

Sygn. akt: KIO 2010/13
KIO 2017/13

WYROK
z dnia 4 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Robert Skrzyszewski
Agata Mikołajczyk
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2013 r. przez:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Hewlett – Packard Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Kamsoft SA w Katowicach,

B. Asseco Poland SA w Rzeszowie

w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Hewlett – Packard Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Kamsoft SA w Katowicach, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w spr. KIO 2017/13, po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddała odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Hewlett – Packard Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Kamsoft SA w Katowicach;
2. oddała odwołanie Asseco Poland SA w Rzeszowie;
3. 1. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Hewlett – Packard Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Kamsoft SA w Katowicach a także Asseco Poland SA w Rzeszowie, i:
 - 2.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydziestu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Hewlett – Packard

Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Kamsoft SA w Katowicach a także Asseco Poland SA w Rzeszowie, tytułem wpisów od odwołań;

2.3. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Hewlett – Packard Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Kamsoft SA w Katowicach na rzecz Zamawiającego - Zakładu Ubezpieczeń Społecznych kwotę 3 600 zł 00 gr (trzech tysięcy sześciuset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

2.4. zasądza od Asseco Poland SA w Rzeszowie na rzecz Zamawiającego - Zakładu Ubezpieczeń Społecznych kwotę 3 600 zł 00 gr (trzech tysięcy sześciuset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Skład orzekający:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Zakład Ubezpieczeń Społecznych, prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest „Zawarcie umowy ramowej na modyfikację i rozbudowę oprogramowania Kompleksowego Systemu Informatycznego w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 stycznia 2013 r. pod nr 2013/S 021-032780.

Wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ], trzech Odwoływający, to jest: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Hewlett – Packard Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Kamssoft SA w Katowicach; Asseco Poland SA w Rzeszowie a także Capgemini Polska spółka z o.o. w Warszawie złożyli odwołania.

Zamawiający, w przeddzień rozprawy mającej na celu rozpatrzenie odwołań, dokonał po analizie podniesionych zarzutów, zmiany SIWZ w zakresie części z nich, nie uwzględniając jednak zarzutów na podstawie art. 186 ust. 2 i 3 ustawy. Zamawiający dokonał korekty postanowień SIWZ, co do których Odwoływający wykazali niestaranność w sformułowaniu odpowiednich postanowień tego dokumentu, braki precyzji a także jednoznaczne sprzeczności, jak przykładowo te dotyczące nieodgadnionego sposobu przyznawania punktów za wykonanie zadania testowego w zakresie Podzadania ZAD.WER.BŁĄD.# oraz ZAD.WER.STAN.1, gdzie w różnych częściach SIWZ podano, że za wykonanie podzadania przyznany zostanie 1 pkt, w innej zaś części – że 4 punkty; przekazał także niektóre dokumenty, których udostępnienia wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu postulowali Odwoływający. Zamawiający złożył odpowiedzi na każde z odwołań, w których wniósł o ich oddalenie.

Odwoływający Capgemini Polska sp. z o.o. w Warszawie cofnął odwołanie na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z czym Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze [spr. o sygn. KIO 2014/13].

Odwoływający Asseco Poland na posiedzeniu, po zapoznaniu się ze stanowiskiem Zamawiającego i zakresem dokonanych zmian w SIWZ wycofał część zarzutów postawionych w odwołaniu, to jest zarzuty oznaczone nr : I, II, III, V, VI, VII, IX, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXV, ograniczając odwołanie do zarzutów osygnowanych w odwołaniu numerami: IV, VIII, X, XX, XXI, XXII, XXIII, XIV.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Hewlett – Packard Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Kamssoft SA w Katowicach podtrzymali w całości wniesione odwołanie. W zakresie zarzutów dotyczących zaniechania udostępnienia wykonawcom określonych dokumentów, co do których Zamawiający oświadczył w odpowiedzi na odwołanie, że przekazał wykonawcom w przeddzień rozprawy wskazywane w odwołaniu dokumenty, podając link do strony internetowej, na której je zamieszczono, Odwołujący podał, że nie zdążył zapoznać się z dokonаныmi przez Zamawiającego modyfikacjami.

Do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem Asseco Poland SA w Rzeszowie, przystąpili po stronie tego Odwołującego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Hewlett – Packard Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Kamssoft SA w Katowicach, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz strony, do której nastąpiło zgłoszenie przystąpienia.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ], ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, zaproszenia do złożenia oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, a także biorąc pod uwagę modyfikację SIWZ dokonaną po wniesieniu odwołania, ustalono i zważono, co następuje:

Ustalono, że obaj wykonawcy wnoszący odwołania posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań dotyczących postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przyjąć należy, iż wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu jak również może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, jeśli nie zachodzi obiektywna niemożliwość uczestnictwa tego wykonawcy w postępowaniu. W anlizowanej sprawie, wszyscy Odwołujący zostali zaproszeni do złożenia oferty, są zatem uczestnikami postępowania mającymi realną szansę na podpisanie umowy ramowej a następnie złożenie w oparciu o nią ofert na zawarcie umów wykonawczych.

Odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Uznano, że jakkolwiek, po wniesieniu odwołania, Zamawiający w przeddzień rozprawy uczynił zadość zarzutom i odpowiadającym im żądaniom w odniesieniu do odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Hewlett – Packard Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Kamssoft SA w Katowicach dotyczącym udostępnienia wykonawcom dokumentów takich jak Polityka bezpieczeństwa informacji w ZUS, polityka bezpieczeństwa danych osobowych czy instrukcja zarządzania systemami informatycznymi służącymi do przetwarzania danych, co oznacza potwierdzenie zasadności tych zarzutów, odwołanie w tej mierze podlega oddaleniu. Powyższa sytuacja ma bowiem zasadniczy wpływ na proces orzekania Izby, jeśli dotyczyłaby ona stanu faktycznego stanu faktycznego nieistniejącego w czasie orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą, skoro na ten moment nie istnieją już - w części uznanej przez Zamawiającego - kwestionowane przez Odwołującego zapisy SIWZ, a dokonana zmiana wpisuje się w żądania stawiane przez danego Odwołującego. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą, zgodnie z art. 190 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest postępowaniem kontradyktoryjnym, polegającym na rozstrzygnięciu sporu pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym. W sytuacji, kiedy co do części podniesionych zarzutów spór nie występuje, prowadzenie w tym zakresie postępowania staje się bezprzedmiotowe. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie nakazuje zamawiającemu powstrzymania się z dokonaniem czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegających na uczynieniu zadość zarzutom i żądaniom podniesionym w odwołaniu. Skutkiem tego jest, z chwilą zakomunikowania wykonawcom tej zmiany, w sposób umożliwiający zapoznanie się z nią, brak przedmiotu sporu między stronami. Tym samym jeśli ustawodawca nie zakazał zamawiającemu w trakcie postępowania odwoławczego, uwzględniania zarzutów odwołania, w tym również dokonywania zmian zapisów postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, to tym samym zamawiający nie może być „karany” za dokonanie takich zmian, które często dalszy spór pomiędzy stronami czynią bezprzedmiotowym, poprawiając ekonomikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jeżeli zamawiający przed terminem rozprawy uznaje część zarzutów podniesionych w odwołaniu, w brzmieniu żądanym przez odwołującego, to za podstawę orzekania winny być przyjęte tylko te zarzuty, które są nadal przedmiotem sporu. Żaden przepis ustawy nie nakłada na Izbę obowiązku rozpoznawania zarzutów co do których spór pomiędzy stronami nie istnieje - wygaś. Dlatego też przyjmowanie w sytuacji uczynienia zadość części zarzutów odwołania przez Zamawiającego za podstawę orzeczenia Izby - zarzutów nie istniejących w chwili orzekania - uwzględnionych przed rozprawą przez Zamawiającego, jest sprzeczne z celem art. 191 ust.

2 ustawy. Izba ocenia sprawę mając na uwadze stan sprawy, czyli istniejące okoliczności faktyczne i stan prawny obowiązujący na dzień, do którego strony i uczestnik postępowania mogli przytaczać fakty i dowody, tj. na dzień zamknięcia rozprawy. Dlatego zasadny wydaje się wniosek, że z chwilą uznania przez zamawiającego przed rozprawą części zarzutów podniesionych w odwołaniu, to odwołujący winien poddać racjonalnej analizie zarzuty pozostałe i sens ich dalszego podtrzymywania, a nie liczyć na to, że niezależnie od oceny tych pozostałych zarzutów Izba biorąc pod uwagę częściowe uwzględnienie zarzutów przez zamawiającego, dokona uwzględnienia odwołania i kosztami postępowania obciąży zamawiającego [tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 kwietnia 2013 r. w spr. KIO 707/11] .

Za dokonaną oceną zasadności poszczególnych, podtrzymywanych przez Odwołujących zarzutów, przemawiały następujące okoliczności:

[1] W zakresie odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Hewlett – Packard Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Kamssoft SA w Katowicach, co do zarzutu dotyczącego 16 ust. 6 pkt 3) w zw. z art. 4 ust. 11 umowy ramowej, którego treść narusza art. 101 ust. 1 oraz art. 101 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych:

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia zapisu zawartego w art. 16 ust. 6 pkt 3) umowy ramowej a także usunięcie z art. 16 ust 6 umowy ramowej zwrotu „*nie modyfikują stanu równowagi ekonomicznej Stron*”, podając, że art. 4 ust. 11 umowy ramowej stanowi, iż Zamawiający w postępowaniu o zawarcie umowy wykonawczej może dokonać zmiany warunków zamówienia w stosunku do określonych w Umowie ramowej, o ile taka zmiana nie jest istotna. Choć wskazany zapis SIWZ jest, zdaniem Odwołującego, jedynie powtórzeniem art. 101 ust. 2 ustawy, to w kontekście tego konkretnego postępowania budzi on wątpliwości w związku z brzmieniem art. 16 ust. 6 pkt 3 umowy ramowej. W art. 16 ust. 6 pkt 3 umowy ramowej Zamawiający wprowadza domniemanie, że zmiana dotycząca szeregu dokumentów, w tym metryk usług serwisowych nie ma istotnego charakteru. Powyższe oznacza, że Zamawiający formalnie jest uprawniony do zmiany metryk usług serwisowych w postępowaniu o zawarcie konkretnej umowy wykonawczej. Szczegółowy opis przedmiotu metryk usług serwisowych zawiera załącznik nr 8 do umowy ramowej. Z pkt III lit. B „Wykaz metryk usług serwisu” załącznika nr 8 do umowy ramowej wynika, że w ramach metryki usług serwisu wyróżnić można następujące usługi „Obsługa Incydentów, w tym Serwis Modyfikacji”, „Serwis korekty i aktualizacji danych”, „Konsultacje utrzymaniowe”. Pkt III lit. C „Metryki usług serwisu” załącznika nr 8 opisuje merytoryczną zawartość ww. usług [opisuje przedmiot tych usług]. Z załącznika nr 8 wynika zatem, iż pojęcie „metryki usług

serwisowych" w rzeczywistości oznacza szczegółowo opisany w załączniku nr 8 do umowy ramowej sposób wykonywania czynności składających się na serwis. Natomiast wykonywanie usług serwisowych stanowi istotną część zobowiązania wykonawcy, który będzie realizował umowę wykonawczą. Skoro maksymalna cena punktu funkcyjnego [Cosmic Function Point – CFP], determinującego wysokość wynagrodzenia, jakie otrzyma wykonawca z tytułu umowy wykonawczej, jest określana w ofercie na zawarcie umowy ramowej, to oczywistym jest, że ocena pracochłonności obowiązków wynikających z usług serwisowych jest istotnym czynnikiem determinującym wycenę CFP i tym samym determinującym treść oferty składanej w postępowaniu na zawarcie umowy ramowej.

Odwołujący znając zawarty w załączniku nr 8 do umowy ramowej opis metryk usług serwisowych jest w stanie wycenić CFP. Jeżeli Zamawiający jednostronnie zmieni ich opis [przedmiot] w postępowaniu dotyczącym zawarcia umowy wykonawczej, to wycena CFP dokonana przez Odwołującego na etapie składania oferty na umowę ramową nie będzie adekwatna. W postępowaniu dotyczącym zawarcia umowy wykonawczej nie można wskazać wyższej ceny za CFP, aniżeli określona w ofercie na umowę ramową, co wynika zarówno z treści art. 101 ust. 3 ustawy jak i z art. 12 ust. 2 umowy ramowej. Znacząc obecną treść metryk, Odwołujący może podjąć świadomą decyzję, uwzględniającą analizę potencjalnych ryzyk, o złożeniu oferty na umowę ramową. Natomiast przyznanie Zamawiającemu kompetencji do jednostronnej zmiany metryk usług serwisowych, które są istotnym elementem wpływającym na zaoferowaną w postępowaniu cenę punktu funkcyjnego CFP, może spowodować takie ukształtowanie przedmiotu tych usług w postępowaniach na zawarcie umów wykonawczych, iż znając wcześniej ich treść Odwołujący być może podjąłby inną decyzję w zakresie złożenia oferty w postępowaniu na umowę ramową lub co do wyceny CFP. Metryki usług serwisowych w rzeczywistości mają istotny charakter - wpływają na stan równowagi ekonomicznej stron, ich zmiana może zmieniać przedmiot zamówienia, a treść determinuje decyzję o złożeniu oferty w postępowaniu na umowę ramową. Zdaniem Odwołującego, aktualna treść art. 16 ust. 6 pkt 3) w związku z art. 4 ust. 11 umowy ramowej pozwala Zamawiającemu w sposób istotny zmienić w postępowaniu na umowę wykonawczą warunki zamówienia wobec tych określonych w umowie ramowej i może nawet doprowadzić do sytuacji, w której Zamawiający udzieli zamówienia wykraczającego poza przedmiot umowy. Pozostałe dokumenty wskazane w art. 16 ust 6 umowy ramowej także mają istotny wpływ na decyzje i wyceny dokonywane przez wykonawcę na etapie składania oferty w postępowaniu na umowę ramową, zaś ich zmiana może bez wątpienia wpływać na stan równowagi ekonomicznej stron. To z kolei, zdaniem Odwołującego, prowadzi do wniosku, iż z opisu wskazanego postanowienia powinno być również usunięte stwierdzenie, iż wskazane zmiany

„nie modyfikują stanu równowagi ekonomicznej Stron”.

Biorąc pod uwagę wyżej zaprezentowaną argumentację Odwołującego, podkreślenia wymaga istota umowy ramowej, której celem, zgodnie z regulacją art. 101 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest określenie ogólnych warunków umów, jakie będą zawierane z wykonawcami, zasad na podstawie których będą zawierane dalsze umowy. Zgodnie z definicją umowy ramowej, wyrażoną w art. 2 pkt 9a) ustawy, umową ramową jest umowa między zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i, jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości. W istotę umowy ramowej wpisane są zatem jej ogólny charakter oraz możliwość zmiany przedmiotu zamówienia, jeśli zmiany te nie będą miały charakteru istotnego. Granicą jest, wyrażony w art. 100 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zakaz wykorzystywania umowy ramowej do ograniczenia konkurencji. Zmiana przedmiotu zamówienia, jakkolwiek wpisana w istotę umowy ramowej, nie może mieć takiego zatem charakteru czy zakresu, który skutkowałby sytuacją, że gdyby potencjalni wykonawcy znali nieprzewidywaną na etapie ogłoszenia zmianę przedmiotu zamówienia, to wykazaliby zainteresowanie udziałem w postępowaniu, czego nie uczynili przy opisanym zakresie. W pozostałym zakresie, w formule umowy ramowej nie tylko mieści się, ale wręcz jest jej istotą, pewna dynamika przedmiotu zamówienia. Umowa ramowa musi określać warunki dotyczące przyszłych zamówień publicznych [umów wykonawczych], w tym w szczególności cenę, za jaką wykonawcy w trakcie jej wykonywania wykonają w oparciu o nią zamówienia szczegółowe. Zarzuty Odwołującego w tej mierze zdają się zatem kwestionować istotę umowy ramowej.

Podkreślenia dalej wymaga, że już od ogłoszenia [30 styczeń 2013 r.] znany był przedmiot zamówienia i jego specyficzny charakter, w tym to, że będzie od funkcjonował w warunkach znacznej dynamiki, skoro przedmiotem postępowania miało być zawarcie umowy ramowej na modyfikację i rozbudowę oprogramowania Krajowego Systemu Informatycznego, zaś nie ulegało wątpliwości, co dotyczy szczególnie wykonawców - profesjonalistów obrotu informatycznego, że odnosi się to do elementów systemu stworzonych przez różnych wykonawców, a po zawarciu umowy ramowej – dodatkowo tworzonych przez wykonawców, którzy tę umowę zawrą i będą mogli równolegle wykonywać czynności w odniesieniu do Krajowego Systemu Informatycznego w ZUS przez 48 miesięcy trwania tej umowy. Wiadomo więc było, szczególnie dla wykonawców działających na rynku informatycznym, jaki charakter ma Krajowy System Informatyczny ZUS, tak samo, jak wyniki rozprawy ujawniły, że wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu nie jest obca informacja, że podstawy tego systemu stworzył wykonawca Asseco Poland SA w Rzeszowie

[czy też jego prawny poprzednik Prokom Software S.A.], jak również to, że system powstał dawno i że przez wiele lat jego funkcjonowania i rozbudowy różni wykonawcy wykonywali i wykonują w stosunku do niego określone czynności. Przedmiot zamówienia, określony w ogłoszeniu dotyczącym umowy ramowej jako modyfikacja i rozbudowa tak złożonego systemu musi dla profesjonalnych uczestników obrotu dawać informację, że tak określony przedmiot nigdy nie może zostać w sposób w pełni szczegółowy opisany i będzie ulegał w czasie pewnym modyfikacjom, bowiem rozbudowa systemu, jego modyfikacja zawsze wiąże się z nieprzewidywanymi sytuacjami i koniecznością dostosowywania prac do zmieniających się okoliczności, czy to uwarunkowanych otoczeniem prawnym, zmieniającymi się potrzebami, czy to determinowanych kształtem samego systemu. Gdyby mieć co do tego wątpliwości, to dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający już w ogłoszeniu o zamówieniu z 30 stycznia 2013 r. [sekcja II.1.5] zamieścił krótki opis przedmiotu zamówienia, wskazując zarazem link do strony, gdzie zawarto między innymi pełny opis przedmiotu zamówienia: <http://www.zus.pl/zamupub/files/zalaczniki.zip>. Znajdujemy tam, po zmianach dokonanych w późniejszym czasie, szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, w którym podano między innymi bardzo istotną charakterystykę systemu, nie pozostawiającą wątpliwości, że przedmiotem zamówienia, będzie praca na „żywym organizmie”, w warunkach zmieniającego się otoczenia i potrzeb, uzależnionych od działania innych, zewnętrznych systemów i ich zasobów, działania innych wykonawców wykonujących czynności na podstawie umów dotyczących komponentów systemu, wreszcie – być może współfunkcjonujących przez 48 miesięcy wykonywania umowy ramowej przez wyłonionych wykonawców w tym postępowaniu:

„Kompleksowy System Informatyczny ZUS (KSI ZUS) został zaprojektowany, wykonany i wdrożony na podstawie „Umowy o zaprojektowanie i wykonanie Kompleksowego Systemu Informatycznego dla Zakładu Ubezpieczeń Społecznych oraz przekazania do eksploatacji oprogramowania użytkowego w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych” zawartej z firmą Prokom Software S.A. w dniu 10 października 1997 roku, w brzmieniu ustalonym Tekstem Jednolitym z dnia 18 stycznia 2007 roku, z późniejszymi zmianami.

Celem KSI ZUS jest wspomaganie działalności statutowej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Wspomaganie ma miejsce na płaszczyźnie jednostek terenowych ZUS oraz obsługę Centrali ZUS. System obejmuje swoją funkcjonalnością procesy zachodzące w ZUS oraz procesy, jakie mają miejsce w relacji ZUS z podmiotami zewnętrznymi, z jego otoczenia, w zakresie niezbędnym do realizacji zadań statutowych Zakładu. Przez system wspomagane są działania związane z: wymierzaniem i poborem składek na Fundusz Ubezpieczeń Społecznych oraz prowadzeniem rozliczeń płatników składek i ewidencjonowaniem składek na indywidualnych kontach ubezpieczonych, ewidencją,

ustaleniem prawa, przyznaniem, naliczeniem kwoty wypłaty i wypłatą świadczeń: emerytur i rent oraz zasiłków z ubezpieczenia społecznego. System wspomaga również działania ZUS związane z: dochodzeniem należności powstałych w wyniku nie opłacenia składek lub pobrania nienależnych świadczeń, kontrolą dotyczącą płatników składek, obsługą zwolnień lekarskich, procesem postępowania orzeczniczego, obsługą prewencji rentowej, kontrolą wewnętrzną. System obsługuje dane z dokumentów ubezpieczeniowych dotyczących płatników składek i ubezpieczonych oraz z dokumentów dotyczących zwolnień z tytułu choroby. System przetwarza oraz obsługuje dane ubezpieczeniowe i finansowe na poziomie kont funduszy, kont płatników składek oraz kont ubezpieczonych. System obsługuje rejestry, wymienione w Ustawie o systemie ubezpieczeń społecznych, w zakresie wynikającym z Rozporządzenia MPiPS w sprawie szczegółowego zakresu danych zawartych w centralnych rejestrach prowadzonych przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych. System korzysta z rejestrów urzędowych PESEL, KEP i REGON do weryfikacji danych przekazywanych przez płatników składek. KSI ZUS wspomaga przekazywanie składek do otwartych funduszy emerytalnych oraz NFZ, umożliwia komunikację ZUS z Narodowym Bankiem Polski, a także komunikację z KRUS, PFRON i KDPW. System prowadzi ewidencję dokumentów stanowiących podstawę naliczenia oraz nalicza kapitał początkowy. System udostępnia zagregowane dane dotyczące statutowej działalności ZUS. Pozwala na generowanie standardowych raportów. Umożliwia prowadzenie wielowymiarowych interaktywnych analiz danych z zakresu ewidencji płatników składek i ubezpieczonych, rozliczeń z płatnikami składek, dochodzenia należności z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne oraz nienależnie pobranych świadczeń, kontroli płatników składek, absencji chorobowej, świadczeń emerytalno-rentowych i zasiłków, orzecznictwa, prewencji rentowej.

Stanowi bazę danych 20 milionów ubezpieczonych i ponad 2 milionów płatników oraz narzędzia przetwarzania tych danych zgodnie ze statutowymi zadaniami ZUS. Jest systemem unikalnym, niemającym pierwowzoru, stworzonym na potrzeby ZUS w oparciu o reformę ubezpieczeń społecznych z 1997 roku. Wyprodukowany jest w systemie bazodanowym DB2 firmy IBM i systemie transakcyjnym w środowisku rozproszonym (Tuxedo) obsługującym 35 tysięcy użytkowników (pracowników w jednostkach terenowych i Centrali ZUS) oraz wykonującym 16 milionów zleceń dziennie.

Prace rozwojowe i projektowe odbywają się nadal w związku z:

- zmianami legislacyjnymi (ustawy sejmowe, rozporządzenia ministerstw, prawo unijne, regulacje wewnętrzne);
- zmianami procesowymi;
- optymalizacją działania systemu na podstawie doświadczenia eksploatacyjnego;
- rozwojem technicznym i systemowym infrastruktury KSI;

- *wycofaniem podsystemów i modułów z eksploatacji, które tracą swoje podstawy legislacyjne bądź są zastąpione przez nowsze rozwiązania;*
- *zmianami wprowadzanymi w wyniku zgłoszeń podmiotów współpracujących z ZUS;*
- *potrzebami kontroli wewnętrznej.*

Zakres i rodzaj zmian wymienionych wyżej prac rozwojowych realizowany jest zgodnie z „Umową na modyfikację i rozbudowę oprogramowania Kompleksowego Systemu Informatycznego w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych” zawartą z firmą Asseco Poland S.A. w dniu 8 października 2010 roku.”

Ta dynamika przedmiotu zamówienia została zatem wpisana przedmiotowe postępowanie od samego początku, co wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu musi być wiadome. Wskazano bowiem wyraźnie, że prace rozwojowe i projektowe odbywają się nadal w związku ze: zmianami legislacyjnymi (ustawy sejmowe, rozporządzenia ministerstw, prawo unijne, regulacje wewnętrzne); zmianami procesowymi; optymalizacją działania systemu na podstawie doświadczenia eksploatacyjnego; rozwojem technicznym i systemowym infrastruktury KSI; wycofaniem podsystemów i modułów z eksploatacji, które tracą swoje podstawy legislacyjne bądź są zastąpione przez nowsze rozwiązania; zmianami wprowadzanymi w wyniku zgłoszeń podmiotów współpracujących z ZUS; potrzebami kontroli wewnętrznej. W tym okolicznościach nie sposób uznać, że wykonawcom nie była znana specyfika przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu i wiążący się z tym relatywnie dynamiczny opis przedmiotu zamówienia.

Dostrzeżenia przy tym wymaga, że postanowienia SIWZ adresowane są do podmiotów profesjonalnych. Postępowanie o zamówienie publiczne jest postępowaniem prowadzonym w warunkach podwyższonej staranności, w obrocie profesjonalnym. Jak wskazuje się w orzecznictwie, *„Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności”* [wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 8 marca 2006 r. sygn. akt: ACa 1018/05 *niepubl.*]. To postępowanie nacechowane jest profesjonalizmem w sposób szczególny – postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego, gdzie do złożenia oferty zaproszeni zostali wykonawcy w najwyższym stopniu spełniający warunki udziału w postępowaniu, a zatem wyselekcjonowani według kryteriów stanowiących w danej sferze miarę profesjonalizmu [w oparciu o kryterium wiedzy i doświadczenia].

Wyartykułowane w odwołaniu obawy Odwołującego, że Zamawiający kwalifikując z góry zmiany metryk serwisowych jako zmiany nieistotne, próbuje obejść regulację zawartą w art. 101 ust. 2 ustawy, dopuszczająca nieistotne zmiany w umowie ramowej zdają się być opartymi na przypuszczeniach Odwołującego, czy nawet skrajnie pesymistycznej ocenie przyszłych zachowań, których nie sposób odgadywać, opartymi na pewnej, choć nieuprawnionej interpretacji. Z przepisu art. 101 ust. 2 ustawy wprost wynika możliwość zmiany przedmiotu zamówienia, jeśli nie ma ona charakteru istotnego. Odwołujący oraz każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu, przystępując do niego i wiedząc, że na obecnym etapie prowadzi ono do zawarcia umowy ramowej, muszą liczyć się z tym, że w to postępowania wkomponowana jest zasada zmienności przedmiotu zamówienia w nieistotnym zakresie, niezależnie od tego czy kwestię tę Zamawiający w jakiegokolwiek płaszczyźnie zaakcentuje, czy też potraktuje milczeniem. Wynika to z istoty umowy ramowej. Możliwość nieistotnej zmiany umowy ramowej wynika wprost z przepisu i nie jest uzależniona od treści dokumentów postępowania i zawarcia konkretnych postanowień w treści SIWZ czy też innych dokumentów opisujących postępowanie. Kwestionowane w odwołaniu postanowienie należy raczej odczytywać jako informację dla wykonawców, że zmiany w płaszczyźnie metryk serwisowych oraz konieczność ich zmian należy przyjąć za relatywnie prawdopodobne oraz że nie będą one znaczące [istotne].

Co istotne, z treści dokumentacji postępowania wynika, że złożenie ofert będzie poprzedzone uzgodnieniem projektowym, które odbywać się będzie we współpracy wykonawcy z Zamawiającym.

Odwołujący akcentuje w zakresie tego postanowienia SIWZ trudność czy nawet niemożność wyceny jednego punktu funkcyjnego [Cosmic Function Point – CFP], w razie ewentualnej zmiany opisu metryki usługi serwisowej. Dostrzeżenia jednak wymaga, że ewentualne nieznanie a także ryzyka zmiany przedmiotu zamówienia, które wykonawcy muszą uwzględnić w wycenie jednego punktu funkcyjnego, na obecnym etapie, na gruncie tego postępowania nie sprowadzają się do maksymalnie dokładnej wyceny zamówienia [określenia ceny za jeden CFP]. Ceny w tym konkretnym postępowaniu, na obecnym etapie [umowy ramowej] nie muszą stanowić realnej wyceny wykonania zamówienia, mogą być dalekie od rzeczywiście ponoszonych kosztów, ale wyrażać muszą raczej pewien pułap maksymalny, za który dany wykonawca wykona zamówienie w ramach umowy wykonawczej, swego rodzaju pozycję negocjacyjną. W analizowanym postępowaniu jest to szczególnie widoczne, gdy wykonawcy tymi cenami nie konkurują o zaproszenie do złożenia oferty, skoro Zamawiający przewidział w ogłoszeniu, że zaprosi co najmniej trzech wykonawców i wszyscy trzej wykonawcy wyłonieni w przetargu ograniczonym takie zaproszenie otrzymali. Zgodnie z Rozdziałem VII ust. II pkt 1 SIWZ [analogicznie w sekcji

IV.2.1 ogłoszenia], kryterium wyboru najkorzystniejszych ofert stanowi cena za jeden punkt funkcyjny [CFP] – kryterium o wadze 40 % oraz jakość wykonania zadania – kryterium o wadze 60 %. Zamawiający w ogłoszeniu w sekcji II.1.4 oraz w Rozdziale VIII ust. 1 SIWZ postanowił, że zawrze umowę ramową z trzema wykonawcami [chyba, że oferty nie podlegające odrzuceniu złoży mniej wykonawców], którzy w wyniku oceny ofert uzyskają najwyższą liczbę punktów, zgodnie z przyjętymi w SIWZ kryteriami oceny ofert; w sytuacji, gdy kilku wykonawców otrzyma taką samą pozycję w kwalifikacji w wyniku uzyskania takiej samej liczby punktów, Zamawiający podpisze umowy ramowe z wykonawcami, którzy zostali zakwalifikowani na pozycjach od pierwszej do trzeciej. Oznacza to tyle, że cena na obecnym etapie nie stanowi narzędzia konkurowania między wykonawcami a jedynie wyznaczenie tego pułapu [na obecnym etapie, jak się wydaje, nie muszącego nawet obrazować zakładanych kosztów i nakładów i mającego ograniczony walor z punktu widzenia poprawności i realności kalkulacji ceny], za który gotowi są wykonać zamówienie. Ta cena będzie stanowiła bowiem dopiero punkt wyjścia do określenia cen przy znanych szczegółowych warunkach, w ramach umów wykonawczych: zgodnie z art. 101 ust. 3 ustawy, oferta składana w wyniku zaproszenia do składania ofert w następstwie umowy ramowej, nie może być mniej korzystna od oferty złożonej w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej.

Powyższe czyni stawiany w powyższym zakresie zarzut naruszenia art. 101 ust. 1 oraz art. 101 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, nieuzasadnionym.

[2] W zakresie podniesionego w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Hewlett – Packard Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Kamssoft SA w Katowicach zarzutu dotyczącego art. 8 ust. 6 umowy ramowej, którego treść ma naruszać art. 5 kc w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 387 § 1 kc w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych:

Kwestionowany art. 8 ust. 6 umowy ramowej nakłada na wykonawcę obowiązek zapewnienia, by posiadacze autorskich praw osobistych do utworów nie wykonywali ich w stosunku do Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o zmianę art. 8 ust. 6 umowy ramowej, poprzez zastąpienie skarżonego postanowienia zapisem o następującej treści „*Wykonawca dołoży staranności, aby posiadacze autorskich praw osobistych do utworów nie wykonywali ich w stosunku do Zamawiającego*”.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, że tak sformułowany obowiązek uznać należy za niemożliwy do spełnienia w kontekście przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Autorskie prawa osobiste chronią nieograniczoną w czasie i niepodlegającą zrzeczeniu się lub zbyciu więź twórcy z utworem. Art. 78 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych ustanawia podstawę dla roszczeń twórcy lub jego następców prawnych o ochronę autorskich praw osobistych. Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych faktycznie nie zakazuje złożenia przez twórcę oświadczenia woli na mocy, którego zobowiąże się on, iż nie będzie wykonywał [powstrzyma się od wykonywania] przysługujących mu autorskich praw osobistych, niemniej złożenie takiego oświadczenia leży wyłącznie w gestii twórcy, a wykonawca będący np. jego pracodawcą lub zleceniodawcą nie dysponuje środkami prawnymi, które niejako wymusiłyby na twórcy złożenie takiego oświadczenia. Tym samym wykonawca może co najwyżej złożyć twórcy ofertę złożenia takiego oświadczenia woli [zawarcia umowy o powstrzymywaniu się od wykonywania autorskich prawa osobistych]. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający może w umowie ramowej, wymagać od Odwołującego dołożenia należytej staranności w zakresie zapewnienia, aby twórca nie wykonywał przysługujących mu praw osobistych, ale nie może żądać osiągnięcia gwarantowanego rezultatu. Odwołujący wskazał, że przepis art. 387 § 1 Kc stosowany poprzez art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

Poddając analizie podniesiony zarzut podkreślenia wymaga, że uprawnieniem Zamawiającego jest nabycie przedmiotu odpowiadającego jego uzasadnionym potrzebom, spełniającego wszystkie wymagane i zakomunikowane wykonawcom cechy i właściwości, wolnego od wad prawnych. Nie sposób odmawiać Zamawiającemu uprawnienia do nałożenia na wykonawców obowiązku zagwarantowania, że posiadacze autorskich praw osobistych do utworów nie będą wykonywali wynikających z tego uprawnień w stosunku do Zamawiającego. Interes Zamawiającego wyraża się bowiem w nabyciu przedmiotu zamówienia spełniającego stawiane oczekiwania, zaś zadaniem wykonawcy jest sprostać tym oczekiwaniom.

Zarzut w kształcie zaprezentowanym w odwołaniu nie został wykazany. W szczególności, Odwołujący nie wykazał, by umowa mająca za przedmiot modyfikację i rozbudowę Krajowego Systemu Informatycznego ZUS posiadała elementy zobowiązania wykonawcy do świadczenia niemożliwego. Wykonawca wykonując zamówienie zgodnie z jego zakresem, angażując w jego wykonanie niezbędne środki i zasoby, stoi każdorazowo przed zadaniem zapewnienia pełni praw do nich, jeśli realizacja zamówienia tego wymaga. Realizacja zamówienia publicznego sprowadza się bowiem do dostarczenia przez wykonawcę zamawiającemu przedmiotu, zgodnego z jego opisem, za co w pełni odpowiada

wykonawca. Zamawiający, który przecież mogąc samodzielnie, własnymi środkami wytworzyć określony przedmiot, decyduje się na pozyskanie go na rynku [podejmuje decyzje o jego zakupie w trybie zamówienia publicznego] nie ma obowiązku brać na siebie ryzyk związanych z dostarczeniem tego przedmiotu. To ciąży na wykonawcy. Zrozumiałą jest wola Zamawiającego nabycia określonego przedmiotu [tutaj: uzyskanie rozbudowy i modyfikacji systemu informatycznego] bez potrzeby zastanawiania się, czy zostaną do niego zgłoszone jakiegokolwiek roszczenia. To wykonawca jest zatem gwarantem, że ewentualna, jawiąca się w trakcie wykonywania zamówienia publicznego potrzeba skorzystania z praw autorskich przysługujących innym podmiotom, nie będzie swymi skutkami obciążała Zamawiającego. Zresztą sam Odwołujący w odwołaniu dostrzega możliwość zobowiązania twórcy, że nie będzie wykonywał [powstrzyma się od wykonywania] przysługujących mu autorskich praw osobistych, a także że pracodawca lub zleceniodawca nie dysponuje środkami prawnymi, które wymusiłyby na twórcy złożenie takiego oświadczenia oraz że wykonawca może co najwyżej złożyć twórcy ofertę złożenia takiego oświadczenia woli [zawarcia umowy o powstrzymaniu się od wykonywania autorskich prawa osobistych]. Skoro wykonawca może złożyć twórcy ofertę złożenia oświadczenia w przedmiocie niewykonywania praw autorskich w określonym zakresie, to rzeczą wykonawcy jest powzięcie wszelkich kroków, jakie są niezbędne dla uczynienia zadość oczekiwaniu Zamawiającego, że wobec Zamawiającego nie będą wykonywane autorskie prawa osobiste. Trafnie dostrzegł Zamawiający poglądy wyrażane w doktrynie i orzecznictwie, zgodnie z którymi *„Autor może jednak skutecznie – naszym zdaniem – bądź zobowiązać się do niewykonywania prawa wobec określonej osoby danego prawa osobistego, bądź nawet zezwolić jej na wykonywanie prawa w jego imieniu. Dochodzi bowiem do wówczas do wykonywania autorskich praw osobistych, a nie do ich zrzeczenia”* [Prawa autorskie i pokrewne. Komentarz, J. Barta, R. Markiewicz, Zakamycze Warszawa 2005, s. 229] oraz *„Natomiast w ocenie Sądu Okręgowego trafne są argumenty Zamawiającego, iż Odwołujący [autor projektu] w umowie z 12 stycznia 2004 r. skutecznie zobowiązał się do niewykonywania wobec Zamawiającego praw osobistych w zakresie nadzoru i zezwolił na wykonywanie tego prawa w swoim imieniu. Zgodził się zatem na wykonywanie tego prawa przez inny podmiot bez zrzekania się autorskich praw osobistych”* [wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 15 grudnia 2011 r., sygn. akt X Ga 509/11]. Powyższe przekonuje, że nie jest trafną teza prezentowana w odwołaniu, zgodnie z którą sporne zobowiązanie wykonawcy ujęte w umowie ramowej jest zobowiązaniem do świadczenia niemożliwego, naruszającym art. 5 kc w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 387 § 1 kc w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dostrzeżenia wreszcie wymaga, że sam wskazany w odwołaniu przepis art. 5 kc, mający zostać naruszony w wyniku postawienia spornego wymagania wobec wykonawców, uznawany jest jako nie mogący stanowić samodzielnie podstawy formułowania roszczenia na gruncie prawa cywilnego, tym bardziej więc trudno upatrywać jego naruszenia w postępowaniu o zamówienie publiczne, gdzie pewnym odpowiednikiem tej regulacji jest wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Jak wskazuje orzecznictwo, przepis art. 5 Kc nie może stanowić samodzielnej podstawy dochodzonego roszczenia (tak wyr. SN z dnia 2 grudnia 2009 r., I UK 174/09, Lex nr 585709).

Reasumując, Odwołujący nie wykazał, by postawienie wymagania, zobowiązania się przez wykonawcę do zapewnienia, że posiadacze autorskich praw osobistych do utworów nie będą wykonywali swoich uprawnień wobec Zamawiającego stanowiło zobowiązanie do świadczenia niemożliwego, albo naruszało inne przepisy.

[3] W zakresie podniesionego w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Hewlett – Packard Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Kamssoft SA w Katowicach zarzutu, dotyczącego art. 8 ust. 12 umowy ramowej, co, w ocenie Odwołującego, narusza art. 5 kc w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 387 § 1 kc w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych:

Art. 8 ust. 12 umowy ramowej stanowi, iż *„W odniesieniu do dostarczanych programów komputerowych i dokumentacji, do których Wykonawcy nie przysługują autorskie prawa majątkowe, o ile Strony nie postanowią inaczej w Umowie wykonawczej, Wykonawca zobowiązany jest w ramach wynagrodzenia z tytułu Umowy wykonawczej udzielić lub zapewnić udzielenie licencji lub sublicencji na korzystanie z Modyfikacji w zakresie określonym w Wymaganiach, w tym w szczególności w zakresie: [...]”*. Zamawiający szczegółowo wymienił siedem pól eksploatacji, co do których wymaga umożliwienia korzystania z programów komputerowych i dokumentacji.

Odwołujący wniósł o zmianę art. 8 ust. 12 umowy ramowej poprzez wykreślenie w art. 8 ust. 12 punktów od 1 do 7, wymieniających wskazane pola eksploatacji i zastąpienie skarżonej treści art. 8 ust. 12 zapisem o następującej treści *„W odniesieniu do dostarczanych programów komputerowych i dokumentacji, do których Wykonawcy nie przysługują autorskie prawa majątkowe, o ile Strony nie postanowią inaczej w Umowie wykonawczej, Wykonawca zobowiązany jest w ramach wynagrodzenia z tytułu Umowy wykonawczej udzielić lub zapewnić udzielenie licencji lub sublicencji na korzystanie z tych*

programów komputerowych i dokumentacji w zakresie wystarczającym na korzystanie z Modyfikacji w zakresie określonym w Wymaganiach. Wykonawca zobowiązany jest, przed dostarczeniem oprogramowania oraz dokumentacji do których Wykonawcy nie przysługują autorskie prawa majątkowe, poinformować Zamawiającego o zasadach licencjonowania tych programów oraz dokumentacji. W przypadku, jeśli z dostarczeniem programów komputerowych związana jest usługa odpłatnego wsparcia producenta programu, o ile Strony nie postanowią inaczej, wynagrodzenie z tytułu Umowy wykonawczej pokrywa koszt tej usługi w okresie gwarancji". Zdaniem Odwołującego, zobowiązanie w zakresie wszystkich wymienionych pól eksploatacji, w pewnych sytuacjach będzie miało charakter zobowiązania niemożliwego do spełnienia; w toku wykonywania zobowiązań z umowy wykonawczej może zaistnieć sytuacja, w której zasadnym będzie skorzystanie przez wykonawcę z jakiejś formy oprogramowania i dokumentacji podmiotu trzeciego. Sytuacja taka dotyczyć może konieczności skorzystania z obcych bibliotek, skryptów, co jest praktyką powszechną przy tworzeniu oprogramowania albowiem niejednokrotnie przyspiesza jego tworzenie, czy też optymalizuje stosowane rozwiązania. Być może w toku wykonywania umowy wykonawczej powstanie nawet konieczność skorzystania z rozwiązań technologicznych takich jak oprogramowanie wirtualizacyjne, czy też nawet silniki baz danych bądź systemy operacyjne; całkiem prawdopodobnym jest, iż skorzystanie z utworów podmiotów trzecich będzie korzystne dla Zamawiającego lub nawet obiektywnie nieodzowne. Odwołujący podał, że bez względu na to, czy omawiane utwory podmiotów trzecich będą udostępniane, jako oprogramowanie zamknięte, czy też tzw. oprogramowanie otwarte, wykonawca nie będzie miał wpływu na sposób licencjonowania danego utworu określony przez jego autora. Tym samym wykonawca nie będzie mógł obiektywnie spełnić obowiązku określonego w skarżonym art. 8 ust. 12 umowy ramowej, a obecna redakcja art. 8 ust. 12 umowy ramowej stoi w sprzeczności z art. 387 § 1 kc stosowanym poprzez art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się do tak postawionego zarzutu, podkreślenia wymaga, że niekwestionowanym uprawnieniem Zamawiającego, jako gospodarza postępowania, jest wybór w jakim zakresie [na jakich polach eksploatacji] zamierza korzystać z programów i dokumentacji, do których nie przysługują mu ani wykonawcy autorskie prawa majątkowe. Zamawiający z uprawnienia tego skorzystał. Nie sposób zgodzić się, by to wykonawca mógł decydować lub narzucać Zamawiającemu, w jakich płaszczyznach ten może korzystać z dostarczanych mu programów i dokumentacji. W postępowaniu pozostawiono swobodę wykonawcom, czy dla realizacji zamówienia wytworzą własne oprogramowanie i dokumentację i prawa do niego w wymaganym zakresie zapewnią Zamawiającemu, czy skorzystają z takich programów i dokumentacji do których pełne uprawnienia przysługują

innym podmiotom, zaś korzystanie z nich odbywa się na podstawie licencji lub sublicencji. Zatem rzeczą wykonawców jest dobór elementów wymaganych do realizacji zamówienia, zapewnienie prawa do korzystania na podanych przez Zamawiającego polach eksploatacji, skoro taka potrzeba została przez Zamawiającego wyrażona w umowie ramowej. Jeśli zaś wykonawca, z uwagi na sposób licencjonowania produktów, które chciałby zastosować, nie jest w stanie zapewnić pełnego zakresu uprawnień, jakiego wymaga Zamawiający – musi zapewnić wymaganą sferę uprawnień, czy to poprzez założenie innych produktów, zgodnych z wymaganiem Zamawiającego i obejmujących wszystkie wymagane pola eksploatacji, czy wytworzenie ich we własnym zakresie i umożliwienie korzystania z nich w opisanej sferze. Skoro to wykonawca decyduje o sposobie wykonania usługi, to w jego gestii leży decyzja, czy korzysta z oprogramowania innych twórców, a następnie, jakie jest to oprogramowanie, czy też, nie mogąc sprostać postawionym wymaganiom, opracuje własne oprogramowanie. Podkreślenia wymaga, że określenie potrzeby danego postępowania, szczegółowych walorów fizycznych i prawnych przedmiotu zamówienia i składających się nań elementów jest wyłączną domeną Zamawiającego. Postępowanie o zamówienie publiczne rządzi się bowiem porządkiem, że Zamawiający określa przedmiot zamówienia, swoje potrzeby, a wykonawca tym potrzebom ma uczynić zadość. Nie należy do wykonawców narzucanie Zamawiającemu tego, co ma być zastosowane i kreowanie potrzeby za Zamawiającego. Ewentualna nieracjonalność, przyjęcie nieefektywnych, mniej optymalnych rozwiązań w związku z wykonaniem zamówienia, mieszczą się w sferze gospodarności i celowości działania Zamawiającego, nie mogą jednak być rozpatrywane w kategorii naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stawiane zarzuty zdają się zmierzać do zastąpienia Zamawiającego w ukształtowaniu jego potrzeb, by nie powiedzieć, narzucenia ich Zamawiającemu. Argumentacja podniesiona w celu uzasadnienia zarzutów wskazuje przy tym nie na obiektywną niemożliwość sprostania wymaganiom Zamawiającego, ale kładzie akcent na pozostawienie wykonawcom swobody w zakresie zaoferowania oprogramowania lub dokumentacji, co do których zakres licencji lub sublicencji może nie korespondować z postawionymi wymaganiami. Przedstawiona argumentacja wyraźnie ma charakter hipotetyczny, warunkowy, nawiązujący do tego, co być może będzie wynikało z licencji [sublicencji], które wykonawca będzie chciał zastosować. Odwołujący operuje spostrzeżeniami na wysokim poziomie przewidywań i odgadywania, wskazując że *w toku wykonywania zobowiązań z umowy wykonawczej może zaistnieć sytuacja, w której zasadnym będzie skorzystanie przez wykonawcę z jakiejś formy oprogramowania i dokumentacji podmiotu trzeciego; być może w toku wykonywania umowy wykonawczej powstanie nawet konieczność skorzystania z rozwiązań technologicznych takich jak oprogramowanie wirtualizacyjne, czy też nawet silniki baz danych bądź systemy*

operacyjne; całkiem prawdopodobnym jest, iż skorzystanie z utworów podmiotów trzecich będzie korzystne dla Zamawiającego lub nawet obiektywnie nieodzowne. Tego rodzaju stwierdzenia noszą charakter raczej rozważań abstrahujących nie tylko od planowanych do zastosowania rozwiązań, ale przede wszystkim od potrzeby wyrażonej przez Zamawiającego. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że zapewnienie oprogramowania, dokumentacji, których licencje i sublicencje będą zawierały uprawnienia do korzystania w zakresie wymaganym przez Zamawiającego, nie jest możliwe obiektywnie do spełnienia. Nie stanowi takiego potwierdzenia ani nawet uprawdopodobnienia złożona na rozprawie, jako przykładowa, umowa licencji i usług Oracle. Jak wskazano wyżej, rzeczą wykonawcy jest dobór rozwiązań potrzebnych do realizacji zamówienia i zgodnych z postawionymi przez Zamawiającego wymaganiami. Nie zachodzi obiektywna niemożliwość spełnienia świadczenia zgodnego z kwestionowanymi wymaganiami zamawiającego, co czyni stawiane w powyższym zakresie zarzutu naruszenia art. 5 kc w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 387 § 1 kc w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, nieuzasadnionymi.

[4] W zakresie postawionego w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Hewlett – Packard Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Kamssoft SA w Katowicach zarzutu, dotyczącego art. 5 ust. 2 pkt 6), pkt 11), pkt 12) i pkt 17), oraz art. 7 ust. 3 i ust. 6 umowy ramowej, który, w ocenie Odwołującego, narusza art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych:

Odwołujący wniósł o doprecyzowanie treści art. 5 ust. 2 pkt 6), 11), 12) i 17) a także art. 7 ust. 3 i ust. 6 umowy ramowej, poprzez zobowiązanie Zamawiającego do przekazania Wykonawcom, jako załączników do SIWZ, dokumentów wskazanych w tych postanowieniach, w tym poprzez szczegółowe wymienienie [w tym podanie nazw] struktur organizacyjnych i stanowisk, które Wykonawca powinien powołać i obsadzić wykwalifikowanym personelem w terminie 7 dni od zawarcia umowy ramowej.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, że art. 5 ust. 2 pkt 6) umowy ramowej nakłada na wykonawcę obowiązek powołania i obsadzenia określonych w procedurach projektowych oraz w procedurach produkcyjnych i eksploatacyjnych struktur organizacyjnych oraz stanowisk - w terminie 7 dni od dnia zawarcia umowy ramowej. Dodatkowo przepis art. 14 ust. 1 pkt 1) umowy ramowej przewiduje możliwość nałożenia na wykonawcę kary umownej, jeżeli uchybi on obowiązkowi określonemu w art. 5 ust. 2 pkt 6) umowy ramowej, a wspomniane w art. 5 ust. 2 pkt 6) umowy ramowej procedury nie są znane. Przepis ten wymienia nie tylko procedury projektowe, ale również procedury produkcyjne i eksploatacyjne. W konsekwencji zapis narusza treść art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych, albowiem przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Przy skarżonej redakcji zapisu Odwołującemu nie są znane wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Analogiczne naruszenie dotyczy art. 5 ust. 2 pkt 11), pkt 12) i pkt 17), oraz art. 7 ust. 3 i ust. 6 umowy ramowej, w których to postanowieniach Zamawiający również odwołuje się do dokumentów nie udostępnionych jako część SWIZ, a których treść może mieć bezpośredni wpływ na możliwość złożenia oferty w postępowaniu, jej treść lub na zawartą w niej wycenę punktu funkcyjnego CFP.

Dostrzeżenia, w zakresie zarzutów stawianych w powyższym zakresie, wymaga, że na obecnym etapie mamy do czynienia z umową ramową. Jak wskazano wcześniej, umowa ramowa ma charakter ogólnej regulacji dotyczącej warunków, na jakich zostaną zawarte przyszłe umowy o zamówienia, i w jej istotę wpisana jest nieistotna zmiana przedmiotu zamówienia. Odwołujący na obecnym etapie dąży do uzyskania szeregu dokumentów, które w istocie mają znaczenie na etapie umów wykonawczych, kiedy wykonawcy będą obowiązani podać ceny za wykonanie CFP na podstawie dokładnych danych i pełnych informacji. Zamawiający bowiem wyraźnie zakomunikował, że dokumenty takie jak Standardy IT ZUS oraz Procedury produkcyjne i eksploatacyjne, wyrażają przewidziane w tym postępowaniu od początku, już w ogłoszeniu, metodyki i będą przekazane wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu po zawarciu umowy ramowej. Zamawiający zobowiązał się przy tym – po pierwsze – do przekazania tych dwóch dokumentów po podpisaniu umowy ramowej, oraz – po drugie – do umożliwienia wypowiedzenia się wykonawcom po jej zawarciu, co do tych elementów, które utrudniają lub uniemożliwiają wykonywanie umowy ramowej. Zamawiający zmodyfikował art. 18 ust. 1 umowy ramowej, nadając mu następującą treść: *„Umowa ramowa wchodzi w życie z dniem jej podpisania. W terminie 7 Dni roboczych po wejściu w życie Umowy ramowej, Zamawiający dostarczy Wykonawcy w formie pisemnej Procedury produkcyjne i eksploatacyjne, Standardy IT ZUS oraz zasady użycia Repozytorium. W przypadku zgłoszenia przez wykonawcę propozycji zmian w Procedurach produkcyjnych i eksploatacyjnych, Standardach IT ZUS oraz zasadach użycia Repozytorium, zostaną one rozpatrzone w trybie określonym w Załączniku 4”*.

Ponadto, sam Odwołujący wyraźnie dostrzega, że wskazane dokumenty będą potrzebne po zawarciu umowy ramowej, skoro odnosi je do obowiązku obsadzenia odpowiednich stanowisk wykwalifikowanym personelem.

Tym samym, wykonawcy na tym etapie, kiedy zaktualizuje się potrzeba

dysponowania wymienionymi dokumentami, to jest po podpisaniu umowy ramowej, będą nimi dysponowali, co czyni stawiany zarzut, nie zasługującym na uwzględnienie.

[5] W zakresie podniesionego w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Hewlett – Packard Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Kamssoft SA w Katowicach zarzutu dotyczącego art. 5 ust. 5 umowy ramowej w zw. z art. 5 ust. 2 pkt 6) - 9) i art. 5 ust. 2 pkt 13) umowy ramowej, art. 5 ust. 2 pkt 15) umowy ramowej i art. 5 ust. 2 pkt 18) umowy ramowej, które, w ocenie Odwołującego, naruszają art. 2 pkt 9a i art. 2 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także art. 5 kc w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353¹ kc w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych:

Kwestionowane postanowienia umowy ramowej stanowią, że wszelkie koszty związane z wykonaniem obowiązków wykonawcy wynikających między innymi z umowy ramowej ponosi wykonawca i nie otrzyma z tego tytułu wynagrodzenia innego, aniżeli określone w ewentualnie zawartych z Zamawiającym umowach wykonawczych.

Odwołujący wniósł o zmianę skarżonej treści art. 5 ust. 5 umowy ramowej poprzez nadanie temu zapisowi następującej treści *„Wszelkie koszty związane z wykonaniem obowiązków Wykonawcy wynikających z Umów wykonawczych ponosi Wykonawca i nie otrzyma z tego tytułu wynagrodzenia innego, niż określone w zawartych z Wykonawcą Umowach wykonawczych. Po zakończeniu każdego miesiąca obowiązywania umowy ramowej Wykonawcy należy się wynagrodzenie z tytułu wykonywania umowy ramowej w wysokości złotych ... netto miesięcznie. Fakturę dotyczącą tego wynagrodzenia Wykonawca, może złożyć w terminie 7 dni od zakończenia danego miesiąca obowiązywania umowy ramowej.”*, a w przypadku, gdy z punktu widzenia Zamawiającego nie jest możliwe przyjęcie ryczałtowego wynagrodzenia Wykonawcy z powyższych tytułów, wówczas Odwołujący wnosi o modyfikację powyższego zapisu w ten sposób, że wynagrodzenie będzie określane na zasadach właściwych dla Usług dodatkowych na podstawie przedstawianych przez Wykonawcę zestawień, a ewentualnie - w przypadku nie uwzględnienia wniosku opisanego powyżej, a dotyczącego zmiany art. 5 ust. 5 umowy ramowej - Odwołujący wniósł o wykreślenie z treści umowy ramowej wszystkich tych zapisów, które nakładają na Wykonawcę obowiązek wykonywania świadczeń na rzecz Zamawiającego na podstawie samej umowy ramowej (a więc bez wynagrodzenia), to jest w szczególności zapisów wskazujących na wykonywanie świadczeń w ramach umowy ramowej zawartych w tejże umowie w art. 5 ust. 2 pkt: 6) - 9), 13), 15) i 18) oraz doprecyzowanie, iż świadczenia, o których mowa w tych zapisach są wykonywane wyłącznie

w ramach umów wykonawczych.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że art. 5 ust. 5 umowy ramowej stanowi, że wszelkie koszty związane z wykonaniem obowiązków wykonawcy wynikających między innymi z umowy ramowej ponosi wykonawca i nie otrzyma z tego tytułu wynagrodzenia innego, aniżeli określone w ewentualnie zawartych z Zamawiającym umowach wykonawczych. Jednocześnie umowa ramowa w szeregu zapisów - np. w art. 5 ust. 2 pkt 6) - 9), art. 5 ust. 2 pkt 13), art. 5 ust. 2 pkt 15) umowy i art. 5 ust. 2 pkt 18) nakłada na wykonawcę szereg obowiązków, które wykonawca musi wykonywać już po podpisaniu umowy ramowej bez względu na to, czy kiedykolwiek podpisze umowę wykonawczą; w skrajnym przypadku wykonawca, który podpisze umowę ramową może wykonywać te obowiązki bez prawa do wynagrodzenia przez 4 lata. W cenie Odwołującego, nie kwestionując ogólnej zasady w świetle której umowa ramowa może nakładać na wykonawcę pewne obowiązki związane z należyтым przygotowaniem wykonawcy do realizacji umów wykonawczych zauważyć należy, iż Zamawiający przy okazji takich zobowiązań nie może być uprawniony do otrzymywania od wykonawcy nieodpłatnych świadczeń, a taka sytuacja będzie miała miejsce w przypadku wejścia w życie skarżonych zapisów umowy ramowej. Nie budzi wątpliwości, iż realizacja zobowiązań wykonawcy wskazanych w skarżonych przepisach będzie niejako siłą rzeczy wiązać się z wykonywaniem świadczeń na rzecz Zamawiającego. Rażącem przykładem jest m.in. treść art. 5 ust. 2 pkt 15) umowy, który między innymi ustanawia obowiązek informowania Zamawiającego o potrzebie dokonania zmian w KSI ZUS, o ile wykonawca w czasie obowiązywania umowy ramowej poweźmie wiedzę o takiej potrzebie - przepis ten wprowadza obowiązek wykonywania nieodpłatnej usługi doradczej. Zdaniem Odwołującego, sytuacja taka jest niedopuszczalna na gruncie prawa zamówień publicznych, które z definicji reguluje zasady uzyskiwania przez Zamawiających wyłącznie odpłatnych świadczeń. Art. 2 pkt 9a ustawy jednoznacznie stanowi, że celem umowy ramowej jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie czasu. Z przepisu tego oraz z treści art. 99 - 101 ustawy jednoznacznie wynika, iż Zamawiający jest uprawniony do otrzymywania świadczeń nie na podstawie umowy ramowej, lecz na podstawie zawieranych w oparciu o nią umów wykonawczych. Treść samej umowy ramowej nie może być dla Zamawiającego podstawą do uzyskiwania świadczeń. Skarżone zapisy pozostają również w konflikcie z art. 2 pkt 13 ustawy, który ustanawia definicję zamówienia publicznego przez, które należy rozumieć wyłącznie odpłatne umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Tak określony zakres zobowiązań Wykonawcy nie mający ekwiwalentu w wynagrodzeniu płaconym przez Zamawiającego stanowi zarówno przekroczenie zasady swobody umów wyrażonej w art. 353¹ kc ale także z uwagi na pozycję

Zamawiającego jako „gospodarza” procedury przetargowej stanowi naruszenie także art. 5 kc. Dodatkowo na uwagę zasługuje także fakt, iż zaproponowana przez Zamawiającego metoda rozliczania na podstawie punktów funkcyjnych CFP, nie daje w ocenie Wykonawcy poprawnej możliwości do rozliczania świadczeń wskazanych w niniejszym punkcie w ramach umów wykonawczych, gdyż opis metodyki związanej z obliczaniem i szacowaniem punktów funkcyjnych CFP, załączonej do SIWZ, nie w pełni umożliwia rozliczenie tych świadczeń na podstawie punktów CFP. Tym samym, zdaniem Odwołującego, zasadnym jest żądanie zmiany skarżonej treści art. 5 ust. 5 umowy ramowej w sposób wskazany w odwołaniu, czyli poprzez wprowadzenie zasady zapłaty wynagrodzenia obejmującego co najmniej zwrot wydatków z tytułu świadczeń wykonywanych na rzecz Zamawiającego w oparciu o samą umowę ramową. Proponowana zmiana zredagowana została w sposób zabezpieczający również interesy Zamawiającego.

W przypadku, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła podstawowego wniosku Odwołującego sformułowano również żądanie ewentualne polegające na żądaniu wykreślenia z treści umowy ramowej wszystkich tych zapisów, które nakładają na Wykonawcę obowiązek wykonywania świadczeń na rzecz Zamawiającego na podstawie samej umowy ramowej [a więc bez wynagrodzenia].

Powyższy zarzut także nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący w odwołaniu, nie tylko w zakresie tego zarzutu nawiązuje do istoty umowy ramowej, stawiając zarzut naruszenia art. 101 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych [pierwszy zarzut odwołania] czy tak jak w tym wypadku – zarzut oparty na zawartych w art. 2 ustawy definicjach umowy ramowej oraz zamówienia publicznego. Przypomnienia wymaga, że sama umowa ramowa ze swej istoty nie jest umową odpłatną, jest zadaniem jest określenie reguł, na podstawie których zawierane będą następcze wobec niej umowy wykonawcze. Oznacza to zatem, że postawione, jako alternatywne, żądanie wprowadzenia odpłatności takiej umowy, czy nawet zwrotu kosztów, nie mieści się w pojęciu umowy ramowej i nie może być brane pod uwagę.

Niezależnie od tego, nie sposób nie zauważyć, że Odwołujący powyższy zarzut zdaje się opierać na założeniu, że wyartykułowany w umowie ramowej obowiązek sygnalizowania Zamawiającemu o potrzebie dokonania zmian w KSI ZUS, o ile wykonawca w czasie obowiązywania umowy ramowej poweźmie wiedzę o takiej potrzebie, stanowi mechanizm mający na celu bezpodstawne i krzywdzące dla wykonawców wymuszenie usługi [Odwołujący w uzasadnieniu mówi o usłudze doradczej]. Sporny obowiązek stanowi jednak raczej wyraz lojalnego kontraktowania, wzajemnej współpracy wykonawców oraz Zamawiającego, którzy po zawarciu umowy ramowej będą pozostawać w stałym stosunku

zmierzającym do zawarcia umów wykonawczych i w ramach tego stosunku Zamawiający oczekuje sygnalizowania o istotnych dla przyszłych umów okolicznościach, jak na przykład w zakresie potrzeby zmian w systemie.

Następnie, podkreślenia wymaga, że Zamawiający wielokrotnie – już na etapie ogłoszenia, a także w SIWZ oraz załącznikach do SIWZ dał wyraz, że wzajemne relacje w postępowaniu, sposób wykonywania zamówienia będą oparte na metodykach zarządzania projektami, co oznacza wkomponowanie w postępowanie mechanizmów wzajemnego współdziałania i współpracy, uwzględniających partnerskie relacje stron umowy. Oznacza to także, że w postępowaniu od samego początku przyjęto model relacji między Zamawiającym a wykonawcami oparty nie na sztywnym określeniu obowiązków stron umowy i egzekwowaniu ich we wzajemnych relacjach, ale oparty na współpracy i partnerstwie. Powyższe wpisuje się w mechanizm wykonywania zadań projektowych prowadzonych w ramach metodyk zarządzania projektami.

Następnie, dostrzeżenia wymaga, że kwestionowane przez Odwołującego postanowienie nie ma charakteru wywołującego negatywne skutki dla wykonawcy, który zaniecha informowania Zamawiającego o potrzebie dokonania zmian w KSI ZUS, o ile wykonawca w czasie obowiązywania umowy ramowej poweźmie wiedzę o takiej potrzebie. Kwestionowane w odwołaniu postanowienia umowy ramowej nie są obwarowane żadnymi sankcjami umownymi, co potwierdza, że ich znaczenie sprowadza się do wprowadzenia mechanizmów sprawnej i partnerskiej współpracy między każdą ze stron umowy. Zamawiający tego rodzaju konstrukcją dał wyraz, że nie postrzega wykonawców jako podmiotów zobligowanych jedynie do wykonania w sposób sztywny i bezrefleksyjny obowiązków wynikających z umowy, ale jako pełnoprawnych partnerów, których stanowisko jest na każdym etapie istotne brane pod uwagę. Odwołujący zdaje się przy tym nie dostrzegać, że to wymaganie uzależnione zostało od powzięcia przez wykonawcę wiedzy o potrzebie dokonania zmian w systemie.

Dostrzeżenia wymaga wreszcie, że sam Odwołujący wielokrotnie postuluje wprowadzenie mechanizmów wzajemnego uzgadniania dokumentów postępowania. Postanowienia umowy ramowej, nakładające obowiązek informowania Zamawiającego przez wykonawców o dostrzeżonych w czasie obowiązywania umowy ramowej potrzebach zmian, stanowią wyraz uwzględnienia tego rodzaju postulatów.

Podkreślenia następnie wymaga, że nie sposób wyłączyć tego rodzaju partnerskiej współpracy między stronami, mimo, że dotyczy to umowy ramowej. Przepisy w aktualnym brzmieniu nie przewidują, w razie zawarcia umowy ramowej, negocjacji z wykonawcami w celu zawarcia umów wykonawczych. Nie oznacza to jednak, że tego rodzaju wzajemna

współpraca i powinność komunikowania o istotnych dla każdej ze stron umowy okolicznościach, mających wpływ na wykonywanie umowy, szczegółowe określenie zakresu umów wykonawczych nie jest dopuszczalna i pożądana w interesie każdej ze stron. Przeciwnie w następstwie umowy ramowej zostaną zawarte umowy wykonawcze z wykonawcami, w których będzie określony szczegółowy zakres zamówień udzielanych wykonawcom. W celu ustalenia optymalnego zakresu tych zamówień, dogodnego sposobu ich realizacji, pożądanym jest komunikowanie o potrzebach zmian w systemie. Jak pisał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, brak interakcji ze wszystkimi partnerami, z którymi została zawarta umowa ramowa w analogiczny, profesjonalny sposób, może mieć wpływ na brak optymalnego sposobu realizowania umowy ramowej i umów wykonawczych; Zamawiający oczekuje partnerskiej współpracy od wykonawców, bez zatajania informacji mogących mieć wpływ na prawidłową realizację przedmiotu umowy, a tym samym na funkcjonowanie systemu KSI ZUS w sposób zgodny z interesem publicznym.

Ponadto, jakkolwiek przepisy przewidujące możliwość przeprowadzenia dialogu technicznego weszły w życie po wszczęciu postępowania, nie oznacza to jednak, że mechanizmy wzajemnej współpracy i komunikowania pomiędzy stronami umowy, a nawet wysłuchania argumentów partnera, z którym zawarto umowę ramową są tu niedopuszczalne. Przeciwnie – w istotę umowy ramowej wpisany jest jej relatywnie ogólny charakter, zaś specyfika przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu, jego dynamiczny charakter, co zaakcentowano w pkt 1 uzasadnienia, a także prowadzenie przedsięwzięcia na zasadach opartych na wzajemnej współpracy i zarządzaniu projektowym, nie tylko nie wyłącza, ale wręcz wymusza wzajemną interakcję między Zamawiającym a wykonawcami.

Zarzuty stawiane w powyższej mierze zdają się być opartymi na nieuzasadnionym przekonaniu Odwołującego, wręcz pesymistycznym podejściu, że wynikające z umowy ramowej powinności będą nadmiernie uciążliwymi czy wymagającymi szczególnego zaangażowania wykonawcy. Jednak to w interesie każdej ze stron tej umowy jest uzyskiwanie na każdym etapie konsensusu i porozumiewanie się w sprawach istotnych dla przebiegu realizacji zamówień, oraz kształtu umów wykonawczych i wynikających z nich obowiązków.

Powyższe przemawiało za uznaniem stawianego zarzutu, za niezasługujący na akceptację.

Odwołujący w powyższej mierze zawarł także rozważania dotyczące niemożności poprawnego rozliczania świadczeń w ramach umów wykonawczych, gdyż opis metodyki związanej z obliczaniem i szacowaniem punktów funkcyjnych CFP, załączonej do SIWZ, nie w pełni umożliwia rozliczenie tych świadczeń na podstawie punktów CFP. Powyższe

spostreżenia nie zostały poparte jednak korespondującymi z nimi żądaniem, zaś żądania wprowadzenia odpłatności, albo wykreślenia z treści umowy ramowej wszystkich tych zapisów, które nakładają na Wykonawcę obowiązek wykonywania świadczeń na rzecz Zamawiającego na podstawie samej umowy ramowej [a więc bez wynagrodzenia] pozostają bez związku z tego rodzaju argumentacją.

[6] W zakresie podniesionego w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Hewlett – Packard Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Kamssoft SA w Katowicach zarzutu, dotyczącego art. 4 ust. 13 umowy ramowej, który – zdaniem Odwołującego – narusza art. 5 kc w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, oraz art. 353¹ kc i art. 487 § 2 kc w zw. z art. 139 ust. 1 i art. 2 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych:

Odwołujący wniósł o zmianę skarżonej treści art. 4 ust. 13 umowy ramowej poprzez nadanie temu zapisowi następującej treści *„Cena realizacji Umowy wykonawczej będzie weryfikowana po wykonaniu Modyfikacji. W przypadku, jeśli rzeczywista pracochłonność wykonania Modyfikacji, ustalona w wyniku Wymiarowania Pełnego, okaże się niższa lub wyższa niż określona w Umowie wykonawczej, Wykonawcy przysługuje z tytułu wykonania Modyfikacji wynagrodzenie w wysokości odpowiadającej iloczynowi określonej w Umowie wykonawczej ceny Punktu Funkcyjnego i liczby Punktów Funkcyjnych wyliczonych w wyniku Wymiarowania Pełnego.”*

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, że art. 4 ust. 13 umowy ramowej stanowi, że cena realizacji umowy wykonawczej ma charakter ceny maksymalnej. Zapis ten przewiduje możliwość redukowania w dół wynagrodzenia należnego wykonawcy w z tytułu realizacji umowy wykonawczej - jeżeli rzeczywista pracochłonność wykonania Modyfikacji, ustalona w wyniku Wymiarowania Pełnego, okaże się niższa niż określona w umowie wykonawczej, to wykonawcy będzie przysługiwało z tytułu wykonania Modyfikacji wynagrodzenie w wysokości odpowiadającej iloczynowi określonej w umowie wykonawczej cenie Punktów Funkcyjnych i liczbie Punktów Funkcyjnych wyliczonej w następstwie dokonania Wymiarowania Pełnego. W tym kontekście zwrócić należy uwagę na to, że art. 4 ust. 5 umowy ramowej wprowadza zasadę, iż w zaproszeniu do składania ofert na umowę wykonawczą Zamawiający każdorazowo określi szacowaną liczbę Punktów Funkcyjnych przeznaczonych na realizację umowy wykonawczej. W świetle tych przepisów kalkulacja ceny za wykonywanie Modyfikacji wchodzącej w przedmiot umowy wykonawczej wygląda w ten sposób, iż:

- Zamawiający określa szacunkową liczbę Punktów Funkcyjnych za wykonanie danej

Modyfikacji,

- Wykonawca wskazuje cenę za 1 Punkt Funkcyjny, która nie może być większa aniżeli podana w umowie ramowej,
- po wykonaniu Modyfikacji następuje Wymiarowanie Pełne Modyfikacji, czyli określenie, ile w rzeczywistości Modyfikacja pochłonęła Punktów Funkcyjnych,
- jeżeli Wymiarowanie Pełne wskazuje na to, że Modyfikacja pochłonęła mniej Punktów Funkcyjnych, aniżeli wstępnie szacowano w zaproszeniu do składania ofert na umowę wykonawczą, to następuje korekta w dół wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu realizacji Modyfikacji,
- natomiast jeżeli Wymiarowanie Pełne wskazuje na to, że Modyfikacja pochłonęła więcej Punktów Funkcyjnych, aniżeli wstępnie szacowano w zaproszeniu do składania ofert na umowę wykonawczą to umowa ramowa nie przewiduje mechanizmu zwiększenia wynagrodzenia należnego wykonawcy do iloczynu wartości i liczby rzeczywiście pochłoniętych przez Modyfikację Punktów Funkcyjnych.

Tym samym jeżeli w efekcie Wymiarowania Pełnego okaże się, że rzeczywista pracochłonność wykonania Modyfikacji była wyższa, aniżeli wstępnie oszacowana przez Zamawiającego, to sytuacja taka będzie skutkować czystą stratą wykonawcy. Wykonane na rzecz Zamawiającego świadczenie w części przekraczającej wstępne oszacowanie będzie świadczeniem (w tej części) nieodpłatnym. W ten sposób naruszony zostanie wzajemny charakter łączącej strony umowy albowiem świadczenie Zamawiającego wcale nie będzie odpowiednikiem świadczenia wykonawcy - Zamawiający wstępnie oszacował, że kupuje Modyfikację charakteryzującą się Punktami Funkcyjnymi o liczbie x i za x Punktów Funkcyjnych zapłaci, natomiast wykonawca zrealizuje Modyfikację charakteryzującą się Punktami Funkcyjnymi liczbą $x + y$ i otrzyma wynagrodzenie wyłącznie za x Punktów Funkcyjnych. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, skarżony zapis narusza art. 487 § 2 kc w zw. z art. 139 ust. 1 i art. 2 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dodatkowo wskazana konstrukcja narusza także zasadę swobody umów wyrażoną w art. 353¹ kc, oraz art. 5 ks poprzez to, że przerzuca na Wykonawcę skutki nieprawidłowego oszacowania przez Zamawiającego liczby CFP niezbędnych do wykonania danej Modyfikacji.

Nie podzielono powyższego zarzutu. Umowa ramowa określa zasady, na jakich będą zawierane dalsze umowy wykonawcze. Zamawiający wyjaśnił mechanizm ustalenia rzeczywistej pracochłonności wykonania zamówienia, który w tym postępowaniu został oparty na międzynarodowym standardzie COSMIC, polegającym na obiektywnym ustaleniu rzeczywistej pracochłonności wykonania oprogramowania w oparciu o dokonanie wymiarowania pełnego, po opracowaniu dokumentu Analityczny Opis Modyfikacji. Na etapie szacowania ceny za wykonanie jednego punktu funkcyjnego, wykonawca, znając zakres

prac do wykonania, a także zasady dokonywania wymiarowania podane w standardzie COSMIC, działając z odpowiednią starannością jest w stanie stwierdzić, czy liczba punktów funkcyjnych jakie założył Zamawiający jest adekwatna, ewentualnie w ramach założeń dokonywanych na potrzeby wyceny skorygować tę liczbę a następnie określić cenę, za jaką gotów jest wykonać jednostkę rozliczeniową jaką jest Punkt Funkcyjny, według ilości punktów funkcyjnych przyjętych przez Zamawiającego. Istotne w powyższym zakresie jest, czy wykonawca na etapie składania oferty dotyczącej konkretnej umowy wykonawczej, będzie dysponował odpowiednią ilością informacji, niezbędnych do prawidłowego ustalenia założeń do wyceny.

Zamawiający podał, że wraz z zaproszeniem do składania oferty na umowę wykonawczą, będzie przekazywał wykonawcom tę samą dokumentację analityczną, w oparciu o którą dokonał oszacowania, to jest uzgodnienie projektowe. Zamawiający dokonał także zmiany umowy ramowej, akcentując, że każdorazowo określi między innymi opis przedmiotu zamówienia w zakresie danej umowy wykonawczej, w tym uzgodnienie projektowe obejmujące specyfikację wymagań Modyfikacji, w tym wymagań funkcjonalnych na poziomie szczegółowości wystarczającym do wykonania szacowania wstępnego dla tej Modyfikacji, szczegółowy zakres usług dodatkowych, w tym zakres, warunki prowadzenia oraz inne wymagania odnośnie szkoleń [w tym instruktaży i szkoleń elektronicznych], szczegółowy zakres i kryteria optymalizacji dla prac optymalizacyjnych, szczegółowy harmonogram realizacji prac, inne informacje niezbędne do zawarcia umowy wykonawczej oraz ewentualne zasady zmiany Umowy wykonawczej. Oznacza to tyle, że wykonawcy, przed złożeniem oferty w celu zawarcia umowy wykonawczej, otrzymają szczegółowe informacje, pozwalające na dokonanie oszacowania w konkretnym wypadku pracochłonności a w konsekwencji – na założenie odpowiedniej ilości punktów funkcyjnych a następnie - właściwą wycenę punktu funkcyjnego.

Zatem każdy z wykonawców posiadając te informacje, z zastosowaniem metody COSMIC, będzie mógł dokonać weryfikacji oszacowania, przeprowadzonego przez Zamawiającego w zakresie rozmiarów Modyfikacji i w razie dostrzeżenia rozbieżności, albo własnego profesjonalnego osądu odmiennego od Zamawiającego, przyjąć odmienne założenia i odpowiednio wycenić tę ilość punktów funkcyjnych, jaką narzucił Zamawiający.

Tak czy inaczej, zadaniem wykonawcy jest oszacowanie pracochłonności danej Modyfikacji we własnym zakresie, i w oparciu o standard COSMIC przyjęcie odpowiednich założeń na potrzeby wyceny.

Powyższe przemawiało za uznaniem, że stawiany zarzut nie znalazł potwierdzenia.

[7] W zakresie podniesionego w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Hewlett – Packard Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Kamssoft SA w Katowicach, zarzutu dotyczącego art. 10 ust. 2 pkt 1 - 4 umowy ramowej, co w ocenie Odwołującego narusza art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych:

Odwołujący wniósł o doprecyzowanie skarżonej treści art. 10 ust. 2 pkt 1) - 4) umowy ramowej, poprzez udostępnienie Wykonawcom dokumentów, o których mowa w art. 10 ust. 2 pkt od 1) do 4), jako załączników do SIWZ oraz wprowadzenie katalogu zamkniętego dokumentów, poprzez wykreślenie zwrotu „w szczególności”. W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, że art. 10 ust. 2 pkt 1) - 4) umowy ramowej stanowi, że osoby wykonujące w imieniu wykonawcy zadania związane z realizacją umowy ramowej są zobowiązane do przestrzegania uregulowań wewnętrznych aktów prawnych Zamawiającego dotyczących bezpieczeństwa informacji w tym w szczególności [a więc nie tylko tych aktów] wymienionych w pkt od 1) do 4). Jednocześnie dokumenty te nie zostały załączone do Specyfikacji w charakterze jej załączników. Tym samym, zdaniem Odwołującego, wykonawca nie jest w stanie ocenić rzeczywistego rozmiaru obowiązku, który nałożony zostanie na niego z mocy skarżonego zapisu, co utrudnia mu złożenie oferty albowiem nie zna wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na jej sporządzenie. Wskazana sytuacja niedookreśloności zapisów pozostaje w konflikcie z treścią art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych

Podniesiony w odwołaniu zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Podkreślenia wymaga bowiem, że Zamawiający dokonał w przeddzień rozprawy mającej na celu rozstrzygnięcie odwołania, modyfikacji art. 10 ust. 2 wzoru umowy ramowej, w ten sposób, że nadał mu brzmienie:

2. Osoby wykonujące w imieniu Wykonawcy zadania związane z realizacją Umowy ramowej są zobowiązane do przestrzegania uregulowań wewnętrznych aktów prawnych zamawiającego dotyczących bezpieczeństwa informacji tj:

1) Polityki Bezpieczeństwa informacji w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych;

2) Polityki bezpieczeństwa danych osobowych w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych;

3) Instrukcji Zarządzania systemami informatycznymi służącymi do przetwarzania danych osobowych w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych;

4) Procedury postępowania w sytuacji naruszenia ochrony danych osobowych w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych,

z zastrzeżeniem, że wewnętrzne akty prawne Zamawiającego dotyczące bezpieczeństwa informacji mogą ulec zmianom o czym Zamawiający poinformuje Wykonawcę”.

Zamawiający przekazał wymienione dokumenty, udostępniając wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu link do strony, na której je zamieszczono. Tym samym Zamawiający uczynił zadość postawionym żądaniom. Jak wskazano wcześniej, w części wstępnej – uczynienie zadość żądaniom odwołania bez formalnego uwzględnienia zarzutu, czyni postawiony zarzut bezspornym, a przez to – bezprzedmiotowym.

Na rozprawie Odwołujący sygnalizował w odniesieniu do dokonanej zmiany Umowy Ramowej, że Zamawiający w zmodyfikowanym postanowieniu podał, że wymienione dokumenty mogą być zmieniane, a zdaniem Odwołującego ewentualne zmiany tych dokumentów, to jest procedur bezpieczeństwa, powinny być objęte sformalizowaną procedurą, przykładowo w ramach metodyki Prince, to jest aby zmiany te nie były narzucane przez Zamawiającego, ale by wykonawcy uczestniczyli w ich tworzeniu. Nie sposób podzielić tak zaprezentowanej argumentacji: wskazane dokumenty oparte są na powszechnie obowiązujących przepisach, dotyczą newralgicznych kwestii związanych z bezpieczeństwem informacji. Nie sposób więc zgodzić się, by Zamawiający był obowiązany do uzgadniania zmian tych dokumentów, skoro znacząca część ich zawartości niejednokrotnie jest poza zasięgiem Zamawiającego. Przewidziana w umowie deklaracja udostępniania takich zmian wykonawcom stanowi wystarczające zabezpieczenie interesów wykonawców. Zamawiający także, w ramach sygnalizowanej partnerskiej formuły wykonywania umowy ramowej, może wysłuchać argumentów wykonawców na etapie planowania takich zmian.

[8] W zakresie podniesionego w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Hewlett – Packard Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Kamsoft SA w Katowicach zarzutu, dotyczącego art. 11 ust. 4 pkt 6 umowy ramowej, co ma naruszać art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych:

Odwołujący wniósł o doprecyzowanie skarżonej treści art. 11 ust. 4 pkt 6) umowy ramowej, poprzez wprowadzenie łącznego limitu dla wszystkich konsultacji utrzymaniowych realizowanych w ramach umowy ramowej oraz wskazanie reguły, zgodnie z którą konsultacje utrzymaniowe wykraczające poza ten limit będą rozliczane odrębnie w ramach Usług dodatkowych. W uzasadnieniu Odwołujący argumentuje, że art. 11 ust. 4 pkt 6 umowy ramowej stanowi, że usługi serwisu świadczone w odniesieniu do modułów i funkcji Oprogramowania dedykowanego przypisanych wykonawcy w Macierzy Odpowiedzialności obejmują między innymi udzielanie konsultacji utrzymaniowych. W odniesieniu do tego

wymagania, pracochłonność związana z obowiązkiem udzielania konsultacji utrzymaniowych nie jest uzależniona od jakości pracy wykonawcy i jest uzależniona wyłącznie od żądań Zamawiającego oraz innych wykonawców. Konstatacja ta znajduje potwierdzenie w treści Załącznika nr 8 do umowy ramowej, który przewiduje dobowy limit zgłoszeń dla tej usługi wyłącznie wtedy, gdy jest ona wykonywana na poziomie incydentu krytycznego. Metryka usług serwisu nie przewiduje analogicznego limitu dla usług świadczonych na poziomie incydentu niskiego oraz średniego. Tym samym, nie jest możliwe wcześniejsze oszacowanie tej pracochłonności, które miałyby odbicie w cenie oferowanego Punktu Funkcyjnego. Art. 11 ust. 4 pkt 6) umowy ramowej pozostaje zatem w konflikcie z treścią art. 29 ust. 1 ustawy. Tym samym, zdaniem Odwołującego, zasadnym jest wprowadzenie wnioskowanego limitu dla wykonywania usług konsultacji utrzymaniowych wykonywanych również na poziomie incydentu niskiego oraz średniego.

Biorąc pod uwagę postawiony zarzut, dostrzeżenia wymaga, że przedmiotem kwestionowanego postanowienia umowy ramowej jest obowiązek wykonawcy świadczenia konsultacji utrzymaniowych. System objętymi przedmiotem zamówienia, a także jego docelowy kształt jest konsekwencją szeregu prac wykonywanych przez różnych wykonawców, niejednokrotnie równoległe. Rezultat tych prac jest uzależniony od współdziałania wykonawców wykonujących prace jednocześnie, we wzajemnym powiązaniu. Jak wskazano wcześniej, przedmiotowe zamówienie cechuje znaczna dynamika jego przedmiotu, wynikająca już choćby z faktu, że prace rozwojowe i modyfikacyjne mogą równocześnie wykonywać trzej wykonawcy, jeśli dojdzie do podpisania z nimi umowy ramowej a następnie umów wykonawczych. Powyższe oznacza, że w przedmiotowe zadanie z jego natury wpisana jest konieczność wzajemnej współpracy wykonawców z Zamawiającym, ale także wzajemnej interakcji między wykonawcami. Udzielanie konsultacji utrzymaniowych zostało ujęte przez Zamawiającego jako jedna z usług serwisu przypisanych wykonawcy w Macierzy Odpowiedzialności nie musi zostać ograniczone, tak jak postuluje Odwołujący – rzeczą wykonawcy jest bowiem współdziałanie w ramach wykonywania przedmiotu umowy ramowej, co obejmuje obowiązek takich konsultacji, w takim zakresie, jaki będzie wynikał z potrzeby ujawniającej się w postępowaniu. Dla wykonawcy – profesjonalisty w zakresie obrotu informatycznego nie powinno stanowić problemu oszacowanie zakresu takich konsultacji a w konsekwencji – jego uwzględnienie w ramach wyceny Punktu Funkcyjnego. Na obecnym etapie należy uznać, że nie ma potrzeby szczegółowego określenia ilości takich konsultacji, czy ograniczenia ich do konkretnej ilości zgłoszeń i wyartykułowanego zapotrzebowania na takie konsultacje. Zamawiający w powyższej mierze zaakcentował oczekiwanie od Wykonawców partnerskiej współpracy, co mieści się zarazem we wpisanej w przedmiotowe postępowanie zasadzie

prowadzenia zadania w ramach metodyki zarządzania projektami.

Powyższe czyniło postawiony zarzut, nie zasługującym na uwzględnienie.

[9] W zakresie podniesionego w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Hewlett – Packard Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Kamssoft SA w Katowicach zarzutu, dotyczącego art. 5 ust. 3 pkt 4) umowy ramowej co, w ocenie Odwołującego, narusza art. 5 kc w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353¹ kc w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych:

Odwołujący wniósł o zmianę treści SIWZ w ten sposób, że Wykonawca będzie zobowiązany wyłącznie do zapewnienia zgodności Modyfikacji z Regulacjami obowiązującymi na dzień złożenia przez Wykonawcę oferty w zakresie danej umowy wykonawczej. Ewentualnie, w przypadku nie uwzględnienia wniosku opisanego powyżej, a dotyczącego zmiany art. 5 ust. 3 pkt 4) umowy ramowej Odwołujący wniósł o wykreślenie z treści umowy ramowej wymagania zgodności Modyfikacji z Regulacjami. W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że ze względu na dynamikę zmian w regulacjach dotyczących ubezpieczeń społecznych oraz ze względu na cykl wytwórczy Modyfikacji, zobowiązanie Wykonawcy co do zgodności Modyfikacji z Regulacjami powinno być ograniczone do Regulacji obowiązujących na dzień złożenia przez Wykonawcę oferty w zakresie danej Umowy wykonawczej. Wszelkie zmiany w Regulacjach, które wejdą w życie po złożeniu oferty w zakresie danej Umowy wykonawczej powinny być wprowadzane na etapie realizacji Umowy wykonawczej jedynie poprzez Procedurę zarządzania zmianami określoną Załączniku nr 4 do Umowy ramowej. Zaproponowane przez Zamawiającego postanowienie narusza zasadę swobody umów, gdyż w sposób nieuzasadniony przekłada na Wykonawcę całe ryzyko zmian prawnych, a co więcej wprowadza dla Wykonawcy obowiązek realizacji świadczeń wykraczających poza zakres będący przedmiotem jego oferty i oszacowania dokonywanego na etapie składania tejże oferty. Takie zaś podejście narusza zarówno art. 353¹ kc w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Praw zamówień publicznych, a także z uwagi na pozycję Zamawiającego jako „gospodarza” procedury przetargowej stanowi naruszenie także art. 5 kc w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych. Określone w SIWZ zapisy mogą prowadzić do sytuacji, w której, z uwagi na zmiany Regulacji zaistniałe w trakcie wykonywania umowy wykonawczej, wykonanie danej umowy wykonawczej będzie niemożliwe, czego negatywne skutki dotkną wyłącznie Wykonawcę. Ponadto narzucanie Wykonawcy obowiązku dostosowywania Modyfikacji do zmian Regulacji nieznanych Wykonawcy na etapie składania oferty w zakresie danej umowy wykonawczej powoduje, iż Wykonawca ten nie będzie w stanie oszacować ani potencjalnego kosztu wykonania takiego

zobowiązania ani też czasu, jaki będzie niezbędny do wykonania tak określonej Modyfikacji.

Nie podzielono powyższego zarzutu. Odwołujący upatruje nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia w obowiązku uwzględnienia aktualnego, na dzień dokonywania modyfikacji, stanu prawnego. Nie sposób zgodzić się, by wykonawca miał dostarczyć produkt niezgodny ze stanem prawnym, to jest odpowiadający regulacjom obowiązującym w dniu złożenia oferty w zakresie danej umowy wykonawczej, co już w momencie jego dostarczenia wymuszałoby dalsze prace celem dostosowania go do zmienionego stanu prawnego. Powyższe kłóciłoby się z celem zamówienia publicznego, służącego do nabycia rzeczy i praw, zgodnych z potrzebami Zamawiającego, a nie jakichkolwiek, w którym ryzyko ewentualnych niezgodności z tymi potrzebami musiałby ponosić Zamawiający. Należy bowiem przyjąć, że ewentualne zmiany prawne nie będą miały charakteru na tyle istotnego, by znacząco, w sposób uciążliwy dla wykonawcy i narażający na ryzyko niewłaściwego oszacowania pracochłonności zmieniały kształt dostarczanych modyfikacji w stosunku do tego, jaki był przewidywany w dniu złożenia oferty w zakresie danej umowy wykonawczej. Należy liczyć się, że czas na wykonanie Modyfikacji wynikający z danej umowy, pozwoli na ocenę ryzyka wystąpienia takich zmian oraz ich uwzględnienie w ofercie. Jeśli takie zmiany będą znaczące, to odpowiednie *wacatio legis*, pozwoli je uwzględnić zarówno w momencie składania oferty jak i opracowywania modyfikacji.

Trafnie podkreślił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że intencją Zamawiającego jest pozyskanie Modyfikacji o cesze zgodności z obowiązującymi przepisami prawa; Zamawiający jako instytucja publiczna nie może wydatkować środków na narzędzia (w tym informatyczne), które w rzeczywistości mają charakter niezgodnych z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Oznacza to tyle, że Zamawiający prowadzi procedurę o zamówienie publiczne po to, by nabyć przedmiot zgodny z jego uzasadnionymi potrzebami, odpowiadający aktualnym na dzień odbioru regulacjom prawnym. Opis przedmiotu zamówienia, który sygnalizuje możliwość zmian prawa i wskazuje na to, że Modyfikacje mają być zgodne z regulacjami obowiązującymi na dzień Odbioru Jakościowego, nie stanowi o naruszeniu przepisów art. 353¹ oraz art. 5 kc.

[10] W zakresie podniesionego w odwołaniu w odwołaniu Asseco Poland SA w Rzeszowie zarzutu wskazującego na naruszenie art. 353¹ Kc oraz art. 487 § 2 Kc [zarzut oznaczony w odwołaniu nr IV]:

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, że w Umowie Ramowej w Art. 4 „TRYB ZAWIERANIA UMÓW WYKONAWCZYCH” w ust. 13 Zamawiający zawarł postanowienie, iż „Cena realizacji Umowy wykonawczej ma charakter ceny maksymalnej. W przypadku, jeśli

rzeczywista pracołłonność wykonania Modyfikacji, ustalona w wyniku Wymiarowania Pełnego, okaże się niższa niż określona w Umowie wykonawczej, Wykonawcy przysługuje z tytułu wykonania Modyfikacji wynagrodzenie w wysokości odpowiadającej iloczynowi określonej w Umowie wykonawczej ceny Punktu Funkcyjnego i liczby Punktów Funkcyjnych wyliczonych w wyniku Wymiarowania Pełnego.". Zdaniem Odwołującego, zapis wskazuje, że w trakcie realizacji Umowy Wykonawczej wynagrodzenie z tytułu realizacji tej umowy może ulec obniżeniu, co jest to niedopuszczalne i naruszające przepisy prawa. Taka zmiana wynagrodzenia byłaby sprzeczna zarówno z Kodeksem Cywilnym, jak i z Prawem zamówień publicznych. Wynagrodzenie należne wykonawcy Umowy wykonawczej stanowi iloczyn ilości Punktów Funkcyjnych określonej przez Zamawiającego w zaproszeniu do składania ofert oraz ceny za jeden Punkt Funkcyjny określonej przez wykonawcę. Tylko ta cena stanowić będzie kryterium oceny ofert. Ponadto cena jest essentialia negotii Umowy wykonawczej, zatem musi być stała i niezmienna. Kwestionowane obniżenie wynagrodzenia nie jest skutkiem nienależytego wykonania Umowy wykonawczej przez czy też skutkiem rezygnacji przez Zamawiającego z części przedmiotu zamówienia. Zgodnie z regulacją postanowienia ust. 13 Zamawiający byłby uprawniony do obniżenia ceny także w przypadku, gdy Umowa wykonawcza wykonana byłaby należyście i terminowo w pełnym zakresie, zaś podstawą obniżenia wynagrodzenia byłoby wyłącznie uznanie przez Zamawiającego, że „*rzeczywista pracołłonność jest niższa*". Istotna jednak jest okoliczność, że pracołłonność wykonania danej Modyfikacji określana jest wyłącznie przez Zamawiającego i to określana jest na etapie zaproszenia do składania ofert. Zatem Zamawiający przedmiotowym zapisem próbuje przerzucić na wykonawcę Umowy ramowej ryzyko błędów Zamawiającego przy opisywaniu przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego takie zachowanie Zamawiającego jest niedopuszczalne. To na Zamawiającym ciąży obowiązek rzetelnego i pełnego opisanie przedmiotu zamówienia. Jeśli zaś przedmiotem zamówienia – zgodnie z konstrukcją przyjętą przez Zamawiającego - jest konkretna liczba Punktów Funkcyjnych, to jest ona wiążąca dla obu stron Umowy wykonawczej i nie może być zmieniana inaczej niż w trybie pisemnego aneksu do Umowy wykonawczej. Z kolei zmiana Umowy wykonawczej w trybie pisemnego aneksu nie musi być określana w tym miejscu i z całą pewnością nie powinna być określana w taki sposób. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający przekroczył w tym przypadku dopuszczalne granice swobody umów oraz korzystając z przysługującego mu prawa do kształtowania treści SIWZ - uczynił z tego prawa użytek sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa i zasadami współżycia społecznego. Zatem zgodnie z art. 5 Kodeksu Cywilnego [w związku z art. 12 i 139 Ustawy] nie korzysta z ochrony w tym przypadku prawo Zamawiającego do kształtowania treści SIWZ. Zamawiający naruszył także przepis art. 58 i art. 353¹ Kodeksu cywilnego [w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 Ustawy], gdyż możliwość właściwie dowolnego obniżania wynagrodzenia

[w przypadku pełnego i należytego wykonania Umowy wykonawczej] przekracza granice swobody umów, gdyż treść takiego stosunku prawnego [z uprawnieniem Zamawiającego do obniżania wynagrodzenia] sprzeciwiałaby się naturze tego stosunku, ustawie oraz zasadom współżycia społecznego. Każda umowa powinna w sposób ostateczny określać wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy. Ograniczenie zupełnej swobody Zamawiającego w korzystaniu ze swobody umów uznała także za słuszną Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 grudnia 2011 roku, KIO 2649/11: *„Jedną z podstawowych zasad obowiązujących w prawie zobowiązań jest zasada swobody umów, wynikająca z przepisu art. 353¹ Kodeksu cywilnego. W literaturze przedmiotu przyjmuje się, iż zasada ta oznacza, że istnieje swoboda zawarcia lub niezawarcia umowy, możliwość swobodnego wyboru kontrahenta, treść umowy może być co do zasady kształtowana w dowolny sposób, forma umowy zależy od woli stron. Swoboda stron doznaje ograniczeń co do celu i treści zawieranej umowy. Ograniczenia te wiążą się z tym, iż treść lub cel umowy nie mogą być sprzeczne z właściwością (naturą) stosunku prawnego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Nie jest zatem możliwe takie ukształtowanie stosunku umownego, które prowadziłoby do naruszenia przepisów ustawy, w tym zarówno postanowień kodeksu cywilnego, jak też innych ustaw, w tym przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodzić się należy z argumentami, iż na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych dochodzi do modyfikacji zasady równości i swobody stron stosunku zobowiązaniowego choćby przy wyborze partnera, z którym zawierana będzie umowa w sprawie zamówienia publicznego. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem specyfikacji istotnych warunków, która w swej treści zawierać powinna istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub jej wzór. Tak więc to Zamawiający jest autorem sformułowań zawartych we wzorze umowy. Nie oznacza to jednak, że postanowienia takiej umowy mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub nakładać tylko na jedną stronę odpowiednio same obowiązki lub przyznawać jej same przywileje. Zaproponowane przez Zamawiającego zapisy § 1 oraz § 3 wzoru umowy pozostawiają Zamawiającemu sporą uznaniowość w zakresie realizowanego w przyszłości zamówienia stoją tym samym w sprzeczności z podstawowymi zasadami zamówień publicznych oraz w swych skutkach doprowadzić mogą do niewłaściwego wydatkowania środków publicznych.”* Możliwość obniżenia wynagrodzenia narusza także zasadę ekwiwalentności określoną w art. 487 § 2 Kodeksu Cywilnego. Cena określona w Umowie wykonawczej jest bowiem odpowiednikiem świadczenia wykonawcy - czyli wykonania Modyfikacji i innych wskazanych w zaproszeniu do składania ofert usług. Co więcej, jeśli możliwość obniżenia wynagrodzenia poprzez zmniejszenie liczby Punktów Funkcyjnych przez Zamawiającego obowiązywałaby - wykonawcy składając oferty musieliby uwzględniać to ryzyko w swoich ofertach.

Uwzględnienie takiego ryzyka byłoby możliwe w jeden sposób - podnoszenie ceny Punktu Funkcyjnego. Dopuszczenie przez Zamawiającego do takiej sytuacji, a właściwie stworzenie takiego niepotrzebnego ryzyka kontraktowego, stanowi - jak wskazano powyżej w pkt II uzasadnienia - naruszenie art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych, poprzez nierzetelne i nienależyte wydatkowanie środków publicznych. Zdaniem Odwołującego dokonywana przez Zamawiającego taka zmiana Umowy wykonawczej byłaby dokonywana także z naruszeniem art. 144 ustawy, bowiem przesłanki takiej zmiany Zamawiający nie przewidział w SIWZ, a z całą pewnością jest to zmiana istotna.

Odwołujący wniósł, aby we wzorze w Rozdziale VIII - WZÓR UMOWY RAMOWE Art. 4 ust 13 dokonać zmiany zapisu „maksymalnej” na „ostatecznej” i wykreślić zapis od słów: „W przypadku, jeżeli” do końca ustępu - co spowoduje nadanie temu przepisowi brzmienia: „Cena realizacji Umowy wykonawczej ma charakter ceny ostatecznej.”

Biorąc pod uwagę postawione zarzuty i mającą potwierdzać je argumentację – nie sposób podzielić stanowiska Odwołującego. Podkreślenia bowiem wymaga, że zamówienia publicznego udziela się w ściśle określonym celu, to jest dla zaspokojenia określonych potrzeb publicznych. W konsekwencji, kształtowanie poszczególnych postanowień umownych nie jest działaniem dowolnym, pozostającym w sferze swobody stron i podlegającym negocjacji, zaś ich treść musi mieć zawsze oparcie w uzasadnionych potrzebach zamawiającego, które mają zostać zaspokojone w wyniku postępowania. Szczególny charakter umów w sprawie zamówienia publicznego wynika przy tym z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym. W tym kontekście należy oceniać zgodność postanowień wzoru umowy z normami kodeksu cywilnego, które znajdują do nich zastosowanie na mocy art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zakresie nie uregulowanym przepisami tej ustawy. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z istoty wyrażają w pierwszym rzędzie interes zamawiającego – on to bowiem, jednostronnie określa swoje potrzeby dokonując opisu przedmiotu zamówienia, zaś wykonawcy zainteresowani uczestnictwem w postępowaniu mogą przystąpić do tak określonych warunków, co nie uchybia zasadzie swobody umów, również z tego powodu, że wobec wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawca może nie złożyć oferty na ustalonych przez Zamawiającego warunkach. Celem postępowania o zamówienie publiczne jest przede wszystkim realizacja uzasadnionych potrzeb zamawiającego a nie umożliwienie wykonawcy ukształtowania dogodnych warunków, w tym dotyczących przedmiotu zamówienia. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie mamy zatem do czynienia z negocjowaniem warunków przyszłego stosunku umownego, kształtowaniem go na zasadach określonych w art. 353¹ kc. Postępowanie o zamówienie publiczne realizuje się bowiem przez jednostronne określenie przez zamawiającego jego warunków, do których

wykonawcy mogą przystąpić lub nie wykazać zainteresowania postępowaniem. Uprawnienia wykonawców ograniczają się zatem do kontroli działań zamawiającego w kontekście bezwzględnie obowiązujących przepisów, nie zaś dotyczących sfery, którą ustawa pozostawia swobodzie ukształtowania przez strony stosunku cywilnoprawnego. Ograniczenie stosowania wskazanych zasad prawa cywilnego w postępowaniu o zamówienie publiczne jest przy tym podkreślane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (przykładowo: wyroki z dnia 4 października 2010 r. w spr. KIO 2036/10, z dnia 28 lutego 2012r. w spr. KIO 229/12, 238/12, 239/12, 242/12, 245/12, 247/12). Stąd nie mogły zostać uwzględnione zarzuty naruszenia art. 353¹ kc, dotyczące naruszenia równości stron stosunku cywilnoprawnego, także zarzut naruszenia art. 5 Kc. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na tezę zawartą w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 314/11), w którym zostało wskazane, że: *„Podkreślić należy, iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353¹ k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy”*. Podobne wnioski płyną z treści wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r. [sygn. akt X Ga 67/08], w uzasadnieniu którego zostało wskazane, że: *„Skarżący kluczowym zarzutem skargi czyni zarzut naruszenia normy art. 353¹ k.c. statuującej zasadę swobody umów i równouprawnienia stron stosunku obligacyjnego. W ocenie Skarżącego za niedozwolone na gruncie powołanego przepisu należy uznać rażąco nierównomierne obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontraktowym i jednostronne określanie przez Zamawiającego zakresu uprawnień i obowiązków stron umowy. Od razu nasuwa się doniosłe praktyczne pytanie o zakres kontraktowej swobody stron stosunku prawnego nawiązanego wskutek udzielenia zamówienia publicznego. Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353¹ k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres*

ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę". Z powyższego wynika, iż w kwestii postanowień umowy w ramach zamówień publicznych interes publiczny, który reprezentuje zamawiający przeważa nad interesem wykonawców. Izba wskazuje, iż wykonawca przy umowie adhezyjnej nie ma w zasadzie wpływu na jej kształt, lecz ekwiwalentność świadczenia wzajemnego jakie ma uzyskać, kreuje określając swoje wynagrodzenie. Zatem stawianie wykonawcom określonych wymagań na etapie realizacji umowy, które przedkładają się jedynie na ich wynagrodzenie i zwiększony nakład sił oraz środków na etapie realizacji zamówienia, nie ogranicza uczestnikom postępowania możliwości samego uczestnictwa w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Każdy wykonawca mając świadomość obowiązków wynikających z treści umowy może ocenić, czy jest w stanie należycie zrealizować zobowiązanie z niej wynikające oraz ocenić jakie koszty są z tymi wymaganiami związane. Kalkulowanie wynagrodzenia jest bowiem wyłączną domeną wykonawcy. W powyższym mieści się także uwzględnienie ryzyk związanych z realizacją zamówienia. Przedmiot zamówienia w tym postępowaniu charakteryzuje się znaczną dynamiką, zaś umowa ramowa z natury ma charakter ogólny, kształtujący zasady, na jakich będą zawierane umowy wykonawcze. W zakresie argumentacji co do niedopuszczalności – zdaniem Odwołującego – możliwości zmniejszenia liczby Punktów Funkcyjnych, dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający zaakcentował specyfikę przedmiotu zamówienia, który w pewnej mierze zdaje się być zmiennym, a jego kształt ostatecznie zostanie ustalony w trakcie wykonywania zamówienia. Zamawiający wkomponował ten charakter przedmiotu zamówienia w jego kształt, zakładając że szczegółowa specyfikacja konkretnych modyfikacji nie jest znana, przyjął metodę wyceny usług opartą na metodzie COSMIC. Jak wskazano w odpowiedzi na odwołanie – czemu obaj Odwołujący nie zaprzeczali – metodyka ta opisana została w standardzie międzynarodowym ISO/IEC 19761:2011, w celu zaspokojenia potrzeb dostawców oprogramowania stojących przed zadaniem przełożenia potrzeb klientów na funkcjonalny rozmiar oprogramowania będącego przedmiotem zlecenia jako jednej z aktywności w zakresie szacowania kosztów projektu, a także potrzeb klientów, którzy chcą znać rozmiar funkcjonalny dostarczonego oprogramowania jako istotnego elementu mierzącego wykonanie zlecenia przez dostawcę oprogramowania. Wymiarowanie dokonywane metodą punktów funkcyjnych ma umożliwiać obiektywizację procesu inwestycyjnego i obiektywne oszacowanie wymiarów projektu: jego kosztów, harmonogramu,

zespołu; metoda pozwala określić wynagrodzenie za określoną złożoność oprogramowania a nie za pracochłonność i liczebność zespołu projektowego. Zamawiający podał, że wraz z zaproszeniem do składania oferty na umowę wykonawczą, będzie przekazywał wykonawcom tę samą dokumentację analityczną, w oparciu o którą dokonał oszacowania, to jest uzgodnienie projektowe. Zamawiający dokonał także zmiany umowy ramowej, akcentując, że każdorazowo określi między innymi opis przedmiotu zamówienia w zakresie danej umowy wykonawczej, w tym uzgodnienie projektowe obejmujące specyfikację wymagań Modyfikacji, w tym wymagań funkcjonalnych na poziomie szczegółowości wystarczającym do wykonania szacowania wstępnego dla tej Modyfikacji, szczegółowy zakres usług dodatkowych, w tym zakres, warunki prowadzenia oraz inne wymagania odnośnie szkoleń [w tym instruktaży i szkoleń elektronicznych], szczegółowy zakres i kryteria optymalizacji dla prac optymalizacyjnych, szczegółowy harmonogram realizacji prac, inne informacje niezbędne do zawarcia umowy wykonawczej oraz ewentualne zasady zmiany Umowy wykonawczej. Oznacza to tyle, że wykonawcy, przed złożeniem oferty w ramach w celu zawarcia umowy wykonawczej, otrzymają szczegółowe informacje, pozwalające na dokonanie oszacowania w konkretnym wypadku pracochłonności a w konsekwencji – na założenie odpowiedniej ilości punktów funkcyjnych a następnie - właściwą wycenę punktu funkcyjnego.

Zatem każdy z wykonawców posiadając te informacje, z zastosowaniem metody COSMIC, będzie mógł dokonać weryfikacji oszacowania, przeprowadzonego przez Zamawiającego w zakresie rozmiarów Modyfikacji i w razie dostrzeżenia rozbieżności, albo własnego profesjonalnego osądu odmiennego od Zamawiającego, przyjąć w zakresie danej modyfikacji inną ilość punktów funkcyjnych i stosownie do przyjętych założeń odpowiednio wycenić tę ilość punktów funkcyjnych, jaką narzucił Zamawiający.

W powyższym zakresie aktualność zachowuje argumentacja do analogicznego zarzutu podniesionego w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Hewlett – Packard Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Kamssoft SA w Katowicach [pkt 6 uzasadnienia].

[11] W zakresie podniesionego w odwołaniu Asseco Poland SA w Rzeszowie zarzutu wskazującego na przyjęcie niewłaściwej podstawy naliczenia kar umownych [zarzut oznaczony w odwołaniu nr VIII]:

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że umowa ramowa [Załącznik nr 3 do SIWZ] - art. 14 „Kary umowne i odpowiedzialność” ust. 2 pkt 2) - 10) – przewiduje możliwość naliczenia kar umownych w odniesieniu do rzetelnie wykonanego przedmiotu zamówienia

w zakresie wykonania Modyfikacji. W Art. 14 ust 2 Umowy ramowej Zamawiający przewidział możliwość jednoczesnego karania Wykonawcy z następujących tytułów:

- niedotrzymania terminu wykonania Modyfikacji [zmiany w oprogramowaniu KSI] – od 0,1% do 1% wartości Umowy wykonawczej za każdy dzień opóźnienia,
- wystąpienie w Okresie stabilizacji Incydentu krytycznego spowodowanego Błędem oprogramowania, - 2% wartości Umowy wykonawczej za każdy Incydent,
- wystąpienie w Okresie stabilizacji konieczności wycofania Modyfikacji z eksploatacji - 5% wartości Umowy wykonawczej za każdy dzień wycofania,
- opóźnienia w eskalacji Zgłoszenia - od 0,1% do 1% wartości Umowy wykonawczej za każdą godzinę opóźnienia,
- opóźnienia w usuwaniu Incydentów krytycznych spowodowanych Błędem Modyfikacji - od 0,1% do 1% wartości Umowy wykonawczej za każdą godzinę opóźnienia,
- opóźnienia w usuwaniu Incydentów średnich lub niskich spowodowanych Błędem Modyfikacji - od 0,1% do 1% wartości Umowy wykonawczej za każdy dzień opóźnienia,
- wystąpienie więcej niż 2 Incydentów krytycznych spowodowanych Błędem Modyfikacji w okresie kolejnych 7 dni - 20% wartości Modyfikacji,
- opóźnienia w udzielaniu Konsultacji utrzymaniowych - od 0,1% do 1% wartości Umowy wykonawczej za każdy dzień opóźnienia.

Wysokość wszystkich wymienionych kar została ustalona przez Zamawiającego w relacji do wartości Umowy wykonawczej albo Modyfikacji, wynagrodzenie z tytułu wykonania Modyfikacji jest podstawą obliczenia kar. Tymczasem za wyjątkiem niedotrzymania terminu wykonania Modyfikacji [art. 14 ust. 2 pkt 1], zdarzenia stanowiące podstawę naliczenia wymienionych kar umownych nie dotyczą wykonania Modyfikacji, występują po odbiorze jakościowym Modyfikacji przez Zamawiającego, po starcie produkcyjnym oprogramowania, w trakcie świadczenia usług serwisu Modyfikacji. Wskazać w tym miejscu należy, że Zamawiający osobno przewidział wynagrodzenie z tytułu wykonania Modyfikacji, a osobno - z tytułu świadczenia serwisu [art. 12 ust. 1 pkt 1) i 2)]. Osobno też określone są obowiązki wykonawcy Umowy wykonawczej - obowiązki te są inne na etapie realizacji Modyfikacji, a inne na etapie świadczenia usług serwisu. Jednocześnie Zamawiający we wskazanych punktach umowy, pomimo iż nienależyte wykonanie dotyczyć będzie świadczenia usług serwisu, za podstawę obliczenia kar umownych przyjął błędnie wynagrodzenie z tytułu wykonania Modyfikacji. A zatem Zamawiający, pomimo potwierdzenia przez siebie należytej jakości wykonanej Modyfikacji; prawa do zatrzymania 30% wynagrodzenia z tytułu Modyfikacji do zakończenia tzw. Okresu stabilizacji, tj. upływu co najmniej 3 miesięcy od startu produkcyjnego oprogramowania Modyfikacji; ustanowienia reżimu czasowego dla usług serwisu Modyfikacji, zachowania prawa do odstąpienia od Umowy wykonawczej,

zarezerwował sobie prawo do karania Wykonawcy za fakt wystąpienia problemów w eksploatacji odebranej Modyfikacji lub opóźnienia w ich usuwaniu w wysokości zależnej nie od wynagrodzenia z tytułu usług serwisu Modyfikacji, ale wynagrodzenia Modyfikacji/Umowy wykonawczej. Tym samym Zamawiający, w ocenie Odwołującego przekroczył granice swobody umów i ze swego prawa do kształtowania treści umowy uczynił użytek sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa oraz zasadami współżycia społecznego. Narusza to art. 353¹ i art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i 139 Ustawy. Warto przykładowo zwrócić uwagę, że w przypadku kary przewidzianej w art. 14 ust. 2 pkt 8) w przypadku wystąpienia w okresie świadczenia serwisu Incydentów krytycznych kara może wynosić [za każdy przypadek] aż 20% wynagrodzenia za wykonanie Modyfikacji. Przy czym dotyczy to produktu odebranego przez Zamawiającego, a zatem uznanego za należycie wykonany i zdatny do użytku. Przy zastosowaniu tej kary do Incydentów zaistniałych w okresie świadczenia serwisu Zamawiający de facto „odzyska” znaczną część wynagrodzenia z tytułu wykonania Modyfikacji, czyli Modyfikacja zostanie mu dostarczona w znacznej części nieodpłatnie. Będzie mógł zatem korzystać z Modyfikacji, pomimo iż nie poniesie de facto kosztów jej wykonania.

Odwołujący wniósł, aby w art. 14 „*Kary umowne i odpowiedzialność*” ust. 2 w pkt 2) - 101 zmienić podstawę naliczania kar umownych z tytułu opóźnień w realizacji usług serwisu Modyfikacji występujących w danym miesiącu w każdym przypadku na wysokość miesięcznego wynagrodzenia z tytułu serwisu Modyfikacji.

Tak postawiony zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Po pierwsze, zamówienie publiczne służy zaspokojeniu potrzeb szerszej zbiorowości; realizacji celów i zadań publicznych. Nie sposób zgodzić się, by Zamawiający realizując tak pojęty interes publiczny, mógł przyjmować na siebie ryzyko niepowodzenia przedsięwzięcia, stanowiącego przedmiot zamówienia. Przeciwnie, każdorazowo zamawiający, reprezentując interes publiczny, winien podjąć starania, by przedmiot zamówienia został dostarczony na czas i w wymaganym zakresie – w analizowanej sprawie – by system informatyczny realizował swoje funkcje w sposób maksymalnie bezkonfliktowy i optymalny.

Zamawiający nie powinien więc rezygnować, a przeciwnie – winien dolożyć zwiększonej staranności, by zabezpieczyć niezakłóconą realizację zamówienia i uzyskanie jego efektów. Temu celowi mogą i powinny służyć także instrumenty właściwe prawu cywilnemu, jakimi są kary umowne, mające znaczenie nie tylko rekompensowania poniesionej szkody, ale także działające w sposób dyscyplinujący wykonawcę zamówienia publicznego do jak najstaranniejszego działania. Trzeba pamiętać, że postępowanie o zamówienie publiczne jest postępowaniem prowadzonym w warunkach podwyższonej staranności, w obrocie profesjonalnym. Wystąpienie zdarzeń mogących stanowić podstawę

do naliczenia kar umownych winno być zatem rozpatrywane także w kategorii uchybienia w realizacji zamówienia, które – wobec profesjonalnego wykonawcy – należy uznawać za takie, co do których podejmowane będą maksymalne starania, by nie miały miejsca.

Wysokość kar umownych winna uwzględniać nie tylko szkody, jakie mogą być poniesione przez Zamawiającego w wyniku niedoskonałości w wykonywaniu zamówienia przez danego wykonawcę, ale także powinna uwzględniać ryzyko zaistnienia zdarzeń stanowiących podstawę naliczenia takich kar, a także skutki wystąpienia takich zdarzeń. Trzeba pamiętać, że zakup systemu informatycznego [tutaj jego rozbudowa i modyfikacja] nie stanowi nabycia narzędzia wspomagającego wykonywanie pewnych zadań publicznych, przydatnego, ale nie niezbędnego w działalności jednostki [jednostek], bez którego można wykonywać zadania. Jeśli bowiem pewną sferę działalności z informatyzowano, to oznacza to konieczność zapewnienia pełnego, stabilnego funkcjonowania systemu i realizacji przez niego zadań, a nie jedynie „od czasu do czasu”, czy stosownie do dostępności tego systemu. Jeśli by tak postrzegać wdrożenie narzędzia informatycznego, to jego zakup a także dalsze czynności rozwojowe, rozbudowę można i trzeba byłoby rozważać przez pryzmat celowości takiego przedsięwzięcia.

Oznacza to tyle, że Zamawiający ma prawo wprowadzić efektywne instrumenty zapewniające stabilne i niezakłócone działanie systemu, w tym również poprzez środki kontraktowe w postaci kar umownych w odpowiedniej wysokości i związanych z zaistnieniem określonych zdarzeń. To wykonawca, zawierając umowę i zobowiązując się do jej wykonania w umówionym zakresie, staje się gwarantem, że zdarzenia, które mogą pociągać za sobą naliczenie kar umownych, nie nastąpią. To zatem wyłącznie od wykonawcy zależy, czy i jak wykona przyjęte przecież przez siebie ze wszystkimi skutkami, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru swojej działalności, zobowiązanie i czy w związku z tym spadnie na niego skutek w postaci konieczności zapłaty odpowiednich kar umownych. Nie ma przecież obowiązku przyjęcia na siebie realizacji zamówienia publicznego – umowa w sprawie zamówienia publicznego jest zobowiązaniem podejmowanym dobrowolnie, które wykonawca - mając przecież wiedzę o swoim potencjale i możliwościach realizacyjnych - może na siebie przyjąć, lub uznać, że nie podoła realizacji zadania, zgodnie z jego zakresem określonym przez zamawiającego. Ziszczenie się zdarzeń skutkujących naliczeniem kar umownych leży więc w wyłącznej gestii wykonawcy. Nie sposób kwestionować przy tym uprawnienia Zamawiającego, do zabezpieczenia własnego interesu [czy dokładniej: interesu publicznego realizowanego w swojej działalności], za pomocą tego rodzaju środków dyscyplinujących wykonawcę do starannego działania, jakimi są kary umowne.

Następnie, dostrzeżenia wymaga, że kara umowna ma charakter akcesoryjny w tym znaczeniu, że jej zastrzeżenie jest wiążące dla stron tylko wówczas, gdy związane są one zobowiązaniem, którego niewykonania bądź nienależytego wykonania kara dotyczy.

Poddając analizie kwestionowane postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia [składającego się na nią wzoru umowy] dostrzeżenia wymaga, iż zamówienia publicznego udziela się w ściśle określonym celu, to jest dla zaspokojenia określonych potrzeb publicznych. W konsekwencji, kształtowanie poszczególnych postanowień umownych nie jest działaniem dowolnym, pozostającym w sferze swobody stron i podlegającym negocjacom, zaś ich treść musi mieć zawsze oparcie w uzasadnionych potrzebach zamawiającego, które mają zostać zaspokojone w wyniku postępowania. Szczególny charakter umów w sprawie zamówienia publicznego wynika przy tym z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym. W tym kontekście należy oceniać zgodność postanowień wzoru umowy z normami kodeksu cywilnego, które znajdują do nich zastosowanie na mocy art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zakresie nie uregulowanym przepisami tej ustawy. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z istoty wyrażają w pierwszym rzędzie interes zamawiającego – on to bowiem, jednostronnie określa swoje potrzeby dokonując opisu przedmiotu zamówienia, zaś wykonawcy zainteresowani uczestnictwem w postępowaniu mogą przystąpić do tak określonych warunków, co nie uchybia zasadzie swobody umów, również z tego powodu, że wobec wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawca może nie złożyć oferty na ustalonych przez Zamawiającego warunkach. Celem postępowania o zamówienie publiczne jest przede wszystkim realizacja uzasadnionych potrzeb zamawiającego a nie umożliwienie wykonawcy ukształtowania dogodnych warunków, w tym dotyczących przedmiotu zamówienia. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie mamy zatem do czynienia z negocjowaniem warunków przyszłego stosunku umownego, kształtowaniem go na zasadach określonych w art. 353¹ kc. Postępowanie o zamówienie publiczne realizuje się bowiem przez jednostronne określenie przez zamawiającego jego warunków, do których wykonawcy mogą przystąpić lub nie wykazać zainteresowania postępowaniem. Uprawnienia wykonawców ograniczają się zatem do kontroli działań zamawiającego w kontekście bezwzględnie obowiązujących przepisów, nie zaś dotyczących sfery, którą ustawa pozostawia swobodzie ukształtowania przez strony stosunku cywilnoprawnego.

Ponadto, instytucja kar umownych na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi przeszkody w uzyskaniu zamówienia. Ocena tej instytucji pod kątem samej racjonalności oraz wysokości i przesłanek zastosowania następuje bowiem na etapie realizacji umowy i stosowania jej postanowień. Wówczas może dojść do nadużycia przez Zamawiającego uprawnień, a w konsekwencji, może znaleźć zastosowanie art. 484 § 2 ustawy Kc (miarkowanie wysokości kary umownej). Powyższe może wtedy stanowić

podstawy normatywne kontroli działań Zamawiającego. Kontrola ta następuje wobec czynności związanych z realizacją konkretnej umowy wykonawczej, a nie umowy ramowej. Aby mogło dojść do oceny tej instytucji musi nastąpić jej zastosowanie. Wszelkie hipotezy i domniemania Odwołującego, nie mogą prowadzić do uwzględnienia zarzutów i do wyeliminowania tej instytucji umowy ramowej. W grę wchodzi następnie, na etapie wykonywania umowy, miarkowanie naliczonych kar umownych realizowane przez sąd powszechny w ramach procesu cywilnego. Na obecnym etapie jednak, to jest przed podpisaniem umowy wykonawczej nie sposób ocenić, czy przewidziane w projekcie umowy ramowej kary umowne mają charakter rażąco wygórowanych, w rozumieniu art. 484 § 2 ustawy Kc.

Nie znalazły więc potwierdzenia zarzuty naruszenia art. 353¹ Kc, oraz wskazujące na nadużycie prawa w rozumieniu art. 5 Kc, jako dotyczące przyszłej umowy łączącej zamawiającego z wybranym wykonawcą.

Odwołujący kwestionuje także podstawę naliczenia kar umownych, które w Jego ocenie nie powinny być naliczane w relacji do wartości Umowy wykonawczej, albo wartości Modyfikacji, a nie w relacji do wysokości miesięcznego wynagrodzenia z tytułu serwisu. Powyższe – jak wskazano wyżej – pozostaje w wyłącznej sferze Zamawiającego. Nie sposób jednak tu jednak pominąć, że Odwołujący zdaje się nie dostrzegać, że większość kar umownych, ich podstawa odnosi się do zdarzeń nie wynikających z niewłaściwego wykonywania serwisu, ale z niedoskonałości przy wykonywaniu Modyfikacji, takich jak: niedotrzymanie terminu wykonania Modyfikacji; wystąpienie w Okresie stabilizacji Incydentu krytycznego spowodowanego Błędem oprogramowania; wystąpienie w Okresie stabilizacji konieczności wycofania Modyfikacji z eksploatacji; opóźnienie w usuwaniu Incydentów krytycznych spowodowanych Błędem Modyfikacji; opóźnienie w usuwaniu Incydentów średnich lub niskich spowodowanych Błędem Modyfikacji; wystąpienie więcej niż 2 Incydentów krytycznych spowodowanych Błędem Modyfikacji w okresie kolejnych 7 dni. Te podstawy naliczenia kar umownych ewidentnie zostały powiązane nie z niewłaściwym wykonywaniem serwisu i nie wynikają jego sprawowania, ale wprost odnoszą się do nieprawidłowości przy wykonaniu Modyfikacji, czy do błędów oprogramowania.

Powyższe argumenty przemawiały za uznaniem tego zarzutu za nieuzasadniony.

[12] W zakresie podniesionego w odwołaniu Asseco Poland SA w Rzeszowie zarzutu wskazującego na niewłaściwą definicję *Czasu obsługi incydentu* oraz *Obejścia* [zarzut oznaczony w odwołaniu nr X]:

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania podał, że w Załączniku 9 „*Definicje pojęć oraz*

rozwięcia skrótów używanych w Umowie ramowej” Zamawiający zdefiniował Czas Obsługi Incydentu jako „Czas poświęcony na usunięcie przyczyny Incydentu (w tym w szczególności Naprawę Błędu) lub dostarczenie skutecznego Obejścia, liczony od momentu zarejestrowania zgłoszenia w CS Wykonawcy do momentu udostępnienia przez Wykonawcę Rozwiązania lub Obejścia, o ile dostarczone Rozwiązanie lub Obejście doprowadziło do pełnej funkcjonalności i Wydajności oprogramowania...” Definicja jest sprzeczna z definicją Obejścia: „Tymczasowe rozwiązanie powodujące zmniejszenie uciążliwości Incydentu i zapewnienie realizacji funkcji ograniczonych w wyniku Incydentu”. Zgodne z definicją Obejścia jest także powszechne rozumienie Obejścia jako rozwiązania tymczasowego, zastępczego, zatem wskazanie w definicji Czasu Obsługi Incydentu, jako efektu dostarczenia skutecznego Obejścia, dostarczenie oprogramowania posiadającego pełną funkcjonalność i Wydajność jest wewnętrzną sprzecznością, której usunięcie jest niezbędne w celu precyzyjnego ustalenia zakresu zobowiązań Wykonawcy. Odwołujący wniósł, aby w Załączniku 9 „Definicje pojęć” oraz rozwięcia skrótów używanych w Umowie ramowej w zdaniu pierwszym definicja pojęcia Czasu Obsługi Incydentu została zmieniona i by zostało ustalone następujące brzmienie: „Czas poświęcony na usunięcie przyczyny Incydentu (w tym w szczególności Naprawę Błędu) lub dostarczenie skutecznego Obejścia, liczony od momentu zarejestrowania zgłoszenia w CS Wykonawcy do momentu udostępnienia przez Wykonawcę Rozwiązania o ile dostarczone Rozwiązanie doprowadziło do pełnej funkcjonalności i Wydajności oprogramowania, a w przypadku dostarczenia Obejścia - do momentu udostępnienia Obejścia, o ile dostarczone spowodowało zmniejszenie uciążliwości Incydentu i zapewnienie realizacji funkcji ograniczonych w wyniku Incydentu.”

Postawiony zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący kwestionując zakres i treść definicji przyjętych przez Zamawiającego, zmierza do uzyskania stanu, w którym usunięcie przyczyny Incydentu będzie obejmowało również zapewnienie rozwiązania tymczasowego, swego rodzaju protezy, która jakkolwiek zapewni pełną funkcjonalność, która uległa zakłóceniu w ramach Incydentu, to nie będzie tą właściwą, ale przeprowadzoną z zastosowaniem obejścia - rozwiązania niepełnowartościowego, tymczasowego. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że obsługa Incydentu krytycznego – czas jego obsługi, to przywrócenie pełnej funkcjonalności systemu. Zamawiający w powyższej mierze dopuścił możliwość przywrócenia działania systemu z zastosowaniem rozwiązania tymczasowego, niedoskonałego z technicznego punktu widzenia, nie będącego docelowym i tym właściwym [Obejścią], ale z tym zastrzeżeniem, że będziemy mieli do czynienia z zapewnieniem pełnego funkcjonowania systemu, a nie tylko zmniejszeniem uciążliwości Incydentu. Okres zmniejszenia uciążliwości Incydentu zasadnie jest traktowany jako trwająca obsługa

Incydentu. Zrozumiałe jest bowiem uznanie przez Zamawiającego efektywnego usunięcia obsługi *Incydentu* dopiero z momentem przywrócenia jego pełnego funkcjonowania [nawet jeśli, w aspekcie technicznym, nastąpi to z wykorzystaniem *Obejścia*], a nie już w czasie bliżej nieokreślonego zmniejszenia uciążliwości *Incydentu*. Przy brzmieniu definicji *Czasu Obsługi Incydentu* postulowanej przez Odwołującego, pozostającym przy tym do dyskusji byłoby stopniowanie tego „zmniejszenia uciążliwości” - kiedy jest ono wystarczające dla uznania, że nastąpiła obsługa *Incydentu*, a kiedy miałyby znaczenie marginalnego.

To, że rozwiązanie zastosowane w celu eliminacji *Incydentu* będzie miało charakter *Obejścia* [rozwiązania, z technologicznego punktu widzenia tymczasowego], nie oznacza, że może być przywrócone jedynie ograniczone działanie systemu, a nie jego pełne funkcjonowanie. Inną sprawą jest osiągnięty rezultat [zakres przywróconego działania systemu], inną zaś sposób osiągnięcia tego rezultatu [właściwe, docelowe rozwiązanie, czy też zastosowanie *Obejścia*]. Definicja *Obejścia*, zgodnie z którą stanowi ono „*Tymczasowe rozwiązanie powodujące zmniejszenie uciążliwości Incydentu i zapewnienie realizacji funkcji ograniczonych w wyniku Incydentu*” nawiązuje wprost do zapewnienia funkcji ograniczonych w wyniku *Incydentu*, nie mamy tu więc, wbrew stanowisku Odwołującego, sprzeczności w ramach definicji *Obejścia* oraz *Czasu Obsługi Incydentu*.

W sferze decyzji Zamawiającego pozostaje, w jakim stanie ma należeć się system, by można było uznać, że w razie zaistnienia incydentu, uznane zostanie, że *Incydent* został obsłużony. Zamawiający ma przy tym pełne prawo oczekiwać, że ten stan będzie obejmował uzyskanie pełnej funkcjonalności systemu. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że oczekiwanie zapewnienia pełnej funkcjonalności i wydajności oprogramowania jest uzasadnione zadaniami KSI ZUS oraz koniecznością sprawnego realizowania zadań publicznych.

Tego rodzaju oczekiwane jest w pełni uzasadnione – Zamawiający ma prawo oczekiwać systemu działającego bez zakłóceń, z jak najrzadszym wystąpieniem *Incydentów*, zaś jeśli do nich dojdzie – nie sposób przyjąć, że *Czas Obsługi Incydentu* miałby obejmować jedynie zmniejszenie jego uciążliwości a nie pełne przywrócenie funkcjonowania systemu.

[13] W zakresie podniesionego w odwołaniu Asseco Poland SA w Rzeszowie zarzutu wskazującego na niewłaściwy zakres podmiotów uprawnionych do przeprowadzenia audytu [zarzut oznaczony w odwołaniu nr XX]:

Odwołujący podniósł, że art. 5 ust. 7. wzoru Umowy formułuje obowiązek Wykonawcy udostępnienia stronie trzeciej informacji w celu przeprowadzenia audytu.

Przedmiotowy zapis Umowy, w ocenie Odwołującego, nie precyzuje, jakie informacje

zobowiązany jest przekazywać Wykonawca, zakres nie jest bowiem ograniczony wyłącznie do informacji związanych z realizacją przedmiotu Umowy, tym samym zobowiązanie dotyczy wszelkich informacji, których zażąda Zamawiający czy strona trzecia, która to strona trzecia dodatkowo nie została zobowiązana do zachowania poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy oraz do niewykorzystywania tych informacji w celu innym niż wyłącznie wykonywanie audytu prac Wykonawcy. Ponadto przepis nie definiuje kręgu podmiotów, które są uprawnione do dostępu. Tym samym postanowienie w sposób zasadniczy narusza zasadę swobody umów, powodując dodatkowo bardzo istotne ryzyko nieuprawnionego dostępu i nieuprawnionego wykorzystania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, narażając go tym samym na poniesienie znaczącej szkody. Taka regulacja narusza także określono w art. 7 ust. 1 Ustawy zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Tymczasem na podstawie przedmiotowego przepisu nieokreślony krąg podmiotów, w tym niewykluczone, że także firmy z branży IT stanowiące konkurencję Odwołującego, uzyskają dostęp do informacji, dokumentów oraz produktów stanowiących własność Wykonawcy. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający poprzez wprowadzenie takiego przepisu naruszył także art. 11 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ poprzez zmianę wzorca Umowy, poprzez zmianę treści art. 5 ust. 7 i ustalenie jego następującego brzmienia: „7. Wykonawca zobowiązany jest do udostępnienia Personelowi Zamawiającego oraz stronie trzeciej, działającej na rzecz i koszt Zamawiającego, żądanych informacji, dokumentów oraz produktów dotyczących realizacji przedmiotu Umowy w celu przeprowadzenia audytu prac Wykonawcy mającego na celu weryfikację zgodności sposobu działania Wykonawcy z Dokumentami Kontraktowymi, jakości prac i stanu zaawansowania prac. Audyt taki może być przeprowadzony przez Personel Zamawiającego lub osobę trzecią nie będącą konkurentem Wykonawcy.” oraz poprzez zmianę art. 5 ust. 8 pkt 2) i ustalenie następującego brzmienia: „2) Zamawiający oraz osoby działające na jego rzecz zobowiązani są zachować informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa Wykonawcy w poufności zgodnie z postanowieniami art. 10 Umowy ramowej, nie udostępniać informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa Wykonawcy oraz nie wykorzystywać informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa Wykonawcy w celu innym niż wyłącznie realizacja postanowień Umowy, a w przypadku podmiotów trzecich w celu innym niż wykonanie audytu prac Wykonawcy realizowanych w wykonaniu przedmiotu Umowy. Zamawiający zobowiązany jest podpisać z osobami działającymi na jego rzecz odpowiednie umowy o zachowaniu poufności”.

Nie podzielono argumentacji Odwołującego formułowanej w powyższym zakresie. Biorąc bowiem pod uwagę, że nie sposób odmawiać Zamawiającemu prawa do

przeprowadzenia audytu systemu, czego zresztą Odwołujący także nie kwestionuje, oznacza to także konieczność przeprowadzenia audytu przez odpowiednio profesjonalny podmiot. Zamawiający, uwzględniając obawy wyartykułowane przez Odwołującego, dokonał zmiany art. 5 ust. 7 Umowy, nadając mu treść: *„Wykonawca zobowiązany jest do udostępnienia Personelowi Zamawiającego oraz stronie trzeciej, działającej na rzecz i koszt Zamawiającego, żądanych informacji, dokumentów oraz produktów w celu przeprowadzenia audytu prac Wykonawcy mającego na celu w szczególności weryfikację zgodności sposobu działania Wykonawcy z Dokumentami Kontraktowymi, jakości prac, stanu zawansowania prac oraz zgodności wytwarzanych Rezultatów prac z Wymaganiami i standardami produkcyjnymi. Audyt taki może być przeprowadzony przez Personel Zamawiającego lub podmioty trzecie”*.

Tym samym, Zamawiający wprowadził postanowienia gwarantujące wykonawcom pewność, że sposób prowadzenia audytu nie będzie narażał wykonawcy na szkodę i ujawnienie istotnych informacji, a sam zakres audytu sprowadza się w istocie do sprawdzenia jakości wykonywanych prac oraz ich zgodności z wymaganiami stawianymi przez Zamawiającego.

Dostrzeżenia wymaga, że przy proponowanym przez Odwołującego brzmieniu spornego postanowienia nie sposób będzie uchwycić, kiedy podmiot dokonujący audytu jest konkurentem wykonawcy, a kiedy taka sytuacja nie występuje; każdorazowo będzie można twierdzić, że z momentem rozpoczęcia tego rodzaju zadania wykonawca jest uczestnikiem szeroko pojętego rynku informatycznego i mieści się w pojęciu „konkurenta Wykonawcy”.

Powyższe czyniło postawiony zarzut – nieuzasadnionym.

[14] W zakresie podniesionego w odwołaniu Asseco Poland SA w Rzeszowie zarzutu, wskazującego na niewłaściwe wymaganie obowiązku współdziałania przez Wykonawcę z Autorem innym niż Wykonawca lub też z Innymi wykonawcami [zarzut oznaczony w odwołaniu nr XXI]:

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że art. 4 Umowy reguluje obowiązki Zamawiającego. Postanowienia wzoru Umowy nie zawierają jednak, zdaniem Odwołującego, istotnej gwarancji, której brak skutkować może w przyszłości niemożnością realizacji postanowień Umowy, a w konsekwencji nieważnością Umowy. Postanowienia Umowy bowiem wielokrotnie precyzują obowiązek współdziałania przez Wykonawcę z Autorem innym niż Wykonawca lub też z Innymi wykonawcami, a wręcz wprost wskazują, iż realizacja przez Wykonawcę prac stanowiących przedmiot Umowy będzie dotyczyła

Produktów (rezultatów prac) osób trzecich, w tym w szczególności Autorów innych niż Wykonawca oraz Innych wykonawców, które to rezultaty są wykorzystywane przez Zamawiającego lub funkcjonują u Zamawiającego. Przesądza o tym definicja KSI ZUS: *„Kompleksowy System Informatyczny Zakładu Ubezpieczeń Społecznych - system informatyczny ZUS, na który składa się zgodny ze strukturą organizacyjną ZUS hierarchiczny układ powiązanych w sieci rozległej lokalnych podsystemów jednostek organizacyjnych ZUS, eksploatujących odpowiednio skonfigurowany sprzęt komputerowy z zainstalowanym oprogramowaniem systemowym, narzędziowym i użytkowym oraz bazami danych, zdolnych do gromadzenia, agregowania, przetwarzania i przesyłania danych, stanowiący funkcjonalną całość w ramach której oprogramowanie użytkowe działa zgodnie z dokumentacją.”*

Jednocześnie, zdaniem Odwołującego, wzór Umowy nie formułuje gwarancji udostępnienia przez Zamawiającego efektów/rezultatów prac osób trzecich Wykonawcy, w celu umożliwienia Wykonawcy należytego wykonania postanowień Umowy. Zatem w Umowie występuje poważny brak - z jednej strony nakładane są na Wykonawcę obowiązki, z drugiej zaś - brak jest zapisów umownych, które umożliwiłyby Wykonawcy należyłą realizację tych obowiązków. Narusza to zasadę równości stron, zaś Zamawiający w ramach swobody umów tak ustanowił warunki umowne, że wręcz uniemożliwił Wykonawcy realizację Umowy. Przedmiotowe zaniechanie przez Zamawiającego umieszczenia w Umowie odpowiednich zapisów powoduje naruszenie art. 353¹ Kc w związku z art. 5 Kc [w związku z art. 14 i 139 Ustawy].

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ poprzez dodanie do Artykułu 6 nowego ust. 2' w brzmieniu: *„2'. Zamawiający zapewnia, iż korzystanie przez Wykonawcę, jak również dostęp Wykonawcy do Oprogramowania osób trzecich, Oprogramowania standardowego, Oprogramowania wspomagającego zarządzanie IT, Narzędzi wspomagających zarządzanie IT, Dokumentacji autorskiej, Dokumentacji Zamawiającego oraz innych Produktów w zakresie opisanym w Umowie, w jakim jest to niezbędne do wykonania lub należytego wykonania postanowień Umowy, nie będzie naruszać jakichkolwiek osobistych lub majątkowych praw osób trzecich, w szczególności praw autorskich, praw patentowych lub tajemnicy przedsiębiorstwa. W przypadku zgłoszenia przez osoby trzecie roszczeń opartych na zarzucie, że korzystanie z jakiegokolwiek Produktu przez Wykonawcę narusza prawa własności intelektualnej przysługujące tym osobom, w szczególności prawa autorskie, tajemnicę przedsiębiorstw lub prawa patentowe, Wykonawca poinformuje Zamawiającego o takich roszczeniach, a Zamawiający podejmie niezbędne działania mające na celu zażegnanie sporu i poniesie w związku z tym wszelkie koszty z tym związane. W szczególności, w przypadku wytoczenia, w związku z tym*

przeciwko Wykonawcy powództwa z tytułu naruszenia praw własności intelektualnej, Zamawiający wstąpi do postępowania w charakterze strony pozwanej, a w razie braku takiej możliwości wystąpi z interwencją uboczną po stronie pozwanej oraz pokryje wszelkie z tym związane koszty i odszkodowania, w tym potwierdzone prawomocnym wyrokiem sądu koszty obsługi prawnej zasądzone od Wykonawcy."

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający, który w ramach zamówienia oczekuje dokonania modyfikacji i rozbudowy oprogramowania Kompleksowego Systemu Informatycznego, stworzonego przez wiele lat w ramach różnych umów przez różnych wykonawców bierze odpowiedzialność za udostępnienie przedmiotu, na którym będzie realizowane zadanie. Zamawiający oświadczył w odpowiedzi na odwołanie, że posiada wiele umów zawartych z różnymi wykonawcami, w których regulowane są zagadnienia dotyczące korzystania z utworów wytworzonych przez tych wykonawców. Zamawiający podał również, że ewentualne naruszenie przez Zamawiającego tych praw będzie rozstrzygane na podstawie zawartych umów. Oznacza to zatem tyle, że w zakresie ewentualnych roszczeń podmiotów w związku z wkroczeniem w sferę przysługujących im uprawnień z tytułu wytworzenia utworów składających się na Krajowy System Informatyczny, które dotyczyć będą naruszenia przez Zamawiającego tych praw, zastosowanie znajdą uregulowania umowne między Zamawiającym a uprawnionymi z tych praw. Zamawiający, podejmując decyzję o przeprowadzeniu przedsięwzięcia, jakim jest modyfikacja i rozbudowa systemu informatycznego, w celu realizacji tego zadania, obowiązany jest przy tym udostępnić pole do jego realizacji, trudno zresztą wyobrazić sobie wykonanie tego zadania bez współdziałania Zamawiającego [to jest czytelnie wkomponowane w charakterystykę tego postępowania, poprzez wprowadzenie mechanizmów opartych na metodykach zarządzania projektami]. Oznacza to zatem, że wykonawcy nie są zobligowani do podejmowania porozumień z innymi podmiotami, którym przysługują uprawnienia w związku z wytworzeniem elementów tego systemu, dotyczącego go dokumentacji, w celu realizacji zamówienia, jeśli będzie to niezbędne do wykonania zadania. Przekazanie przedmiotu, na którym realizowane będzie zadanie – udostępnienie ze wszelkimi konsekwencjami systemu w celu dokonywania jego modyfikacji i rozbudowy, leży po stronie zamawiającego, a ewentualne wkroczenie przez wykonawców tego zamówienia w sferę uprawnień podmiotów trzecich, które wytworzyły elementy systemu pozostaje – zgodnie z deklaracją Zamawiającego – do rozstrzygnięcia w płaszczyźnie uregulowań umownych między Zamawiającym a tymi podmiotami.

Stąd wyrażone w ramach postawionego zarzutu obawy co do ewentualnych roszczeń, wydają się być nieuzasadnione.

Dostrzeżenia przy tym wymaga, że żądanie wyartykułowane w związku z postawionym w tej mierze zarzutem, nawiązujące między innymi do zobligowania Zamawiającego do wstąpienia do postępowania w charakterze strony pozwanej, a w razie braku takiej możliwości wystąpienia z interwencją uboczną po stronie pozwanej oraz pokrycia wszelkich z tym związane kosztów i odszkodowań, w tym potwierdzonych prawomocnym wyrokiem sądu kosztów obsługi prawnej zasądzonych od Wykonawcy, regulowane są zasadniczo przepisami procedury cywilnej, niezależnie od ewentualnych postanowień umowy w tym zakresie.

Powyższe przemawiało za nieuznaniem zasadności podniesionego w tej mierze zarzutu.

[15] W odniesieniu do podniesionego w odwołaniu Asseco Poland SA w Rzeszowie zarzutu dotyczącego zakresu pól eksploatacji [zarzut oznaczony w odwołaniu nr XXII]:

Odwołujący podniósł, że art. 8 Umowy reguluje stosunki pomiędzy stronami w zakresie dotyczącym praw autorskich w rozumieniu Ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Całkowicie zrozumiałą dla Odwołującego jest potrzeba Zamawiającego zapewnienia sobie „władztwa” nad produktami dostarczonymi w ramach realizacji postanowień Umowy, zapewnienie prawa do korzystania i modyfikowania w zakresie, jaki jest niezbędny do prowadzenia działalności przez Zamawiającego zdefiniowanej przepisami prawa i Statutem Zamawiającego. Zapewnienie „władztwa” niewątpliwie służy zarówno zapewnieniu bezpieczeństwa działania Zamawiającego, ale także „niezależnieniu” się od wykonawców. Odwołujący zwrócił uwagę, iż postanowienia art. 8 wykraczają znacząco poza uregulowania dotyczące zapewnienia skutecznego prawa do korzystania i modyfikowania w związku z prowadzoną działalnością. Zastosowana przez Zamawiającego konstrukcja „narusza” właścicielskie ramy autorskich praw majątkowych chroniących Wykonawcę i jemu służących i w ocenie Odwołującego jest absolutnie nieuzasadniona. Postanowienia ust. 2: ppkt 1) d) i e) w odniesieniu do utworów utrwalonych w formie dokumentów, ppkt 2) d) w odniesieniu do programów komputerowych, oraz - ppkt 3) w odniesieniu do Kodów źródłowych oprogramowania, zapewniają Zamawiającemu prawo nie tylko do uzasadnionego wykorzystywania Produktów autorstwa Wykonawcy w ramach prowadzonej działalności i w celu prowadzenia działalności, ale zapewniają także Zamawiającemu prawo do wszelkich form rozporządzania przedmiotem prawa autorskiego, również w celach komercyjnych. Zapisy wyraźnie wskazują więc na wolę Zamawiającego, którą jest nie tylko wspomaganie bieżącej działalności, ale również rozporządzanie utworem w bliżej nieokreślonym celu, w tym w celach komercyjnych. Dodatkowo, w ocenie Odwołującego kompletnie nieuzasadnione jest rozszerzenie zakresu

podmiotowego praw autorskich na osoby trzecie, co przewiduje Art. 8 ust.3. Przeniesienie autorskiego prawa majątkowego przez Wykonawcę na Zamawiającego w opisanym zakresie, jak również na osobę trzecią stanowi narażenie Wykonawcy na nierzacowną, w tym momencie, szkodę. Wykonawca „otwiera” bowiem swoją „własność”, z której czerpie dochody, której produkcja, rozwój i utrzymanie jest źródłem dochodu Wykonawcy, pozbawiając się tym samym źródła tego dochodu. Przeniesienie praw autorskich w opisanym zakresie powoduje bowiem, iż potencjalny kontrahent będzie miał dostęp do Produktu w wyniku udostępnienia go przez Zamawiającego. Tak szeroki zakres prawa, które zastrzega Zamawiający, jako zakres do przeniesienia dodatkowo „uderza” w zagadnienia związane z ochroną know-how Wykonawcy i jego tajemnicy przedsiębiorstwa. Informacje wrażliwe dla Wykonawcy tracą w tym momencie swoją ochronę. Ponadto Odwołujący wskazuje na błąd postanowienia ust. 2, który nie definiuje zamkniętego katalogu pól eksploatacji, podczas gdy przepisy Art. 41 ust. 2. i ust 4 ustawy o prawach autorskich i prawach pokrewnych wyraźnie wskazują, iż umowa o przeniesienie autorskich praw obejmuje pola eksploatacji wyraźnie w niej wymienione oraz że umowa może dotyczyć tylko pól eksploatacji, które są znane w chwili jej zawarcia. Odwołujący wskazuje również, iż niemożliwe jest przyjęcie przez Wykonawcę zobowiązania opisanego w ust.12. Przedmiotowe postanowienie ustala minimalne zasady licencjonowania utworów autorstwa osób trzecich do których Wykonawca nie posiada praw autorskich. Zapis jest nieuzasadniony i w ocenie Odwołującego błędny. Nie jest możliwe wprowadzenie „uniwersalnych” zasad korzystania z Produktu, więc żądanie w tym zakresie wydaje się nieracjonalne. Zasady licencjonowania Produktów osób trzecich są i będą określane przez te osoby trzecie. Wykonawca będzie zatem mógł „przenieść” (udzielić) na Zamawiającego tylko takie prawa i obowiązki jakie ustali osoba trzecia - autor Produktu. Postanowienie ust.13 ustala gwarancję odpowiedzialności Wykonawcy za naruszenie praw osób trzecich. Odwołujący oczywiście potwierdza zasadność udzielenia takiej gwarancji i w tym zakresie objęcie ochroną, jednakże jest możliwe wyłącznie w odniesieniu do Rezultatów prac, których Odwołujący jest Autorem.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ, poprzez zmianę Umowy w zakresie Artykułu 8 poprzez zmianę ust. 1, 2, 3, 12 i ust. 13. i ustalenie następującego brzmienia: *„1. W przypadku wytworzenia przez Wykonawcę, w wyniku realizacji Umowy, programów komputerowych wchodzących w skład lub modyfikujących Oprogramowanie użytkowe lub wytworzenia dokumentów wchodzących w skład lub modyfikujących Dokumentację Zamawiającego, Wykonawca przenosi na Zamawiającego, autorskie prawa majątkowe do tych programów komputerowych i Dokumentacji, z dniem ich zaakceptowania przez Zamawiającego, bez ograniczenia, co do czasu lub terytorium,*

w zakresie i na polach eksploatacji określonych w ust. 2.

2. Przeniesienie autorskich praw majątkowych dotyczy wszystkich Produktów wytworzonych lub zmodyfikowanych w toku realizacji Umowy (w tym dokumentów, programów komputerowych w dowolnej formie utrwalenia, kodów źródłowych, skryptów, plików konfiguracyjnych, scenariuszy testowych, danych testowych etc.) i obejmuje nieograniczone w czasie oraz nieograniczone terytorialnie korzystanie z Produktów, na następujących polach eksploatacji:

1) w odniesieniu do utworów utrwalonych w formie dokumentów:

a) wykorzystywanie w działalności prowadzonej przez Zamawiającego bez jakichkolwiek ograniczeń,

b) utrwalanie i zwielokrotnianie utworu w całości lub części, wytwarzanie dowolną techniką egzemplarzy utworu, w tym techniką drukarską, reprograficzną, zapisu magnetycznego oraz techniką cyfrową, przechowywanie, wyświetlanie utworu,

c) tłumaczenie, przystosowywanie, zmiana układu lub jakiegokolwiek inne zmiany w utworze,

d) wprowadzanie do obrotu, użyczenie, najem, dzierżawa oryginału lub egzemplarzy, na których utwór utrwalono, upoważnianie innych osób do wykorzystywania w całości lub części utworu lub jego kopii z wyłączeniem działalności komercyjnej Zamawiającego w tym zakresie.

Przez działalność komercyjną, Strony rozumieją: udostępnianie utworów innym podmiotom w celu uzyskania przez Zamawiającego lub inny podmiot przychodu z tytułu udostępniania tych utworów,

ii. udostępnianie utworów innym podmiotom komercyjnym w celu uzyskania przez Zamawiającego lub ten podmiot przychodu z tytułu działalności niezwiązanej z działalnością statutową ZUS lub innych instytucji sektora zabezpieczenia społecznego.

iii. Działalnością komercyjną Zamawiającego nie są przypadki udostępniania utworów podmiotom trzecim w celu odpłatnego wykonywania przez te podmioty usług na zlecenie i na rzecz Zamawiającego, w tym w szczególności związanych z wykonywaniem przez Zamawiającego autorskich praw majątkowych do utworów oraz udostępniania utworów podmiotom trzecim w wykonaniu obowiązku nałożonego przepisami prawa.

2) w odniesieniu do programów komputerowych:

a) wykorzystywanie w działalności prowadzonej przez Zamawiającego bez jakichkolwiek ograniczeń;

b) trwałe lub czasowe zwielokrotnianie w całości lub w części jakimikolwiek środkami i w jakiejkolwiek formie, w tym wprowadzanie do systemu informatycznego, pamięci komputerów, sieci komputerowych, odtwarzanie, utrwalanie, przechowywanie, wyświetlanie, sporządzanie kopii;

c) tłumaczenie, przystosowywanie, zmiany układu oraz wprowadzanie jakichkolwiek innych zmian w programie komputerowym;

d) rozpowszechnianie, użyczenie, najem, dzierżawa, upoważnianie innych osób do wykorzystywania w całości lub części programów komputerowych lub ich kopii z wyłączeniem działalności komercyjnej Zamawiającego w tym zakresie.

Przez działalność komercyjną, Strony rozumieją:

udostępnianie programów komputerowych innym podmiotom w celu uzyskania przez Zamawiającego lub inny podmiot przychodu z tytułu udostępniania tych programów komputerowych,

ii. udostępnianie programów komputerowych innym podmiotom komercyjnym w celu uzyskania przez Zamawiającego lub ten podmiot przychodu z tytułu działalności niezwiązanej z działalnością statutową Zamawiającego lub innych instytucji sektora zabezpieczenia społecznego.

iii. Działalnością komercyjną Zamawiającego nie są przypadki udostępniania programów komputerowych podmiotom trzecim w celu odpłatnego wykonywania przez te podmioty usług na zlecenie i na rzecz Zamawiającego, w tym w szczególności związanych z wykonywaniem przez Zamawiającego autorskich praw majątkowych do tego oprogramowania oraz udostępniania programów komputerowych lub utworów podmiotom trzecim w wykonaniu obowiązku nałożonego przepisami prawa.

3) w odniesieniu do Kodów źródłowych Oprogramowania dedykowanego wytworzonego lub zmodyfikowanego w toku realizacji Umowy na wszystkich polach eksploatacji określonych powyżej dla dokumentów i oprogramowania komputerowego oraz modyfikacji, kompilacji i łączenia, testowania, wdrażania, używania wytworzonego w ten sposób oprogramowania. Jeżeli Zamawiający po dokonaniu zmian w przekazanym kodzie źródłowym wprowadzi te zmiany do KSI ZUS bez pisemnej zgody ze strony Wykonawcy, Wykonawca będzie zwolniony z odpowiedzialności za jakiegokolwiek nieprawidłowości KSI ZUS. W takim przypadku usuwanie skutków błędów w Oprogramowaniu użytkowym lub awarii w funkcjonowaniu KSI ZUS, powstałych w wyniku wprowadzonych przez Zamawiającego zmian w kodzie źródłowym, będzie wykonywane przez Wykonawcę na podstawie odrębnych Zleceń."

3. *Zamawiający może wykonywać autorskie prawa majątkowe samodzielnie."*

„12. W odniesieniu do dostarczanych programów komputerowych i dokumentacji, do których Wykonawcy nie przysługują autorskie prawa majątkowe, o ile Strony nie postanowią inaczej w Umowie wykonawczej, Wykonawca zobowiązany jest w ramach wynagrodzenia z tytułu Umowy wykonawczej udzielić lub zapewnić udzielenie licencji lub sublicencji na korzystanie z tych programów komputerowych i dokumentacji w zakresie ustalonym przez licencjodawcę.

13. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za roszczenia osób trzecich związanych z naruszeniem autorskich praw majątkowych do Rezultatów prac (utworów) autorstwa Wykonawcy powstałych w wyniku realizacji Umowy wykonawczej i zobowiązuje się do zaspokojenia wszelkich roszczeń z tym związanych, na następujących zasadach:

1) W zakresie dopuszczonym prawem Wykonawca podejmie obronę Zamawiającego (przystąpi do postępowania po jego stronie) w przypadku zgłoszenia przez osobę trzecią przeciwko Zamawiającemu roszczenia z tytułu naruszenia przez utwory dostarczone na podstawie Umowy wykonawczej chronionego know-how, patentów, praw ochronnych do wzoru

2) Jeżeli dostarczone produkty wytworzone przez Wykonawcę faktycznie naruszają będą prawa osób trzecich, Wykonawca niezwłocznie przystąpi do ich modyfikacji w sposób pozwalający na ich dalsze wykorzystywanie przez Zamawiającego bez naruszania prawa osób trzecich lub uzyska dla Zamawiającego na swój koszt odpowiednią licencję na produkty dotknięte naruszeniem a także w terminie uzgodnionym z Zamawiającym pokryje odszkodowania, które w związku z powyższymi roszczeniami osób trzecich zostały zasądzone od Zamawiającego prawomocnym wyrokiem."

Odwołujący końcowo wskazał, że art. 8 ust. 13 „dubluję" postanowienie art. 5 ust.3 pkt 1, w związku z czym wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ poprzez zmianę Umowy w zakresie wykreślenia art. 5 ust. 3 pkt 1). i odpowiednią zmianę numeracji kolejnych punktów rozpoczynając od pkt 1).

Zarzut nie zasługuje na akceptację. Jak wielokrotnie wskazuje się w orzecznictwie, zarówno sądowym jak i Krajowej Izby Odwoławczej, wyłącznie uprawnionym do kształtowania i wyrażania potrzeb, jakie mają być zaspokojone w wyniku realizacji zamówienia publicznego, jest Zamawiający. Nie jest rzeczą wykonawcy kwestionowanie zasadności określonych wymagań stawianych przez Zamawiającego wobec przedmiotu zamówienia, jeśli nie prowadzą one do uznania naruszenia zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Dokonanie opisu przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem potrzeb podmiotu zamawiającego jest jego wyłączną domeną. Wykonawca

nie ma podstaw do ich kwestionowania, nawet jeżeli uzna je za nieracjonalne lub przedwczesne. Zamawiający ma bowiem prawo do określenia przedmiotu dostawy w taki sposób, który uzna za adekwatny do jego potrzeb. Racjonalność wydatkowania środków publicznych określa ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 157, poz. 1240 z późn. zm.). Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera regulacji w powyższym zakresie, a tylko w takim kontekście należy rozpatrywać kwestionowanie przez Odwołującego wymagań Zamawiającego w powyższej sprawie.

Tym samym, jeśli Zamawiający objął zakresem przedmiotu zamówienia przeniesienie autorskich praw majątkowych na określonych przez siebie polach eksploatacji, w określonym zakresie, to rzeczą wykonawcy jest sprostać takim wymaganiom. Nie sposób w powyższej mierze dopatrzeć się naruszenia ani ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, ani innych, wskazanych w odwołaniu przepisów: art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, art. 29 ust. 1 – 2, art. 36 ust. 1, art. 139, art. 140, art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również art. 5, art. 58, art. 353¹, art. 387 ust. 1 Kc. Odwołujący, w zakresie podniesionej argumentacji nie sprostął obowiązkowi wykazania naruszenia któregokolwiek z przepisów, co przemawiało za nieuwzględnieniem tego zarzutu.

Końcowo zaakcentowania wymaga ogólne spostrzeżenie, znajdujące aktualność do obu odwołań i większości podnoszonych zarzutów, sprowadzających się do próby wykazania przez Zamawiającego zasad ogólnych wyrażonych w art. 65 Kc oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także 353¹ Kc. Otóż przyjęcie, iż doszło do zachwiania równości stron stosunku cywilnoprawnego w rozumieniu art. 353¹ Kc, poprzez naruszenie zasady swobody umów nie powoduje samoistnie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i tym bardziej nie sposób doszukać się jego wpływu na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy. Należy w tym miejscu wskazać, iż do samoistnego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dochodzi niezmiernie rzadko. Ponadto wymaga to wykazania, iż jednocześnie dochodzi do zróżnicowania pozycji danego wykonawcy na skutek naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i naruszenia zasady uczciwej konkurencji. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazali, iż tylko na nich Zamawiający narzucił niewspółmiernie wysokie wymagania w zakresie wysokości i podstawy kar umownych, czy w odniesieniu do przeniesienia uprawnień z zakresu autorskich praw majątkowych. Każdy wykonawca znajdujący się w identycznej sytuacji faktycznej będzie zmuszony uwzględnić te same okoliczności składając w postępowaniu ofertę. Wpływ postanowień umowy [w tym wypadku umowy ramowej, regulującej przecieź w sposób ogólny zasady zawierania umów wykonawczych] na zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji [art. 7 ust. 1 ustawy] winien być oceniany z zachowaniem ostrożności i przy uwzględnieniu

bezpośredniego wpływu tych postanowień na sporządzenie ofert i przebieg samych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. O naruszeniu zasad udzielania zamówień publicznych lub innych przepisów ustawy wskutek określonego sporządzenia SIWZ oraz wzoru umowy, w tym wypadku terminów realizacji, można mówić w przypadku, gdy istnieje bezpośrednie lub pośrednie przełożenie pomiędzy tymi wymaganiami a możliwością ubiegania się wykonawcy o zamówienie na równi z innymi wykonawcami, znajdującymi się w identycznej sytuacji prawnej i faktycznej. Tego rodzaju elementy, jak ponoszone w odwołaniach wymagają jedynie odpowiedniego nakładu środków i pracy celem należytego wykonania zamówienia. Zatem jeżeli wymagania wynikające z dokumentacji postępowania wymagają większej staranności w toku jej realizacji i uwzględnienia tych wymagań w cenie ofertowej to nie sposób ich powiązać z obiektywnym brakiem możliwości udziału w postępowaniu, w tym udziałem na zasadach zapewniających równe traktowanie wykonawców i zapewnienie zasad uczciwej konkurencji. Udział taki może być nieracjonalny ze względów ekonomicznych, który to jednak interes wykonawcy nie jest przedmiotem ochrony w ustawie Prawo zamówień publicznych. W tym miejscu Izba wskazuje na tezę zawartą w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 314/11), w którym zostało wskazane, że: *„Podkreślić należy, iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353¹ k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy”*. W tym miejscu Izba wskazuje również na wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r. (sygn. akt X Ga 67/08), w uzasadnieniu którego zostało wskazane, że: *„Skarżący kluczowym zarzutem skargi czyni zarzut naruszenia normy art. 353¹ k.c. statuującej zasadę swobody umów i równouprawnienia stron stosunku obligacyjnego. W ocenie Skarżącego za niedozwolone na gruncie powołanego przepisu należy uznać rażąco nierównomierne obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontraktowym i jednostronne określanie przez Zamawiającego zakresu uprawnień i obowiązków stron umowy. Od razu nasuwa się doniosłe praktyczne pytanie o zakres kontraktowej swobody stron stosunku prawnego nawiązanego wskutek udzielenia zamówienia publicznego. Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju*

ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353¹ k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę”.

Z powyższego wynika również, iż w kwestii postanowień umowy w ramach zamówień publicznych, interes publiczny, który reprezentuje zamawiający przeważa nad interesem wykonawców. Izba wskazuje, iż wykonawca w takim wypadku, w części podlegającej wyłącznej dyspozycji Zamawiającego [przedmiot świadczenia, warunki wykonania zamówienia] nie ma w zasadzie wpływu na kształt zawieranej z Zamawiającym umowy, nie dokonuje jej negocjowania w sposób właściwy mechanizmom prawa cywilnego, lecz decyduje o ekwiwalentności świadczenia wzajemnego jakiego uzyskania oczekuje, kreując odpowiednie - w swojej ocenie - do tego przedmiotu i warunków wynagrodzenie.

Izba wskazuje ponadto na ekonomiczne znaczenie postanowień umowy. Jeżeli bowiem postanowienia umowy łagodzą konsekwencje ryzyk związanych z jej realizacją to wykonawca nie musi ich ujmować w cenie oferty. Jeżeli umowa nie zawiera postanowień łagodzących określone ryzyka zamawiający musi się liczyć z tym, iż zostaną one wkalkulowane w zaoferowaną przez wykonawcę cenę za realizację przedmiotu zamówienia. Wówczas zamawiający płaci za ryzyko uwzględnione przez wykonawcę. Zatem stawianie wykonawcom określonych wymagań na etapie realizacji umowy, które przedkładają się jedynie na ich wynagrodzenie i zwiększony nakład sił oraz środków na etapie realizacji zamówienia, nie ogranicza uczestnikom postępowania możliwości samego uczestnictwa w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Każdy wykonawca mając świadomość obowiązków wynikających z treści umowy może ocenić, czy jest w stanie należycie zrealizować zobowiązanie z niej wynikające oraz ocenić jakie koszty są z tymi wymaganiami związane. Kalkulowanie wynagrodzenia jest bowiem wyłączną domeną wykonawcy.

Powyższe determinowało uznanie, że powyższy zarzut również nie zasługiwał na uwzględnienie.

[16] W odniesieniu do podniesionego w odwołaniu Asseco Poland SA w Rzeszowie zarzutu, wskazującego na zaniechanie zastosowania w umowie ramowej klauzuli waloryzacyjnej [zarzut oznaczony w odwołaniu nr XXIII]:

Odwołujący podał, że postanowienie art. 12 ust. 4 Umowy określa wynagrodzenie Wykonawcy w kwocie brutto, nie wskazując na kwoty netto oraz stawkę podatku VAT.

W ocenie Odwołującego, zapis taki przenosi na Wykonawcę ciężar finansowy zmiany stawki podatku VAT w trakcie realizacji Umowy. Zamieszczenie przedmiotowego zapisu w SIWZ należy uznać za niezgodne z art. 5 KC (w związku z art. 14 i art. 139 Ustawy) działanie Zamawiającego, który czyni z uprawnienia do formułowania zapisów SIWZ użytek sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa oraz sprzeczny z zasadami współżycia społecznego. Zgodnie z przepisem art. 5 KC takie działanie Zamawiającego nie korzysta z ochrony i nie jest uznawane za wykonywanie prawa. Co prawda zgodnie z przepisami Ustawy wynagrodzenie powinno być określone w kwotach brutto, jednak nic nie stoi na przeszkodzie, aby umowa określała także kwoty netto, stawki i kwoty podatku VAT oraz zawierała regulacje dotyczące zmiany stawki podatku VAT w okresie realizacji Umowy. Warto w tym miejscu wskazać, że obecnie obowiązująca stawka podatku VAT w wysokości 23% została wprowadzona wyłącznie na lata 2011 - 2013, zatem, jeśli nie zostaną wprowadzone nowe regulacje prawne, to już od 1 stycznia 2014 roku będzie obowiązywać podstawowa stawka podatku VAT w wysokości 22%. A zatem umieszczenie odpowiednich zapisów w Umowie, które dostosują realną wysokość wynagrodzenia brutto Wykonawcy do wysokości płaconego podatku VAT, leży także w interesie Zamawiającego. Wobec braku odpowiednich zapisów nie byłoby bowiem podstaw do zmniejszenia czy zwiększenia kwoty brutto wynagrodzenia o kwotę podatku VAT.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ, poprzez zmianę wzorca Umowy w zakresie Artykułu 12 poprzez:

- skreślenie w ust. 5 zdania: *„Zmiana stawek podatku VAT nie stanowi podstawy do zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy.”*,

- dodanie ust. 6 w następującym brzmieniu:

„6. Zamawiający, w trybie art. 144 ust. 1 ustawy o zamówieniach publicznych przewiduje możliwość zmian postanowień zawartej Umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, w przypadku zmiany ustawowej stawki VAT. Jeśli zmiana stawki VAT będzie powodować zwiększenie kosztów wykonania umowy po stronie Wykonawcy, wynagrodzenie brutto Wykonawcy ulegnie zwiększeniu o kwotę równą różnicy w kwocie podatku zapłaconego przez Wykonawcę. Jeśli zmiana stawki VAT będzie

powodować zmniejszenie kosztów wykonania umowy po stronie Wykonawcy, wynagrodzenie brutto Wykonawcy ulegnie zmniejszeniu o kwotę równą różnicy w kwocie podatku zapłaconego przez Wykonawcę."

Biorąc pod uwagę postawiony zarzut, podkreślenia wymaga, że zastosowanie lub nie klauzuli waloryzacyjnej jest wyłącznie uprawnieniem Zamawiającego. Zamawiający mogą bowiem przewidzieć w postępowaniach, których celem jest zawarcie umowy o zamówienie publiczne, możliwość zastosowania odpowiednich klauzul waloryzacyjnych. Do umów w sprawie zamówień publicznych, w myśl art. 139 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego. Zgodnie zaś z treścią art. 358¹ § 2 Kc, strony mogą zawrzeć w umowie, że wysokość świadczenia pieniężnego zostanie ustalona według innego niż pieniądź miernika wartości. Zamawiający nie ma obowiązku wkomponowywania w postępowanie o zamówienie takich postanowień umownych, które być może są pożądane i właściwe, z uwagi na okres trwania umowy i wynikające z tego ryzyka zmiany okoliczności, dla których zastosowania nie widzi potrzeby. Kształtowanie warunków umownych, w części w jakiej podlegają one pełnej dyspozycji Zamawiającego pozostaje w wyłącznej sferze decyzji Zamawiającego. Zamawiający wskazał w powyższej mierze, że umowa rozkłada rozliczanie wynagrodzenia ze składnikiem stanowiącym podatek od towarów i usług, w ten sposób, że ryzyko zmniejszenia stawki tego podatku ciąży na Zamawiającym, a ryzyko jej zwiększenia – na wykonawcy. Zamawiający przyjął zatem, że każda ze stron umowy ponosi wskazane ryzyka w takim samym zakresie, co mieści się w sferze dozwolonej obowiązującymi przepisami. Przytoczone przez Odwołującego okoliczności, nawiązujące do otoczenia prawnego i podatkowego oraz przewidywań co do stawki podatku od towarów i usług na 2014 r. [wysokiego prawdopodobieństwa, że od 1 stycznia 2014 r. będzie obowiązywać jako podstawowa stawka tego podatku 22 %, a zatem niższa niż obowiązujące do końca tego roku 23 %] obciążają Zamawiającego w kategorii finansowej, mogą być rozważane w sferze gospodarności, interesu ekonomicznego Zamawiającego, na który zresztą Odwołujący czytelnie zwrócił uwagę. Nie jest jednak rzeczą Krajowej Izby Odwoławczej ocena czynności Zamawiającego przez pryzmat innych kategorii, aniżeli powszechnie obowiązujące przepisy i wynikające z nich obowiązki. Celowość, czy racjonalność działania Zamawiającego, a także to, czy wprowadzone postanowienia SIWZ są korzystne lub nie dla Zamawiającego, albo czy realizują jego interes, nie mieści się w sferze kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Nie sposób bowiem w tym zakresie postawić Zamawiającemu zarzutu naruszenia jakiegokolwiek przepisu, w tym przypisanego przez Odwołującego naruszenia art. 5 Kc, w zw. z art. 14 i 139 ustawy Prawo zamówień publicznych.

[17] W zakresie podniesionego w odwołaniu Asseco Poland SA w Rzeszowie zarzutu dotyczącego art. 13 ust. 5 Umowy ramowej [zarzut oznaczony w odwołaniu nr XXIV]:

Przedmiotowe postanowienie art. 13 ust. 5 przewiduje, że *„Płatności będą realizowane w terminie 30 dni od daty doręczenia prawidłowo wystawionej faktury do siedziby Zamawiającego”*.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał, że mając na uwadze fakt, iż wynagrodzenie z tytułu realizacji postanowień Umowy obejmuje również wynagrodzenie z tytułu przeniesienia praw autorskich (postanowienia artykułu ust. 6), w sytuacji gdy ustalona jest zasada 30 dni od otrzymania faktury istnieje istotne ryzyko naruszenia przez Wykonawcę przepisu Art. 19 ust.13 pkt 9. Ustawy o podatku od towarów i usług (Ustawa o VAT). Przywołany przepis ustawy o VAT formułuje maksymalny termin, z jakim może zostać wystawiona faktura VAT z tytułu wynagrodzenia za przeniesienia praw autorskich i jest to termin 30 dni przed umówioną datą płatności.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ, poprzez zmianę wzorca Umowy poprzez zmianę Artykułu 13 ust. 5 i ustalenie następującego brzmienia: *„Płatności na rzecz Wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu Umowy dokonywane będą przelewem bankowym w terminie 20 dni od dnia doręczenia prawidłowo wystawionej faktury do siedziby Zamawiającego.”*

W powyższym zakresie dostrzeżenia wymaga, że postanowienie o analogicznym brzmieniu znalazło się już w ogłoszeniu z dnia 30 stycznia 2013 r. w sekcji III.1.2, gdzie podano: *„Płatność dokonywana będzie przelewem w terminie 30 dni od daty dostarczenia Zamawiającemu prawidłowo wystawionej faktury”*.

Okoliczność, że przedmiotem zamówienia będą objęte prawa autorskie musiała także być znana każdemu z wykonawców – wynika wprost z przedmiotu i zakresu zamówienia.

Powyższe oznacza, że wskazany zarzut postawiono z uchybieniem terminu do kwestionowania postanowień, których przedmiotem jest termin płatności - w świetle przepisu art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie wobec brzmienia ogłoszenia powinno być wniesione w terminie 10 dni od dnia jego publikacji.

Powyższe okoliczności skutkowały uznaniem, że nie potwierdziły się stawiane w każdym z dwóch odwołań, zarzuty.

Mając na względzie powyższe, oba odwołania podlegały oddaleniu.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Skład orzekający: