

Sygn. akt: KIO 2610/22

POSTANOWIENIE
z dnia 18 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu **18 października 2022 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **3 października 2022 r.** przez Odwołującego: **Comarch S.A., Aleja Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Województwo Małopolskie - Urząd Marszałkowski Województwa Małopolskiego, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków**

przy udziale wykonawcy **Gabos Software Sp. z o.o., ul. Mikołowska 100, 40-065 Katowice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczzonego wpisu na rzecz **Comarch S.A., Aleja Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków.**

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Dnia 3 października 2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej – ePUAP) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie złożył wykonawca: Comarch S.A., Aleja Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków (dalej jako: „Comarch S.A.” albo „Odwołujący”). Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 29 września 2022 r. udzielonego przez V-ce P.Z. i prokurenta osoby ujawnione w załączonym do odwołania wydruku KRS-u i umocowane do łącznej reprezentacji.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „*Wykonanie Regionalnej Platformy Wymiany Elektronicznej Dokumentacji Medycznej w Województwie Małopolskim*”, nr ref.: IS-I.272.6.2022, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 września 2022 r. pod nr 2022/S 182- 515474 przez Województwo Małopolskie - Urząd Marszałkowski Województwa Małopolskiego, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków zwany dalej: „*Zamawiającym*”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), zwana dalej „*NPzp*” albo „*PZP*”.

Zarzucił Zamawiającemu:

1) zaniechanie dołączenia do Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „*SWZ*” dokumentacji specjalistycznej, będącej w posiadaniu Zamawiającego, wytworzonej w ramach zamówienia realizowanego na podstawie postępowania IS-I.272.7.20191, w celu ustalenia przez Wykonawcę możliwości jej wykorzystania podczas realizacji przedmiotu Umowy, a zatem opublikowanie niepełnego opisu przedmiotu zamówienia i pominięcie istotnych okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, gdyż w/w brak uniemożliwia rzetelne oszacowanie ceny oferty, co stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 ust. 1 PZP, a także art. 131 ust. 2 PZP.

2) sformułowanie treści SWZ, a w szczególności załącznika nr 9 do SWZ tj. wzoru umowy bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty poprzez zaniechanie do SWZ umów powierzenia przetwarzania danych osobowych pacjentów korzystających z Platformy MSIM, które z administratorami tych danych ma zawrzeć Wykonawca, a jedynie wskazanie w § 20, iż „Przetwarzanie danych osobowych pacjentów korzystających z Platformy MSIM, jak też wszelkich innych danych osobowych dostępnych na Platformie MSIM odbywać się będzie na podstawie odrębnych

umów powierzenia przetwarzania danych osobowych, zawartych z udziałem podmiotów leczniczych, zgodnych z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa”, co stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 ust. 1 PZP w zw. z art. 433 pkt 3 PZP.

3) sformułowanie treści SWZ, a w szczególności załącznika nr 9 do SWZ tj. wzoru umowy § 18 ust. 1 w zakresie limitu kar umownych w łącznej wysokości do 65% maksymalnego wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 6 ust. 1, w sposób nieproporcjonalny, gdyż:

a. limit kar umownych liczony jest od kwoty maksymalnego wynagrodzenia netto, które obejmuje również wynagrodzenie z tytułu zamówienia realizowanego w ramach prawa opcji, do którego realizacji nigdy może nie dojść,

b. 65% jest wartością nieproporcjonalną, stanowi nadużycie prawa Zamawiającego do jednostronnego kształtowania umowy, co więcej sprawia, iż Wykonawcy bardziej opłaca się odstąpić od realizacji umowy (kara za odstąpienie wynosi 20%) niż ją realizować – co jest sprzeczne z zasadą efektywności, co stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 ust. 3 PZP i 17 ust. 1 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 5 i 3531 Kodeksu cywilnego (dalej: "k.c.") oraz art. 471, art. 473 § 1 oraz art. 483 i 484 k.c.

4) sformułowanie treści SWZ, a w szczególności załącznika nr 9 do SWZ tj. wzoru umowy § 18 ust. 3, zgodnie z którym wysokość kar jest obliczana w odniesieniu do maksymalnego wynagrodzenia netto wskazanego w §6 ust. 1 zdanie wstępne, co oznacza, iż kary umowne są obliczane od kwoty wynagrodzenia, która obejmuje również wynagrodzenie z tytułu zamówienia realizowanego w ramach prawa opcji, do którego realizacji nigdy może nie dojść, co stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 ust. 3 PZP i 17 ust. 1 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 5 i 3531 k.c. oraz art. 471, art. 473 § 1 oraz art. 483 i 484 k.c.

5) sformułowanie treści SWZ, a w szczególności załącznika nr 9 do SWZ tj. wzoru umowy § 13 ust. 5, zgodnie z którym Zamawiający może, bez podania przyczyny, odstąpić od Umowy w części dotyczącej Usługi Utrzymania lub w części dotyczącej Usługi Rozwoju (w zakresie zamówienia podstawowego), a wynagrodzenie Wykonawcy zostanie pomniejszone o 0,1 % wynagrodzenia brutto za wykonanie zamówienia podstawowego wskazanego w § 6 ust. 1 pkt 1) Umowy – za każdy miesiąc niewykonania Usługi Utrzymania lub odrębnie za każdy miesiąc niewykonania Usługi Rozwoju, co stanowi naruszenie art. 433 ust. 2 i 3 i 4 w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 5 i 3531 k.c.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) nakazanie Zamawiającemu zmiany SWZ – zgodnie ze szczegółowymi wnioskami, opisanymi pod uzasadnieniem zarzutów odwołania,
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów przedłożonych w toku postępowania odwoławczego przed Izłą, na okoliczności wskazane w dacie ich powołania,

3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, na podstawie w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocników, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego 10-dniowego terminu, wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SWZ, które zostały opublikowane w tym samym dniu, tj. 21 września 2022 r. na stronie internetowej Zamawiającego.

Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię odwołania (e-mailem - tego samego dnia, jak odwołanie, tj. 3 października 2022 r.) wraz z załącznikami Zamawiającemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Zamawiający w dniu 5 października 2022 r. wezwał (na stronie internetowej Zamawiającego: <https://bip.malopolska.pl/umwm,a,2165806,wykonanie-regionalnej-platformy-wymiany-elektronicznej-dokumentacji-medycznej-w-województwie-malopol.html>) wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 10 października 2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Gabos Software Sp. z o.o., ul. Mikołowska 100, 40-065 Katowice zwany dalej: „Gabos Software Sp. z o.o.” albo „Przystępującym” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zostało podpisane przez pełnomocnika umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 6 października 2022 r. udzielonego przez P.Z. osobę ujawnioną i umocowaną do samodzielnej reprezentacji zgodnie z zasadami reprezentacji wynikającym z załączonego do odwołania dokumentu rejestrowego. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: Gabos Software Sp. z o.o.

W dniu 13 października 2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił częściowo odwołanie, tj. wniósł o: 1) częściowe oddalenie odwołania w odniesieniu do zarzutu nr 1, 2) oddalenie odwołania w całości w zakresie zarzutu nr 2, 3) uwzględnienie odwołania w całości w odniesieniu do zarzutu nr 3 i 4, 4) uwzględnienie odwołania w całości w zakresie zarzutu

nr 5 - na zasadach wskazanych w uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie. Stwierdził: „(...) Ad. 1.

Zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 ust. 1 PZP, a także art. 131 ust. 2 PZP, nie zasługuje na uwzględnienie w całości, jako chybiony, nieznajdujący uzasadnienia w okolicznościach przedmiotowej sprawy, tak faktycznych, jak i prawnych.

Zamawiający w istocie potwierdza, iż dysponuje dokumentacją specjalistyczną obejmującą Projekt wykonawczy Platformy MSIM - wymiana EDM, Architektura Platformy MSIM - Wymiana EDM, Projekt wykonawczy ITS, Scenariusze testów Platformy MSIM - wymiana EDM, Projekt powykonawczy ITS, Plan testów Platformy MSIM - wymiana EDM w zakresie wymaganym dla odbioru jakościowego ITS, wytworzoną w ramach zamówienia realizowanego na podstawie postępowania IS-I.272.7.2019, niemniej jednak nie jest on uprawniony do jej pełnego ujawnienia już na etapie postępowania przetargowego.

Zamawiający w § 3 ust. 1 lit. d) Umowy tj. załącznika nr 9 do SWZ, wskazał, że zapewni Wykonawcy warunki niezbędne do wykonania przedmiotu Umowy w szczególności poprzez udostępnienie ww. dokumentacji specjalistycznej, w celu możliwości jej wykorzystania podczas realizacji przedmiotu Umowy. Zaznaczono również, iż Strony niezwłocznie po zawarciu Umowy, nie dłużej jednak niż w terminie 21 dni od zawarcia umowy, ustalą szczegółowy sposób i termin udostępnienia ww. dokumentacji Wykonawcy przez Zamawiającego. SWZ w żaden sposób nie narzuca zobowiązania Wykonawcy do wykorzystania w całości lub w części dokumentacji specjalistycznej będącej w posiadaniu Zamawiającego. Przeciwnie, dokumentacja ta w założeniu stanowi produkty, do których wytworzenia w całości zobowiązany jest Wykonawca. Dokumentacja jaką dysponuje Zamawiający może jednak ale nie musi być wykorzystana podczas realizacji przedmiotu Umowy. Może stanowić dodatkowe źródło informacji i danych o produktach zamówienia, przy czym ostateczny zakres dokumentacji specjalistycznej musi odzwierciedlać oprogramowanie, które zostanie wytworzone przez Wykonawcę.

Po pierwsze Zamawiający zaznacza, że wszystkie istotne elementy wypracowane w postępowaniu IS-I.272.7.2019, zostały ujęte w SOPZ. Zamawiający opublikował bardzo szczegółową i obszerną dokumentację postępowania umożliwiającą rzetelne oszacowanie ceny oferty zamówienia. Opublikowane przez Zamawiającego zostały w szczególności specyfikacje interoperacyjności oraz profile interoperacyjności IHE, co oznacza, iż znaczna część niezbędnych prac projektowych została wcześniej wykonana przez Zamawiającego i to do tychże prac oraz ich wyników winien się odnieść Wnioskodawca dokonując wyceny. Głównym zadaniem Wnioskodawcy, jako Wykonawcy Zamówienia będzie wytworzenie warstwy oprogramowania dla regionalnej części Platformy MSIM. Wymieniona przez Wnioskodawcę dokumentacja dotycząca wymiany EDM musi więc odnosić się do tego właśnie oprogramowania, które Wnioskodawca (jako Wykonawca) dopiero wytworzy.

Dokumentacja ta nie stanowi wyodrębnionego, niezależnego przedmiotu, który po obróbce edytorskiej mógłby zostać poddany procedurze odbiorowej. Tym samym więc, nie jest właściwe i możliwe do zaakceptowania przez Zamawiającego takie podejście, które polegałoby na kopiowaniu, edycji, bądź wprowadzaniu zmian do istniejących dokumentów będących produktami poprzedniego postępowania. W uproszczeniu: dokumentacja musi zostać sporządzona od nowa, gdyż ma dokumentować oprogramowanie, które dopiero zostanie wytworzone przez Wykonawcę, a nie oprogramowanie, które nie zostało wytworzone przez innego Wykonawcę w ramach postępowania uprzedniego. Tym samym, wnioskowana przez Wykonawcę dokumentacja specjalistyczna Platformy MSIM nie ma wpływu na kalkulację oferty a Wykonawca jako profesjonalista w tej dziedzinie zobligowany jest do wytworzenia każdego z produktów zamówienia na nowo zgodnie z zapisami rozdz. II SOPZ Tabela nr 2 „Harmonogram realizacji produktów Zamówienia”.

Po drugie dokumenty Projekt wykonawczy ITS oraz Projekt powykonawczy ITS w szczególności zawierają informacje związane z konfiguracją urządzeń sieciowych, adresacją sieciową, informacje o dostęпах zdalnych oraz sposobie realizacji zabezpieczeń, które są informacjami podlegającymi ochronie. Upublicznienie ich stanowiłoby poważne zagrożenie dla bezpieczeństwa nowo powstającej platformy. Ich ew. udostępnienie musiałoby - z powodów wymienionych wyżej - wiązać się z wyłączeniem bardzo obszernych fragmentów treści z powodów wymienionych powyżej, co z kolei spowodowałoby, że dokumenty te utraciłyby spójność i kompletność, stając się nieprzydatne dla Wykonawcy i mogąc potencjalnie wprowadzać w błąd. Dodatkowo od czasu opracowania dokumentacji specjalistycznej przez BonaSoft sp. z o.o. zmieniły się założenia projektu mające wpływ na aktualny opis przedmiotu zamówienia. Udostępnienie wnioskowanych dokumentów specjalistycznych jest dla Wykonawcy bezwartościowe z uwagi na niekompletny, niespójny i nieprzydatny na potrzeby kalkulacji oferty zakres. Projekt wykonawczy Platformy MSIM - wymiana EDM, Architektura Platformy MSIM - Wymiana EDM, Scenariusze testów Platformy MSIM - wymiana EDM, Plan testów Platformy MSIM - wymiana EDM mają być stworzone na nowo przez wybranego w obecnym postępowaniu Wykonawcę.

Po trzecie Zamawiający zwraca uwagę, iż wytworzenie i/lub dostawa ITS nie wchodzi w zakres niniejszego postępowania, a jedynie ew. rekonfiguracja ITS. Tym samym, Zamawiający - wzięwszy pod uwagę poważne ryzyko związane z zagrożeniem bezpieczeństwa, brak bezpośredniej przydatności odnośnych dokumentów dla wyceny, jak również fakt, iż w ramach opublikowanej dokumentacji postępowania (Załącznik nr 4 do SOPZ) już określono wszystkie składniki ITS – podtrzymuje swoje stanowisko o nieudostępnianiu przedmiotowej dokumentacji na etapie postępowania.

Dodatkowo sama okoliczność, że jeden z podmiotów z branży informatycznej brał udział w poprzednim zamówieniu na wykonanie Platformy MSIM (jakkolwiek tylko w zakresie

jej części) nie oznacza, że podmiot ten ma przewagę przy przygotowaniu oferty na potrzeby niniejszego postępowania. Jak wskazuje się w orzecznictwie sam fakt, że wykonawcy w różnym stopniu mogą wyceniać ryzyko związane z realizacją kontraktu nie powoduje każdorazowo nieporównywalności ofert, a to z tego względu, że w zależności od modelu prowadzenia działalności gospodarczej, doświadczenia w danej branży, doświadczenia z danym zamawiającym pozytywnego lub nie - różnie wykonawcy na podstawie tych samych danych identyfikują ryzyka (tak Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 listopada 2019 r. KIO 2313/19).

Niemniej jednak Zamawiający, wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Odwołującego, dokonał powtórnej oceny i analizy przedmiotowej dokumentacji oraz doszedł do przekonania, że możliwe jest udostępnienie na etapie postępowania przetargowego Wzorów umów o powierzeniu przetwarzania danych osobowych wytworzonych w ramach zamówienia realizowanego na podstawie postępowania IS-I.272.7.2019. W pozostałym zakresie, dokumentacja postępowania została – na podstawie pytań zadanych przez Wykonawców - zaktualizowana o wszystkie niezbędne informacje.

Ad. 2.

Zamawiający podnosi, iż nie doszło do naruszenia art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 ust. 1 PZP w zw. z art. 433 pkt 3 PZP, a postawiony zarzut jest całkowicie bezpodstawny i nie zasługuje na uwzględnienie.

Istota wniosku Wykonawcy dotyczącego modyfikacji zaskarżonego fragmentu SWZ sprowadza się do Zobowiązania Zamawiającego, aby Partnerzy Projektu (podmioty lecznicze) podpisali umowy powierzenia danych osobowych w konkretnym kształcie. Nie jest to zasadne z kilku powodów.

W pierwszej kolejności, należy podnieść że Odwołujący nie rozumie istoty zadań wykonawcy w ramach przedmiotowego zamówienia odnoszących się do sfery ochrony danych osobowych. Zamawiający wymaga od wykonawcy nie tylko zastosowania określonej wiedzy dotyczącej rozwiązań informatycznych, lecz także wiedzy ściśle z zakresu ochrony danych osobowych.

Jak wyraźnie wynika z Załącznika nr 3 do SOPZ rozdziału 8.3.3.pn. „Polityka bezpieczeństwa” – wykonawca odpowiada nie tylko za przygotowanie treści umów powierzenia. Wykonawca jest odpowiedzialny za szereg dokumentów dotyczących polityki bezpieczeństwa, których obszerny katalog zawiera rozdział 8.3.3. Dokumenty te nie mogą powstawać w oderwaniu od umów powierzenia, ani innych dokumentów tam wymienionych. Kluczowe jest jednak, co wyraźnie wynika z ZA. Dok. 96 ppkt. Załącznika nr 3 do SOPZ, że to Wykonawca ma obowiązek przygotowania całego modelu ochrony danych osobowych w Projekcie, w tym modelu przepływu danych osobowych. Postanowienia umów powierzenia są tylko jednym z elementów tego modelu. Tym samym to wykonawca musi brać udział

w przygotowaniu także umów powierzenia, ponieważ to przygotowany przez niego model ochrony danych osobowych determinuje brzmienie umów powierzenia, a nie na odwrót.

Dalej odwołujący pominął postanowienia ZA. Dok. 98 ppkt. Załącznika nr 3 do SOPZ, zgodnie z którymi w ramach Polityki bezpieczeństwa opracowana zostanie metodyka szacowania ryzyka, a także analiza (ocena) skutków dla ochrony danych (DPIA) dla czynności przetwarzania w ramach Platformy MSIM. Czynności tych należy dokonać przed rozpoczęciem przetwarzania danych osobowych zgodnie z art. 35 ust. 1 RODO. Z tych dokumentów będą wynikać ryzyka, które trzeba będzie uwzględnić przygotowując dokumenty związane z polityką bezpieczeństwa, w tym umowy powierzenia danych.

Ponadto obowiązki związane z ustalaniem modelu ochrony danych osobowych są ściśle powiązane z tworzeniem i wdrażaniem rozwiązań informatycznych. Przyjęcie wcześniej określonych rozwiązań z zakresu modelu ochrony danych mogłoby spowodować, że zastosowanie następnie konkretnych rozwiązań informatycznych mogłoby być utrudnione czy wręcz niemożliwe, tym samym ograniczałoby samego wykonawcę w sposobie wykonania platformy.

Zamawiający pragnie podkreślić, iż Odwołujący nie zakwestionował żadnych zapisów Załącznika nr 3 do SOPZ rozdziału 8.3.3.pn. „Polityka bezpieczeństwa”, w tym swojego obowiązku przygotowania modelu ochrony danych osobowych w Projekcie, w tym modelu przepływu danych osobowych. Skoro tak, to tym samym godzi się na przygotowanie całości dokumentów związanych z tym zagadnieniem w Projekcie.

Zamawiający zaznacza jednak, że w związku z powyższym Wykonawca ma opracować w/w dokumenty, natomiast nie ponosi odpowiedzialności za sam proces zawierania umów powierzenia przetwarzania danych osobowych z 38 partnerami Projektu. Dodatkowo Zamawiający wyjaśnia, iż zgodnie z obowiązkami wskazanymi w SWZ, tj. par. 5 ust. 12 i 13 załącznika nr 9 do SWZ, tj. umową Wykonawca:

- odpowiada za brak integracji Platformy MSIM z systemem lokalnym Partnera, tylko jeżeli brak integracji został spowodowany z winy Wykonawcy lub z przyczyn leżących po jego stronie. W przypadku braku winy Wykonawcy lub niezastnienia przyczyn leżących po stronie Wykonawcy brak integracji z systemem lokalnym Partnera nie jest przeszkodą do dokonania odbioru Produktu lub Etapu. Jednakże Wykonawca będzie zobowiązany do dokonania integracji Platformy MSIM z systemem lokalnym Partnera w ramach realizacji kolejnego Etapu Umowy, niezwłocznie po usunięciu przeszkody uniemożliwiającej dokonanie integracji. Zobowiązanie Wykonawcy wskazane w zdaniu poprzednim obowiązuje do Etapu IV włącznie i nie przysługuje Wykonawcy w tym zakresie dodatkowe wynagrodzenie;

- odpowiada za brak dostarczenia danych do inicjalnych zasileń jeżeli brak dostarczenia danych do inicjalnych zasileń został spowodowany z winy Wykonawcy lub z przyczyn leżących po jego stronie. W przypadku braku winy Wykonawcy lub niezastnienia przyczyn

leżących po stronie Wykonawcy brak dostarczenia danych do inicjalnych zasileń nie jest przeszkodą do dokonania odbioru Produktu lub Etapu. Jednakże Wykonawca będzie zobowiązany do przeprowadzenia inicjalnych zasileń danymi z rejestrów i systemów źródłowych w ramach realizacji kolejnego Etapu Umowy, niezwłocznie po usunięciu przeszkody uniemożliwiającej ich dokonanie. Zobowiązanie Wykonawcy wskazane w zdaniu poprzednim obowiązuje do Etapu IV włącznie i nie przysługuje Wykonawcy w tym zakresie dodatkowe wynagrodzenie.

Dodatkowo Zamawiający informuje, iż 11 września 2022 r. w trybie wyjaśnienia treści SWZ opublikował na stronie niniejszego postępowania wzory umów powierzenia przetwarzania danych osobowych odebrane w ramach realizacji zamówienia nr IS-1.272.7.2019.

W drugiej kolejności należy podnieść, że Województwo Małopolskie nie posiada władczych uprawnień wobec podmiotów leczniczych będących Partnerami w Projekcie MSIM. Każdy z tych podmiotów leczniczych jest odrębną od Województwa Małopolskiego osobą prawną (prawie wszystkie 37 podmiotów działa w formie samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej, a jeden w formie spółki kapitałowej), nie pozostającą w stosunku podporządkowania wobec Lidera projektu. Dla większości Partnerów (tj. 22) Województwo nie jest nawet podmiotem założycielskim, ani współnikiem, nie może więc nawet pośrednio wpływać na decyzje przez nie podejmowane. W szczególności nie posiada żadnych narzędzi obejmujących wydawanie wiążących je poleceń. Nie daje takich narzędzi ani ustawa o samorządzie województwa, ani ustawa o działalności leczniczej.

Kwestia ta jest szczególnie widoczna w obszarze danych osobowych. Jak odwołujący sam wskazał, każdy z tych podmiotów leczniczych jest odrębnym administratorem danych osobowych – zarówno danych osobowych pacjentów jak i swojego personelu. Każdy z nich samodzielnie decyduje komu i w jaki sposób powierzy przetwarzanie danych osobowych, a tym bardziej gdy powierzenie ma dotyczyć danych wrażliwych (tj. danych pacjentów dotyczących ich stanu zdrowia). Wyraźnie trzeba zaznaczyć, że administratorem w/w danych osobowych nie jest Województwo Małopolskie. Sytuacji tej nie zmieni uruchomienie platformy MSIM.

Dodatkowo trzeba mieć na względzie, że Projekt MSIM jest realizowany jako tzw. projekt partnerski. Zgodnie z art. 33 ust. 1 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (Dz.U.2020.818 t.j.) - w celu wspólnej realizacji projektu, w zakresie określonym przez instytucję zarządzającą krajowym programem operacyjnym albo instytucję zarządzającą regionalnym programem operacyjnym, może zostać utworzone partnerstwo przez podmioty wnoszące do projektu zasoby ludzkie, organizacyjne, techniczne lub finansowe, realizujące wspólnie projekt, zwany dalej "projektem partnerskim", na warunkach

określonych w porozumieniu albo umowie o partnerstwie. Projekt MSIM jest projektem partnerskim w rozumieniu przywołanego przepisu. Ze swej istoty zasady realizacji takiego projektu są uzgadniane przez wszystkich partnerów, a nie narzucane przez Lidera projektu. Wymieniona ustawa o zasadach realizacji programów także nie wyposaża Województwa jako lidera projektu w żadne władcze narzędzia stosowane wobec pozostałych partnerów. Nie było i nie jest możliwe wprowadzenie takich środków do umów partnerskich jakie zostały zawarte. Także sam odwołujący nie wskazuje jakich środków i na jakiej podstawie powinien użyć zamawiający, aby zmusić partnerów do zawierania umów o konkretnej treści.

Ad. 3 i 4.

Zamawiający wskazuje, iż nie doszło do naruszenia art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 ust. 3 PZP i 17 ust. 1 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 5 i 3531 Kodeksu cywilnego (dalej: "k.c.") oraz art. 471, art. 473 § 1 oraz art. 483 i 484 k.c. Jednocześnie Zamawiający przychylając się do żądania Odwołującego w dniu 11 października 2022 r. dokonał zmiany treści załącznika nr 8 do SWZ, tj. wzoru umowy w § 18 ust. 1 poprzez wprowadzenie w umowie górnego limitu kar umownych w wysokości 30% wartości wynagrodzenia za zamówienie podstawowe netto, oraz zmiany w § 18 ust. 3 w ten sposób, że wysokość kar liczona jest w odniesieniu do wynagrodzenia netto wskazanego w § 6 ust. 1 pkt 1 lub 3 umowy, odpowiednio za dany przedmiot umowy, tj. zamówienie podstawowe i zamówienie w ramach opcji. Zamawiający dokonał zatem zmiany ww. postanowień umownych poprzez przyjęcie naliczania wysokości kar umownych, przysługujących za niewykonanie lub nienależyte wykonanie świadczeń wchodzących w zakres zamówienia podstawowego od maksymalnego wynagrodzenia netto za wykonanie zamówienia podstawowego z wyłączeniem wynagrodzenia za zamówienie realizowane w ramach opcji.

Ad. 5.

Zamawiający wskazuje, iż w dniu 11 października 2022 r. w trybie udzielania wyjaśnień treści SWZ, dokonał zmiany treści załącznika nr 8 do SWZ, tj. wzoru umowy w § 13 ust. 5 poprzez usunięcie przedmiotowego zapisu ust. 5 z treści § 13 wzoru umowy, uznając tym samym w całości zarzut Odwołującego. (...). Niniejsza odpowiedź została podpisana przez Zastępcę Dyrektora Biura Inwestycji Strategicznych.

W dniu 14 października 2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania. Stwierdził, że: „(...) oświadczam, iż cofam w całości odwołanie wniesione w dniu 3 października 2022 r. W związku z powyższym w imieniu Odwołującego, wnoszę o zwrot 90% wpisu od odwołania (...)”. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało podpisane przez pełnomocnika umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 13 października 2022 r. udzielonego przez V-ce P.Z. i prokurenta osoby

ujawnione w załączonym do odwołania wydruku KRS-u i umocowane do łącznej reprezentacji.

W związku ze złożonym oświadczeniem Odwołującego oraz wnioskiem o zwrot 90 % wpisu Izba uznała, że mamy do czynienia z wycofaniem odwołania w całości.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 520, art. 568 pkt 1 oraz art. 553 ust. 1 zdanie drugie NPzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie o sygn. akt: KIO 2610/22.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem za rzecz Odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczanego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, czyli kwotę 13 500 zł 00 gr, stosownie do art. 557 i art. 575 NPzp oraz § 9 ust. 1 pkt 3a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437).

Przewodniczący:

.....