

Warszawa, dnia 30 listopada 2023 roku

Do:

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Zespół Opieki Zdrowotnej w Bolesławcu
ul. Jeleniogórska 4
59-700 Bolesławiec
email: sekretariat@szpitalboleslawiec.pl,
asulkowska@szpitalboleslawiec.pl
strona internetowa: www.szpitalboleslawiec.pl
tel.: + 48 75 738 02 25

Wnoszący odwołanie:

Abbott Laboratories Poland sp. z o.o.
ul. Postępu 21b
02-676 Warszawa
tel: + 48 (22) 319 13 52, + 48 (22) 319 13 53
faks: + 48 (22) 319 14 38
e-mail: przetargi.add@abbott.com
KRS: 38556
reprezentowany przez:
Marzenę Budyta

Znak sprawy u Zamawiającego: **46/PN/2023**.

Numer ogłoszenia: **2023/S 208-654106; 2023/S 217-684226; 2023/S 223-701560**.

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zespół Opieki Zdrowotnej w Bolesławcu.

Przedmiot zamówienia: sukcesywne dostawy odczynników do badań biochemiczno-immunochemicznych wraz z dzierżawą sprzętu laboratoryjnego i dwóch zintegrowanych systemów biochemiczno-immunochemicznych oraz wdrożenie systemu.

Główny kod CPV: 33696500 (odczynniki laboratoryjne).

ODWOŁANIE

I. Działając w imieniu Abbott Laboratories Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (**Abbott**), w oparciu o załączone pełnomocnictwo, na podstawie art. 513 punkt 1) i 2) Ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (**PZP**) **wnoszę odwołanie** wobec treści specyfikacji warunków zamówienia (**SWZ**), w tym Załącznika nr 8 do SWZ – projektu umowy (**Projekt Umowy**), w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia przekraczającej progi unijne na „*Sukcesywne dostawy odczynników do wykonywania badań biochemiczno-*

immunochemicznych, kalibratorów, materiałów kontrolnych i zużywalnych wraz z dzierżawą dwóch zintegrowanych systemów biochemiczno-immunochemicznych oraz wdrożenie systemu LIS, dostarczenie sortownika próbek biologicznych, dostarczenie chłodni laboratoryjnych, wirówek laboratoryjnych” dla Centrum Diagnostyki Laboratoryjnej w Zespole Opieki Zdrowotnej w Bolesławcu (Zamawiający), numer sprawy: 46/PN/2023.

II. Zamawiającemu **zarzucam:**

1. naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 PZP poprzez nie zawarcie w Projekcie Umowy postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy;
2. naruszenie art. 99 ustęp 1 i 4 PZP w zw. z art. 16 punkt 1 i 3 PZP oraz w zw. z art. 8 PZP i art. 484 i 485 Kodeksu cywilnego (**KC**) przez zastrzeżenie w § 7 Projektu Umowy rażąco wygórowanych kar umownych;
3. naruszenie art. 99 ustęp 1 i 4 PZP w zw. z art. 16 punkt 1, 2 i 3 PZP oraz w zw. z art. 455 i 433 punkt 4) PZP przez zastrzeżenie w § 9.9 Projektu Umowy, dyskrecjonalnej możliwości obniżenia przez Zamawiającego rozmiarów zamówienia o 50%;
4. naruszenie art. 99 ustęp 1 i 4 PZP w zw. z art. 16 punkt 1, 2 i 3 PZP oraz w zw. z art. 28 ust. 3 Rozporządzenia PE i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 roku w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (**RODO**) poprzez brak przewidzenia w dokumentacji przetargowej możliwości zawarcia niezbędnej umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych spełniającej szczegółowe wymogi z art. 28 RODO, podczas gdy wymogów tych nie spełnia § 11 Projektu Umowy.

III. **Wnoszę o** uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w dokumentacji przetargowej – zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania.

UZASADNIENIE

I. ABBOTT MA INTERES WE WNIESIENIU ODWOŁANIA

1. Abbott posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.
2. Abbott zamierza ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. W interesie Abbott jest, aby umowa zawarta z Zamawiającym w przypadku wygrania przetargu przez Abbott była zgodna z prawem.

II. ODWOŁANIE ABBOTT ZASŁUGUJE NA UWZGLĘDNIENIE

Zarzut 1 jest zasadny

3. Zgodnie z art. 439 ust. 1 PZP, Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.
4. Z kolei art. 439 ust. 2 PZP precyzuje jakie konkretnie w tym zakresie postanowienia powinna zawierać umowa.
5. Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu przetargowym (a zarazem przedmiotem Projektu Umowy) są dostawy. Zgodnie z SWZ, w tym z Projektem Umowy, umowa ma zostać

zawarta na okres do 36 miesięcy. Oznacza to, że Zamawiający jest zobligowany do stosowania art. 439 PZP, czyli do zawarcia w umowie postanowień dotyczących zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

6. Wbrew temu obowiązki Projekt Umowy nie zawiera takich postanowień. Tym samym SWZ jest niezgodny z art. 439 PZP i powinien zostać zmieniony we właściwy sposób, tak, aby uwzględnił wymogi wskazane w art. 439 PZP.

Zarzut 2 jest zasadny

7. W § 7 Projektu Umowy Zamawiający zastrzegł karę umowną rażąco wygórowaną, co stanowi naruszenie art. 99 ustępow 1 i 4 PZP w zw. z art. 16 punkt 1 i 3 PZP oraz w zw. z art. 8 PZP i art. 484 i 485 KC.
8. Zgodnie z art. 554 ustępow 1 punkt 2) PZP, Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy. Przepisy ustawy w rozumieniu art. 554 PZP oznaczają także ustawy inne niż PZP, w tym Kodeks cywilny:

Na tle regulacji art. 554 ust. 1 pkt 2 p.z.p. może rodzić się wątpliwość, czy na tej podstawie Izba jest władna orzec o niezgodności danego postanowienia umownego z przepisami ustawy w przypadku, gdy postanowienie to pozostaje w sprzeczności z przepisami innych ustaw niż komentowana ustawa.

Odpowiedź na to pytanie powinna być jednoznacznie pozytywna.¹

9. Postanowienia Projektu Umowy nie mogą zatem być sprzeczne z przepisami KC. Z kolei zgodnie z KC zastrzeżenie rażąco wygórowanej kary umownej oceniane na datę zawarcia umowy uzasadnia stwierdzenie jej nieważności ze względu na naruszenie ustawy:

Ubocznie należy wskazać na relację pomiędzy art. 484 § 2 k.c. i art. 58 § 2 k.c. **W piśmiennictwie przyjmuje się bowiem, że zastrzeżenie rażąco wygórowanej kary umownej oceniane na datę zawarcia umowy uzasadnia stwierdzenie jej nieważności** w całości lub w części z powodu sprzeczności z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 2 i § 3 k.c.), a powstałe na skutek okoliczności, które pojawiły się dopiero na etapie jej wykonywania, uzasadnia miarkowanie (art. 484 § 2 k.c.).²

10. W zamówieniach publicznych zastrzegane kary umowne są często nieracjonalne, arbitralne i w żaden sposób niepowiązane z wysokością rzeczywistego odszkodowania, którego surogatem ma być kara umowna. Zjawisko stosowania instytucji kar umownych w nieodpowiedni sposób w zamówieniach publicznych jest opisywane w doktrynie:

Doskonałym przykładem są umowy zawierane w ramach zamówień publicznych, gdzie **często trudno jest wskazać racjonalność sposobu ich naliczenia, współczynniki są bowiem dobierane w sposób przypadkowy, a wartości powstające z wyliczeń np. dni zwłoki pomnożonych przez określony procent wartości umowy są znacząco wygórowane w odniesieniu do całego przedmiotu umowy.**³

11. Podobnie w niniejszej sprawie, stawki kar umownych zaproponowane przez Zamawiającego są nieracjonalne, zupełnie przypadkowe, niepowiązane z rzeczywistą szkodą oraz rażąco wygórowane. Naruszają zatem art. 483 i 484 Kodeksu cywilnego.

¹ J. Jerzykowski, Komentarz do art. 554 PZP [w:] J. Jerzykowski, Odwołanie i skarga w zamówieniach publicznych. Artykuły 505–590 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX 2021.

² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2022 roku, sygnatura akt II CSKP 81/22.

³ R. Tanajewska, Komentarz do art. 483 KC [w:] J. Ciszewski, P. Nazaruk (red.), Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany, LEX 2023.

12. Jest tak ponieważ kary umowne z § 7.1a)-b) Projektu Umowy są naliczane za każdy dzień zwłoki (na marginesie należy wskazać, że w niektórych miejscach Projektu Umowy termin „zwłoka” jest stosowany zamiennie z terminem „opóźnienie”, co rodzi dodatkowe wątpliwości) w wysokości odpowiednio 2% lub 4% wartości partii niedostarczonego lub reklamowanego towaru. Przy takich karach umownych już kilkudniowa zwłoka doprowadzi do braku rentowności dostawy danej partii towaru dla każdego wykonawcy.
13. Zastrzeżona stawka nie ma przy tym związku z rzeczywistą szkodą Zamawiającego. Stąd Abbott proponuje zmianę wysokości stawek z 2% i 4% na 0,02% i 0,04% i doprecyzowanie, że chodzi o wartość *netto* towaru.
14. Rażąco wygórowana jest również kara umowna zastrzeżona w § 7.1e) Projektu Umowy. Zgodnie z tym postanowieniem, odstąpienie od umowy lub jej rozwiązanie przez którąkolwiek ze stron z powodu okoliczności, za które odpowiada Wykonawca wiąże się z karą umowną w wysokości 20% wartości niezrealizowanej części umowy brutto.
15. Stawkę powyższej kary umownej także ustalono w sposób nieracjonalny, przypadkowy, niepowiązany w żaden sposób z realną szkodą Zamawiającego lub jakimkolwiek innym mierzalnym kryterium.
16. Nałożenie kary z § 7.1e) Projektu Umowy nie ma również charakteru dyscyplinującego, ponieważ dotyczy ona sytuacji odstąpienia od umowy, a zatem jest nakładana po zakończeniu współpracy.
17. W związku z powyższym, Abbott wnosi o obniżenie wysokości stawki kary umownej z § 7.1e) Projektu Umowy z 20% do 10% i zmianę podstawy jej obliczenia z kwoty brutto, na kwotę netto.
18. W końcu, nieracjonalna i przypadkowa jest również wysokość całkowitego limitu kar umownych określona w § 7.2 Projektu Umowy. Limit ustalono na 50% wartości łącznego wynagrodzenia brutto.
19. W orzecznictwie wskazywano już, że kary umowne w wysokości około połowy całości należności z kontraktu są rażąco wygórowane. W wyroku z dnia 25 września 2013 roku, sygnatura akt VI Ga 173/13, Sąd Okręgowy w Rzeszowie stwierdził, że:

W ocenie Sądu w/w wysokość kary umownej (12.500 zł), w stosunku do wartości całego zobowiązania głównego (29.000 zł), wynosząc więc blisko połowę całego wynagrodzenia (43%), stanowiła zbyt znaczącą część wynagrodzenia powodów, biorąc także pod uwagę skomplikowany zakres zamówienia i czasookres zwłoki.
20. W niniejszej sprawie ustalenie limitu kar umownych na poziomie 50% łącznego wynagrodzenia brutto jest rażąco wygórowane. Nie ma w sprawie uzasadnienia dla tak wysokiego limitu kar umownych biorąc pod uwagę, że Wykonawca i tak odpowiada za szkodę w całości na gruncie § 7 Projektu Umowy. Abbott wnosi zatem o ustalenie limitu na poziomie 10 % wartości łącznego wynagrodzenia brutto.
21. Podsumowując, Abbott wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany § 7 Projektu Umowy w następujący sposób (zmiany zostały zaznaczone **na czerwono**):
 1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne za niewykonanie lub nienależyte wykonanie swoich zobowiązań umownych:
 - a) w przypadku dostarczenia towaru wadliwego lub nie dostarczenia towaru w terminie, wynikającym z zapisów § 3 lub § 6 niniejszej umowy - w wysokości **0,02 % wartości netto partii towaru, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki**, jeśli zwłoka trwała nie dłużej niż 7 dni roboczych i **0,04 % wartości netto nie dostarczonej partii towaru** za każdy następny dzień zwłoki. Jeżeli zwłoka będzie trwała dłużej niż 30 dni, to Zamawiający ma prawo do wypowiedzenia umowy w trybie natychmiastowym z winy Wykonawcy i zastosowania kary wynikającej z zapisu § 7 ust. 1 pkt

- d). Przed wypowiedzeniem umowy Zamawiający wezwie pisemnie Wykonawcę do należytego wykonania umowy;
 - b) za zwłokę w rozpatrzenia reklamacji **w wysokości 0,02 % od wartości netto reklamowanego towaru za każdy rozpoczęty dzień zwłoki**, jeśli zwłoka trwała nie dłużej niż 7 dni roboczych i **0,04 % wartości brutto wartości netto** reklamowanego towaru za każdy następny dzień zwłoki;
 - c) w przypadku nie złożenia w terminie informacji, wymaganych zapisami § 3 ust. 7 niniejszej umowy, w wysokości 100 zł za każdy przypadek, za każdy dzień zwłoki;
 - d) W przypadku, gdy wynik badania nie zostanie wydany w wymaganym terminie - z powodu:
 - braku dostaw z winy wykonawcy,
 - niesprawnego systemu informatycznego (dotyczy również wadliwie działającego systemu oraz archiwizacji wyników oraz wyników przesyłanych drogą elektroniczną do odbiorcy zewnętrznego),
 - niesprawnego przedmiotu zamówienia (np. analizatory, wirówka)
 - Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność odszkodowawczą za zaistniałą sytuację wobec osób trzecich
 - e) odstąpienie od umowy lub jej rozwiązanie przez którąkolwiek ze stron z powodu okoliczności, za które odpowiada Wykonawca **w wysokości 10 % wartości niezrealizowanej części umowy netto**;
2. Całkowita suma kar umownych naliczonych na podstawie umowy **nie może przekroczyć 10 % wartości łącznego wynagrodzenia brutto** określonego w Umowie.
22. W razie nieuwzględnienia powyższego wniosku, Abbott wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do zmiany Projektu Umowy w inny sposób tak, by przewidziane kary umowne nie były rażąco wygórowane.

Zarzut 3 jest zasadny

23. § 9.9 Projektu Umowy jest sprzeczny z ustawą.
24. Zgodnie z art. 99 ustęp 1 PZP, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z art. 99 ustęp 4 PZP, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.
25. Ponadto, zgodnie z art. 16 PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, przejrzysty oraz proporcjonalny.
26. § 9.9 Projektu Umowy z Załącznika nr 8 do SWZ nie spełnia powyższych wymogów. Zgodnie z tym postanowieniem:
- W przypadku niewyczerpania całkowitej wartości umowy określonej w § 4 przed upływem okresu, do którego umowa jest zawarta, na wniosek Zamawiającego do umowy mogą zostać wprowadzone zmiany polegające na zmianie terminu obowiązywania umowy tj. aż do momentu wykorzystania całkowitej wartości określonej w § 4 lub zakończenie umowy zgodnie w terminie obowiązywania umowy. **Zmniejszenie wartości przedmiotu umowy nie może przekroczyć 50% wartości całkowitej umowy.**
27. Nie sprecyzowano z jakiego powodu może dojść do niewyczerpania wartości umowy. Może to wynikać z całkowicie dyskrecjonalnej decyzji Zamawiającego. W przypadku niewyczerpania wartości umowy, Zamawiający może zatem dyskrecjonalnie obniżyć wartość zamówienia o 50%.
28. Tego typu uprawnienie jest zbyt daleko idącym odstępstwem od modelowego rozwiązania w zakresie zmiany umowy przewidzianego w art. 455 PZP. Wskazuje się tam, że zmiana jest dopuszczalna, jeśli przykładowo, Zamawiający napotkał okoliczności, których nie mógł przewidzieć działając z należyłą starannością.
29. W niniejszym postępowaniu Zamawiający chce zdjąć z siebie obowiązek należytej staranności

planowania zamówienia publicznego i skutki swoich ewentualnych niedopatrzeń przenieść na Wykonawcę. Takie działanie Zamawiającego nie zasługuje na ochronę prawną.

30. Kwestionowane postanowienie umowne nie jest przy tym uzasadnione okolicznościami sprawy. Zamawiający ma dostęp do historycznych wyników badań. Wie, ile badań było przeprowadzonych choćby w ostatnich 12 miesiącach, czy w ostatnich latach. Na tej podstawie z dokładnością większą niż 50% powinien określić swoje potrzeby.
31. Kwestionowane postanowienie narusza również zasady uczciwej konkurencji, ponieważ nie pozwala Abbott na przyjęcie jakichkolwiek racjonalnych założeń dotyczących marży, która będzie realizowana na przedmiotowym zamówieniu. Mówiąc obrazowo, inaczej marżę rozkłada się na zamówienie dotyczące 100 produktów, a inaczej na zamówienie dotyczące 50 produktów. W przypadku większych zamówień, Wykonawca może poczynić większe ustępstwa na marży za poszczególne towary. Ta właśnie przesłanka przesądza też o niezgodności takiego postanowienia Projektu Umowy z art. 99 ust. 1 PZP. Zgodnie z tym przepisem przedmiot zamówienia opisuje się w sposób **jednoznaczny, uwzględniając** wymagania i **okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty**. Opisanie przedmiotu zamówienia w ten sposób, że zamawiający może kupić 100% asortymentu ale równie dobrze może kupić 50% asortymentu, w żaden sposób nie może być uznane za jednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia. Takie opisanie przedmiotu zamówienia nie uwzględnia też okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wykonawcy jako przedsiębiorcy w pierwszej kolejności przy sporządzaniu oferty kierują się tym, jaką marżę zamierzają zrealizować na zamówieniu – ten parametr ma z reguły największy wpływ na sporządzenie oferty. Marża ta kształtuje się różnie w zależności od wolumenu dostaw do zamawiającego. Przy większej ilości planowanych dostaw przedsiębiorcy są gotowi obniżyć marżę na poszczególnych produktach stosując tzw. *volume discount*. Tym samym wskazanie, że Zamawiający zamówi towary za kwotę X, ale równie dobrze może zamówić towary za 50% kwoty X, nie pozwala wykonawcom prawidłowo uwzględnić kluczowej okoliczności mającej wpływ na kształt oferty.
32. Abbott nie może również zaplanować logistyki zamówień i dostarczania towaru wiedząc, że Zamawiający może dyskrecyjnie obniżyć wartość kontraktu. Przykładowo oferowane odczynniki zamawiane są w większych partiach i mają określoną datę przydatności. Trzeba je zamówić odpowiednio wcześniej i przygotować logistykę zamówień, magazynowania i dostaw. Abbott nie będzie wiedzieć, jak rozłożyć kolejność i wielkość własnych zamówień, tak by wypełnić wymogi Zamawiającego, który będzie mógł obniżyć wartość Zamówienia o połowę. Z drugiej strony, jeśli Abbott nie zamówi towaru, a Zamawiający nie obniży wartości umowy, Abbott może się opóźnić się z dostawą i wejść w spór z Zamawiającym, co do rażąco wygórowanych kar umownych (zob. zarzut II powyżej).
33. Ponadto, w niniejszej sprawie treść art. 433 punkt 4) PZP nie sprawia, że przedmiotowy zarzut Abbott podlega oddaleniu. Przepis ten przewiduje zasadę, zgodnie z którą Zamawiający może przewidzieć w umowie możliwość ograniczenia zakresu zamówienia o ile wskaże jego minimalną wartość lub wielkość świadczenia stron. Nie jest to jednak zasada niedoznająca wyjątków. Jeśli na przykład Zamawiający przewidziałby, że wartość gwarantowanego zamówienia wynosi 0,0023%, to wtedy takie postanowienie nie byłoby zgodne z PZP. Podobnie w niniejszej sprawie, biorąc pod uwagę okoliczności opisane wyżej, a w szczególności zupełną arbitralność stawki 50% i brak należytej staranności w planowaniu Zamawiającego, zaproponowane postanowienie umowne jest niezgodne z ustawą i powinno zostać zmienione.
34. W związku z powyższym, Abbott wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany § 9.9 Projektu Umowy w następujący sposób (zmiana została zaznaczona **na czerwono**):

W przypadku niewyczerpania całkowitej wartości umowy określonej w § 4 przed upływem okresu, do którego umowa jest zawarta, na wniosek Zamawiającego do umowy mogą zostać wprowadzone zmiany polegające na zmianie terminu obowiązywania umowy tj. aż do momentu wykorzystania

całkowitej wartości określonej w § 4 lub zakończenie umowy zgodnie w terminie obowiązywania umowy. Zmniejszenie wartości przedmiotu umowy nie może przekroczyć 20% wartości całkowitej umowy.

35. W razie nieuwzględnienia powyższego wniosku, Abbott wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do zmiany Projektu Umowy w inny sposób tak, by przewidziane w niej prawo do zmiany wartości całkowitej umowy było powiązane z okolicznościami, których Zamawiający działający z należytą starannością nie mógł przewidzieć.

Zarzut 4 jest zasadny

36. Zgodnie z art. 99 i 16 PZP, opis przedmiotu zamówienia powinien być wyczerpujący, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

37. Zgodnie z art. 28 RODO:

Przetwarzanie przez podmiot przetwarzający odbywa się na podstawie umowy lub innego instrumentu prawnego, które podlegają prawu Unii lub prawu państwa członkowskiego i wiążą podmiot przetwarzający i administratora, określają przedmiot i czas trwania przetwarzania, charakter i cel przetwarzania, rodzaj danych osobowych oraz kategorie osób, których dane dotyczą, obowiązki i prawa administratora.

38. Ponadto, art. 28 RODO ustanawia szczegółowe wymogi, które umowa przetwarzania musi spełnić. Wymogów tych nie spełnia § 11 Projektu Umowy (Załącznik nr 8 do SWZ). Zarazem z § 11 Projektu Umowy jednoznacznie wynika, iż przy wykonywaniu umowy dojdzie do powierzenia przetwarzania danych osobowych.

39. Mimo tego, Zamawiający nie przewidział w dokumentacji przetargowej możliwości zawarcia – wymaganej w okolicznościach sprawy – odrębnej umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych. Przykładowy wzór takiej umowy Abbott dołączył do pytań z dnia 21 listopada 2023 roku.

40. Umowa taka jest przy tym niezbędna, bowiem w razie wyboru Abbott (ale także w razie wyboru innego wykonawcy) w sprawie dojdzie do powierzeniu wykonawcy przetwarzania danych osobowych.

41. Do przekazywania danych do Abbott może dojść co najmniej w następujących dwóch scenariuszach, z których pierwszy jest typowym scenariuszem powierzenia, i to już wystarczy do uznania, że dochodzi do powierzenia:

- a. zdalny dostęp do pulpitu – Abbott może (za każdym razem po uzyskaniu zgody na połączenie) w ramach wykonywania usług serwisowych uzyskać zdalny dostęp do pulpitu komputera Zamawiającego, na którym są przechowywane dane pacjentów (w tym imiona, nazwiska, daty urodzenia, płeć itd.); w tym zakresie na pewno będzie dochodziło do powierzenia przetwarzania danych osobowych i będzie to typowy⁴ przypadek powierzenia, który wymaga zawarcia umowy powierzenia;
- b. fizyczny dostęp do komputera lokalnie u Zamawiającego przez serwisantów z Abbott – tutaj również za każdym razem będzie wymagana zgoda szpitala na dostęp do komputera, ale sam fakt, że takie czynności są objęte usługami serwisowymi świadczonymi przez Abbott, już przemawia za zawarciem umowy powierzenia;

42. W związku z powyższym, Abbott wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany dokumentacji przetargowej (SWZ lub Projektu Umowy) tak, aby jednoznacznie wskazywała na konieczność

⁴ Zob. np. K. Cieniak, Powierzenie przetwarzania danych osobowych, MOP 2019, Nr 9, str. 505, Legalis 2023.

zawarcia z Wykonawcą umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych.

III. KWESTIE FORMALNE

Abbott skorzystał terminowo z uprawnienia do zadania pytań Zamawiającemu

43. W dniu 21 listopada 2023 roku Abbott wystosował do Zamawiającego pytania dotyczące m.in. niezgodności treści dokumentacji przetargowej z ustawą. Zagadnienia objęte niniejszym odwołaniem nie zostały zmienione w dokumentacji przetargowej do dnia wniesienia odwołania.

Abbott wniósł odwołanie w terminie

44. Projekt Umowy został opublikowany w dniu 20 listopada 2023 roku.
45. Zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1 PZP, Abbott może wnieść odwołanie do Prezesa Izby w terminie 10 dni od dnia zamieszczenia dokumentu na stronie internetowej.
46. Niniejsze odwołanie zostało złożone w dniu 30 listopada 2023 roku, a więc w terminie 10 dni od dnia umieszczenia Projektu Umowy na stronie internetowej.
47. Abbott dochował zatem terminu do wniesienia odwołania.

W związku z powyższym, wnoszę jak w *petitum*.

Marzena Budyta
pełnomocnik

Załączniki:

- I. pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
- II. odpis pełny z KRS dotyczący Abbott Laboratories Poland sp. z o.o.;
- III. dowód uiszczenia wpisu;
- IV. potwierdzenie nadania kopii niniejszego pisma do Zamawiającego wraz z załącznikami.