

**Sygn. akt: KIO 3284/22**

**WYROK**

**z dnia 23 grudnia 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Joanna Gawdzik-Zawalska**

**Przemysław Dzierzędzki**

**Emilia Garbala**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2022 r. przez wykonawcę:

**Asseco Poland S.A. (ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów)**

ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

**Skarb Państwa - Główny Inspektorat Transportu Drogowego (Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa)**

przy udziale wykonawcy

**Comarch Polska S.A. (Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków)**

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**orzeka:**

1. **Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu pierwszego litera c) oraz litera d)**
2. **Oddala odwołanie w pozostałym zakresie**
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego:
  - 3.1 zalicza w ich poczet poniesioną przez odwołującego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu oraz poniesione przez odwołującego i zamawiającego kwoty po 3 600 zł 00 gr (słownie trzy tysiące sześć set złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2 zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Skarb Państwa - Główny Inspektorat Transportu Drogowego (Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa) (dalej: Zamawiający) na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) (dalej: Ustawa lub Pzp) w trybie przetargu nieograniczonego na: „Utrzymanie i rozwój systemu teleinformatycznego CPD CANARD” (numer sprawy: BDG.ZPB.230.13.2022; Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16.09.2022r. pod numerem 2022/S 179-506055) (dalej: Postępowanie) w dniu 9 grudnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wniesione zostało odwołanie przez wykonawcę Asseco Poland S.A. (ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów) (dalej: Odwołujący lub Wykonawca).

Pismem z dnia 14 grudnia 2022 r. do postępowania przystąpienie po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca Comarch Polska S.A. (Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków) (dalej: „Przystępujący”). Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia.

Zasady udzielenia zamówienia określała specyfikacja warunków zamówienia (dalej: „SWZ”), w której opis przedmiotu zamówienia stanowił załącznik nr 1 do SWZ (dalej: „OPZ” lub „załącznik nr 1”). Projektowane Postanowienia Umowy opisane zostały w części IV SWZ „Projektowane Postanowienia Umowy” (dalej: „PPU”).

Wykonawca wniósł odwołanie wobec treści postanowień SWZ a mianowicie dokonanej przez Zamawiającego zmiany:

- a) PPU § 20 Rękojmia Usługi Utrzymania oraz w § 21 Gwarancja i Rękojmia Usługi Rozwoju oraz
- b) OPZ w pkt 6.11, 6.11.5.1

jako niezgodnych z Ustawą oraz z nakazem zmiany zawartym w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 października 2022 r sygnatura akt: KIO 2532/22, KIO 2536/22, KIO 2544/22 (dalej: „Wyrok”).

Odwołujący zgłosił dwa zarzuty:

- Zarzut pierwszy - naruszenie art. 16 Pzp w związku z art. 99 ust. 1 Pzp w związku z art. 5 i art. 353/1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r.,- kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1360) (dalej: „KC”) w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz niewykonanie Wyroku i tym samym dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz naruszając równość stron stosunku cywilnoprawnego i istotnie przekraczając zasadę swobody umów wskutek :

- a) Niesprecyzowania przez Zamawiającego postanowień PPU w § 20 „Rękojmia Usługi Utrzymania” oraz w § 21 „Gwarancja i Rękojmia Usługi Rozwoju” dotyczących rękojmi tak, aby jasno z nich wynikało od kiedy Wykonawca udziela Zamawiającemu rękojmi.
- b) Niesprecyzowania przez Zamawiającego postanowień PPU w § 20 „Rękojmia Usługi Utrzymania” oraz w § 21 „Gwarancja i Rękojmia Usługi Rozwoju” dotyczących rękojmi w zakresie możliwości obniżenia przez Zamawiającego wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku wystąpienia wady utworu (dzieła).
- c) Braku wykreślenia w § 21 „Gwarancja i Rękojmia Usługi Rozwoju” PPU słowa - „Gwarancja”.
- d) Braku wykreślenia postanowienia w § 20 ust. 4 PPU w związku z wykreśleniem przez Zamawiającego postanowienia w § 20 ust. 3 PPU.

- Zarzut drugi - Naruszenie art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp oraz niewykonanie Wyroku i tym samym dokonanie OPZ w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, wskutek:

1) Niesprecyzowania postanowień OPZ w zakresie transferu wiedzy w taki sposób, aby jednoznacznie z nich wynikało, jaki jest limit szkoleń, o których mowa w pkt 6.11.5.1 OPZ;

2) Braku zdefiniowania "osoby trzeciej" w pkt 6.11 OPZ w zakresie obowiązku Wykonawcy przekazania Zamawiającemu wszelkich informacji koniecznych do dalszego realizowania przedmiotu Umowy przez inny podmiot.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez Odwołującego postanowień SWZ w zakresie i brzmieniu zaproponowanym przez Odwołującego w odwołaniu tj.:

W zakresie zarzutu pierwszego a):

- zastąpienie w PPU § 20 ust. 1 zdania pierwszego w brzmieniu:

*Wykonawca w ramach Wynagrodzenia udziela Zamawiającemu 24 miesięcznej rękojmi na wszelkie efekty pracy wykonanej w ramach Usług Utrzymania, tj. rękojmią dotyczy utworu (dzieła) powstałego w wyniku Usług Utrzymania, tj. rękojmią dotyczy utworu (dzieła) powstałego w wyniku Usług Utrzymania*

nowym w brzmieniu:

*Wykonawca w ramach Wynagrodzenia udziela Zamawiającemu 24 miesięcznej rękojmi od dnia odbioru przez Zamawiającego utworu (dzieła) potwierdzonego podpisaniem przez Strony protokołu odbioru utworu (dzieła) na wszelkie efekty pracy wykonanej w ramach Usług Utrzymania, tj. rękojmią dotyczy utworu (dzieła) powstałego w wyniku Usług Utrzymania.*

- zastąpienie w PPU § 21 ust. 1 zdania pierwszego w brzmieniu:

*Wykonawca w ramach Wynagrodzenia udziela Zamawiającemu 24 miesięcznej rękojmi na wszelkie efekty pracy wykonanej w ramach Usług Rozwoju, tj. rękojmią dotyczy utworu (dzieła) powstałego w wyniku Usług Rozwoju*

nowym w brzmieniu:

*Wykonawca w ramach Wynagrodzenia udziela Zamawiającemu 24 miesięcznej rękojmi od dnia odbioru przez Zamawiającego utworu (dzieła) potwierdzonego podpisaniem przez Strony protokołu odbioru utworu (dzieła) na wszelkie efekty pracy wykonanej w ramach Usług Rozwoju, tj. rękojmią dotyczy utworu (dzieła) powstałego w wyniku Usług Rozwoju.*

W zakresie zarzutu pierwszego b)

- wykreślenie postanowień § 20 ust. 1 PPU oraz § 21 ust. 1 PPU w zakresie uprawnienia Zamawiającego do złożenia oświadczenia o obniżeniu wynagrodzenia w przypadku stwierdzenia wady utworu (dzieła) w wyniku Usługi Rozwoju/Utrzymania oraz modyfikacji rękojmi poprzez wyłączenie możliwości ingerencji w System;

ewentualnie:

- wprowadzenie w § 20 ust. 1 PPU oraz w § 21 ust. 1 PPU obowiązku uprzedniego wezwania Wykonawcy przez Zamawiającego do należytego wykonania Umowy z jednoczesnym wyznaczeniem odpowiedniego terminu, przed skorzystaniem przez Zamawiającego z uprawnienia do złożenia oświadczenia o obniżeniu wynagrodzenia w przypadku stwierdzenia wady utworu (dzieła) w wyniku Usługi Rozwoju/Utrzymania. Wprowadzenie przez Zamawiającego postanowień dotyczących zasad, trybu oraz precyzyjnego wskazania w oparciu o jakie wynagrodzenie będzie szacowana wysokość obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy w sytuacji stwierdzenia wady utworu (dzieła) w następujący sposób:

§ 20 ust. 1 PPU:

*„1. (...) Rękojmią obejmuje uprawnienie Zamawiającego do złożenia oświadczenia o obniżeniu wynagrodzenia w przypadku stwierdzenia wady utworu (dzieła) powstałego w wyniku Usług Utrzymania, po uprzednim*

bezskutecznym wezwaniu Wykonawcy wraz z wskazaniem 14 dniowego terminu do usunięcia wad utworu (dzieła), pod rygorem obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy za okres rozliczeniowy, w którym powstał utwór (dzieło), przy czym termin biegnie od udostępnienia Wykonawcy przez Zamawiającego systemu i danych osobowych."

§ 21 ust. 1 PPU:

(...) Rękojmia obejmuje uprawnienie Zamawiającego do złożenia oświadczenia o obniżeniu wynagrodzenia w przypadku stwierdzenia wady utworu (dzieła) powstałego w wyniku Usług Rozwoju, po uprzednim bezskutecznym wezwaniu Wykonawcy wraz z wskazaniem 14 dniowego terminu do usunięcia wad utworu (dzieła), pod rygorem obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy za daną Zmianę Rozwojową, przy czym termin biegnie od udostępnienia Wykonawcy przez Zamawiającego systemu i danych osobowych."

#### W zakresie zarzutu pierwszego c)

W związku z wykreśleniem przez Zamawiającego postanowienia dotyczącego gwarancji poprzez usunięcie w tytule § 21 PPU Gwarancja i Rękojmia Usługi Rozwoju słowa „Gwarancja”

#### W zakresie zarzutu pierwszego d)

W związku z wykreśleniem z § 20 PPU ust. 3 poprzez usunięcie ust. 4 w brzmieniu:

„4. W sytuacji, o której mowa w ust. 3 Zamawiający nie traci uprawnień na gruncie niniejszego paragrafu, zaś kary umowne, o których mowa w § 26 ust. 1 Umowy, naliczane są do dnia zakończenia prac opisanych w ust. 3.”

#### W zakresie zarzutu drugiego 1)

Dokonanie zmiany w pkt. 6.11 PPU o dotychczasowym brzmieniu:

„6.11 Transfer wiedzy - przekazanie Zamawiającemu lub osobie trzeciej wskazanej przez niego wszelkich informacji koniecznych do dalszego realizowania przedmiotu Umowy przez inny podmiot, w tym wiedzy i transferu know-how specyficznego dla całego przedmiotu Umowy. Zobowiązanie to obejmuje w szczególności obowiązek Wykonawcy do przekazania Zamawiającemu wszelkich informacji umożliwiających im samodzielną kontynuację działań związanych z utrzymaniem i rozwojem Systemu po wygaśnięciu Umowy.

6.11.1 W okresie obowiązywania Umowy Wykonawca umożliwi Zamawiającemu wykształcenie i zweryfikowanie własnego know-how (transfer wiedzy) w zakresie rozwoju i utrzymania Systemu. Przedstawiciele Zamawiającego będą mieli prawo dostępu do prac realizowanych przez Wykonawcę w każdym stadium realizacji Umowy oraz udział w tych pracach na zasadach obserwatora.

6.11.2. Zobowiązanie Wykonawcy do transferu know-how będzie realizowane przez współdziałanie we wspólnych zespołach projektowych oraz zespołach zadaniowych. Wykonawca będzie udzielał odpowiednich wyjaśnień członkom zespołów projektowych delegowanych przez Zamawiającego. Przewidywany zakres transferu know-how poprzez „on the job training” (trening na stanowisku pracy) odpowiada standardom dla tego rodzaju projektów.

6.11.3. W zakresie potrzeby przeprowadzenia transferu know-how poprzez „on the job training” Zamawiający poinformuje Wykonawcę w terminie nie krótszym niż 5 Dni Roboczych.

6.11.4. W całym okresie obowiązywania Umowy, Wykonawca udzielać będzie Zamawiającemu rzetelnych odpowiedzi na pytania związane z funkcjonowaniem całego Systemu oraz udostępniać informacje niezbędne do realizacji przez Zamawiającego własnych prac.

6.11.5 Transfer wiedzy odbywać się będzie mógł w dwóch formach:

6.11.5.1. bezpośrednio (tj. od człowieka do człowieka) - w ramach przewidzianych szkoleń lub w ramach bieżącej współpracy z Wykonawcą nad realizacją umowy poprzez m.in. kontakt face to face, online, mailem lub telefon

6.11.5.2. pośrednio (tj. poprzez utworzone zasoby wiedzy) - Zamawiający będzie miał dostęp to wszelkich plików, materiałów, dokumentów itp. wytworzonych lub niezbędnych do realizacji Przedmiotu Umowy."

wobec nakazania Zamawiającemu Wyrokiem: „2.1. doprecyzowanie postanowień PPU w zakresie transferu wiedzy w taki sposób, aby jednoznacznie z nich wynikało, że ma on następować w formie szkoleń, o których mowa w PPU, a jeśli miałyby następować także w innej formie, to doprecyzowanie w jakiej i na jakich zasadach.", które reguluje SWZ w załączniku nr 1 w brzmieniu:

„12.1.2. Wykonawca w trakcie realizacji Umowy zobowiązany jest do przygotowania i przeprowadzenia maksimum 30 szkoleń w zależności od potrzeb i na żądanie Zamawiającego dla grup liczących nie więcej niż 20 uczestników."

„12.2.2. Wykonawca zobowiązany jest do przygotowania i przeprowadzenia 6 szkoleń dla grup liczących nie więcej niż 6 uczestników w trakcie realizacji Umowy na żądanie Zamawiającego."

Wykonawca wnosi o nakazanie zastąpienie w pkt 6.11.5.1. OPZ następującym:

6.11.5.1. bepośrednio (tj. od człowieka do człowieka) - w ramach szkoleń, o których mowa w 12.1.2 oraz 12.2.2 OPZ lub w ramach bieżącej współpracy z Wykonawcą nad realizacją umowy poprzez m.in. kontakt face to face, online, mail lub telefon."

### W zakresie zarzutu drugiego 2)

Zastąpienie dotychczasowego postanowienia:

„6.11 Transfer wiedzy - przekazanie Zamawiającemu lub osobie trzeciej wskazanej przez niego wszelkich informacji koniecznych do dalszego realizowania przedmiotu Umowy przez inny podmiot, w tym wiedzy i transferu know-how specyficznego dla całego przedmiotu Umowy. Zobowiązanie to obejmuje w szczególności obowiązek Wykonawcy do przekazania Zamawiającemu wszelkich informacji umożliwiających im samodzielną kontynuację działań związanych z utrzymaniem i rozwojem Systemu po wygaśnięciu Umowy."

który zgodnie z Wyrokiem nakładał na Zamawiającego obowiązek: „2.1. doprecyzowanie postanowień PPU w zakresie transferu wiedzy w taki sposób, aby jednoznacznie z nich wynikało, że ma on następować w formie szkoleń, o których mowa w PPU, a jeśli miałyby

następować także w innej formie, to doprecyzowanie w jakiej i na jakich zasadach.", co wg Wykonawcy oznacza, że w świetle wymagania transferu wiedzy umożliwiającej samodzielne utrzymanie i rozwijanie Systemu uzasadnionym jest oczekiwanie, aby tą „osobą trzecią” był nowy wykonawca, czyli podmiot, który będzie utrzymywał System po zakończeniu umowy objętej SWZ i tym samym punkt 6.11 załącznika nr 1 SWZ powinien mieć brzmienie:

„6.11 Transfer wiedzy - przekazanie Zamawiającemu lub **nowemu wykonawcy** wszelkich informacji koniecznych do dalszego realizowania przedmiotu Umowy przez inny podmiot, w tym wiedzy i transferu know-how specyficznego dla całego przedmiotu Umowy. Zobowiązanie to obejmuje w szczególności obowiązek Wykonawcy do przekazania Zamawiającemu wszelkich informacji umożliwiających im **samodzielną kontynuację działań związanych z utrzymaniem i rozwojem Systemu po wygaśnięciu Umowy.**”

Zamawiający pismem z dnia 19 grudnia 2022 r. uwzględnił zarzut pierwszy litera c) oraz pierwszy litera d) wnosząc o umorzenie postępowania w tym zakresie, do którego to wniosku przyłączył się Odwołujący. Zamawiający żądał odrzucenia odwołania w pozostałym zakresie na podstawie art. 528 pkt 3 i pkt 5 Pzp, z uwagi na to, że odwołanie dotyczy czynności, które Zamawiający wykonał zgodnie z treścią Wyroku. Zamawiający wskazywał, że Odwołujący żąda dokonania dodatkowych zmian postanowień SWZ, wykraczających poza zakres zarzutów i wniosków rozpatrywany w ramach postępowania odwoławczego zakończonego wydaniem Wyroku, przez co zarzuty i wnioski aktualnie złożonego odwołania powinny zostać podniesione w terminie przewidzianym dla kwestionowania pierwotnej treści dokumentacji Postępowania oraz w zakresie pierwotnej treści dokumentacji Postępowania tj. w terminie 10 dni od dnia 16 września 2022 r., kiedy miało miejsce udostępnienie pierwotnej treści Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ na stronie internetowej Zamawiającego, a w konsekwencji należy uznać pozostałe zarzuty i wnioski odwołania za spóźnione tj. wniesione po upływie terminu określonego w Ustawie. Zamawiający z ostrożności wnosił również o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów nieuwzględnionych.

Zamawiający argumentował, że kwestionowane zapisy są intencjonalne i zgodne obowiązującymi przepisami, w tym w szczególności nie naruszają Ustawy ani kodeksu cywilnego. Wskazywał, w szczególności, że:

- w zakresie zarzutu pierwszego a) regulacja otwarcia biegu terminu rękojmi pozostawiona została przepisom ogólnym;
- w zakresie zarzutu pierwszego b) ograniczenie rękojmi do żądania obniżenia wynagrodzenia ułatwia realizację obowiązków wynikających z rękojmi wykonawcy, wobec faktu, że ewentualne naprawianie produktu przez wybranego wykonawcę może kolidować z korzystaniem z systemu utrzymywanego już przez całkowicie inny podmiot, zaś doprecyzowanie zasad obniżania wynagrodzenia na etapie przygotowywania PPU



pozostawiono przepisom ogólnym wobec wielości ewentualnych scenariuszy, z jakimi spotkać mogą się strony umowy na etapie realizacji zamówienia.

- w zakresie zarzutu drugiego 1) zapis odnosi się bezpośrednio do szkoleń przewidzianych, a tym samym tych, które opisane zostały w OPZ - zdefiniowanych w OPZ (w pkt 5.6.52) i jest spójna z innymi zapisami SWZ a nadto zgodna z Wyrokiem, który wskazywał na potrzebę doprecyzowania postanowień SWZ dotyczących szkoleń w taki sposób, aby wyraźne wskazywały, że transfer wiedzy dokonywać ma się w formie szkoleń o których mowa w PPU;

- w zakresie zarzutu drugiego 2), że pojęcie transferu wiedzy na rzecz osoby trzeciej wskazanej przez Zamawiającego stosowane było w innych częściach SWZ już w pierwotnym jego brzmieniu i jest spójne z pozostałymi zapisami SWZ. Zarzut zmierza do nieuprawnionego zawężenia kręgu podmiotów i nieuwzględnienia sytuacji, jakie powstać mogą w przyszłości np. gdy dalsze utrzymywanie systemu może być dokonywane przez inne niż wykonawca osoby zaangażowane przez Zamawiającego w ramach własnych zasobów. Definicja osoby trzeciej jest zaś uwzględniona w SWZ (§ 4 ust. 11 PPU) a brak jest uzasadnienia dla odmiennego czytania tych samych pojęć w SWZ.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba stwierdziła, że objęte zarzutami czynności dotyczą nowych w tym również zmodyfikowanych niezależnie od treści Wyroku postanowień SWZ oraz, że termin do złożenia objętych odwołaniem zarzutów otworzył się w następstwie dokonania przez Zamawiającego w dniu 29 listopada 2022 r. modyfikacji SWZ, co powoduje, że odwołanie z 9 grudnia 2022 r. złożone zostało w dziesięciodniowym terminie przewidzianym art. 515 ust. 2 pkt. 1) Pzp.

Izba uznała również, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika Izba umorzyła postępowanie w zakresie zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego zgodnie z żądaniem Odwołującego a w pozostałym zakresie oddaliła odwołanie. Izba stwierdziła, iż w świetle oświadczenia Zamawiającego o uznaniu zarzutu pierwszego litera c) oraz d) i nie zgłoszenia przystąpienia do postępowania po stronie

Zamawiającego przez wykonawcę zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt. 3 w związku z art. 522 ust. 4 Ustawy z konsekwencją obowiązku wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w Postępowaniu przez Zamawiającego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony i uczestnika, oparła się na dokumentacji Postępowania, uwzględniając stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika zaprezentowane w pismach procesowych i na rozprawie.

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie stan faktyczny Postępowania nie był sporny. Zarzuty odnosiły się do postanowień SWZ.

Izba ustaliła, że Zamawiający w Część IV SWZ Projektowane Postanowienia Umowy (PPU) wskazał, że; „Niniejsze postanowienia umowy stanowią element specyfikacji warunków zamówienia (SWZ). Postanowienia niniejszej części SWZ należy interpretować łącznie z pozostałymi częściami SWZ.”

W zakresie zarzutu pierwszego a) Izba ustaliła, że Zamawiający usunął zapis pierwotnie przewidujący chwilę rozpoczęcia biegu terminu dla rękojmi, czego skutkiem jest stosowanie w tym zakresie bezpośrednio przepisów ogólnych. Izba podziela tutaj stanowisko Zamawiającego, co do dopuszczalności przyjętego rozwiązania, w szczególności w świetle normy art. 5 i art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 8 Ustawy. Izba nie stwierdziła naruszenia społeczno – gospodarczego przeznaczenia prawa do rękojmi w pozostawieniu doregulowania biegu terminu przepisom powszechnie obowiązującym, naruszenia zasad współżycia społecznego przyjętym rozwiązaniem, niezgodnej z przepisami ingerencji w istotę instytucji rękojmi, czy też naruszenia swobody umów. Izba nadmienia, że przepisy regulujące instytucję rękojmi w odniesieniu do rozpoczęcia jej biegu nie są przepisami o charakterze bezwzględnie obowiązującymi. Brak jest również naruszenia art. 99 Ustawy. Zamawiający pozostawił kwestię rozpoczęcia biegu a tym samym zakończenia terminu rękojmi zasadom ogólnym. Te w sposób jednoznaczny dookreślają je dla danego przedmiotu zamówienia. Jednocześnie Izba wskazuje, że zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, że wyraźne doregulowanie w SWZ w tym PPU chwili rozpoczęcia a tym samym upływu terminu rękojmi jest w interesie obu stron umowy. Pozwala na ograniczenie się przez strony stosunku zobowiązaniowego dla ustalenia chwili ustania odpowiedzialności za wady do sięgnięcia bezpośrednio do postanowienia umownego. Okoliczność ta jednak pozostaje bez wpływu na ocenę

zastosowanego rozwiązania jako zgodnego z Ustawą i nienaruszającego zasad udzielania zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu pierwszego b) dotyczącego ograniczenia uprawnień z rękojmi do żądania obniżenia wynagrodzenia w razie stwierdzenia wady Izba również podzieliła stanowisko Zamawiającego, nie stwierdzając naruszenia żadnej z przywoływanych norm powszechnie obowiązującego prawa. W ocenie Izby przyjęte rozwiązanie uzasadnione jest obawami Zamawiającego, co do praktycznego wymiaru realizacji uprawnień z rękojmi w czasie, gdy utrzymanie systemu będącego przedmiotem zamówienia powierzone może być innemu niż wykonawca podmiotowi. Dopuszczalność przyjętego przez Zamawiającego ukształtowania uprawnień w ramach rękojmi wynika nie tylko z zasady swobody umów i dyspozytywnego charakteru regulacji instytucji rękojmi lecz dodatkowo podkreślona została normą art. 558 kc wyłączającą swobodę w tym zakresie wyłącznie w przypadkach tam wskazanych, do których nie należy analizowany przypadek, a która znajduje również odpowiednie zastosowanie w odniesieniu do przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem. Jednocześnie, podobnie jak w odniesieniu do zapisów objętych zarzutem pierwszym litera a) także tutaj Zamawiający intencjonalnie pozostawił kwestię sposobu doregulowania zasad obniżenia wynagrodzenia przepisom ogólnym. Takie postępowanie Zamawiającego nie narusza z analogicznych do przywołanych dla uzasadnienia oddalenia zarzutu pierwszego litera a) przyczyn przepisów. Również w tym przypadku jednak Izba wskazuje, że decyzja o choćby częściowym doregulowaniu tej kwestii w PPU pozwoliłaby stronom stosunku zobowiązaniowego na sięganie do bezpośrednio treści umowy.

W zakresie zarzutu drugiego 1) odnoszącego się do zapisu odwołującego się do szkoleń bez dookreślenia ich ilości Izba ustaliła, że Zamawiający w PPU przyjął stosowaną terminologię i skróty, w tym w punkcie. 5.6.52 OPZ i punkcie 52 definicji PPU wskazał, że „Szkolenia” to „działania prowadzone w ramach Usług Utrzymania opisane w OPZ.”; Punkt 12 OPZ zatytułowany „Wymagania dotyczące szkoleń” określa wymagania dotyczące szkoleń, w tym również ich ilość; Punkt 15.3 OPZ zatytułowany „Odbiór Szkoleń” określa zasady odbioru szkoleń; § 5 PPU pn.: Przedmiot Usługi Utrzymania w ust.1 pkt. 13) doprecyzowuje, że „Na podstawie niniejszej Umowy Wykonawca zobowiązuje się do świadczenia Usług Utrzymania Systemu, obejmujących w szczególności: (...) 13) przeprowadzenia szkoleń szczegółowo opisanych w punkcie 12 OPZ.”

Izba stwierdza, że dokumenty postępowania referują do pojęć opisanych w definicjach przywołując je zarówno z wielkiej jak i z małej litery. Wyrokiem Izba nałożyła na Zamawiającego obowiązek sformułowania zapisów SWZ w taki sposób, by jednoznacznie z nich wynikało, że ma on następować w formie szkoleń, o których mowa w PPU. Nowowprowadzony i zakwestionowany odwołaniem zapis nakłada na Wykonawcę obowiązek transferu wiedzy w dwóch formach w tym bezpośredniej (tj. od człowieka do człowieka) w ramach przewidzianych szkoleń. W ocenie Izby treść postanowienia w sposób jasny odnosi się wyłącznie do szkoleń przewidzianych w SWZ a nie dowolnych przewidzianych gdziekolwiek lub przez kogokolwiek. Taka rozszerzająca interpretacja kwestionowanego postanowienia byłaby niezgodna nie tylko z wolą Zamawiającego wyrażoną również na rozprawie ale przede wszystkim z zasadami wykładni oświadczeń woli art. 65 kc, w tym także w świetle Wyroku. W ocenie Izby kwestionowane postanowienie nie narusza art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp ani nie stanowi niewykonania Wyroku.

W zakresie zarzutu drugiego 2) odnoszącego się do braku dookreślenia pojęcia osoby trzeciej w punkcie 6.11. OPZ, Izba ustaliła, że pojęciem osoby trzeciej w kontekście obowiązku transferu wiedzy Zamawiający posługuje się w sposób konsekwentny w różnych postanowieniach SWZ. Zgodnie z § 4 części IV SWZ PPU ust. 10: „Wykonawca przekaze Zamawiającemu lub osobie trzeciej wskazanej przez Zamawiającego, w terminie wskazanym przez Zamawiającego, nie krótszym niż 7 dni od przekazania takiego żądania, całości informacji umożliwiających korzystanie z Systemu (loginy, hasła, itp.) oraz nieprzerwaną i pełną kontynuację realizacji wszystkich czynności, które są objęte Usługami.” zaś zgodnie z ust. 11:” „Wykonawca przeprowadzi transfer wiedzy, o którym mowa w pkt 6.11. OPZ, do Zamawiającego lub osoby trzeciej wskazanej przez Zamawiającego w zakresie, który umożliwi im samodzielną kontynuację działań związanych z utrzymaniem i rozwojem Oprogramowania po wygaśnięciu Umowy.” Jednocześnie zgodnie z kwestionowanym zapisem OPZ „ 6.11 Transfer wiedzy - przekazanie Zamawiającemu lub osobie trzeciej wskazanej przez niego wszelkich informacji koniecznych do dalszego realizowania przedmiotu Umowy przez inny podmiot, w tym wiedzy i transferu know-how specyficznego dla całego przedmiotu Umowy. Zobowiązanie to obejmuje w szczególności obowiązek Wykonawcy do przekazania Zamawiającemu wszelkich informacji umożliwiających im samodzielną kontynuację działań związanych z utrzymaniem i rozwojem Systemu po wygaśnięciu Umowy”. Powyższe postanowienia w sposób wystarczający wskazują na obowiązek transferu wiedzy na rzecz każdej osoby trzeciej wskazanej przez Zamawiającego, przy czym zakres podmiotowy pojęcia osoby trzeciej dookreśla nie tylko kwestionowany zapis, ale również pozostałe wskazujące, na cel transferu w postaci umożliwienia osobie

trzeciej oraz Zamawiającemu pełną i samodzielną kontynuację usług utrzymania i rozwoju Systemu. W ocenie Izby pozostawienie kręgu osób, na rzecz których nastąpić ma transfer wiedzy otwartym np. bez dookreślenia kategorii czy też zindywidualizowanych cech podmiotu, jest uzasadnione obiektywnym interesem Zamawiającego. W ocenie Izby kwestionowane postanowienie jest spójne z pozostałymi uregulowaniami SWZ i zgodne w przepisami, w szczególności art. 99 Ustawy.

Zgodnie z art. 16 Ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny. Wykonawca nie wskazał, w jaki sposób kwestionowane zarzutami zapisy SWZ naruszają powyższe zasady udzielania zamówienia i nie wykazał naruszenia powyższej normy.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”, zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W niniejszej sprawie, odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając w zakresie zarzutów pierwszego litera c) oraz d) na podstawie art. 568 punkt 3) w zw. z art. 522 ust. 4 Ustawy a w pozostałym zakresie na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 2) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 w zw. z § 9 ust. 3 pkt. 2) Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący .....

Członkowie: .....  
.....