usługi/jednego tego samego zamówienia, o ile usługa ta / zamówienie to potwierdza każdy z wymogów postawionych przez Zamawiającego.

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o wykonanie zamówienia, przynajmniej jeden Wykonawca powinien samodzielnie spełniać powyższy warunek.

W przypadku podania wartości usług w walucie innej niż PLN, w celu oceny spełniania warunków Zamawiający dokona przeliczenia wskazanej kwoty na PLN według średniego kursu Narodowego Banku Polskiego obowiązującego w dniu publikacji ogłoszenia o niniejszym zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej

XV. Sposób obliczenia ceny

2. Podana w ofercie cena musi być wyrażona w złotych polskich, do dwóch miejsc po przecinku. W przypadku rozbieżności pomiędzy wartością wyrażoną słownie a liczbowo, jeśli została wskazana wartość słownie, ma ona wiążące znaczenie.

3. Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania SWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia, zgodnie z ofertą i SWZ.

4. Cenę oferty należy wskazać na formularzu ofertowym (załącznik nr 3 do SWZ), z uwzględnieniem podziału procentowego ceny. Oferta niespełniająca podziału procentowego, będzie podlegać odrzuceniu jako sprzeczna z treścią SWZ.

5. Zamawiający zastrzega, że cena za realizację przedmiotu zamówienia wskazana przez Wykonawcę w formularzu ofertowym, a także żadna cena jednostkowa nie może mieć wartości 0,00 złotych.

6. Sposób zapłaty i rozliczenia za realizację zamówienia, określone zostały w załączniku nr 2 do SWZ – wzorzec umowy.

Opis przedmiotu zamówienia:

2. Wprowadzenie Portalu Informacyjny Sądów Powszechnych, będący własnością Zamawiającego, umożliwia dostęp uprawnionym lub upoważnionym podmiotom do informacji o sprawach toczących się przed sądami powszechnymi za pośrednictwem Internetu. Zarejestrowany w Portalu Informacyjnym użytkownik otrzymuje dostęp do danych o sprawie obejmujących m. in.:

- stan sprawy, tzn. na jakim etapie procedowania znajduje się teraz proces sądowy,
- czynności wykonane przez sąd wraz z określeniem osoby odpowiedzialnej za jej wykonanie oraz daty (np. przekazanie akt biegłemu celem wydania opinii),
- wyznaczone terminy posiedzeń,
- dokumenty w sprawie wygenerowane przez sąd w postaci elektronicznej (pisma wychodzące, wyroki, postanowienia, uzasadnienia, protokoły z rozpraw),
- doręczenia dokumentów
- dane dotyczące postępowania w niższej instancji o ile takie istnieją,
- protokół elektroniczny z możliwością odsłuchania.

Korzyściami, jakie płyną z funkcjonowania Portalu, jest m. in. oszczędność czasu i pieniędzy stron i pełnomocników oraz przyspieszenie pracy sądu przez odciążenie sekretariatów od obowiązku udzielania informacji i wydawania dokumentów uczestnikom postępowań.

Portal Informacyjny w obecnym kształcie realizuje ideę pojedynczego punktu dostępu do danych o sprawach na poziomie całej apelacji, co oznacza, że istnieje 11 instancji Portalu, z których każdy posiada odrębną bazę danych. Czas dostępności Systemu wynosi 24/7 (całą dobę przez 7 dni w tygodniu). Jednym z głównych elementów Portalu Informacyjnego jest importer danych z systemów lokalnych znajdujących się w sądach. Zadaniem oprogramowa-

nia służącego do importu danych do Portalu Informacyjnego jest pobieranie danych o sprawach, doręczeni sądowych, dokumentów przeznaczonych do publikacji oraz nagrań e-protokołu z sądu do Infrastruktury centralnej i zasilanie nimi bazy danych Portalu. Celem jego działania jest kompletność, spójność i aktualność informacji dostępnych za pośrednictwem Portalu Informacyjnego. Źródłem pobieranych danych są bazy danych programów repertoryjno-biurowych zainstalowane w sądach oraz repozytoria e-protokołu. Celem niniejszego zamówienia jest zapewnienie profesjonalnego utrzymania dla Systemu. Wymagania względem Wykonawcy zostały opisane poniżej.

4. Zobowiązania Wykonawcy

4.6. Pakiety serwisowe systemu bazodanowego

Wykonawca dostarczy pakiety serwisowe na poziomie Enterprise dla posiadanych przez Zamawiającego licencji SAP HANA 2.0 Base Edition w ilości 16 sztuk (16x64GB) zawierający w szczególności:

- 1) wsparcie dla rozwiązywania błędów technicznych – 24x7 dostęp do bazy znanych problemów SAP xSearch oraz SAP Notes,
- 2) dostęp do platformy SAP Service Marketplace oraz SAP Developer Network (SDN),
- 3) dostęp do wcześniej wspomnianej możliwości aktualizowania systemów SAP zarówno od strony technicznej jak i funkcjonalnej,

4.7.3 Inne

1) Zamawiający zastrzega sobie prawo do dokonywania zmian w Systemie przez inne podmioty niż Wykonawca działające na zlecenie Zamawiającego lub MS. W wypadku, gdy nowa wersja Systemu powstała na skutek wprowadzenia zmian w Systemie przez podmiot inny niż Wykonawca, Wykonawca na polecenie Zamawiającego dokonuje dystrybucji wersji zgodnie z OPZ. Wykonawca nie odpowiada za Błędy spowodowane nieautoryzowanymi przez Wykonawcę, modyfikacjami lub konfiguracją wykonanymi przez Zamawiającego lub osoby trzecie działające w jego imieniu, zobowiązany jednak jest do ustalenia przyczyn wystąpienia Błędów i przedstawienia diagnozy Zamawiającemu. W razie sporu, co do przyczyn wystąpienia Błędów Zamawiający powoła biegłego, celem wiążącego ustalenia przyczyny wystąpienia Błędów. Koszty powołania biegłego i naprawy Błędów ponosi Strona ponosząca odpowiedzialność za powstanie Błędów. Wykonawca będzie usuwał błędy spowodowane działaniem podmiotów trzecich niezwłocznie na koszt Strony odpowiedzialnej za spowodowanie Błędu, przy czym rozliczenie nastąpi po ostatecznym rozstrzygnięciu wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych w sprawie.

2) Wykonawca zobowiązuje się do informowania bez zbędnej zwłoki Zamawiającego, w formie dokumentowej, o wszelkich zagrożeniach, przeszkodach, czy utrudnieniach powstałych w toku wykonywania usług, które mogą mieć wpływ na realizację Umowy oraz do poinformowania o proponowanych sposobach obsługi tych ryzyk.

3) Wykonawca zobowiązuje się do realizacji Usług w sposób zapobiegający utracie danych, w tym także tych, do których będzie miał dostęp w trakcie wykonywania tych usług. W przypadku, gdy wykonanie danej czynności przez Wykonawcę lub przez Zamawiającego w oparciu o rekomendację Wykonawcy wiąże się z ryzykiem utraty danych, Wykonawca zobowiązany jest poinformować o tym Zamawiającego przed przystąpieniem do wykonania takiej czynności lub z chwilą przekazania takiej rekomendacji Zamawiającemu.

4) Wszelkie zmiany w Systemie Wykonawca wykonuje wyłącznie na zlecenie Zamawiającego lub po uzyskaniu jego zgody.

4.8. Usługa wsparcia technicznego i serwisu Systemu

Wykonawca świadczy usługę wsparcia technicznego i serwisu dla Zamawiającego oraz dla wszystkich Użytkowników końcowych Systemu.

4.8.1. Zakres Usługi wsparcia technicznego i serwisu Systemu

Usługa wsparcia technicznego i serwisu Systemu obejmuje:

- 1) zadania administracji wszystkimi komponentami Systemu w Infrastrukturze systemowej,
- 2) obsługę kopii zapasowych Systemu i ich odtwarzania zgodnie z procedurami tworzenia kopii zapasowych (backup),
- 3) usuwanie Wad Systemu oraz skutków Wad Systemu, a także wszelkich negatywnych skutków spowodowanych korzystaniem z wadliwie działających wersji Systemu we wszystkich lokalizacjach funkcjonowania Systemu,
- 4) realizację Konfiguracji Systemu we wszystkich lokalizacjach funkcjonowania Systemu,
- 5) odtworzenie Systemu i przywrócenie do pełnej funkcjonalności w tym po Katastrofie (pod pojęciem Katastrofy Zamawiający rozumie uszkodzenie lub zniszczenie komponentów istniejącej Infrastruktury systemowej, kiedy do przywrócenia sprawności Systemu niezbędne są działania związane z odtwarzaniem zniszczonych zasobów sprzętowych i danych w zakresie związanym z Systemem. Wykonawca nie jest zobowiązany do dostarczenia nowej Infrastruktury sprzętowej.),
- 6) monitorowanie i rekomendowanie Zamawiającemu konieczności zainstalowania poprawek i nowych wersji, na poszczególnych elementach Systemu dla środowisk technologicznych w Infrastrukturze centralnej,
- 7) obsługa zgłoszeń Użytkowników,
- 8) zapewnienie ciągłości importu danych od Użytkowników końcowych do Systemu.

4.8.2. Zasady realizacji Usługi wsparcia technicznego i serwisu

1) Realizacja Usługi wsparcia technicznego i serwisu będzie realizowana w trybie całodobowym, przy czym będzie wykonywana w sposób niezakłócający normalnego funkcjonowania Użytkownika końcowego pomiędzy godziną 6:00 a 22:00 w Dni robocze. Wszelkie planowe działania ograniczające dostępność, responsywność i funkcjonalność Systemu mogą być prowadzone w Dni robocze godzinach od 22:00 do 6:00 i w dni wolne po uprzednim wyzna-

czeniu przez Zamawiającego okna serwisowego. W szczególnych przypadkach Zamawiający może wyznaczyć inne okno serwisowe. W każdym przypadku okno serwisowe wyznacza się min. na 14 dni kalendarzowych przed planowanymi pracami. W szczególnych przypadkach Zamawiający może zaakceptować skrócenie czasu na wyznaczenie okna serwisowego.

2) Monitorowanie dostępności aktualizacji i nowych wersji komponentów Systemu oraz ich instalacja w Infrastrukturze centralnej.

3) Realizacja Usługi wsparcia technicznego i serwisu będzie wykonywana z należytą starannością, zgodnie z wytworzoną w ramach realizacji i utrzymania Systemu Dokumentacją oraz zasadami współczesnej wiedzy technicznej.

4) Realizacja dostępu do Infrastruktury centralnej lub do Infrastruktury lokalnej odbywać się będzie przez sieć VPN udostępnioną wskazanym członkom Personelu Wykonawcy przez Zamawiającego. Dla Infrastruktury centralnej, dostęp uprzywilejowany realizowany będzie za pośrednictwem narzędzia FUDO PAM (kontrola sesji zdalnych). Dostęp VPN wymaga, aby pracownik Wykonawcy posiadał telefon do obsługi haseł oraz działania aplikacji do dwuskładnikowej autentykacji.

5) Wykonawca zapewnia obsługę niemożliwych do zdiagnozowania i usunięcia w sposób zdalny (za pośrednictwem łącza VPN lub telefonicznie) Wad na miejscu u Użytkownika Końcowego lub u Zamawiającego przez specjalistę ze strony Wykonawcy, za uprzednią zgodą Zamawiającego.

6) Wykonawca zobowiązany jest przedstawiać wraz z Protokołem odbioru wsparcia technicznego i serwisu za dany miesiąc Raport zawierający informację o zamkniętych w danym miesiącu zgłoszeniach wraz z wyjaśnieniem przekroczeń czasu ich realizacji (o ile dotyczy), zgodny ze wzorem ustalonym w porozumieniu z Zamawiającym w ciągu 30 dni od dnia zawarcia Umowy.

7) Do zgłaszania Wad na środowiskach technologicznych innych niż produkcyjne uprawniony jest wyłącznie Zamawiający

4.8.3. Rodzaje kwalifikacji Zgłoszeń oraz czas ich realizacji dla środowisk technologicznych Zamawiającego

Błąd importu danych źródłowych

Brak lub błąd importu danych z systemu źródłowego w szczególności wynikający z:

- błędu, braku lub nieaktualnej wersji usługi uruchamiającej importy danych,
- braku uprawnień użytkownika systemowego do uruchamiania usługi uruchamiającej importy danych,
- braku uprawnień użytkownika systemowego do zasobów dyskowych koniecznych do działania usługi uruchamiającej importy danych i samych importerów danych,
- błędów, braku lub nieaktualnej wersji aplikacji importerów (np. Dossier, Eprotokół, SMIPi)
- uszkodzeń lokalnych baz importerów lub API,

- błędnych zmian lub ustawień w konfiguracji lokalnej lub centralnej,
- ograniczenia lub braku dostępu do baz danych SRB i wspomagających sekretariaty sądowe (np. CAPE, CRCS/RCS), jeśli systemy te będą wykorzystywane do zasilania Systemu.
- z ograniczenia lub braku dostępu do zasobów dyskowych z nagraniami i dokumentami.

Naprawa błędów importerów lokalnych polega na pełnym przywróceniu ich funkcjonalności potwierdzonego dokonaniem skutecznego importu danych (nocny import przyrostowy).

Wykonawca powinien usunąć błąd przy wykorzystaniu narzędzi zdalnego dostępu i diagnostyki zdalnej, a w przypadku nie uzyskania dostępu do zasobów serwerów lokalnych, gdzie uruchomiona jest usługa importu, naprawa polegać musi na precyzyjnym wskazaniu przyczyn wystąpienia błędu i wsparciu Administratora Lokalnego Systemu w jego rozwiązaniu za pośrednictwem systemu zgłoszeniowego, mailowo lub telefonicznie. Do diagnozy przyczyn błędu Wykonawcy powinny posłużyć pliki konfiguracyjne i logi (importera, systemowe lub inne) uzyskane:

- samodzielnie przez Wykonawcę z Systemu za pomocą narzędzia SMIPI lub
- przekazane Wykonawcy przez Administratora, Administratora Lokalnego Systemu lub pracownika linii wsparcia.

Jeśli poziom logowania jest niewystarczający Wykonawca w ramach usługi utrzymania powinien wprowadzić konieczne zmiany do Systemu zwiększające poziom logowania.

Priorytet w systemie zgłoszeniowym - średni

Czas na usunięcie wady - Do 48 godzin od wystąpienia pierwszego ze zdarzeń :

- zidentyfikowania braku lub błędu importu (za pomocą informacji pochodzących z monitoringu Wykonawcy lub Zamawiającego, logów lub istniejących narzędzi Systemu w tym w szczególności SMIPI) lub
- daty zgłoszenia przez Zamawiającego lub Użytkownika Końcowego

4.8.4. Procedura realizacji Zgłoszeń (Awaria, Błąd Krytyczny, Błąd Niekrytyczny, Konfiguracja, Wniosek o informację)

3) Zamawiający kategoryzuje Zgłoszenia na formularzu zgłoszenia zgodnie z kwalifikacją określoną w tabeli zawierającej rodzaje kwalifikacji Zgłoszeń (pkt 4.6.3.).

Zamawiający ma prawo podnieść priorytet każdego Zgłoszenia ze względu na ważny interes Użytkowników, wydajność i bezpieczeństwo Systemu.

4) Po zmianie kategorii Zgłoszenia, jego sposób realizacji określany jest przez nową kategorię Zgłoszenia, a czas realizacji w przypadku zmiany kategorii na wyższą liczony jest od momentu poinformowania Wykonawcy o zmianie kategorii w Systemie Zgłoszeniowym.

4.9.1. Zakres usługi Modyfikacje Systemu

Maksymalna liczba roboczogodzin możliwych do zlecenia w ramach Modyfikacji wynosi 40 000.

Usługa Modyfikacji Systemu obejmuje:

1) Modyfikacje Systemu;

2) przygotowywanie dokumentów analitycznych i innych dokumentów oraz projektów zmian w Systemie, w tym również aktualizacja Dokumentacji, przygotowywanie opinii na temat wykorzystania w Systemie nowych technologii lub sprzętu (dalej: „Prace analityczne”). Zamawiający może zlecić w ramach puli Roboczogodzin przeznaczonych na Modyfikacje Systemu Prace analityczne. Procedury zlecenia i odbioru Modyfikacji Systemu stosuje się odpowiednio do zlecenia i odbioru Prac analitycznych

4.11. Usługa wsparcia (UW)

4.11.1 Zakres Usługi wsparcia

2) Usługa realizowana jest przez cały okres trwania Umowy, przy czym po upływie pierwszych pełnych 6 miesięcy liczonych od pierwszego dnia kalendarzowego następnego miesiąca po zawarciu Umowy zamawiający może zrezygnować ze świadczenia Usługi wsparcia poprzez złożenie oświadczenia na koniec danego miesiąca ze skutkiem od następnego miesiąca. W przypadku rezygnacji Zamawiającego z Usługi wsparcia Wykonawcy nie przysługują żadne roszczenia wobec Zamawiającego

Wzór umowy:

§ 1.

Przedmiot Umowy

1. Przedmiotem Umowy jest świadczenie przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego:

1) Usługi wsparcia technicznego i serwisu dla Systemu na zasadach określonych w Załączniku nr 1 do Umowy – Opis przedmiotu zamówienia;

2) Usługi Modyfikacji Systemu w łącznym maksymalnym wymiarze 40.000 Roboczogodzin do fakultatywnego wykorzystania przez Zamawiającego, realizowanej na podstawie odrębnego Zlecenia, na zasadach określonych w Załączniku nr 1 do Umowy – Opis przedmiotu zamówienia;

§ 9. Kary umowne

1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w następujących sytuacjach i następujących wysokościach:

2) w przy braku informowania bez zbędnej zwłoki Zamawiającego, w formie pisemnej, o wszelkich zagrożeniach, przeszkodach, czy utrudnieniach powstałych w toku wykonywania Usług, które mogą mieć wpływ na realizację Umowy, oraz do poinformowania o proponowanych sposobach obsługi tych ryzyk Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 1.000,00 zł (słownie: tysiąc złotych 00/100) za każde uchybienie;

26) za każdy przypadek naruszenia ochrony danych osobowych skutkującego nieuprawnionym ujawnieniem lub nieuprawnionym dostępem do danych osobowych, do którego dojdzie z wyłącznej winy Wykonawcy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 100.000,00 zł (słownie: sto tysięcy złotych 00/100);

30) w przypadku zwłoki w usunięciu Błędu importu danych źródłowych, w terminie o którym mowa w Załączniku nr 1 do Umowy – Opis przedmiotu zamówienia, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 1.000,00 zł (słownie: jeden tysiąc złotych 00/100)

43) w przypadku, o którym mowa w § 8 ust. 2 lit. a - lit. e Załącznika nr 1 do Umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych OWU PPDO Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) za każdy przypadek;

44) w przypadku, o którym mowa w § 8 ust. 2 lit. f Załącznika nr 1 do Umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych OWU PPDO Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 2.000,00 zł (słownie: dwa tysiące złotych 00/100) za każdy przypadek;

45) w przypadku niedochowania terminu określonego Wykonawcy do usunięcia uchybień i poprawy poziomu bezpieczeństwa przetwarzanych danych osobowych, o którym mowa w § 8 ust. 3 Załącznika nr 1 do Umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych OWU PPDO Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) za każdy przypadek;

46) w przypadku zwłoki w przedstawieniu kopii umowy w terminie wskazanym w § 4 ust. 4 OWU PPDO Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 100,00 zł (słownie: sto złotych 00/100) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;

47) w przypadku niedochowania terminu określonego Wykonawcy, o którym mowa w § 8 ust. 5 OWU PPDO Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 1.000,00 zł (słownie: tysiąc złotych 00/100) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;

3. Łączna maksymalna wysokość kar umownych naliczonych zgodnie z postanowieniami ust. 1 i ust. 2, nie może przekroczyć 100% wynagrodzenia, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy.

§ 10. Rozwiązanie Umowy

2. Zamawiający jest uprawniony do wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym, w terminie 60 (sześćdziesiąt) dni od dnia zaistnienia okoliczność uzasadniającej wypowiedzenie Umowy, w następujących przypadkach:

1) Wykonawca naruszył trzykrotnie którekolwiek ze swoich zobowiązań wynikających z przepisów prawa lub z treści Umowy i nie zaprzestał naruszeń w terminie, nie krótszym niż trzy Dni robocze, wyznaczonym przez Zamawiającego. Wezwanie musi być dokonane w formie pisemnej;

OGÓLNE WARUNKI UMOWY

§ 5. Zasady rozliczeń

7. Rozliczenie pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą za prace wykonane przez Podwykonawcę/dalszego Podwykonawcę nastąpi po dostarczeniu Zamawiającemu przez Wykonawcę

oświadczenia Podwykonawcy/dalszego Podwykonawcy w zakresie tego, że otrzymał od Wykonawcy/Podwykonawcy całe należne mu wynagrodzenie lub kopii faktur lub rachunków potwierdzających dokonanie zapłaty wymagalnego wynagrodzenia Podwykonawcy/ dalszemu Podwykonawcy, potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę wraz z potwierdzeniem dokonania przelewu. W przypadku niedostarczenia dokumentów, o których mowa w zdaniu poprzednim, należność przekazywana Wykonawcy za wykonanie przedmiotu Umowy zostanie pomniejszona o kwotę wynikającą z Umowy zawartej pomiędzy Wykonawcą a Podwykonawcą/Podwykonawcą a dalszym Podwykonawcą.

8. Zamawiający dokonuje bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy, który zawarł zaakceptowaną przez Zamawiającego umowę o podwykonawstwo/dalsze podwykonawstwo, w przypadku uchylenia się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez Wykonawcę, Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 8 niniejszego paragrafu, dotyczy wyłącznie należności powstałych po przedłożeniu Zamawiającemu poświadczonej za zgodność z terminu na zgłoszenie zastrzeżeń.

10. Bezpośrednia zapłata obejmuje wyłącznie należne wynagrodzenie, bez odsetek należnych Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy.

11. Przed dokonaniem bezpośredniej zapłaty Zamawiający poinformuje Wykonawcę o możliwości zgłoszenia w formie pisemnej uwag dotyczących zasadności bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy, o którym mowa w ust. 8, w terminie 7 Dni roboczych od dnia doręczenia tej informacji.

12. W przypadku zgłoszenia uwag, o których mowa w ust. 11, Zamawiający może:

- 1) nie dokonać bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy, jeżeli Wykonawca wykaże niezasadność takiej zapłaty albo,
- 2) złożyć do depozytu sądowego kwotę potrzebną na pokrycie wynagrodzenia Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy w przypadku istnienia uzasadnionej wątpliwości Zamawiającego, co do wysokości należnej zapłaty lub podmiotu, któremu płatność się należy, albo
- 3) dokonać bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy, jeżeli Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca wykaże zasadność takiej zapłaty.

W przypadku dokonania bezpośredniej zapłaty Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy, o której mowa w ust. 8, Zamawiający potrąca kwotę wypłaconego wynagrodzenia z wynagrodzenia należnego Wykonawcy.

Izba ustaliła, że w dniu 18 stycznia 2021 r. zamawiający dokonał wyjaśnień i modyfikacji treści SWZ w następujący sposób:

Pytanie nr 30. Dotyczy punktu 4.8.3

W przypadku błędu krytycznego w zapisach OPZ znajduje się odwołanie "lub praca Systemu niezgodna z Dokumentacją". Z kolei w definicji błędu niekrytycznego nie ma żadnego odniesienia do dokumentacji, za to znajduje się wiele zapisów, których klasyfikacja jest subiektywna (np. konieczność zbędnych kliknięć, błędne etykiety, braki komunikatów). Takie zapisy powodują brak możliwości rzetelnego oszacowania kosztów obsługi tego typu zgłoszeń.

Odpowiedź:

W ocenie Zamawiającego, ww. postanowienie jest czytelnym i jasnym, a tym samym brak jest podstaw do jego modyfikacji.

Pytanie nr 31. Dotyczy punktu 4.8.4

Proszę o przedstawienie w jaki sposób Zamawiający opisuje zgłoszenia. Czy w zgłoszeniu znajdują się wszystkie niezbędne Wykonawcy dane, tj. scenariusz odtworzenia błędu, dane testowe, użytkownik, na którym Wykonawca samodzielnie może odtworzyć problem.

Odpowiedź:

Zgłoszenia formułowane są zarówno przez pierwszą, drugą linię wsparcia systemu oraz przez samych użytkowników systemu. Zamawiający nie może w związku z tym zagwarantować, że wszystkie niezbędne informacje znajdą się w takim zgłoszeniu, również dlatego, że osoba zgłaszająca nie posiada informacji o przyczynie incydentu, stąd może nie być świadoma o potrzebie podania jednej z informacji. Zadaniem Wykonawcy jako podmiotu wyspecjalizowanego w utrzymaniu Systemu jest pozyskanie wszelkich informacji, które pomogą mu w usunięciu incydentu.

Pytanie nr 32. Dotyczy punktu 4.8.4

Wykonawca jest uprawniony do trzykrotnego zwrócenia się do Użytkownika Końcowego o udzielenie wyjaśnień. Czas odpowiedzi Użytkownika Końcowego nie jest w takim wypadku wliczany do czasu realizacji Zgłoszenia." Co Zamawiający przewiduje w sytuacji, gdy trzykrotne zwrócenie się o udzielenie wyjaśnień nie przyniesie rezultatu, zakładając brak winy lub złej woli po stronie Wykonawcy?

Odpowiedź:

Zamawiający wyjaśnia, że każdorazowo, kiedy Wykonawca zwróci się z zapytaniem do Użytkownika Końcowego o udzielenie wyjaśnień więcej niż trzykrotnie, czas odpowiedzi będzie wliczany w czas realizacji Zgłoszenia.

Jednocześnie zamawiający dokonał modyfikacji SWZ w następujący sposób:

3) w rozdz. 4.8.3 OPZ, kolumna „Rodzaj problemu - Błąd importu danych źródłowych”
Zamawiający dodaje treść:

„Szczegółowa procedura realizacji Zgłoszenia, którego źródło zidentyfikowane zostało po stronie Użytkownika Końcowego w lokalnej Infrastrukturze systemowej opisana jest w pkt. 4.8.4(1)”;

4) w OPZ, po rozdz. 4.8.4 dodaje się rozdz. 4.8.4(1) o treści:

„4.8.4(1) Szczególna procedura realizacji zgłoszeń typu Błąd importu danych źródłowych w Infrastrukturze systemowej (lokalnej)

Procedura obsługi zgłoszeń dla Błędu importu danych źródłowych, których źródło zidentyfikowane zostało po stronie Użytkownika Końcowego w lokalnej Infrastrukturze systemowej.

1. Jeśli ze wstępnej analizy zgłoszenia w tym z logów pobranych za pomocą SMIPi wynika, że problem dotyczy części lokalnej infrastruktury systemowej (Użytkownik Końcowy - po stronie sądu), Wykonawca musi ciągu 2 godzin (w godzinach pracy sądu – Użytkownika Końcowego) wysłać za pomocą systemu zgłoszeniowego żądanie do Użytkownika Końcowego nawiązania kontaktu za pomocą narzędzia pomocy zdalnej i przekazania mu nr.

kontaktowego wykorzystywanego do połączenia głosowego podczas sesji pomocy zdalnej.

2. Przekazanie zgłoszenia do Użytkownika Końcowego wstrzymuje bieg czasu realizacji Zgłoszenia po stronie Wykonawcy.

3. W przypadku braku odpowiedzi od Użytkownika Końcowego lub braku danych koniecznych do zestawienia połączenia zdalnego, Wykonawca po 24 godzinach musi przejąć zgłoszenie i przekazać zgłoszenie do II linii wsparcia, co wstrzymuje bieg czasu realizacji zgłoszenia po stronie Wykonawcy. Pozostawienie zgłoszenia przez Wykonawcę powyżej 24 godzin po stronie Użytkownika Końcowego wznawia bieg terminu realizacji zgłoszenia po stronie Wykonawcy.

4. Po ustaleniu terminu połączenia zadanego przez II linię wsparcia, zgłoszenie zostaje przekazane do Wykonawcy, który podejmując to zgłoszenie, ma prawo w oczekiwaniu na nawiązanie połączenia zdalnego przekazać zgłoszenie do Użytkownika Końcowego, co wstrzymuje czas realizacji zgłoszenia po stronie Wykonawcy.

5. Po zakończonej sesji połączenia zdalnego, Użytkownik Końcowy przekazuje zgłoszenie do Wykonawcy, a jeśli tego nie zrobi, Wykonawca sam przejmuje zgłoszenie na siebie. Zakończenie sesji połączenia zdalnego wznawia termin realizacji zgłoszenia dla Wykonawcy.

6. Wykonawca dołoży należytych starań, by minimalizować czas połączenia zdalnego, a bezczynność Wykonawcy podczas połączenia zdalnego powyżej 10 minut będzie traktowana jak zakończenie połączenia.

7. Podczas sesji nadzorowanego połączenia zdalnego, Wykonawcy musi asystować przedstawiciel Użytkownika Końcowego (administrator systemu), który będzie w ciągłym kontakcie telefonicznym z Wykonawcą.

8. Podczas sesji zadanej Wykonawca musi zebrać wszelkie wymagane do naprawy problemu informacje i/lub dokonać koniecznych napraw.

9. Wykonawca może dodatkowo trzykrotnie dopytać (także połączyć się zdalnie zgodnie ze wcześniejszymi krokami) Użytkownika Końcowego o informacje uzupełniające, konieczne

do naprawy zgłoszenia zgodnie z zapisem 4.8.4 pkt. 6 lub może przekazać Użytkownikowi Końcowemu rozwiązanie problemu.

10. Trzy pierwsze pytania (w tym połączenia zdalne) kierowane w ramach obsługi zgłoszenia do Użytkownika Końcowego wstrzymują czas realizacji do chwili udzielenia odpowiedzi lub zakończenia połączenia zdalnego. Kolejne pytania (w tym połączenia zdalne) i czas udzielania odpowiedzi (realizacji połączenia) wliczają się czas realizacji zgłoszenia po stronie Wykonawcy.

11. Wykonawca zobowiązany jest po wdrożeniu rozwiązania problemu zweryfikować poprawność naprawianego Błędu importu i zamknąć zgłoszenie lub w szczególnych przypadkach przekazać je do II linii wsparcia, o ile takie było żądanie ze strony II linii wsparcia lub Zamawiającego. Niedopuszczalna jest sytuacja przekazanie zgłoszenia bez dostarczenia finalnego rozwiązania tj. ujawnienia importowanych danych w Portalu Informacyjnym lub Panelu Administracyjnym.

a) W przypadku przekroczenia czasu 48 godzin przewidzianych umownie na realizację zgłoszenia (sumaryczny czas realizacji zgłoszenia, niezależnie od linii wsparcia, na której zgłoszeniu przebywało), przed Zamknięciem zgłoszenia Wykonawca załącza w systemie zgłoszeniowym:

a) Szczegółowy Raport Realizacji Zgłoszenia (SRRZ) zawierający, nr incydentu/zgłoszenia, czasy skrajne poszczególnych działań/zdarzeń, czas trwania poszczególnych działań/zdarzeń, ewentualne uwagi oraz wykazuje ewentualny czas przekroczenia realizacji całości zgłoszenia. Zamknięcie zgłoszenia bez SRRZ będzie uważane za nieskuteczne do czasu zamieszczenia tego raportu. Format SRRZ (plik Excel) zostanie uzgodniony na spotkaniu inicjującym utrzymanie.

b) Raport konfiguracji SMIPI wykonany na serwerze w lokalnej infrastrukturze systemowej, gdzie zainstalowane są usługi importu danych, eProtokołu i SMIPI. Wszystkie usługi importu wg. raportu muszą być sprawne.

12. Narzędzie TeamViewer Corporate Edition dla Wykonawcy do obsługi połączeń zdalnych dostarcza Zamawiający. Użytkownik Końcowy korzysta z narzędzia TeamViewer QuickSupport. Ewentualna zmiana narzędzia nie wymaga aneksowania Umowy.

13. Kategoryczna odmowa udzielenia dostępu zdalnego Wykonawcy przez Użytkownika Końcowego do infrastruktury lokalnej systemu, nie zwalnia Wykonawcy z realizacji zgłoszenia, jednak priorytet zgłoszenia zostaje automatycznie obniżony do Błędu niekrytycznego (5 dni roboczych), o czym Wykonawca informuje Zamawiającego w treści zgłoszenia i w SRRZ wskazując zdarzenie odmowy dostępu zdalnego ze strony Użytkownika Końcowego. Raport SMIPI wykonuje z dedykowanej stacji przesiadkowej, a w szczególnych przypadkach po uzyskaniu zgody Zamawiającego z własnego komputera podłączonego poprzez VPN do sieci WAN MS sądów.

14. Wykonawca w celu rozwiązania zgłoszenia typu Błąd importu danych źródłowych musi świadczyć Użytkownikowi Końcowemu wsparcie w obrębie działania Systemu m.in. z zakresu:

- a) infrastruktury systemowej,
- b) prawidłowej konfiguracji systemu Windows,
- c) konfiguracji reguł zapory aplikacyjnej zainstalowanej na serwerze Windows,
- d) konfiguracji usługi importującej,
- e) definiowania dostępu i nadawania uprawnień do zasobów lokalnych i zdalnych,
- f) definiowania użytkowników wymaganych do działania oprogramowania importującego.”;

5) w rozdz. 4.8.4 pkt 3 OPZ otrzymuje brzmienie:

„3) Zamawiający kategoryzuje Zgłoszenia na formularzu zgłoszenia zgodnie z kwalifikacją określoną w tabeli zawierającej rodzaje kwalifikacji Zgłoszeń (pkt 4.6.3.). Zamawiający ma prawo dokonać korekty kwalifikacji każdego Zgłoszenia w celu dostosowania, zgodnie z rzeczywistym stanem faktycznym, kategorii Zgłoszenia według kwalifikacji określonej w tabeli zawierającej rodzaje kwalifikacji Zgłoszeń.”;

6) rozdz. 4.9.1. OPZ otrzymuje brzmienie:

„Maksymalna liczba roboczogodzin możliwych do zlecenia w ramach Modyfikacji wynosi 40 000, a minimalna liczba roboczogodzin jaka zostanie zlecona wynosi 5.000.

Usługa Modyfikacji Systemu obejmuje:

- 1) Modyfikacje Systemu;
- 2) przygotowywanie dokumentów analitycznych i innych dokumentów oraz projektów zmian w Systemie, w tym również aktualizacja Dokumentacji, przygotowywanie opinii na temat wykorzystania w Systemie nowych technologii lub sprzętu (dalej: „Prace analityczne”). Zamawiający może zlecić w ramach puli Roboczogodzin przeznaczonych na Modyfikacje Systemu Prace analityczne. Procedury zlecenia i odbioru Modyfikacji Systemu stosuje się odpowiednio do zlecenia i odbioru Prac analitycznych.”;

8) w § 1 w ust. 1 pkt 2 Wzoru Umowy otrzymuje brzmienie:

„2) Usługi Modyfikacji Systemu w łącznym maksymalnym wymiarze 40.000 Roboczogodzin do fakultatywnego wykorzystania przez Zamawiającego (z tym zastrzeżeniem, że minimalny wymiar Usług Modyfikacji Systemu wynosi 5.000 Roboczogodzin) realizowane na podstawie odrębnego Zlecenia, na zasadach określonych w Załączniku nr 1 do Umowy – Opis przedmiotu zamówienia;”;

9) w § 1 Wzoru Umowy, po ust. 2 dodaje się ust. 3 o treści:

„3. W zakresie nieuregulowanym w Umowie zastosowanie mają postanowienia Ogólnych Warunków Umowy – załącznika nr 2 do Umowy, z tym zastrzeżeniem, że Strony wyłączają stosowanie § 5 ust. 7-13 Ogólnych Warunków Umowy.”.

10) w § 9 ust. 1 pkt 8 i 9 Wzoru Umowy otrzymują brzmienie:

„8) w przypadku braku organizacji spotkania w ramach transferu wiedzy, w terminie wskazanym w pkt. 4.1.5 lit. a Załącznika nr 1 – OPZ, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100). Kara umowna, o której mowa w zdaniu poprzedzającym naliczana jest odrębnie dla każdego spotkania;

9) w przypadku zwłoki w udzieleniu konsultacji lub odpowiedzi na pytania lub zagadnienia w ramach transferu wiedzy, w terminie wskazanym w pkt. 4.1.5 lit. b Załącznika nr 1 – OPZ, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 500,00 zł (słownie: pięćset złotych 00/100) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;”;

11) w § 9 ust. 1 Wzoru Umowy wykreśla się pkt 2, 46 i 47;

12) w § 9 ust. 3 Wzoru Umowy otrzymuje brzmienie:

„3. Łączna maksymalna wysokość kar umownych naliczonych zgodnie z postanowieniami ust. 1 i ust. 2, nie może przekroczyć 60% wynagrodzenia, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy.”;

13) w § 10 ust. 3 Wzoru Umowy otrzymuje brzmienie:

„3. Najwcześniej po upływie 18 miesięcy od dnia zawarcia Umowy, Zamawiający jest uprawniony do rozwiązania Umowy z zachowaniem trzymiesięcznego okresu wypowiedzenia. Rozwiązanie Umowy nie wyłącza odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu udzielonej gwarancji na wykonane Usługi wsparcia technicznego i serwisu oraz odebrane Modyfikacje, a z tytułu rozwiązania Umowy, nie przysługują Wykonawcy żadne roszczenia odszkodowawcze, w tym roszczenie o zwrot nakładów lub poczynionych wydatków.”

14) § 10. Zmiany Umowy Wzoru Umowy, otrzymuje brzmienie:

„§ 11. Zmiany Umowy”;

15) w załączniku nr 3 do SWZ – Formularz ofertowy, ust. 1 otrzymuje brzmienie:

Zamawiający określił minimalny i maksymalny aprobowany podział i oczekiwał podania podziału zaoferowanego przez wykonawcę. Aprobowany podział ukształtował w następujący sposób:

Usługi wsparcia technicznego i serwisu dla Systemu - 38,16 – 46,64 %

Usługi Modyfikacji Systemu w łącznym maksymalnym wymiarze 40.000 Roboczogodzin - 36,44 – 44,54 %

Usługa wsparcia - 5,56 – 6,8 %

Dostawa pakietów serwisowych dla systemu operacyjnego - 0,3-0,36 %

Dostawa pakietów serwisowych dla Urządzeń - 0,53 – 0,65 %

Dostawa pakietów serwisowych dla systemu bazodanowego - 9,01 – 11,01 %

SUMA - 90-110 %

16) w rozdz. VIII ust. 11 pkt 3 SWZ otrzymuje brzmienie:

„3) wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane w okresie ostatnich 3 miesięcy;”.

17) w rozdz. II ust. 1 pkt 2 SWZ otrzymuje brzmienie:

„2. Usługi Modyfikacji Systemu w łącznym maksymalnym wymiarze 40.000 Roboczogodzin do fakultatywnego wykorzystania przez Zamawiającego (z tym zastrzeżeniem, że minimalny wymiar Usług Modyfikacji Systemu wynosi 5.000 Roboczogodzin), realizowane na podstawie odrębnego Zlecenia, na zasadach określonych w Załączniku nr 1 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia;”.

W związku z powyższym, zamawiający dokonał zmiany terminu składania i otwarcia ofert oraz terminu związania ofertą informując, że:

- 1) termin składania ofert upływa w dniu 26 stycznia 2022 r. o godz. 11:00;
- 2) otwarcie ofert nastąpi w dniu 26 stycznia 2022 r. o godz. 12:00;
- 3) termin związania ofertą upływa w dniu 25 kwietnia 2022 r.

Ze sprostowania ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 stycznia 2022 r. wynika, że zamawiający zmodyfikował sporny warunek w następujący sposób:

Zgodnie z przesłanym ogłoszeniem, zamawiający określił ww. warunek w następujący sposób:

„ — jedno zamówienie (rozumiane jako jedna umowa), które trwało co najmniej 24 miesięcy, o wartości nie mniejszej niż 250 000,- zł brutto miesięcznie (słownie: dwieście pięćdziesiąt tysięcy złotych brutto), którego przedmiotem była/jest usługa utrzymaniowa polegająca na pozostawaniu w gotowości serwisowej i gwarantowanego SLA dla błędów oraz obsługi za pomocą portalu WWW, rozpoznawaniu przyczyn i usuwaniu błędów oraz skutków błędów, rozpoznawaniu skutków awarii oraz przygotowanie i wdrażanie poprawek dla systemu teleinformatycznego, posiadającego co najmniej:

- iii. 5 000 aktywnych użytkowników wewnętrznych logujących się do systemu za pomocą unikalnego identyfikatora oraz

- iv. 100 000 aktywnych użytkowników zewnętrznych logujących się do systemu za pomocą unikalnego identyfikatora,
oraz posiadającego co najmniej 1 z 3 wymienionych poniżej cech z punktów iii-v:
 - V. co najmniej 50 000 000 dokumentów (plików dowolnego typu),
 - VI. co najmniej 300 000 komunikatów na dobę (przetwarzanych i zapisywanych z oznaczeniem czasu i daty) liczonych jako średnia dobowa z 6 następujących po sobie miesiącach kalendarzowych,
rozumianych jako spersonalizowana dla użytkownika informacja wysłana przez system do aktywnego użytkownika końcowego posiadającego unikalny login w systemie drogą elektroniczną,
- ix. co najmniej 1 000 000 miesięcznego przyrostu zapisów w systemie rozumianych jako nowy wpis informacji biznesowej do repozytorium danych systemu (informacji kompletnej z punktu widzenia biznesowego, nie pojedynczej krotki, nie zdarzenia systemowego) a także:
 - x. działającego w części lub w całości w sieci Internet oraz
 - xi. posiadającego publiczne API oraz
 - xii. działającego w trybie HA (wysoka dostępność).”

Z Opisu Przedmiotu Zamówienia w postępowaniu na Modyfikację i utrzymanie Portalu Informacyjnego Sądów Powszechnych realizowanego w ramach projektu „Wdrożenie protokołu elektronicznego w sądach powszechnych (sprawy cywilne i wykroczeniowe)” wynika, że ówczesny zamawiający zdefiniował Błąd importu danych źródłowych jako Brak lub błąd importu danych z systemu źródłowego niewynikający z przyczyn leżących po stronie sądu źródłowego lub infrastruktury sieciowej WAN. Brak reakcji na zidentyfikowane problemy Importu danych niezależnie od źródła powstania przyczyny – priorytet średni – czas na usunięcie błędu - do 48 godzin od zgłoszenia przez Zamawiającego lub Użytkownika.

Z przykładowego raportu z obsługi incydentu dotyczącego Błędu importu danych wygenerowany na podstawie obecnie realizowanej przez odwołującego umowy wynika, że błąd importu może być wynikiem działania błędu ludzkiego po stronie sądu i że zgłoszenie dotyczące wielokrotnego odbierania dostępu wpłynęło 28 października 2021 r. natomiast ustalanie przyczyn błędu rozpoczęło się 3 listopada 2021 r., a zgłoszenie zostało zamknięte 10 listopada 2021 r.

Ocena materiału dowodowego zgromadzonego przez Izbę :

Izba oceniła zgromadzony materiał dowodowy jako wiarygodny, kompletny i umożliwiający Izbie wydanie rozstrzygnięcia.

Izba oceniła, że niemożliwe jest porównanie definicji błędu importu danych przyjęte na potrzeby postępowania będącego podstawą tego sporu i definicji zawartej w postępowaniu na

Modyfikację i utrzymanie Portalu Informacyjnego Sądów Powszechnych realizowanego w ramach projektu „Wdrożenie protokołu elektronicznego w sądach powszechnych (sprawy cywilne i wykroczeniowe)” z uwagi na to, że odwołujący przedstawił jedynie wyciąg z Opisu przedmiotu zamówienia, w realizowanej przez niego obecnie umowie, co nie pozwala ustalić zakresu zamówionej w tamtym postępowaniu usługi wsparcia. Tym samym dowód ten, nie służy wykazaniu tezy dowodowej, na którą był powołany, a więc w celu wykazania, że w poprzednim postępowaniu definicja była prawidłowa, natomiast obecnie jest to definicja zbyt szeroka. Bez ustalenia zakresu obowiązków wykonawcy w obu postępowaniach, nie można ustalić, czy zakres odpowiedzialności wykonawcy był tożsamy i jak ówczesny zamawiający ukształtował usługę wsparcia w odniesieniu do styku współdziałania Sytemu Portalu Informacyjnego z innymi systemami, czy też współdziałania z Użytkownikami Końcowymi.

Izba natomiast ustaliła, że celem prowadzonego postępowania jest oprogramowanie służące do importu danych do Portalu Informacyjnego, czyli zapewnienie realizacji pobierania danych o sprawach, doręczeniach sądowych, dokumentów przeznaczonych do publikacji oraz nagrań e-protokołu z sądu do Infrastruktury centralnej i zasilanie nimi bazy danych Portalu. Celem jego działania jest kompletność, spójność i aktualność informacji dostępnych za pośrednictwem Portalu Informacyjnego. Źródłem pobieranych danych są bazy danych programów repertoryjno-biurowych zainstalowane w sądach oraz repozytoria e-protokołu. Celem niniejszego zamówienia jest zapewnienie profesjonalnego utrzymania dla Systemu.

Z powyższego opisu w ocenie Izby wynika, że zamawiający oczekuje odpowiedzialności wykonawcy za zapewnienie prawidłowego importu danych z programów (systemów) zamawiającego. Nadto zamawiający opisując zakres usługi wsparcia wskazał, że :

4.8. Usługa wsparcia technicznego i serwisu Systemu

Wykonawca świadczy usługę wsparcia technicznego i serwisu dla Zamawiającego oraz dla wszystkich Użytkowników końcowych Systemu.

4.8.1. Zakres Usługi wsparcia technicznego i serwisu Systemu

Usługa wsparcia technicznego i serwisu Systemu obejmuje m. in.:

6) monitorowanie i rekomendowanie Zamawiającemu konieczności zainstalowania poprawek i nowych wersji, na poszczególnych elementach Systemu dla środowisk technologicznych w Infrastrukturze centralnej,

7) obsługa zgłoszeń Użytkowników,

8) zapewnienie ciągłości importu danych od Użytkowników końcowych do Systemu.

W ocenie Izby tak zakreślony przedmiot usługi wsparcia obejmuje wszelkie zgłoszenia pochodzące od użytkowników, nie tylko te które bezpośrednio dotyczą oprogramowania do importu danych, a nadto zamawiający wymaga od wykonawcy zapewnienia ciągłości importu danych od użytkowników końcowych do systemu, bez ustalenia, że wykonawca nie odpowiada za brak tej ciągłości w sytuacji zależnej od użytkownika końcowego czy działania in-

nego oprogramowania lub systemu, z którego dane są importowane. Te postanowienia SWZ nie uległy zmianie od momentu wszczęcia postępowania. Nie kwestionował ich również odwołujący. W ocenie Izby zatem elementem przedmiotu zamówienia jest szeroko zakreślona usługa wsparcia, której elementem stanowiącym o celu przedmiotowego postępowania jest zapewnienie prawidłowego działania importu danych. Oznacza to, że zamawiający oczekuje obsługi w ramach zapewnienia ciągłości importu danych w sposób kompletny, spójny i aktualny, co przekłada się na zakres usługi Wsparcia w ramach której zamawiający oczekuje diagnozowania, identyfikowania i usuwania błędów importu danych niezależnie od źródła tego błędu. Należy zauważyć, że gdy zamawiający zamierzał ograniczyć odpowiedzialność wykonawcy za błędy mogące wynikać z działań osób trzecich, to wyraźnie to wskazał – tak jak w pkt. 4.7.3 OPZ.

W pkt. 14 pkt. 4.8.4. (1) w ocenie Izby doszło jedynie do doprecyzowania pojęć związanych z obsługą zgłoszeń i zapewnieniem ciągłości importu danych w ten sposób, że „wykonawca w celu rozwiązania zgłoszenia typu Błąd importu danych źródłowych musi świadczyć Użytkownikowi Końcowemu wsparcie w obrębie działania Systemu m.in. z zakresu:

- a) infrastruktury systemowej,
- b) prawidłowej konfiguracji systemu Windows,
- c) konfiguracji reguł zapory aplikacyjnej zainstalowanej na serwerze Windows,
- d) konfiguracji usługi importującej,
- e) definiowania dostępu i nadawania uprawnień do zasobów lokalnych i zdalnych,
- f) definiowania użytkowników wymaganych do działania oprogramowania importującego.”

Izba ustaliła zatem, że zakres odpowiedzialności wykonawcy za błąd importu danych, jest adekwatny do celu zawartej umowy, jak i uzasadniony potrzebą zamawiającego zapewnienia ciągłości importu.

Dokumentacji technicznej Portal Informacyjnego wynika, że

„3.2 Powiązania z innymi systemami

W chwili obecnej system Portal Informacyjny jest powiązany z systemami informatycznymi sądów za pomocą agentów importujących dane. W każdym sądzie jest zainstalowany agent, którego zadaniem jest pobieranie danych o sprawach oraz wskazanych dokumentów z sądu do infrastruktury centralnej i zasilanie nimi bazy danych Portalu. Celem tego działania jest kompletność, spójność i aktualność informacji dostępnych za pośrednictwem Systemu. Źródłem pobieranych danych są bazy danych programów repertoryjno-biurowych zainstalowane w sądach. Program importuje dane z 1354 baz systemu SAWA, 112 baz systemu Sędzia2 oraz 2 baz systemu Peaetor.

Dodatkowym punktem styku pomiędzy systemami jest powiązanie z wideoterminalem CVT. Aktualnie jest jedynie możliwość przeprowadzania wideokonferencji za pomocą wideotermini-

nała CVT bez modułu wspierającego planowanie wideokonferencji poprzez ręczne ustawienie połączenia.”

Nadto zamawiający w następujący sposób zdefiniował pojęcia:

Użytkownik wewnętrzny - Pracownicy Zamawiającego, MS oraz Użytkowników końcowych, osoby świadczące usługi na rzecz Zamawiającego/MS/Użytkowników końcowych na podstawie umów cywilno-prawnych lub odbywające praktykę/staż/aplikację, lub osoby zatrudnione w innych podmiotach jednostek organizacyjnych podległych MS lub przez niego nadzorowanych, którym zostały nadane przez Zamawiającego uprawnienia dostępu do Systemu.

Użytkownik zewnętrzny - Osoba korzystająca z funkcjonalności zaimplementowanych w Systemie dostępnych w Internecie niezaliczona do grupy Użytkowników wewnętrznych, w tym osoby fizyczne i osoby prawne, pracownicy innych instytucji i firm, które korzystają z Systemu na podstawie postanowień odrębnych umów zawartych przez Zamawiającego z tymi podmiotami lub na podstawie przepisów obowiązującego prawa.

Pomiędzy stronami nie było sporne, że przedmiot zamówienia dotyczy obsługi około 200 000 użytkowników wewnętrznych i 200 000 użytkowników zewnętrznych. Odwołujący nie przeczył tym danym podanym przez zamawiającego, ani nie kierował zarzutów lub żądań do zakresu doświadczenia zawodowego w odniesieniu do ilości użytkowników zewnętrznych i wewnętrznych. Odwołujący jedynie twierdził, że sformułowane w warunku wymogi nie są możliwe do spełnienia dla oczekiwanej wartości kontraktu przedstawianego jako doświadczenie i w powiązaniu łącznym z wymogiem 50 000 000 dokumentów. Odwołujący w tym zakresie wskazywał, że jest wykonawcą zamówienia Modyfikację i utrzymanie Portalu Informacyjnego Sądów Powszechnych realizowanego w ramach projektu „Wdrożenie protokołu elektronicznego w sądach powszechnych (sprawy cywilne i wykroczeniowe)” jednakże poza niesporną okolicznością, że wartość tego zamówienia jest wielokrotnie niższa od wartości przedmiotowego zamówienia, odwołujący tezy o adekwatności tego doświadczenia nie poparł jakimkolwiek środkiem dowodowym. Izba analizując treść dokumentacji technicznej Portalu Informacyjnego dostrzegła, że proces biznesowy dotyczący protokołu elektronicznego jest jednym z elementów dotyczących Portalu Informacyjnego, a odwołujący nie wykazał, że przedmiotem tamtego zamówienia była obsługa dostępu do protokołu elektronicznego w tym integracja z systemem CRCS/RCS w zakresie wysłania wniosku i odebrania statusu oraz lokalizacji wnioskowanego pliku i pobierania plików nagrań i integracja z systemem CAPE w zakresie pobrania plików do Repozytorium plików portalu, czy też wdrożenie ReCourt do obsługi procesu rejestracji rozprawy sądowej na sali rozpraw. W braku podstawowych danych o realizowanym kontrakcie, nie jest możliwe ustalenie, czy takie doświadczenie jest doświadczeniem wystarczającym dla zagwarantowania realizacji przedmiotowego zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Izba wzięła także pod uwagę fakt, że odwołujący nie

przedstawił jakiegokolwiek dowodu zmierzającego do uprawdopodobnienia, że systemy o wartości wymaganej w ramach doświadczenia zawodowego, ale mogące się odnosić do trzech z pięciu cech wskazanych w pkt. i – v badanego warunku gwarantują należyte wykonanie zamówienia, ani też nie wykazał, że istnieje tylko jeden wykonawca zdolny wykazać doświadczenie zawodowe na określonym przez zamawiającego poziomie. W tym zakresie odwołujący poprzestał wyłącznie na oświadczeniu złożonym do protokołu rozprawy, nawet nie wskazując, o jaki podmiot chodzi. Izba uznała, że zamawiający wyszedł naprzeciw odwołującemu uelastyczniając postawiony warunek do 2 cech tj. pkt. i – ii oraz jednego dowolnie dobranego z pkt. iii-v. Izba oceniła, że odwołujący nie wykazał, że postawiony warunek jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, ani że jego aktualne brzmienie stanowi barierę dostępu do zamówienia.

Co do brzmienia par. 10 ust. 3 umowy, to Izba ustaliła, że czas świadczenia całości usługi to 48 miesięcy, zgodnie z przywołanym postanowieniem umowy zamawiający wprowadził możliwość rozwiązania umowy wskutek jednostronnego wypowiedzenia umowy przez zamawiającego. Rozwiązanie umowy nastąpiłoby, zgodnie z modyfikacją z dnia 18 stycznia 2022 r. po 21 miesiącach od zawarcia umowy.

Odwołujący kwestionował możliwość przedterminowego rozwiązania umowy zawartej na gruncie ustawy na czas oznaczony. W ocenie Izby pogląd ten nie jest trafny. Przede wszystkim należy wziąć pod uwagę, że czas oznaczony dotyczy wszystkich umów za wyjątkiem umów wskazanych w art. 435 ustawy. Także umowy ciągłe czy o świadczenia powtarzające się są na gruncie zamówień publicznych umowami na czas oznaczony. Zgodnie z art. 436 pkt. 1 każda umowa musi zawierać określenie terminu zakończenia usług, dostaw lub robót budowlanych określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, przy czym co istotne ustawodawca w tym zakresie posługuje się pojęciem planowanego terminu, co powoduje, że termin wskazany w umowie nie musi mieć charakteru ostatecznego, nie podlegającego zmianie. Przepis ten nie ma zastosowania wyłącznie do świadczeń jednorazowych, ale także do okresowych i ciągłych, gdzie termin wyznacza nie tylko moment zakończenia umowy, ale także jest miernikiem wielkości świadczenia. W przypadku usług wsparcia, modyfikacji i serwisowych, jako usług powtarzających się, występujących w całym czasie trwania umowy, bez możliwości przewidzenia ich ścisłej ilości i momentu wystąpienia potrzeby skorzystania z usługi, Izba stoi na stanowisku, że również w przypadku takich świadczeń czas trwania umowy wyznacza zakres zobowiązania. Z kolei zgodnie z art. 433 ust. 4 ustawy nie jest zakazane zmniejszenie zakresu świadczenia pod warunkiem podania jego minimalnej gwarantowanej wielkości. Izba zanalizowała orzeczenia na które w toku postępowania powoływały się strony tj. sygn. akt KIO 1366/19, KIO 2712/13 i 2724/13 i KIO 452/13 i ustaliła, że w żadnym z tych orzeczeń Izba nie stanęła na stanowisku, że wcześniejsze rozwiązanie umowy zawartej w reżimie ustawy na czas oznaczony jest niedopuszczalne. Przeciwnie w sprawie

KIO 1366/19 Izba badała wzajemną ekwiwalentność świadczeń w przypadku wcześniejszego rozwiązania umowy oraz możliwość pokrzywdzenia wykonawcy przez przedterminowe rozwiązanie umowy. Również w sprawie KIO 2712/13 i KIO 2724/13 Izba dopuszczając jako zasadę możliwość wcześniejszego rozwiązania umowy z mocy odesłania do Kodeksu cywilnego (dawny art. 139 ust. 1 ustawy), analizowała, w jakim stopniu w dacie wcześniejszego rozwiązania umowy – umowa zostanie już wykonana przez wykonawcę. Izba podziela pogląd wyrażony przez Izbę w sprawie sygn. akt KIO 2712/13 i 2724/13 uznając, że brak regulacji ustawowej możliwości wcześniejszego wypowiedzenia umowy powoduje konieczność odpowiedniego stosowania przepisów Kodeksu cywilnego z uwzględnieniem charakteru i rodzaju umowy, która jest przedmiotem zamówienia.

Izba dokonała następujących ustaleń:

4.1 Zarządzanie umową – w ramach zarządzania umową – umowa w tej części zostanie wykonana nawet w przypadku wcześniejszego rozwiązania umowy z uwagi na pkt. 4 i 5.

4.2. Aktualizacja systemów operacyjnych – aktualizacja systemów nastąpi przed upływem 21 miesiąca od zawarcia umowy – pkt. 8.

8) Maksymalny termin przeprowadzenia aktualizacji systemów operacyjnych: 6 miesięcy licząc od daty zawarcia Umowy (w przypadku wyjątku z pkt. 4 termin ten może być dłuższy i zostaje określony w drodze decyzji Zamawiającego, zmiana ta nie wymaga zmiany Umowy)

4.3 Przygotowanie i przeprowadzanie testów automatycznych – 90% tej części umowy zostanie wykonane do 12 miesiąca trwania umowy.

4.4. Dostosowanie REST API Systemu do standardu OpenAPI – zostanie wykonane do końca 8 miesiąca od zawarcia umowy.

Wykonawca dostosuje API Systemu w terminie 8 miesięcy od dnia zawarcia Umowy.

4.5. Pakiety serwisowe serwerów bazodanowych 4.5.2. Pakiety serwisowe dla Urzędzeń 4.6. Pakiety serwisowe systemu bazodanowego – wykonawca ma dostarczyć pakiety serwisowe wraz z licencjami, czy wsparciem producenta, ale w ocenie Izby w postanowieniach OPZ wynika, że zapłata należy się wykonawcy wraz z dostawą.

4.7. Zasady ogólne realizacji przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego usług związanych z utrzymaniem Systemu 4.7.1. Zasady Instalacji nowej wersji Systemu – wykonanie następuje z chwilą wykonania zlecenia zamawiającego i instalacji w środowisku technologicznym, zatem stopień wykonania zależy od tego ile nowych wersji powstanie do momentu rozwiązania umowy.

4.7.2. OOT – tu również przekazanie licencji i sublicencji ma następować wraz z nabyciem i przekazaniem zamawiającemu. Nadto wykonawca w okresie trwania Umowy odpowiada za utrzymanie i aktualizację OOT wykorzystywanego w ramach Systemu na podstawie poprzednich umów wdrożeniowo – utrzymaniowych.

4.8.1.1. Zobowiązania dodatkowe, co do zasady testy mają być przeprowadzane do 12 miesięcy, a więc w razie wcześniejszego rozwiązania umowy wykonawca nie będzie obowiązany realizować testów i audytów bezpieczeństwa.

4.9.1. Zakres usługi Modyfikacje Systemu – tu odwołujący nie kwestionował prawa zamawiającego do zlecenia minimum 5 000 modyfikacji. Jest to parametr minimalny gwarantowany przez zamawiającego, co w ocenie Izby oznacza, że w przypadku wcześniejszego rozwiązania umowy nie może ono nastąpić przed zleceniem tej minimalnej liczby modyfikacji.

Maksymalna liczba roboczogodzin możliwych do zlecenia w ramach Modyfikacji

4.11.1 Zakres Usługi wsparcia - usługa realizowana jest przez cały okres trwania Umowy, przy czym po upływie pierwszych pełnych 6 miesięcy liczonych od pierwszego dnia kalendarzowego następnego miesiąca po zawarciu Umowy zamawiający może zrezygnować ze świadczenia. Zatem w przypadku wcześniejszego rozwiązania umowy wykonawca nie będzie zobowiązany do dalszego świadczenia tej usługi.

Izba oceniła, że analiza postanowień Opisu przedmiotu zamówienia prowadzi do wniosku, że rozwiązanie umowy po upływie 21 miesięcy od jej zawarcia dotyczyć będzie głównie usług wsparcia i serwisu oraz cyklicznych testów i audytów. W ocenie Izby zatem przewidzenie możliwości wypowiedzenia umowy z zachowaniem 3 miesięcznego okresu wypowiedzenia z jednoczesnym zagwarantowaniem minimalnego okresu realizacji umowy – 18 miesięcy nie narusza przepisów umowy. Izba wzięła pod uwagę, że przedmiotowa umowa w części, która podlegałaby wcześniejszemu rozwiązaniu jest umową o świadczenie usług. Tym samym z mocy art. 8 ust. 1 in fine ustawy zastosowanie ma art. 750 kc, który odsyła do art. 746 par. 1 ustawy, a tenże przepis przewiduje prawo dającego zlecenie do wypowiedzenia umowy, a zgodnie z par. 3 tegoż przepisu prawa do wypowiedzenia z ważnych przyczyn nie można się zrzec.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 528 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania.

Izba postanawia skierować do rozpoznania na rozprawie zarzuty III.A, III.B.1 i III.D.4. W pozostałym zakresie Izba rozstrzygnie o umorzeniu postępowania w orzeczeniu końcowym.

Izba wyjaśnia, że rzeczywiście w przypadku gdy zamawiający przedstawia stanowisko z wnioskiem o oddalenie odwołania jednocześnie dokonując zmiany treści dokumentacji zamówienia w sposób nieodpowiadający żądaniom odwołania, a odwołujący uważa że spór

pomiędzy stronami nie wygasł, ani nie cofa odwołania w części objętej taką zmianą, to spór pomiędzy stronami nie ustaje i nie zachodzi zbędność rozstrzygnięcia. Natomiast w niniejszej sprawie odwołujący oświadczył, że mimo iż żądania jego nie zostały odzwierciedlone w pełni zmianą SWZ, to jednak uznaje, iż spór w tym zakresie ustał, a zamawiający poparł to stanowisko, zatem Izba uznała, że spór pomiędzy stronami w chwili obecnej nie istnieje i dlatego w zakresie zarzutów III.B.2, III.C, III.D.2, III.D.6 Izba nie skierowała odwołań na rozprawę.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 16 pkt 1), 2) oraz 3) ustawy w zw. z art. 17 ust. 2 oraz 3 ustawy W' zw. z art. 112 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4) ustawy w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy przez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz ograniczający konkurencję (Pkt VII. 1.2) lit. a) tiret 2 SWZ)

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba ustaliła, że na moment wyrokowania zamawiający dopuścił możliwość wykazania się doświadczeniem zawodowym w zakresie lit. i) i ii) oraz jednym do wyboru wykonawcy z liter iii) – v). Tym samym zamawiający rozszerzył możliwość doboru przez wykonawcę posiadanego doświadczenia. Izba ustaliła również, że odwołujący nie uprawdopodobnił, że postawiony warunek ogranicza konkurencyjność postępowania tylko do jednego wykonawcy, który dysponuje doświadczeniem wymaganym przez zamawiającego. Odwołujący nie wykazał także, aby postawione wymagania nie były proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a wymagane poziomy zdolności były ustalone nadmiernie w stosunku do poziomów zdolności gwarantujących należyte wykonanie zamówienia. Strony nie negocjowały, że wymagana wartość kontraktu, ani ilość użytkowników zewnętrznych i wewnętrznych jest kilkukrotnie niższa od tych będących przedmiotem zamówienia. Mając to na uwadze Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego zarzucanych przepisów ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nadmierny, zbyt rygorystyczny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także naruszający uczciwą konkurencję, w zakresie, w jakim zamawiający określił definicję błędu importu danych źródłowych

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba ustaliła, że odwołujący nie wykazał, że obecnie realizowane przez niego zamówienie i przedmiotowe zamówienie mają tożsamy lub równoważny przedmiot, który uprawniałby do dokonywania porównania zawartości użytych w obu

postępowaniach definicji. Izba wzięła pod uwagę, że celem przedmiotowego zamówienia jest zapewnienie ciągłości importu danych, które mają być kompletne, aktualne i spójne. Zamawiający określił także, iż wykonawca ma zapewnić obsługę zgłoszeń oraz ciągłość importu od użytkownika końcowego do systemu. Istotą funkcjonowania Portalu Informacyjnego jest to, aby dane w nim prezentowane były na bieżąco aktualizowane, były prawdziwe i kompletne. Tym samym poprawne funkcjonowanie programowania do importu danych nie jest wystarczające do zagwarantowania poprawności działania Portalu. Zamawiający może być zainteresowany, aby podmiot dostarczający oprogramowanie do importu wspomagał tak użytkownika końcowego jak i dostawców innych systemów, z których generowane są dane prezentowane w Portalu w celu zapewnienia realizacji nadrzędnego celu jakim jest wartość informacyjna Portalu. Zamawiający w pkt. 14 pkt. 4.8.4 (1) doprecyzował za co będzie odpowiedzialny wykonawca, co pozwala określić zakres działania wykonawcy i jego odpowiedzialność. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że takie świadczenie pozostaje bez związku z przedmiotem zamówienia, ani że jest niemożliwe do wykonania. Z tych też względów Izba postanowiła zarzut oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nadmierny, zbyt rygorystyczny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także naruszający uczciwą konkurencję w zakresie jakim kategoryzuje Zgłoszenia na formularzu zgłoszenia zgodnie z kwalifikacją określoną w tabeli zawierającej rodzaje kwalifikacji Zgłoszeń (pkt 4.6.3.).

Zarzut dotyczył postanowienia SWZ zmienionego przez zamawiającego w wyniku modyfikacji z dnia 18 stycznia 2022 r. Strony zgodnie oświadczyły, że co do tej treści SWZ spór pomiędzy stronami wygasł. Tym samym orzekanie w przedmiocie tego zarzutu stało się zbędne i skutkowało umorzeniem postępowania na podstawie art. 568 pkt. 2 ustawy

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nadmierny, zbyt rygorystyczny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także naruszający uczciwą konkurencję w takim zakresie w jakim „Cenę oferty należy wskazać na formularzu ofertowym (załącznik nr 3 do SWZ), z uwzględnieniem podziału procentowego ceny. Oferta niespełniająca podziału procentowego, będzie podlegać odrzuceniu jako sprzeczna z treścią SWZ” (pkt XV. 3 SWZ), a w Załączniku nr 3 do SWZ Formularzu ofertowym (kolumna 2 tabeli) wskazano war-

tości procentowego podziału wartości wynagrodzenia za poszczególne zakresy, których wykonawca powinien przestrzegać

Zarzut nie podlegał merytorycznemu rozstrzygnięciu, gdyż odwołujący cofnął go na posiedzeniu z udziałem stron. Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy w związku z art. 522 ust. 3 ustawy dopuszczalne jest cofnięcie części zarzutów. Cofnięcie zarzutu jest czynnością dyspozytywną wykonawcy, która nie podlega kontroli Izby i wywołuje skutek ex nunc. Tym samym na podstawie art. 568 pkt. 1 ustawy postępowanie w tym zakresie należało umorzyć.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy w zw. z art. 433 pkt 4 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty w zakresie, w jakim zamawiający wskazał, że łączna maksymalna liczba Modyfikacji możliwych do zlecenia wykonawcy wynosi 40 000 roboczogodzin (pkt 4.9.1 OPZ, 11.1.2) SWZ oraz par. 1 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy) - bez dookreślenia minimalnej ilości roboczogodzin, jaka będzie wykorzystana przez zamawiającego na etapie realizacji umowy

Zarzut dotyczył postanowienia SWZ zmienionego przez zamawiającego w wyniku modyfikacji z dnia 18 stycznia 2022 r. Strony zgodnie oświadczyły, że co do tej treści SWZ spór pomiędzy stronami wygasł. Tym samym orzekanie w przedmiocie tego zarzutu stało się zbędne i skutkowało umorzeniem postępowania na podstawie art. 568 pkt. 2 ustawy

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 353 (1) w. zw. z art. 5 oraz art. 487 par 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 99 ust. 1 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1), 2) oraz 3) ustawy oraz art. 8 ust. ustawy przez sporządzenie obowiązującego w postępowaniu wzoru umowy, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego w zakresie, w jakim w:

1. par 9 ust. 3 wzoru umowy wskazano: „Łączna maksymalna wysokość kar umownych naliczonych zgodnie z postanowieniami ust. 1 i ust. 2, nie może przekroczyć 100% wynagrodzenia, o którym mowa w par 5 ust. 1 umowy”

Zarzut nie podlegał merytorycznemu rozstrzygnięciu, gdyż odwołujący cofnął go na posiedzeniu z udziałem stron. Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy w związku z art. 522 ust. 3 ustawy dopuszczalne jest cofnięcie części zarzutów. Cofnięcie zarzutu jest czynnością dyspozytywną wykonawcy, która nie podlega kontroli Izby i wywołuje skutek ex nunc. Tym samym na podstawie art. 568 pkt. 1 ustawy postępowanie w tym zakresie należało umorzyć.

2. par. 9 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy wskazano, że wykonawca zapłaci następującą karę umowną: „przy braku informowania bez zbędnej zwłoki zamawiającego, w formie pisemnej, o wszelkich zagrożeniach, przeszkodach, czy utrudnieniach powstałych w toku wykonywania Usług, które mogą mieć wpływ na realizację umowy, oraz do poinformowania o proponowanych sposobach obsługi tych ryzyk wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 1.000,00 zł (słownie: tysiąc złotych 00/ 100) za każde uchybienie”

Zarzut dotyczył postanowienia SWZ zmienionego przez zamawiającego w wyniku modyfikacji z dnia 18 stycznia 2022 r. Strony zgodnie oświadczyły, że co do tej treści SWZ spór pomiędzy stronami wygasł. Tym samym orzekanie w przedmiocie tego zarzutu stało się zbędne i skutkowało umorzeniem postępowania na podstawie art. 568 pkt. 2 ustawy

3. par. 9 ust. 1 pkt 26), 43)-47) wzoru umowy - określające kary umowne za brak dotrzymania obowiązków związanych z ochroną przetwarzania danych osobowych w sposób niejednoznaczny oraz nadmierny,

Zarzut dotyczył postanowienia SWZ zmienionego przez zamawiającego w wyniku modyfikacji z dnia 18 stycznia 2022 r. w zakresie kary z par. 9 ust. 1 pkt 46 i 47. Strony zgodnie oświadczyły, że co do tej treści SWZ spór pomiędzy stronami wygasł. Tym samym orzekanie w przedmiocie tego zarzutu stało się zbędne i skutkowało umorzeniem postępowania na podstawie art. 568 pkt. 2 ustawy. W pozostałej części zarzutu odwołujący cofnął odwołanie. Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy w związku z art. 522 ust. 3 ustawy dopuszczalne jest cofnięcie części zarzutów. Cofnięcie zarzutu jest czynnością dyspozytywną wykonawcy, która nie podlega kontroli Izby i wywołuje skutek ex nunc. Tym samym na podstawie art. 568 pkt. 1 ustawy postępowanie w tym zakresie należało umorzyć.

4. par. 10 ust. 3 wzoru umowy wskazano na swobodne uprawnienie do wypowiedzenia umowy przez zamawiającego: „Po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy, zamawiający jest uprawniony do rozwiązania umowy z zachowaniem jednomiesięcznego okresu wypowiedzenia. Rozwiązanie umowy nie wyłącza odpowiedzialności wykonawcy z tytułu udzielonej gwarancji na wykonane Usługi wsparcia technicznego i serwisu oraz odebrane Modyfikacje”;

5. par. 10 ust. 2 pkt 1 wzoru umowy wskazano na możliwość wypowiedzenia umowy z następującej przyczyny: „wykonawca naruszył trzykrotnie którekolwiek ze swoich zobowiązań wynikających z przepisów prawa lub z treści umowy i nie zaprzestał naruszeń w terminie, nie krótszym niż trzy Dni robocze, wyznaczonym przez zamawiającego. Wezwanie musi być dokonane w formie pisemnej”

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy w związku z art. 522 ust. 3 ustawy dopuszczalne jest cofnięcie części zarzutów. Cofnięcie zarzutu jest czynnością dyspozytywną wykonawcy, która nie podlega kontroli Izby i wywołuje skutek ex nunc. Tym samym na podstawie art. 568 pkt. 1 ustawy postępowanie w tym zakresie należało umorzyć.

6. par 5 ust. 7-13 Ogólnych Warunków Umowy (Załącznik nr 2 do wzoru umowy), zgodnie z którymi zamawiający wymaga do rozliczenia z wykonawcą przedkładania przez wykonawcę oświadczenia podwykonawcy o dokonaniu zapłaty należnego mu wynagrodzenia, jak również zamawiający ustalił warunki płatności bezpośredniej na rzecz podwykonawców, mimo że w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z rodzajem umowy na roboty budowlane.

Zarzut dotyczył postanowienia SWZ zmienionego przez zamawiającego w wyniku modyfikacji z dnia 18 stycznia 2022 r. Strony zgodnie oświadczyły, że co do tej treści SWZ spór pomiędzy stronami wygasł. Tym samym orzekanie w przedmiocie tego zarzutu stało się zbędne i skutkowało umorzeniem postępowania na podstawie art. 568 pkt. 2 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami uiszczzonego wpisu odwołującego i zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrot kosztów postępowania obejmujących wydatki pełnomocnika w maksymalnej dopuszczonej wysokości tj. 3 600zł., zgodnie ze złożonym rachunkiem. Izba wzięła pod uwagę, że postanowienia Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) nie przewidują sytuacji faktycznej zaistniałej w przedmiotowej sprawie, to jest sytuacji, w której część zarzutów została umorzonych z uwagi na ich wycofanie na podstawie art. 568 pkt. 1, część umorzonych ze względu na zbędność rozstrzygnięcia na podstawie art. 568 pkt. 2, a pozostałe zarzuty Izba oddaliła. Przepis par. 7 ust. 5 dotyczy bowiem wyłącznie sytuacji, w której Izba uwzględniła zarzuty, przepis par. 8 ust. 2 pkt 1 dotyczy sytuacji oddalenia odwołania w całości, przepis par. 9 ust. 1 pkt. 3 lit. b dotyczy cofnięcia odwołania, a nie zarzutu, przepis par. 9 ust. 2 dotyczy umorzenia postępowania odwoławczego w całości. Żadna z tych sytuacji nie miała miejsca, stąd Izba w rozstrzygnięciu o kosztach postępowania kierowała się ogólną zasadą ustawową odpowiedzialności za wynik postępowania, gdyż wszystkie zarzuty odwołania skierowane na rozprawę zostały przez Izbę

oddalone, należało przyjąć, że odwołujący przegrał to postępowanie w całości.

Przewodniczący: