

Sygn. akt: KIO 452/20
KIO 454/20

WYROK
z dnia 19 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:	Bartosz Stankiewicz
Członkowie:	Klaudia Szczytowska-Maziarz Monika Szymanowska
Protokolant:	Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 26 maja i 16 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 marca 2020 r. przez:

- A. wykonawcę **Asseco Poland S.A.** z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Olchowej 14 (35-322 Rzeszów) – sygn. akt KIO 452/20;
- B. wykonawcę **Comarch S.A.** z siedzibą w Krakowie przy ul. Jana Pawła II 39a (31-864 Kraków) – sygn. akt KIO 454/20

w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych** z siedzibą w Warszawie przy ul. Szamockiej 3, 5 (01-748 Warszawa),

przy udziale:

- A. wykonawcy **Comarch S.A.** z siedzibą w Krakowie przy ul. Jana Pawła II 39a (31-864 Kraków), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 452/20;
- B. wykonawcy **Asseco Poland S.A.** z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Olchowej 14 (35-322 Rzeszów), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 454/20

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 452/20 w części dotyczącej zarzutów podniesionych w pkt 3, 5, 7, 8, 9, 11, 14, 16, 17 i 18 uzasadnienia odwołania z powodu uwzględnienia odwołania w tej części przez zamawiającego oraz wobec niewniesienia sprzeciwu przez uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego;
2. Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 454/20 w części dotyczącej zarzutów podniesionych w pkt 1.3.1, 1.3.2, 1.4, 1.5.2, 1.5.3, 1.7. 1.8, 1.10, 2.1.2 i 6 uzasadnienia odwołania z uwagi na ich cofnięcie przez odwołującego na posiedzeniu i rozprawie oraz w części dotyczącej zarzutu podniesionego w pkt 5 uzasadnienia odwołania z powodu uwzględnienia odwołania w tej części przez zamawiającego przy niewniesieniu sprzeciwu przez uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego;
3. Uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 452/20 w części dotyczącej zarzutu podniesionego w pkt 2 uzasadnienia odwołania i nakazuje zamawiającemu:
 - 3.1 zmianę nazwy Załącznika 9 w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na *Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia*;
 - 3.2 wprowadzenie w Załączniku 9 do w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zmian polegających na:
 - a) określeniu dotychczasowej treści jako części A – *Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia na spełnienie warunków udziału w postępowaniu*;
 - b) wprowadzeniu części B – *Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, biorących udział w teście kompetencji*, zawierających następujące informacje:
 - i. dla testu kompetencji technicznych – imię i nazwisko takiej osoby, wskazanie jednostki zadaniowej lub jednostek zadaniowych oraz podstawę dysponowania;
 - ii. dla testu kompetencji biznesowych – imię i nazwisko takiej osoby oraz podstawę dysponowania;
 - 3.3 wskazanie w pkt 7.3.3.11 i 7.3.4.8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że:
 - a) udział w Testach kompetencji mogą brać wyłącznie osoby wskazane w części B Załącznika 9 do w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
 - b) w obiektywnie uzasadnionych przypadkach (np. choroba, zdarzenie losowe, rozwiązanie umowy będącej podstawą do dysponowania) Wykonawca jest

uprawniony do dokonania zmian w składzie zespołu wskazanego w części B Załącznika 9 do w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

3.4 dodanie Załącznika 13a do Umowy – *Osoby wskazane w części B Załącznika 9 do SIWZ*, jako punkt wyjścia zamawiający powinien przyjąć propozycję wzoru ww. załącznika podaną w pkt 4 str. 9 odwołania;

3.5 dodanie w Umowie w art. 5 nowego ustępu lub fragmentu o treści:

Jeżeli w okresie obowiązywania Dokumentów kontraktowych Wykonawca zamierza zmienić członka Personelu Wykonawcy wskazanego w Załączniku 13a, wówczas przynajmniej 14 dni przed dopuszczeniem do prac nowej osoby Wykonawca zobowiązany jest przedstawić Zamawiającemu jej imię, nazwisko oraz oświadczyć, że osoba ta posiada taką samą wiedzę jak osoba, którą ma zastąpić. Nowy członek Personelu Wykonawcy musi legitymować się wiedzą nie gorszą niż osoba zastępowana.

Zamawiający podda weryfikacji nowy skład Personelu w zakresie tych Jednostek zadaniowych lub kompetencji biznesowych, w których brała udział osoba, która została zastąpiona. Weryfikacja będzie miała na celu ustalenie, czy nowy skład zaliczy test kompetencji w zakresie jednostek zadaniowych lub kompetencji biznesowych, w których brały udział osoby, które zostały zastąpione. Zaliczenie testu jest warunkiem akceptacji zmiany składu personelu;

3.6 dodanie w Umowie w art. 8 ust. 1 pkt 8 i ust. 2 pkt 2 po słowach *Załączniku 13*, słów oraz *w Załączniku 13a*;

4. W pozostałym zakresie oddała odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 452/20;

5. Uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 454/20 w zakresie dotyczącym części zarzutów podniesionych w pkt 1.9 i 2.1.3 uzasadnienia odwołania, odnoszących się do odrzucenia oferty wykonawcy w sytuacji niespełnienia warunków przedstawionych w pkt 7.3.3.12 i 7.3.4.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nakazuje zamawiającemu usunięcie punktów 7.3.3.13 i 7.3.4.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

6. W pozostałym zakresie oddała odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 454/20

7. Kosztami postępowania odnośnie sprawy o sygn. akt KIO 452/20 obciąża wykonawcę **Asseco Poland S.A.** z siedzibą w Rzeszowie w części 7/8 oraz zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych** z siedzibą w Warszawie w części 1/8 i:

7.1 zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Asseco Poland S.A.** z siedzibą w Rzeszowie tytułem wpisu od odwołania;

- 7.2 zasądza od wykonawcy **Asseco Poland S.A.** z siedzibą w Rzeszowie na rzecz zamawiającego **Zakładu Ubezpieczeń Społecznych** z siedzibą w Warszawie kwotę 1 275 zł 00 gr (słownie: tysiąc dwieście siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
8. Kosztami postępowania odnośnie sprawy o sygn. akt KIO 454/20 obciąża wykonawcę **Comarch S.A.** z siedzibą w Krakowie w części 7/8 oraz zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych** z siedzibą w Warszawie w części 1/8 i:
- 8.1 zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Comarch S.A.** z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania;
- 8.2 zasądza od wykonawcy **Comarch S.A.** z siedzibą w Krakowie na rzecz zamawiającego **Zakładu Ubezpieczeń Społecznych** z siedzibą w Warszawie kwotę 825 zł 00 gr (słownie: osiemset dwadzieścia pięć złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 452/20

KIO 454/20

Uzasadnienie

Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie zwany dalej: „zamawiającym”, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej: „Pzp”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (KSI ZUS) (znak sprawy: TZ/271/65/19), zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 lutego 2020 r., pod numerem 2020/S 037-087769.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Sygn. akt KIO 452/20

W dniu 2 marca 2020 r. wykonawca Asseco S.A. z siedzibą w Rzeszowie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami Pzp czynności zamawiającego polegającej na sformułowaniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) z naruszeniem przepisów prawa.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 29 ust. 1 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia, w tym obowiązków wykonawcy w sposób niejednoznaczny, niewystarczający, niepełny, niejasny, który uniemożliwia przygotowanie oferty;
2. art. 29 ust. 1 Pzp przez zaniechanie podania w SIWZ wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;
3. art. 29 ust. 2 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez opisanie obowiązków wykonawcy w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencją;
4. art. 91 ust. 2c i 2d Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez określenie pozacenowych kryteriów oceny ofert w sposób niepowiązany z przedmiotem zamówienia i w sposób uniemożliwiający ich należyłą weryfikację oraz z naruszeniem zasady przejrzystości;
5. art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego (zwanego dalej: „k.c.”), art. 484 § 2 k.c., art. 353¹ k.c. w z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp przez określenie wysokości kary

umownej rażąco wysokiej względem sankcjonowanego naruszenia i oderwanej od wartości potencjalnej szkody zamawiającego;

6. art. 471 k.c., art. 473 k.c., art. 353¹ k.c. w z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp przez określenie odpowiedzialności wykonawcy niezgodnie z zasadami odpowiedzialności kontraktowej oraz zasadą swobody umów;
7. art. 140 ust. 1 Pzp i art. 144 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp związku z art. 2 pkt 13 Pzp przez wymaganie, aby część usług świadczona była nieodpłatnie;
8. art. 44 ust. 3 Ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych przez naruszenie zasady, iż wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz doboru optymalnych środków;
9. art. 7 ust. 1 Pzp w związku z ww. przepisami przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad Prawa zamówień publicznych, tj. z naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, zasadą proporcjonalności oraz zasadą przejrzystości;
10. art. 22 ust. 1a Pzp przez określenie wymagań dla Personelu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zaznaczył, że szczegółowe przypisanie naruszenia przepisów prawa zostało dokonane w uzasadnieniu odwołania, osobno w każdym zarzucie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w zakresie wskazanym w odwołaniu przez zmianę wskazanych zapisów w sposób podany w odwołaniu – szczegółowo w każdym zarzucie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż wskazane w odwołaniu niezgodne z prawem postanowienia SIWZ powodują, że odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty i tym samym utraci szansę na uzyskanie zamówienia. Wskazał także, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp wskazanych w odwołaniu. Gdyby nie sprzeczność z prawem objętych odwołaniem postanowień SIWZ, mógłby złożyć ofertę, uzyskać zamówienie, a następnie należycie realizować zamówienie. Ustalenie przez zamawiającego przedmiotowej treści SIWZ uniemożliwia mu udział w postępowaniu.

Zarzut zawarty w pkt 1 odwołania dotyczył niewystarczających postanowień SIWZ w zakresie Infrastruktury techniczno-systemowej – brak załącznika do SIWZ, nowy art. 4 ust. 5 Umowy, Załącznik nr 1 do Umowy: „Infrastruktura techniczno-systemowa”. W tym zakresie odwołujący wyjaśnił, że przedmiotem Umowy jest świadczenie Usług, które zostały szczegółowo określone w Załącznikach 6-10. Warunkiem koniecznym świadczenia Usług

jest zapewnienie przez zamawiającego Infrastruktury techniczno-systemowej, z wykorzystaniem której Usługi są świadczone. W chwili obecnej brak jest takiego zapewnienia w SIWZ. Jest to oczywisty brak SIWZ, stanowiący naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp. Odwołujący podkreślił, że przedmiot zamówienia nie obejmuje dostawy żadnego sprzętu – SIWZ nie wymaga od wykonawcy dostawy urządzeń czy też zapewnienia jakiegokolwiek infrastruktury (nie ma takich elementów przedmiotu zamówienia). Z drugiej zaś strony brak jest w Umowie potwierdzenia przez zamawiającego, że zapewniana przez niego Infrastruktura techniczno-systemowa jest wystarczająca do dochowania – zdecydowanie bardziej rygorystycznych niż obecne – wymagań zamawiającego wobec poziomu Usług (SLA), stanowiących przedmiot Umowy. Takie zapewnienie jest konieczne, gdyż w przypadku braku jakichkolwiek regulacji w tym zakresie – jak to ma miejsce obecnie – wykonawca nie wie, jaką Infrastrukturę techniczno-systemową zamawiający przeznacza na potrzeby realizacji Umowy. Podkreślił, że zamawiający istotnie zmienił zarówno zakres usług objętych Umową w stosunku do usług świadczonych na podstawie obecnie obowiązujących umów, jak i wymagania co do poziomu ich świadczenia (SLA). Wykonawcy nie wiedzą jednak, czy zapewniana przez zamawiającego Infrastruktura techniczno-systemowa jest wystarczająca dla świadczenia usług zgodnie z Umową, w tym w szczególności czy jest wystarczająca dla dochowania bardzo restrykcyjnych parametrów świadczenia usług. Podkreślił także, że w poprzednim postępowaniu zamawiający wielokrotnie podkreślał, że nie oczekuje dostarczania żadnych elementów sprzętowych przez wykonawcę. Wobec braku odmiennych zapisów w obecnym SIWZ oraz wobec treści Formularza ofertowego uwzględniającego wyłącznie świadczenie usług należy wnioskować, że także w ramach niniejszego postępowania całość Infrastruktury techniczno-systemowej jest zapewniana przez zamawiającego.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o dokonanie zmian w SIWZ:

1) W artykule 4 Umowy dodanie nowego ustępu 5 o treści:

5. Zamawiający oświadcza, że Infrastruktura techniczno-systemowa zapewniana przez Zamawiającego umożliwi realizację przedmiotu Umowy zgodnie z wymaganiami Umowy, w szczególności z wymaganiami określonymi w Załącznikach 6-10.

2) Zmianę definicji w Załączniku 1 do Umowy:

Infrastruktura techniczno-systemowa (ITS) - Powiązane funkcjonalnie elementy: sprzęt komputerowy i peryferyjny, sieci lokalne, sieci zasilające odbiorcze oraz sieć rozległa, wraz z odpowiednim oprogramowaniem systemowym i narzędziowym, w tym oprogramowaniem do zarządzania sieciami. ITS zapewniany jest przez Zamawiającego na poziomie dostępności i wydajności, umożliwiającym świadczenie Usług na warunkach określonych w Umowie.

3) Dołączenie do SIWZ (jako załącznik do Umowy) załącznika *Opis Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych*, wskazanego w Umowie o poufności (Załącznik nr 12 do SIWZ) jako elementu przedmiotu zamówienia dostępny w

trybie tylko do odczytu. Odwołujący wskazał, że załącznik *Opis Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych* stanowi obecnie element Opisu Przedmiotu Zamówienia, a nie jest możliwe jego pobranie i powoływanie się na ten dokument na etapie realizacji Umowy.

Zarzut podniesiony w pkt 2 uzasadnienia odwołania odnosił się do niewystarczających warunków dotyczących zespołu wyznaczonego do testów kompetencji – SIWZ pkt 7.3.3.11 i 7.3.4.8. W tym kontekście odwołujący wyjaśnił, że zamawiający w SIWZ (Punkt 7 - Kryteria i zasady oceny ofert) ustanowił 2 kryteria pozacenowe:

- Test kompetencji technicznych – T, z wagą 30%;
- Test kompetencji biznesowych – B, z wagą 10%.

W ramach obu testów zamawiający przeprowadzi weryfikację:

- dla Testu kompetencji technicznych – weryfikację sposobu świadczenia usługi przez Wykonawcę na przykładzie klasy zadań, jakie mogą występować w ramach realizacji usług utrzymania systemów o skali porównywalnej z KSI ZUS (pkt 7.3.3. SIWZ);
- dla Testu kompetencji biznesowych – weryfikację poziomu wiedzy merytorycznej z czterech podstawowych obszarów biznesowych (pkt 7.3.4. SIWZ).

W każdym z w/w testów kompetencji brać będą udział zespoły wskazane przez wykonawcę zamawiający wymagania dla członków Zespołu określił odpowiednio w pkt 7.3.3.11 i 7.3.4.8 SIWZ:

7.3.3.11. Wykonawca w terminie 7 dni przed planowanym terminem realizacji Testu kompetencji technicznych przedstawi listę osób, które będą go realizowały. Wyznaczone osoby do realizacji testu powinny być związane z Wykonawcą stałym stosunkiem prawnym (umowa o pracę zawarta na czas nieokreślony lub okres co najmniej 6 miesięcy, umowa cywilno-prawna zawarta na okres co najmniej 6 miesięcy). Usta osób będzie zawierała informacje o których mowa w ust. 3 Regulaminu przebiegu realizacji Testu kompetencji technicznych stanowiącego Załącznik 10 do SIWZ. Zamawiający zastrzega sobie prawo weryfikacji wymagań określonych w niniejszym punkcie. Osoby niespełniające wymagania, o którym mowa w niniejszym punkcie nie będą dopuszczone do Testu kompetencji technicznych.

7.3.4.8. Wykonawca w terminie 7 dni przed planowanym terminem realizacji Testu kompetencji biznesowych przedstawi listę osób, które będą go realizowały. Wyznaczone osoby do realizacji testu powinny być związane z Wykonawcą stałym stosunkiem prawnym (umowa o pracę zawarta na czas nieokreślony lub okres co najmniej 6 miesięcy, umowa cywilno-prawna zawarta na okres co najmniej 6 miesięcy). Lista osób będzie zawierała informacje o których mowa w ust 3 Regulaminu przebiegu realizacji Testu kompetencji biznesowych stanowiącego Załącznik 11 do SIWZ. Zamawiający zastrzega sobie prawo weryfikacji wymagań określonych w niniejszym punkcie. Osoby niespełniające wymagania, o

którym mowa w niniejszym punkcie nie będą dopuszczone do Testu kompetencji biznesowych.

Odwołujący wyjaśnił, że zamawiający wprowadził warunek, aby osoby, które będą w imieniu wykonawcy zdawać Test kompetencji, były związane umową przez okres co najmniej 6 miesięcy. Jest to jednak zapis zarówno enigmatyczny, jak i niewystarczający. Enigmatyczność postanowienia wynika z faktu, że nie wiadomo, kiedy ma się zaczynać i kończyć ten 6-miesięczny okres. Nie jest też zrozumiałe, dlaczego zamawiający uznał, że „stały stosunek prawny” to umowa obowiązująca przez okres 6 miesięcy. Żaden przepis prawa ani też zasady doświadczenia życiowego nie wskazują, aby okres 6 miesięcy uznać za przesłankę stałości stosunku prawnego. Można tutaj wskazać przykładowo na regulację art. 87 § 1 KPC, który odwołuje się do stałego stosunku zlecenia. Wykładnia tego przepisu wskazuje, że o stałym stosunku mówimy, gdy ma on charakter stały, czyli trwający dłuższy czas i nie może wiązać stron przypadkowo czy okazjonalnie. Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego z dnia 18 sierpnia 2009 r., sygn. akt.: I PK 51/09 oraz orzeczeniem Sądu Najwyższego z dnia 12 stycznia 2010 r., sygn. akt.: 1 UK 209/09 przy ustalaniu stałości takiego stosunku prawnego istotne jest to, aby z treści danej umowy wynikało, iż jest to umowa zawarta na czas nieoznaczony, zaś z treści przedmiotu takiej umowy wynikały dane czynności. Należy zatem uznać, że przyjęta przez zamawiającego regulacja pojęcia „stały stosunek prawny” jest zbyt wąska. Z jednej strony – w ocenie odwołującego – zamawiający stwarza pozór sytuacji, jakoby dbał, aby Test kompetencji zdawały w imieniu danego wykonawcy osoby, które są z nim związane na stałe, a nie jedynie incydentalnie. Z drugiej zaś strony – wprowadzone regulacje mają charakter pozorny, w żaden sposób nie dają zamawiającemu rękojmi tego, iż Test kompetencji w imieniu danego wykonawcy zdawać będą osoby, które są rzeczywiście związane z danym wykonawcą. Powtórzyć może się zatem sytuacja, która miała miejsce już uprzednio – wykonawcy zaliczali weryfikację swoich kompetencji z wykorzystaniem osób „wynajętych” (zgodnie z prawem) tylko do takiej czynności (w niektórych przypadkach tylko na kilka godzin w skali miesiąca), a następnie usługi na rzecz wykonawcy świadczył zespół w zupełnie innym składzie.

Odwołujący wskazał, że zamawiający ma możliwość skutecznego zapobieżenia takiej sytuacji, z którą już uprzednio się zetknął i która zapewne nie zyskała jego aprobaty – o czym może świadczyć przedmiotowa próba sformułowania w obecnym SIWZ wymagania jakiegokolwiek powiązania pomiędzy wykonawcą a zespołem podlegającym weryfikacji w ramach Testu kompetencji. Otóż tego typu egzaminy praktyczne stosowane są przez innych zamawiających w postępowaniach, których przedmiotem są specjalistyczne usługi. Przykładowo można tutaj wskazać na postępowania prowadzone przez PKP Polskie Linie Kolejowe SA na *Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją różnych zadań inwestycyjnych*, w których zamawiający przeprowadzał rozmowę (egzaminował) Inżyniera

Projektowi – osobę dedykowaną na to stanowisko i wskazaną w ofercie w Wykazie Personelu, jako jedna z osób dedykowanych do realizacji umowy. Nie zaistniało zatem ryzyko, że kto inny uzyska dla wykonawcy punkty, a kto inny będzie następczo świadczył usługi. Zamawiający PKP PLK S.A. postarał się bowiem o powiązanie pomiędzy kryteriami oceny ofert a etapem realizacji. Z kolei Ministerstwo Sprawiedliwości w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na *Świadczenie usług z zakresu IT* (znak sprawy: BA-F-II-3710-59/17) wprowadziło jeszcze dalej idące regulacje – nie dość, że wszystkie osoby biorące udział w teście kompetencji muszą brać udział w realizacji umowy, to jeszcze wprowadzono bardzo restrykcyjne wymagania dla wymiany takich osób w toku realizacji Umowy (obowiązek zaliczenia analogicznego egzaminu jak ten, który musiał zdać osoba pierwotnie wskazana do realizacji umowy).

Odwołujący uważał, że każde z wyżej wymienionych praktycznych rozwiązań zasługuje na uznanie i powinno być zastosowane przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Brak analogicznych regulacji powoduje, że ocena oferty w kryterium pozacenowym staje się pozorna, nie ma żadnego związku z oceną oferty. Nic nie stoi zatem na przeszkodzie, aby i w niniejszym postępowaniu zamawiający zastosował takie wymagania wobec zespołu zdającego Test kompetencji, aby istniał związek pomiędzy wynikiem testu a realizacją Umowy w przyszłości. Co więcej – na zamawiającym wręcz ciąży taki obowiązek, który wynika z brzmienia przepisów art. 91 ust. 2c i 2d Pzp. Ustawodawca nie zezwolił bowiem na dowolność w kreowaniu kryteriów oceny ofert – ale wręcz przeciwnie wymaga, aby kryteria oceny ofert były powiązane z przedmiotem zamówienia, tym samym powinny być powiązane procesem produkcyjnym. Brak powiązania pomiędzy zespołem, który zdaje Test kompetencji a zespołem, który następnie realizować będzie zamówienie prowadzi do tego, że przedmiotowe kryterium pozacenowe nie jest związane z przedmiotem zamówienia. Obecne kryterium pozacenowe stwierdza jedynie, że na rynku istnieją osoby, które potrafią dany Test kompetencji zdać. Zamawiający nie wymaga jednak, aby następnie osoby te realizowały przedmiot zamówienia. Obecne postanowienia SIWZ (a raczej wskazane braki) naruszają też zasady określone w art. 7 ust. 1 Pzp. W pierwszej kolejności naruszona jest zasada przejrzystości – gdyż właściwie nie jest jasny cel przeprowadzenia przedmiotowych testów, skoro testy mogą być zaliczane przez dowolne osoby, a nie – osoby dedykowane do realizacji zamówienia. Brak powiązania pomiędzy zespołem dedykowanym do realizacji umowy a zespołem wskazanym do testów narusza też zasadę proporcjonalności – brak związku wskazuje wprost na brak proporcji w tak określonym kryterium pozacenowym.

Odwołujący wyprzedzająco wskazał, że posiada interes w podnoszeniu przedmiotowego zarzutu, gdyż może ponieść szkodę w postaci niezyskania zamówienia w przypadku, gdyby inni wykonawcy mieli zamiar wykorzystać obecne niewystarczające postanowienia SIWZ i przedstawić do zaliczenia Testów kompetencji osoby, które nie będą dedykowane do

realizacji zamówienia (jak miało to miejsce w poprzednim postępowaniu). Przykładowo można tutaj wskazać wpływ dedykowania takich osób o odpowiednich kompetencjach na cenę oferty – otóż osoby takie są to wysokiej klasy specjaliści, co za tym idzie – otrzymujący wysokie wynagrodzenia. Zatem konieczne jest, aby zgodnie z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tak określić warunki postępowania, aby wszyscy wykonawcy przygotowali porównywalne oferty i uwzględnili koszt zatrudnienia takich osób przez cały okres realizacji Umowy. Porównywalność ofert zaistnieje tylko wtedy, gdy SIWZ jasno określi obowiązek dedykowania do realizacji zamówienia zespołu, który na etapie oceny ofert, uzyskał aż 40% punktów na rzecz danego wykonawcy.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o:

1) Zmianę nazwy Załącznika 9 w SIWZ na **WYKAZ OSÓB, KTÓRE BĘDĄ UCZESTNICZYĆ W WYKONYWANIU ZAMÓWIENIA**;

2) Wprowadzenie w Załączniku 9 do SIWZ zmian polegających na:

a) określeniu dotychczasowej treści jako części A **WYKAZ OSÓB, KTÓRE BĘDĄ UCZESTNICZYĆ W WYKONYWANIU ZAMÓWIENIA NA SPEŁNIENIE WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU**;

b) wprowadzeniu części B o nazwie: **WYKAZ OSÓB, KTÓRE BĘDĄ UCZESTNICZYĆ W WYKONYWANIU ZAMÓWIENIA, BIORĄCYCH UDZIAŁ W TEŚCIE KOMPETENCJI** zawierającej następujące informacje:

i. Test kompetencji biznesowych

<i>Imię i nazwisko</i>	<i>Jednostka zadaniowa / jednostki zadaniowe</i>	<i>Podstawa dysponowania</i>
------------------------	--	------------------------------

ii. Test kompetencji biznesowych

<i>Imię i nazwisko</i>	<i>Podstawa dysponowania</i>
------------------------	------------------------------

3) Wskazanie w pkt 7.3.3.11 i 7.3.4.8 SIWZ, że:

- udział w Testach kompetencji mogą brać wyłącznie osoby wskazane w Załączniku 9 do SIWZ w części B;

- w uzasadnionych przypadkach (choroba, zdarzenie losowe, wypowiedzenie umowy przez specjalistę) Wykonawca jest uprawniony do dokonania zmian w składzie zespołu wskazanego w Części B Załącznika nr 9 do SIWZ;

4) Dodać Załącznik 13a do Umowy *Osoby wskazane w części B Załącznika nr 9 do SIWZ*:

<i>Wymagania</i>	<i>Imię i nazwisko</i>	<i>Biegła znajomość języka polskiego [TAK/NIE]</i>
<i>Test kompetencji technicznych - Jednostka zadaniowa*</i>		
<i>Test kompetencji biznesowych</i>		

**wpisać każda jednostkę zadaniową*

5) W umowie w art. 5 dodać nowy ustęp 15a o treści:

Jeżeli w okresie obowiązywania Dokumentów kontraktowych Wykonawca zamierza zmienić członka Personelu Wykonawcy wskazanego w Załączniku 13a, wówczas przynajmniej 14 dni przed dopuszczeniem do prac nowej osoby Wykonawca zobowiązany jest przedstawić Zamawiającemu jej imię, nazwisko oraz oświadczyć, że osoba ta posiada taką samą wiedzę jak osoba zmieniana. Nowy członek Personelu Wykonawcy musi legitymować się wiedzą nie gorszą niż osoba zastępowana.

Zamawiający podda weryfikacji nowy skład Personelu w zakresie tych Jednostek zadaniowych lub kompetencji biznesowych, w których brała udział wymieniana osoba. Weryfikacja będzie miała na celu ustalenie, czy nowy skład zaliczy Test kompetencji w zakresie Jednostek zadaniowych lub kompetencji biznesowych, w których brała udział wymieniana osoba. Zaliczenie testu jest warunkiem akceptacji zmiany składu personelu.

6) W Umowie w art. 8 w ust. 1 pkt 8 i w ust. 2 pkt 12 po słowach *Załączniku 13* dodać *oraz w Załączniku nr 13a*.

Zarzut wskazany w pkt 4 uzasadnienia odwołania odnosił się do braku weryfikacji obecnych wykonawców w okresie przejściowym, w zakresie usług, których obecnie nie realizują - art. 17 ust 11 Umowy.

W tym zakresie odwołujący wskazał, że zamawiający w art. 17 „Przejęcie usług” w ust. 1 - 10 uregulował zasady przejęcia usług, które będą stosowane wobec wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa. Etap przejęcia usług dzieli się na 4 podstawowe części:

- Opracowanie, przedstawienie i zatwierdzenie Koncepcji,
- Transfer wiedzy (powinien zawierać w szczególności plan pozyskiwania kompetencji),
- Weryfikacja Kompetencji,
- Przejmowanie Usług.

Według odwołującego, zamawiający uregulował szczegółowo etap Transferu Wiedzy, który ma polegać na nabyciu przez wykonawcę wiedzy od zamawiającego oraz od dotychczasowego wykonawcy. Po tym etapie zamawiający ma dokonać weryfikacji i dopiero po jej pozytywnym wyniku – następuje etap Przejęcia Usług. Jednocześnie w ust. 11 zamawiający wprowadził wyjątek: szereg szczegółowych regulacji w przypadku, gdy umowa zostanie zawarta z jednym dotychczasowych wykonawców - tj. z nim lub z konsorcjum Comarch:

11. W przypadku, gdy Umowa zostanie zawarta z jednym z dotychczasowych wykonawców Umów na wsparcie eksploatacji i utrzymania KSI ZUS:

- 1) rozpoczęcie świadczenia Usług przypisanych do Etapu I nastąpi nie później niż w terminie 90 dni od Dnia zawarcia Umowy,*
- 2) rozpoczęcie świadczenia Usług przypisanych do Etapu II będzie uwzględniało okres*

obowiązki dotychczasowej umowy dotyczącej wsparcia utrzymania wyłącznie usług przypisanych do Etapu II, z zastrzeżeniem ust. 1 pkt 2 lit e),

3) Koncepcja, o której mowa w ust 1, przygotowana przez Wykonawcę, nie będzie obejmować Metodyki, a Harmonogram nie będzie uwzględniał etapów Transferu Wiedzy oraz Weryfikacji Kompetencji Wykonawcy,

4) Koncepcja, o której mowa w pkt 3), będzie przedstawiona przez Wykonawcę w terminie 2 tygodni od Dnia zawarcia Umowy,

5) Zamawiający nie będzie przeprowadzał weryfikacji kompetencji Wykonawcy, zgodnie z zasadami określonymi w Załączniku 3,

6) art. 17 ust 5-8 nie stosuje się. Pozostałe postanowienia art 17 stosuje się odpowiednio.

Jak wynika z powyższego zdaniem odwołującego, zamawiający zrezygnował z etapu Transferu Wiedzy oraz Weryfikacji Kompetencji Wykonawcy. Jest to zupełnie niezrozumiałe – zamawiający nie wskazał żadnego uzasadnienia dla takiego zaniechania. Należałoby chyba przyjąć, że zamawiający uznał, że każdy z obecnych wykonawców ma pełną wiedzę odnośnie świadczenia Usług objętych przedmiotem zamówienia.

Odwołujący wyjaśnił, że zamawiający sam wielokrotnie podkreśla w SIWZ, że KSI ZUS jest systemem, który podlega ciągłemu rozwojowi. W związku z tym zamawiający nie jest nawet w stanie opisać tego systemu, czemu daje wyraz w SIWZ. W związku z tym w każdym przypadku, gdy nie ma ciągłości świadczenia usług, niezbędne jest zapoznanie się przez wykonawcę z systemem informatycznym oraz przejście pozytywnej weryfikacji przez zamawiającego. Dobra praktyka funkcjonująca na rynku IT jest taka, że okres przejściowy, transfer wiedzy i weryfikacja nie są wymagane przez zamawiającego jedynie w przypadku, gdy nowa umowa zawierana jest z dotychczasowym wykonawcą. Jednakże w stanie faktycznym niniejszego postępowania – wobec faktu, że w wyniku działań zamawiającego System KSI ZUS jest utrzymywany przez dwóch różnych wykonawców na podstawie 2 różnych umów - taka sytuacja nie zaistniała.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający ma świadomość wagi okresu przejściowego oraz wpływu jego wyników na możliwość realizacji przedmiotu zamówienia. O tym, że dla zamawiającego okres przejściowy jest kluczowo ważny świadczy chociażby postanowienie pkt 4.4.3 SIWZ:

Oświadczenia i dokumenty składane na podstawie wezwania Zamawiającego. Zamawiający przed udzieleniem zamówienia na podstawie art. 26 ust 2f ustawy, z uwagi na charakter prowadzonego postępowania, w szczególności konieczność możliwe szybkiego i sprawnego przebiegu postępowania w celu zachowania odpowiedniego okresu przejściowego przed wygaśnięciem dotychczasowych umów dotyczących utrzymania systemu KSI, może żądać złożenia poniższych dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzających brak podstaw do wykluczenia przez jednego,

kilku lub wszystkich wykonawców.

Następnie odwołujący wyjaśnił, że zamawiający określił w SIWZ podmiotowe warunki udziału, a zatem uznał, że niezbędne jest posiadanie przez wykonawcę odpowiedniej wiedzy i doświadczenia – aby ten dawał rękojmię należytego wykonania umowy. Następnie zamawiający wskazał, że obowiązkowy będzie okres przejściowy określony w art. 17 ust. 1-10. Wynika z tego, że zamawiający rozłącznie potraktował oba warunki, w szczególności, że zamawiający uznał, że samo spełnianie podmiotowych warunków udziału w postępowaniu nie daje rękojmi należytej realizacji zamówienia. Stąd też zamawiający wymaga, aby wykonawca przed przejęciem świadczenia usług łącznie spełnił dwa warunki – najpierw na etapie oceny ofert musi wykazać posiadanie odpowiedniego doświadczenia, zaś już po zawarciu umowy a przed rozpoczęciem świadczenia usług – musi pozytywnie przejść etap weryfikacji pod kątem wykazania posiadania umiejętności dających rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Skoro obecnie żaden z wykonawców nie świadczy całości usług objętych przedmiotem zamówienia nie jest zrozumiałe, dlaczego zamawiający w sposób nieuzasadniony preferuje czy to odwołującego, czy to Konsorcjum Comarch. Zamawiający powinien zawsze przewidzieć w SIWZ stosowanie tych samych zasad wobec wszystkich potencjalnych wykonawców. Ewentualne odstępstwa muszą być zawsze szczegółowo uzasadnione i mieć mocne oparcie w stanie faktycznym i prawnym danego postępowania. Tymczasem takie uzasadnienia dla postanowień art. 17 ust. 11 Umowy w obecnym brzmieniu nie istnieje. Warto też podkreślić, że stan faktyczny wskazuje wręcz na konieczność przeprowadzania szczegółowej weryfikacji, poprzedzonej etapem Transferu Wiedzy. Samo zatem doświadczenie własne zamawiającego jest sprzeczne z obecnym brzmieniem SIWZ. Pomimo iż zamawiający jest świadom ważności etapów Transferu Wiedzy i Weryfikacji Kompetencji oraz pomimo iż uznał, że podmiot, który nie zaliczy testów kompetencji nie może zostać dopuszczony do świadczenia usług – obecnie zrezygnował z zastosowania takiego rozwiązania wobec odwołującego i Konsorcjum Comarch. Obecna regulacja narusza art. 29 ust. 2 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp – zamawiający wprowadza zasady, które wprost uprzywilejowują pewną grupę potencjalnych wykonawców w sytuacji, gdy nie znajduje to uzasadnienia w stanie faktycznym postępowania. Przedmiotowa wada skutkuje też tym, że postępowania prowadzone jest z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz przejrzystości i proporcjonalności. Odwołujący podkreślił, że jego zdaniem postanowienia art. 17 ust. 11 Umowy w obecnym brzmieniu w sposób nieuzasadniony preferują tylko dwóch spośród wielu potencjalnych wykonawców. Taki stan może doprowadzić do unieważnienia postępowania w przyszłości, czy wręcz do stwierdzenia nieważności umowy już po jej zawarciu. Odwołujący uważał, że jest w jego interesie likwidacja takich ryzyk. Stąd też posiada interes w domaganiu się likwidacji przez zamawiającego stanu preferowania niektórych wykonawców, nawet jeżeli preferowanie do

miałoby dotyczyć jego samego – odwołujący nie może sobie pozwolić na postawienie w przyszłości zarzutu, że zawarto z nim umowę z naruszeniem Pzp. Odwołujący uważał, że zasady Pzp określone w art. 7 ust. 1 Pzp są nadrzędnymi zasadami, których przestrzeganie powinno być badane na każdym etapie postępowania. Podkreślił też, że w okresie przejściowym wykonawcy nie przysługuje wynagrodzenie, a ponosi w tym okresie znaczne koszty – koszty nabycia wiedzy, koszty przejścia etapu weryfikacji kompetencji. Wpływa to istotnie na cenę oferty. Zamawiający dopuszcza, aby cena oferty dwóch wykonawców była niższa niż cena ofert innych wykonawców. Można wręcz powiedzieć, że zamawiający dąży do tego, aby oferty złożyli wyłącznie dwaj obecni wykonawcy. Jest to z pewnością działanie niekonkurencyjne.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o zmianę art. 17 ust. 11 Umowy przez wykreślenie pkt 3 i 5.

Zarzut opisany w pkt 6 uzasadnienia odwołania dotyczący przekazania know-how – art. 3 ust. 2 pkt 18 Umowy w związku z art. 6 ust. 15 Umowy.

W tym zakresie odwołujący stwierdził, że w art. 3 ust. 2 pkt 18) Umowy zamawiający nakłada na wykonawcę szczególny obowiązek, nieujęty w przedmiocie zamówienia:

18) w ramach wynagrodzenia, o którym mowa w art: 7 ust. 3, każdorazowego utrwalania (w tym sporządzania stosownych pisemnych opisów) i przekazywania Zamawiającemu, w terminie trzech miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia Usług w ramach danej Metryki (w tym również każdej z nowych Metryk powołanych w czasie obowiązywania Umowy), zgodnie z procedurą P020 z Załącznika 4, całości Know-how, a także kompletu wszelkich procedur (w tym Procedur administracyjnych), niezbędnych dokumentów (zwłaszcza dokumentacji technicznej) oraz narzędzi (tj. oprogramowania, aplikacji, skryptów etc.), z których Wykonawca lub podwykonawcy korzystają przy wykonywaniu czynności w ramach świadczenia Usług utrzymania objętych daną Metryką, z zastrzeżeniem, że w przypadku Know-how, procedur, dokumentów oraz narzędzi dotyczących Metryk rozliczanych i płatnych w okresach kwartalnych, przekazywanie Zamawiającemu zaktualizowanych wersji ww. Know-how, procedur, dokumentów oraz narzędzi nastąpi w ostatnim miesiącu pierwszego pełnego kwartału kalendarzowego, za który Wykonawca wystawi fakturę z tytułu świadczenia usług w ramach tych Metryk. Przekazane przez Wykonawcę Know-how, procedury, dokumenty i narzędzia, o których mowa w zdaniu poprzedzającym, będą pozwalać Zamawiającemu na należyte i terminowe świadczenie Usług utrzymania w ramach każdej z Metryk i będą zawierać w szczególności:

- a) *informacje o minimalnym zakresie uprawnień niezbędnych do świadczenia Usług (w odniesieniu do poszczególnych Usług i ról),*
- b) *kody źródłowe do ww. narzędzi, przekazane Zamawiającemu zgodnie z Załącznikiem 17, który stosuje się odpowiednio,*
- c) *dokumentację techniczną o utrzymywanych przez Wykonawcę narzędziach,*

- d) dokumentację dotyczącą środowiska IT wspierającego utrzymywane narzędzia,
- e) informacje niezbędne do wykonywania diagnozy incydentów oraz ich rozwiązywania (w tym informacje o znanych Błędach, stosowanych Obejściach, wykorzystanie bazy Rozwiązań, wykorzystanie skryptów),
- f) narzędzia i skrypty wspierające administrowanie (wytworzone przez Wykonawcę, jak i przez podmioty trzecie, z których ma prawo korzystać Wykonawca) wraz z instrukcją ich użycia,
- g) narzędzia i skrypty wraz z opisem, które stanowią Procedury administratorskie,
- h) informacje niezbędne do realizacji zadań wsparcia procesów, realizowanych przez Wykonawcę w ramach Metryk,
- i) informacje niezbędne do realizacji zadań serwisowych, realizowanych przez Wykonawcę w ramach Metryk,
- j) dokumentację techniczną, dokumentację użytkową, instrukcje stanowiskowe, procedury administrowania oraz eksploatacyjne.

Wykonawca jest zobowiązany do bieżącej aktualizacji ww. Know-how, procedur, dokumentów oraz narzędzi i do każdorazowego sporządzania i przekazywania Zamawiającemu zaktualizowanych wersji ww. Know-how, procedur, dokumentów oraz narzędzi w terminie 14 dni od dnia każdorazowego wprowadzenia jakiejkolwiek zmiany w ww. Know-how, procedurach, dokumentach lub narzędziach a także na każde żądanie Zamawiającego. Przekazanie kompletu ww. Know-how, procedur, dokumentów i narzędzi (w tym ich aktualizacji) przez Wykonawcę stwierdzone jest poprzez podpisanie przez Zamawiającego bez uwag Protokołu odbioru Know-how, procedur, dokumentacji, narzędzi zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 18 Umowy, z zastrzeżeniem, że w przypadku Know-how, procedur, dokumentów oraz narzędzi dotyczących Metryk rozliczanych i płatnych w okresach kwartalnych, przekazywanie Zamawiającemu zaktualizowanych wersji ww. Know-how, procedur, dokumentów oraz narzędzi nastąpi każdorazowo w ostatnim miesiącu kwartału kalendarzowego, a w ostatnim kwartale realizacji przedmiotu Umowy w ostatnim miesiącu realizacji przedmiotu Umowy. Jeżeli ww. Know-how, procedury, dokumenty lub narzędzia stanowią Utwór bądź zawierają Utwór, do którego autorskie prawa majątkowe przysługują Wykonawcy, Wykonawca z chwilą ich udostępnienia Zamawiającemu przenosi na Zamawiającego majątkowe prawa autorskie do ww. Utworów oraz prawo do zezwalania na wykonywanie praw zależnych do Utworów na zasadach określonych w art. 6. Ponadto Wykonawca przenosi na Zamawiającego prawo do korzystania i rozporządzania ww. Know-how, w tym zawartym w ww. procedurach, dokumentach lub narzędziach na zasadach określonych w art. 6. Wykonawca zobowiązuje się uzyskać od twórców Utworów upoważnienie do niewykonywania względem Zamawiającego, jego następców prawnych oraz osób przez niego upoważnionych, autorskich praw osobistych w jakimkolwiek zakresie.

Art. 3 ust. 10 oraz art. 6 stosuje się odpowiednio;

Odwołujący podkreślił, że w art. 6 ust. 15 zamawiający wskazał, iż nabywa prawa do Know-how wytworzonych w toku realizacji Umowy

15. Niezależnie od powyższych postanowień Umowy, Wykonawca przenosi na Zamawiającego prawo do korzystania z i rozporządzania Know-how wytworzonym w wyniku realizacji Dokumentów kontraktowych, w szczególności wiedzy technicznej, organizacyjnej i innej, zawartej w przekazanych Produktach, z chwilą przekazania lub ujawnienia takiego Know-how Zamawiającemu.

Należy zatem wnioskować, iż celem przyświecającym zamawiającemu jest pozyskanie Know-how (i innych narzędzi czy dokumentów wskazanych w art. 2 ust. 1 pkt 18 Umowy), które zostanie wytworzone w toku realizacji Umowy (w wyniku realizacji dokumentów kontraktowych). Taka też jest wykładnia analogicznego postanowienia w obowiązującej Umowie. Otóż w poprzednim postępowaniu zamawiający zawarł w SIWZ analogiczne określenie obowiązku wykonawcy. Asseco Poland S.A. wniosło wówczas odwołanie wskazując na nadmiarowy zakres zobowiązania, w tym między innymi na okoliczność, iż przekazaniu podlegać ma całość know-how i całość narzędzi używanych do realizacji Umowy, a nie – tylko te, które powstały w wyniku realizacji Umowy. W odpowiedzi na odwołanie oraz w toku rozprawy zamawiający wskazał, że przedmiotowy zapis miał dotyczyć tylko tych narzędzi i know-how, które powstały w toku realizacji Umowy. Izba rozpatrując zarzut uznała, że taka wykładnia dokonana przez zamawiającego jest wystarczająca i oddaliła zarzut w wyroku KIO 880/17.

W obecnym stanie faktycznym mamy do czynienia z sytuacją, w której postanowienie Umowy brzmi tak samo jak poprzednio, zabrakło natomiast wykładni autentycznej dokonanej poprzednio przez zamawiającego. Odwołujący uważał, że celem uniknięcia nieporozumień co do rozumienia zakresu zobowiązań wykonawcy w przedmiotowym zakresie konieczne jest wprowadzenie zmian w brzmieniu postanowienia art. 3 ust. 2 pkt 18 Umowy. Jak widać – zamawiający co do zasady jedynie powtarza poprzednie brzmienie Umowy, zapominając już o dodaniu do Umowy zmian wynikłych z dokonanej uprzednio wykładni autentycznej danego postanowienia. Obecne brzmienie przedmiotowego postanowienia umowy narusza przepis art. 29 ust. 1 Pzp, gdyż obowiązki wykonawcy zostały sformułowane niejasno i niejednoznacznie, co z kolei wpływa na niemożność złożenia oferty.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wniósł o wskazanie w art. 3 ust. 2. pkt 18) Umowy, iż obowiązek określony w tym postanowieniu dotyczy Know-how, procedur, dokumentów oraz narzędzi wytworzonych w ramach umowy.

Zarzut podniesiony w pkt 10 uzasadnienia odwołania dotyczył definicji: *Incydent krytyczny, Incydent niski, Incydent średni wsad i Incydent VIP* – załącznik 1 do Umowy.

W tym zakresie odwołujący wyjaśnił, że zamawiający w Załączniku 1 „Definicje” zawarł

definicję pojęcia „Incydent”, a dla pojęć: Incydent krytyczny, Incydent niski, Incydent średni i Incydent VIP określił tylko swoje uprawnienia do jednostronnego, oderwanego od obiektywnych uwarunkowań decydowania o kwalifikacji Incydentu do danej kategorii. Treść Załącznika 1 w tym zakresie jest następująca:

<i>Incydent</i>	<i>Każde zdarzenie nie będące częścią prawidłowego działania Usługi IT lub Produktów/Produktów innych wykonawców, które powoduje lub może powodować przerwę w dostarczaniu Usługi IT lub obniżenie jakości Usługi IT, w szczególności spowodowane Błędem</i>
<i>Incydent krytyczny</i>	<i>Poziom świadczenia Usługi serwisowej: Incydent krytyczny wsad lub Incydent krytyczny interakcja lub Incydent krytyczny portale. Zamawiający decyduje o poziomie świadczenia Usługi serwisowej z uwzględnieniem limitów. Limity Zgłoszeń na poziomie świadczenia Usługi serwisowej Incydent krytyczny, tygodniowo (poniedziałek-piątek): 10 łącznie dla Usług serwisowych UU_<rok>_<skrót nazwy wykonawcy>_ODI_WSAD, UU_<rok>_<skrót nazwy wykonawcy>_ODI_INT, UU_<rok>_<skrót nazwy wykonawcy>_ODI_POR dla Usług określonych w Załączniku 6 1 dla UU_<rok>_<skrót nazwy wykonawcy>_ODI_INT dla Usług określonych w Załączniku 8 1 dla UU_<rok>_<skrót nazwy wykonawcy>_ODI_INT dla Usług określonych w Załączniku 7.</i>
<i>Incydent niski</i>	<i>Poziom świadczenia Usługi serwisowej: Incydent niski wsad, Incydent niski interakcja, Incydent niski portale. W przypadku Usługi serwisowej UU_<rok>_<skrót nazwy wykonawcy>_ODI_WSAD Zamawiający na każdym etapie obsługi Zgłoszenia może podnieść poziom świadczenia Usługi serwisowej z Incydent niski wsad do Incydent średni wsad, z uwzględnieniem limitu dla poziomu świadczenia Usługi serwisowej incydent średni</i>
<i>Incydent średni wsad</i>	<i>Poziom świadczenia Usługi serwisowej UU_<rok>_<skrót nazwy wykonawcy>_ODI_WSAD. Zamawiający na każdym etapie obsługi Zgłoszenia może podnieść poziom świadczenia Usługi serwisowej z Incydent niski wsad do Incydent średni wsad, z uwzględnieniem limitu. Limit Zgłoszeń na poziomie świadczenia Usługi serwisowej UU_<rok>_<skrót nazwy wykonawcy>_ODI_WSAD - 5 tygodniowo (poniedziałek-piątek).</i>
<i>Incydent VIP</i>	<i>Poziom świadczenia Usługi serwisowej UU_<rok>_<skrót nazwy wykonawcy>_ODI_POR dla Zgłoszeń do Usługi UU_WPP#0, dotyczących obsługi klientów strategicznych zakładu, wiążących się z wizytami u klienta. Limit Zgłoszeń na poziomie świadczenia Usługi serwisowej UU_<rok>_<skrót nazwy wykonawcy>_ODI_POR -10 miesięcznie (miesiąc kalendarzowy).</i>

W ocenie odwołującego, jak wynika z powyższej treści SIWZ tylko dla pojęcia Incydent zamawiający określił, co jest Incydem – każde zdarzenie nie będące częścią prawidłowego działania Usługi IT lub Produktów/Produktów Innych wykonawców. Odnośnie pozostałych pojęć zamawiający – wbrew pozorom – nie zawarł definicji. Zamawiający – zamiast określić przesłanki uznania poszczególnych Incydentów za krytyczne, średnie, niskie i VIP – wskazał, że Incydem krytycznym będzie to, co zamawiający uzna za taki incydent. Trudno uznać takie sformułowanie za definicję. Jest to klasyczny przypadek czystej

uznaniowości zamawiającego w kształtowaniu zobowiązań umownych wykonawcy. Co więcej – zamawiający jako Incydent krytyczny może wskazać Incydent, którego przyczyna tkwi w działaniach czy zaniechaniach zamawiającego. Jest to oczywiście sprzeczne z przepisem art. 433 pkt 3 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. *Prawo zamówień publicznych*. Mając na uwadze, że usługi w ramach przedmiotowego zamówienia będą realizowane już w okresie obowiązywania nowej Pzp, zamawiający – wszczynając największe postępowanie dotyczące świadczenia usług informatycznych w okresie kolejnych 6 lat – powinien wziąć pod uwagę wolę ustawodawcy w zakresie obowiązku współdziałania czy klauzul abuzywnych. A to wszystko w celu należytej realizacji zamówienia. Definicje krytyczności Incydentów (określające poziom świadczenia usługi serwisowej) są niezbędne do obiektywnej oceny przez strony krytyczności zgłoszenia Incydentu. Tymczasem zamawiający nie zdefiniował poszczególnych rodzajów Incydentów, a jedynie wskazał, że sam będzie określał ich status. A zatem nie jest obecnie wiadome, czym poszczególne Incydenty różnią się od siebie. Co więcej – ten sam Incydent, w zależności od uznania zamawiającego, raz może być Incydentem niskim, a drugi raz może być Incydentem krytycznym. Przedmiotowe postanowienia SIWZ w ogóle nie wyjaśniają definiowanych pojęć. Można też powiedzieć, że przedmiotowa definicja to definicja tautologiczna, gdyż zawiera błąd *idem per idem* – Incydentem krytycznym będzie to, co zamawiający uzna za taki incydent. Niezależnie jednak od tego, jaki rodzaj błędu logicznego przypiszemy tej definicji, z całą pewnością należy stwierdzić, że jest to definicja rażąco naruszająca przepis art. 29 ust. 1 Pzp. Wykonawca po zapoznaniu się z tą definicją nie wie, które Incydentu będą Incydentami Krytycznymi. Co więcej - sam zamawiający wcale nie stara się ukrywać tego faktu. Brak odpowiedniej definicji incydentu krytycznego wpływa wprost na możliwość ukarania wykonawcy przez zamawiającego – i to zupełnie niezależnie od jakiegokolwiek działania czy zaniechania wykonawcy. Otóż zamawiający może karać wykonawcę za samo wystąpienie Incydentu krytycznego. W załączniku nr 19 w części B, pkt 1, ppkt 6b (strona 28) wskazano:

ZUS nalicza dla każdego Projektu osobno obniżenie wynagrodzenia za pełnienie funkcji integratora w wysokości 8% za wystąpienie pierwszego incydentu krytycznego i 15% za wystąpienie powyżej 150 Incydentów.

Dalej w Załączniku nr 19 (na stronie 26) określono zasady obniżania wynagrodzenia wykonawcy z tytułu: Świadczenia metryki usługi utrzymania w związku z niedotrzymaniem Parametru Metryki Usługi serwisowej (finansowanej w ramach wynagrodzenia z tytułu świadczenia Usługi utrzymania):

- 10% wartości danej metryki usługi utrzymania za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w usuwaniu Incydentu niskiego,
- 20% wartości danej metryki usługi utrzymania za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia w usuwaniu Incydentu średniego wsad,

- 30% wartości danej metryki usługi utrzymania za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia w usuwaniu Incydentu krytycznego lub Incydentu VIP.

Przy tak restrykcyjnym karaniu wykonawcy w przypadku zaistnienia Incydentu krytycznego (w ramach pełnienia roli Integratora) i ewentualnego niedochowania terminów usunięcia incydentów (w ramach pozostałych usług) — konieczne jest bardzo dokładne określenie w SIWZ, jak będą przyporządkowywane poszczególne incydenty.

Co więcej odwołujący zauważył, że zamawiający ma świadomość istotności zamieszczenia w SIWZ prawidłowych definicji dla poszczególnych Incydentów. Kwestia ta była już przedmiotem sporu pomiędzy stronami – w ramach odwołania i skargi na niezgodną z prawem czynność sformułowania przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych postanowień SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na *Rozbudowę i wdrożenie nowych funkcjonalności oraz utrzymania i rozwoju systemu Elektronicznej Platformy Danych (EPWD) oraz budowy i utrzymania Centralnego Rejestru Klientów Zakładu*. Ostatecznie rację przyznano odwołującemu – Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 19 grudnia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 780/16 między innymi nakazał ZUS szczegółowe zdefiniowanie pojęć "incydent niski", "incydent średni", "incydent krytyczny". Sąd Okręgowy uznał, że są to pojęcia niezmiernie istotne dla określenia zobowiązań wykonawcy.

Co więcej – w ramach poprzedniego postępowania na *Świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego ZUS (znak sprawy: TZ/271/66/15)* zamawiający podobnie ukształtował definicję Incydentu krytycznego: *Incydent krytyczny - Incydent, dla którego czas obsługi wynosi 12 godzin (6 godzin dla usługi UU_WSAD_PUW)*. O poziomie decyduje Zamawiający.

Odwołujący wniósł w tym zakresie odwołanie, podnosząc argumentację analogiczną do powyższej. W odpowiedzi zamawiający zmodyfikował SIWZ i wprowadził bardzo szczegółową definicję Incydentu krytycznego. Tymczasem w niniejszym postępowaniu zamawiający kolejny raz „próbuje” wprowadzić postanowienia sprzeczne z prawem. Co więcej – zamawiający wprowadził postanowienia, które już uprzednio albo Sąd Okręgowy uznał za sprzeczne z prawem, albo też sam zamawiający uznał za nieprawidłowe i samodzielnie dokonał zmiany SIWZ zgodnie z żądaniem odwołania. Takie zachowanie zamawiającego można ocenić jedynie negatywnie, jako próbę „przemycenia” postanowień abuzywnych, niedozwolonych.

Dodatkowo jedynie odwołujący wskazał, że przedmiotowy brak wprowadzenia przez zamawiającego definicji dla poszczególnych poziomów Incydentu skutkowało unieważnieniem postępowania na „Rozbudowę i wdrożenie nowych funkcjonalności oraz utrzymania i rozwoju systemu Elektronicznej Platformy Danych (EPWD) oraz budowy i utrzymania Centralnego Rejestru Klientów Zakładu”. Prawidłowe jest zatem wnioskowanie, że powtórzenie takiego samego błędu SIWZ w niniejszym postępowaniu skutkować będzie następczym

unieważnieniem postępowania.

Mając powyższe na uwadze odwołujący zawnioskował o wprowadzenie prawidłowych definicji *Incydentu krytycznego*, *Incydentu niskiego*, *Incydentu średniego* oraz *Incydentu VIP*. Odwołujący – za ww. wyrokiem Sądu Okręgowego nie chciał narzucać zamawiającemu tych definicji, zgadzając się z poglądem Sądu, iż to zamawiającemu przysługiwać powinna możliwość ułożenia definicji, zaś gdyby definicje te były wadliwe, to zawsze służyć będą wykonawcy środki ochrony prawnej przewidziane w Pzp. Odwołujący alternatywnie wskazał, że w poprzednich postępowaniach dotyczących systemu KSI ZUS Zamawiający sformułował definicje przedmiotowych pojęć, które powinny znaleźć zastosowanie w niniejszym postępowaniu – przykład takich definicji został podany w odwołaniu.

Zarzut określony w pkt 12 uzasadnienia odwołania dotyczył braku wypełnienia Rejestrów – Dodatki A, B, i C do załącznika 5 do Umowy.

Odwołujący w związku z tym zarzutem wskazał, że zamawiający w Załączniku 5 do Umowy w pkt 1.11 określa termin, zakres oraz warunki przypisania wykonawcy odpowiedzialności za elementy KSI ZUS w sposób następujący:

1.11 Inicjalna zawartość następujących dokumentów:

1.11.1. Rejestru elementów architektury oprogramowania KSI ZUS,

1.11.2. Rejestru elementów architektury danych KSI ZUS,

1.11.3. Rejestru elementów architektury infrastruktury techniczno-systemowej KSI ZUS

zostanie przedstawiona jako dodatki A, B i C do niniejszego dokumentu w dniu podpisania Umowy i będzie miała charakter wiążący dla Stron (konstytutywny).

Odwołujący stwierdził, że SIWZ nie precyzuje wykazu elementów architektury KSI ZUS, do których odpowiedzialność w Rejestrze elementów architektury oprogramowania KSI ZUS, Rejestrze elementów architektury danych KSI ZUS, Rejestrze elementów architektury infrastruktury techniczno-systemowej KSI ZUS będzie przypisana wykonawcy w dniu *podpisania Umowy*. Na podstawie przytoczonych zapisów odwołujący wyjaśnił, że na etapie sporządzenia oferty nie jest w stanie określić zakresu swoich zobowiązań w odniesieniu do architektury KSI ZUS – nie wiadomo, do których elementów architektury KSI ZUS odpowiedzialność wykonawcy będzie przypisana w zakresie: „Podmiot Łącznych Usług Utrzymania”, „Serwis Oprogramowania”, „Podstawa Serwisu Oprogramowania”, „Odpowiedzialny za serwis naprawy danych” a do których „Podmiot odpowiedzialny z administracją”. Zamawiający w sposób otwarty określa zobowiązania wykonawcy, a właściwie – w pewnym zakresie w ogóle tych zobowiązań nie określa wskazując, że określi je arbitralnie w dniu zawarcia Umowy. Dodatkowo zamawiający w pkt 1.11 Załącznika 5 do Umowy określa moment rozpoczęcia odpowiedzialności na dzień podpisania Umowy, a nie na Dzień rozpoczęcia świadczenia Usług, w którym to zgodnie z jego definicją następuje rozpoczęcie świadczenia przez wykonawcę usług utrzymania. Taki zapis oznacza, że już od

dnia podpisania Umowy wykonawca:

- zgodnie z dodatkiem A będzie przypisany do świadczenia „Serwisu Oprogramowania”;
- zgodnie z dodatkiem B będzie „Odpowiedzialny za serwis naprawy danych”;
- zgodnie z dodatkiem C będzie wskazany jako „Podmiot odpowiedzialny z administrację” elementów architektury KSI ZUS.

Powyższe stoi w sprzeczności z innymi postanowieniami SIWZ, np. art. 16 ust. 3 Umowy, z którego wynika, że:

Okres świadczenia Usług wynosi maksymalnie 65 miesięcy, z zastrzeżeniem art. 12 ust. 2 pkt 1, przy czym rozpoczyna bieg od Dnia rozpoczęcia świadczenia Usług. Świadczenie Usług podzielone jest na dwa etapy:

Etap I – maksymalnie 17 miesięcy (początek etapu liczony jest od Dnia rozpoczęcia świadczenia pierwszej z Usług przejętej w ramach Etapu I).

Etap II – 48 miesięcy (początek etapu liczony jest od dnia rozpoczęcia świadczenia pierwszej z Usług przejętej w ramach Etapu II).

Przypisanie Usług do Etapów określone jest w Załączniku 11.

Ponadto, w pkt 1.12 Załącznika 5 zamawiający określa, w jaki sposób po terminie rozpoczęcia świadczenia Usług przez wykonawcę, zamierza jednostronnie zmieniać zakres jego zobowiązań:

1.12. Zmiany w Rejestrach mają charakter deklaratoryjny i będą odzwierciedlały zmiany, wynikające z czynności, o których mowa w rozdziale III ust 6 lit a) Załącznika 2.

Zdaniem odwołującego powyższym zapisem zamawiający kreuje swoje uprawnienie do jednostronnego decydowania o zwiększeniu zakresu odpowiedzialności wykonawcy po terminie rozpoczęcia świadczenia przez niego Usług. Jednocześnie zamawiający nie zapewnia żadnych mechanizmów pozwalających ocenić wykonawcy wpływ tej zmiany na zakres świadczonych usług i zobowiązania stron z tym związane. Ponadto odwołujący wyjaśnił, że skutek takiego nieostrego opisanie przedmiotu zamówienia jest dla niego bardzo poważny wobec faktu, że SIWZ nie określa w sposób zamknięty zakresu obowiązków wykonawcy, odwołujący nie jest w stanie ani w sposób należyty sporządzić oferty, ani też nie jest w stanie wycenić swoich usług, ani oszacować ryzyk związanych z realizacją zamówienia. W efekcie, przy obecnym brzmieniu SIWZ odwołujący wskazał, że nie jest w stanie złożyć wiążącej i profesjonalnej oferty. Wskazane postanowienia SIWZ naruszają zatem także obowiązek zamawiającego uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 Pzp).

Mając powyższe na uwadze odwołujący wniósł o jednoznaczne określenie zakresu zobowiązań wykonawcy wynikających z ppkt 1.11.1., 1.11.2. i 1.11.3. Załącznika 5 do Umowy poprzez uzupełnienie wartościami przewidywanymi na dzień zawarcia Umowy lub

wartościami obowiązującymi na dzień publikacji SIWZ:

- Dodatku A - Zawartość Rejestru elementów architektury oprogramowania KSI ZUS do Załącznika 5 do Umowy i wskazanie usług Wykonawcy, za pomocą których mają być realizowane jego zobowiązania w odniesieniu do poszczególnych elementów architektury oprogramowania KSI ZUS;
- Dodatku B - Zawartość Rejestru elementów architektury danych KSI ZUS do Załącznika 5 do Umowy i przypisanie zobowiązań Wykonawcy w stosunku do elementów architektury danych KSI ZUS;
- Dodatku C - Zawartość Rejestru elementów architektury infrastruktury techniczno-systemowej KSI do Załącznika 5 do Umowy i przypisanie zobowiązań Wykonawcy w stosunku do elementów architektury infrastruktury techniczno-systemowej.

Zarzut określony w pkt 13 uzasadnienia odwołania dotyczył nieprawidłowo zdefiniowanego procesu obsługi Zgłoszeń – Załącznik 9 do Umowy.

Odwołujący w związku z tym zarzutem wskazał, że w Załączniku 9 do Wzoru Umowy zamawiający określił zasadą liczenia czasu obsługi zgłoszenia dla Usług serwisowych: Obsługa Incydentów usług wsadowych, Obsługa Incydentów usług interakcyjnych, narzędzi i procesów oraz usług biznesowych, Obsługa Incydentów usług portalowych.

W tym miejscu odwołujący wskazał, że na rynku usług IT stosowane są dwa alternatywne modele przekazywania wykonawcy danych niezbędnych do obsługi incydentów:

- w pierwszym z nich, zgłoszenie incydentu rejestrowane przez zamawiającego nie musi zawierać kompletu danych niezbędnych do jego rozwiązania – wystarczające są symptomy zaobserwowane przez użytkownika końcowego. W toku obsługi zgłoszenia wykonawca, zadając kolejne pytania i wnioskując o dodatkowe dane niezbędne do ustalenia przyczyn incydentu, dokonuje diagnozy i przygotowuje rozwiązanie;
- alternatywnie, zgłoszenie incydentu rejestrowane przez zamawiającego powinno spełniać precyzyjne kryteria kompletności zapewniające, że zostały dostarczone wszelkie dane niezbędne do diagnozy i rozwiązania zgłoszenia (np. dane od użytkowników, logi aplikacyjne, logi systemowe itp.). Dopiero tak przygotowane zgłoszenie spełnia kryteria przyjęcia do obsługi przez wykonawcę. W tej sytuacji część procesu diagnostycznego obejmującą konieczność ustalenia zakresu niezbędnych do dalszej obsługi danych obciąża de facto zamawiającego.

W tym aspekcie odwołujący wyjaśnił, że dotychczasowe umowy na utrzymanie systemu KSI ZUS stosowały model obsługi, w którym zgłoszenie pochodzi w większości przypadków od użytkowników końcowych. Zgłoszenia takie co do zasady nie zawierają kompletnych danych niezbędnych do ich obsługi – zgłaszający najczęściej opisuje jedynie bezpośrednio zaobserwowane symptomy nieprawidłowego działania systemu. Zgłoszenia są przyjmowane do obsługi przez wykonawcę niezależnie od jakości i kompletności opisu, a w toku ich

obsługi przyczyna błędu ustalana jest poprzez pozyskiwanie niezbędnych danych i informacji. Proces ten jest sterowany przez wykonawcę, przy czym ciężar decyzji o kierunkach procesu diagnostycznego leży po stronie wykonawcy, a czas pozyskiwania niezbędnych danych – będący poza kontrolą wykonawcy – nie wlicza się do czasu obsługi zgłoszenia. Tym samym w dotychczasowych umowach czas obsługi zgłoszenia obejmuje tylko i wyłącznie działania wykonawcy, za które może ponosić on pełną odpowiedzialność.

Odwołujący zwrócił ponadto uwagę, że w tak złożonym systemie informatycznym, jakim jest KSI ZUS, istnieją incydenty wymagające w toku diagnozy lub naprawy wielokrotnej interakcji z użytkownikiem po stronie zamawiającego (tzw. naprawy wieloetapowe, w czasie których kolejne działania wykonawcy i zamawiającego muszą być ze sobą ściśle skoordynowane). Ostateczny termin naprawy w takich przypadkach zależy od zaangażowania obydwu stron procesu. Nadmienić należy również, że proces ten zależy od dostępności pracowników zamawiającego, w tym osoby zgłaszającej – na co wpływają np. urlopy, zwolnienia lekarskie, godziny pracy. Również charakterystyka przetwarzania w systemie, w tym duży udział przetwarzania wsadowego, powoduje, że niektóre dane diagnostyczne dostępne są dopiero po zakończeniu danego cyklu przetwarzania wsadowego realizowanego zgodnie z harmonogramem przetwarzania, a pozyskanie informacji możliwe jest dopiero po zakończeniu tych procesów, czyli np. kolejnego dnia roboczego lub po zakończeniu okresu sprawozdawczego. Oba przywołane powyżej przypadki wskazują, że na czas obsługi zgłoszenia składają się zarówno działania zależne od wykonawcy, jak i takie na które wykonawca nie ma żadnego wpływu.

W ocenie odwołującego zastosowanie przez zamawiającego tylko korzystnych dla siebie mechanizmów z dwóch modeli obsługi zgłoszeń prowadzi do rażącej dysproporcji zobowiązań stron. Zamawiający nie jest bowiem zobowiązany do podania kompletnych danych w zgłoszeniu incydentu, a wykonawca – zmuszony w takiej sytuacji do dopytywania o dane niezbędne do obsługi zgłoszenia – będzie karany za niedochowanie terminu usunięcia incydentu. Taki model pozwala zamawiającemu najpierw zarejestrować zgłoszenie jako krytyczne (do którego naprawy wykonawca jest zobowiązany w czasie 4 lub 6 godzin) przy jednoczesnym podaniu minimalnych i niewystarczających do naprawy informacji, a następnie obciążyć wykonawcę sankcją z tytułu niedotrzymania SLA – przy czym rzeczywistą podstawą faktyczną braku terminowej obsługi będą zaniechania po stronie personelu zamawiającego. Obecna konstrukcja odpowiedzialności wykonawcy w przypadku Zgłoszenia, które nie spełnia minimalnych nawet wymagań co do opisu Incydentu, stoi w sprzeczności z zasadami odpowiedzialności kontraktowej zgodnie z prawem cywilnym. Narusza to przepis art. 471 k.c. i przekracza zasadę swobody umów określoną w art. 353¹ k.c.

Odwołujący wskazał także, że obecne brzmienie SIWZ w przedmiotowym zakresie jest także

niezgodne z określonym w art. 29 ust. 1 Pzp obowiązkiem opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Uwzględniających wszystkie wymagania mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Tymczasem wykonawca nie może obecnie przewidzieć, ile zajmie mu usuwanie danego Incydentu, gdyż nie wie, jaki zakres informacji będzie otrzymywał od zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wniósł o modyfikację zapisów Załącznika 9 przez:

1) zastosowanie do rozwiązywania incydentów na wszystkich poziomach obsługi zgłoszeń mechanizmu stosowanego dotychczas, tj. pozwalającego na zatrzymanie czasu obsługi zgłoszenia na czas pozyskiwania danych niezbędnych do diagnostyki i naprawy w takim zakresie, w jakim nie jest to zależne od działań wykonawcy. Odwołujący podał przykład takiego rozwiązania;

albo:

2) wprowadzenie minimalnej obowiązkowej treści zgłoszenia, jako warunku koniecznego do przyjęcia zgłoszenia do obsługi przez wykonawcę. Zgłoszenie takie powinno obejmować szczegółowy opis zdarzenia wraz z kompletem danych, w szczególności: dane od użytkownika, zrzuty ekranów, logi aplikacyjne, logi systemowe, wyciągi z zawartości bazy danych dotyczące przedmiotu zgłoszenia, a także sposób odtworzenia sytuacji błędnej będącej przedmiotem zgłoszenia. Są to dane niezbędne do kompletnej diagnozy oraz dostarczenia rozwiązania przez wykonawcę;

3) wprowadzenie do algorytmu obsługi incydentów postanowień o braku skuteczności zgłoszenia w przypadku, gdy nie spełnia ono określonych powyżej warunków dot. koniecznego zakresu informacji w zgłoszeniu;

4) wprowadzenie do algorytmu obsługi incydentów postanowień o braku skuteczności zgłoszenia w przypadku, gdy zamawiający nie odpowiedział merytorycznie lub nie wykonał dodatkowych czynności w reakcji na przekazaną przez wykonawcę prośbę o przekazanie dodatkowych informacji bądź o wykonanie dodatkowych czynności niezbędnych do zdiagnozowania i rozwiązania Incydentu.

Zarzut podniesiony w pkt 15 uzasadnienia odwołania dotyczył wprowadzenia nadmiernych, rażąco wysokich parametrów świadczenia usług serwisowych – Załącznik 9 do Umowy.

Odwołujący w związku z tym zarzutem wskazał, że zamawiający w Załączniku nr 9 do Umowy *Zakres i poziom świadczenia Usług serwisowych oraz Konsultacji utrzymaniowych* określa zobowiązania wykonawcy w zakresie obsługi Incydentów, w tym również naprawy Błędów. W szczególności wskazane są tam zobowiązania SLA, czyli czas, w jakim wykonawca zobowiązany jest zrealizować obsługę (dostarczyć Rozwiązanie) oraz kalendarz świadczenia usług, czyli godziny, w których wykonawca jest zobowiązany świadczyć usługi serwisowe. Wymagania te są określone w pkt IV „Metryki usług serwisowych” w ppkt 2)

„Wykaz usług Metryk serwisowych”:

- dla usługi Obsługa Incydentów usług wsadowych [UU_<rok>_<skrót nazwy wykonawcy>_ODI_WSAD] – Tabela na stronie 10 6) Parametry świadczenia usługi;
- dla Usługi Obsługa Incydentów usług portalowych [UU_<rok>_<skrót nazwy wykonawcy>_ODI_POR] – Tabela na stronie 15-16 6) Parametry świadczenia usługi;
- dla Usługi Obsługa Incydentów usług portalowych [UU_<rok>_<skrót nazwy wykonawcy>_ODI_POR] – Tabela na stronie 21-22 6) Parametry świadczenia usługi

Jak zauważył odwołujący można zaobserwować, że od 2013 r. do chwili obecnej, przez okres obowiązywania trzech umów na wsparcie eksploatacji i utrzymania KSI ZUS terminy na dostarczenie Rozwiązania były praktycznie niezmiennie. Tymczasem w obecnym postępowaniu zamawiający skrócił te terminy średnio o połowę. I to bez podania żadnego uzasadnienia. Odwołujący w żaden sposób nie odmawiał zamawiającemu prawa do kształtowania wymagań w zakresie zobowiązań SLA dla usług serwisu, przy czym zakres tych wymagań powinien znajdować uzasadnienie w istniejącym stanie Systemu KSI ZUS i doświadczeniach z jego utrzymaniem. W tym miejscu zwrócił uwagę na obiektywne i niezaprzeczalne fakty:

Po pierwsze poziom utrzymywania i eksploatacji Systemu KSI ZUS, w tym dostarczanie Rozwiązań, były realizowane na poziomie wystarczającym – świadczy o tym chociażby fakt nagrodzenia Systemu KSI ZUS podczas Gali „Lider Informatyki 2017” (organizowanej przez Computerworld). A zatem dotychczasowe doświadczenie i stan faktyczny nie uzasadniają przedmiotowych postanowień SIWZ.

Po drugie – średnio dwukrotne zwiększanie wymogów SLA, w szczególności w kalendarzu 24/7/365, spowoduje z pewnością wzrost ceny poszczególnych usług, a co za tym idzie – znaczny wzrost cen składanych ofert. Każdy racjonalny wykonawca musi bowiem ująć w cenie oferty dwukrotne zwiększenie ciężących na nim obowiązków. Zdaniem odwołującego jest to nieuzasadnione z punktu widzenia zasady racjonalnego wydatkowania środków publicznych oraz dyscypliny finansów publicznych. Zamawiający – poprzez wprowadzenie przedmiotowych, bardzo rygorystycznych wymagań SLA – zobowiązał wykonawcę do ponoszenia kosztów utrzymywania wysokiej klasy specjalistów w stałej gotowości do obsługi potencjalnych zgłoszeń oraz poniesienia nakładów na infrastrukturę potrzebną do testów realizowanych w skrajnie krótkim czasie.

Po trzecie przedmiotowe zwiększenie wymogów SLA w zakresie, jaki ma miejsce w obecnym brzmieniu SIWZ, może skutkować – wbrew oczekiwaniom zamawiającego – brakiem stabilności Systemu KSI ZUS. Tak znaczące skrócenie czasu naprawy oprogramowania uniemożliwi wykonawcy wykonanie pełnych testów w zakresie wymaganym przez standardy branżowe i najlepsze praktyki.

W ocenie odwołującego przedmiotowe postanowienia SIWZ naruszają art. 29 ust. 1 Pzp w

związku z art. 7 ust. 1 Pzp oraz w związku z art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. Wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz doboru optymalnych środków. Zamawiający może co prawda określić dowolnie zakres obowiązków wykonawcy, ale musi się liczyć z tym, że takie dodatkowe obowiązki wpłyną na podniesienie przez wykonawców ceny ofert. Tym samym zamawiający sam doprowadzi do podwyższenia ceny, poprzez nieuzasadnione nadmierne wymagania SIWZ.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wnioskował o zmianę Załącznika 9 do Umowy poprzez wprowadzenie wymogów SLA takich samych, jak w obecnie obowiązujących umowach – tak, aby odzwierciedlały realne i uzasadnione biznesowo potrzeby zamawiającego, zgodnie z poniższą propozycją:

<i>Incydent krytyczny</i>	<i>12 godzin zegarowych dla Incydent krytyczny wsad oraz Incydent krytyczny portale</i> <i>12 godzin roboczych dla Incydent krytyczny interakcja z zastrzeżeniem, że dla Metryk UU_PITZ#00, UU_PITE#00 i UU_WALE#00, opisanych w Załączniku 7, w okresie akcji podatkowej (maksymalnie 8 tygodni) i akcji masowej waloryzacji świadczeń emerytalno-rentowych (maksymalnie 8 tygodni) będzie to 12 godzin</i>
<i>Incydent średni</i> <i>Incydent VIP</i>	<i>72 godziny zegarowe (3 dni kalendarzowe) dla Incydent średni wsad 72 godziny zegarowe (3 dni kalendarzowe) dla Incydent VIP</i>
<i>Incydent niski</i>	<i>240 godzin zegarowych (10 dni kalendarzowych) dla Incydent niski portale oraz Incydent niski wsad</i> <i>110 godzin roboczych (10 dni roboczych) dla Incydent niski interakcja</i>

Odwołujący wskazał, że w obecnie obowiązujących umowach nie występuje kategoria Incydent średni / Incydent VIP stąd też odwołujący zaproponował terminy w tym zakresie według swojej najlepszej wiedzy.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie.

Odwołujący przesłał kolejne pismo procesowe z dnia 14 maja 2020 r., w którym odniósł się do modyfikacji SIWZ dokonanej przez zamawiającego w dniu 3 kwietnia 2020 r. w kontekście poszczególnych zarzutów odwołania.

Na posiedzeniu niejawnym, które odbyło się w dniu 26 maja 2020 r. zamawiający złożył oryginał odpowiedzi na odwołanie, w której wskazał, iż:

- uwzględnia zarzut nr 3, 16 i 17 odwołania;
- wnosi o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie;

- wnosi o obciążenie odwołującego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

Zamawiający w pierwszej kolejności wyjaśnił, że skutek dokonanej przez niego w dniu 3 kwietnia 2020 r. modyfikacji postanowień SIWZ w tym wzoru Umowy i jej załączników (pismo nr 993200/2711/1N297/2020) część zapisów będących podstawą formułowanych przez odwołującego zarzutów uległo całościowej lub częściowej modyfikacji. Zmianie uległ zatem stan faktyczny będący podstawą do rozpoznania odwołania. Następnie zamawiający zwrócił uwagę, że czynność modyfikacji postanowień SIWZ w tym wzoru Umowy i jej załączników jest skuteczna z chwilą podania do publicznej wiadomości (opublikowania). Z momentem modyfikacji przestają obowiązywać poprzednie postanowienia SIWZ. Tym samym w chwili rozstrzygnięcia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą mamy do czynienia z innym stanem faktycznym, niż w chwili wniesienia odwołania. Oznacza to, że zarzuty oparte na poprzednio obowiązujących postanowieniach SIWZ po dokonaniu ich modyfikacji straciły swoją aktualność prowadząc do upadku podstawy faktycznej zarzutów i stały się bezprzedmiotowe. Zamawiający wskazał, iż jego działanie polegające na zmianie SIWZ po terminie wniesienia odwołania jest nie tylko uzasadnione ekonomią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale również jest w pełni zgodne z przepisami prawa. Przepisy Pzp nie wiążą bowiem z wniesieniem odwołania na treść SIWZ skutku zawieszającego postępowanie. Skutek taki przewidziany jest jedynie w przypadku czynności zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zatem każda inna czynność w postępowaniu o zamówienie publiczne poza zawarciem umowy jest możliwa do podjęcia przez zamawiającego pomimo toczącego się postępowania odwoławczego.

Następnie przechodząc do uzasadnienia podanego w odpowiedzi na odwołanie należy wskazać, że zamawiający w pierwszej kolejności dokonał wyjaśnienia specyfiki przedmiotu zamówienia, w której skupił się na uwypukleniu adekwatności wymagań zawartych w SIWZ.

W dalszej kolejności zamawiający przeszedł do odniesienia się do każdego zarzutu. W zakresie zarzutu z pkt 1 odwołania wyjaśnił, że jest on w jego w ocenie całkowicie niezrozumiały i bezpodstawny. Wyjaśnił, że nie nastąpiła w tym zakresie żadna zmiana w stosunku do warunków świadczenia usług w latach poprzednich. Infrastruktura techniczno-systemowa, na której świadczone są usługi utrzymania i wsparcia eksploatacji KSI ZUS, pozostaje w dyspozycji zamawiającego. W zakresie obowiązków wybranego wykonawcy jest zapewnienie po swojej stronie ITS deweloperskiego i weryfikacji kodów źródłowych. Kwestia ta nie budziła wątpliwości wykonawcy, w tym odwołującego świadczącego od 20 lat usługi objęte przedmiotem zamówienia. Dodatkowo wskazał, że w celu usunięcia wszelkich wątpliwości zmodyfikował w dniu 3 kwietnia 2020 r. definicję zawartą w Załączniku 1 do wzoru Umowy nadając jej następujące brzmienie (Modyfikacja nr 33):

Infrastruktura techniczno-systemowa (ITS): Powiązane funkcjonalnie elementy: sprzęt komputerowy i peryferyjny, sieci lokalne, sieci zasilające odbiorcze oraz sieć rozległa, wraz z odpowiednim oprogramowaniem systemowym i narzędziowym, w tym oprogramowaniem do zarządzania sieciami, pozostająca w dyspozycji Zamawiającego.

Ze zmodyfikowanej definicji jednoznacznie wynikało, w opinii zamawiającego, że ITS jest w dyspozycji zamawiającego.

Następnie zamawiający wyjaśnił, że w kolejnym odwołaniu złożonym w dniu 10 kwietnia 2020 r., odwołujący jednak dalej twierdził, że z SIWZ nie wynika w sposób dostateczny, że usługi co do zasady są realizowane na ITS zamawiającego. W celu usunięcia tych wątpliwości zamawiający wskazał, że dodatkowo uzupełnił definicję ITS poprzez dodanie po „pozostająca w dyspozycji Zamawiającego” zapisu „i udostępnione przez Zamawiającego” (modyfikacja nr 88 z dnia 20 maja 2020 r.).

W ocenie zamawiającego ta modyfikacja odpowiada na wszelkie wątpliwości odwołującego wyrażone w odwołaniu.

Ponadto zamawiający zwrócił uwagę, że w dniu 3 kwietnia 2020 r. zmodyfikował postanowienia art. 3 ust. 3 Umowy dodając pkt 4 i 5 oraz dodatkowo zmodyfikował Rozdział 5 „Opis sposobu obliczenia ceny oferty”, pkt 5.7 SIWZ. Zmiany te miały charakter jedynie doprecyzowujący istniejące w SIWZ postanowienia. Celem ich było literalne wskazanie na obowiązek uwzględniania w cenie oferty wynikającej z treści SIWZ konieczności posiadania ITS przez wykonawcę w zakresie Środowiska deweloperskiego i Środowiska weryfikacji Kodów źródłowych. Działanie zamawiającego podyktowane było daleko idącą ostrożnością spowodowaną obawą, że wnioskowana zmiana definicji ITS będzie interpretowana jako wyłączenie obowiązków wykonawcy w zakresie posiadania własnego ITS. Odwołujący ma bowiem pełną wiedzę o stanie ITS zamawiającego i sposobie jego wykorzystania w trakcie realizacji usługi z uwagi na wieloletnie realizacje usług. Ma również pełną wiedzę o konieczności posiadania zaplecza technicznego ITS po stronie wykonawcy. Stąd też zamawiający uznał, że wniosek odwołującego o wyraźne wpisanie, że ITS jest domeną zamawiającego – może zmierzać pośrednio do uchylecia obowiązku posiadania pewnego ITS po stronie wykonawcy poprzez uznanie, że doszło do zmiany dotychczasowych postanowień SIWZ. Kolejne odwołanie odwołującego z dnia 10 kwietnia 2020 r. utwierdziło zamawiającego w słuszności swoich podejrzeń.

Odrębną kwestią natomiast jest żądanie odwołującego, aby zamawiający zagwarantował w SIWZ, że posiadany przez niego ITS pozwala na świadczenie usług na warunkach określonych w Umowie. Takiej gwarancji zamawiający dać nie może, jednak przewidział w Umowie mechanizm zwalniający wykonawcę z odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy, jeżeli wynikałoby z powodu nieprawidłowego działania Infrastruktury techniczno-systemowej zamawiającego (por. art. 8 ust. 4 pkt 4 Umowy).

Ponadto, Umowa umożliwia wykonawcy zgłaszanie zagrożeń wynikających z nieprawidłowego działania ITS zamawiającego wpływającego na jej realizację w ramach procedury PO1. Postanowienia Umowy w sposób wystarczający zabezpieczają, zatem wykonawcę przed ponoszeniem odpowiedzialności za nienależyte wykonywanie Umowy z przyczyn związanych z nieprawidłowym funkcjonowaniem ITS zamawiającego.

Zamawiający wyjaśnił, że stan ITS jest okolicznością obiektywną. Zamawiający przez lata gromadził elementy ITS wykorzystywane w celu świadczenia usług utrzymania i wsparcia eksploatacji KSI ZUS. Zamawiający na bieżąco uzupełnia i unowocześnia ITS w miarę potrzeb oraz możliwości budżetowych. Zakupy dokonywane są w trybie Pzp, a zatem informacja w tym zakresie jest publicznie dostępna. Zamawiający zapewnia wykonawcom celu realizacji zamówienia taki ITS jakim dysponuje. Częściowo dysponuje nim w sposób samodzielny (niezależny), a częściowo dzierżawi od podmiotów trzecich (np. łącza telekomunikacyjne).

W ocenie zamawiającego udostępniany ITS pozwala na realizowanie usług zgodnie z Umową, co potwierdzają obecne doświadczenia (świadczenie usług przez dwóch wykonawców). Gdyby jednak okazało się, że świadczenie jakiejś usługi nie jest możliwe z uwagi na fakt, że ITS jest niewystarczający – wykonawca nie ponosi odpowiedzialności z tego tytułu. Wykonawca w oparciu o postanowienie art 8 ust. 4 Umowy może zwolnić się z odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań w Dokumentach kontraktowych, jeżeli wadliwe wykonanie usługi będzie wynikało z niepoprawnego działania Infrastruktury techniczno-systemowej wykorzystywanej w usłudze wykonawcy. Realizacja tego uprawnienia odbywa się zgodnie z procedurą PO1.

Doświadczenie życiowe pokazało, że do tej pory wykonawcy korzystali z tego mechanizmu wielokrotnie i z sukcesem uchylali się od odpowiedzialności w sytuacjach, gdy niewykonanie usługi wynikało z przyczyn leżących po stronie ITS. Tego typu zgłoszeń jest kilkadziesiąt rocznie i ok 94% zgłoszeń było pozytywnie rozpatrywanych przez zamawiającego.

Niezrozumiałym dla zamawiającego było również żądanie odwołującego dołączenia do Umowy załącznika „Opis Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych”. Odwołujący jako wieloletni wykonawca usług doskonale wie, że dokument ten stanowi jedynie pewien ogólny zarys systemu KSI ZUS. Brak jest w nim danych szczegółowych i wrażliwych z uwagi na bezpieczeństwo funkcjonowania państwa. Po zawarciu Umowy i w ramach realizacji okresu przejściowego zamawiający nada wykonawcy uprawnienia do pewnych zasobów ZUS, w tym m.in. do:

- Repozytorium;
- Katalogu Usług IT, w tym bazy konfiguracji ;
- Portalu eksploatacyjnego (PEKSI ZUS);
- Systemu Monitorowania Usług IT;

- Rejestrów.

Dokumenty oraz informacje zgromadzone na tych zasobach znacznie bardziej kompleksowo opisują KSI ZUS. Wykonawca na etapie realizacji zamówienia będzie miał zatem dostęp do pełnej dokumentacji KSI ZUS, więc dokument Opis KSI nie będzie miał wówczas istotnego znaczenia.

O powyższym wprost świadczy postanowienie § 12 ust. 8 Umowy, które wyraźnie stanowi:

Zamawiający zastrzega, iż z uwagi na ciągły, dynamiczny rozwój i dokonywane modyfikacje KSI ZUS, „Opis Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych” udostępniony Wykonawcy na etapie postępowania przedstawią stan systemu KSI ZUS na dzień jego udostępnienia. Ewentualne zmiany stanu KSI ZUS, w szczególności wynikające ze zmian organizacyjnych Zamawiającego oraz rozwoju i modyfikacji KSI ZUS, wprowadzane od momentu przekazania "Opisu Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych" do momentu zawarcia Umowy lub w trakcie świadczenia Usług objętych Umową nie mogą być zatem traktowane jako zmiany treści Umowy, Zamawiający po zawarciu Umowy udostępni Wykonawcy dokumentację zaimplementowanych zmian w KSI.

Dalej zamawiający wskazał, że odwołujący nie zakwestionował tego postanowienia Umowy. Należy zatem uznać, że godzi się z tym, że nie jest możliwe opisanie KSI ZUS na jeden konkretny moment i zamrożenie tego opisu na etap realizacji Umowy. Usługi stanowiące przedmiot zamówienia zostały opisane w sposób kompleksowy i wyczerpujący, zgodny z podejściem usługowym tworzenia umów opartych o SLA. Jednakże KSI ZUS jest systemem żyjącym, dynamicznym, co oznacza, że zmienia się w sposób ciągły dostosowując się do zmieniających się potrzeb zamawiającego (nowelizacje ustaw, waloryzacje, rozwój i zmiany ITS itp.). Ustalenie kształtu KSI ZUS na dzień wszczęcia postępowania i uznanie go za załącznik do Umowy wymagałoby każdorazowo zmiany tego załącznika, a tym samym aneksowania Umowy za każdym razem, gdy przestałby on odpowiadać stanowi faktycznemu, co nie jest możliwe. Zmiany KSI ZUS następują bowiem w ramach innych umów i są niezależnie od woli i zgody wykonawcy umowy utrzymania KSI ZUS, zatem nieuzasadnione byłoby załączanie ich do Umowy w ramach niniejszego postępowania, a następnie poddawanie ich procedurze uzgadniania w ramach aneksów. O tym wprost stanowi ww. § 12 ust. 8 Umowy którego odwołujący nie zaskarżył. Odwołujący w odwołaniu również nie zarzucił zamawiającemu, aby dokument „Opis KSI ZUS” był niepełny, nieprecyzyjny lub w inny sposób utrudniał przygotowanie lub złożenie oferty. Jedynym zarzutem postawionym w niniejszym odwołaniu w tym zakresie jest brak ustanowienia go załącznikiem do Umowy, co w świetle brzmienia ww. postanowienia Umowy jest bezprzedmiotowe.

Zamawiający wyjaśnił, że nie jest też prawdą, że wykonawca nie otrzyma dostępu do tego dokumentu po zawarciu Umowy. Jako stronie Umowy zostaną mu przekazane wszelkie dokumenty i informacje o KSI ZUS, w tym ten dokument. Co więcej zamawiający w § 12 ust. 8 Umowy zobowiązał się do uzupełnienia w zakresie w jakim dokument opisujący, KSI ZUS uległ zmianie od dnia wszczęcia postępowania do dnia zawarcia Umowy i udostępnienia wykonawcy po zawarciu Umowy dokumentacji obrazującej wprowadzone w Opisie KSI ZUS zmiany.

Zamawiający wyjaśnił, że po zawarciu Umowy udostępni wykonawcy „Opis Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych” wraz z dokumentacją obrazującą wprowadzone po wszczęciu postępowania zmiany w tym dokumencie wynikające ze zmian dokonywanych w KSI. Dla usunięcia wszelkich wątpliwości zamawiający uzupełnił ww. postanowienie Umowy poprzez wyraźne wskazanie, że zmiany te zostaną przekazane wraz z pierwotnym Opiszem KSI, do którego się odnoszą (por. modyfikacja nr 92 z dnia 20 maja 2020 r.).

Reasumując, zamawiający stwierdził, że tak z uwagi na niezaskarżone postanowienia Umowy, które regulowały tę kwestie, specyfikę samego systemu KSI ZUS, jak ogólny charakter dokumentu „Opis KSI ZUS”, żądanie nr 3 postanowione w niniejszym zarzucie było całkowicie bezzasadne. Odwołujący bowiem nie skarżył treści załącznika, nie wskazał na jego braki, lecz żąda jedynie jego udostępnienia po dniu zawarcia Umowy, co jest uregulowane już w jej treści i nie było zaskarżone.

Zamawiający zwrócił również uwagę, że w piśmie datowanym na dzień 14 maja 2020 r. odwołujący podniósł zarzuty wykraczające poza treść zarzutu postawionego w dniu 2 marca 2020 r. Obecnie żąda „wyspecyfikowania w SIWZ elementów ITS”. Jeżeli rozumieć ten zarzut jako odrębny od żądania przekazanie załącznika „Opisu KSI ZUS” po zawarciu umowy – to jest to zarzut nowy, a zatem zgłoszony po terminie.

W zakresie zarzutu podniesionego w pkt 2 uzasadnienia odwołania zamawiający wyjaśnił, że odwołujący stawiając przedmiotowy zarzut *de facto* żądał zaostżenia kryteriów oceny ofert poprzez wprowadzenie dodatkowych wymagań i obostrzeń, które zamawiający uznał za zbędne, niezgodne z przepisami lub nadmiernie ograniczające konkurencję. Odwołanie – zdaniem zamawiającego – w zakresie przedmiotowego zarzutu powinno zostać oddalone, ponieważ:

- jest całkowicie bezzasadne, gdyż nie narusza art. 91 ust 2c i 2d Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, w szczególności kwestionowane postanowienia SIWZ są związane z przedmiotem zamówienia oraz nie naruszają uczciwej konkurencji;
- odwołujący nie ma interesu prawnego w kwestionowaniu postanowień SIWZ, gdyż nie naruszają one jego interesów, w szczególności nie utrudniają mu dostępu do zamówienia, złożenia oferty czy też jej wyceny.

Przedmiotowy zarzut wydaje się wynikać z niezrozumienia postanowień SIWZ oraz celu postawionych kryteriów. Zamawiający wyjaśnił, że przewidział w SIWZ jako kryterium oceny ofert Testy kompetencji technicznych i biznesowych. Testy te stanowią kryterium jakości realizacji zamówienia zgodnie z art. 91 ust. 1 pkt 1 Pzp. Zamawiający wyjaśnił, że wyraźnie w SIWZ wskazał, iż ich zadaniem jest weryfikacja sposobu świadczenia usług przez wykonawcę. Natomiast wydaje się, że odwołujący myli kryterium jakościowe ze szczególnym kryterium odnoszącym się do właściwości zespołu, którym dysponuje wykonawca. Kryterium to mimo jego „podmiotowego charakteru” dopuszczalne jest na zasadzie wyjątku zgodnie z art. 91 ust. 1 pkt 5 Pzp. Przepis ten pozwala na ustalenie jako kryterium oceny ofert organizację, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli może to mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.

O niewłaściwej kwalifikacji kryterium zastosowanego przez zamawiającego świadczyło w jego ocenie przede wszystkim żądanie odwołującego, który domaga wprowadzenia wymogu, aby osoby uczestniczące w wykonaniu testu zostały wyznaczone do realizacji zamówienia (podobnie jak w brzmieniu przepisu art. 91 ust 1 pkt 5 Pzp). Podczas gdy celem kwestionowanego kryterium oceny ofert jest zbadanie jakości świadczonych przez wykonawcę usług, a nie badanie jego potencjału kadrowego czy kompetencji poszczególnych osób. Wymagania w zakresie osób dedykowanych do realizacji zamówienia zostały postawione w pkt 4.1.2.4.2. SIWZ dotyczącym warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający w warunku tym określił minimalne wymagania co do doświadczenia i kwalifikacji, które mają spełnić członkowie zespołu skierowanego do świadczenia usług. Osoby te będą brały udział w realizacji zamówienia.

Zamawiający podkreślił, że wymagania zakreślone w warunku udziału w postępowaniu określił bazując o własne doświadczenie i praktykę. Kwestionowane kryterium natomiast bada sposób świadczenia usług przez wykonawcę, w tym sposób organizacji realizacji usługi poprzez dobór odpowiednich osób do zmierzenia się z konkretnym wymaganiem. Zamawiający wyjaśnił, że nie określił kompetencji zespołu dedykowanego przez wykonawcę do realizacji Testów kompetencji. Zgodnie z postanowieniami Regulaminu przebiegu realizacji Testu kompetencji technicznych (załącznik 10 do SIWZ) oraz Regulaminu przebiegu realizacji Testu kompetencji biznesowych (załącznik 11 do SIWZ) to wykonawca dobiera zespół mając na uwadze charakter zadania oraz ograniczenia wynikające z przewidzianego przez zamawiającego sposobu testowania (liczba udostępnionych stacji roboczych). Pełną odpowiedzialność w tym zakresie ponosi wykonawca i to od jego know how, sposobu organizacji pracy oraz sposobu świadczenia usług (metodyki) zależy, czy wykona zadania określone w teście kompetencji oraz na jakim poziomie pod względem jakości. Co istotne, Testy zostały tak przygotowane, że odzwierciedlają problemy lub zagadnienia, z którymi wykonawca zetknie się podczas świadczenia usług. Są one zatem

ściśle związane z przedmiotem zamówienia. Pozostawienie wykonawcy decyzji o doborze zespołu, który będzie je rozwiązywał stanowi zatem swoistą próbkę sposobu realizacji usługi przez wykonawcę.

W ocenie zamawiającego za prawidłowy należy także uznać wymóg, aby osoby skierowane przez wykonawcę były z nim związane stałym stosunkiem prawnym – przez co zamawiający rozumie umowę o pracę lub umowę cywilnoprawną zawartą na okres co najmniej 6 miesięcy. Wbrew twierdzeniom odwołującego postanowienie to nie jest enigmatyczne, gdyż wprost z niego wynika, że umowa łącząca osobę skierowaną do testów i wykonawcę powinna zostać zawarta na okres 6 miesięcy, zamawiający nie zawarł natomiast wymogu, który de facto formułuje odwołujący, aby stosunek ten trwał przez minimum 6 miesięcy przed Testami. Zamawiający wskazał, że nie wymagał i nie wymaga żadnego okresu minimalnego, który musi upłynąć przed dniem przeprowadzenia Testów. Wymóg taki byłby z gruntu wadliwy, ponieważ na chwilę wszczęcia postępowania nie można przewidzieć daty przeprowadzenia testów. Wykonawcy, tak jak to zostało już wskazane, mają pełną swobodę w doborze osób do zespołu wykonującego testy tak wśród wieloletnich współpracowników jak i spośród osób pozyskanym w ostatnim czasie. Postawiony przez zamawiającego wymóg miał na celu wyeliminowanie jedynie możliwości wynajęcia osoby przez wykonawcę wyłącznie na testy.

Uprzedzając kontrargumentację odwołującego, że wymóg ten nie gwarantuje wyeliminowania zawierania umów na czas Testów zamawiający wskazał, że żaden wymóg nie eliminuje patologii. Jeżeli zamawiający miałby z góry założyć, że wykonawca i osoba wyznaczona do testów zawrą umowę na 6 miesięcy mając pełną świadomość, że nie będzie ona realizowana, to tak samo mógłby założyć, że z równie dużym prawdopodobieństwem te podmioty mogłyby zawrzeć umowę z datą wsteczną. Podobnie, jeżeli założymy nieuczciwość wykonawcy i łamanie przez niego prawa poprzez złożenie oświadczenia, że łączy go z daną osobą umowa na okres, co najmniej 6 miesięcy, to możemy również założyć, że ten sam nieuczciwy wykonawca złoży oświadczenie, że umowa była zawarta 6 miesięcy przed dniem rozpoczęcia Testu itp. Postulowane przez odwołującego zmiany SIWZ tego ryzyka nie wyeliminują.

Ponadto, odwołujący wymaga zobowiązania wykonawcy, aby osoby, które brały udział w testach brały również udział w realizacji zamówienia nie precyzuje jednak ani w jakim zakresie, ani w jakiej roli. Nie określa minimalnego limitu godzin, który byłby adekwatny do uznania, że został wykorzystany potencjał tych osób w tym samym stopniu jak w trakcie realizacji Testów, oraz nie proponuje sposobu weryfikacji tych wymagań. Odwołujący nie zakwestionował również postanowień wzoru Umowy, które nie dają uprawnień Zamawiającemu do weryfikacji takiej pracochłonności ani nie dają mu prawa do ingerowania w sposób świadczenia usług przez wykonawcę. Uprawnień takich nie ma zamawiający, co

odwołujący akceptuje. Tym samym żądanie odwołującego *de facto* nie przekłada się w sposób realny na sposób świadczenia usług po zawarciu Umowy w sprawie zamówienia.

Zamawiający wyjaśnił, że celowo i w sposób uzasadniony nie nałożył obowiązku realizacji przedmiotu zamówienia przez konkretne osoby wykonujące Testy. Podkreślił, że Testy wykonywane są przez zespół skomponowany indywidualnie przez wykonawcę. To wykonawca określa nie tylko liczbę tych osób (w ustalonych przez zamawiającego granicach) i ich kwalifikacje, ale przede wszystkim organizację i metodykę pracy zespołu ustalając, kto za co jest odpowiedzialny oraz jaki jest podział zadań pomiędzy członkami zespołu. Zamawiający wskazał, że w trakcie Testów nie weryfikuje i nie ocenia, który z członków zespołu wykonał zadanie lub miał najistotniejszy wpływ na jego realizację, a rola którego była znikoma lub żadna. Punktowany jest efekt w postaci umiejętności wykonania usługi przez organizację zgodnie z przyjętą przez nią „metodyką”.

Zamawiający zauważył również, że Umowa w sprawie niniejszego, zamówienia zawierana jest na niemalże 6 lat. Zobowiązanie, aby ten sam zespół uczestniczył w realizacji zamówienia w praktyce jest niewykonalne, z uwagi na problematyczny mechanizm wymiany tych osób, chociażby z przyczyn losowych. Odwołujący sugeruje, że Testy powinien zdawać ponownie cały zespół wykonawcy, nawet gdyby wymianie podlegał tylko jeden z jego członków. Tym samym procedura testowa musiałaby być wdrażana każdorazowo, niezależnie od tego, czy wymianie będzie podlegała osoba mająca jedynie wspomagającą rolę w zespole testowym (np. prawnik specjalizujący się w Pzp, który często uczestniczy w zespole testowym), czy też osoba faktycznie wykonująca zadanie. Przyjęcie innego rozwiązania wymagałoby indywidualnego testowania osób skierowanych do realizacji co całkowicie wypacza cel i przedmiot Testów, które mają służyć jakościowej ocenie „próbki” świadczenia usług przez wykonawcę.

Ponadto nie wystarczające byłoby zdanie testów przez zespół w nowym składzie – wymagane byłoby zdanie testów, co najmniej na tym samym poziomie, który umożliwił wykonawcy wybór jego oferty jako najkorzystniejszej (uzyskanie min. tyle samo punktów), tym samym prowadzenie kolejnych testów, jak tego chce odwołujący, za każdym razem mogłoby prowadzić do zmiany rankingu wykonawców i zmiany wyniku postępowania. Odwołujący nie sprecyzował również jakie byłyby konsekwencje niezdania Testów w trakcie realizacji Umowy np. w czwartym roku należytego wykonania Umowy. Czy w takim przypadku niezaliczenie testów, lub uzyskanie mniejszej liczby punktów powinno skutkować odstąpieniem od Umowy (pomimo dochowywania parametrów SLA), czy też obowiązkiem wymiany osób i testowania do skutku, aż efekt uzyskany na etapie, badania oferty zostanie osiągnięty. Przyjęcie modelu zaproponowanego przez odwołującego zdaniem zamawiającego nie przekłada się na sposób świadczenia usługi, a jedynie grozi paraliżem i impasem w trakcie realizacji Umowy.

Wskazane przez odwołującego w treści odwołania jako przykładowe lub wzorcowe postępowania (m.in. PKP i MS) nie są relewantne dla niniejszego stanu faktycznego. Kryteria w nich zastosowane *de facto* odnoszą się do właściwości konkretnej osoby lub osób, a nie do zespołu i jakości pracy tego zespołu. Co więcej mechanizmy w nich przewidziane również nie gwarantują, że osoby te nie zostaną zmienione w trakcie realizacji zamówienia lub że będą to osoby o tożsamy lub lepszych kompetencjach.

Reasumując, kwestionowane kryterium w pełni odpowiada przepisom Pzp, w szczególności:

- art. 91 ust. 2c Pzp, gdyż jest ściśle związane z przedmiotem zamówienia, ponieważ weryfikuje jakość sposobu świadczenia usług poprzez weryfikację działań wykonawcy w sytuacjach zbliżonych do tych występujących w trakcie realizacji zamówienia;
- art. 91 ust. 2d Pzp, gdyż jest ustalone w sposób jednoznaczny i zrozumiały;
- art. 91 ust. 3 Pzp, gdyż nie dotyczy właściwości samego wykonawcy ani jego potencjału osobowego, ale ocenia sposób świadczenia usługi (punkty są przyznawane nie za właściwości poszczególnych osób wchodzących w skład zespołu, ale za efekt polegający na wykonaniu zadania);
- art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż nie preferują żadnego z wykonawców, w szczególności wykonawców obecnie świadczących usługi utrzymania KSI (którzy aktualnie dysponują zespołem wystarczającym do zaliczenia testów z uwagi na świadczone u zamawiającego obecnie usługi) i nie dyskryminują.

Na marginesie zamawiający zaznaczył, że tak odwołujący jak i przystępujący obecnie dysponują zespołem znacznie przekraczającym liczbowo wymagania postawione w niniejszym postępowaniu. Na bieżąco zaangażowane jest kilkaset osób w realizację zamówienia. Umowy realizowane są w sposób należyty. Trudno zatem dostrzec interes w kwestionowaniu tych zapisów przez odwołującego. Nie można upatrywać się interesu w praktyce zawyżania wymagań lub zrównywania standardów do standardu przyjętego przez jednego z wykonawców.

Co do zarzutu wskazanego w pkt 4 zamawiający wyjaśnił, że odwołujący kwestionuje legalność art. 17 ust. 11 Umowy, który różnicuje sytuacje prawną wykonawców obecnie świadczących usługi wsparcia eksploatacji i utrzymania systemu KSI ZUS w stosunku do podmiotów, które nie posiadają żadnego doświadczenia w tym zakresie.

Na wstępie zamawiający podkreślił brak interesu odwołującego w kwestionowaniu postanowienia art. 17 ust. 11 Umowy. Postanowienie to bowiem nie uniemożliwia odwołującemu wyceny oferty, ani jej złożenia. Sam odwołujący twierdzi, że przedmiotowe postanowienie stawia go w lepszej sytuacji niż innych potencjalnych wykonawców, a rzekomy interes upatruje w potencjalnej możliwości unieważnienia postępowania. Takie ryzyko jest całkowicie hipotetyczne, nie znajduje ono oparcia ani w przepisie art. 146 ust. 1 Pzp ani w dotychczasowych doświadczeniach. Podobne rozwiązanie Zamawiający

zastosował w poprzednim postępowaniu na tożsamy przedmiot zamówienia (TZ/271/66/15). Kluczowa różnica w ówczesnym postępowaniu w porównaniu do bieżącego polega na tym, że wówczas na rynku istniał jeden wykonawca – odwołujący, który posiadał doświadczenie w świadczeniu usług objętych przedmiotem zamówienia. Wobec odwołującego zamawiający wówczas przewidział skrócony – 90 dniowy okres przejściowy niezawierający procesu weryfikacji kompetencji. Podczas gdy pozostali wykonawcy ubiegający się o zamówienie musieli uwzględnić konieczność 12 miesięcznego okresu przejściowego oraz wykazania zdolności do świadczenia usługi w procesie weryfikacji kompetencji. Postanowienia te, mimo, że w sposób obiektywny różnicowały sytuację wykonawców nie skutkowały unieważnieniem postępowania czy zawartej w jego wyniku umowy. Co więcej, wbrew tezę odwołującego zawartym w odwołaniu, ofertę korzystniejszą cenowo złożył wykonawca, który był zobowiązany do uwzględnienia w cenie oferty 12 miesięcznego okresu przejściowego, a nie odwołujący, mimo braku takiego obowiązku.

W ocenie zamawiającego trudno byłoby również uznać, że rezygnacja z pełnego Okresu Przejściowego i dodatkowej weryfikacji wykonawców narusza postanowienia Pzp, w tym jej art. 29 Pzp. Należy uznać, że skoro zamawiający uprawniony jest na własne ryzyko do rezygnacji z procesu weryfikacji kompetencji wykonawców, to tym bardziej możliwe i legalne jest jego ukształtowanie w sposób mniej restrykcyjny niż życzyłby sobie tego odwołujący. Zwłaszcza w przypadku, gdy zamawiający nie dostrzega celowości prowadzenia tego procesu w odniesieniu do tych wykonawców, którzy faktycznie świadczą usługi na jego rzecz. Nie można skutecznie stawiać zamawiającemu zarzutu naruszenia Pzp z uwagi na obniżenie wymagań, co *de facto* w niniejszym zarzucie uczynił odwołujący. Nie można uznać również, przedmiotowych zapisów za naruszające uczciwą konkurencję. Zróżnicowanie sytuacji wykonawców wynika z przyczyn obiektywnych i jest charakterystyczne dla każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Każdy wykonawca, który świadczył usługi w tym samym lub zbliżonym zakresie dla zamawiającego posiada naturalną przewagę nad innymi wykonawcami. Posiada bowiem know-how, które pozwala mu uniknąć kosztów „wejścia”, które muszą uwzględnić w cenie nowi wykonawcy.

Zamawiający podkreślił, że jego decyzja, która zrównuje sytuację obu wykonawców obecnie świadczących usługi jest racjonalna i w pełni uzasadniona. Odwołujący i Konsorcjum Comarch, którzy obecnie świadczą usługi wsparcia eksploatacji i utrzymania mają w pełni dostęp do wiedzy związanej z utrzymaniem KSI ZUS. Ponadto obaj świadczą usługi utrzymania i wsparcia eksploatacji przez okres ponad 12 miesięcy (a zatem dłuższy niż założony w Umowie maksymalny okres przejściowy). W tym okresie mieli i dalej mają pełen dostęp do systemu KSI, który na bieżąco umożliwia im zapoznawanie się z działaniem całego systemu, w tym w trybie „do odczytu” / „read only” do obszaru utrzymywanego przez drugiego z wykonawców..

Ponadto, przyjęty przez zamawiającego i obu wykonawców model współdziałania ustala zakres odpowiedzialności i reguluje zasady współpracy i przepływu informacji. W szczególności każdy z wykonawców ma dostęp do wiedzy o stanie KSI nie tylko w swoim obszarze odpowiedzialności, ale również w pozostałym. Procedury modelu współdziałania nakładają na zamawiającego obowiązek informowania o podejmowanych działaniach, w relacji z każdym z wykonawców, drugiego wykonawcy. Wykonawcy z kolei mają obowiązek zajmowania stanowiska i sygnalizowania zagrożeń wynikających z planowanych działań w obszarze drugiego wykonawcy. Zamawiający prowadzi i aktualizuje rejestry definiujące podział odpowiedzialności pomiędzy wykonawcami. Obaj wykonawcy (jako jego kluczowi uczestnicy) uczestniczą aktywnie w pracach Komitetu ds. Wdrożeń i Integracji, którego zadaniem jest koordynowanie działań w zakresie realizowanych projektów i umów utrzymaniowych KSI, W szczególności jako uczestnicy Komitetu ds. Wdrożeń i Integracji obaj wykonawcy:

- zajmują stanowisko w zakresie wpływu na eksploatację i utrzymanie KSI realizowanych projektów KSI ZUS i projektów realizowanych na styku KSI ZUS z innymi systemami;
- uczestniczą w procesie opracowywania i zatwierdzania Miesięcznego planu wdrożeń w zakresie możliwości wdrożenia w Środowisku produkcyjnym produktów projektów KSI ZUS i projektów realizowanych na styku KSI ZUS z innymi systemami;
- oceniają możliwości wdrożenia w Środowisku produkcyjnym Produktów/Produktów Innego wykonawcy i projektów realizowanych na styku KSI ZUS z innymi systemami, a także identyfikują i zgłaszają wszelkie ryzyka wynikające z realizacji tych projektów i mające wpływ na realizację dokumentów kontraktowych poszczególnych umów.

Wykonawcy obecnie zaangażowani w świadczenie usług utrzymania KSI ZUS mają, zatem pełną wiedzę, co do sposobu świadczenia usług tj. poza wiedzą praktyczną, pełną dokumentację systemu KSI oraz szereg możliwości pozyskiwania i uaktualniania wiedzy o systemie. Nie jest zatem wymagany w stosunku do nich dodatkowy Transfer wiedzy.

Nieprawdziwa jest również teza jakoby niemożliwe było przejęcie pewnych usług przez podmiot, który ich bezpośrednio nie świadczył bez etapu weryfikacji jego kompetencji. Zauważyć należy, że. dotychczas wielokrotnie do takich sytuacji dochodziło i był to stan akceptowany tak przez zamawiającego jak i wykonawców (w tym odwołującego).

Jak wyjaśnił zamawiający obaj wykonawcy (Asseco i Comarch) są związani z nim umową ramową na rozwój KSI ZUS, w ramach której wykonują bieżące modyfikacje systemu KSI. Niejednokrotnie w wyniku realizacji umowy ramowej jeden z wykonawców realizuje modyfikację, która dotyczy części KSI leżącej w zakresie odpowiedzialności za utrzymanie po stronie drugiego wykonawcy. Przykładem takiego procesu jest modyfikacja dotycząca XPL oraz koncepcja migracji domeny świadczeniowej na technologię x86. Innym, aktualnym przykładem jest modyfikacja EESSI zrealizowana w ramach umowy rozwojowej przez

Asseco, a utrzymywana w ramach umowy utrzymaniowej przez Comarch. W przypadku żadnej z przejmowanych z umowy rozwojowej do utrzymaniowej usługi wykonawca utrzymujący tę usługę nie przechodził weryfikacji i nie zdawał testów. Taki mechanizm z sukcesem (tj. bez żadnych poważnych zakłóceń) działa od wielu lat. Odwołujący wielokrotnie przejmował usługi wykonane i wdrożone przez innych wykonawców np. usługę M0310 Ewidencjonowanie i udostępnianie daty pokrycia składek na ubezpieczenie zdrowotne wdrożoną przez wykonawcę CAPGEMINI lub M0298 Przygotowanie KSI ZUS do współpracy z PUE pod kątem projektu E-zwolnienia oraz dostosowanie do zmian w zakresie ustalania podstawy wymiaru zasiłków oraz przyznawania zasiłku macierzyńskiego i opiekuńczego zrealizowaną przez Konsorcjum firm: HP i Kamssoft. Każdorazowo przejście odpowiedzialności za usługę mimo braku weryfikacji kompetencji w danym zakresie następowało w sposób prawidłowy a usługi były utrzymywane należycie. Także w trakcie przejścia usług przez Konsorcjum Comarch w 2018 r. zamawiający wyjaśnił, że nie testował 1:1 umiejętności w świadczeniu każdej usługi objętej umową w sprawie zamówienia. W Okresie przejściowym, który przeszedł wykonawca Konsorcjum Comarch, zamawiający zdecydował się na testowanie 56 z 74 metryk usług objętych przedmiotem zamówienia. Sam zatem zamawiający również wówczas założył, że testowana będzie jedynie część usług.

Sposób świadczonych obecnie usług pozwala również stwierdzić, że obaj wykonawcy, obecnie świadczący usługi posiadają wiedzę i kwalifikacje niezbędne do realizacji usług wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS, a wdrożenie w stosunku do nich postępowania weryfikacyjnego byłoby bezprzedmiotowe i niecelowe.

Na marginesie zamawiający wskazał, że odwołujący nie kwestionował, iż w stosunku do obu obecnych wykonawców wystarczający będzie 90 dniowy Okres Przejściowy, z czego dwa tygodnie będą przeznaczone na przygotowanie Harmonogramu Przejścia. Nie przeczy zatem, że z uwagi na kompetencje obu wykonawców okres ten może być istotnie skrócony.

Mając na uwadze powyższe – zdaniem zamawiającego – zarzut był całkowicie bezpodstawny.

Przechodząc do odniesienia się do zarzutu opisanego w pkt 6 uzasadnienia odwołania zamawiający na wstępie, poinformował, że zmodyfikował art. 3 ust. 2 pkt 18 Umowy nadając mu następujące brzmienie (Modyfikacja nr 15):

(...) w ramach wynagrodzenia, o którym mowa w art. 7 ust 3, każdorazowego utrwalania (w tym sporządzania stosownych pisemnych opisów) i przekazywania Zamawiającemu, w terminie trzech miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia Usług w ramach danej Metryki (w tym również każdej z nowych Metryk powołanych w czasie obowiązywania Umowy), zgodnie z procedurą P020 z Załącznika 4, całości Know-how, a także kompletu wszelkich procedur (w tym Procedur administracyjnych), niezbędnych dokumentów (zwłaszcza dokumentacji technicznej) oraz narzędzi (tj. oprogramowania, aplikacji, skryptów etc.), wytworzonych przez

Wykonawcę lub podwykonawcę w celu utrzymania KSI ZUS, z zastrzeżeniem, że w przypadku Know-how, procedur, dokumentów oraz narzędzi dotyczących Metryk rozliczanych i płatnych w okresach kwartalnych, przekazywanie Zamawiającemu zaktualizowanych wersji ww. Know-how, procedur, dokumentów oraz narzędzi nastąpi w ostatnim miesiącu pierwszego pełnego kwartału kalendarzowego, za który Wykonawca wystawi fakturę z tytułu świadczenia usług w ramach tych Metryk. Przekazane przez Wykonawcę Know-how; procedury, dokumenty i narzędzia, o których mowa w zdaniu poprzedzającym, będą pozwalać Zamawiającemu na należyte i terminowe świadczenie Usług utrzymania w ramach każdej z Metryk i będą zawierać w szczególności (...)

Następnie zamawiający wyjaśnił, że przedmiotową modyfikacją doprecyzował i zawęził zakres know-how, który ma być przedmiotem przekazania przez wykonawcę. Wyraźnie wskazano, że przedmiotem przekazania będzie know-how wytworzony w celu utrzymania KSI ZUS a nie całość know-how wykonawcy, z którego może korzystać w trakcie realizacji Umowy. Nie może jednak zgodzić się na dalej idące i nie realizujące uzasadnionych potrzeb zamawiającego, propozycje zmiany SIWZ przedstawione przez odwołującego.

Zamawiający wyjaśnił, że KSI ZUS jest systemem skomplikowanym i na bieżąco rozwijany. Wybrany wykonawca w ramach Umowy będzie w sposób kompleksowy „zajmował się” systemem KSI przez okres niemalże 6 lat lub dłużej. W tym czasie wykonawca będzie świadczył usługi utrzymania, serwisowe oraz pełnił rolę Integratora. Zlecane będą mu również usługi dodatkowe. W celu świadczenia ww. usług, wykonawca będzie korzystał z pewnego kształtowanego w tym celu know-how, procedur, narzędzi i dokumentów, które będą pozwalały na świadczenie tych usług. Nie ulega wątpliwości, że zamawiający nie tylko jest uprawniony, ale również zobowiązany do zapewnienia sobie w Umowie instrumentów prawnych pozwalających na uzyskanie praw do tych dokumentów lub narzędzi oraz uzyskania odpowiedniego know-how związanego ze świadczeniem tych usług. w innym bowiem razie po upływie 6 lat nie będzie możliwe n przyczyn obiektywnych udzielenie zamówienia publicznemu na usługi utrzymania i serwisu KSI ZUS innemu wykonawcy niż dotychczasowy.

Co więcej, w interesie zamawiającego jest uzyskiwać na bieżąco kompleksową wiedzę o wszystkich działaniach podejmowanych przez wykonawcę w związku z realizacją Umowy oraz prawa do dokumentów lub narzędzi niezbędnych do świadczenia usług z uwagi na bezpieczeństwo informatyczne zamawiającego. W skrajnym przypadku rozwiązania lub wygaśnięcia Umowy bez wyłonienia kolejnego wykonawcy, zamawiający powinien mieć chociażby prawną możliwość wykonywać usługi utrzymania KSI samodzielnie lub ze wsparciem podmiotów trzecich. Nie może bowiem poprzez swoje zaniedbania doprowadzić do chociażby krótkich okresów braku funkcjonowania KSI. Zamawiający jako dysponent środków publicznych ma uprawnienie do kształtowania postanowień umowy zgodnie ze

swoimi potrzebami i wymaganiami. Zamawiający działa bowiem w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb o charakterze publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu mogłoby prowadzić do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Oznacza to, że ryzyko ponoszone przez zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy (tak wyrok KIO z 28 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2171/16). Także w orzecznictwie oraz wytycznych Prezesa UZP kładzie się nacisk na obowiązek zamawiającego zagwarantowania sobie prawnych możliwości do utrzymania, rozwoju i modyfikacji systemów bez udziału pomiotu, który na gruncie danej umowy takie usługi wykonuje. Prawidłowe działania zamawiającego mają bowiem zmierzać do uzyskania niezależności od wykonawcy i tym samym do zapobieżenia monopolizacji danego sektora usług IT u zamawiającego przez jednego wykonawcę (por. wyrok NSA w Warszawie z 6 kwietnia 2006 roku sygn. akt II GSK 7/06; uchwała KIO z 7 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/KD 23/10, Rekomendacje Prezesa UZP dotyczące udzielania zamówień publicznych na systemy informatyczne).

Co istotne, przedmiotowe zamówienie zostało oszacowane na kwotę kilkuset milionów złotych. Zamawiający uwzględniając nałożony na niego obowiązek oszczędnego i celowego wydatkowania środków publicznych jest zobowiązany zagwarantować sobie efektywnie wykorzystanie tych środków. Brak kwestionowanych postanowień Umowy w ocenie zamawiającego stoi w sprzeczności z celowym wydatkowaniem środków publicznych ponieważ po 6 latach wydatkowania ogromnych kwot nie uzyska praw do know-how, narzędzi i produktów pozwalających świadczyć usługę samodzielnie lub przez inny podmiot wybrany w trybie konkurencyjnym.

Odnosząc się konkretnie do treści zarzutu należy zauważyć, że odwołujący stoi na stanowisku, że obowiązek określony w art. 3 ust. 2 pkt 18 Umowy powinien dotyczyć wyłącznie know-how, procedur, dokumentów i narzędzi wytworzonych w ramach Umowy. Tymczasem art. 3 ust. 2 pkt 18 Umowy w obecnym brzmieniu zawiera zobowiązanie wykonawcy do przekazania zamawiającemu know-how, procedur, dokumentów i narzędzi, które wykonawca wytworzył w celu utrzymania KSI ZUS .

Wprowadzenie tej regulacji umownej, której skutkiem jest objęcie zakresem zobowiązania know-how, narzędzi, procedur i dokumentów, z których wykonawca lub podwykonawcy wytworzyli w celu realizacji usług utrzymania KSI ZUS i korzystają przy wykonywaniu czynności w ramach świadczenia Usług utrzymania objętych daną Metryką jest zabiegiem celowym. Zamawiający dąży do tego, aby doprowadzić do stanu, w którym wykonawca jest zobowiązany do wydania wszystkiego, co jest niezbędne do należytego wykonywania Usług opisanych Metrykami, niezależnie od tego, kiedy know-how, narzędzia, procedury czy dokumenty powstały. Jedynym kryterium jakie wykonawca powinien brać pod uwagę przy

dobrze know-how, narzędzi, procedur czy dokumentów do przekazania zamawiającemu jest to, czy takie know-how, narzędzia, procedury czy dokumenty są niezbędne do świadczenia Usług objętych Metryką i zostały wytworzone w celu ich realizacji.

Z uwagi na charakter świadczeń objętych Umową, zamawiający wyjaśnił, że nie ma możliwości weryfikacji jakie know-how, narzędzia, procedury czy dokumenty są niezbędne do świadczenia Usług objętych daną Metryką. To wykonawca posiada pełną wiedzę w tym zakresie, dlatego też ciężar i ryzyko decyzji o zakresie przekazywanych narzędzi powinno spoczywać na wykonawcy. Nie ma mowy w kwestionowanym postanowieniu o jakimkolwiek know-how, ale takim, które zostało wytworzone w celu świadczenia usług utrzymania KSI ZUS- a zatem mającym ścisły związek z przedmiotem Umowy. Należy przyjąć, że know-how, z którego wykonawca korzysta, zostało wytworzone w celu realizacji usług i jako niezbędne do ich świadczenia powinno zostać przeniesione na zamawiającego na podstawie kwestionowanego w niniejszym zarzucie postanowienia Umowy. Doświadczenie wykonawcy z okresu przekazywania usług KSI nowemu wykonawcy na przełomie lat 2018 i 2019 wskazuje, że zamawiający powinien mieć możliwość uzyskania kompletu know-how, narzędzi, procedur czy dokumentów od dotychczasowego wykonawcy, które pozwolą mu kontynuować świadczenie usług bez udziału tego wykonawcy. Tylko takie działanie umożliwi sprawne i bezawaryjne przejmowanie metryk. Niewątpliwie takie działanie zamawiającego nie leży w interesie wykonawcy, który swój interes upatruje w pewnym uzależnieniu zamawiającego od świadczonych przez siebie usług z uwagi na posiadaną tylko przez niego i wynikającą z doświadczenia wiedzę o sposobie świadczenia usług utrzymania i wsparcia eksploatacji KSI ZUS.

Zamawiający zwrócił uwagę, że odwołujący nie kwestionuje zakresu przekazywanych na podstawie art. 3 ust. 2 pkt 18 dokumentów i informacji. Tym, samym nie kwestionuje konieczności utrwalenia i przekazania know-how, który jest niezbędny dla sprawnego świadczenia usług utrzymania KSI ZUS tak przez przyszłych wykonawców jak i samodzielnie przez zamawiającego. Skupia się jedynie na aspekcie czasowym żądając, aby obowiązek ten dotyczył jedynie know-how, procedur, dokumentów oraz narzędzi wytworzonych w ramach Umowy objętej zamówieniem. Wprowadzenie takiego zapisu umożliwiłoby wykonawcom uchylene się od obowiązku przekazania know-how powołując się na fakt wytworzenia pewnych standardów, czy procedur przed zawarciem Umowy. Zamawiający nie miałby natomiast żadnych mechanizmów weryfikacji podnoszonych przez wykonawcę okoliczności. Takie zastrzeżenie jest tym bardziej nieuzasadnione w odniesieniu do sytuacji odwołującego. Asseco bowiem od 20 lat świadczy usługi utrzymania i wsparcia eksploatacji KSI, a zatem nie ulega wątpliwości, że wymagany do jego obsługi know-how (procedury, narzędzia, instrukcje) powstawał przez lata i w ramach zawartej Umowy będzie jedynie wykorzystywany, a nie wytwarzany.

Ponadto zamawiający zauważył, że odwołujący dokonuje interpretacji wyroku KIO 880/17 w sposób zawężający. Wówczas „Izba uznała, że dokonując tej wykładni zamawiający zawęził pojęcie „korzysta” do pojęcia wytworzył w celu świadczenia usług”. Tym samym w 2017 r. Izba uznała, że wykonawcy będą zobowiązani przekazać zamawiającemu know-how wytworzonego „w celu” świadczenia usług bez względu na okres w jakim to nastąpiło a nie jak żąda tego obecnie odwołujący w ramach umowy wskazana na wstępie modyfikacja SIWZ dokonana przez zamawiającego opowiada interpretacji Izby.

W ocenie zamawiającego przychylenie się do żądania odwołującego będzie skutkowało całkowitym brakiem rozliczalności wykonania zobowiązania. Nie można zgodzić się również ze stanowiskiem odwołującego, że kwestionowane przez niego postanowienie narusza jakikolwiek przepis Pzp, w tym art. 29 lub art 7 Pzp. Kwestionowane postanowienia dotyczą wszystkich potencjalnych wykonawców, a ich treść jest im znana przed składaniem ofert. Tym samym postanowienia te nie preferują żadnego wykonawcy, ani nie naruszają uczciwej konkurencji. Co istotne, brzmienie kwestionowanego przez odwołującego postanowienia Umowy, nie stanowiło przeszkody do złożenia przez niego oferty w poprzednim tożsamym postępowaniu. Nadto, nie ograniczyło w żaden sposób kręgu podmiotów biorących udział w tamtym postępowaniu.

Zamawiający zgodził się również z twierdzeniem odwołującego, jakoby aktualne brzmienie zostało sformułowane niejasno i niejednoznacznie, co miałyby prowadzić do niemożności złożenia oferty przez odwołującego. Zamawiający zauważył, że odwołujący nie ma problemu z ustaleniem treści zobowiązania, nie kwestionuje ujętych w nim pojęć, a jedynie stara się wpłynąć na ograniczenie tego obowiązku poprzez wprowadzenie terminu wytworzenia know-how, które musiałoby zostać przekazane na mocy kwestionowanego postanowienia. Nie zgodził się również twierdzeniem odwołującego zawartym w piśmie z dnia 14 maja 2020 r., że nowe brzmienie kwestionowanego postanowienia preferuje wykonawcę Comarch. Każdy potencjalny wykonawca musi opracować pewien know-how w celu realizacji usług objętych przedmiotem zamówienia. Nowy wykonawca będzie to robił w ramach obecnej Umowy, dotychczasowi będą korzystali częściowo z już wypracowanego know-how (nie muszą już drugi raz go wytwarzać). Wszyscy natomiast na równych zasadach są zobowiązani do jego przeniesienia niezależnie od czasu w jakim powstał.

Przeciwnie postanowienie forsowane przez odwołującego, aby wymaganie przekazania know-how dotyczyło tylko narzędzi i procedur wytworzonych w ramach realizacji Umowy preferuje tylko jednego wykonawcę – odwołującego i stanowi jaskrawy przykład nierównego traktowania wykonawców. Tylko bowiem odwołujący skorzystałby na takim brzmieniu Umowy. Tylko bowiem on jako wykonawca od 20 lat realizujący usługi utrzymania mógłby na jego podstawie uchylić się od obowiązku przekazania know-how wskazując, że know-how z którego korzysta realizując usługi utrzymania KSI ZUS jest to know-how wytworzone w

ramach poprzednich umów. Zamawiający natomiast nie dysponuje żadnym narzędziem, aby móc zweryfikować i zakwestionować takie twierdzenie odwołującego. Pozostali Wykonawcy, w tym wykonawca Comarch nie mają możliwości, aby uchylić się od obowiązku przekazania know-how. Co więcej, Konsorcjum Comarch na bieżąco .przekazuje know-how tworzony w ramach obecnie trwającej umowy.

Zdaniem zamawiającego nie jest również prawdziwe twierdzenie zawarte w piśmie odwołującego z dnia 14 maja 2020 r. jakoby modyfikacją z dnia 3 kwietnia 2020. r. zamawiający rozszerzył zakres obowiązków wykonawcy. Przypomnieć należy, że pierwotne postanowienia art. 3 ust. 2 pkt 18 Umowy wymagało przekazania know how, dokumentacji oraz narzędzi z których wykonawca lub jego podwykonawcy korzystają przy realizacji usług utrzymania KSI ZUS. Odwołujący zaskarżył to postanowienie wskazując na jego zbyt szeroki zakres obejmujące każde, dowolne narzędzie czy procedurę. Modyfikacją nr 15 z dnia 3 kwietnia 2020 r. zakwestionowaną w niniejszym odwołaniu zamawiający zawęził zakres przekazywanego know-how do wytworzonego w celu utrzymania KSI ZUS. A zatem jedynie do takiej wiedzy; narzędzi i procedur, które powstało w celu utrzymania unikatowego na świecie systemu informatycznego. Systemu, co do którego zamawiający jako jego właściciel i podmiot odpowiedzialny za jego działanie, jest zobowiązany mieć pełną wiedzę, W innym przypadku zagrożone może być bezpieczeństwo Państwa.

Należy przyjąć, że żadne inny system informatyczny, w tym żaden utrzymywany przez odwołującego dla innych klientów nie jest porównywalny do KSI ZUS, tj. (i) oparty o podobną architekturę informatyczną, (ii) obsługiwany w modelu podziału systemu na wyodrębnione usługi, (iii) napisany w tych samych językach oprogramowania, (iv) dotyczący m.in. pobierania i wypłaty świadczeń dla emerytów i rencistów w Polsce na podstawie m.in. ustawy z 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych. W Polsce i na świecie nie ma takiego drugiego systemu jak KSI ZUS. Żaden inny podmiot nie świadczy usług takich jak zamawiający, w konsekwencji system IT, który obsługuje świadczenie usług przez zamawiającego na rzecz beneficjentów świadczeń jest unikatowy. Zamawiający chce pozyskać know-how dotyczące utrzymania tego unikatowego, swojego systemu. Nie jest zainteresowany jakimkolwiek innym know-how, które posiada odwołujący. Modyfikacja z dnia 3 kwietnia 2020 r. wyraźnie to zaakcentowała wyłączając ryzyko żądania od wykonawców całości ich know-how do know-how ściśle powiązanego z jednym, unikalnym systemem.

Zamawiający podkreślił, że odwołanie składane do Izby jest środkiem ochrony prawnej, a nie narzędziem do negocjacji z zamawiającym i do domagania się modyfikacji przez Izbę postanowień umowy w sposób korzystny i uznawany przez potencjalnego oferenta za pożądanym i właściwym (tak KIO m.in. w wyroku z 15 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1040/15, KIO 1043/15). Tymczasem trudno nie oprzeć się wrażeniu, że stawiane zarzuty oraz wynikające z nich żądania zmierzają w istocie do ukształtowania treści Umowy w sposób

dogodny dla odwołującego, co stoi w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji oraz woli zamawiającego podyktowanej jego rzeczywistymi potrzebami oraz dbałością o interes publiczny.

Wobec powyższego zarzut 6 odwołania – w ocenie zamawiającego – uznać należy za całkowicie bezzasadny i niezasługujący na uwzględnienie. Jak wskazano powyżej, celem zamawiającego było – zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami – uzyskanie możliwie pełnego dostępu do know-how, procedur, dokumentów i narzędzi niezbędnych do przekazania realizacji usług objętych przedmiotem Umowy, niezależnie od okresu ich wytworzenia, oraz ich kontynuacji przez podmiot wybrany za 6 lat w trybie Pzp. Przy czym, postanowienie to nie narusza żadnego przepisu Pzp.

W zakresie zarzutu podniesionego w pkt 10 uzasadnienia odwołania na wstępie zamawiający wskazał, że w dniu 3 kwietnia 2020 r. dokonał modyfikacji SIWZ poprzez uszczegółowienie definicji terminów: „Incydent krytyczny”, „Incydent niski”, „Incydent średni wsad”, i „Incydent VIP” (Modyfikacje nr 29, 30, 31, 32). Następnie w wyniku drugiego odwołania wniesionego przez odwołującego zamawiający dokonał autokorekty dwóch definicji – Incydentu krytycznego i Incydentu VIP – modyfikując te definicje w dniu 20 maja 2020 r. (modyfikacja nr 86 i 87). Odwołujący w niniejszym zarzucie zakwestionował poziom szczegółowości definicji terminów: „Incydent krytyczny”, „Incydent niski”, „Incydent średni wsad”, i „Incydent VIP”. Jednocześnie zaniechał sformułowania żądania co do satysfakcjonującej go treści tych definicji. W tym świetle należy uznać to żądanie za blankietowe, a zarzut za wadliwy (tak wyrok KIO z 6 lutego 2014 r., sygn. akt KIO 123/14). Argumentacja, podnoszona przez odwołującego, wskazująca na orzeczenie Sądu Okręgowego wydanego w sprawie innego postępowania, rzekomo wiążącego zamawiającego w tym postępowaniu zamawiający uznał za chybioną. Wadliwe sformułowanie zarzutu uniemożliwiło zamawiającemu uwzględnienie zarzutu i co za tym idzie uniknięcie ryzyka stawiania dalszych zarzutów na dokonanej modyfikacją SIWZ, o ile nie wychodzi ona naprzeciw niewyrażonemu wprost oczekiwaniu wykonawcy.

Zamawiający wyjaśnił, że dopiero w odwołaniu z dnia 10 kwietnia 2020 r. odwołujący sformułował żądanie wprowadzenia konkretnych postanowień SIWZ, co mógł uczynić już w pierwszym odwołaniu, a czego zaniechał. Treść drugiego odwołania stanowi zatem dowód na to że niniejszy zarzut został sformułowany wadliwie. Co więcej w drugim odwołaniu odwołujący pod pretekstem modyfikacji formułuje dalej idące żądania i zarzuty niż miało to miejsce w niniejszym odwołaniu. Te nowe zarzuty należy uznać za spóźnione. Ponadto takie działanie odwołującego należy uznać za swoistą taktykę negocjacyjną, a nie korzystanie ze środków ochrony prawnej. Podkreślenia wymaga, że odwołujący na poparcie swoich twierdzeń przytoczył w treści odwołania definicje zastosowane podczas poprzedniego postępowania (TZ/271/66/15) na tożsame usługi uznając poziom szczegółowości

zastosowanych definicji za wzorcowy. Tym samym dokonana przez zamawiającego modyfikacja SIWZ z dnia 3 kwietnia 2020 r. polegająca na uszczegółowieniu definicji Incydentu krytycznego, Incydentu niskiego, Incydentu średniego wsad i Incydentu VIP, która odpowiada poziomem szczegółowości poprzednio stosowanym definicjom powinna była czynić niniejszy zarzut bezprzedmiotowym

Zamawiający podkreślił, że Incydent VIP dotyczy tylko jednej usługi, związanej z obsługą programu płatnik. Jest to jedyny element KSI ZUS, który swoją „końcówkę” ma w siedzibie Klienta. Fakt ten wymagał od zamawiającego stworzenia nowej kategorii incydentów tj. Incydentów VIP, których charakterystyczną cechą jest konieczność wykonania naprawy w siedzibie Klienta. Właśnie ta specyfika naprawy decyduje o uznaniu danego incydentu za VIP. Nie ma żadnej innej szczególnej cechy ten rodzaj Incydentu. Skalę pracochłonności, a co za tym idzie sposób wyceny w ofercie określa wprowadzony przez zamawiającego limit możliwych zgłoszeń Incydentu VIP do 10 na miesiąc. Niezależnie zatem czy na liście klientów, którzy mogą skorzystać z naprawy w ramach Incydentu VIP byłoby 6 tys, 10 tys. Klientów czy 2,5 mln to liczby te nie wpływają na sposób wyceny oferty. Odwołujący powinien bowiem cenie oferty. przewidzieć możliwość zgłaszania 10 incydentów VIP w miesiącu. Wykonawca nie będzie bowiem zobowiązany w żadnym przypadku obsłużyć większej liczby tego rodzaju incydentów.

Zamawiający wskazał, że niezależnie od dokonywanych zmian odwołujący ma i miał możliwość oszacowania ryzyka związanego ze zgłaszaniem kwestionowanych Incydentów ponieważ zamawiający ustalił limit ich Zgłoszeń. W przypadku Incydentów krytycznych limit zgłoszeń został ustalony na maksymalnie 10 zgłoszeń w tygodniu (por. Załącznik 9 do Umowy), dla Incydentu średniego wsad (5 tygodniowo) i Incydentu VIP (10 miesięcznie). Wykonawcy mają zatem informacje dot. maksymalnego obciążenia pracą związaną z reagowaniem na tego rodzaju incydenty, niezbędne do prawidłowego oszacowania oferty w tym zakresie i powinni wycenić maksymalną – konkretną, wskazaną w SIWZ – liczbę tych incydentów. Niezależnie zatem od treści definicji wykonawca kalkuluje ofertę w oparciu o limit każdego z Incydentów ma bowiem pewność, że jest to pracochłonność, którą należy wycenić. Nawet gdyby definicja była maksymalnie szeroka i teoretycznie pozwalała zakwalifikować do danego Incydentu setki czy tysiące zdarzeń nie będzie musiał reagować w danym reżimie (wyższym niż Incydent niski) w więcej niż określonej w SIWZ liczby przypadków (5 lub 10). Nie będzie zatem ponosił dodatkowych kosztów z tego tytułu.

Tym samym zarzut odwołującego był w opinii zamawiającego bezprzedmiotowy i zamawiający wniósł o jego oddalenie.

Jeśli chodzi o zarzut z pkt 12 uzasadnienia odwołania zamawiający wyjaśnił, że przedmiotowy zarzut był co najmniej niezrozumiały. Odwołujący jako obecny wykonawca usług, które będą przedmiotem przejęcia w pierwszym etapie realizacji Umowy ma pełną

wiedzę o zakresie odpowiedzialności, która zostanie przekazana w pierwszej kolejności na najbliższe 17 miesięcy – są to bowiem usługi obecnie przez odwołującego świadczone. Nie ma również żadnej wątpliwości jakie usługi będzie świadczył w. okresie kolejnym. Na bieżąco w ramach świadczonych usług ma dostęp do informacji o aktualnym stanie KSI i posiada pełną wiedzę w tym zakresie. Wiedza ta jest uaktualniana w ramach Konsultacji utrzymaniowych i wymiany informacji zgodnie z przyjętym Modelem współdziałania. Odwołujący nie ma zatem interesu w uwzględnieniu niniejszego zarzutu. Odwołujący powinien również wiedzieć, że szczegółowe informacje. zamieszczone w Rejestrach (Dodatki A, B i C) z uwagi na ich wrażliwy i poufny charakter nie powinny być upubliczniane. Ujawnienie tych informacji umożliwiłoby podjęcie w zdecydowanie krótszym czasie prób uzyskania dostępu do danych wrażliwych, skracając czas potrzebny podmiotowi przeprowadzającemu cyberatak na pozyskanie z innych źródeł ww. informacji. Siła i zakres cyberataku mogłaby spowodować trudne do oszacowania straty. Decyzja zamawiającego o nieupublicznianiu treści ww. rejestrów i przekazaniu ich jedynie wybranemu w postępowaniu wykonawcy była zatem uzasadniona i konieczna,

Zamawiający podkreślił, że brak szczegółowych informacji zawartych w Rejestrach elementów architektury nie uniemożliwia złożenia oferty i jej prawidłowej wyceny nawet wykonawcy, który wcześniej nie realizował usług dla zamawiającego. Zakres obowiązków wykonawcy określają metryki usług, które są opisane w załącznikach nr 6-10 do Umowy. To na ich bazie każdy wykonawca jest w stanie wywieść jaki zakres obowiązków będzie na nim ciążył i jaki zakres należy wycenić w ofercie. Niezrozumiały jest również zarzut wadliwego, niezgodnego z przepisami ukształtowania prawa do dokonywania zmian w Rejestrach. Kwestionowany obecnie mechanizm jest tożsamy z tym obecnie obowiązującym wypracowanym trójstronnie z Odwołującym i Konsorcjum Comarch.

Zgodnie z pkt. 2.2.5 zawartym w obecnie obowiązującym Modelu współdziałania przyjętym aneksem nr 2 do umowy z 22 marca 2018 r. o udzielenie zamówienia publicznego nr 1064981 na usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (KSI ZUS) w Okresie Przejściowym zawartej pomiędzy ZUS a Asseco – *Do kompetencji KK należy w szczególności: Rozpoznawanie uwag co do prawidłowości modyfikacji wpisów w Rejestrach z rzeczywistym stanem wynikającym z innych czynności, w szczególności dokonanych pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą Konsorcjum Comarch lub Wykonawcą Asseco zgodnie z właściwymi procedurami dla danej czynności, określonymi odpowiednio w Umowie z Konsorcjum Comarch lub w Umowie z Asseco. Przez czynności, o których mowa w zdaniu powyższym strony rozumieją w szczególności:*

2.2.5.1.1. *powołanie nowej Metryki Usług Wykonawcy;*

2.2.5.1.2. *modyfikacja Metryki Usług Wykonawcy;*

2.2.5.1.3. *zaprzestanie świadczenia Metryki Usług Wykonawcy;*

2.2.5.1.4. *zmiany ITS KSI np. nowe wersje.*

Tożsamy mechanizm wprowadzania zmian przewiduje rozdz. II ust. 6 lit a Załącznika 2, do którego odsyła kwestionowany przez Odwołującego pkt 1.12 Załącznika nr 5 do Umowy, Podpisując ww. aneks odwołujący zaakceptował zawarty w nim model współdziałania tożsamy do zaproponowanego obecnie. Ponadto w momencie zawierania aneksu odwołujący nie wnosił o zmianę wysokości wynagrodzenia – co oznacza, że zaproponowany tam mechanizm dokonywania zmian w Rejestrach nie przekładał się realnie na wycenę świadczonych przez niego usług.

Zamawiający nie zgodził się również z tezą jakoby zmiany w Rejestrach będą jednostronnie narzucane przez zamawiającego. Co do zasady zmiany w metrykach zachodzą z uwagi na dynamiczny charakter systemu KSI ZUS i mogą wystąpić w sytuacjach wskazanych w rozdz. III ust 6 lit a Załącznika 2 do Umowy. Niemniej jednak Komitet Koordynujący (KK), który je opiniuje jest organem kolegialnym, powołanym w okresie, gdy Usługi utrzymania KSI ZUS są świadczone jednocześnie przez więcej niż jednego wykonawcę umów utrzymania KSI. W jego skład wchodzi Dyrektorzy Projektów i Dyrektorzy Umowy ze strony wykonawców a decyzje są wypracowywane na zasadzie jednomyślności (por. rozdz. III Załącznika 2 do Umowy Organizacja struktur wskazanych w Umowie). Także powołanie Nowej Metryki Usług lub jej zmiana nie są dokonywane bez udziału i zgody wykonawcy. Zapisy procedur PO7, PO8 i PO17 zawierają działania, które są uzgadniane pomiędzy zamawiającym i wykonawcą, w ramach wzajemnej komunikacji. Nieprawdą zatem jest, że okoliczności wpływające, na zmianę zakresu Rejestrów są narzucane przez zamawiającego w sposób jednostronny, bez udziału wykonawcy.

Zgodnie z §12 ust. 10 Umowy zmiany Metryk Usług Wykonawcy stanowiących Załączniki 6-9 są przeprowadzane zgodnie z procedurami zawartymi w Załączniku 4, bez konieczności sporządzania aneksu do Umowy. W przypadku zmiany Metryki Usług wykonawcy, dotychczasowa treść załączników odnoszących się do Metryk zostanie zastąpiona zaktualizowanym tekstem jednolitym, uwzględniającym wprowadzone zmiany. Wykonawca nie zaskarżył tego postanowienia Umowy, a zatem nie kwestionuje mechanizmu zmiany Metryk Usług, których konsekwencją są zmiany w Rejestrach. Wydaje się zatem, że jedynym celem stawianego zarzutu jest usztywnienie (zamrożenie) przedmiotu świadczenia usług objętych Umową. Zamawiający nie może zgodzić się na takie opisanie i ograniczenie przedmiotu zamówienia. Permanentne zmiany KSI są bowiem wpisane w jego specyfikę. System KSI ma dynamiczny charakter i podlega ciągłym zmianom (choćby z uwagi na zmiany legislacyjne i potrzebę dostosowania KSI do tych zmian) co znajduje następnie odzwierciedlenie w Rejestrach. W ostatnich 3 latach było ponad 20 zmian metryk usług dotyczących powołania nowych lub zmiany zakresu świadczenia już istniejących,

realizowanych przez obu wykonawców obecnie świadczących usługi utrzymania KSI. KSI współpracuje również z innymi systemami wdrożonymi w ZUS, co niejednokrotnie również implikuje konieczność wprowadzenia niezbędnych modyfikacji. Zmiany te niewątpliwie wpływają na zakres obowiązków ostatecznie powierzonych wykonawcy w dniu rozpoczęcia świadczenia Usług. Jednakże procesu tego nie można zatrzymać z uwagi na fakt prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ani tym bardziej uzależnić go od zapisów w Rejestrach związanych z modelem współdziałania wykonawców usług utrzymania.

Zamawiający był zatem zobowiązany tak opisać przedmiot zamówienia, aby móc dostosowywać sposób świadczenia usługi przez cały jej okres do kształtu systemu i jego zmian. Celowi temu służy szereg procedur, które uelastyczniają realizację usług utrzymania i dostosowują je do specyfiki tego systemu. Zachowanie tego rodzaju możliwości dokonywania zmian w Umowie ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia interesów zamawiającego i znajduje uzasadnienie w specyfice przedmiotu zamówienia, w tym jest rozwiązaniem niezbędnym dla zagwarantowania sprawnej i całościowej realizacji przedmiotu zamówienia. W ramach projektów informatycznych w „naturze tych stosunków prawnych” mieści się m.in. wprowadzanie rozwiązań elastycznych i odformalizowanych. Z tego też względu wykonawca podejmując się realizacji przedmiotu Umowy, w tym mając świadomość jego charakterystyki (stały, dynamiczny rozwój systemu KSI ZUS), nie powinien wymagać usztywnienia „opisu KSI ZUS na jeden konkretny moment i w oparciu o ten historyczny opis określania zakresu swojego zobowiązania.

Jeśli chodzi o zarzut opisanym w pkt 13 uzasadnienia odwołania zamawiający na wstępie poinformował, że zmodyfikował kwestionowane postanowienie Załącznika 9 do Wzoru Umowy nadając mu następujące brzmienie: „CZAS OBSŁUGI - STOP - tylko w przypadku pierwszej prośby”. Oznacza to, że mechanizm ten został przewidziany do wszystkich Poziomów Usługi serwisowej w tym dla Incydentu krytycznego.

Zamawiający wyjaśnił, że nieprawdziwe jest twierdzenie odwołującego, że zamawiający uchyla się od wsparcia wykonawcy w realizacji jego zobowiązań, w tym od przekazania mu informacji, o jakie będzie wnioskował w celu obsługi incydentów. Zamawiający będzie odpowiadał na wszelkie prośby i pytania wykonawcy jak ma to miejsce obecnie. Kwestionowana procedura jedynie zakłada, że czas w którym wykonawca zobowiązał się do wykonywania swoich obowiązków nie będzie wstrzymywany w efekcie zadawania kolejnych pytań. Jedynie jedno pytanie wstrzymuje bieg terminu realizacji usługi. Przedmiotowe postanowienie jest w pełni uzasadnione tak potrzebami zamawiającego jak i jego doświadczeniami wynikającymi z obecnej praktyki. Na gruncie obecnie realizowanych umów każde zadane pytanie wstrzymuje czas, w jakim wykonawca realizuje swoje zadanie czyniąc zobowiązanie wykonawcy do naprawy błędu lub usunięcia innej nieprawidłowości w

przewidzianym w SIWZ czasie – iluzorycznym. Zamawiający może podać wiele przykładów, gdzie obsługa zgłoszeń serwisowych przeciągała się. Wykonawcy poprzez mnożenie pytań *de facto* nie czuli się związani jakimkolwiek reżimem czasowym obsługi incydentu.

Obecna regulacja przewiduje mechanizm zatrzymania czasu w przypadku pierwszego pytania powinno zatem ono być sformułowane w taki sposób, aby obejmowało wszystkie brakujące wykonawcy informacje do właściwego rozwiązania problemu. Po otrzymaniu tych informacji czas obsługi zaczyna biec. Nie oznacza to natomiast, że zamawiający nie odpowie na zadane dodatkowo pytania, a jedynie że ich zadanie nie zatrzyma na nowo czasu przewidzianego w SIWZ do realizacji zadania. Tym samym wykonawcy będą musieli zadać niezbędne i właściwe pytania za pierwszym razem, a nie wykorzystywać procedury, niezgodnie z jej przeznaczeniem, na zadawanie serii pytań w celu przedłużenia sobie czasu na obsługę incydentów, bez ponoszenia jakiegokolwiek z tego tytułu odpowiedzialności.

Podkreślenia wymaga, że wykonawca świadczący usługi utrzymania i wsparcia eksploatacji KSI ZUS ma przekrojową i kompleksową wiedzę o systemie KSI ZUS oraz wgląd na działania użytkowników. Zasadniczo zatem wykonawca ma pełniejszą wiedzę o możliwej przyczynie wystąpienia błędu/nieprawidłowości niż zamawiający oraz posiada szereg narzędzi aby przyczynę tą ustalać. Oczywiście wolą zamawiającego w dalszym ciągu pozostaje bycie w gotowości do udzielenia odpowiedzi i współdziałania z wykonawcą na warunkach Umowy. Zapis ten nie ogranicza w żaden sposób obowiązków zamawiającego, a jedynie zapobiec ma patologicznym sytuacjom, które mają obecnie miejsce.

Na marginesie zamawiający wskazał, że argumentacja odwołującego jakoby istniały dwa standardy/modele obsługi incydentów, co uniemożliwia zastosowanie rozwiązań przewidzianych przez zamawiającego jest gołosłowna. Żaden przepis Pzp nie został naruszony poprzez przyjęcie kwestionowanych postanowień Umowy. W szczególności art. 29 Pzp ponieważ zakres obowiązków wykonawcy został określony wyraźnie i precyzyjnie. Skutkiem uchylenia kwestionowanych postanowień Umowy będzie natomiast uzależnienie poziomu świadczenia usług od „sprytu wykonawcy”, a nie od obiektywnych niezależnych od jego indywidualnych cech lub umiejętności okoliczności. Tak jak zostało już zauważone, przedmiotowa Umowa ma charakter umowy rezultatu – rezultatem jest utrzymanie sprawności systemu na określonym poziomie. Za ten rezultat wykonawca bierze odpowiedzialność z zastrzeżeniem wyjątków określonych właściwymi postanowieniami. Nie można zatem jednocześnie dawać wykonawcy instrumentów pozwalających manipulować tym rezultatem.

W zakresie zarzutu wskazanego w pkt 15 uzasadnienia odwołania, zamawiający wyjaśnił, że odwołujący kwestionuje poziom wymagań postawionych przez zamawiającego dla jakości świadczonych usług żądając ich obniżenia. Odwołujący nie miał żadnego problemu z interpretacją postanowień SIWZ i ustaleniem poziomu SLA wymaganego

zgodnie z załącznikiem nr 9 do Umowy. Tym samym wymogi te są opisane w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Niezrozumiały zatem i nieuzasadniony jest zarzut naruszenia art 29 ust. 1 Pzp. Co istotne wymogi te nie preferują żadnego wykonawcy ani nie ograniczają konkurencji – są jednakowe dla wszystkich potencjalnych wykonawców. Nie można zatem mówić również o naruszeniu art. 29 ust 2 lub art. 7 ust. 1 Pzp.

Reasumując zamawiający stawiając kwestionowane wymagania jakościowe nie naruszył żadnego postanowienia Pzp, a tylko zarzut naruszenia Pzp zgodnie z art. 180 ust. 1 może być podstawą skutecznego odwołania.

Dalej zamawiający wyjaśnił, że odwołujący jako jedyny argument na poparcie swoje zarzutu przedstawia dane historyczne podnosząc, że skoro pewien poziom usług był akceptowalny w 2013 r. to powinien być akceptowalny w 2020 i 2025 r. Podczas gdy 10 lat w na rynku IT to wieczność. Wymagania stawiane usługom IT, możliwości systemów, jak również oczekiwania Klientów zmieniają się praktyczne z roku na rok. Zwiększa się również liczba usług wykonywanych bezpośrednio przez system – zdalnie przez obywateli. Niewątpliwie taki będzie kierunek rozwoju i z czasem obsługa petentów przeniesie się do środowiska wirtualnego. Stąd też zamawiający nie może sobie pozwolić na SLA na poziomie podobnym do tego sprzed 7 lat. Oczekiwany przez Klientów ZUS standard świadczenia usług wymusza na zamawiającym podniesienie poziomów SLA. Obecnie akceptowany brak dostępności systemów informatycznych liczony jest w minutach lub godzinach, a nie dniach czy tygodniach. Przykładowo, wstrzymanie na 12h przetwarzania w zakresie usługi przetwarzanie bieżącej ścieżki płatnika jak proponuje odwołujący, spowoduje znaczące opóźnienia w kolejnych procesach biznesowych, np. zasilanie danych finansowych do SAP, zaburzając płynność zarządzania finansami ZUS i zakończy się paraliżem działalności ZUS. Podobnie nie trudno sobie wyobrazić czym skutkować będzie 12 godzinna przerwa w możliwości wydawania zwolnień lekarskich. W systemie KSI ZUS świadczone są dziesiątki istotnych dla społeczeństwa usług, a ich zatrzymanie na dzień lub dwa powoduje niezadowolone nawet kilku tysięcy Klientów ZUS, chaos w placówkach ZUS czy służby zdrowia oraz duże straty wizerunkowe dla ZUS.

Niezbędne zatem było skrócenie przestarzałych poziomów SLA i określenie tych wartości SLA dla 3 kategorii krytyczności incydentów:

1) dla Usług serwisowych świadczonych w zakresie Usług wsadowych na poziomie:

- 6 h dla Incydentu krytycznego,
- 24 h dla Incydentu średniego,
- 168 h dla Incydentu niskiego..

2) dla Usług serwisowych świadczonych w zakresie Usług portalowych na poziomie:

- 4 h dla Incydentu krytycznego,
- 48 h dla Incydentu VIP,
- 110 h dla Incydentu niskiego.

3) dla Usług serwisowych świadczonych w zakresie Usług interakcyjnych na poziomie:

- 6 h dla Incydentu krytycznego, .
- 55 h dla Incydentu niskiego.

Podniesienie wymagań w zakresie SLA było zatem uzasadnione usprawiedliwioną potrzebą zamawiającego.

Niezależnie od powyższego, zamawiający podkreślił, że świadczenie usług na wymaganym w Umowie poziomie SLA już obecnie jest świadczone przez wykonawców dla niektórych z usług, co jedynie potwierdza, obiektywną możliwość dotrzymania tych parametrów (np. metryki z tzw. Obszaru EWD utrzymywane przez Comarch). Nie ma żadnych przeszkód natury technicznej, aby świadczyć usługi na wymaganym poziomie SLA. Co więcej sam odwołujący temu nie zaprzecza zasłaniając się jedynie rzekomo większymi kosztami wynikającymi ze zwiększonego standardu obsługi.

Podtrzymując wymagania dotyczące poziomu SLA adekwatnego do rozwoju technologii, zamawiający jednocześnie zmniejszył poziom obniżek miesięcznego wynagrodzenia z tytułu niedotrzymania określonych parametrów świadczenia tj. przekroczenia czasu SLA obsługi na poszczególne zdarzenia. Zamawiający wychodząc naprzeciw oczekiwaniom odwołującego zmniejszył sankcje z tytułu niedotrzymania parametrów w tym m.in.

- z 30 % na 6 % wartości usługi utrzymania za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia dla czasu obsługi incydentu krytycznego oraz Incydentu VIP;
- z 20 % na 4 % wartości usługi utrzymania za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia dla przekroczenia SLA czasu obsługi Incydentu średniego wsad;
- z 20 % na 4 % wartości usługi utrzymania za każdy rozpoczętą godzinę opóźnienia dla przekroczenia SLA czasu obsługi Korekty danych;
- z 10% na 2 % wartości usługi utrzymania za każdy rozpoczęty okres opóźnienia dla przekroczenia SLA czasu obsługi Incydentu niskiego;
- z 10 % na 2 % wartości usługi utrzymania za każdy rozpoczęty okres opóźnienia dla przekroczenia SLA czasu obsługi Konsultacji utrzymaniowej.

Przyjęte poziomy znacząco obniżają ryzyko po stronie wykonawców, z jednoczesnym zachowaniem funkcji prewencyjnej zapisów Załącznika 19, Poprzez obniżenie poziomu ryzyka w sytuacji niedotrzymania parametrów SLA, możliwe staje się podwyższenie samego SLA, wymuszonego *de facto* nie tyle wolą zamawiającego, co obecnym i przyszłym standardem świadczenia usług w branży IT.

Ponadto na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, odwołujący oświadczył, że modyfikuje żądania w zakresie pozostałych zarzutów, co do których wnosił o umorzenie, zgodnie ze zmianą dokonaną przez zamawiającego. W związku z oświadczeniem odwołującego, zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie także w części dotyczącej zarzutów określonych w pkt 5, 7, 8, 9, 11, 14 oraz 18 uzasadnienia odwołania.

Sygn. akt KIO 454/20

W dniu 2 marca 2020 r. wykonawca Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na sporządzeniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej nadal: „SIWZ”) w sposób niezgodny z przepisami Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. Opisanie kryteriów oceny ofert „Test kompetencji technicznych” oraz „Test kompetencji biznesowych” oraz sposobu oceny ofert w ramach wymienionych kryteriów w sposób niepełny, nieprecyzyjny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia, zakładający doprecyzowanie opisu kryteriów i sposobu oceny w innych dokumentach niż SIWZ wraz z załącznikami, mogący prowadzić do zmiany opisu kryteriów i sposobu oceny ofert po upływie terminu złożenia ofert, a tym samym w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 13 i art. 91 ust. 1, 2, 2c, 2d Pzp;
2. Sformułowanie postanowień Wzoru Umowy w zakresie Załącznika 3, dotyczącego weryfikacji kompetencji wykonawcy, w sposób nieprecyzyjny, niewyczerpujący, niezgodny z warunkami świadczenia usług będących przedmiotem umowy, niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – czym naruszono art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 Pzp;
3. Sformułowanie postanowień SIWZ w zakresie Załącznika 12 – Umowa o poufności, w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – czym naruszono art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp;
4. Określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i niezapewniający równego traktowania wykonawców, nieproporcjonalny oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia – czym naruszono art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1a, 1b pkt 3, art. 22d ust. 1 Pzp;

5. Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, niespójny z formularzem ofertowym i utrudniający uczciwą konkurencję – czym naruszono art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp;
6. Sformułowanie postanowień SIWZ w zakresie Załącznika 2 do SIWZ – Wzór Umowy, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i niezapewniający równego traktowania wykonawców, niejednoznaczny i obarczony wadą w postaci niezgodności postanowień umownych z przepisami prawa i zasadami współżycia społecznego – czym naruszono art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2, art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 Pzp w zw. z art. 5, art. 58 § 1 i 2 oraz art. 353¹ k.c. w zw. z art. 139 Pzp, a także inne normy i zasady wskazane w uzasadnieniu odwołania:
7. Sformułowanie postanowień SIWZ w zakresie Załącznika 5 do Wzoru Umowy – Zasady Modelu Współdziałania w utrzymaniu KSI ZUS, w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i utrudniający uczciwą konkurencję – czym naruszono art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 Pzp.

W związku z przedstawionymi zarzutami odwołujący wniósł o:

- 1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania na okoliczności tam wskazane;
- 2) uwzględnienie odwołania i o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wskazał, że przysługuje mu możliwość wniesienia odwołania, ponieważ ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Dalej wyjaśnił, że jako podmiot prowadzący działalność w zakresie związanym z przedmiotem zamówienia jest jego potencjalnym wykonawcą. Jednakże na skutek czynności zamawiającego, polegającej na sformułowaniu treści SIWZ w sposób niezgodny z Pzp, w zakresie wskazanym w odwołaniu, może ponieść szkodę, która przejawia się w braku możliwości złożenia konkurencyjnej oferty, która będzie miała szansę zostać uznana za najkorzystniejszą. Kwestionowane w odwołaniu postanowienie SIWZ uniemożliwiają mu pozyskanie i realizację przedmiotowego zamówienia. Powyższe okoliczności świadczą o tym, że w stosunku do niego zachodzą przesłanki uprawniające do skorzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp.

W uzasadnieniu odwołania jako pierwszy został przedstawiony zarzut, a właściwie grupa zarzutów dotyczących kryterium wyboru Test kompetencji technicznych (T). Grupa

tych zarzutów została podzielona na część ogólną, zarzuty generalne oraz zarzuty szczegółowe.

W części ogólnej odwołujący wskazał, że zamawiający w ramach Rozdziału 7 SIWZ – „Kryteria i zasady oceny ofert” sformułował trzy kryteria oceny ofert:

- Całkowitą cenę oferty brutto (Waga 60%);
- Test kompetencji technicznych (Waga 30%);
- Test kompetencji biznesowych (Waga 10%).

Opis kryterium „Test kompetencji technicznych”, wraz ze sposobem oceny ofert w ramach tego kryterium, został uregulowany w pkt 7.3.3 (str. 42-46 SIWZ). Zgodnie z SIWZ, w ramach omawianego kryterium zostanie przeprowadzona weryfikacja sposobu świadczenia usługi przez wykonawcę na przykładzie klasy zadań, jakie mogą występować w ramach realizacji usług utrzymania systemów o skali porównywalnej z KSI ZUS. Zadania będą dotyczyły operacji specyficznych dla oprogramowania narzędziowego i będą dotyczyły problemów związanych z administrowaniem systemami informatycznymi. W toku weryfikacji będą oceniane umiejętności w zakresie technologicznym weryfikacji, określonym w pkt 7.3.3.1 SIWZ, o następującej treści:

„7.3.3.1. Zakres technologiczny weryfikacji:

- DB2 for z/OS/wydajność SQL-i
- IWS
- Tuxedo/ Informix/ HP UX
- OpenShift/RHEL
- DB2 for LUW
- SQL/Windows Server”

Test kompetencji technicznych będzie składał się z 6 Jednostek zadaniowych, o nazwach odpowiadających poszczególnym punktom zakresu technologicznego weryfikacji, a każda jednostka zadaniowa będzie składała się z trzech zadań. W punktach od 7.3.3.4 do 7.3.3.9 SIWZ zamawiający przedstawił opisy poszczególnych Jednostek zadaniowych.

Dla porządku odwołujący wskazał, że w niniejszym odwołaniu dokonał podziału zarzutów sformułowanych w odniesieniu kryterium wyboru „Test kompetencji technicznych (T)”, na zarzuty generalne dotyczące opisu kryterium lub wszystkich jednostek zadaniowych oraz zarzuty szczegółowe odnoszące się do poszczególnych Jednostek zadaniowych, czy też poszczególnych zadań w ramach tych jednostek.

Pierwszym zarzutem generalnym był zarzut dotyczący braku kompletnego opisu kryteriów i sposobu oceny ofert w SIWZ – wadliwa konstrukcja postępowania zakładająca ujawnienie istotnych elementów opisu kryteriów i sposobu oceny ofert dopiero po złożeniu oferty, który został oznaczony pkt 1.1.

W tym zakresie odwołujący wskazał, że opisy Jednostek zadaniowych zawarte w punktach od 7.3.3.4 do 7.3.3.9 są wyjątkowo zdawkowe i skąpe. Jak wynika z dalszej części SIWZ, było to działaniem zamierzonym ze strony zamawiającego, bowiem w pkt 7.3.3.15 (str. 46 SIWZ) wskazano, że *„Szczegółowy opis czynności oraz materiały niezbędne do wykonania jednostek zadaniowych zostaną przekazane Wykonawcom bezpośrednio przed przystąpieniem do realizacji zadań”*. Zanim odwołujący przeszedł do szczegółowej analizy braków i nieprawidłowości w opisie poszczególnych jednostek zadaniowych, stwierdził, że zastosowana przez ZUS konstrukcja zakładająca:

- a) przedstawienie w SIWZ jedynie hasłowego opisu charakteru Jednostek zadaniowych,
- b) przekazanie szczegółowego opisu czynności i materiałów niezbędnych do wykonania Jednostek zadaniowych, dopiero przed przystąpieniem do realizacji zadań,

jest fundamentalnie sprzeczna z regułami dotyczącymi określania kryteriów oceny ofert w SIWZ, wynikającymi z przepisów wskazanych w petitum odwołania. W szczególności przepis art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp mówi o tym, że SIWZ zawiera opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem sposobu oceny ofert, a nie skrócony czy też ogólny opis kryteriów i opis oceny, tak jak SIWZ przygotowany w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto art. 91 ust. 1 Pzp mówi o tym, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, a nie jeszcze w innych dokumentach i materiałach przekazywanych bezpośrednio przed realizacją zadań w ramach kryteriów oceny, czyli już po złożeniu oferty w postępowaniu. Dopełnieniem powołanej regulacji jest natomiast przepis art. 91 ust. 2d, zgodnie z którym zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców. Tymczasem opis kryteriów i oceny ofert na ich podstawie, jaki znajduje się aktualnie w SIWZ, jest niejednoznaczny i niezrozumiały. Odwołujący zarzucił, że ujawniony w SIWZ opis kryterium i sposobu jego oceny, jest niepełny, niejasny i nieprecyzyjny. Przede wszystkim SIWZ jest obarczony następującymi nieprawidłowościami:

- nie wyjaśnia pojęć formułowanych w treści jednostek zadaniowych,
- definiuje zadania w taki sposób, że dla zadania może istnieć wiele poprawnych rozwiązań i nie wiadomo które z nich jest oczekiwane przez zamawiającego,
- nie podaje informacji o wolumenie danych występujących w zadaniach ani o ich złożoności; wykonawcy nie mają wiedzy o zbiorach jakie mają być załadowane, ani o docelowej strukturze,
- nie wiadomo czy wymagane będą w ramach wykonywania zadań dodatkowe przekształcenia i operacje na danych i jak złożone.

W dalszej części odwołujący dokonał konkretyzacji zidentyfikowanych nieprawidłowości poprzez odniesienie ich do poszczególnych Jednostek zadaniowych i zadań.

Oprócz tego, że opis Jednostek zadaniowych jest niepełny, ogólny i nieobiektywny to odwołujący odnotował również, że jednostki zostały opisane w sposób niejednolity. Zamawiający ustalił w SIWZ zasadę, że każda Jednostka zadaniowa będzie składała się z trzech zadań. Tymczasem w ramach części jednostek wyodrębniane są trzy zadania natomiast w części jednostek ZUS ogranicza się jedynie do zapowiedzi, że będą trzy zadania i nawet nie podejmuje próby zarysowania ich zakresu. To może wskazywać, że na obecnym etapie postępowania ZUS nie zdefiniował jeszcze w sposób pełny kryterium oceny ofert i sposobu ich oceny, ponieważ prawdopodobnie treść zadań w ramach jednostek nie została jeszcze przygotowana, innymi słowy obecnie nie istnieje. To powoduje, że nie wiadomo czy koncepcja testu jest realizowalna (nie ma treści zadań, nie zweryfikowano, czy zadania są wykonalne w przewidzianym czasie), po drugie brak zdefiniowanych zadań powoduje, że SIWZ de facto może ulec zmianie i nie jest obiektywny. Ogólne zadania ujęte obecnie w SIWZ zostaną doprecyzowane w późniejszym terminie. Może dojść także do sytuacji, w której uszczegółowienie zadań będzie dokonane w momencie pozyskania przez ZUS wiedzy o tym jakie podmioty złożyły oferty. Może godzić to w zasadę prowadzenia postępowania przetargowego w sposób transparentny i powodować krzywdzące dla ZUS insynuacje niezadowolonych wykonawców w zakresie „sterowania” procesem oceny ofert.

Odwołujący zwrócił ponadto uwagę na dodatkową istotną konsekwencję braków w opisie kryterium Test kompetencji technicznych. W sytuacji tak ogólnego opisu kryterium, wykonawca podejmujący strategiczne decyzje w procesie budowy oferty, w szczególności kalkulacji ceny oferty, nie jest w stanie estymować liczby zadań, które będzie w stanie rozwiązać i punktów które może otrzymać w ramach kryterium pozacenowego, a co za tym idzie nie jest w stanie zaoferować ceny ofertowej dającej szansę na pozyskanie zamówienia i jego rentowną realizację.

Podsumowując, wymagania dotyczące testu kompetencji technicznych zostały w SIWZ opisane ogólnikowo, bez niezbędnego dookreślenia jaki sposób świadczenia usług utrzymania i jaki sposób prezentacji umiejętności w tym zakresie jest preferowany przez ZUS. Odwołujący przy tym zdecydowanie podkreślił, że formułując zarzut odwoławczy nie oczekuje w żadnym razie od zamawiającego, aby ten przedstawił w SIWZ treść przyszłych zadań. Dla niego było oczywiste, że takie działanie pozbawiłoby kryterium „Testu kompetencji technicznych” sensu. Tak jak ujawnienie pytań przed testem egzaminacyjnym z jakiegokolwiek zakresu wiedzy skutkuje tym, że nie wiadomo czy zdający „nauczył się” tylko odpowiedzi na wybrane pytania, czy może jednak dysponuje również wcześniej nabytą przekrojową wiedzą z danej dziedziny, tak samo ujawnienie treści zadań w ramach Testu kompetencji technicznych, skutkowałoby tym, że zbliżoną liczbę punktów mógłby uzyskać wykonawca dysponujący szerokim zakresem kompetencji z zakresu świadczenia usług utrzymania systemów, zdolny do rozwiązania wielu problemów występujących w toku

eksploatacji systemów informatycznych, jaki i wykonawca, który przygotował się jedynie pod kątem przygotowanych zadań. Odwołujący jak najbardziej dostrzegł powyższy problem, o czym świadczyć miała przemyślana i precyzyjna treść żądań sformułowanych w odwołaniu, które zmierzają do wprowadzenia do SIWZ kompletnego i jednoznacznego opisu kryterium oceny ofert i sposobu oceny ofert, a nie do ujawnienia treści zadań. Odwołujący wskazał jednak, że tak jak właściwą ocenę oferowanych usług może zaprzepaścić ujawnienie treści zadań do rozwiązania przez zespoły wykonawców, tak również właściwą ocenę ofert może zaprzepaścić utrzymanie w SIWZ aktualnych postanowień dotyczących Testu kompetencji technicznych. Niejednoznaczne i ogólnikowe postanowienia w tym zakresie mogą prowadzić do tego, że test będzie miał charakter loteryjny, jego wyniki będą prowadziły do przekłamań oraz nie będą obrazowały rzeczywistego poziomu jakości oferowanych usług utrzymania, przez to nie będzie miał charakteru obiektywnego.

Żądanie 1.1: Odwołujący wniósł o nakazanie zmiany SIWZ polegającej na:

- a) Usunięciu zapisu pkt 7.3.3.15. SIWZ o treści „Szczegółowy opis czynności oraz materiały niezbędne do wykonania jednostek zadaniowych zostaną przekazane Wykonawcom bezpośrednio przed przystąpieniem do realizacji zadań.”;
- b) Udostępnieniu w ramach SIWZ wszystkim wykonawcom szczegółowego opisu czynności oraz materiałów niezbędnych do wykonania zadań przewidzianych w SIWZ w ramach kryterium Test kompetencji technicznych, z uwzględnieniem treści żądań sformułowanych przy zarzutach szczegółowych;
- c) ujednoczeniu opisu Jednostek zadaniowych poprzez każdorazowe wyodrębnienie trzech planowanych zadań w ramach jednostki, wraz z podaniem precyzyjnego opisu każdego zadania.

Drugim zarzutem generalnym był zarzut dotyczący braku zdefiniowanych kryteriów uznania zadań za wykonane poprawnie, który został oznaczony pkt 1.2.

W tym zakresie odwołujący wyjaśnił, że specyfikacja nie określa, w jakim przypadku dane zadanie zostanie uznane przez zamawiającego za wykonane poprawnie. Nie dość zatem, że w świetle SIWZ same zadania nie są znane (poza ogólnym, zdawkowym opisem), to dodatkowo wykonawcy nie wiedzą jakie ich działanie czy sposób realizacji zadań pozwoli na uzyskanie oceny pozytywnej. Omawiany brak rodzi też ryzyko arbitralności oceny zamawiającego, ale przede wszystkim uniemożliwia przygotowanie się wykonawcy do udziału w ocenie kryterium jakościowego – co narusza zasadę równego traktowania wykonawców. Brak wskazania kryteriów oceny za realizację poszczególnych jednostek zadaniowych powoduje, że wykonawca w tym momencie – na etapie udostępnionej dokumentacji, nie wie za realizację jakich działań lub operacji możliwe jest otrzymanie punktu, który można uzyskać realizując Jednostkę zadaniową. Tym samym wykonawca może przedstawić rozwiązanie, które w ocenie subiektywnej zamawiającego nie będzie

realizowało wewnętrznych wymagań zamawiającego związanych z działaniem KSI ZUS. Tak sformułowane zapisy stanowią niepełny opis przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie przedstawił zdaniem odwołującego warunków, kiedy określone przez niego zadanie będzie wykonane w całości, tj., kiedy wykonawca otrzyma 1 punkt, a kiedy i jakie błędy spowodują, że wykonawca otrzyma 0 punktów. Może dojść do sytuacji, w której wykonawca uzna, że zadanie zostało wykonane, przy czym w ocenie subiektywnej zamawiającego nie będzie zrealizowane. Taki test powinien mieć charakter obiektywny, a nie subiektywny.

Żądanie 1.2:Odwołujący wniósł o nakazanie zmiany SIWZ polegającej na:

- a) udostępnieniu w ramach SIWZ scenariuszy zawierających szczegółowe informacje o krokach do wykonania w ramach poszczególnych Jednostek zadaniowych;
- b) zdefiniowaniu kryteriów uznania każdego z zadań ujętych w Jednostce zadaniowej za wykonane poprawnie.

W dalszej kolejności odwołujący przeszedł do przedstawienia zarzutów szczegółowych. Pierwszy z nich dotyczył Jednostki zadaniowej – DB2 for z/OS/ wydajność SQL-i w odniesieniu do użycia niejednoznacznych i nieprecyzyjnych pojęć w zakresie opisu zadania ujętego pod lit. c) i został oznaczony pkt 1.3.3.

W związku z tym odwołujący wyjaśnił, że opis jednostki znajduje się na str. 44 SIWZ w pkt 7.3.3.4 i części dotyczącej lit. c) przedstawia się następująco:

c) Zadanie dotyczy strojenia aplikacji/SQL w systemie DB2;

Zadanie polega na wykorzystaniu wiedzy i technik proaktywnych oraz reaktywnych w zarządzaniu warstwą aplikacyjną, w zakresie optymalizacji, narzędzi, struktur katalogu oraz tworzenia zdań SQL.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w opisie zadania ujętego pod literą c) zamawiający określił, iż zadanie dotyczyć będzie strojenia aplikacji/SQL w systemie DB2. Podkreślił także, że Zadanie polega na wykorzystaniu wiedzy i technik proaktywnych oraz reaktywnych w zarządzaniu warstwą aplikacyjną, w zakresie optymalizacji, narzędzi, struktur katalogu oraz tworzenia zdań SQL. W opinii odwołującego zadanie to nie definiuje w sposób jednoznaczny zakresu prac do wykonania. Nie określa w szczególności co zamawiający rozumie pod pojęciem technik proaktywnych oraz reaktywnych. To powoduje, że wykonawca nie jest w stanie przewidzieć jakie zadania będą do realizacji, co przekłada się na brak możliwości skierowania do realizacji zadań właściwych ekspertów. Należy również zwrócić uwagę na fakt, że strojenie aplikacji/SQL w systemie DB2 wymaga wykorzystania bardzo różnych technik oraz narzędzi, które wymagają kompetencji w różnych obszarach. Zamawiający w tym miejscu zupełnie nie informuje czy i w jakim zakresie wymagana będzie znajomość narzędzi wspomagających strojenie aplikacji/SQL. W celu wykonania strojenia aplikacji/SQL

zamawiający powinien dostarczyć wszystkich niezbędnych informacji potrzebnych wykonawcy na przygotowanie się do realizacji zadania.

Żądanie 1.3.3: Odwołujący wniósł o nakazanie modyfikacji SIWZ polegającej na doprecyzowaniu zakresu zadania, poprzez:

- a) wyjaśnienie używanych pojęć (wiedzy i technik proaktywnych oraz reaktywnych w zarządzaniu warstwą aplikacyjną) i zdefiniowanie czynności oczekiwanych do wykonania;
- b) uzupełnienie opisu zadania o wykaz narzędzi jakie zostaną udostępnione Wykonawcom do realizacji zadania.

Następny zarzut szczegółowy dotyczył Jednostki zadaniowej Tuxedo/Informix/HP-UX i odnosił się do zadania a) opisu jednostki znajdującej się w pkt 7.3.3.6. SIWZ i został oznaczony pkt 1.5.1. Ww. postanowienie SIWZ przedstawia się następująco:

a) *Zadanie dotyczy administrowania platformą TUXEDO;*

Zadanie polega na powoływaniu i wprowadzeniu wymaganych zmian w konfiguracji oraz administrowaniu domenami tuxedo.

Odnosząc się do postanowienia SIWZ ujętego pod literą a) odwołujący stwierdził, że zamawiający opisał zadanie w sposób lakoniczny. Nie sprecyzował czy zadania realizowane będą bezpośrednio na udostępnionym środowisku, czy też oczekiwał będzie realizacji zadań „na papierze”, na przykład poprzez podanie składni niezbędnych poleceń. Zamawiający nie określił jakimi narzędziami będzie mógł posługiwać się wykonawca w trakcie realizacji zadania. Ponadto nie została podana informacja iloma i jak złożonymi domenami będzie musiał zająć się wykonawca. To powoduje, że nie ma możliwości przygotowania się do realizacji zadania, oszacowania jego złożoności, jak również nie sposób przewidzieć jakie zasoby należy przewidzieć do jego wykonania.

Żądanie 1.5.1:Odwołujący wniósł o nakazanie modyfikacji SIWZ polegającej na:

- a) wskazaniu narzędzi jakimi będzie dysponował wykonawca w trakcie realizacji zadania;
- b) wskazaniu przewidywanej charakterystyki domen Tuxedo;
- c) przedstawieniu precyzyjnego zakresu czynności przewidzianych do wykonania.

Kolejny zarzut szczegółowy dotyczył Jednostki zadaniowej OpenShift/RHEL i został oznaczony pkt 1.6.

Odwołujący wyjaśnił, że opis jednostki znajduje się w pkt 7.3.3.6. SIWZ i przedstawia się następująco:

Wszystkie 3 zadania dotyczą administrowania platformą Openshift/RHEL.

Zadania polegają na wykonaniu zadań instalacyjnych, administracyjnych oraz konfiguracyjnych na platformie Openshift.

Dalej stwierdził, że zamawiający nie sprecyzował jaki zakres zadań instalacyjnych, administracyjnych i konfiguracyjnych będzie do wykonania. Z opisu nie wynika czego dotyczą zadania instalacyjne: instalacji aplikacji, klastra, systemów operacyjnych. Ponadto

zamawiający nie określił jakimi narzędziami będzie mógł posługiwać się wykonawca w trakcie realizacji zadania.

Żądanie 1.6: Odwołujący wniósł o nakazanie modyfikacji SIWZ polegającej na uszczegółowieniu opisu jednostki zadaniowej poprzez rozbitcie jej na 3 zadania, wprowadzenie precyzyjnego opisu każdego z zadań w zakresie czynności do wykonania, wyjaśnienie na czym polegają zadania instalacyjne i jakie dane oraz informacje zostaną przekazane wykonawcy do realizacji jednostki zadaniowej.

Następny zarzut szczegółowy odnosił się do nieprawidłowości w zakresie określenia warunków zaliczenia testu kompetencji technicznych i przyznawania punktów w ramach kryterium i został oznaczony pkt 1.9 w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wyjaśnił, że zamawiający w rozdziale 7 SIWZ, poświęconym kryteriom i zasadom oceny ofert, zamieścił m.in. następujące postanowienia:

7.3.3.12. Warunkiem pozytywnego zaliczenia Testu kompetencji technicznych przez Wykonawcę jest poprawne rozwiązanie co najmniej 1 z 3 zadań w ramach każdej Jednostki Zadaniowej, o których mowa w pkt 7.3.3.4. – 7.3.3.9. SIWZ, oraz poprawne rozwiązanie minimum 50% spośród wszystkich 18 zadań.

7.3.3.13. W sytuacji niespełnienia warunków przedstawionych w pkt 7.3.3.12. Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy.

Jak zauważył odwołujący zamawiający zaliczy Test kompetencji technicznych, jeśli zostanie poprawnie rozwiązane 1 z 3 zadań w ramach każdej jednostki zadaniowej (6 łącznie) oraz zostanie poprawnie rozwiązane 50% spośród wszystkich 18 zadań (9 łącznie). Czyli wykonawca musi zrealizować poprawnie 1 z 3 zadań w ramach każdej jednostki zadaniowej i jeszcze 3 zadania bez określenia z której jednostki mają pochodzić. Takie podejście może prowadzić do niesprawiedliwych wyników testu i jest zdecydowanie zbyt rygorystyczne na etapie oceny ofert. Należy bowiem pamiętać, że zamawiający przewidział weryfikację kompetencji niezbędnych do świadczenia usług utrzymania na etapie realizacji Umowy, w okresie przejściowym. Obecnie przyjęty model przyznawania punktów może prowadzić do zniekształcenia oceny rzeczywistych kompetencji wykonawcy i nawet odrzucenia oferty. Może się zdarzyć sytuacja, w której jeden wykonawca poprawnie rozwiąże nawet 9 zadań i osiągnie próg 50% przy czym nie wykona zadań w rozkładzie wymaganym przez ZUS i jego oferta zostanie odrzucona. Przy tak wyśrubowanych wymaganiach może się ziszczyć scenariusz, w którym żaden z wykonawców biorących udział w postępowaniu nie spełni wymagań zaliczenia i na gruncie tak ukształtowanych zapisów wszystkie oferty zostaną odrzucone. W efekcie nie dojdzie do wyłonienia w przetargu konkurencyjnym wykonawcy usługi utrzymania systemu KSI ZUS, co nie byłoby korzystne dla interesu publicznego, z uwagi na to, iż zamawiający byłby zmuszony do podpisywania umów w trybie niekonkurencyjnym.

Odwołujący zarzucił ponadto, iż wprowadzone przez zamawiającego domniemania niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie ma żadnych podstaw i jest nadmiarowe. W ofercie w żadnym miejscu wykonawcy nie deklarują, że na pewno przejdą pozytywnie dane zadanie, nie wpisują żadnego „Tak” czy innego oświadczenia – pozwalającego na stwierdzenie takiej niezgodności. Co więcej – zamawiający nie różnicuje wagi czy istotności zadań, jest mu obojętne które z zadań zostanie zaliczone, a skoro tak – nie ma podstaw do tak radykalnej sankcji jak odrzucenie oferty wykonawcy. Zwłaszcza, że obiektywnie wykonawca mógłby mieć wykonaną poprawnie część zadań – co winno kwalifikować się do obniżenia punktacji, a nie do odrzucenia. Specyfikacja nie jest miejscem kreowania nowych, nieistniejących w Pzp podstaw odrzucenia oferty – a z tym mamy do czynienia w omawianym przypadku.

Żądanie 1.9: Odwołujący wniósł o nakazanie modyfikacji SIWZ polegającej na:

a) nadaniu punktowi 7.3.3.12. następującego brzmienia:

Warunkiem przyznania Wykonawcy punktów w ramach Testu kompetencji technicznych jest poprawne rozwiązanie co najmniej 6 spośród wszystkich 18 zadań.

W przypadku rozwiązania mniej niż 6 zadań Wykonawca otrzyma 0 punktów;

b) usunięciu punktu 7.3.3.13.;

c) dostosowaniu wzoru określonego pkt 7.3.3.14. zgodnie z powyższymi żądaniami.

Zarzuty podniesiony w pkt 2 uzasadnienia odwołania dotyczyły kryterium wyboru Test kompetencji biznesowych (B).

Pierwszy zarzut szczegółowy odnośnie tej grupy zarzutów dotyczył braku kompletnego opisu kryteriów i sposobu oceny ofert w SIWZ w zakresie testu kompetencji biznesowych – wadliwa konstrukcja postępowania zakładająca ujawnienie istotnych elementów opisu kryteriów i sposobu oceny ofert dopiero po złożeniu ofert i został oznaczony pkt 2.1.

W tym zakresie odwołujący wskazał, że zamawiający jako jedno z trzech kryteriów oceny ofert określił Test kompetencji biznesowych, który został opisany w rozdziale 7.3.4 SIWZ. Zamawiający wskazał w pkt 7.3.4.2 cztery główne obszary biznesowe swojej działalności, które podlegać będą weryfikacji merytorycznej: Obszar świadczeń długoterminowych, Obszar świadczeń krótkoterminowych, Obszar ubezpieczeń i składek, Obszar realizacji dochodów. Zaznaczył także że „Zadania Testu kompetencji biznesowych będą dotyczyły niezbędnej wiedzy dla prawidłowej realizacji usług utrzymania systemu KSI ZUS.” oraz „Zakres merytoryczny weryfikacji odnosi się do obowiązujących przepisów prawa w zakresie ubezpieczeń społecznych.”

Odwołujący podkreślił, że opis usług utrzymania będących przedmiotem Umowy zawarty został w Załącznikach 6, 7, 8, 9, 10 i 12 do Umowy. Dodatkowo zamawiający w postanowieniach Umowy wskazał, że realizacja usług utrzymania ma przebiegać m.in. z poszanowaniem:

- Procedur eksploatacyjnych,
- Standardów eksploatacyjnych,
- Procedur administratorskich,
- Procesów utrzymania Usług IT,
- Procesów zarządzania IT.

Wymienione powyżej procedury, standardy i procesy zostały opisane przez zamawiającego i ujęte są w dokumentacji przetargowej. Żaden z powyższych dokumentów nie odnosi się do obowiązujących przepisów prawa w zakresie ubezpieczeń społecznych, nie definiuje obowiązków wykonawcy powiązanych z przepisami. Co więcej w SIWZ nie ma ani jednego odniesienia precyzującego jaki zestaw obowiązujących przepisów prawa w zakresie ubezpieczeń społecznych dotyczy realizacji konkretnie zdefiniowanych w umowie usług utrzymania. Trudno jest zatem wymagać i weryfikować wiedzę wykonawcy niezbędną do świadczenia usług utrzymania w zakresie przepisów prawa bez precyzyjnego określenia zakresu tych przepisów i jednoznacznego ich przypisania do konkretnych usług.

Wynika z tego wprost, że do realizacji usług utrzymania nie jest wymagana znajomość aktualnych przepisów prawa. Czym innym jest bowiem znajomość przepisów, a czym innym biegłość w procesach mających swe oparcie w przepisach prawa. Gdyby tak było to zamawiający dokonał by precyzyjnego opisu usług w tym zakresie. Usługi objęte zamówieniem opisane są z należyłą dokładnością, czego dowodem jest brak zarzutów odwołującego w tym zakresie.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca obsługując system nie rozstrzyga kwestii biznesowych dla których potrzebna jest znajomość przepisów, nie odpowiada bezpośrednio klientom indywidualnym (świadczeniobiorcom), nie interpretuje przepisów, nie rozbudowuje systemu KSI umożliwiającego realizację usług biznesowych i obowiązków prawnych ZUS, w tym nie realizuje modyfikacji wynikających ze zmian przepisów prawa. Te ostatnie czynności realizowane są w ramach umowy rozwojowej.

Zadaniem wykonawcy w umowie utrzymaniowej jest utrzymanie systemu i aplikacji składających się na niego, na poziomie jaki został zdefiniowany w metrykach. To zamawiający odpowiada za realizację tzw. biznesu. Rozbudowana struktura organizacyjna ZUS pokrywa się z głównymi obszarami wymienionymi w pkt 7.3.4.2 i to w ramach tej struktury zatrudnieni są pracownicy merytoryczni, którzy zobowiązani są do znajomości przepisów prawa. Trudno sobie wyobrazić sytuację, w której wykonawca miałby przejąć obowiązki ZUS w zakresie pełnej obsługi systemu ubezpieczeń społecznych, dla której była by wymagana weryfikacja znajomości przepisów prawa.

Merytoryczna obsługa zgłoszeń realizowana jest przez własne służby ZUS, wykonawcy zajmują się obsługą incydentów dotyczących systemu i aplikacji. Nie rozstrzygają oni czy dana sprawa jest realizowana zgodnie z prawem czy nie. Zadanie to jest obowiązkiem ZUS,

a nie podmiotu utrzymującego od strony technicznej system KSI. Jeśli jest inaczej to ZUS nie dochował staranności opisu przedmiotu zamówienia, nie wskazał powizań przepisów prawa z realizowanymi usługami utrzymania, nie wskazał obowiązków wykonawcy wynikających z tego powiazania.

Kolejną rzeczą dyskwalifikującą Test kompetencji biznesowych jest sposób w jaki zamawiający dokonał opisu tego testu. Zamawiający zakłada, że zadania będą dotyczyły niezbędnej wiedzy dla prawidłowej realizacji usług utrzymania systemu KSI ZUS. Zamawiający nie zdefiniował jak rozumiane jest pojęcie niezbędnej wiedzy (pkt 7.3.4.1.). Nie określił jaka wiedza jest potrzebna do realizacji poszczególnych usług utrzymania, nie ma więc podstaw do tego, aby można było ją weryfikować i oceniać.

Konstrukcja umowy przewiduje, że wykonawca dysponuje określonym okresem przejściowym, w którym poznaje system, poznaje usługi, uczy się ich obsługi, weryfikowane są jego kompetencje i dopiero po ich zweryfikowaniu następuje proces przejęcia usług w utrzymaniu.

W ocenie odwołującego, zamawiający zatem oczekuje jakiegoś (nieokreślonego) poziomu wiedzy i dla tej nieokreśloności planuje przeprowadzać weryfikację przed zawarciem umowy (także w nieokreślony sposób, nieznanym obecnie nikomu poza nim). Nie wiadomo jest zatem co wykonawca musi wiedzieć składając ofertę, a czego będzie mógł się nauczyć w okresie przejściowym poprzedzającym przejęcie usług. Taki zamysł weryfikacji i oceny ofert jest nie do przyjęcia.

Idąc dalej, trudno jest wywnioskować po co zamawiający zamierza przeprowadzać egzamin z wiedzy prawnej, skoro nie ma nawet żadnego wymagania przedmiotowego i podmiotowego odnoszącego się do tego zakresu. Nie ma także postawionych wymagań dotyczących personelu, zarówno na etapie oceny oferty, jak i realizacji Umowy w zakresie posiadania wiedzy dot. obowiązujących przepisów prawa w zakresie ubezpieczeń społecznych, co czyni to zadanie tym bardziej nadmiarowym. Jedynie w przypadku jednej spośród 27 ról ujętej w załączniku nr 13 WYKAZ FUNKCJI PEŁNIONYCH PRZEZ PERSONEL WYKONAWCY: 18.

Analitik biznesowy zamawiający umieścił wymaganie:

d) posiada znajomość:

- systemu ubezpieczeń społecznych,
- przepisów ustawy Kodeks postępowania administracyjnego,
- zasad wypełniania dokumentów ubezpieczeniowych.

Zamawiający nie wymaga zatem żadnej wiedzy w zakresie obowiązujących przepisów prawa w zakresie ubezpieczeń społecznych, a jedynie znajomość systemu ubezpieczeń społecznych.

Niezbędna wiedza dla prawidłowej realizacji usług utrzymania systemu KSI ZUS nie jest dostępna także „z ulicy”. Jej pozyskanie realizowane jest *de facto* dopiero po zawarciu

umowy, w okresie przejściowym wynikającym z postanowienia art. 17 ust. 1 pkt 2 Umowy, w którym wykonawca poznaje system i dopiero wtedy nabywa wiedzę niezbędną dla prawidłowej realizacji usług utrzymania systemu KSI ZUS. Żaden podmiot, który nie realizował umowy utrzymaniowej w ZUS nie posiada takiej wiedzy i nie może być z niej egzaminowany na etapie składania ofert. Weryfikacji wiedzy niezbędnej do realizacji usług utrzymania służy, przewidziana przez zamawiającego, procedura weryfikacji kompetencji wykonawcy opisana w Załączniku nr 3 do umowy. Nie ma więc podstaw do żądania przez zamawiającego posiadania niezbędnej wiedzy przed zawarciem umowy.

Przedstawiony opis zakresu testu jest zdaniem odwołującego nieprecyzyjny i nieobiektywny. Sprowadza się do kilku zdań ujętych w pkt 7.3.4.1 i 7.3.4.2. Nie jest wiadomo jaki zakres regulacji prawnych chce weryfikować zamawiający. Czy tylko akty rangi ustawowej, czy również rozporządzenia wydane w oparciu o delegacje zawarte w ustawach, czy może również wewnątrz regulacje ZUS, czy też obejmuje wszystkie wymienione akty normatywne. Ze względu na niejednoznaczność wymagań, które będą podlegały weryfikacji nie jest możliwe wyznaczenie i przygotowanie osób biorących udział w teście.

Powyższe prowadzi do konkluzji, że przeprowadzenie rzetelnej, sprawiedliwej i konkurencyjnej weryfikacji Kompetencji biznesowych jest niemożliwe ze względu na przyjęty sposób weryfikacji.

Odwołujący wyjaśnił, że zamawiający wskazał, że test będzie dotyczył kompetencji biznesowych niezbędnych do prawidłowej realizacji usług utrzymania KSI ZUS. Brak jest precyzyjnego określenia jaki jest „niezbędny” zakres wsparcia biznesowego w realizacji usług utrzymania. Na podstawie danych opisujących zakres usługi w metrykach usług trudno jednoznacznie wnioskować jaka jest „niezbędna”, wymagana do prawidłowej realizacji usług utrzymania wiedza nt. „obowiązujących przepisów prawa”, a dodatkowo, o czym była mowa wcześniej, zamawiający nawet nie wymaga, aby wykonawcy dysponowali na etapie realizacji Umowy personelem, który by posiadał tak szeroką wiedzę.

Ze względu na brak precyzyjnego określenia co zamawiający rozumie przez wiedzę biznesową i w jakim stopniu ta wiedza ma odniesienie do zakresu usług utrzymania, odwołujący wnioskował o usunięcie testu kompetencji biznesowych jako kryterium oceny oferty. Nie ma podstaw do wprowadzenia do SIWZ kryterium Testu kompetencji biznesowych, ponieważ to kryterium, w kształcie w jakim zostało określone w SIWZ, jest niezwiązane z przedmiotem zamówienia polegającym na świadczeniu usług wsparcia i utrzymania systemu informatycznego, gdyż nie dotyczy powyższych usług. Utrzymanie w SIWZ omawianego kryterium jest nie do pogodzenia z regulacją art. 91a ust. 2c Pzp.

Żądanie 2.1.1.: Odwołujący wniósł o nakazanie modyfikacji SIWZ polegającej na usunięciu Testu kompetencji biznesowych opisanego w pkt 7.3.4 SIWZ w całości i dostosowaniu SIWZ do konsekwencji tej zmiany.

W tym kontekście odwołujący wskazał także, że zamawiający zamieścił ponadto w treści SIWZ następujące postanowienia:

7.3.4.5 Podstawą zaliczenia Testu kompetencji biznesowych jest uzyskanie co najmniej 50 poprawnych odpowiedzi łącznie dla wszystkich obszarów oraz co najmniej 10 poprawnych odpowiedzi dla testu z każdego z obszarów. Brak odpowiedzi będzie traktowany jako niepoprawna odpowiedź.

7.3.4.6 W sytuacji niespełnienia warunków przedstawionych w pkt 7.3.4.5. SIWZ Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy.

Wynika z nich, że podstawą zaliczenia będzie uzyskanie co najmniej 50 poprawnych odpowiedzi łącznie dla wszystkich obszarów oraz co najmniej 10 poprawnych odpowiedzi dla testu z każdego z obszarów. Niezaliczenie testu wiązać się będzie z odrzuceniem oferty – pkt 7.3.4.6 SIWZ.

Zdaniem odwołującego sposób oceny i przyznawania punktów powinien dawać możliwość uzyskania tylu punktów, ile będzie wynikało z prawidłowo udzielonych odpowiedzi oraz liczba zdobytych punktów nie powinna powodować odrzucenia oferty. W niniejszym przypadku znajduje w całości odpowiednie zastosowanie argumentacja przedstawiona w zarzucie 1.9, która dotyczyła zbyt rygorystycznych i nieadekwatnych wymagań stawianych w procesie oceny ofert oraz zastosowania bezpodstawnej przesłanki odrzucenia oferty.

Żądanie 2.1.3.: W przypadku nieuwzględnienia dalej idącego żądania usunięcia kryterium Testu kompetencji biznesowych, odwołujący wniósł o nakazanie modyfikacji SIWZ polegającej na:

- a) usunięciu pkt 7.3.4.5.;
- b) usunięciu pkt 7.3.4.6.;
- c) zobowiązaniu zamawiającego do określenia sposobu oceny tego kryterium w sposób polegający wyłącznie na odpowiednim przyznawaniu lub nieprzyznawaniu punktu w ramach każdego z pytań testowych.

Drugi zarzut szczegółowy w tej grupie dotyczył nieprawidłowości w regulaminie testu kompetencji biznesowych (załącznik 11 do SIWZ) – ograniczenie liczby osób delegowanych do realizacji testu oraz czasu trwania testu i został oznaczony pkt 2.2.

Odwołujący wyjaśnił, że w Załączniku 11 do SIWZ w ust 3 i pkt 5 przewidziano następujące postanowienia:

3. O terminie realizacji Testu kompetencji biznesowych Zamawiający poinformuje Wykonawców, po upływie terminu składania ofert, z wyprzedzeniem co najmniej 14 dni. W terminie 7 dni przed rozpoczęciem realizacji Testu kompetencji biznesowych Wykonawca prześle imienną listę osób, które będą uczestniczyć w realizacji Testu kompetencji biznesowych zawierającą: imię, nazwisko, rodzaj i numer dokumentu tożsamości, informacja o rodzaju i okresie obowiązywania umowy, o której mowa w pkt 7.3.4.8 SIWZ. Liczebność

wskazanego na liście Zespołu nie powinna przekraczać 4 osób. W przypadku zmiany osób uprawnionych do uczestniczenia w realizacji Testu kompetencji biznesowych Wykonawca przedstawi zaktualizowaną imienną listę osób, najpóźniej na 2 dni przed rozpoczęciem realizacji Testu kompetencji biznesowych.

5. Czas realizacji Testu kompetencji biznesowych - 120 minut.

Czas realizacji Testu kompetencji biznesowych odmierzany jest według wskazań zegara udostępnionego przez Zamawiającego i nastąpi zgodnie z następującym harmonogramem:

- 1) przekazanie przez Zamawiającego w zamkniętych kopertach Testu kompetencji biznesowych godzina 8.00 - 8.10,
- 2) realizacja testu - 120 minut,
- 3) zebranie wyników.

Z powyższego wynika, że zamawiający zamierza przeprowadzić Test kompetencji biznesowych obejmujący 4 kluczowe obszary i 80 powiązanych z tymi obszarami pytań. Organiczna przy tym możliwość udziału przedstawicieli wykonawcy jedynie do 4 osób. Ogranicza w ten sposób szanse wykonawcy na rozwiązanie testu. Ideą weryfikacji kompetencji biznesowych (pomijając fakt, że takie kryterium nie powinno być stosowane do zamówienia na usługi utrzymania systemu) powinna być ocena czy zespół wykonawcy jest w stanie rozwiązać określony problem, a nie czy dysponuje on 4 wybitnymi specjalistami, z czego każdy będzie ekspertem w jednym z obszarów wymienionych przez zamawiającego. Odwołującego dziwiły tak sformułowane zasady, tym bardziej że w Teście kompetencji technicznych dopuszcza udział 10 specjalistów do realizacji zadań w jednym dniu testowym, (co i tak jest niewystarczające w ocenie odwołującego) i ich pracę zespołową. Wynik realizacji Testu kompetencji biznesowych decyduje o tym czy oferta zostanie oceniona i czy wykonawca będzie mógł realizować zamówienie. Limitacja składu osobowego do 4 osób nie daje możliwości zabezpieczenia wykonawcy przed zdarzeniami losowymi (nagła choroba, wypadek w dniu testu, sabotaż) czy innymi sytuacjami w których wykonawca pozbawiony zostanie szansy na rozwiązanie testu. Zwrócić również należy uwagę na fakt, że przyszłe zamówienie będzie realizowane przez firmę z całym jej potencjałem kadrowym i organizacyjnym, a nie przez skromny zespół 4 osób. Gdyby się okazało, że w toku realizacji usług utrzymaniowych konieczne by było incydentalne wsparcie świadczenia usług utrzymania od strony prawnej, to takie wsparcie zapewnione by zostało przez dział prawny firmy lub wyspecjalizowane kancelarie zewnętrzne.

Także czas przewidziany na realizację testu budził duże zastrzeżenia odwołującego. Ograniczenie do 120 min, dla 80 pytań, przy nieprzewidywalnej złożoności pytań jest ewidentną próbą ograniczenia możliwości ubiegania się o zamówienie. Zamawiający powinien weryfikować zdolność wykonawcy do udzielenia odpowiedzi a nie tempo w jakim będzie on ich udzielał.

Żądanie 2.2.1.:W przypadku nieuwzględnienia dalej idącego żądania usunięcia kryterium Testu kompetencji biznesowych, odwołujący wniósł o nakazanie modyfikacji SIWZ polegającej na zmianie treści Załącznika 11 do SIWZ poprzez:

a) nadanie ust. 3 następującego brzmienia:

3. O terminie realizacji Testu kompetencji biznesowych Zamawiający poinformuje Wykonawców, po upływie terminu składania ofert, z wyprzedzeniem co najmniej 14 dni. W terminie 7 dni przed rozpoczęciem realizacji Testu kompetencji biznesowych Wykonawca prześle imienną listę osób, które będą uczestniczyć w realizacji Testu kompetencji biznesowych zawierającą: imię, nazwisko, rodzaj i numer dokumentu tożsamości, informacja o rodzaju i okresie obowiązywania umowy, o której mowa w pkt 7.3.48 SIWZ.. Liczebność wskazanego na liście Zespołu nie powinna przekraczać 12 osób. W przypadku zmiany osób uprawnionych do uczestniczenia w realizacji Testu kompetencji biznesowych Wykonawca przedstawi zaktualizowaną imienną listę osób, najpóźniej na 2 dni przed rozpoczęciem realizacji Testu kompetencji biznesowych.

b) nadanie ust. 5 następującego brzmienia:

5. Czas realizacji Testu kompetencji biznesowych – 480 minut.

Czas realizacji Testu kompetencji biznesowych odmierzany jest według wskazań zegara udostępnionego przez Zamawiającego i nastąpi zgodnie z następującym harmonogramem:

- 1) przekazanie przez Zamawiającego w zamkniętych kopertach Testu kompetencji biznesowych – godzina 8.00 – 8.10,*
- 2) realizacja testu – 480 minut,*
- 3) zebranie wyników.*

Zasady opisane w ust. 9 Regulaminu są kolejnym przykładem na to, że zamawiający w sposób ewidentny ogranicza możliwość udziału wykonawców w postępowaniu, jedynie do tych którzy posiadają wybitnych specjalistów z doskonałą pamięcią do przepisów prawa. Przygotowanie testu z zakresu obowiązujących przepisów prawa w zakresie ubezpieczeń społecznych, gdzie zespół nie ma możliwości posługiwania się materiałami źródłowymi, należy ocenić jako absurdalne. W przypadku weryfikacji wiedzy z przepisów prawa (pomijając fakt, że takie kryterium nie powinno być stosowane do zamówienia na usługi utrzymania systemu) niewyobrażalne jest pozostawienie zespołu bez możliwości wglądu w ustawy, rozporządzenia czy inne akty normatywne na podstawie których utworzony został test.

Zdaniem odwołującego, zamawiający powinien przygotować dla każdego wykonawcy zestaw wszystkich niezbędnych materiałów źródłowych, udostępnić na etapie ofertowania, zapewniając możliwość przygotowania się do testu oraz zapewnić do nich dostęp w dniu realizacji testu. Możliwość korzystania z dokumentacji ZUS przewidział chociażby w Teście kompetencji technicznych. Powszechną praktyką jest taka organizacja testów, szczególnie w

d dziedzinie prawa, w której egzaminowani mają dostęp do aktów prawnych oraz systemów informacji prawnej – np. egzamin radcowski, adwokacki, notarialny.

Żądanie 2.2.2.: W przypadku nieuwzględnienia dalej idącego żądania usunięcia kryterium Testu kompetencji biznesowych, odwołujący wniósł o nakazanie modyfikacji SIWZ polegającej na dodaniu w treści Załącznika 11 do SIWZ zapisów obligujących zamawiającego do przygotowania i ujawnienia zestawu materiałów źródłowych na bazie których opracuje pytania do Testu kompetencji biznesowych, oraz zagwarantowania odstępu do nich każdemu uczestnikowi w dniu realizacji testu kompetencji biznesowych.

Zarzut wskazany w pkt 3 uzasadnienia odwołania dotyczył Załącznika 3 do umowy – nieprecyzyjne i niezgodne z warunkami świadczenia usług w ramach umowy zasady weryfikacji kompetencji wykonawcy.

Jak wyjaśnił odwołujący, zgodnie z Załącznikiem 3 do Umowy, zamawiający będzie przeprowadzał weryfikację kompetencji wykonawcy. Proces weryfikacji kompetencji będzie realizowany według zasad określonych w tym załączniku.

Odwołujący nie kwestionował zasadności określenia takich zasad, gdyż zapewnienie odpowiedniego poziomu świadczenia usług IT ZUS jest niezbędne do realizacji zadań statutowych zamawiającego, niemniej jednak odwołujący miał poważne zastrzeżenia do treści Załącznika 3. Opisane zasady były dla niego nieprecyzyjne, niejednoznaczne i nie określają istotnych elementów, niezbędnych do zachowania obiektywnego charakteru weryfikacji, tj.:

- informacji o zakresie weryfikacji w zakresie ilościowym i jakościowym (1),
- harmonogramu weryfikacji kompetencji (2),
- kryteriów weryfikacji i oceny jednostek zadaniowych (3).

Ponadto zasady opisane w Załączniku 3 wprowadzają nieuzasadnione ograniczenia w realizacji jednostek zadaniowych i są niezgodne z warunkami realizacji przedmiotu Umowy, czyli świadczenia usług utrzymania (4).

Tak nieprecyzyjne, niejednoznaczne zasady, często nie odpowiadające warunkom Umowy, nie pozwalają odwołującemu na rzetelne skalkulowanie ceny oferty oraz mogą powodować w czasie realizacji weryfikacji kompetencji spory pomiędzy stronami. Zasady weryfikacji kompetencji powinny być określone w sposób jednoznaczny i wyczerpujący.

3.1 Brak informacji o zakresie weryfikacji (zarówno ilościowym jak i jakościowym).

Przedstawiony przez zamawiającego Regulamin realizacji weryfikacji kompetencji jest nieprecyzyjny, gdyż nie określa liczby i zakresu jednostek zadaniowych, które to będą oceniane w ramach weryfikacji kompetencji. Dotyczy to w szczególności ścieżek weryfikacji związanych z weryfikacją usług aplikacyjnych, weryfikacji usług narzędzi i procesów zarządzania IT oraz weryfikacji Roli Integratora.

Zamawiający zastrzega sobie prawo do ograniczenia zakresu weryfikacji do nie mniej niż 50% zakresu (w obszarze każdej ze ścieżek weryfikacyjnych). Należy zauważyć, że w przypadku braku pełnej listy wszystkich oczekiwanych przez zamawiającego jednostek zadaniowych warunek ten jest niemożliwy do zweryfikowania na etapie niniejszego postępowania (na etapie przygotowania oferty) oraz uniemożliwia przygotowanie rzetelnej kalkulacji ceny oferty, ponieważ zamawiający nie przedstawił stosownych informacji.

Żądanie 3.1: W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji SIWZ poprzez określenie:

- a) dla wszystkich ścieżek weryfikacji, szczegółowej listy jednostek zadaniowych wraz z tematyką i zakresem każdej jednostki zadaniowej oraz wskazaniem, którego zakresu Umowy dana jednostka zadaniowa dotyczy (której usługi lub metryki);
- b) wskazanie dla każdej jednostki zadaniowej oczekiwanych rezultatów końcowych, które powinny zostać osiągnięte przez wykonawcę oraz kryteriów oceny tych rezultatów w oparciu o jednoznaczne i weryfikowalne warunki.

3.2 Brak harmonogramu weryfikacji.

W Załączniku 3 do Umowy zamawiający zamieścił jedynie ramowy harmonogram weryfikacji dla poszczególnych ścieżek weryfikacji określając jednocześnie maksymalny czas na całość procesu weryfikacji na 13 tygodni. Harmonogram ten nie określa podziału jednostek zadaniowych pomiędzy bloki oraz niezbędnego czasu realizacji poszczególnych jednostek zadaniowych. Nie adresuje również kolizyjności poszczególnych ścieżek weryfikacji, co biorąc pod uwagę ograniczenia czasowe całego procesu z pewnością będzie miało miejsce. Brak precyzyjnego harmonogramu uniemożliwia odwołującemu racjonalne dysponowanie zasobami dedykowanymi do realizacji poszczególnych jednostek zadaniowych, a potencjalna kolizyjność poszczególnych ścieżek weryfikacji uniemożliwia pełne wykorzystanie potencjału zespołu odwołującego. Brak takiego harmonogramu uniemożliwia także określenie, czy odwołującemu zostanie zagwarantowana dostateczna ilość czasu w ramach przewidywanych 13 tygodni na przystąpienie do wszystkich przewidywanych przez zamawiającego jednostek zadaniowych w ramach każdej z ścieżek weryfikacji z możliwością ich powtórzenia w przypadku niepoprawnego wyniku w pierwszym terminie, Brak doprecyzowania harmonogramu powoduje także, że odwołujący nie jest w stanie przewidzieć w jakiej kolejności będą przeprowadzane weryfikacje, a co za tym idzie nie jest wiadomo, ile czasu będzie miał do przygotowania się do weryfikacji. Nie jest także pewne czy zamawiający przyjmie kolejność weryfikacji zaproponowaną przez odwołującego na etapie przygotowania Koncepcji przejęcia i świadczenia usług utrzymania.

Żądanie 3.2: Biorąc powyższe pod uwagę, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji SIWZ poprzez określenie harmonogramu weryfikacji kompetencji, który będzie zawierał:

- a) podział jednostek zadaniowych pomiędzy bloki wraz z określeniem niezbędnego czasu realizacji poszczególnych jednostek zadaniowych, zgodnego z czasami świadczenia usług utrzymania opisanymi w Umowie;
- b) uwzględnienie kolizyjności poszczególnych ścieżek weryfikacji.

3.3 Brak jasnych kryteriów weryfikacji i oceny jednostek zadaniowych.

Regulamin weryfikacji kompetencji wykonawcy nie precyzuje zasad oceny poszczególnych jednostek zadaniowych. Przedstawione zasady oceny zakładają jedynie, że każda jednostka zostanie oceniona jako wykonana poprawnie lub niepoprawnie. Zamawiający nie określa, jaki warunek musi zostać spełniony, aby jednostka zadaniowa została zaliczona. Pozostawia to możliwość arbitralnego stosowania kryteriów oceny oraz może powodować sytuację sporną pomiędzy stronami umowy.

Zasady weryfikacji poprawności wykonania zadań w ramach ścieżki weryfikacji usług biznesowych, ścieżki weryfikacji usług narzędzi i procesów zarządzania IT oraz ścieżki weryfikacji Roli Integratora opierają się o iteracyjne przetwarzanie uwag zamawiającego. Harmonogram przetwarzania uwag jest maksymalnie skrócony i nie pozostawia możliwości powtórzenia całej jednostki zadaniowej lub jej części. Jednocześnie jedynym kryterium poprawności wykonania jednostek zadaniowych jest uwzględnienie wszystkich uwag zamawiającego niezależnie od ich zasadności. Zamawiający powinien precyzyjnie określić zasady weryfikacji tych jednostek zadaniowych poprzez umożliwienie ich powtórnej realizacji w przypadku braku możliwości uwzględnienia uwag w ramach dwóch iteracji.

W przypadku jednostki zadaniowej dotyczącej odświeżenia środowiska przedprodukcyjnego regulamin weryfikacji kompetencji w sposób jawny określa brak możliwości jej powtórzenia. Takie podejście podważa sens procesu weryfikacji kompetencji, który zawiera w sobie także element edukacyjny związany z możliwością poprawy błędów i potwierdzenia kompetencji, oraz znacząco ogranicza możliwości Wykonawcy w zakresie potwierdzenia możliwości realizacji zadań Umowy. Dla tej jednostki zadaniowej zamawiający powinien przewidzieć możliwość powtórzenia weryfikacji w przypadku, gdy pierwsze podejście nie zostanie uznane za poprawne.

Żądanie 3.3: Biorąc powyższe pod uwagę, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji SIWZ poprzez określenie kryteriów weryfikacji i oceny jednostek zadaniowych:

- a) zdefiniowanie oczekiwanych wyników poszczególnych jednostek zadaniowych (po wcześniejszym zdefiniowaniu wszystkich jednostek zadaniowych, które zostaną przekazane odwołującemu do realizacji),
- b) zdefiniowanie elementów, które podlegają ocenie w ramach poszczególnych jednostek zadaniowych,
- c) precyzyjne określenie kryteriów, zgodnie z którymi oceniane będą poszczególne rezultaty wykonania jednostek zadaniowych,

d) precyzyjne określenie warunków, przy których poszczególne jednostki zadaniowe uznaje się za poprawne,

e) określenie w harmonogramie realizacji jednostek zadaniowych drugiego terminu w ramach ścieżki weryfikacji usług biznesowych, ścieżki weryfikacji usług narzędzi i procesów zarządzania IT, ścieżki weryfikacji Roli Integratora.

3.4 Nieuzasadnione ograniczenia w realizacji jednostek zadaniowych względem warunków świadczenia usług określonych w Umowie.

Warunki realizacji weryfikacji kompetencji wykonawcy narzucają na odwołującego szereg ograniczeń, które w świetle warunków świadczenia usług objętej przedmiotem zamówienia są nieuzasadnione. Warte podkreślenia jest również, że zaproponowane przez zamawiającego warunki realizacji jednostek zadaniowych w ramach każdej ze ścieżek weryfikacji odbiegają od faktycznych warunków świadczenia usług określonych w Umowie, co podważa ich adekwatność w zakresie oceny kompetencji odwołującego w zakresie świadczenia tych usług. Opisane warunki realizacji jednostek zadaniowych są niezgodne z warunkami, które znajdują się w Umowie, zatem weryfikacja kompetencji jest znacznie bardziej rygorystyczna niż warunki określone w Umowie.

1) Liczba osób mogących wziąć udział w realizacji jednostek zadaniowych dla ścieżki weryfikacji usług aplikacyjnych została ograniczona do 10 osób dla każdego bloku. Zważywszy, że w ramach każdego bloku zamawiający przewiduje wykonanie do 25 jednostek zadaniowych oraz biorąc pod uwagę ramy czasowe realizacji pojedynczego bloku w postaci jednego dnia roboczego takie ograniczenie wydaje się uniemożliwiać odwołującemu alokację optymalnego i wystarczającego zespołu osób dedykowanych do rozwiązania poszczególnych jednostek zadaniowych. Odwołujący przewiduje, że tak szeroki zakres weryfikacji w ramach każdego bloku (25 jednostek zadaniowych) w kontekście zakresu usług aplikacyjnych oznacza, że w ramach pojedynczego bloku weryfikowane będą kompetencje odwołującego z bardzo szerokiego spektrum systemu KSI, często niejednolitego pod względem funkcjonalnym i technologicznym. W takich przypadkach 10-osobowy zespół może być niewystarczający do realizacji jednostek zadaniowych na wymaganym przez zamawiającego poziomie i w wymaganym przez zamawiającego czasie. Wskazuje na to również doświadczenie aktualnego wykonawcy, Konsorcjum Comarch, w zakresie realizacji usług utrzymania systemu KSI, gdzie rozwiązanie incydentów wymagało współdziałania szerokiego zespołu osób o różnych kompetencjach. Ograniczenie to jest nadmierne i zupełnie niezasadne, tym bardziej, że w przypadku pozostałych ścieżek weryfikacji takie ograniczenie nie jest przewidywane, co oznacza, że w realizacji tych jednostek zadaniowych może wziąć udział znacznie szerszy zespół osób o bardziej zdywersyfikowanych kompetencjach.

2) Czas realizacji poszczególnych jednostek zadaniowych jest nieadekwatny do czasu realizacji usług utrzymania zgodnie z czasami SLA z Umowy. Dla ścieżki weryfikacji usług aplikacyjnych przy założeniu maksymalnej liczby 25 jednostek zadaniowych w ramach bloku rozwiązanie pojedynczej jednostki zadaniowej powinno zająć 19,2 minuty. W ramach Umowy na rozwiązanie pojedynczego incydentu krytycznego odwołujący ma od 4 do 6 godzin, a w przypadku incydentów niskich czas ten mieści się między 55 a 168 godzin. Natomiast czas realizacji weryfikacji usług biznesowych został skrócony z kilku tygodni w przypadku (czasy z Umowy), do 5-10 dni roboczych w przypadku procesu weryfikacji.

3) Dla ścieżki weryfikacji usług aplikacyjnych w odróżnieniu od pozostałych ścieżek weryfikacji zamawiający nie przewiduje możliwości realizacji jednostek zadaniowych zdalnie ani nie umożliwia zdalnego wsparcia zespołu dedykowanego do realizacji jednostek zadaniowych w tym zakresie. Stanowi to istotne ograniczenie możliwości realizacji jednostek zadaniowych i nie pozwala na wykorzystanie pełnego potencjału kompetencyjnego odwołującego w sposób adekwatny do warunków świadczenia usług utrzymania przewidzianych w Umowie.

4) Na potrzeby weryfikacji ścieżki usług aplikacyjnych zamawiający przewiduje udostępnienie od 6 do maksymalnie 10 stanowisk. W kontekście możliwości skierowania do realizacji jednostek zadaniowych zespołu 10-osobowego oznacza to, że w szczególnym przypadku liczba stanowisk może być mniejsza niż liczebność zespołu. Takie warunki realizacji uniemożliwią odwołującemu pełne zrównoleglenie prac oraz sprawią, że nie będzie on w stanie wykorzystać w pełni wszystkich dedykowanych do rozwiązania jednostek zadaniowych pracowników.

5) Na etapie realizacji Umowy, podczas obsługi incydentów, odwołujący ma prawo kontaktować się z personelem zamawiającego w celu identyfikacji problemu i ustalenia oczekiwanego sposobu jego rozwiązania. W sytuacji, gdy istnieje wiele sposobów rozwiązania problemu, ustalenie preferowanego przez ZUS sposobu rozwiązania jest kwestią niezwykle istotną. Natomiast w trakcie weryfikacji kompetencji, zgodnie z Załącznikiem 3 do Umowy, zamawiający nie udziela odwołującemu żadnych informacji odnośnie oczekiwanego sposobu rozwiązania zadań. Taki działaniem znacznie odstaje od postanowień umownych i stosowanej praktyki. Odwołujący dopiero z formularzy oceny może dowiedzieć się, że przedstawiony sposób realizacji jednostek zadaniowych nie był zgodny z oczekiwanym przez zamawiającego wynikiem. Z doświadczenia odwołującego (członek konsorcjum wykonującego obecną umowę utrzymaniową) wielokrotnie dochodziło do sytuacji, że odwołujący miał wszelkie kompetencje do tego, aby wykonać jednostkę zadaniową zgodnie z oczekiwaniem ZUS, sformułowanym w formularzu oceny, natomiast nie wiedząc jaki jest preferowany przez zamawiającego sposób rozwiązania problemu, przedstawił inne rozwiązanie.

Żądanie 3.4. Biorąc powyższe pod uwagę, odwołujący wniosk o nakazanie zamawiającemu modyfikacji SIWZ poprzez:

- a) usunięcie ograniczenia liczby osób mogących wziąć udział w realizacji jednostek zadaniowych dla ścieżki weryfikacji usług aplikacyjnych,
- b) zapewnienie odpowiedniego czasu na realizację jednostek zadaniowych, który będzie odpowiadał czasom przewidzianym w Umowie,
- c) określenie warunków realizacji dla ścieżki weryfikacji usług aplikacyjnych, w taki sposób, aby była możliwość realizacji jednostek zadaniowych zdalnie,
- d) umożliwienie na etapie weryfikacji kompetencji odwołującego konsultowania z zamawiającym sposobu realizacji jednostek zadaniowych.

Zarzut opisany w pkt 4 uzasadnienia odwołania dotyczył umowy o poufności (ograniczenie dostępu do informacji chronionych jedynie do osób wskazanych w zał. 1 do umowy o poufności).

Odwołujący wskazał, że w załączniku nr 12 do SIWZ Umowa o poufności zamawiający odpowiednio w § 1 ust. 2 oraz § 2 ust. 7 sformułował następujące postanowienia:

Udostępnienie dokumentów, o których mowa w ust. 1 nastąpi poprzez umożliwienie zdalnego dostępu do dedykowanego zasobu w ZUS dla każdego z Wykonawców uczestniczących w postępowaniu, najpóźniej od dnia następującego po dniu zawarcia Umowy o poufności do zakończenia postępowania. Zdalny dostęp będzie możliwy dla osób imiennie wskazanych w Załączniku nr 1 do Umowy o poufności i będzie realizowany w oparciu o dane w nim wskazane. (...)

Strona Otrzymująca jest zobowiązana ograniczyć dostęp do Informacji Chronionych jedynie do osób wskazanych w Załączniku nr 1 (...)

Stosowanie tak sformułowanego postanowienia prowadziło do kuriozalnych rezultatów. Na jego gruncie bowiem osoby imiennie wskazane w Załączniku 1 do Umowy o poufności, które zostały podane w celu utworzenia dla nich zdalnego dostępu do dedykowanego zasobu ZUS, są zobowiązane do nieudostępniania Informacji chronionych, zdefiniowanych szeroko w § 2 ust. 1 Umowy o poufności, innym członkom zespołu wykonawcy, zaangażowanym w proces ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Jest przy tym oczywiste, że praca przy tak dużym postępowaniu wymaga zaangażowania specjalistów z różnych dziedzin w tym również kadry menedżerskiej. Na gruncie tak sformułowanego zapisu, osoby dla których utworzono dostęp do dedykowanych zasobów ZUS nie mogą dzielić się Informacjami Chronionymi nawet z prawnikami przygotowującymi środki ochrony prawnej lub członkami zarządu Wykonawcy, podejmującymi strategiczne decyzje co do kształtu i warunków oferty składanej w postępowaniu przetargowym. Ujawnienie Informacji Chronionej tym osobom będzie skutkowało naliczeniem kary umownej, o której mowa w § 5 ust. 1 Umowy o poufności. Powyższe zapisy nie mogą się ostać, bowiem w praktyce

uniemożliwiają przygotowanie i złożenie oferty w postępowaniu. Nie powinno ulegać wątpliwości, że w przypadku zamówienia o tak dużej złożoności i wartości, w proces ofertowania jest zaangażowana po stronie Wykonawcy duża liczba osób i wszystkie one powinny mieć możliwość zapoznania się z informacjami zawartymi w dokumentach, które są udostępniane przez ZUS w celu przygotowania oferty.

Żądanie 4: W związku z powyższym odwołujący wniósł o dokonanie modyfikacji treści SIWZ poprzez nadanie postanowieniu § 2 ust. 7 zd. 1 Umowy o poufności następującego brzmienia:

Strona Otrzymująca jest zobowiązana ograniczyć dostęp do Informacji Chronionych jedynie do osób wskazanych w Załączniku nr 1 oraz osób bezpośrednio zaangażowanych w proces ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego na Świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (KSI ZUS). (...)

Zarzut podniesiony w pkt 7 uzasadnienia odwołania dotyczył art. 5 ust. 35-38 wzoru umowy (zakaz zatrudniania pracowników ZUS).

Odwołujący wskazał, że zamawiający we Wzorze Umowy, stanowiącym Załącznik 2 do SIWZ, w art. 5 „ZASADY WSPÓŁDZIAŁANIA STRON”, zamieścił postanowienia których treść przedstawia się następująco:

35. W czasie trwania Umowy Wykonawca zobowiązuje się nie zatrudniać: (i) pracowników Zamawiającego, którym Zamawiający faktycznie powierzył wykonywanie obowiązków związanych z realizacją Umowy (w tym również w okresie przejścia Usług), a także (ii) pracowników Zamawiającego, którym Zamawiający faktycznie powierzył wykonywanie obowiązków związanych z realizacją równolegle obowiązujących umów, których przedmiotem jest wsparcie eksploatacji i utrzymania KSI ZUS — bez uprzedniej zgody Zamawiającego wyrażonej w Formie pisemnej pod rygorem nieważności. Zakaz dotyczy zatrudniania osób pozostających z Zamawiającym w stosunku pracy w okresie trwania Umowy, jak również osób, których stosunek pracy ustał w okresie trwania Umowy. Zakaz obowiązuje w okresie 1 roku po ustaniu stosunku pracy nawiązanego z Zamawiającym.

36. Zakaz, o którym mowa w ust. 35, dotyczy zawarcia przez Wykonawcę lub podwykonawcę z pracownikiem Zamawiającego zarówno umowy o pracę, jak i zatrudnienia na innej podstawie prawnej, w szczególności zawarcia umowy cywilnoprawnej: nazwanej lub nienazwanej.

37. Wykonawca zobligowany jest do wprowadzenia zakazu, o którym mowa w ust. 35, do umów zawieranych przez Wykonawcę z podwykonawcami.

38. Dla potwierdzenia faktu niezatrudniania pracowników Zamawiającego, Wykonawca na każde pisemne żądanie Zamawiającego, przedstawi oświadczenie w zakresie przestrzegania zobowiązań/zakazów, o których mowa w ust. 35-37.

Odwołujący wskazał, że powyższe postanowienia umowne są niezgodne z prawem oraz zasadami współżycia społecznego, w związku z czym ich umieszczanie we wzorach umów jest niedozwolone, a w sytuacji zawarcia umowy zawierającej takie postanowienia, są one nieważne. Stanowisko takie znajduje oparcie w orzecznictwie, m.in. w Wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 23 kwietnia 2015 r., sygn. akt I Aca 134/15. W wyroku tym, na gruncie sprawy o zapłatę kary umownej z tytułu naruszenia zakazu zatrudniania pracowników, dokonano oceny prawnej klauzul umownych wprowadzających zakaz zatrudniania pracowników drugiej strony umowy (klauzule „non solicitation”). Zdaniem Sądu tego typu postanowienia umowne są przede wszystkim sprzeczne z:

- art. 353¹ k.c.

Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

- art. 10 § 1 Kodeksu pracy („KP”)

Każdy ma prawo do swobodnie wybranej pracy. Nikomu, z wyjątkiem przypadków określonych w ustawie, nie można zabronić wykonywania zawodu.

Dodatkowo w wyroku wskazano, że takie postanowienia są sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.

W związku z powyższym, mając na uwadze treść art. 58 § 1 i 2 k.c.:

§ 1. Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.

§ 2 Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.

Sąd uznał postanowienia umowne o zakazie zatrudniania pracowników kontrahenta za nieważne. Uzasadniając takie stanowisko, Sąd w szczególności wskazał, że sformułowanie w umowie pomiędzy kontrahentami takiego zakazu wpływa na sytuację pracowników „ograniczając ich prawo do swobody wyboru pracodawcy, co w konsekwencji narusza wyrażoną w art. 10 § 1 i art. 11 KP zasadę wolności pracy, stanowiącą również zasadę konstytucyjną, określoną w art. 65 ust. 1 i 2 Konstytucji RP.”. Zwrócono ponadto uwagę, że postanowienia takie naruszają również swobodę pracodawcy w zakresie doboru pracowników, w efekcie czego naruszają zasadę wolności pracy po stronie pracodawczej stosunku pracy, jak również zasadę wolności prowadzenia działalności gospodarczej, mającą swe źródło w art. 22 Konstytucji RP.

W orzeczeniu podkreślono również, że „jedyną prawnie dopuszczalną formą zabezpieczenia się pracodawcy przed ryzykiem utraty pracowników wyszkolonych lub podnoszących kwalifikacje zawodowe na koszt podmiotu zatrudniającego, jest zawarcie odpowiedniej umowy z pracownikiem. Istotne jest bowiem, aby takie ograniczenie zasady wolności pracy,

podobnie jak inne umowy wpływające na sytuację pracowników, wynikało z autonomii woli stron a nie z autonomii woli pracodawców. Sąd uznał również, że powszechność stosowania klauzul zakazujących zatrudniania pracowników w umowach pomiędzy uczestnikami obrotu gospodarczego, nie może być argumentem przemawiającym za prawidłowością tego rozwiązania. Stwierdzono wprost, że „Błędne rozwiązanie, przez fakt jego powielania nie doznaje konwalidacji”.

Za uznaniem postanowień art. 5 ust. 35 - 38 Wzoru Umowy za niedozwolone, przemawia również pogląd wyrażony w Wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 20 marca 1998 r., sygn. akt I Aca 136/98. W powyższym orzeczeniu, dokonując oceny prawnej klauzuli zakazującej zatrudniania pracowników kontrahenta (o treści bardzo zbliżonej do treści klauzuli zawartej we Wzorze Umowy), stwierdzono, że:

(...) sprzeczne z zasadami współżycia społecznego oraz kolidujące z zasadą wolności pracy, i tym samym za naruszające prawo osób fizycznych do wyboru miejsca pracy i charakteru zatrudnienia, jest stosowanie w umowie dwóch podmiotów gospodarczych ograniczeń polegających na nakładaniu na tę ze stron, która zatrudni pracownika drugiej strony, obowiązku zapłaty kary umownej (art. 353¹ k.c. i art. 10 § 1 k.p.). ”

Stanowisko, zgodnie z którym klauzule „non solicitation” są klauzulami nieważnymi, jest również aprobowane w doktrynie prawa pracy.

Mając na uwadze, że postanowienie zawarte w art. 5 ust. 35 Wzoru Umowy będzie bezwzględnie nieważne, przyjęć należy, że nieważne będą również powiązane z nim postanowienia zawarte w art. 5 ust. 36-38 Umowy oraz skorelowane z nimi postanowienie z art. 8 ust. 15 Umowy, przewidujące naliczenie kary umownej w wysokości 240 000,00 PLN za naruszenie zobowiązań/zakazów zawartych w art. 5 ust. 36-37.

Dodatkowo wskazujemy również na błędną konstrukcję postanowienia zawartego w art. 5 ust. 35 Umowy. Odwołuje się on bowiem do przypadku, w którym zamawiający „faktycznie powierzył wykonywanie obowiązków związanych z realizacją przedmiotu Umowy (...)”. Wskazać należy, że wykonawca nie ma wiedzy którym pracownikom ZUS faktycznie powierzył wykonywanie takich obowiązków – wiedzę taką ma tylko ZUS. Wynika z tego, że wykonawca, nawet w przypadku woli zastosowania się do zakazu z art. 5 ust. 35 Umowy, może zatrudnić pracownika, którego dotyczy zakaz określony w tym postanowieniu. Jest to tym bardziej prawdopodobne, że w realizację przedmiotu Umowy jest zaangażowana duża liczba pracowników, z wielu różnych jednostek organizacyjnych ZUS, a wykonawca posiada tylko takie informacje o przebiegu zatrudnienia kandydatów do pracy, jakie zostaną mu przez nich przekazane.

Niezależnie od tego, że kwestionowane postanowienia Umowy naruszają wskazane powyżej przepisy Konstytucji, Kodeksu pracy oraz zasady współżycia społecznego, to wskazać również należy, że umieszczenie we Wzorze Umowy niedozwolonych klauzul umownych

narusza również Pzp i ma negatywny wpływ na prowadzone postępowanie przetargowe. Postanowienia Wzoru Umowy wyznaczają zakres obowiązków i uprawnień stron przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, a więc opisują przedmiot zamówienia. Fakt zamieszczenia niedozwolonych postanowień umownych, sankcjonowanych dodatkowo wysokimi karami umownymi (aż 240 000,00 zł za każdy przypadek naruszenia) skutkuje tym, że opis przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów ustawowych określonych w przepisach art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz jest sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 Pzp. Tak sformułowany opis przedmiotu zamówienia (Umowa jest częścią opisu) nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Umieszczenie niedozwolonych klauzul umownych wprowadza stan niepewności prawnej.

Część wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, kalkulując ofertę, może uwzględniać w cenie ofertowej rezerwy na pokrycie kar umownych naliczanych przez ZUS z tytułu naruszania zakazu zatrudniania (historia pokazuje, że takie kary były naliczane w toku realizacji umów utrzymaniowych KSI ZUS).

Pamiętać bowiem należy, że nawet w przypadku woli przestrzegania nielegalnego zakazu, może dojść do „przypadkowego” zatrudnienia pracownika ZUS objętego zakazem, np. w sytuacji, gdy nie poinformuje on w pełni o zakresie swoich obowiązków w ZUS. Dodać również należy, że kierowanie do ZUS zapytań dotyczących zakresu obowiązków wykonywanych przez kandydatów do pracy, w celu potwierdzenia zakresu deklarowanego przez kandydata stanowiłoby rażące naruszenie przepisów o ochronie danych osobowych oraz dóbr osobistych tych kandydatów. Osoby szukające pracy w większości przypadków nie życzą sobie informowania o tym fakcie aktualnych pracodawców. Ujawnienie wobec ZUS zamiaru zmiany pracodawcy mogłoby prowadzić do wielu negatywnych i oczywistych konsekwencji w stosunku do osób pracujących w ZUS. Inaczej jest odbierany przez przełożonych i współpracowników pracownik, który ma zamiar odejścia (w pewnej perspektywie czasu) a inaczej pracownik, który nie ma takiego zamiaru (lub przynajmniej go nie uzewnętrznia). Z tych samych powodów jako nielogiczny i bezwartościowe należy uznać fragment postanowienia z art. 5 ust. 35 Umowy mówiący o uprzedniej zgodzie zamawiającego wyrażonej na piśmie na zatrudnienie pracownika.

Z kolei inni wykonawcy mogą uznać, że klauzule umowne, jako niedozwolone, nie są dla nich wiążące i mogą doliczać do ceny oferty jedynie rezerwy na pokrycie środków niezasadnie potrąconych tytułem kary przez zamawiającego na czas do ich zwrotnego wyegzekwowania na drodze sądowej. Jeszcze inni wykonawcy mogą zupełnie nie brać powyższych okoliczności pod uwagę przy sporządzaniu oferty. Powyższa sytuacja prowadzi do tego, że opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny i stwarza warunki do nierównego traktowania wykonawców i złożenia w postępowaniu nieporównywalnych ofert,

Żądanie 7: W związku z powyższym odwołujący wniósł o usunięcia ze wzoru Umowy postanowień określonych w art. 5 ust. 35-38 oraz w art 8 ust. 2 pkt 15.

Zarzut wskazany w pkt 8 uzasadnienia odwołania odnosił się do braku możliwości prawidłowego oszacowania ceny oferty z powodu nieprawidłowej konstrukcji rozliczania prac w ramach modelu współpracy.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w Załączniku 5 do Umowy „Zasady Modelu Współdziałania w utrzymaniu KSI ZUS” zawarł następujące postanowienia:

1.5.2 W przypadku Wykazania przez jednego z Wykonawców umów utrzymania KSI, że przyczyną Incydentu jest nienależyte wykonanie lub niewykonanie przez innego Wykonawcę umowy utrzymania KSI, usuwanie skutków Incydentu przez Wykonawcę umów utrzymania KSI w poszczególnych elementach Architektury KSI ZUS przyporządkowanych danemu wykonawcy w Rejestrach jest rozliczane, po usunięciu Incydentu, na zasadach jak dla Usług dodatkowych, z zastrzeżeniem punktów 1,19 oraz 1.20. Wykazanie przyczyn Incydentu przez usuwającego skutki incydentu nastąpi nie później niż 3 miesiące od dnia jego Zgłoszenia przez Zamawiającego. Po tym terminie wygasa uprawnienie, o którym mowa w zdaniu pierwszym;

1.5.3. W przypadku poniesienia przez ZUS kosztów, o których mowa w punkcie 1.5.2 powyżej, ZUS jest uprawniony do potrącenia 90% kwoty odpowiadającej wysokości poniesionych kosztów z wynagrodzenia Wykonawcy umowy utrzymania KSI, którego nienależyte wykonanie lub niewykonanie umowy stanowiło przyczynę Incydentu.

A także postanowienia dotyczące sposobu przedstawiania rozliczenia przez wykonawcę:

1.19 Wykazanie przyczyn Incydentu, w sytuacji określonej w punkcie 1.5.2 odbywać się będzie zgodnie z niżej wskazanymi zasadami:

1.19.1. Wykonawca w przypadku stwierdzenia, że przyczyną Incydentu jest nienależyte wykonanie lub niewykonanie umowy przez innego Wykonawcę umów utrzymania KSI, informuje o tym Zamawiającego.

Informacja musi spełniać wymogi Wykazania przyczyn Incydentu. Wraz z przekazaniem informacji, o której mowa w zdaniu poprzedzającym, dany Wykonawca przedstawi Zamawiającemu rozliczenie godzinowe, o którym mowa w (dalej: „Rozliczenie”), które będzie zawierało wyszczególnienie poszczególnych prac poświęconych na usunięcie skutków Incydentu wraz z podaniem ich pracochłonności w wymiarze osobogodzin;

1.19.2. Zamawiający w terminie 3 Dni roboczych przekazuje informację, o której mowa w punkcie 1.19.1, wraz z Rozliczeniem, do tego Wykonawcy umów utrzymania KSI, którego nienależyte wykonanie lub niewykonanie umowy jest przyczyną Incydentu i który przedstawi swoje stanowisko w terminie 10 Dni roboczych od otrzymania tej informacji (z wyłączeniem Rozliczenia). Stanowisko tego Wykonawcy w odniesieniu do informacji, o której mowa w punkcie 1.19.1 musi zawierać co najmniej odniesienie się do twierdzeń i dowodów

wskazanych w Wykazaniu przyczyny Incydentu, a w przypadku zajęcia stanowiska o nieudowodnieniu przyczyn Incydentu, także uzasadnienie tego stanowiska wraz z dowodami w postaci logów wraz z ich interpretacją oraz fakultatywnie innych dowodów potwierdzającymi to stanowisko;

1.20. Po podjęciu decyzji akceptującej Wykazanie przyczyn Incydentu, zgodnie z punktem 1.19 wysokość wynagrodzenia należnego Wykonawcy umów utrzymania KSI z tytułu prac związanych z usunięciem skutków Incydentu zgodnie z punktem 1.5.2 zostanie ustalona na zasadach jak dla Usług dodatkowych, ze zmianami wynikającymi z poniższych postanowień:

1.21. Po przedstawieniu Rozliczenia zgodnie z punktem 1.19.1 wykonawca, który je przedstawił, nie może dokonać zwiększenia wynagrodzenia wskazanego w Rozliczeniu ani przedstawiać dodatkowych rozliczeń.

1.22. W przypadku podjęcia przez Zamawiającego decyzji, o której mowa w punkcie 1.19.3.3 lub 1.20.2.4, Wykonawca umów utrzymania KSI, którego decyzja dotyczy i który nie zgadza się z decyzją Zamawiającego uprawniony jest do poddania sporu pod rozstrzygnięcie właściwego Sądu Powszechnego. Do chwili wydania prawomocnego orzeczenia przez właściwy sąd, pomiędzy Wykonawcami umów utrzymania KSI i Zamawiającym obowiązujące jest Rozliczenie w brzmieniu nadanym przez RU wraz ze skutkami z niego wynikającymi.

1.23. Brak przekazania stanowiska przez Wykonawcę umów utrzymania KSI w terminach określonych w punkcie 1.19 lub 1.20 uznaje się za akceptację stanowiska drugiego Wykonawcy. Stanowiska przekazywane są drogą elektroniczną na adresy poczty elektronicznej wskazane do zwoływania posiedzeń KK. Termin wskazany w punkcie 1.19.2 ulega zawieszeniu na okres od dnia złożenia przez Wykonawcę umów utrzymania KSI zobowiązanego do przedstawienia stanowiska wniosku do Zamawiającego o uzyskanie logów do dnia ich przekazania przez Zamawiającego lub do dnia przekazania przez Zamawiającego informacji o braku posiadania takich logów.

Powyższe postanowienia są nieprawidłowe, ponieważ prowadzą do sytuacji, w której wykonawca może otrzymać dwukrotnie wynagrodzenie za realizację prac związanych z obsługą Incydentu. Sposób usuwania Incydentów, niezależnie co jest ich przyczyną, lub kto przyczynił się do powstania incydentu, jest uregulowany w Załączniku nr 9 do Umowy. Zamawiający w precyzyjny sposób określił tam obowiązki wykonawcy. Wykonawca jest zobowiązany do obsługi Incydentów w ramach wynagrodzenia za realizację Usług Utrzymania. Obsługa Incydentów realizowana jest z uwzględnieniem czasów naprawy zdefiniowanych w Załączniku nr 9 do Umowy. Brak zachowania wskazanych terminów skutkuje obniżeniem wynagrodzenia i może doprowadzić do naliczenia kar umownych opisanych w Umowie w art. 8 Odpowiedzialność i kary umowne i art. 9 Obniżenie wynagrodzenia.

Zatem postanowienia zaproponowane przez zamawiającego mogą doprowadzić do sytuacji, w której wykonawca obciążony zostanie dodatkową „karą”, w postaci rozliczenia przedstawionego przez innego wykonawcę, które co do zasady jest praktycznie nieweryfikowalne.

Zapisy SIWZ w powyższym zakresie są nieprawidłowe, nieprecyzyjne i uniemożliwiają rzetelne skalkulowanie ceny oferty. Odwołujący nie może oszacować i uwzględnić w kalkulacji ceny oferty nieokreślonych ryzyk i kar związanych z usunięciem Incydentu przez innego wykonawcę. Umowa nie ma w tym zakresie ustalonych wartości, tak jak w przypadku kar czy obniżeń wynagrodzenia, więc wykonawca nie wie w jakiej wysokości obciążenia mogą go dotyczyć.

Dodatkowo niezrozumiałe jest, że rozliczenie obsługi Incydentu następuje wg stawek za roboczogodzinę wykonawcy obsługującego Incydent. To powoduje, że odwołujący w chwili składania oferty nie jest w stanie skalkulować ceny oferty, ponieważ nie zna przecież stawek innego wykonawcy, ani nie jest w stanie przewidzieć jakie one będą. Może zdarzyć się bowiem sytuacja, w której wykonawca usuwający Incydent posługiwał się będzie stawką za roboczogodzinę dużo wyższą niż stawki wykonawcy obciążonego rozliczeniem. Nie ma więc podstaw do tego aby de facto płacić innemu wykonawcy za realizację jego obowiązków umownych. Takie podejście burzy zasady uczciwej konkurencji i jest skrajnie niekorzystne dla interesu publicznego bowiem zakłada płatność przez podmiot publiczny dwa razy za to samo.

Należy także podkreślić, że przedstawiony mechanizm nie dotyczy sytuacji, w której przyczyną Incydentu jest nienależyte wykonanie lub niewykonanie obowiązków zamawiającego. Zamawiający bowiem realizuje także usługi utrzymania dla metryk, których nie zdecydował się powierzyć Wykonawcom umów utrzymaniowych. Czy w takiej sytuacji wykonawca usuwający skutki Incydentu spowodowanego działaniem zamawiającego będzie pozbawiony możliwości rozliczenia zrealizowanych prac? Jeśli tak, to także nie jest w stanie skalkulować ceny oferty, bo nie wie ile incydentów wywołanych błędami zamawiającego będzie musiał obsłużyć. Z tego powodu zamawiający przewidział ryczałtowe, uwzględnione w cenie Usług Utrzymania wynagrodzenie za usuwanie Incydentów.

Żądanie 8: W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany SIWZ polegającej na usunięciu zapisów dot. rozliczania kosztów usunięcia Incydentu spowodowanego nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem przez innego Wykonawcę umowy utrzymania KSI ujętych w Załączniku nr 5 do Umowy pkt 1.5.2, 1.5.3, 1.19-1.23 oraz skorelowanych z nimi zapisów Umowy.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie.

Wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył swoje pismo procesowe z dnia 6 marca 2020 r. Poinformował, że przystąpił do postępowania odwoławczego wyłącznie w zakresie zarzutów 1-3, 5, 7 i 8. W jego ocenie przedmiotowe zarzuty powinny być oddalone wobec braku interesu w ich podnoszeniu po stronie odwołującego. W złożonym piśmie przedstawił argumentację, w tym zakresie osobno dla każdego zarzutu.

Na posiedzeniu niejawnym, które odbyło się w dniu 26 maja 2020 r. zamawiający złożył oryginał odpowiedzi na odwołanie, w której wskazał, że:

- uwzględnić zarzut nr 5 odwołania;
- wnosi o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie;
- wnosi o obciążenie odwołującego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

Zamawiający na wstępie wyjaśnił, że na skutek dokonanej przez w dniu 3 kwietnia 2020 r. modyfikacji postanowień SIWZ, w tym wzoru Umowy i jej załączników (pismo datowane na 3 kwietnia 2020 r., nr. 993200/271/1N-297/2020) część zapisów będących podstawą formułowanych przez odwołującego zarzutów uległa całościowej lub częściowej modyfikacji. Zmianie uległ zatem stan faktyczny będący podstawą do rozpoznania odwołania. W tym zakresie wskazał, że czynność modyfikacji postanowień SIWZ, w tym wzoru Umowy i jej załączników, jest skuteczna z chwilą podania do publicznej wiadomości (opublikowania). Tym samym w chwili rozstrzygnięcia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą mamy do czynienia z innym stanem faktycznym, niż w chwili wniesienia odwołania. Oznacza to, że zarzuty sformułowane względem poprzednio obowiązujących postanowieniach SIWZ, po dokonaniu ich modyfikacji, straciły swoją aktualność, prowadząc do upadku podstawy faktycznej zarzutów i stały się bezprzedmiotowe. Wskazał, iż działanie jego polegające na zmianie SIWZ, po terminie wniesienia odwołania, jest nie tylko uzasadnione ekonomią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale również jest w pełni zgodne z przepisami prawa. Przepisy Pzp nie wiążą bowiem z wniesieniem odwołania na treść SIWZ skutku zawieszającego postępowanie. Skutek taki przewidziany jest jedynie w przypadku czynności zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zatem każda inna czynność w postępowaniu o zamówienie publicznego, poza zawarciem umowy, jest możliwa do podjęcia przez zamawiającego pomimo toczącego się postępowania odwoławczego.

Ponieważ, poza zarzutem nr 5 odwołania, sposób modyfikacji SIWZ nie jest w pełni zgodny z żądaniami odwołującego, zamawiający oświadczył, że nie dokonał czynności procesowej uwzględnienia części zarzutów (pkt II petitum) w trybie art. 186 ust. 2 Pzp.

Dalej zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Oznacza to, że w sytuacji, gdy dokonana przez zamawiającego modyfikacja SIWZ uwzględniła żądanie lub postulat

odwołującego rozpatrywanie zarzutu odnoszącego się do tego postanowienia staje się bezprzedmiotowe. Natomiast w przypadku zarzutów odnoszących się do częściowo zmodyfikowanych zapisów, o ile pozostają aktualne mimo zmiany brzmienia tych zapisów i nie zostały przez odwołującego cofnięte, powinny być rozpatrzone, ale w odniesieniu do stanu ustalonego w toku postępowania, a więc stanu po dokonaniu modyfikacji SIWZ a nie stanu poprzedniego. Rozstrzygnięcie co do zapisów SIWZ, które stały się nieaktualne i mają co najwyżej znaczenie historyczne, byłoby działaniem irracjonalnym i niecelowym. Co więcej, rozstrzygnięcie co do nieistniejących już zapisów SIWZ stoi w sprzeczności z przepisem art. 192 ust. 2 Pzp, który do uwzględnienia odwołania wymaga stwierdzenia naruszenia przepisów Pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Takiego wpływu na pewno nie miały i nie będą mieć zapisy historyczne, które już w żaden sposób nie wiążą zarówno zamawiającego jak i uczestników postępowania.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający wyjaśnił, że w odpowiedzi na odwołanie, w części – Uzasadnienie zaznaczył, które modyfikacje zostały dokonane w sposób zbieżny z żądaniami odwołującego, powodując, iż doszło do uwzględnienia zarzutów. Jednocześnie w zakresie modyfikacji częściowych lub niezgodnych w całości lub w części z zarzutami odwołującego, zamawiający wskazał te modyfikacje z jednoczesnym merytorycznym odniesieniem się do zarzutu odwołującego.

W dalszej kolejności zamawiający przedstawił specyfikę Kompleksowego Systemu Informatycznego ZUS.

W tym kontekście zamawiający wyjaśnił, że System KSI ZUS powstał, by wspomagać Zakład Ubezpieczeń Społecznych w wykonywaniu jego zadań statutowych, w szczególności obowiązków wynikających z reformy systemu ubezpieczeń społecznych i ubezpieczenia zdrowotnego z 1999 roku. Blisko 90% z ponad 45 tysięcy pracowników ZUS korzysta z jego funkcji przy realizacji codziennych zadań poboru i dystrybucji składek na ubezpieczenia, ustalania podlegania ubezpieczeniom, przyznawania i wypłaty świadczeń, jak również ekonomiki zakładu i obiegu spraw. Obecnie z usług ZUS korzysta około 24 mln klientów, co stawia Zakład w czołówce największych instytucji finansowych w Polsce. Środki Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, których dysponentem jest ZUS, stanowią blisko 50% zasobów pieniężnych państwa. Dla realizacji swoich zadań ZUS zatrudnia ok. 45,5 tys. pracowników, rozmieszczonych w centrali, 43 oddziałach, 209 inspektoratach i 71 biurach terenowych w miastach w całym kraju. KSI ZUS jest systemem unikalnym. W systemach ubezpieczeń społecznych różnych krajów występuje wiele podobieństw, jednak na poziomie szczegółowych rozwiązań organizacyjnych, ekonomicznych i legislacyjnych każdy kraj tworzy swój własny system zabezpieczenia społecznego. Polska jest jednym z liderów nowoczesnych rozwiązań kapitałowych w tym zakresie. Różnice pomiędzy systemami zabezpieczenia społecznego powodują, że dedykowane dla nich narzędzia informatyczne

również mają charakter unikalny. W rezultacie nie ma drugiego systemu o analogicznej funkcjonalności i wydajności jak KSI ZUS. Został on w przeważającej części opracowany od podstaw i charakteryzuje się indywidualnie zaprojektowanymi i wykonanymi rozwiązaniami technicznymi i technologicznymi. sposobem i zasadami działania a także indywidualnie zdefiniowanymi parametrami i standardami.

Eksploatowany system podlega ciągłemu rozwojowi, o którego intensywności świadczą liczne zmiany wprowadzane miesięcznie do postaci eksploatacyjnej KSI ZUS. Mają one swoje źródła we wprowadzaniu nowych elementów oprogramowania użytkowego lub dostosowywaniu elementów już eksploatowanych do zmian legislacyjnych wprowadzanych w systemie ubezpieczeń społecznych, w podnoszeniu efektywności wykorzystania używanych technologii przetwarzania jak również w konieczności dostosowania systemu do zmian w strukturze organizacyjnej ZUS.

KSI ZUS to jedna z największych na świecie instalacji komputerów klasy Mainframe.

- Dane operacyjne zapisane w KSI ZUS to obecnie ponad 143 terabajtów bazy operacyjnej;
- Dane zapisywane są w bazie DB2. Największe tablice przechowujące dane posiadają wielkości rzędu kilkunastu miliardów rekordów;
- Ilość operacji bazodanowych w szczycie obciążenia dochodzi do 400 000 DML/s;
- Co roku baza KSI ZUS powiększa się o kilkanaście TB danych produkcyjnych.

Na złożoność systemu KSI ZUS składa się:

- 900 komponentów aplikacyjnych;
- 229 produkcyjnych baz danych;
- 15626 tablic;
- 26593 indexów;
- 3840781 uprawnień do obiektów bazodanowych;
- 244 tablic powyżej 1 000 000 000 rekordów
- 2 477 tablic powyżej 10 000 000 rekordów
- łączna zajętość środowiska produkcyjnego KSI to 143 TB (przeźreni dyskowej, w tym tablice 77 TB i indeksy 66 TB).

Unikalność systemu KSI powoduje, iż porównywanie go do jakiegokolwiek innego systemu jest nieadekwatne i niewspółmierne. Zestawienie zatem wymagań zamawiającego w stosunku do KSI a wymagań innych zamawiających do gospodarowanych przez nich systemów informatycznych nie stanowi porównywalnego dowodu w sprawie. Reasumując, specyficzne lub wygórowane w ocenie wykonawców wymagania, w tym zwiększona odpowiedzialność kontraktowa oraz idące za nią adekwatne instrumenty prewencyjne w postaci chociażby kar umownych wynikają właśnie z specyfiki systemu KSI, za utrzymanie którego, będzie odpowiadał wykonawca wybrany w analizowanym Postępowaniu.

W uzasadnieniu dotyczącym zarzutu podniesionego w pkt 1 uzasadnienia odwołania zamawiający wskazał, że w ramach kryterium „Testu kompetencji technicznych” opisał jednostki zadaniowe mające na celu weryfikację sposobu świadczenia usługi przez wykonawcę na przykładzie klasy zadań, jakie mogą występować w ramach realizacji usług utrzymania systemów o skali porównywalnej z KSI ZUS. Zadania będą prowadzone przy pomocy standardowego oprogramowania narzędziowego i będą dotyczyły operacji specyficznych dla tego oprogramowania tj. problemów związanych z administrowaniem systemami informatycznymi występującymi nie tylko w systemie KSI ZUS.

Zamawiający podkreślił, że w ramach tego kryterium będzie badał ogólną wiedzę wykonawcy związaną z obsługą systemów IT, a nie wiedzę z konkretnego systemu jakim dysponuje zamawiający. Po drugie sama specyfika zadań, jak i ich opis, jest bardzo zbliżony do specyfiki i opisu zadań realizowanych w poprzednim przetargu, prowadzonym przez zamawiającego w tym samym przedmiocie zamówienia, w którym Comarch brał udział i w którym wykonywał jednostki zadaniowe. Poziom ogólności opisu kryteriów z poprzedniego postępowania jak i obecnego jest porównywalny. Odwołujący w trakcie postępowania w 2017 r. podnosił argumenty, że takie kryterium premiuje dotychczasowego usługodawcę. Mimo niewielkich modyfikacji w zakresie tego kryterium odwołujący cofnął swoje odwołanie i podjął się wykonania jednostek zadaniowych.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący w ramach podniesionego zarzutu stara się stworzyć, zwłaszcza dla osób nie mających wiedzy z zakresu utrzymania IT, wrażenie, że posługuje się on pojęciami niedookreślonymi, niepełnymi i niejasnymi, podczas gdy każdy przeciętny specjalista z branży IT wie, o jakich zadaniach i o jakim poziomie wiedzy, czy umiejętności jest mowa. Odwołujący, pod pretekstem niezrozumiałych stwierdzeń, domaga się wskazania mu treści zadań, których ujawnienie wcześniej, niż moment przystąpienia do testów, ztraci sens tego kryterium pozacenowego i nie spełni swojej funkcji.

Zamawiający podkreślił, iż poziom opisu jednostek zadaniowych jest stworzony na możliwie dokładnym poziomie ogólności, który z jednej strony nie ujawnia treści zadań, a z drugiej swobodnie umożliwia dobór odpowiednich specjalistów do wykonania testów. Nieprawdziwe są twierdzenia odwołującego, jakoby nie mógł on jako specjalista, ustalić czego mogą dotyczyć zadania i jakie osoby ma skierować do ich wykonania. Pojawiający się kilkakrotnie zarzut o braku wskazania narzędzi programistycznych w odniesieniu do poszczególnych zadań jest chybiony z uwagi, iż przed opisem każdej jednostki, zamawiający w pkt. 7.3.3.2. SIWZ podał podstawowe komponenty środowiska służącego do realizacji zadań. Ponadto, jak już zaznaczono na wstępie opisu kryterium, zadania będą prowadzone przy pomocy standardowego oprogramowania narzędziowego, co oznacza, że wykonawca wiedząc jakiego zakresu zadanie będzie dotyczyć, np. technologii DB2 for z/OS, Tuxedo, OpenShift, powinien potrafić samodzielnie dobrać rodzaj narzędzi.

Dodatkowo w odpowiedzi na szczegółowe zarzuty nr 1 odwołania zamawiający wskazał, iż:

- zarzuty generalne sprecyzowane w pkt 1.1 odwołania zostały niedoprecyzowane a żądanie wskazane w pkt 1.1. (str. 8 odwołania) nie jest precyzyjne i nie może zostać uwzględnione. Przekazanie przez zamawiającego wykonawcom, na tym etapie postępowania, szczegółowych opisów czynności, jak i materiałów, potrzebnych do wykonania każdej jednostki zadaniowej spowoduje możliwość rozwiązania zadań już na obecnym etapie, a przez to kryterium oceny ofert stanie się bezprzedmiotowe.

- zarzuty nr 1.2 str. 8 oraz 1.9 str. 15 są bezpodstawne. Zamawiający wyraźnie wskazał w pkt. 7.3.3.12. SIWZ, iż warunkiem pozytywnego zaliczenia Testu kompetencji technicznych przez wykonawcę jest poprawne rozwiązanie co najmniej 1 z 3 zadań w ramach każdej Jednostki Zadaniowej, o których mowa w pkt 7.3.3.4. – 7.3.3.9. SIWZ oraz poprawne rozwiązanie minimum 50% spośród wszystkich 18 zadań (6 Jednostek Zadaniowych po 3 zadania w każdej z nich). Następnie w pkt. 7.3.3.14. SIWZ podał wzór obliczania punktów, w którym uwzględnia się wartość „liczba zadań rozwiązanych poprawnie”.

Oznacza to, że każde spośród trzech zadań wskazanych w danej Jednostce Zadaniowej jest oceniane w sposób binarny (może zatem zostać albo zaliczone albo niezaliczone poprawne wykonanie wszystkich czynności składających się na zadanie powoduje zwiększenie liczby zadań rozwiązanych poprawnie 0 1 zaś niepoprawne wykonanie jednej lub wielu czynności składających się na zadanie nie powoduje zwiększenie liczby zadań rozwiązanych poprawnie). Zamawiający nie ma obowiązku dzielenia oceny zadań na oceny półkowe za wykonanie mniejszej lub większej części zadania. Co więcej sposób punktowania jest równy dla wszystkich. Odwołujący zarzuca, że wymagania są wyśrubowane i nawet przy rozwiązaniu 50% zadań poprawnie w nieodpowiedniej konfiguracji może dojść do odrzucenia oferty. Zasadą jest wykonanie co najmniej jednego zadania w ramach każdej jednostki zadaniowej. Zamawiający miał prawo wprowadzić taki sposób zaliczenia kryterium, bowiem każda jednostka zadaniowa bada osobną umiejętność na poziomie danego obszaru technologicznego. Wykonanie wszystkich zadań w ramach danej jednostki zadaniowej a nie wykonanie żadnego zadania w ramach drugiej jednostki zadaniowej nie pozwala na obiektywne i równe zbadanie umiejętności. Tym samym wprowadzone zasady są równe, jasne dla wszystkich i nie premiąją żadnego z wykonawców.

- zarzut nr 1.9 (str. 15 odwołania) odnoszący się do nieprawidłowości w zakresie określenia warunków zaliczenia testu kompetencji technicznych i przyznawania punktów w tym kryterium był dla zamawiającego wyimaginowany i nie pokazał żadnego realnego zagrożenia ani błędu w sposobie liczenia punktów. Po pierwsze zasady ich przyznawania są jasne (0-1). Po drugie poziom zaliczenia jednostek zadaniowych jest ściśle określony, przez co wiadomo jakie poziomy spowodują uznanie oferty, a jakie jej odrzucenie. Kwestionowanie racjonalności takiego a nie innego sposobu leży poza kompetencjami wykonawcy, bowiem to

zamawiający kształtuje kryteria według własnego uznania, pozwalające mu zapewnić osiągnięcie określonego celu w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca ma zaś prawo domagać się, aby opis kryterium był obiektywnie mierzalny i równy dla wszystkich, i taki jest w badanym przypadku. Wykonawca nie ma interesu w kwestionowaniu kryteriów tylko dlatego, że są mu niewygodne albo że sam opisałby je lepiej lub na innych zasadach.

Zamawiający wyjaśnił, że wychodząc częściowo naprzeciw oczekiwaniom odwołującego, zmodyfikował zapisy dotyczące kryterium oceny oferty „Test kompetencji technicznych” w zakresie, w jakim było to możliwe bez ujawnienia treści zadań. Modyfikacje te w sposób maksymalny na zachowanym poziomie ogólnego opisu zadań, pozwalają określić jakie umiejętności i wiedza będą badane i jakich specjalistów należy skierować do ich wykonania. Wykonawca, jako specjalista w branży IT, wie jakie konkretne czynności mogą być wykonywane w każdym środowisku i jakich specjalistów należy skierować do realizacji testów. Tym bardziej wiedzę taką posiada odwołujący w szczególności, że takie zadania odwołujący świadczy na co dzień, w związku z realizacją umowy na utrzymanie systemu KSI.

Jeśli chodzi o zarzut wskazany w pkt 2 uzasadnienia odwołania zamawiający wyjaśnił, że w ramach tego kryterium oceny ofert zamierza przeprowadzić weryfikację poziomu wiedzy merytorycznej z czterech podstawowych obszarów biznesowych wyszczególnionych w SIWZ. Zadania Testu kompetencji biznesowych będą dotyczyły niezbędnej wiedzy dla prawidłowej realizacji usług utrzymania systemu KSI ZUS. Wbrew wywodom odwołującego podstawowa znajomość przepisów prawa w zakresie ubezpieczeń społecznych jest nieodzownym elementem świadczenia usług w ramach KSI. Taka wiedza była wymagana dotychczas na etapie świadczenia usług przez odwołującego, przez co próba oderwania jej od przedmiotu postępowania była dla zamawiającego niezrozumiała. Tym samym sprawdzenie wiedzy biznesowej dotyczącej znajomości podstawowych uregulowań zawartych w ogólnodostępnych i powszechnie obowiązujących ustawach jest niezbędne do prawidłowego świadczenia usług utrzymania KSI. Wiedza ta ma kluczowe znaczenie przy wykonywaniu usług biznesowych opisanych w Załączniku 7 Umowy. Przedmiotowe usługi wspierają realizację akcji będących ustawowym obowiązkiem Zakładu, np. przeprowadzenie waloryzacji świadczeń emerytalno-rentowych, akcji podatkowych, czy też akcji informowania ubezpieczonych o stanie konta. Zamawiający przewidział również wsparcie przez wykonawcę zadań wynikających ze zmian legislacyjnych i zawarł to literalnie w zakresie usług dodatkowych.

Tytułem przykładu zamawiający posłużył się działaniami wykonawcy podczas obsługi akcji masowych lub obsługi incydentów. Wówczas potrzebna jest również wiedza merytoryczna wykonawcy aby zdiagnozować, czy to jest błąd aplikacji, brak funkcjonalności czy błąd

użytkownika i zaproponować jak najszybsze poprawne rozwiązanie problemu. Do tego niezbędna jest chociażby podstawowa znajomość powszechnie obowiązujących przepisów ustaw w odniesieniu do świadczeń ZUS, aby wiedzieć czego dotyczy problem (określić specyfikę danej sprawy) i odnieść dany problem do przepisów na dany czas obowiązujących. Przykładowo jeśli problem powstał w aplikacji w wyliczeniu kwoty podczas ustalenia wypłaty zasiłku macierzyńskiego z przysługującym podwyższeniem, wykonawca musi orientować się w przepisach regulujących podwyższenie zasiłku macierzyńskiego, wyliczenia kwoty czy ustalenia za jaki okres przysługuje zasiłek. Znajomość podstawowa wyliczeń podstawy, zaliczki na podatek dochodowy i kwot zasiłku jest w takich przypadkach niezbędna aby wykluczyć błąd aplikacji. Zamawiający nie wymaga jednak w żadnym przypadku znajomości ustaw „na pamięć” lecz w teście kompetencji biznesowych sprawdzana jest umiejętność sprawnego poruszania się w tym obszarze. Wykonawca w trakcie testu może korzystać z wersji papierowych ustaw zgodnie z Modyfikacją nr 13.

Znajomość wskazanych aktów prawnych nie dotyczy specyfiki KSI, ale sprawdza ogólny poziom wiedzy w zakresie systemu ubezpieczeń społecznych, które są nieodzownym elementem prawidłowego świadczenia usług w ramach umowy wsparcia eksploatacji utrzymania systemu KSI ZUS. Wykonawca, który nie zna zasad przebiegu procesów biznesowych obsługiwanych przez system KSI, wynikających ze wskazanych przez zamawiającego podstawowych przepisów prawa powszechnie obowiązującego, nie będzie w stanie w sposób szybki diagnozować i poprawnie reagować na nieprawidłowości pojawiające się w trakcie jego utrzymania.

Zamawiający odnosząc się do szczegółowych zarzutów odwołania w zakresie zarzutu nr 2 wskazał:

- wychodząc naprzeciw argumentacji w zakresie zarzutu nr 2.1 (str. 17 odwołania) i żądania nr 2.2.2 (str. 24 odwołania) zamawiający doprecyzował zbiór przepisów prawa, których znajomości wymaga się do prawidłowego wykonania Testu kompetencji biznesowych. Co więcej, dodano zapis, iż podczas testów będzie można korzystać z tekstów ustaw, co tym bardziej bada ogólną znajomość tematyki ubezpieczeń społecznych i umiejętność sprawnego poruszania się w tym obszarze. Odpowiednie modyfikacje w tym zakresie znajdują się w Załączniku nr 11 do SIWZ Modyfikacja nr 12 i 13.
- kryterium wiedzy biznesowej jest powiązane z prawidłowym świadczeniem usług utrzymania, więc zamawiający nie widzi możliwości uwzględnienia żądania nr. 2.1.1 str. 20 w postaci usunięcia tego kryterium lub zastąpienia go innym.
- sposób przyznawania punktów w ramach tego kryterium jest jasny i został doprecyzowany w Modyfikacji nr 12, zgodnie z pkt 7.3.4.5. Podstawą zaliczenia Testu kompetencji biznesowych jest uzyskanie co najmniej 50 poprawnych odpowiedzi łącznie dla wszystkich obszarów oraz co najmniej 10 poprawnych odpowiedzi dla testu z każdego z obszarów. Brak

odpowiedzi lub zaznaczenie więcej niż jednej odpowiedzi będzie traktowany jako niepoprawna odpowiedź.

- system oceny podobnie jak w Testach kompetencji technicznych jest binarny 0-1 tj. oceniany na zasadzie poprawna odpowiedź/niepoprawna odpowiedź. Odwołujący nie doprecyzował na czym polega według niego zbyt rygorystyczny i nieadekwatny sposób oceny i dlatego może być to bezpodstawa przesłanka odrzucenia oferty. Jeszcze raz należy podkreślić, że to zamawiający jest decydującym wyboru kryterium, a rolą wykonawcy jest sprawdzenie czy kryterium to jest dla niego obiektywne i mierzalne. Zamawiający doprecyzował, że poziomem minimalnym do zaliczenia testu i nie odrzucenia oferty jest 50 poprawnych odpowiedzi łącznie i co najmniej 10 poprawnych odpowiedzi dla każdego z 4 obszarów. Tym samym kryterium jest jasne i obiektywnie oceniane a żądanie 2.1.3 jest bezpodstawne.

- w zakresie zarzutu nr 2.2 str. 22-23 co do liczby osób i czasu trwania Testu kompetencji biznesowych, zamawiający dokonał Modyfikacji nr 13. Wymagany przez odwołującego czas, jak i liczba osób dopuszczonych do testów, jest niemożliwa do przyjęcia i może spowodować znaczące utrudnienia przy ich organizacji przez zamawiającego. Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił potrzeby skierowania aż 12 osób do wykonania testów jak i długości jego trwania, przez co założenia zamawiającego przyjęte podczas modyfikacji zapisów a więc zamiast 120 minut - 240 minut i zamiast 4 osób - 8 osób (średnio 3 minuty na pytanie zamknięte, 2 osoby na każdy obszar kompetencji) są możliwe do spełnienia, obiektywne i mierzalne dla wszystkich wykonawców).

Tym samym wobec wprowadzonych częściowo modyfikacji, zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu.

W zakresie stanowiska wobec zarzutu podniesionego w pkt 3 uzasadnienia odwołania zamawiający w pierwszej kolejności podkreślił, iż dotychczasowi wykonawcy umów utrzymania i eksploatacji systemu KSI, a więc zasadniczo Konsorcjum Comarch i Asseco, nie będą przechodzić weryfikacji kompetencji wykonawcy, która następować będzie już po zawarciu umowy z wybranym wykonawcą (weryfikacja kompetencji będzie przeprowadzana w przypadku wyboru innego wykonawcy, niż dotychczas świadczącego usługi utrzymania KSI). Podkreślił przy tym, że weryfikacja kompetencji wykonawcy jest całkowicie odrębnym etapem od testów kompetencji biznesowych i technicznych stanowiących kryterium oceny ofert. Weryfikacja kompetencji wykonawcy, do której odnosi się zarzut nr 3 odwołania, będzie następowała już po wyborze oferty i zawarciu umowy z wybranym (nowym) wykonawcą i będzie poprzedzała etap przejęcia usług utrzymania. Tym samym podnoszenie zarzutu przez odwołującego, który jest członkiem obecnego konsorcjum, odnośnie zasad opisanych w Załączniku 3 do Umowy, o ile złoży ofertę w tym samym składzie – jest nieuzasadnione.

Testy prowadzone w ramach tej weryfikacji mają służyć płynnemu przejściu świadczenia usług po etapie przejściowym („uczenia się obsługi systemu”). Zamawiający uznał, że skoro dotychczasowi wykonawcy świadczą już usługi utrzymania KSI, niezależnie od ich zakresu, to znane są im mechanizmy działania tego systemu. Wykonawcy ci nie potrzebują przechodzenia testów, które zasadniczo nie są elementem świadczenia usług, a testem czy wykonawca utrzyma system. Okres przejściowy ma na celu umożliwienie podjęcia realizacji umowy przez innych wykonawców, wyłonionych w procedurze otwartej przetargu, a dla dotychczasowych podmiotów utrzymujących już system KSI nie ma w tym zakresie znaczenia, gdyż podjęły one skutecznie realizację usług utrzymania KSI ZUS w latach wcześniejszych. Pomimo zatem, iż system KSI ZUS podlega ciągłym zmianom i dostosowaniu do zmian legislacyjnych, powoływane są nowe metryki, to jednak nie ulegają zmianie zasady świadczenia usług utrzymania oraz ich aspekty techniczne w stopniu, który poddawałby w wątpliwość kompetencje dotychczasowych wykonawców do ich świadczenia. Należy na marginesie zaznaczyć, że okres przejściowy jest okresem jałowym w świadczeniu usług a jednocześnie kosztownym dla zamawiającego, dlatego celowym jest zapewnienie możliwości dostosowania jego przebiegu i czasu trwania w zależności od okoliczności faktycznych, jakie ukształtują się w trakcie trwania postępowania. Podczas gdy nowy podmiot uczy się obsługi systemu KSI ZUS w trakcie okresu przejściowego, co wymaga także zaangażowania osób i środków po stronie zamawiającego, dotychczasowy lub inny podmiot, który już świadczy usługi właściwe, nie wymaga prowadzenia takiego przeszkolenia i zaangażowania zamawiającego i może we wcześniejszym terminie rozpocząć świadczenie usług, za które otrzymuje wynagrodzenie.

Co do zasady, celem przeprowadzania weryfikacji kompetencji wykonawcy w okresie przejściowym nie jest przypisanie mu odpowiednich metryk w celu przejścia ich świadczenia, a jedynie sprawdzenie umiejętności wykonawcy. Siłą rzeczy badanie kompetencji dotyczy tylko wycinków całego systemu, bowiem ze względów organizacyjnych, technicznych i finansowych nie byłoby możliwe przetestowanie wszystkich metryk. Na przejście świadczenia usług całego systemu zamawiający przewidział odpowiedni czas zarówno dla nowych jak i dotychczasowych wykonawców, który to okres nie był kwestionowany w ramach odwołania.

Na marginesie zaznaczył, że również w obecnie trwającej umowie utrzymaniowej Konsorcjum Comarch przejmował nowo powoływane metryki bez okresu przejściowego i testów w tym zakresie np. metryka EESSI – modyfikacja realizowana przez innego wykonawcę i w ramach umowy ramowej na modyfikację systemu KSI, która to modyfikacja przeszła płynnie do usług utrzymywanych przez Konsorcjum Comarch. Także przyjęty przez ZUS i obu obecnych wykonawców (Konsorcjum Comarch i Asseco) model współdziałania ustala zakres odpowiedzialności i reguluje zasady współpracy i przepływu informacji

między nimi oraz innymi wykonawcami i zamawiającym. W szczególności każdy z wykonawców ma dostęp do wiedzy o stanie KSI nie tylko w swoim obszarze odpowiedzialności, ale również w pozostałym. Procedury modelu współdziałania nakładają na zamawiającego obowiązek informowania o podejmowanych działaniach w relacji z każdym z wykonawców drugiemu wykonawcy. Wykonawcy z kolei mają obowiązek zajmowania stanowiska i sygnalizowania zagrożeń wynikających z planowanych działań o obszarze drugiego wykonawcy. Zamawiający prowadzi i aktualizuje rejestry definiujące podział odpowiedzialności pomiędzy wykonawcami. Ponadto wykonawca nr 1 dysponuje uprawnieniami w trybie „do odczytu” do obszarów utrzymywanych przez wykonawcę nr 2. Obaj wykonawcy (jako jego kluczowi uczestnicy) uczestniczą aktywnie w pracach Komitetu ds. Wdrożeń i Integracji, którego zadaniem jest koordynowanie działań w zakresie realizowanych projektów i umów utrzymaniowych KSI. W szczególności jako uczestnicy Komitetu ds. Wdrożeń i Integracji obaj wykonawcy:

- zajmują stanowisko w zakresie wpływu na eksploatację i utrzymanie KSI realizowanych projektów KSI ZUS i projektów realizowanych na styku KSI ZUS z innymi systemami;
- uczestniczą w procesie opracowywania i zatwierdzania Miesięcznego planu wdrożeń w zakresie możliwości wdrożenia w Środowisku produkcyjnym produktów projektów KSI ZUS i projektów realizowanych na styku KSI ZUS z innymi systemami;
- oceniają możliwości wdrożenia w Środowisku produkcyjnym Produktów/Produktów Innego wykonawcy i projektów realizowanych na styku KSI ZUS z innymi systemami, a także identyfikują i zgłaszają wszelkie ryzyka wynikających z realizacji tych projektów i mające wpływ na realizację dokumentów kontraktowych poszczególnych umów.

Zakład aktywnie wspiera proces wzrostu kompetencji u wykonawców poprzez proaktywne podejście do transferu wiedzy w każdej relacji. W szczególności dotyczy to jednej z najbardziej krytycznych akcji biznesowych - waloryzacji świadczeń.

Pomimo faktu, że zarówno Asseco jak i Konsorcjum Comarch nie świadczy aktualnie usług wsparcia KSI w pełnym zakresie, to jako profesjonalne podmioty na polskim i światowym rynku IT, przy uwzględnieniu powyżej opisanego statusu ich zaangażowania w utrzymanie i rozwój KSI, należy przyjąć, że potencjał do przejęcia przez każdy z rozpatrywanych podmiotów utrzymania całego KSI jest na akceptowalnym poziomie. Oznacza to, że w stosunku do obecnych podmiotów utrzymujących system, przeprowadzanie procedury weryfikacji kompetencji w oparciu o postanowienia załącznika 3 do Umowy jest zbędne i generowałoby nieracjonalne i niepotrzebne koszty po stronie zamawiającego.

Wysiłek, który zamawiający musiałby podjąć w celu przeprowadzenia weryfikacji kompetencji dotychczasowych wykonawców w okresie przejściowym, jak już wskazano, jest działaniem nadmiarowym. W jego miejsce, w trosce o minimalizację ryzyka poważnego obniżenia poziomu świadczonych usług po przejęciu, zamawiający powinien włożyć wysiłek we

wsparcie wykonawcy w proces przygotowania się do świadczenia usług utrzymania, co w porównaniu z „nadmiarową” weryfikacją przyniesie większą korzyść dla Zakładu i dla jego klientów.

Zamawiający odnosząc się do argumentacji odwołującego w zakresie zarzutu 3 odwołania zmodyfikował częściowo zapisy tego załącznika tj. Modyfikacje nr 37 i 38.

Odnosząc się szczegółowo do zarzutów i żądań od 3.1 do 3.4 wskazał, że:

- żądanie 3.1 a i b str. 25 odwołujący wnosi o wskazanie wszystkich ścieżek weryfikacji, szczegółowej listy jednostek zadaniowych itd. Zamawiający zmodyfikował Załącznik 3 do wzoru Umowy poprzez dodanie postanowienia 2.1.21. – podział usług aplikacyjnych na bloki zadaniowe. Zamawiający nie może dać konkretnej listy zadań ani opisanie na obecnym etapie z uwagi na cel sprawdzenia kompetencji po okresie przejścia a nie kwalifikacji wykonawcy do udziału w postępowaniu. Wzorzec odpowiedzi nie może zostać przekazany wcześniej, ponieważ będzie sugerował sposób rozwiązania jednostek zadaniowych. Wzorzec odpowiedzi zostanie przekazany po realizacji jednostek zadaniowych w momencie przekazania przez wykonawcę rozwiązania danych jednostek zadaniowych.

- żądanie 3.2 str. 25 w zakresie Harmonogramu weryfikacji. Na obecnym etapie nie jest zasadne tworzenie Harmonogramu szczegółowego zwłaszcza, że został podany Harmonogram ramowy, który w połączeniu z nowo dodanym pkt 2.1.21 pozwala ustalić materię każdego bloku zadaniowego a także umiejscowić go na osi czasu w podziale na tygodnie. Wskazanie podziału aplikacji jakie będą się składały na każdy blok zadaniowy jest wystarczające a dalej idące żądanie odwołującego podania konkretnych treści weryfikacji kompetencji wykonawcy jest niemożliwe i zbyt daleko idące. Każdy wykonawca jest w stanie z Załącznika 3 wywieść jaki czas trwania jest przewidziany na realizację zadań w każdym bloku, w jakich godzinach mogą się odbywać (pkt. 2.1.14 2.1.18 Załącznika 3) a ponadto jaki jest podział na bloki zadaniowe przez dodany pkt 2.1.21. Zamawiający musi bowiem mieć możliwość dostosowania szczegółowego harmonogramu weryfikacji w ramach harmonogramu ramowego, w zależności od momentu w jakim zostanie zawarta umowa z wybranym wykonawcą, toczących się w tej dacie procesów biznesowych oraz dostępnych w danym momencie środowisk niezbędnych do przygotowania i przeprowadzenia testów. Środowiska te są bowiem wykorzystywane także przez innych wykonawców w ramach innych zawartych przez zamawiającego umów.

- żądanie 3.3 a), b), c), d) str. 26 zamawiający wskazał, że podobnie jak przy jednostkach zadaniowych, w ramach kryteriów oceny ofert, nie może na tym etapie postępowania opisać i przekazać konkretnych treści zadań, z uwagi, iż zniweczy to cel sprawdzenia umiejętności wykonawcy. Wzorzec odpowiedzi nie może zostać przekazany wcześniej, ponieważ będzie sugerował sposób rozwiązania jednostek zadaniowych. Wzorzec odpowiedzi zostanie przekazany po realizacji jednostek zadaniowych w momencie przekazania przez wykonawcę

rozwiązania danych jednostek zadaniowych jednakże zgodnie z pkt. 2.1.11 Załącznika 3 „Scenariusze testowe będą przekazywane przez Zamawiającego najpóźniej na 4 dni przed terminami realizacji jednostek zadaniowych.”

- żądanie 3.3 e) str. 26 Twierdzenie o edukacyjnym charakterze procesu weryfikacji kompetencji (vide akapit 3 str. 26 odwołania) jest nieuprawnione. W procesie weryfikacji kompetencji wykonawca powinien już posiadać kompetencje niezbędne do należytego świadczenia usług, a nie liczyć na uzyskanie tych kompetencji przez naukę w oparciu o metodę prób i błędów. Zamawiający rozdzielił etap nabywania kompetencji od etapu ich weryfikacji. Kompetencje te wykonawca powinien być w stanie zdobyć na etapie Transferu Wiedzy (Artykuł 17, ust. 1 pkt 2 lit. c Umowy oraz Artykuł 17, punkt 7-8 Umowy). Etap Transferu Wiedzy jest etapem edukacyjnym. Etap weryfikacji kompetencji nie jest etapem nabywania wiedzy, a etapem, który ma zweryfikować czy wykonawca będzie w stanie przejąć Usługi Utrzymania KSI w sposób niezagrażający nieprzerwanej i bezawaryjnej eksploatacji KSI ZUS, oraz niezagrażający jakości świadczenia przejmowanych Usług. Proces przekazywania Usług Utrzymania KSI na przełomie 2018 i 2019 roku pokazał, że etap weryfikacji nie musi zakończyć się powodzeniem.

Ponadto, należy wskazać, że część jednostek zadaniowych z uwagi na ich specyfikę nie może być weryfikowana powtórnie. I tak np. jednostka zadaniowa polegająca na odświeżeniu środowiska przedprodukcyjnego jest jednostką niezwykle pracochłonną po stronie zamawiającego, w porównaniu do innych jednostek zadaniowych. Przygotowanie tej jednostki jest długotrwałe, (trwa tydzień), angażując istotne zasoby ludzkie, jak również sprzętowe, po stronie ZUS. Co więcej, przygotowanie i wykonanie tej jednostki blokuje jedno ze środowisk przedprodukcyjnych systemu KSI ZUS (z trzech dostępnych na ten cel). Środowisko przedprodukcyjne KSI ZUS jest istotne z punktu realizacji zadań ustawowych zamawiającego i zablokowanie nawet jednego z nich musi być uzasadnione i dokonane w sposób ograniczony i minimalny, aby zminimalizować ryzyko negatywnego wpływu na nieprzerwaną i bezawaryjną eksploatację KSI ZUS, tj. m.in. na wypłatę rent i emerytur czy też bieżącą weryfikację zgłaszanych problemów. Z pewnością uzasadnieniem dla blokady środowiska przedprodukcyjnego nie jest chęć dodatkowej nauki, na zasadzie prób i błędów, przez dotychczasowego Wykonawcę, w okresie, który nie jest przewidziany na transfer wiedzy a na jej weryfikację.

Wreszcie jednostki zadaniowe, które w ramach procedury weryfikacji kompetencji weryfikowane są dwukrotnie (istnieje możliwość ich powtórzenia), nie mogą uzasadniać żądania odwołującego w zakresie powtórzenia jednostki zadaniowej mającej za przedmiot odświeżenie środowiska przedprodukcyjnego. Pozostałe jednostki zadaniowe mogą zasadniczo zostać wykonane w relatywnie krótszym czasie, ich przygotowanie nie jest tak pracochłonne i skomplikowane organizacyjnie oraz nie wywołuje tak daleko idących skutków

dla bieżącego funkcjonowania zamawiającego, jakie niesie za sobą zablokowanie środowiska przedprodukcyjnego na okres dłuższy niż 3 dni.

- żądanie nr 3.4 a) b) (omyłkowo wskazane jako 3.3 str. 28) W zakresie litery a) zamawiający zwiększył liczbę osób mogących wziąć udział w realizacji jednostek zadaniowych do 12 (Modyfikacja nr 37). Zamawiający nie może znieść limitu osób, bowiem nie będzie miał możliwości organizacyjnych ani technicznych aby skutecznie przeprowadzić weryfikację a odwołujący nie wskazał ani nie udowodnił innej niezbędnej liczby osób. Zniesienie limitu osób realizujących zadania weryfikacyjne jest niemożliwe z uwagi na możliwości organizacyjne zamawiającego jak i sprawność przeprowadzenia testów. W zakresie pkt b) zarzuty nie zostały w sposób dostateczny sprecyzowane przez odwołującego, bowiem odwołujący nie wskazał jaki czas na realizację jednostek zadaniowych jest potrzebny albo minimalnie niezbędny.

- żądanie nr 3.4 c) (omyłkowo wskazane jako 3.3 str. 28) zamawiający wyjaśnił, że nie przewidział zdalnej realizacji jednostek zadaniowych w zakresie ścieżki weryfikacji usług aplikacyjnych określonej w Załączniku 3 do wzoru Umowy. Dopuszczenie zdalnej weryfikacji kompetencji wykonawcy spowodowałoby, że zamawiający będzie pozbawiony możliwości weryfikacji zachowania zasad określonych w pkt 2.1.6., 2.1.7., 2.1.8. w Załączniku 3 do wzoru Umowy, określających wymagania odnoszące się do osób realizujących testy ze strony wykonawcy. Ponadto w przypadku prowadzenia zdalnej realizacji jednostek zadaniowych w ramach ścieżki weryfikacji usług aplikacyjnych, dla których reżim czasowy jest krótki, dodatkowym problemem mogącym się pojawić, w trakcie ich realizacji, jest kwestia jakości połączenia albo inne problemy techniczne, które mogą pojawić się w takim trybie, które stanowią czynniki mogące mieć wpływ na jej wynik, a pozostają poza realną kontrolą zamawiającego.

- żądanie nr 3.4 d) (omyłkowo wskazane jako 3.3 str. 28) zamawiający wskazał, że nie ograniczył konsultacji na etapie weryfikacji kompetencji wykonawców, jednakże nie mogą one dotyczyć sposobu rozwiązania jednostek zadaniowych, co jest całkowicie obiektywne i zrozumiałe. Oczywistym jest, że na etapie sprawdzającym umiejętności i kompetencje wykonawcy zamawiający nie może w pełni współpracować jak w ramach świadczenia usług. Ten etap poprzedza przejęcie usług więc wymaga weryfikacji umiejętności a nie badania zasad współpracy stron. Co więcej, weryfikacja kompetencji nie obejmuje zadań opartych na dowolnym uznaniu zamawiającego. Jeżeli wykonawca zrealizuje test na jednym z możliwych wariantów a zamawiający w treści zadania nie przekaze, którego wariantu żąda, to zamawiający uzna za prawidłowe wykonanie każdego z nich, o ile wykonawca osiągnie oczekiwany rezultat.

Tym samym, wobec powyższej argumentacji, uwzględniając także wprowadzone częściowo modyfikacje Załącznika 3 do wzoru Umowy, zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu.

Jeżeli chodzi o zarzut opisany w pkt 4 uzasadnienia odwołania zamawiający wyjaśnił, że należy uznać go za bezpodstawny. Odwołujący domaga się udostępnienia informacji poufnych nieograniczonemu i w żaden sposób niekontrolowanemu gronu osób zaangażowanych w proces przygotowania oferty. Po pierwsze odwołujący nie kwestionuje samej zasadności zastrzeżenia części informacji jako poufnych (które są udostępniane wszystkim wykonawcom dopiero po podpisaniu umowy o poufności), po drugie zamawiający nie limituje ilości osób, które mogą otrzymać wgląd, jeżeli zostaną wskazane w załączniku nr 1 do umowy o poufności. Rozszerzenie możliwości dalszego niekontrolowanego udostępniania Informacji poufnych niweczy sens, jak i zasadność zawierania takiej umowy. Żądania odwołującego dążą do utraty kontroli przez zamawiającego nad tym kto, i w jakim zakresie wejdzie w posiadanie newralgicznych dla tego drugiego danych. Argumentacja przyjęta przez odwołującego jakoby nie mógłby się podzielić Informacjami Chronionymi z prawnikami przygotowującymi środki ochrony prawnej lub członkami zarządu jest chybiona, bowiem takie osoby z powodzeniem mogą znaleźć się w wykazie osób zgłoszonych do otrzymania Informacji Chronionych, zgodnie z załącznikiem nr 1 do umowy o poufności.

Konieczność udostępnienia Informacji Chronionych nieograniczonemu i niezweryfikowanemu gronu osób nie uzasadnia w żadnej mierze złożoność przedmiotu zamówienia czy konieczność pracy nad ofertą przez specjalistów różnych branż, w tym kadry menedżerskiej (takie osoby mogą przecież znaleźć się na liście osób zgłoszonych). Zamawiający w żaden sposób nie ograniczył ilości osób ani nie wprowadził innych obostrzeń, poza wskazaniem ich w załączniku nr 1 do umowy o poufności. Odwołujący jako jeden z pierwszych wykonawców zawarł umowę o poufności i wskazał zgodnie z wymogami SIWZ listę osób uprawnionych do otrzymania Informacji Chronionych. Odwołujący otrzymał dostęp do tych informacji w czasie wynikającym z SIWZ, po czym nie zgłaszał z tego powodu żadnych problemów np. technicznych w dostępie przez uprawnione osoby.

W zakresie zarzutu podniesionego w pkt 7 uzasadnienia odwołania zamawiający podkreślił, iż przedmiotowy zapis istnieje w obecnej umowie utrzymaniowej zawartej z wykonawcą Comarch S.A i Comarch Polska S.A. Zapisy te nie były kwestionowane przez tego wykonawcę w poprzednim postępowaniu na usługi wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI, lecz z uwagi, iż wykonawca dopuścił się naruszenia przedmiotowego zakazu w trakcie realizacji obecnej umowy, co skutkowało koniecznością zapłaty kar umownych, na potrzeby procesowe obecnego postępowania wskazuje na sprzeczność postanowień z przepisami prawa.

Zamawiający stosował tożsame zapisy w poprzednich umowach na wsparcie eksploatacji i utrzymania KSI, wyraził także wolę ich powielenia w obecnym postępowaniu, z uwagi na cel jakim jest troska o utrzymanie zatrudnienia osób posiadających odpowiednią wiedzę i kwalifikacje po stronie Zakładu, oraz konieczność zachowania poufności danych i informacji

powstałych przy wykonywaniu czynności związanych z realizacją Umowy. Zamawiający stoi na stanowisku, iż powyższe zapisy zabezpieczają przed potencjalnym konfliktem interesów stron. Należy przyjąć, że zawierając przedmiotowe postanowienie we wzorze umowy, intencją ZUS jest zabezpieczenie interesów Zakładu poprzez zakaz przejmowania kompetentnych pracowników ZUS przez każdorazowego wykonawcę usług utrzymania systemu. Przedmiotowy zapis ma chronić zamawiającego w sytuacji, w której podmiot realizujący usługi postanowi przejąć i zatrudnić znaczną część kadry ZUS, aby z jej pomocą realizować przedmiot umowy.

Powyższa sytuacja zresztą miała miejsce w przypadku umowy realizowanej z konsorcjum Comarch, który de facto „podkupił” wysoko wykwalifikowanych pracowników zamawiającego. Takie działania są bardzo niepożądane, bowiem zagrażają powodzeniu realizacji przyszłej umowy, ze względu na wywołane taką sytuacją braki kadrowe po stronie Zakładu i brak możliwości zapewnienia należytego współdziałania po stronie ZUS. Zamawiający kładzie duży nacisk na utrzymanie wysokich kwalifikacji po stronie swoich pracowników a także czyni nakłady na ich doszkalanie, w związku z koniecznością posiadania ekspertów, znających się na systemie KSI.

System KSI ZUS jest systemem bardzo skomplikowanym, jednym z największych w skali kraju. Utrata specjalistów po stronie zamawiającego spowoduje nie tylko brak możliwości wykonania obowiązków zamawiającego ale także nawet minimalnej kontroli nad pracą wykonawców umów utrzymaniowych i rozwojowych. Wszystkie umowy są realizowane ze środków publicznych, przez co zamawiający musi być w stanie wychwycić wszelkie nieprawidłowości w działaniach wykonawców. Bez wykwalifikowanych pracowników zamawiający nie będzie w stanie ocenić prawidłowości wykonania zamówienia ani ocenić gospodarności czy zasadności wydatkowania środków publicznych (zważywszy że są to kwoty niebagatelne – 621.493.544,00 zł brutto – kwota szacunkowa poprzedniego przetargu, oraz kwota 373.998.00,00 zł brutto – przeznaczona na sfinansowanie poprzedniego zamówienia). Brak wykwalifikowanej kadry po stronie zamawiającego uniemożliwi także rzetelne i samodzielne przygotowanie oraz przeprowadzenie przyszłych postępowań.

Co więcej, klauzula „non solicitation” (zakaz podbierania pracowników) – na którą powołuje się odwołujący – nie jest klauzulą prawnie zakazaną a jej ustalenie między dwoma podmiotami gospodarczymi nie stanowi sprzeczności z żadnym przepisem prawa ani społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa. Klauzule te jako klauzule umowne, dopuszczalne na zasadzie swobody umów, powinny być wykładane zgodnie z regułami wykładni oświadczeń woli, ustanawianymi w art. 65 §1 i 52 k.c. Jak wskazuje art. 65 §1 k.c. oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których oświadczenie zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Celem wprowadzenia takiego zakazu, jak już zostało to wyartykułowane, jest

troska o utrzymanie zatrudnienia osób posiadających odpowiednią wiedzę i kwalifikacje oraz konieczność zachowania poufności danych i informacji powstałych przy wykonywaniu czynności związanych z realizacją Umowy i potencjalnego konfliktu interesów stron. Należy przyjąć, że przedmiotowe postanowienie jest kluczowe dla zabezpieczenia interesów Zakładu poprzez zakaz przejmowania jego kompetentnych pracowników przez każdorazowy podmiot świadczący usługi wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI.

Niezależnie od dwóch wyroków przywołanych w odwołaniu, w orzecznictwie sądów pojawiają się także odmienne stanowiska co do możliwości stosowania powyższej klauzuli między dwoma podmiotami gospodarczymi i tak Sąd Apelacyjny w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 8 listopada 2013 r. sygn. akt: I ACa 809/13 przytoczył argumentację Sądu Okręgowego, którą nadal można uznać za aktualną: *„wyrażona w art. 353¹ k.c. zasada swobody umów umożliwia zawieranie tego typu porozumień, jeśli zawierane są one przez podmioty wobec siebie konkurencyjne, by wykluczyć przepływ poufnych informacji, w tym tych posiadanych przez pracowników tych podmiotów. Nie można przy tym zaklasyfikować takich porozumień jako sprzeciwiających się właściwości stosunku, ustawie czy zasadom współżycia społecznego, bowiem ustawodawca w art. 101¹ k.p. przewidział możliwość ograniczenia zasady swobody zatrudnienia na rzecz ochrony istotniejszego dobra, za jakie uznał poufne informacje pracodawcy. Na mocy tego przepisu pracodawca może zagwarantować sobie bezpieczeństwo posiadanych informacji, podpisując z pracownikiem stosowaną umowę obejmującą zakaz konkurencyjnego zatrudnienia. Zdaniem Sądu Okręgowego brak jest przesłanek, które kazałyby uznać za niedopuszczalne złożenie zobowiązania przez pracodawcę konkurencyjnego do niezatrudniania pracownika innego pracodawcy. Niezależnie bowiem od tego, czy mamy do czynienia ze zobowiązaniem samego pracownika do niepodejmowania pracy, czy też zobowiązaniem konkurencyjnego pracodawcy do niezatrudniania, każde z tych zobowiązań odnosi ten sam skutek, tj. może rodzić odpowiedzialność strony obowiązanej za ewentualne zatrudnienie pracownika u konkurencyjnego pracodawcy.*

Złożenie takiego zobowiązania przez pracodawcę konkurencyjnego może przy tym stanowić dla danego pracodawcy pewniejszą gwarancję niezatrudnienia. Sąd I instancji podkreślił, że powoływana przez skarżącą konstytucyjna zasada swobody zatrudnienia dotyczy w równej mierze obu stron stosunku pracy. Pracodawca nie ma tym samym obowiązku zatrudnić danego pracownika. Jest to pozostawione jego swobodzie wyboru. Ponieważ sporne zobowiązanie stanowiło zobowiązanie do spełnienia świadczenia niepieniężnego, jego niewykonanie mogło zostać sankcjonowane zapłatą kary umownej (art. 483 k.c.). W związku z tym, omawianego zapisu przedmiotowego porozumienia, jak i zastrzeżenia jego wykonania pod rygorem zapłaty kary umownej, nie można było uznać za sprzeczne z porządkiem prawnym Rzeczypospolitej Polskiej”.

Należy też odróżnić ograniczenia w zatrudnieniu jako ustaleń kontraktowych dwóch stron stosunku gospodarczego od ograniczeń pracowniczych. Zasadniczo regulacje takie nie dotyczą pracowników bowiem nie kreują wobec nich zakazu zatrudniania, a więc nie dochodzi do naruszenia art. 10 §1 kodeksu pracy. Przepisy te mają na celu ograniczenie podmiotu gospodarczego poprzez selekcję pracowników, z którymi może nawiązać stosunek pracy, co jest tylko jednym z wielu powszechnie stosowanych ograniczeń czy selekcji. To nie pracownik doznaje negatywnych konsekwencji zatrudniania, lecz podmiot gospodarczy, który zawarł umowę o niezatrudnianiu pracowników kontrahenta.

Co więcej, argumenty odwołującego o „przypadkowym” zatrudnieniu pracownika ZUS objętego zakazem a przez to ponoszenia negatywnych konsekwencji nie podważa prawnej możliwości wprowadzenia tego typu zapisu ani odpowiedzialności wykonawcy na zasadzie ryzyka.

W myśl art. 473 § 1 k.c. *Dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.* To po stronie wykonawcy leży doliczenie rezerwy na różnego rodzaju ryzyka, jasno wynikające z Umowy. Nie sposób jest też uznać, że to zamawiający kształtuje cenę oferty, bowiem jego rola sprowadza się do określenia obowiązków wykonawcy i sankcji za ich niedopełnienie albo naruszenie, co w niniejszym przypadku zostało uczynione a już rolą wykonawcy jest skalkulowanie ceny oferty tak aby stanowiła ona dla niego zabezpieczenie także na chwile problematyczne w trakcie realizacji kontraktu. Co więcej argumenty o nieprzewidywalności zatrudnienia przypadkowych osób są nieracjonalne, bowiem wykonawca może już na etapie rekrutacji zabezpieczyć się w odpowiedni sposób, mając świadomość z jakiej dziedziny / branży poszukuje pracowników i jak duże jest prawdopodobieństwo zgłoszenia się pracownika Zakładu. Wykonawca może bowiem zastosować także szereg instrumentów związanych z nawiązaniem stosunku pracy lub innego stosunku cywilnoprawnego, poczynając od zażądania poprzednich świadectw pracy po oświadczenia czy dany pracownik był związany z Zakładem Ubezpieczeń Społecznych. Resumując, zakwestionowane przez odwołującego przepisy istniały w dotychczasowej umowie z Comarch i jak praktyka pokazała, okazały się potrzebne. Przepisy takie kreują jasny i równy wobec wszystkich obowiązek (zakaz) a więc nie ma tutaj sprzeczności z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, jakiej się doszukuje odwołujący, tak samo jak nie dochodzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Wręcz przeciwnie, przepis ten ma za zadanie chronić konkurencję w przyszłości poprzez przejrzyste prowadzenie postępowań i profesjonalny nadzór zamawiającego nad każdorazowym wykonawcą świadczącym usługi utrzymania systemu.

Nie jest nowością stosowanie tego typu zapisów w umowach gospodarczych, o kluczowym znaczeniu, zwłaszcza tam gdzie jedną stroną jest podmiot publiczny. Podkreślenia wymaga

przede wszystkim, że wyroki na jakie powołuje się odwołujący tj. sygn. akt I Aca 134/15, dotyczyły usług księgowych zawartych pomiędzy dwoma przedsiębiorcami zaś sygn. I Aca 136/98 usług ochrony pomiędzy agencją a firmą logistyczną, co w dużej mierze przesądza, iż nie były to umowy zawarte w trybie Pzp. W tego typu umowach takie klauzule jawią się wręcz jako konieczne, z uwagi na potrzebę zachowania kadry specjalistów po obu stronach, aby z jednej strony realizować profesjonalnie umowę a z drugiej racjonalnie ją egzekwować i sprawdzać. Co znamienne, żaden podmiot publiczny nie będzie tak atrakcyjny jak pracodawca komercyjny, z tego też względu usunięcie przedmiotowych zapisów umowy rodziłoby poważne ryzyko przejęcia wyspecjalizowanej kadry zamawiającego. O powszechności stosowania klauzul w przedmiocie zakazie zatrudniania pracowników zamawiającego świadczą między innymi umowy z Polską Spółką Gazownictwa sp. z o.o., które zawierają analogiczne jak w badanej sprawie regulacje.

Tym samym zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu.

Przechodząc do repliki dotyczącej ostatniego zarzutu zamawiający wyjaśnił, że przywołane przez odwołującego zapisy Załącznika nr 5 do wzoru Umowy, co do Modelu Współdziałania i rozliczania za obsługę incydentu wywołanego nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem przez innego wykonawcy umowy utrzymania KSI zostało opisane w sposób maksymalnie dokładny i przejrzysty. Obecny model współdziałania i rozliczenia funkcjonuje w umowach zawartych z zamawiającym w tym w dotychczasowej umowie utrzymaniowej zawartej z konsorcjum Comarch. Zamawiający przewidział w miarę szczelny mechanizm wzajemnych rozliczeń na styku pracy kilku niezależnych wykonawców, tak aby każdy był odpowiedzialny za swoje działania i zaniechania. Model wypłacania wynagrodzenia na rzecz wykonawcy, który wykonał dodatkowy zakres, ponad to co wynika z jego zobowiązania umownego z jednoczesnym potrąceniem odpowiedniej kwoty od wykonawcy, z winy którego doszło do nieprawidłowości działania systemu, jest nie tyle modelem utartej już współpracy ale też metodą sprawdzoną, racjonalną i pozwalającą zachować ciągłą i prawidłową pracę systemu KSI ZUS.

Odwołujący zarzucił, że poprzez powyższe postanowienia Umowy może dojść do wypłaty podwójnego wynagrodzenia za realizację prac związanych z obsługą incydentu. Wykonawca nie precyzuje jednak na czym miałyby polegać otrzymanie podwójnego wynagrodzenia. Nie wiadomo czy chodzi tutaj o ryzyko otrzymania wynagrodzenia z umowy podstawowej za realizację obowiązków podstawowych z umowy z jednoczesnym otrzymaniem wynagrodzenia rozliczanego osobno za wykonanie Usług dodatkowych czy o jeszcze inny przypadek. W każdym z nich nie dochodzi do nałożenia się płatności z tożsamyh tytułów, bowiem wskazane postanowienia dotyczą rozliczeń z tytułu nienależytego wykonania świadczeń przez jednego wykonawcę, co uruchamia procedurę odszkodowawczą i rozliczenia na zasadach art. 471 i następnego kodeksu cywilnego. Racjonalnym jest, aby

wykonawca z działań lub zaniechań którego powstał incydent, ponosił odpowiedzialność, w tym także finansową za swoje czyny.

Zamawiający przewidział więc prosty ale skuteczny oraz szybki mechanizm polegający na tym, że niezależnie od ustalenia wykonawcy odpowiedzialnego za postanie incydentu, usunięcie skutków incydentu zostanie przeprowadzone niezwłocznie przez tego wykonawcę, któremu przyporządkowany jest element Architektury KSI ZUS, w którym doszło do incydentu. W dalszej kolejności zaś dojdzie do ustalenia wykonawcy odpowiedzialnego za powstanie incydentu i dokonania odpowiednich rozliczeń, zgodnie z przewidzianą procedurą, w której aktywny udział mają obydwaj wykonawcy wraz z zamawiającym. Model taki odpowiada zasadniczo art. 480 § 3 k.c. który dopuszcza w wypadkach nagłych wykonanie czynności na koszt dłużnika a następnie dochodzenie od niego roszczeń. Należy również zauważyć, że nawet bez kwestionowanych zapisów umowy, wykonawca odpowiedzialny za powstanie incydentu ponosił by odpowiedzialność kontraktową, oprócz której naturalną konsekwencją było także uprawnienie wierzyciela do dochodzenia odszkodowania za szkodę wskutek doznaną niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Wysokości świadczenia zastępczego jak i szkody spowodowanej działaniem dłużnika nie da się przewidzieć w momencie zawierania umowy a ustalona może być dopiero następczo, po wystąpieniu danego zdarzenia.

Tymczasem odwołujący zarzuca zamawiającemu, iż wykonawca zostanie obciążony dodatkową i nieweryfikowalną karą. Podnosi, iż zapisy SIWZ są nieprecyzyjne, nieprawidłowe i uniemożliwiają skalkulowanie ceny oferty, bowiem wykonawca nie wie w jakiej wysokości obciążenia mogą go dotyczyć. Odwołujący zdaje się pomijać charakter tych zapisów i ich funkcję. Nie zauważa też, że zapisy formułują odpowiedzialność kontraktową i wręcz zabezpieczają wykonawcę przed poniesieniem nadmiernego ryzyka, w tym do zapłaty za wykonanie zastępcze umowy oraz możliwości niezależnego dochodzenia odszkodowania, przewyższającego jego wartość. Zamawiający w pewnym stopniu ograniczył tą odpowiedzialność i postanowił, że w przypadku poniesienia przez ZUS kosztów (zastępczego wykonania rozliczanego w ramach Usług dodatkowych będzie uprawniony do potrącenia 90% kwoty odpowiadającej wysokości poniesionych kosztów z wynagrodzenia wykonawcy umowy utrzymania KSI, którego nienależyte wykonanie lub niewykonanie stanowiło przyczynę incydentu.

Kwestionowane przez odwołującego postanowienia Załącznika nr 5 do wzoru Umowy wręcz premiuje wykonawców i ograniczają ryzyko po ich stronie, a nie je potęgują. Nie sposób jest się zgodzić z argumentacją odwołującego, iż nie zna stawek za roboczogodzinę pracy innych wykonawców, przez co nie może skalkulować ceny własnej oferty. Po pierwsze możliwość skalkulowania takiego ryzyka jest znacznie łatwiejsze, a przede wszystkim możliwe, w

przeciwieństwie do pozostawienia tych kwestii uregulowaniom kodeksowym i dochodzenia bliżej nieznanego odszkodowania.

Wykonawca ma dostęp do umów zawartych z innymi wykonawcami, przez których zgodnie z definicją zawartą w załączniku nr 1 do Umowy rozumie się: *Podmioty inne niż Wykonawca, z którymi Zamawiający związany jest umowami, których przedmiotem jest świadczenie na rzecz Zamawiającego usługi w zakresie budowy, wytwarzania, modyfikacji, integracji, utrzymania lub serwisu KSI ZUS*. Ponieważ umowy te są zawierane w procedurach Pzp jak i podlegają udostępnieniu w trybie informacji publicznej, wykonawca ma możliwość ustalenia stawek wynagrodzenia należnego tym wykonawcom. Domaganie się więc przez odwołującego zaostrezenia własnej odpowiedzialności poprzez usunięcie kwestionowanych postanowień jest działaniem co najmniej nieracjonalnym i całkowicie niezrozumianym dla zamawiającego.

Wskazać również należy, że zamawiający w postanowieniach Załącznika 5 do wzoru Umowy, określił szczegółowo procedurę wykazywania dodatkowych nakładów przez wykonawcę oraz zapewnił wykonawcom możliwość aktywnego udziału w procesie ustalania wysokości dodatkowego wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu usuwania skutków incydentu, wynikających z działań lub zaniechań drugiego z wykonawców, co stanowi o ograniczeniu ryzyka ustalenia jego wysokości w sposób oderwany od realnie poniesionych kosztów.

W końcu, wskazać należy, że zastosowanie regulacji dotyczących tzw. modelu współdziałania, jest ograniczone w czasie i ma miejsce wyłącznie w przypadku gdy więcej niż jeden wykonawca jednocześnie świadczy usługi utrzymania systemu KSI ZUS. Sytuacja taka może mieć zatem miejsce jedynie w początkowym i końcowym okresie obowiązywania Umowy, w tym w sytuacji gdy nowo wybrany wykonawca przejmie świadczenie metryk usług przypisanych do etapu I, które obecnie świadczy wykonawca Asseco. Zatem w sytuacji gdy nowo wybranym wykonawcą będzie Konsorcjum Comarch, postanowienia modelu współdziałania nie będą miały w praktyce zastosowania.

Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu.

Zamawiający do odpowiedzi na odwołanie dołączył następujące dowody:

- wezwanie z dnia 26 września 2018 r. do zapłaty kary umownej wskazanej w art. 8 ust. 2 pkt 15;
 - fragment umowy o świadczenie usług odczytów na rzecz PSG Sp. z o.o. oddział w Jaśle (§ 4 ust 20);
- odnoszące się do argumentacji dotyczącej zarzutu z pkt 7 uzasadnienia odwołania.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego odwołujący złożył oryginał pisma procesowego, w którym cofnął zarzuty

podniesione pkt 1.3.1, 1.5.2, 1.5.3, 1.7. 1.8, 1.10, 2.1.2 i 6 uzasadnienia odwołania. W pozostałym zakresie odwołania podtrzymał zarzuty wraz podaniem motywacji w tym zakresie.

W dniu 10 czerwca 2020 r. (tj. już po otwarciu rozprawy) odwołujący za pomocą poczty elektronicznej przesłał pisemne oświadczenie o cofnięciu zarzutów wskazanych w pkt 1.3.2 i 1.4 uzasadnienia odwołania.

Na rozprawie w dniu 16 czerwca 2020 r. odwołujący złożył oryginał kolejnego pisma procesowego, w którym zawarł poszerzoną argumentację wobec zarzutów, które nie zostały cofnięte lub uwzględnione przez zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania oraz dowody przedstawione na posiedzeniu i rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełniają określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. mają interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez nich szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań.

Skład orzekający stwierdził, że zgłoszone w rozpatrywanych sprawach przystąpienia spełniały wymogi wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 Pzp. W związku z tym Izba dopuściła jako uczestników postępowania odwoławczego:

- wykonawcę Comarch S.A. z siedzibą Krakowie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 452/20;
- wykonawcę Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 454/20.

Izba dopuściła w niniejszych sprawach dowody z:

- 1) dokumentacji przekazanej w postaci elektronicznej zapisanej na nośnikach w postaci płyt CD oraz po części w postaci papierowej, nadesłanej do akt sprawy w dniach: 6 marca 2020 r., 10 kwietnia 2020 r. (w zakresie odnoszącym się w głównej mierze do modyfikacji treści SIWZ dokonanej w dniu 3 kwietnia 2020 r.) oraz 25 maja 2020 r. (w zakresie odnoszącym się w głównej mierze do modyfikacji treści SIWZ dokonanej w dniu 20 maja 2020 r.) przez zamawiającego, w tym w szczególności z treści:

- SIWZ wraz z załącznikami;
 - ogłoszenia o zamówieniu;
 - modyfikacji SIWZ zestaw I z dnia 3 kwietnia 2020 r.;
 - modyfikacji SIWZ zestaw II z dnia 20 maja 2020 r.;
- 2) załączonych do odwołania w sprawie KIO 452/20:
- kopii pisma Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z dnia 23 maja 2017 r. *Odpowiedź na odwołanie* w sprawie o sygnaturze KIO 881/17;
 - wydruku ze strony: <https://www.finanse.mf.gov.pl/web/wp/pp/kalkulatory/kalkulator-inflacji>;
- 3) złożonych przez odwołującego w sprawie KIO 452/20 na rozprawie:
- notatki z posiedzenia komitetu ds. utrzymania (szczególnie treści pkt 6) – dowód dotyczył zarzutu z pkt 1 uzasadnienia odwołania;
 - jednego z protokołów posiedzenia Komitetu ds. Wdrożeń i Integracji – dowód dotyczył zarzutu z pkt 4 uzasadnienia odwołania;
 - porozumienia z dnia 12 maja 2016 r. pomiędzy nim, a zamawiającym – dowód dotyczył zarzutu z pkt 6 uzasadnienia odwołania;
- 4) złożonych przez zamawiającego na rozprawie odnośnie sprawy KIO 452/20:
- umowy pomiędzy nim a Comarch – dowód dotyczył zarzutu z pkt 1 uzasadnienia odwołania;
 - dokumentów obrazujących jak wygląda procedura oraz zgłoszenie dotyczące problemów z ITS;
 - wyciągów z SIWZ z dwóch postępowań PKP PLK oraz Ministerstwa Sprawiedliwości – dowód dotyczył zarzutu z pkt 2 uzasadnienia odwołania;
 - aneksu zawartego pomiędzy nim a odwołującym w sierpniu 2019 r., harmonogramu testowania w okresie przejściowym oraz dokumentów odnoszących się do zestawienia usług świadczonych przez wykonawcę, który je świadczył mimo braku 12 miesięcznego okresu przejściowego – dowód dotyczył zarzutu z pkt 4 uzasadnienia odwołania;
 - zestawienia własnego odnośnie poniesionych kosztów w ramach umów utrzymania KSI świadczonych przez Asseco, w których brak było zapisów dotyczących transferu know-how w formie takiej, jak w obecnym postępowaniu oraz postępowaniu rozstrzygniętym w 2018 r. – dowód dotyczył zarzutu z pkt 6 uzasadnienia odwołania;
 - metryki usługi serwisowej do umowy z 2018 r. – dowód dotyczył zarzutu z pkt 6 uzasadnienia odwołania;
- 5) załączonych do pisma procesowego z dnia 15 czerwca 2020r., złożonego przez odwołującego w sprawie KIO 454/20:
- wyciągu z SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Finansów na budowę, wdrożenie i utrzymanie systemu ERP w Ministerstwie Finansów, (nr sprawy: C/333/15/FK/B/453);

- wyciągu z SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez Urząd Komisji Nadzoru Finansowego na „Wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego Obszaru Nadzoru Bankowego UKNF – System Wsparcia Inspekcji”, (nr sprawy: DAI/WZP/231/83/2015);
 - zestawienia przygotowanego przez odwołującego dotyczącego przykładowego scenariusza testowego dla wybranej Jednostki zadaniowej;
 - zrzutu ekranu ze strony Microsoft przedstawiającego certyfikację w podziale na role;
 - zrzutu ekranu ze strony OSEC prezentującego liczbę kursów dedykowanych dla poszczególnych grup eksperckich;
 - wyciągu z odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 874/17 dotyczącej przetargu ograniczonego na świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS (nr postępowania: TZ/271/66/15);
 - wyciągu z modyfikacji SIWZ nr 2 z dnia 19 maja 2017 r. opublikowanej w ramach postępowania nr TZ/271/66/15;
- 6) załączonych do odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 454/20:
- wezwania z dnia 26 września 2018 r. do zapłaty kary umownej wskazanej w art. 8 ust. 2 pkt 15;
 - fragmentu umowy o świadczenie usług odczytów na rzecz PSG Sp. z o.o. oddział w Jaśle (§ 4 ust 20);
- 7) złożonych przez zamawiającego na rozprawie odnośnie sprawy KIO 454/20:
- wyciągu z siwz dotyczącej wcześniejszego zamówienia na okoliczność porównywalności postanowień dotyczących kryteriów;
 - szczegółowego formularza oceny oferty w zakresie kryterium „Jakość wykonania zadania” z wcześniejszego postępowania;
- 8) załączonego do pisma procesowego przystępującego w sprawie KIO 454/20, załącznika nr 10 do umowy CA-ZUS;
- 9) złożonych przez przystępującego w sprawie KIO 454/20 na rozprawie:
- wyciągu z odtajnionych dokumentów w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny we wcześniejszym postępowaniu;
 - ugody zawartej pomiędzy zamawiającym a odwołującym w dniu 8 listopada 2019 r.

W związku z uwzględnieniem przez zamawiającego odwołania w sprawie KIO 452/20 w części dotyczącej zarzutów podniesionych w pkt 3, 5, 7, 8, 9, 11, 14, 16, 17 i 18 uzasadnienia oraz wobec niewniesienia sprzeciwu przez uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie KIO 452/20 w części objętej ww. zarzutami.

Podobnie Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 454/20, w części dotyczącej zarzutów podniesionych w pkt 1.3.1, 1.3.2, 1.4, 1.5.2, 1.5.3, 1.7, 1.8, 1.10, 2.1.2 i 6 uzasadnienia odwołania, z uwagi na ich cofnięcie przez odwołującego na posiedzeniu i rozprawie oraz w części dotyczącej zarzutu podniesionego w pkt 5 uzasadnienia odwołania z powodu uwzględnienia odwołania w tej części przez zamawiającego przy niewniesieniu sprzeciwu przez uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego.

Izba ustaliła co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że stan faktyczny sprawy, zaprezentowany przez strony w obu sprawach, przedstawiony w treści odwołań i odpowiedziach na odwołania, które zostały szeroko przytoczone powyżej, nie wymaga powielenia w tej części uzasadnienia. W ocenie Izby dokładne zrelacjonowanie treści pism procesowych stron, które zawierało przedstawienie stanu faktycznego w sposób adekwatny i zgodny z treścią przywołanych postanowień dokumentacji przetargowej było wystarczające, jak również należy zaznaczyć, że stan faktyczny nie był sporny, sporna była jedynie ocena prawna dokumentacji postępowania.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 29 ust. 1 Pzp – *Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty;*

- art. 29 ust. 2 Pzp – *Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję;*

- art. 7 ust. 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;*

- art. 36 ust. 1 pkt 3, 13 i 16 Pzp – *Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej:*

3) *opis przedmiotu zamówienia;*

13) *opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, a jeżeli przypisanie wagi nie jest możliwe z obiektywnych przyczyn, zamawiający wskazuje kryteria oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego;*

16) *istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli*

zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach;

- art. 91 ust. 1 Pzp – Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

- art. 91 ust. 2 Pzp – 2. Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:

1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;

2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;

3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;

4) aspekty innowacyjne;

5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;

6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji;

- art. 91 ust. 2c Pzp – Kryteria oceny ofert są związane z przedmiotem zamówienia, jeżeli dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia, we wszystkich aspektach oraz w odniesieniu do poszczególnych etapów ich cyklu życia, w tym procesie produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia;

- art. 91 ust. 2d Pzp – Zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców;

- art. 22 ust. 1a Pzp – Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności;

- art. 139 Pzp – 1. Do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej „umowami”, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

2. Umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej.

3. Umowy są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej.;

- art. 5 k.c. – Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony;

- 58 §1 i 2 k.c. – § 1. *Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.*

§ 2. *Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.;*

- art. 471 k.c. – *Dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi;*

- art. 353¹ k.c. – *Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego;*

- art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych – 3. *Wydatki publiczne powinny być dokonywane:*

1) *w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:*

a) *uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,*

b) *optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów;*

2) *w sposób umożliwiający terminową realizację zadań;*

3) *w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.*

Izba zważyła co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie w sprawie KIO 452/20 w zakresie zarzutu podniesionego w pkt 2 uzasadnienia, dotyczącego niewystarczających warunków odnoszących się do zespołu wyznaczonego do Testów kompetencji – pkt 7.3.3.11 i 7.3.4.8 SIWZ, zasługiwało na uwzględnienie. Natomiast odwołanie w sprawie KIO 454/20 zasługiwało na uwzględnienie w zakresie dotyczącym części zarzutów podniesionych w pkt 1.9 i 2.1.3 uzasadnienia, odnoszących się do odrzucenia oferty wykonawcy w sytuacji niespełnienia wymogów przedstawionych w pkt 7.3.3.12 i 7.3.4.5 SIWZ. W pozostałym zakresie Izba oddaliła oba odwołania.

Przed przedstawieniem szczegółowego uzasadnienia, dotyczącego rozpoznania poszczególnych zarzutów w ramach obu odwołań, w ocenie składu orzekającego, należało poczynić pewne założenie ogólne w zakresie rozstrzygnięcia sporu w związku z późniejszymi modyfikacjami treści SIWZ, które zostały dokonane 3 kwietnia i 20 maja 2020 r. W związku z przedmiotowymi modyfikacjami dokumentacji postępowania doszło do zmiany niektórych postanowień SIWZ, które stanowiły podstawę do postawienia zamawiającemu części zarzutów w odwołaniach. Oznacza to, że zmianie uległ stan faktyczny będący podstawą do rozpoznania obu środków ochrony prawnej. Czynność

modyfikacji postanowień SIWZ, w tym wzoru Umowy i jej załączników, jest skuteczna z chwilą podania do publicznej wiadomości (opublikowania). Od tej nowej czynności w postępowaniu, polegającej na dokonaniu modyfikacji postanowień SIWZ, przysługuje wykonawcom nowy środek ochrony zaskarżenia, w którym będą mogli wskazać pełne podstawy do kwestionowania czynności zamawiającego, czego siłą rzeczy nie mogli uczynić w obecnych odwołaniach.

Należy zaznaczyć także, iż Krajowa Izba Odwoławcza jest związana zawartymi w odwołaniu zarzutami (art. 192 ust. 7 Pzp), co jest skorelowane z obowiązkiem nałożonym na wykonawców, na podstawie art. 180 ust. 3 Pzp, który wymaga wskazania przez odwołującego czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, które doprowadziły do naruszenia ustawy oraz zwięzłego przedstawienia zarzutów. W odwołaniu należy także określić żądanie oraz wskazać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Postępowanie przed Izbą opiera się na zasadzie formalizmu procesowego, która oznacza, że postępowanie odwoławcze jest odpowiednio zorganizowanym i ułożonym działaniem. Zatem czynności stron i uczestników postępowania, powinny być dokonywane w oznaczonej formie, miejscu oraz czasie. Skuteczny upływ terminu zawitego na wniesienie odwołania powoduje, że wykonawca nie może uzupełniać jego treści, zaś Izba wydaje rozstrzygnięcie na kanwie tego, co w odwołaniu zostało wskazane. Zaś efekty zmiany dokumentacji postępowania mogą być kwestionowane przez wykonawców, w ramach wniesienia kolejnego środka zaskarżenia. Oznacza to, że zarzuty, które zostały sformułowane względem poprzednio obowiązujących postanowień SIWZ, po dokonaniu modyfikacji dokumentacji, straciły swoją aktualność, prowadząc do upadku podstawy faktycznej zarzutów, a więc stały się bezprzedmiotowe.

Zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Zatem w sytuacji, gdy dokonana przez zamawiającego modyfikacja SIWZ doprowadziła do całkowitej zmiany treści kwestionowanego zarzutem postanowienia, rozpatrywanie zarzutu odnoszącego się do tego postanowienia staje się bezprzedmiotowe. Natomiast co do zarzutów odnoszących się do częściowo zmodyfikowanych postanowień - o ile pozostają aktualne, mimo zmiany ich brzmienia i nie zostały przez odwołującego cofnięte - to powinny one zostać rozpoznane w odniesieniu do stanu ustalonego w toku postępowania odwoławczego, a więc stanu po dokonaniu modyfikacji SIWZ, a nie stanu nieobowiązującego - z zastrzeżeniem, że przy rozpoznaniu takiego zarzutu nie dokonuje się oceny i rozstrzygnięcia w zakresie samej modyfikacji, ponieważ do tego służy odwołanie od tej czynności, ale jej znaczenia dla rozpatrywanego zarzutu, odnoszącego się do kwestionowanej w odwołaniu treści SIWZ. Rozstrzygnięcie co do postanowień SIWZ, które stały się nieaktualne i mają co najwyżej znaczenie historyczne, byłoby działaniem niecelowym. Co więcej, rozstrzygnięcie co do nieistniejących już zapisów

SIWZ stoi w sprzeczności z przepisem art. 192 ust. 2 Pzp, który do uwzględnienia odwołania wymaga stwierdzenia naruszenia przepisów Pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Takiego wpływu nie mają i nie będą mieć zapisy historyczne, które już w żaden sposób nie wiążą zarówno zamawiającego jak i uczestników postępowania.

Sygn. akt KIO 452/20

Przechodząc do rozpoznania poszczególnych zarzutów w ramach ww. sprawy należy wskazać, że pierwszym zarzutem skierowanym do merytorycznego rozpoznania był zarzut opisany w pkt 1 uzasadnienia odwołania, który dotyczył niewystarczających postanowień SIWZ w zakresie Infrastruktury techniczno-systemowej – brak załącznika do SIWZ, nowy art. 4 ust. 5 Umowy, Załącznik nr 1 do Umowy: „Infrastruktura techniczno-systemowa” (zwaney dalej: „ITS”).

W ramach tego zarzutu Izba w znacznej mierze podzieliła argumentację zamawiającego. W pierwszej kolejności skład orzekający nie znalazł żadnych powodów do zakwestionowania stanowiska zamawiającego stwierdzającego, że ITS, na której świadczone są usługi utrzymania i wsparcia eksploatacji KSI ZUS, pozostaje w dyspozycji zamawiającego, a w zakresie obowiązków wybranego wykonawcy będzie zapewnienie po swojej stronie ITS deweloperskiego i weryfikacji kodów źródłowych, stanowiska tego nie zakwestionował także odwołujący. Warto przy tym wskazać, jako okoliczność bezsporną, że odwołujący świadczył i świadczy od wielu lat usługi objęte przedmiotem zamówienia.

W dalszej kolejności Izba zwróciła uwagę na modyfikację brzmienia definicji ITS, która wyraźnie odniosła się do funkcjonalnych elementów pozostających w dyspozycji zamawiającego (modyfikacja nr 33). Następnie w kolejnym odwołaniu złożonym w dniu 10 kwietnia 2020 r., które nie było przedmiotem niniejszego orzeczenia, odwołujący stwierdził, że z SIWZ nie wynika w sposób dostateczny, że usługi co do zasady są realizowane na ITS zamawiającego. W związku z tym zamawiający uzupełnił definicję ITS poprzez dodanie po „*pozostające w dyspozycji Zamawiającego*”, zwrotu „*i udostępnione przez Zamawiającego*” (modyfikacja nr 88 z dnia 20 maja 2020 r.). Ponadto zamawiający w dniu 3 kwietnia 2020 r. zmodyfikował postanowienia art. 3 ust. 3 Umowy dodając pkt 4 i 5 oraz dodatkowo zmodyfikował Rozdział 5 „Opis sposobu obliczenia ceny oferty”, pkt 5.7 SIWZ. Zmiany te należało potraktować jako mające charakter jedynie doprecyzowujący istniejące w SIWZ postanowienia. Celem ich było literalne wskazanie na obowiązek uwzględniania w cenie oferty, wynikającej z treści SIWZ, konieczności posiadania ITS przez wykonawcę w zakresie Środowiska deweloperskiego i Środowiska weryfikacji Kodów źródłowych. W związku z tym żądanie odwołującego o wyraźne wpisanie, że ITS jest wyłączną domeną zamawiającego, zmierzało pośrednio do uchylenia obowiązku posiadania pewnego ITS po stronie wykonawcy.

Kwestią z tym związaną było żądanie odwołującego, aby zamawiający zagwarantował w SIWZ, że posiadany przez niego ITS pozwala na świadczenie usług na warunkach określonych w Umowie. W ocenie Izby taka gwarancja miałaby charakter hipotetyczny i byłaby oderwana od realiów projektu. Niemniej należało uznać, że zamawiający nie pozostawił tej kwestii jako wyłączne ryzyko wykonawcy, ponieważ przewidział w Umowie mechanizm zwalnający wykonawcę z odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy, jeżeli wynikałoby z powodu nieprawidłowego działania Infrastruktury techniczno-systemowej zamawiającego, zatem w ustalonym stanie rzeczy trudno uznać żądanie odwołującego za uzasadnione.

Izba uznała za wiarygodne i przekonujące, niepodważone wyjaśnienia zamawiającego, który wskazał, że stan ITS jest okolicznością obiektywną, zamawiający przez lata gromadził elementy ITS wykorzystywane w celu świadczenia usług utrzymania i wsparcia eksploatacji KSI ZUS oraz na bieżąco uzupełnia i unowocześnia ITS w miarę potrzeb oraz możliwości budżetowych, przez co zapewnia wykonawcom w celu realizacji zamówienia taki ITS jakim dysponuje (częściowo dysponuje nim w sposób samodzielny, a częściowo dzierżawi od podmiotów trzecich (np. łącza telekomunikacyjne)).

Ponadto w okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że udostępniany przez zamawiającego ITS nie pozwala na realizowanie usług zgodnie z Umową. Stwierdzenie to pośrednio potwierdza okoliczność świadczenia usług przez dwóch wykonawców, szczególnie w obecnym czasie, który wymaga zwiększenia możliwości systemu. Natomiast jedynym dowodem złożonym przez odwołującego na poparcie przedmiotowego zarzutu była notatka z posiedzenia komitetu ds. utrzymania (szczególnie wskazywano na treści pkt 6), z której nie wynika możliwość ustalenia, że cała ITS jest niewystarczająca. Niemniej, tak jak to zostało wskazane powyżej, nawet gdyby okazało się, że świadczenie jakiejś usługi nie jest możliwe z uwagi na fakt, że ITS jest niewystarczający – wykonawca nie poniesie odpowiedzialności z tego tytułu, ponieważ w oparciu o postanowienie art 8 ust. 4 Umowy może zwolnić się z odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań w Dokumentach kontraktowych, jeżeli wadliwe wykonanie usługi będzie wynikało z niepoprawnego działania ITS wykorzystywanej w usłudze wykonawcy. Realizacja tego uprawnienia odbywa się zgodnie z procedurą PO1 pn.: *Procedura informowania o zagrożeniu niedotrzymania Parametrów Usług Wykonawcy*, opisaną w załączniku nr 4 do Umowy pn.: *Procedury dla realizacji Umowy*, która wśród przyczyn dla których wykonawca może zgłosić zagrożenia niedotrzymania gwarantowanych parametrów usług wykonawcy, wymienia niepoprawne działanie ITS wykorzystywanej w usłudze wykonawcy.

Dalej Izba uznała, że nie zasługiwało także na uwzględnienie żądanie odwołującego zmierzającego do spowodowania dołączenia do Umowy załącznika *Opis Kompleksowego*

Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Skład orzekający za zamawiającym przyjął, że dokument ten stanowi jedynie pewien ogólny zarys systemu KSI ZUS. Brak jest w nim danych szczegółowych i wrażliwych z uwagi na bezpieczeństwo funkcjonowania państwa. Izba wzięła pod uwagę również, że po zawarciu Umowy, w ramach realizacji okresu przejściowego, zamawiający nada wykonawcy uprawnienia do zasobów ZUS, w tym m.in. do:

- Repozytorium;
- Katalogu Usług IT, w tym bazy konfiguracji;
- Portalu eksploatacyjnego (PEKSI ZUS);
- Systemu Monitorowania Usług IT;
- Rejestrów.

Wykonawca na etapie realizacji zamówienia będzie miał zatem dostęp do pełnej dokumentacji KSI ZUS, więc dokument *Opis KSI* nie będzie miał wówczas istotnego znaczenia. O powyższym wprost świadczy postanowienie art. 12 ust. 8 Umowy, którego treść została przytoczona powyżej w części opisującej odpowiedź na odwołanie, a którego odwołujący nie zakwestionował. Ustalenie kształtu KSI ZUS na dzień wszczęcia postępowania i uznanie go za załącznik do Umowy wymagałoby każdorazowo zmiany tego załącznika, a tym samym aneksowania Umowy za każdym razem, gdy przestałby on odpowiadać stanowi faktycznemu, co mogłoby być niezwykle trudne. Zmiany KSI ZUS następują bowiem w ramach innych umów i są niezależnie od woli i zgody wykonawcy umowy utrzymania KSI ZUS, zatem nieuzasadnione byłoby załączanie ich do Umowy w ramach niniejszego postępowania, a następnie poddawanie ich procedurze uzgadniania w ramach aneksów. O czym wprost stanowi ww. art. 12 ust. 8 Umowy, którego odwołujący nie zaskarżył.

Odwołujący w odwołaniu przyznał, że załącznik *Opis Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych* stanowi element opisu przedmiotu zamówienia, natomiast nie zarzucił zamawiającemu, aby ten dokument był niepełny, nieprecyzyjny lub w inny sposób utrudniał przygotowanie lub złożenie oferty. Wskazał jedynie, że nie jest możliwe jego pobranie i powoływanie się na ten dokument na etapie realizacji Umowy. Zaś z treści zarzutu wynika, że odwołujący upatrywał naruszenia prawa przez zamawiającego w postaci art. 29 ust. 1 Pzp, co nie znalazło potwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym. Warto przy tym dodać, że zamawiający uzupełnił art. 12 ust. 8 Umowy poprzez wyraźne wskazanie, że *po zawarciu Umowy udostępni Wykonawcy „Opis Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych” wraz z dokumentacją obrazującą wprowadzone po wszczęciu postępowania zmiany w tym dokumencie wynikające ze zmian dokonywanych w KSI (modyfikacja nr 92 z dnia 20 maja 2020 r.)*.

Ponadto należy stwierdzić, że w odwołaniu zarzut został przedstawiony dość zdawkowo, bez zakreslenia szerokiego kontekstu, który okazał się istotny dla jego rozpoznania. Odwołujący dopiero na późniejszym etapie tj. w piśmie z 14 maja 2020 r. oraz szczególnie podczas rozprawy w dniu 26 maja 2020 r. próbował neutralizować jego znaczenie. Argumentacja ta miała charakter następczy wobec twierdzeń zamawiającego, które zostały poparte treścią SIWZ oraz nie została udowodniona.

W związku z powyższym Izba oddaliła przedmiotowy zarzut.

Przechodząc do argumentacji dotyczącej kolejnego zarzutu tj. zarzutu opisanego w pkt 2 uzasadnienia odwołania, to należy przypomnieć, że Izba go uwzględniła.

W pierwszej kolejności, wbrew twierdzeniom zamawiającego, skład orzekający stwierdził, że odwołując posiada interes w podnoszeniu tego zarzutu. Zdaniem Izby na aprobatę zasługują twierdzenia odwołującego, który wskazał, że może ponieść szkodę w postaci niezyskania zamówienia w przypadku, gdyby inni wykonawcy mieli zamiar wykorzystać obecne, niewystarczające postanowienia SIWZ i przedstawić do zaliczenia Testów kompetencji osoby, które nie będą dedykowane do realizacji zamówienia. Przykładowo można tutaj wskazać wpływ dedykowania takich osób o odpowiednich kompetencjach na cenę oferty – otóż osoby takie, jako wysokiej klasy specjaliści, otrzymujący wysokie wynagrodzenia, co bezpośrednio wpływa na cenę i możliwą do uzyskania punktację w kryteriach oceny ofert. Zatem konieczne jest, aby zgodnie z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tak określić warunki postępowania, aby wszyscy wykonawcy przygotowali porównywalne oferty i uwzględnili koszt zatrudnienia takich osób przez cały okres realizacji Umowy. Porównywalność ofert zaistnieje tylko wtedy, gdy SIWZ jasno określi obowiązek dedykowania do realizacji zamówienia zespołu, który na etapie oceny ofert, może uzyskać aż 40% punktów na rzecz danego wykonawcy.

Skład orzekający miał świadomość, że okoliczności związane z tym zarzutem powodują *de facto* zaostrenie wymogów związanych z kryteriami w stosunku do aktualnie obowiązujących, niemniej mając na uwadze powyżej wskazaną argumentację, treść art. 91 ust. 2c Pzp oraz przyznane przez zamawiającego tendencje rynkowe, uznał, że odwołujący nie tylko posiada interes w podniesieniu i popieraniu zarzutu, ale także – zasługiwał on na uwzględnienie.

W dalszej kolejności Izba wskazuje, że twierdzenia zamawiającego zmierzające do przedstawienia intencji zarzutu jako zmiany celu postawionych kryteriów pozacenowych z badania jakości świadczonych usług w kierunku badania potencjału kadrowego wykonawcy lub kompetencji poszczególnych osób, były zbyt daleko idące. Kryterium jednoznacznie odnosiło się do jakości, a o jakości zadecydują wiedza i doświadczenie osób uczestniczących w Testach kompetencyjnych. Zatem utrzymanie personelu, który będzie oceniany w kryteriach, bądź osób o podobnych kompetencjach, nie tylko w ramach oceny

ofert, ale także na etapie realizacji umowy, będzie niczym innym jak potwierdzeniem jakości wykonawcy, stwierdzonej podczas oceny oferty, przez cały okres realizacji zamówienia. Takie rozumienie bezapelacyjnie wpisuje się w dyspozycję art. 91 ust. 2c Pzp, która wyraźnie odnosi się do związania kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia, jeżeli dotyczą one usług, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia, we wszystkich aspektach, nawet jeżeli nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia. W tym wypadku kryteria oceny ofert odnoszą się do jakości, co należało uznać za niezmiernie istotną cechę przedmiotu zamówienia, co w sposób szczególny powinno przełożyć się na związanie tych kryteriów z późniejszą realizacją zamówienia.

Zamawiający w argumentacji przedstawionej w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że żaden wymóg nie wyeliminuje nieprawidłowości w postaci praktyki udziału w kryteriach osób o bardzo wysokich kwalifikacjach, które następnie na etapie realizacji zamówienia są zastępowane przez osoby o gorszych kwalifikacjach. Tym niemniej, w ocenie Izby zamawiając nie może pozostać bierny i nie podejmować środków przeciwdziałających takiemu zjawisku, szczególnie, że w opinii samego zamawiającego przybrało ono cechy „patologii”.

Zamawiający zwracał też uwagę na możliwe trudności organizacyjne związane z koniecznością zastępowania takich osób, co może mieć skrajnie negatywny wpływ na realizację zamówienia. W tym kontekście należało zwrócić uwagę, że Izba nie narzucała zamawiającemu sposobu sprawdzania kompetencji osób, które będą ewentualnie zastępowały personel oceniany w kryteriach. W tym przedmiocie zamawiający będzie miał pewną swobodę, która powinna uwzględniać ilość zastępowanych osób w danej chwili, zakres merytoryczny ich udziału w Testach kompetencyjnych na etapie oceny oferty oraz obiektywne okoliczności, jakie będą miały miejsce podczas weryfikacji. Weryfikacja kompetencji osób zastępujących nie będzie stanowić także nowej oceny oferty, zmuszającej zamawiającego każdorazowo do dokonania nowego rankingu ofert, ponieważ ocena ofert i ranking zostaną dokonane przed wyborem najkorzystniejszej oferty. Weryfikacja ta będzie miała na celu wyłącznie utrzymanie wysokich kompetencji osób realizujących zamówienie, tak aby urealnić związanie kryteriów z przedmiotem zamówienia, co wynika z treści art. 91 ust. 2c Pzp.

Izba zauważyła także, że zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, iż zarówno odwołujący, jak i przystępujący, obecnie dysponują zespołem znacznie przekraczającym liczbowo wymagania postawione w postępowaniu. W realizację zamówienia, bieżąco zaangażowanych jest kilkaset osób, a umowy realizowane są w sposób należyty. Powyższe wyjaśnienie wskazuje, że potencjalni wykonawcy nie będą mieli problemu z dotrzymaniem wymogu wynikającego z nakazu Izby, co nie powinno się przełożyć na problemy organizacyjne związane z realizacją zamówienia.

Reasumując Izba stwierdziła naruszenie art. 91 ust. 2c w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w wyniku czego uwzględniła przedmiotowy zarzut.

W zakresie zarzutu wskazanego w pkt 4 uzasadnienia odwołania, Izba podzieliła argumentację zamawiającego, podaną w odpowiedzi na odwołanie.

Na wstępie należy podkreślić brak interesu odwołującego w kwestionowaniu postanowienia art. 17 ust 11 Umowy. Postanowienie to bowiem nie uniemożliwia odwołującemu wyceny oferty, ani jej złożenia.

Kluczowa okoliczność w tym postępowaniu różnicująca je od wcześniejszego polega na tym, że w realiach wcześniejszego postępowania na rynku istniał jeden wykonawca – odwołujący, który posiadał doświadczenie w świadczeniu usług objętych przedmiotem zamówienia. Wobec odwołującego zamawiający wówczas przewidział skrócony – 90 dniowy okres przejściowy niezawierający procesu weryfikacji kompetencji. Podczas gdy pozostali wykonawcy ubiegający się o zamówienie musieli uwzględnić konieczność 12 miesięcznego okresu przejściowego oraz wykazania zdolności do świadczenia usługi w procesie weryfikacji kompetencji. Postanowienia te, mimo, że w sposób obiektywny różnicowały sytuację wykonawców, nie skutkowały unieważnieniem postępowania czy zawartej w jego wyniku umowy. Co więcej, wbrew tezę odwołującego zawartym w odwołaniu, ofertę korzystniejszą cenowo złożył wykonawca, który był zobowiązany do uwzględnienia w cenie oferty 12 miesięcznego okresu przejściowego, a nie odwołujący, mimo braku takiego obowiązku.

Trudno również uznać, że rezygnacja z pełnego Okresu Przejściowego i dodatkowej weryfikacji wykonawców narusza postanowienia Pzp, w tym jej art. 29. Skoro zamawiający uprawniony jest na własne ryzyko do rezygnacji z procesu weryfikacji kompetencji wykonawców, to tym bardziej możliwe i legalne jest jego ukształtowanie w sposób mniej restrykcyjny, niż życzyłby sobie tego odwołujący. Zwłaszcza w przypadku, gdy zamawiający nie dostrzegł celowości prowadzenia tego procesu w odniesieniu do tych wykonawców, którzy faktycznie świadczą usługi na jego rzecz.

W ocenie Izby zamawiający poprzez przedstawienie kontekstu całej sprawy wykazał, że zróżnicowanie sytuacji wykonawców wynika z przyczyn obiektywnych. Każdy wykonawca, który świadczył usługi w tym samym lub zbliżonym zakresie dla zamawiającego posiada naturalną przewagę nad innymi wykonawcami. Posiada bowiem know-how, które pozwala mu uniknąć kosztów „wejścia”, które muszą uwzględnić w cenie nowi wykonawcy.

Ponadto Izba uznała strategię zamawiającego, która zrównała sytuację obu wykonawców obecnie świadczących usługi za racjonalną i w pełni uzasadnioną. Odwołujący i przystępujący, którzy obecnie świadczą usługi wsparcia eksploatacji i utrzymania, mają pełen dostęp do wiedzy związanej z utrzymaniem KSI ZUS oraz obaj świadczą usługi utrzymania i wsparcia eksploatacji przez okres ponad 12 miesięcy (a zatem dłuższy niż założony w Umowie maksymalny okres przejściowy). W tym okresie wykonawcy posiadali

i dalej posiadają pełen dostęp do systemu KSI, który na bieżąco umożliwia im zapoznanie się z jego działaniem, w tym w trybie „do odczytu”/„read only” obszaru utrzymywanego przez drugiego z wykonawców. Odwołujący nie kwestionował tych okoliczności, Izba również nie znalazła podstaw do ich niepodzielenia, a uznała je za obiektywnie uzasadniające prawidłowość spornej treści dokumentacji postępowania.

Mając na uwadze stanowisko zamawiającego, Izba uznała, że wykonawcy obecnie zaangażowani w świadczenie usług utrzymania KSI ZUS mają wystarczającą wiedzę, co do sposobu świadczenia przedmiotu zamówienia, tj. poza wiedzą praktyczną, posiadają pełną dokumentację systemu KSI oraz szereg możliwości pozyskiwania i uaktualniania wiedzy o systemie. Nie jest zatem wymagany w stosunku do nich dodatkowy Transfer wiedzy.

Dodatkowo należy wskazać, że odwołujący nie kwestionował, iż w stosunku do obu obecnych wykonawców wystarczający będzie 90 dniowy Okres Przejściowy, z czego dwa tygodnie będą przeznaczone na przygotowanie Harmonogramu Przejścia. Nie przeczy zatem, że z uwagi na kompetencje obu wykonawców okres ten może być istotnie skrócony.

Izba stwierdziła, że dowód złożony przez odwołującego, w postaci dokumentu - jednego z protokołów posiedzenia Komitetu ds. Wdrożeń i Integracji, jest nieprzydatny dla rozstrzygnięcia. Dokument został złożony na okoliczność jakie działania są podejmowane w trakcie posiedzenia takiego komitetu oraz tego, że podczas jego posiedzeń uczestniczą także przedstawiciele innych wykonawców, niż on czy przystępujący. Dowód ten obrazował pewien niewielki wycinek prac w ramach systemu, zatem nie można było przyjąć go jako potwierdzenie praktyki w realizacji usług.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że nie wykazano, aby zamawiający nie naruszył art. 29 ust. 2 z zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, co skutkowało oddaleniem zarzutu z pkt 4 uzasadnienia odwołania.

W zakresie zarzutu opisanego w pkt 6 uzasadnienia odwołania, Izba także w dużej mierze przyjęła za własne stanowisko zamawiającego.

Po pierwsze, należy zwrócić uwagę na dokonanie przez zamawiającego modyfikacji SIWZ, odnoszącej się do przedmiotowego zarzutu - z dnia 3 kwietnia 2020 r., gdyż dotyczyła ona art. 3 ust. 2 pkt 18) Umowy (modyfikacja nr 15 – zacytowana została powyżej s. 40-41).

Przedmiotową modyfikację należało potraktować jako doprecyzowanie i zawężenie zakresu know-how, który ma być przedmiotem przekazania przez wykonawcę. Wskazano tam, że przedmiotem przekazania będzie know-how a także komplet wszelkich procedur (w tym Procedur administracyjnych), niezbędnych dokumentów (zwłaszcza dokumentacji technicznej) oraz narzędzi (tj. oprogramowania, aplikacji, skryptów etc.), wytworzonych przez wykonawcę lub podwykonawcę w celu utrzymania KSI ZUS, a nie całość know-how wykonawcy, z którego korzysta on w trakcie realizacji Umowy. Nie ulegało także wątpliwości Izby, że wybrany wykonawca w ramach Umowy będzie w sposób kompleksowy „zajmował

się” systemem KSI przez okres niemalże 6 lat lub dłużej. W tym czasie wykonawca będzie świadczył usługi utrzymania, serwisowe oraz pełnił rolę Integratora. Zlecane będą mu również usługi dodatkowe. W celu świadczenia ww. usług, wykonawca będzie korzystał z pewnego kształtowanego w tym celu know-how, procedur, narzędzi i dokumentów, które będą pozwalały na świadczenie rzeczonych usług. W związku z tym zamawiający jest nie tylko uprawniony, ale również zobowiązany do zapewnienia sobie w Umowie instrumentów prawnych pozwalających na uzyskanie praw do tych dokumentów lub narzędzi oraz uzyskania odpowiedniego know-how związanego ze świadczeniem usługi. W innym bowiem razie, po upływie 6 lat, nie będzie możliwe z przyczyn obiektywnych udzielenie zamówienia publicznego na usługi utrzymania i serwisu KSI ZUS innemu wykonawcy, niż wykonawca dotychczasowy. Brak uregulowania tej kwestii w umowie, mogłoby spowodować nieuzasadniony monopol jednego podmiotu.

Co więcej, zamawiający słusznie wskazywał, że w jego interesie leży bieżące uzyskiwanie kompleksowej wiedzy o wszystkich działaniach podejmowanych przez wykonawcę w związku z realizacją Umowy oraz prawa do dokumentów lub narzędzi niezbędnych do świadczenia usług z uwagi na bezpieczeństwo informatyczne zamawiającego. W skrajnym przypadku rozwiązania lub wygaśnięcia Umowy bez wyłonienia kolejnego wykonawcy, zamawiający powinien mieć chociażby prawną możliwość wykonywania usługi utrzymania KSI samodzielnie lub ze wsparciem podmiotów trzecich. Nie może bowiem, poprzez swoje zaniedbania, doprowadzić do chociażby krótkich okresów braku funkcjonowania KSI.

Odnosząc się konkretnie do treści zarzutu należy zauważyć, że odwołujący stał na stanowisku, że obowiązek określony w art. 3 ust. 2 pkt 18 Umowy powinien dotyczyć wyłącznie know-how, procedur, dokumentów i narzędzi wytworzonych w ramach Umowy. Tymczasem art. 3 ust. 2 pkt 18 Umowy w obecnym brzmieniu zawiera zobowiązanie wykonawcy do przekazania zamawiającemu know-how, procedur, dokumentów i narzędzi, które wykonawca wytworzył w celu utrzymania KSI ZUS, co właściwie czyni zarzut bezprzedmiotowym.

Warto także mieć na uwadze przepis, którego naruszenie wskazywał odwołujący w treści uzasadnienia zarzutu, tj. art. 29 ust. 1 Pzp. Tymczasem odwołujący nie miał problemu z ustaleniem treści zobowiązania, nie kwestionował ujętych w nim pojęć, a jedynie starał się wpłynąć na ograniczenie tego obowiązku poprzez wprowadzenie terminu wytworzenia know-how, które musiałoby zostać przekazane na mocy kwestionowanego postanowienia.

W piśmie z dnia 14 maja 2020 r., odwołujący zasugerował, że nowe brzmienie spornego postanowienia preferuje przystępującego oraz, że modyfikacją z dnia 3 kwietnia 2020 r. zamawiający rozszerzył zakres obowiązków wykonawcy. Skutki i znaczenie dokonanej modyfikacji ze względów opisanych powyżej pozostają poza rozpoznaniem Izby w przedmiotowej sprawie, ponieważ dotyczą one czynności nieobjętej odwołaniem.

Izba pominęła także złożony przez odwołującego na rozprawie dowód w postaci porozumienia z dnia 12 maja 2016 r. pomiędzy nim, a zamawiającym, z którego wynikało, że przekazał zamawiającemu wszystko, co zostało wytworzone w systemie na tamten czas. Dowód ten w ocenie Izby nie potwierdził okoliczności obciążającej zamawiającego w ramach zarzutu, a jedynie uprawdopodobnił, że zamawiający stosuje wobec wykonawców w ramach przejmowania know-how stały mechanizm, który jest w praktyce możliwy do zrealizowania i funkcjonuje w obrocie.

Wobec powyższego Izba oddaliła przedmiotowy zarzut, jako niewykazany, a także jako niepotwierdzony w ustalonym stanie rzeczy.

W zakresie zarzutu podniesionego w pkt 10 uzasadnienia odwołania na wstępie należy wskazać, że zamawiający w dniu 3 kwietnia 2020 r. dokonał modyfikacji SIWZ poprzez zmianę definicji terminów: „Incydent krytyczny”, „Incydent niski”, „Incydent średni wsad”, i „Incydent VIP” (modyfikacje nr 29, 30, 31, 32). Następnie w wyniku drugiego odwołania, które nie było rozpatrywane w ramach przedmiotowej sprawy, wniesionego przez odwołującego, zamawiający dokonał autokorekty dwóch definicji – Incydentu krytycznego i Incydentu VIP – modyfikując te definicje w dniu 20 maja 2020 r. (modyfikacja nr 86 i 87). Tym samym dokonana przez zamawiającego modyfikacja SIWZ z dnia 3 kwietnia 2020 r., polegająca na zmianie definicji Incydentu krytycznego, Incydentu niskiego, Incydentu średniego wsad i Incydentu, uczyniła niniejszy zarzut bezprzedmiotowym.

W tym kontekście Izba przypomina, że rozstrzygnięcie co do postanowień SIWZ, które stały się nieaktualne i mają co najwyżej znaczenie historyczne, nie znajduje uzasadnienia w ustawie i byłoby działaniem niecelowym. Co więcej, rozstrzygnięcie co do nieistniejących już treści SIWZ stoi w sprzeczności z art. 192 ust. 2 Pzp, który do uwzględnienia odwołania wymaga stwierdzenia naruszenia przepisów Pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Takiego wpływu nie miały i nie będą mieć zapisy historyczne, które już w żaden sposób nie wiążą zamawiającego, wykonawców, a także Izby, która z mocy ustawy ma obowiązek uwzględnienia zmiany dokumentacji postępowania.

Warto także przypomnieć, że odwołujący w dniu 10 kwietnia 2020 r. wniósł kolejne odwołanie, które dotyczyło m.in. zmodyfikowanych w dniu 3 kwietnia 2020 r. definicji wskazanych powyżej incydentów. Odnosząc się merytorycznie do modyfikowanych w dniu 3 kwietnia 2020 r. definicji, Izba dokonałaby nieuprawnionego rozpoznania części zarzutów postawionych w innym odwołaniu, pozostającym poza kognicją składu orzekającego, co byłoby rażącym naruszeniem art. 192 ust. 7 Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tym samym, zarzut z pkt 10 uzasadnienia odwołania, jako zarzut bezprzedmiotowy został przez skład orzekający oddalony.

W zakresie zarzutu z pkt 12 Izba wskazuje na wcześniejsze ustalenia dotyczące rozpoznania zarzutów opisanych w pkt 1 i 4, także co do omawianego zarzutu pozostają

adekwatne i aktualne. Odwołujący jako obecny wykonawca usług, ma dostęp do informacji o aktualnym stanie KSI i posiada pełną wiedzę w tym przedmiocie.

W ramach rozpoznawanego zarzutu odwołujący wskazał na naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp, natomiast nawet nie uprawdopodobnił, że brak szczegółowych informacji zawartych w Rejestrach elementów architektury, uniemożliwia mu złożenia oferty, czy jej prawidłowej wyceny, nawet wykonawcy, który wcześniej nie realizował usług dla zamawiającego. Zatem Izba przyjęła w tym zakresie trafną argumentację zamawiającego, który wyjaśnił, że obowiązki wykonawcy określają metryki usług, które są opisane w załącznikach nr 6-10 do Umowy. To na ich bazie każdy wykonawca jest w stanie powziąć wiedzę o zakresie obowiązków, które będą na nim ciążyły i stwierdzić jaki zakres należy wycenić w ofercie.

Nie potwierdził się także zarzut wadliwego, niezgodnego z przepisami ukształtowania prawa do dokonywania zmian w Rejestrach. Jak wyjaśnił zamawiający kwestionowany mechanizm jest tożsamy z tym obecnie obowiązującym, wypracowanym trójstronnie z odwołującym i przystępującym. Jak zwrócił uwagę zamawiający, zgodnie z pkt. 2.2.5 zawartym w obecnie obowiązującym Modelu współdziałania, przyjętym aneksem nr 2 do umowy z 22 marca 2018 r. o udzielenie zamówienia publicznego nr 1064981 na usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (KSI ZUS) w Okresie Przejściowym, zawartej pomiędzy ZUS a Asseco – *Do kompetencji KK należy w szczególności: Rozpoznawanie uwag co do prawidłowości modyfikacji wpisów w Rejestrach z rzeczywistym stanem wynikającym z innych czynności, w szczególności dokonanych pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą Konsorcjum Comarch lub Wykonawcą Asseco zgodnie z właściwymi procedurami dla danej czynności, określonymi odpowiednio w Umowie z Konsorcjum Comarch lub w Umowie z Asseco. Przez czynności, o których mowa w zdaniu powyższym strony rozumieją w szczególności:*

- 2.2.5.1.1. *powołanie nowej Metryki Usług Wykonawcy;*
- 2.2.5.1.2. *modyfikacja Metryki Usług Wykonawcy;*
- 2.2.5.1.3. *zaprzestanie świadczenia Metryki Usług Wykonawcy;*
- 2.2.5.1.4. *zmiany ITS KSI np. nowe wersje.*

Ponadto zamawiający zwrócił uwagę, że tożsamy mechanizm wprowadzania zmian przewiduje rozdz. II ust. 6 lit. a Załącznika 2, do którego odsyła kwestionowany przez odwołującego pkt 1.12 Załącznika nr 5 do Umowy (cytowany w odwołaniu). W ocenie zamawiającego, odwołujący podpisując ww. aneks zaakceptował zawarty w nim model współdziałania tożsamy do zaproponowanego obecnie. Jak również w momencie zawierania aneksu odwołujący nie wnosił o zmianę wysokości wynagrodzenia – co oznacza, że zaproponowany mechanizm dokonywania zmian w Rejestrach nie przekładał się realnie na wycenę świadczonych usług. Wobec tego, że odwołujący nie kwestionował powyższych argumentów zamawiającego, Izba nie znalazła podstaw aby odmówić im wiarygodności.

Poza tym skład orzekający nie widział powodu, aby niweczyć czy też kwestionować wypracowany przez zamawiającego i obu wykonawców model współpracy, wynikający z dotychczasowego współdziałania, który nie był *expressis verbis* kwestionowany przez odwołującego.

Za niedowiedzioną Izba uznała także tezę odwołującego jakoby zmiany w Rejestrach będą jednostronnie narzucane przez zamawiającego. Jak słusznie zauważył zamawiający zgodnie z §12 ust. 10 Umowy zmiany Metryk Usług Wykonawcy stanowiących Załączniki 6-9 są przeprowadzane zgodnie z procedurami zawartymi w Załączniku 4, bez konieczności sporządzania aneksu do Umowy. W przypadku zmiany Metryki Usług Wykonawcy, dotychczasowa treść załączników odnoszących się do Metryk zostanie zastąpiona zaktualizowanym tekstem jednolitym, uwzględniającym wprowadzone zmiany. Odwołujący nie zaskarżył tego postanowienia Umowy, a zatem należy uznać, iż nie kwestionował mechanizmu zmiany Metryk Usług, których konsekwencją są zmiany w Rejestrach.

W związku z powyższym Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp, a więc zarzut z pkt 12 został przez Izbę oddalony, jako nieposiadający uzasadnionych podstaw.

W stosunku do zarzutu z pkt 13 uzasadnienia odwołania należy wskazać za zamawiającym, że obecna regulacja przewiduje mechanizm zatrzymania czasu na obsługę incydentu w przypadku pierwszego pytania, zatem powinno ono być sformułowane w taki sposób, aby obejmowało wszystkie informacje, brakujące wykonawcy do właściwego rozwiązania problemu. Po otrzymaniu tych informacji czas obsługi rozpoczyna swój bieg. Nie oznacza to natomiast, że zamawiający nie odpowie na zadane dodatkowo pytania, a jedynie że ich zadanie nie zatrzyma na nowo czasu przewidzianego w SIWZ do realizacji zadania. Tym samym wykonawcy będą musieli zadać niezbędne i właściwe pytania za pierwszym razem.

Ponadto w ocenie składu orzekającego argumentacja odwołującego jakoby istniały dwa standardy/modele obsługi incydentów, co uniemożliwia zastosowanie rozwiązań przewidzianych przez zamawiającego z punktu widzenia przepisów Pzp jest gołosłowna. W ocenie Izby żaden przepis Pzp nie został naruszony, poprzez przyjęcie kwestionowanych postanowień Umowy. W szczególności art. 29 Pzp, ponieważ zakres obowiązków wykonawcy został określony jednoznacznie i precyzyjnie, i jednakowo dla wszystkich potencjalnych wykonawców. Tym samym Izba uznała, że powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Poprzez zarzut wskazany w pkt 15 uzasadnienia odwołania, odwołujący kwestionował poziom wymagań postawionych przez zamawiającego dla jakości świadczonych usług żądając ich obniżenia. Przy czym zamawiający słusznie zauważył, że odwołujący nie miał problemu z interpretacją postanowień SIWZ i ustaleniem poziomu SLA wymaganego zgodnie z załącznikiem nr 9 do Umowy. Zatem kwestionowane wymogi zostały

opisane w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W związku z tym już na wstępie Izba stwierdziła, że w ramach zarzutu, naruszenie art 29 ust. 1 Pzp nie znalazło potwierdzenia. Ponadto wymogi te należało uznać za jednakowe dla wszystkich potencjalnych wykonawców, a odwołujący nie wykazał, aby preferowały, któregoś z wykonawców lub ograniczały konkurencję. Przez co nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, na co odwołujący w uzasadnieniu zarzutu. Tym samym, w ocenie Izby, zamawiający nie naruszył żadnego przepisu Pzp, a zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp tylko niezgodna z przepisami Pzp czynności zamawiającego podjęta w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, może być podstawą skutecznego odwołania.

Ponadto, jako w zasadzie jedyny argument na poparcie przedmiotowego zarzutu, przedstawiono dane historyczne podnosząc, że skoro pewien poziom usług był akceptowalny we wcześniejszych umowach to powinien być akceptowalny także w przyszłej, będącej efektem rozpoznawanego postępowania. Tymczasem w związku z postępowaniem i rozwojem technologii zamawiający ma nie tylko prawo, a wręcz obowiązek dostosowywać swoje oczekiwania do zmieniających się czynników technologicznych, a przez to wynikających z tego parametrów świadczenia usług. Należy także wskazać, że zamawiający nie skrócił wszystkich parametrów świadczenia usług serwisowych, ale dokonał tego w odniesieniu do 3 kategorii krytyczności incydentów:

1) dla Usług serwisowych świadczonych w zakresie Usług wsadowych na poziomie:

- 6 h dla Incydentu krytycznego,
- 24 h dla Incydentu średniego,
- 168 h dla Incydentu niskiego.

2) dla Usług serwisowych świadczonych w zakresie Usług portalowych na poziomie:

- 4 h dla Incydentu krytycznego,
- 48 h dla Incydentu VIP,
- 110 h dla Incydentu niskiego.

3) dla Usług serwisowych świadczonych w zakresie Usług interakcyjnych na poziomie:

- 6 h dla Incydentu krytycznego, .
- 55 h dla Incydentu niskiego.

Odwołujący nie wykazał, że istnieją przeszkody natury technicznej, aby świadczyć usługi na wymaganym poziomie SLA. Skupił się w tym zakresie jedynie na potencjalnej możliwości generowania większych kosztów wynikających ze zwiększonego standardu obsługi. W tym kontekście w ocenie Izby, odwołujący zupełnie bezpodstawnie podniósł naruszenie art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. Zgodnie z przywołanym powyżej art. 180 ust. 1 Pzp, Izba nie ma kognicji do oceny zgodności

czynności zamawiającego z innymi poza Pzp ustawami, chyba, że wynika to wyraźnie z treści przepisu prawa. W przypadku art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, takiej delegacji ustawowej nie ma.

W związku z powyższym Izba oddaliła zarzut naruszania art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych.

Sygn. akt KIO 454/20

W przedmiotowej sprawie Izba w pierwszej kolejności skupiła się na tej części odwołania, która została uwzględniona, tj. części zarzutów szczegółowych wskazanych w pkt 1.9 oraz 2.1.3 odwołania, podniesionych w ramach grup zarzutów zawartych w pkt 1 i 2 odwołania, a odnoszących się do sankcji odrzucenia oferty wykonawcy w sytuacji niespełnienia wymogów przedstawionych w pkt 7.3.3.12 i 7.3.4.5 SIWZ, a dotyczących kryteriów oceny ofert.

Na wstępie skład orzekający wskazuje, że wbrew stanowisku zamawiającego wyrażonemu na rozprawie, zarzut dotyczący sankcji odrzucenia oferty, nie był spóźniony. W treści zarzutu szczegółowego oznaczonego pkt 1.9 (str. 15 akapit ostatni odwołania) oraz jako odniesienie w pkt 2.1.3 (str. 21 akapit ostatni odwołania), odwołujący wyraźnie wskazał taki zarzut, zatem nie można go było uznać za spóźniony.

Przechodząc do uzasadnienia powodów uwzględnienia odwołania w tej części, Izba stwierdziła, że w pełni przyjęła stanowisko odwołującego. W związku z tym należy wskazać, że sankcja odrzucenia oferty, przewidziana w toku oceny ofert, w ramach ustalonego kryterium pozacenowego, nie koresponduje z celem tej procedury, jakim powinno być premiowanie dodatkowymi punktami wykonawców charakteryzujących się wysokim poziomem świadczenia usług. Negatywną konsekwencją rozwiązania małej liczby zadań, powinna być, odpowiadająca temu stanowi rzeczy, mała ilość przyznanych punktów albo całkowity ich brak, a nie odrzucenie oferty.

Zgodnie z pkt 7.3.3. SIWZ:

Test kompetencji technicznych (T) – w kryterium tym zostanie przeprowadzona weryfikacja sposobu świadczenia usługi przez Wykonawcę na przykładzie klasy zadań, jakie mogą występować w ramach realizacji usług utrzymania systemów o skali porównywalnej z KSI ZUS. Zadania będą prowadzone przy pomocy standardowego oprogramowania narzędziowego. Zadania będą dotyczyły operacji specyficznych dla tego oprogramowania i będą dotyczyły problemów związanych z administrowaniem systemami informatycznymi występującymi nie tylko w systemie KSI ZUS. Wszystkie oznaczenia rodzaju danych (np. PESEL) zostaną użyte tylko i wyłącznie w celach porządkowych i ilustracyjnych. Podstawą niezaliczenia któregokolwiek z zadań, bądź nieprzyznania punktu nie będzie specyfika

procesów biznesowych obsługowych w ZUS, o ile nie została ona szczegółowo opisana w SIWZ.

Z powyższego jednoznacznie wynika, że Test kompetencji technicznych nie stanowi próbki usług będących przedmiotem oferty wykonawcy. Wykonawcy bowiem oferują świadczenie usług wsparcia i eksploatacji KSI ZUS na warunkach opisanych szczegółowo w metrykach usług znajdujących się w załącznikach do Wzoru Umowy. Test kompetencji technicznych, zgodnie z założeniami przyjętymi w pkt 7.3.3, to raczej próbka ogólnych zdolności wykonawcy do świadczenia usług utrzymania systemów, a nie konkretnie systemu KSI.

Izba uznała, że zamawiający nie będzie miał prawa do odrzucenia oferty wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, w sytuacji gdy prezentowane usługi nie będą objęte ofertą. Zamawiający uzasadniając decyzję o odrzuceniu oferty, zobowiązany jest w sposób dokładny wskazać, w jakim zakresie jej treść nie odpowiada treści SIWZ, tj. którym konkretnie wymaganiom opisującym usługi będące przedmiotem zamówienia. W rozważanym przypadku nie sposób powiązać usług ocenianych w ramach kryterium z treścią oferty, takiej argumentacji nie przedstawił też zamawiający w toku rozprawy, ograniczono się do podnoszenia, że taki sposób funkcjonuje w praktyce, co w żaden sposób nie świadczy o zgodności z prawem czynności zamawiającego. Nie złożono w tym zakresie również żadnego dowodu. Ponadto katalog przesłanek odrzucenia oferty określony w art. 89 ust. 1 Pzp, ma charakter zamknięty, zatem zamawiający – za wyjątkiem zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi, które nie miały zastosowania w postępowaniu – nie ma prawa odrzucić oferty wykonawcy w oparciu o przesłanki pozaustawowe, nie ujęte w ww. katalogu.

Powyższe potwierdza zasadność postawionego zarzutu i związanego z nim żądania nakazania usunięcia pkt 7.3.3.13 SIWZ, przewidującego sankcję odrzucenia oferty.

Analogicznie sytuacja przedstawiała się w zakresie kryterium – Test kompetencji biznesowych, zatem w tej części Izba także nakazała usunięcie podobnego postanowienia określonego w pkt 7.3.4.6 SIWZ.

W związku z tym Izba stwierdziła naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp w zakresie powyżej wskazanym, ponieważ zgodnie z tym przepisem zamawiający na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ wybiera ofertę najkorzystniejszą, a nie dokonuje odrzucenia oferty. Natomiast w pozostałym zakresie Izba oddaliła odwołanie w sprawie KIO 454/20.

Jeśli chodzi o dalsze okoliczności dotyczące grupy zarzutów zawartych w pkt 1 uzasadnienia odwołania to Izba w dużej części przyjęła argumentację zamawiającego.

Przy konstrukcji tego kryterium bardzo ważne, a z drugiej strony skomplikowane, było dokonanie poziom opisu Jednostek zadaniowych w taki sposób, aby przy wystarczającym do jego zrozumienia poziomie ogólności, nie ujawnić treści zadań, ponieważ to *de facto* uczyniłoby takie kryterium nic nieznaczącym. Z uwagi na powyższą trudność oraz mając na

uwadze treść postawionych zarzutów i żądań, Izba doszła do przekonania, że zamawiający nie naruszył przepisów Pzp w zakresie opisu tego kryterium, a szczególnie Jednostek zadaniowych, a odwołujący jako specjalista i podmiot doświadczony w realizacji usługi objętej zamówieniem, powinien posiadać odpowiednią wiedzę do ustalenia czego mogą dotyczyć zadania i jakie osoby ma skierować do ich wykonania. W szczególności, że w kryterium będą, jak wskazał zamawiający, oceniane czynności nie wychodzące poza zakres obecnie świadczonej usługi.

Jeśli chodzi o zarzut generalny, sprecyzowany w pkt 1.1 odwołania oraz związane z nim zarzuty z pkt 1.3.3, 1.5.1 i 1.6 to w ocenie Izby, odwołujący nie przedstawił rozwiązania pozwalającego uznać, że przekazanie przez zamawiającego wykonawcom, na tym etapie, szczegółowych opisów czynności, jak i materiałów, potrzebnych do wykonania każdej Jednostki zadaniowej, nie spowoduje możliwości rozwiązania zadań już na obecnym etapie, tj. jeszcze przed rozpoczęcie Testów, co ubezprzedmiotowi całe kryterium.

W zakresie zarzutu opisanego w 1.2 odwołania, należy stwierdzić, że zamawiający wyraźnie wskazał w pkt 7.3.3.12. SIWZ, iż warunkiem pozytywnego zaliczenia Testu kompetencji technicznych przez wykonawcę jest poprawne rozwiązanie co najmniej 1 z 3 zadań w ramach każdej Jednostki zadaniowej, o których mowa w pkt 7.3.3.4. – 7.3.3.9. SIWZ oraz poprawne rozwiązanie minimum 50% spośród wszystkich 18 zadań (6 Jednostek zadaniowych po 3 zadania w każdej z nich). Następnie w pkt 7.3.3.14. SIWZ zamawiający podał wzór obliczania punktów, w którym uwzględnia się wartość „liczba zadań rozwiązanych poprawnie”. Oznacza to, że każde spośród trzech zadań wskazanych w danej Jednostce zadaniowej jest oceniane w sposób zerojedynkowy. Zamawiający w kontekście podniesionego zarzutu, nie miał obowiązku dzielenia oceny zadań na oceny połówkowe za wykonanie mniejszej lub większej części zadania. Co więcej sposób punktowania jest równy dla wszystkich.

Odwołujący zarzucił także, że wymagania są wyśrubowane i nawet przy rozwiązaniu 50% zadań poprawnie w nieodpowiedniej konfiguracji może dojść do odrzucenia oferty. Po pierwsze, należy wskazać, że Izba uznała podstawę odrzucenia oferty wykonawcy określoną w pkt 7.3.3.13. SIWZ za bezprawną. Po drugie, zamawiający miał prawo wprowadzić taki sposób zaliczenia kryterium, bowiem każda jednostka zadaniowa bada osobną umiejętność na poziomie danego obszaru technologicznego. Wykonanie wszystkich zadań w ramach danej jednostki zadaniowej a niewykonanie żadnego zadania w ramach drugiej jednostki zadaniowej nie pozwala na obiektywne i kompleksowe zbadanie umiejętności. Tym samym wprowadzone zasady są równe, jasne dla wszystkich i nie premiuja żadnego z wykonawców. Powyższa argumentacja jest aktualna i adekwatna także w przedmiocie zarzutu z 1.9 odwołania, odnoszącego się do nieprawidłowości w zakresie określenia warunków zaliczenia testu kompetencji technicznych i przyznawania punktów w tym kryterium. Po pierwsze,

zasady ich przyznawania są jasne (zerojedynkowe). Po drugie, poziom zaliczenia jednostek zadaniowych jak i zasady przyznawania punktów są ściśle określone.

Izba pominęła dowody złożone przez odwołującego w zakresie tego zarzutu, tj.:

- wyciąg z SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Finansów na budowę, wdrożenie i utrzymanie systemu ERP w Ministerstwie Finansów, (nr sprawy: C/333/15/FK/B/453);
- wyciąg z SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez Urząd Komisji Nadzoru Finansowego na „Wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego Obszaru Nadzoru Bankowego UKNF – System Wsparcia Inspekcji”, (nr sprawy: DAI/WZP/231/83/2015);
- zestawienie przygotowanego przez odwołującego dotyczące przykładowego scenariusza testowego dla wybranej Jednostki zadaniowej;
- zrzutu ekranu ze strony Microsoft przedstawiającego certyfikację w podziale na role;
- zrzutu ekranu ze strony OSEC prezentującego liczbę kursów dedykowanych dla poszczególnych grup eksperckich.

Dwa pierwsze dowody Izba uznała za nieadekwatne w tym sensie, że dotyczyły postępowań, których okoliczności i postanowienia nie przystawały do przedmiotowego postępowania. Dowód trzeci stanowił własne zestawienie odwołującego odnośnie możliwego, przykładowego opisu Jednostki zadaniowej, niemniej Izba uznała go za nieprzydatny, ponieważ nie można było z niego wywieść reguły dla analogicznego opisu wszystkich jednostek zadaniowych, przy jednoczesnym potwierdzeniu, że nie będzie stanowił zbytniego ułatwienia dla wykonawców, przez co uczyni kryterium iluzorycznym. Dwa ostatnie dowody zostały przedstawione na okoliczność tego, jak wiele może być ról w projekcie informatycznym w ramach zadań testowych. W okolicznościach przedmiotowej sprawy trudno czynić zarzut zamawiającemu, że stara się możliwie jak najszerszej zbadać kompetencję i jakość wykonawcy, zatem także te dowody nie mogły przesądzić słuszności stanowiska odwołującego.

W związku z powyższym Izba oddaliła zarzut z pkt 1 odwołania w pozostałym zakresie stwierdzając, że zamawiający nie naruszył przy konstruowaniu kryterium *Test kompetencji technicznej* art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 13 i art. 91 ust. 2, 2c, 2d Pzp.

Jeśli chodzi o zarzut wskazany w pkt 2 uzasadnienia odwołania to w ramach kryterium oceny ofert *Test kompetencji biznesowych*, zamawiający będzie przeprowadzał weryfikację poziomu wiedzy merytorycznej z czterech podstawowych obszarów biznesowych wyszczególnionych w SIWZ. Zadania Testu kompetencji biznesowych będą dotyczyły niezbędnej wiedzy dla prawidłowej realizacji usług utrzymania systemu KSI ZUS. Izba uznała, wbrew stanowisku odwołującego, że podstawowa znajomość przepisów prawa w zakresie ubezpieczeń społecznych stanowi nieodzowny element świadczenia usług w ramach KSI. Sprawdzenie wiedzy biznesowej dotyczącej znajomości podstawowych

uregulowań zawartych w ogólnodostępnych i powszechnie obowiązujących aktach prawnych należało uznać za niezbędne do prawidłowego świadczenia usług utrzymania KSI, gdyż wiedza ta ma kluczowe znaczenie przy wykonywaniu usług biznesowych opisanych w Załączniku 7 Umowy. Przedmiotowe usługi wspierają realizację akcji będących ustawowym obowiązkiem ZUS, np. przeprowadzenie waloryzacji świadczeń emerytalno-rentowych, akcji podatkowych, czy też akcji informowania ubezpieczonych o stanie konta. Zamawiający przewidział również wsparcie przez wykonawcę zadań wynikających ze zmian legislacyjnych i zawarł to literalnie w zakresie usług dodatkowych.

Tytułem przykładu zamawiający posłużył się działaniami wykonawcy podczas obsługi akcji masowych lub obsługi incydentów. Wówczas potrzebna jest również wiedza merytoryczna wykonawcy, aby zdiagnozować, czy to jest błąd aplikacji, brak funkcjonalności czy błąd użytkownika i zaproponować jak najszybsze poprawne rozwiązanie problemu. Do tego niezbędna jest znajomość powszechnie obowiązujących przepisów ustaw w odniesieniu do świadczeń ZUS, aby wiedzieć czego dotyczy problem (określić specyfikę danej sprawy) i odnieść dany problem do przepisów na dany czas obowiązujących.

Przykładowo, jeśli problem powstał w aplikacji w wyliczeniu kwoty podczas ustalenia wypłaty zasiłku macierzyńskiego z przysługującym podwyższeniem, wykonawca musi posiadać wiedzę dotyczącą przepisów regulujących podwyższenie zasiłku macierzyńskiego, wyliczenia kwoty, czy ustalenia za jaki okres przysługuje zasiłek. Znajomość wyliczeń podstawy, zaliczki na podatek dochodowy i kwot zasiłku jest w takich przypadkach niezbędna aby wykluczyć błąd aplikacji. Izba uznała ten przykład jako godny uwagi i obrazujący znaczenie posiadania kompetencji biznesowych dla realizacji usługi. Odwołujący tymczasem skupił się na ogólnikowych twierdzeniach o niezwiązaniu tego kryterium z przedmiotem zamówienia, co w kontekście argumentacji zamawiającego nie było przekonujące i nie znalazło odzwierciedlenia w treści dokumentacji postępowania.

Odnosząc się do szczegółowych zarzutów odwołania w zakresie zarzutu nr 2 należy wskazać, że:

- zamawiający doprecyzował zbiór przepisów prawa, których znajomości wymaga się do prawidłowego wykonania Testu kompetencji biznesowych, a także dodał zapis, iż podczas testów będzie można korzystać z tekstów ustaw (odpowiednie modyfikacje w tym zakresie znajdują się w Załączniku nr 11 do SIWZ – modyfikacja nr 12 i 13);
- kryterium wiedzy biznesowej jest powiązane z prawidłowym świadczeniem usług utrzymania, więc Izba nie znalazła podstaw uwzględnienia żądania nr 2.1.1 w postaci usunięcia tego kryterium lub zastąpienia go innym;
- sposób przyznawania punktów w ramach tego kryterium jest jasny i został doprecyzowany w modyfikacji nr 12, zgodnie z pkt 7.3.4.5. Podstawą zaliczenia Testu kompetencji biznesowych w obecnym stanie faktycznym, będzie uzyskanie co najmniej 50 poprawnych

odpowiedzi łącznie dla wszystkich obszarów oraz co najmniej 10 poprawnych odpowiedzi dla testu z każdego z obszarów. Brak odpowiedzi lub zaznaczenie więcej niż jednej odpowiedzi będzie traktowany jako niepoprawna odpowiedź;

- system oceny podobnie jak w Testach kompetencji technicznych jest zerojedynkowy, tj. oceniany na zasadzie poprawna odpowiedź/niepoprawna odpowiedź, a odwołujący nie wyjaśnił na czym polega według niego zbyt rygorystyczny i nieadekwatny sposób oceny;
- w zakresie zarzutu z pkt 2.2 odwołania tj. co do liczby osób i czasu trwania Testu kompetencji biznesowych, to należy wskazać, że zamawiający dokonał modyfikacji nr 13, która doprowadziła do zwiększenia czasu na wykonanie testu (z 120 minut, do 240 minut) i zwiększenia liczby osób wykonujących Test (zamiast 4 osób – 8 osób).

Izba pominęła dowody złożone przez odwołującego w zakresie tego zarzutu tj.:

- wyciągu z odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 874/17 dotyczącej przetargu ograniczonego na świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS (nr postępowania: TZ/271/66/15);
- wyciągu z modyfikacji SIWZ nr 2 z dnia 19 maja 2017 r. opublikowanej w ramach postępowania nr TZ/271/66/15.

Dowody te zostały podniesione na okoliczność tego, że zamawiający w poprzednim postępowaniu próbował zastosować podobne kryterium, jednak zostało ono usunięte na skutek wniesionych odwołań. Okoliczność ta nie ma znaczenia dla przedmiotowej sprawy, ponieważ dotyczy innego postępowania. Zamawiający nie może być ściśle ograniczany treścią dokumentacji z poprzednich postępowań. Ponadto postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 874/17 z 23 maja 2017 r. zostało umorzone, zatem nie doszło do merytorycznego sporu pomiędzy stronami w zakresie treści kryterium.

W związku z powyższym Izba oddaliła zarzut z pkt 2 odwołania w pozostałym zakresie stwierdzając, że zamawiający nie naruszył przy konstruowaniu kryterium *Test kompetencji biznesowej* art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 13 i art. 91 ust. 2, 2c, 2d Pzp.

Co do zarzutu podniesionego w pkt 3 uzasadnienia odwołania, tytułem wyjaśnienia należy wskazać, iż dotychczasowi wykonawcy umów utrzymania i eksploatacji systemu KSI - a więc odwołujący i przystępujący - nie będą przechodzić weryfikacji kompetencji wykonawcy, która następować będzie już po zawarciu umowy z wybranym wykonawcą (weryfikacja kompetencji będzie przeprowadzana w przypadku wyboru innego wykonawcy, niż dotychczas świadczącego usługi utrzymania KSI). Weryfikacja kompetencji wykonawcy jest całkowicie odrębnym etapem od testów kompetencji biznesowych i technicznych stanowiących kryterium oceny ofert. Weryfikacja kompetencji wykonawcy, do której odnosi się zarzut z pkt 3 odwołania, będzie następowała już po wyborze oferty i zawarciu umowy z wybranym (nowym) wykonawcą i będzie poprzedzała etap przejęcia usług utrzymania. Testy prowadzone w ramach tej weryfikacji mają służyć płynnemu przejściu świadczenia

usług po etapie przejściowym („uczenia się obsługi systemu”). Zamawiający uznał, że skoro dotychczasowi wykonawcy świadczą już usługi utrzymania KSI, niezależnie od ich zakresu, to znane są im mechanizmy działania tego systemu. Wykonawcy ci nie potrzebują przechodzenia testów, które zasadniczo nie są elementem świadczenia usług, a testem czy wykonawca utrzyma system. Okres przejściowy ma na celu umożliwienie podjęcia realizacji umowy przez innych wykonawców, wyłonionych w procedurze otwartej przetargu, a dla dotychczasowych podmiotów utrzymujących już system KSI nie ma w tym zakresie znaczenia, gdyż podjęły one skutecznie realizację usług utrzymania KSI ZUS w latach wcześniejszych. O ile system KSI ZUS podlega ciągłym zmianom i dostosowaniu do zmian legislacyjnych, powoływane są nowe metryki, to jednak nie ulegają zmianie zasady świadczenia usług utrzymania oraz ich aspekty techniczne w stopniu, który poddawałby w wątpliwość kompetencje dotychczasowych wykonawców do ich świadczenia.

Należy na marginesie zaznaczyć, że okres przejściowy jest okresem jałowym w świadczeniu usług, a jednocześnie kosztownym dla zamawiającego, dlatego ma swoje uzasadnienie dostosowanie jego przebiegu i czasu trwania w zależności od okoliczności faktycznych, jakie ukształtują się w trakcie trwania postępowania. Podczas gdy nowy podmiot uczy się obsługi systemu KSI ZUS w trakcie okresu przejściowego, co wymaga także zaangażowania osób i środków po stronie zamawiającego, dotychczasowy lub inny podmiot, który już świadczy usługi właściwe, nie wymaga prowadzenia takiego przeszkolenia i zaangażowania zamawiającego i może we wcześniejszym terminie rozpocząć świadczenie usług, za które otrzymuje wynagrodzenie.

Co do zasady, celem przeprowadzania weryfikacji kompetencji wykonawcy w okresie przejściowym nie jest przypisanie mu odpowiednich metryk w celu przejęcia ich świadczenia, a jedynie sprawdzenie umiejętności wykonawcy. Siłą rzeczy badanie kompetencji dotyczy tylko wycinków całego systemu, bowiem ze względów organizacyjnych, technicznych i finansowych nie byłoby możliwe przetestowanie wszystkich metryk. Na przejęcie świadczenia usług całego systemu zamawiający przewidział odpowiedni czas, zarówno dla nowych jak i dotychczasowych wykonawców, który to okres nie był kwestionowany w ramach odwołania.

Zamawiający odnosząc się do argumentacji odwołującego w zakresie tego zarzutu zmodyfikował częściowo zapisy tego załącznika (modyfikacje nr 37 i 38 z 3 kwietnia 2020 r.). Przyjęty przez zamawiającego mechanizm stosowany w ramach okresu przejściowego był przedmiotem zarzutu z pkt 4 w sprawie KIO 452/20. W tym zakresie Izba nie dopatrzyła się naruszeń wskazanych przez odwołującego i zarzut oddaliła. Podobnie w przypadku tego zarzutu Izba nie znalazła podstaw do kwestionowania przyjętej przez zamawiającego konstrukcji.

Odnosząc się szczegółowo do zarzutów i żądań wskazanych w pkt od 3.1 do 3.4 odwołania Izba w całej rozciągłości przyjęła stanowisko zamawiającego i uznała, że:

- żądanie 3.1 a i b odwołania – odwołujący wniósł o wskazanie wszystkich ścieżek weryfikacji, szczegółowej listy jednostek zadaniowych itd. Zamawiający natomiast zmodyfikował Załącznik 3 do wzoru Umowy poprzez dodanie postanowienia 2.1.21. – podział usług aplikacyjnych na bloki zadaniowe. Zamawiający nie może dać konkretnej listy zadań ani opisanie na obecnym etapie z uwagi na cel sprawdzenia kompetencji po okresie przejścia a nie kwalifikacji wykonawcy do udziału w postępowaniu. Wzorzec odpowiedzi nie może zostać przekazany wcześniej, ponieważ będzie sugerował sposób rozwiązania jednostek zadaniowych. Wzorzec odpowiedzi zostanie przekazany po realizacji jednostek zadaniowych w momencie przekazania przez wykonawcę rozwiązania danych jednostek zadaniowych;

- żądanie 3.2 odwołania – na obecnym etapie nie jest zasadne tworzenie Harmonogramu szczegółowego zwłaszcza, że został podany Harmonogram ramowy, który pozwala ustalić materię każdego bloku zadaniowego a także umiejscowić go na osi czasu w podziale na tygodnie. Wskazanie podziału aplikacji jakie będą się składały na każdy blok zadaniowy jest wystarczające a dalej idące żądanie odwołującego podania konkretnych treści weryfikacji kompetencji wykonawcy jest zbyt daleko idące;

- żądanie 3.3 a), b), c), d) – podobnie jak przy jednostkach zadaniowych, w ramach kryteriów oceny ofert, zamawiający nie może na tym etapie postępowania opisać i przekazać konkretnych treści zadań, z uwagi, iż zniweczy to cel sprawdzenia umiejętności wykonawcy. Wzorzec odpowiedzi nie może zostać przekazany wcześniej, ponieważ będzie sugerował sposób rozwiązania jednostek zadaniowych. Wzorzec odpowiedzi zostanie przekazany po realizacji jednostek zadaniowych w momencie przekazania przez wykonawcę rozwiązania danych jednostek zadaniowych jednakże zgodnie z pkt. 2.1.11 Załącznika 3 „Scenariusze testowe będą przekazywane przez zamawiającego najpóźniej na 4 dni przed terminami realizacji jednostek zadaniowych.”;

- żądanie 3.3 e) odwołania – twierdzenie o edukacyjnym charakterze procesu weryfikacji kompetencji należy uznać za nieuprawnione. W procesie weryfikacji kompetencji wykonawca powinien już posiadać kompetencje niezbędne do należytego świadczenia usług, a nie liczyć na uzyskanie tych kompetencji przez naukę w oparciu o metodę prób i błędów. Zamawiający rozdzielił etap nabywania kompetencji od etapu ich weryfikacji. Kompetencje te wykonawca powinien być w stanie zdobyć na etapie Transferu Wiedzy (Artykuł 17, ust. 1 pkt 2 lit. c Umowy oraz Artykuł 17, punkt 7-8 Umowy). Etap Transferu Wiedzy jest etapem edukacyjnym. Etap weryfikacji kompetencji nie jest etapem nabywania wiedzy, a etapem, który ma zweryfikować czy wykonawca będzie w stanie przejąć Usługi Utrzymania KSI

w sposób niezagrażający nieprzerwanej i bezawaryjnej eksploatacji KSI ZUS, oraz niezagrażający jakości świadczenia przejmowanych Usług;

- żądanie nr 3.4 a) b) odwołania (omyłkowo wskazane jako 3.3) – w zakresie litery a) należy wskazać, że zamawiający zwiększył liczbę osób mogących wziąć udział w realizacji jednostek zadaniowych do 12 (modyfikacja nr 37 z 3 kwietnia 20202 r.). W zakresie pkt b) zarzuty nie zostały w sposób dostateczny sprecyzowane przez odwołującego, bowiem odwołujący nie wskazał jaki czas na realizację jednostek zadaniowych jest potrzebny albo minimalnie niezbędny;

- żądanie nr 3.4 c) odwołania (omyłkowo wskazane jako 3.3) – zamawiający nie przewidział zdalnej realizacji jednostek zadaniowych w zakresie ścieżki weryfikacji usług aplikacyjnych określonej w Załączniku 3 do wzoru Umowy. Dopuszczenie zdalnej weryfikacji kompetencji wykonawcy spowodowałoby, że zamawiający będzie pozbawiony możliwości weryfikacji zachowania zasad określonych w pkt 2.1.6., 2.1.7., 2.1.8. w Załączniku 3 do wzoru Umowy, określających wymagania odnoszące się do osób realizujących testy ze strony wykonawcy. Ponadto w przypadku prowadzenia zdalnej realizacji jednostek zadaniowych w ramach ścieżki weryfikacji usług aplikacyjnych, dla których reżim czasowy jest krótki, dodatkowym problemem mogącym się pojawić, w trakcie ich realizacji, jest kwestia jakości połączenia albo inne problemy techniczne, które mogą pojawić się w takim trybie, które stanowią czynniki mogące mieć wpływ na jej wynik, a pozostają poza realną kontrolą zamawiającego;

- żądanie nr 3.4 d) odwołania (omyłkowo wskazane jako 3.3) – zamawiający nie ograniczył konsultacji na etapie weryfikacji kompetencji wykonawców, jednakże nie mogą one dotyczyć sposobu rozwiązania jednostek zadaniowych, co należy uznać za obiektywne i zrozumiałe. Oczywistym jest, że na etapie sprawdzającym umiejętności i kompetencje wykonawcy zamawiający nie może w pełni współpracować jak w ramach świadczenia usług. Ten etap poprzedza przejście usług więc wymaga weryfikacji umiejętności, a nie badania zasad współpracy stron. Co więcej, weryfikacja kompetencji nie obejmuje zadań opartych na dowolnym uznaniu zamawiającego. Jeżeli wykonawca zrealizuje test na jednym z możliwych wariantów, a zamawiający w treści zadania nie przekaże, którego wariantu żąda, to zamawiający uzna za prawidłowe wykonanie każdego z nich, o ile wykonawca osiągnie oczekiwany rezultat.

Tym samym Izba oddaliła zarzut z pkt 3 odwołania stwierdzając, że zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 Pzp.

Jeżeli chodzi o zarzut opisany w pkt 4 uzasadnienia odwołania Izba wzięła po uwagę następujące okoliczności:

- po pierwsze, odwołujący nie kwestionował samej zasadności zastrzeżenia części informacji jako poufnych (które są udostępniane wszystkim wykonawcom dopiero po podpisaniu umowy o poufności);

- po drugie, zamawiający nie limitował ilości osób, które mogą otrzymać wgląd, jeżeli zostaną wskazane w załączniku nr 1 do umowy o poufności.

Ponadto, jak wynika z odpowiedzi na odwołanie, oraz co zostało przyznane przez odwołującego na rozprawie, odwołujący zawarł umowę o poufności i wskazał zgodnie z wymogami SIWZ listę osób uprawnionych do otrzymania Informacji Chronionych (złożył załącznik nr 1 do tej umowy). Przy czym zamawiający wyjaśnił, że odwołujący otrzymał dostęp do tych informacji w czasie wynikającym z SIWZ, po czym nie zgłaszał z tego powodu żadnych problemów, np. technicznych w dostępie przez uprawnione osoby.

Jak wynika z powyższego, przedmiotowy zarzut stał się bezprzedmiotowy, ponieważ odwołujący zastosował się do wymagania, które kwestionował.

Tym samym Izba oddaliła zarzut z pkt 4 uzasadnienia odwołania stwierdzając, że zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Przechodząc do zarzutu podniesionego w pkt 7 uzasadnienia odwołania, należy wskazać, że zakwestionowane przez odwołującego przepisy istniały w dotychczasowej umowie z odwołującym i jak wynika z doświadczeń zamawiającego w tym zakresie, nie okazały się „martwym przepisem”. Zamawiający naliczał kary umowne odwołującemu, co jednoznacznie wynika ze złożonego przez zamawiającego, wezwania z dnia 26 września 2018 r. do zapłaty kary umownej wskazanej w art. 8 ust. 2 pkt 15 oraz złożonej przez przystępującego ugody zawartej pomiędzy zamawiającym a odwołującym w dniu 8 listopada 2019 r.

Izba rozpoznając odwołanie kieruje się przede wszystkim przepisami Pzp. Odwołujący konstruując przedmiotowy zarzut przywołał kilka przepisów tejże ustawy, niemniej żaden z nich w ocenie składu orzekającego nie został naruszony. Kwestionowane postanowienia treści SIWZ kreują jasny i równy wobec wszystkich obowiązek, co oznaczało, że Izba nie dopatrywała się naruszenia art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust.1 oraz art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 Pzp.

Ponadto, jak wynika z kolejnego złożonego przez zamawiającego dowodu w ramach tego zarzutu, tj. fragmentu umowy o świadczenie usług odczytów na rzecz PSG Sp. z o.o. oddział w Jaśle (§ 4 ust. 20) takie postanowienia są stosowane w umowach gospodarczych, zwłaszcza tam gdzie jedną ze stron jest podmiot publiczny. Podkreślenia wymaga, że wyroki na jakie powołuje się odwołujący, tj. sygn. akt I Aca 134/15, dotyczyły usług księgowych zawartych pomiędzy dwoma przedsiębiorcami zaś sygn. akt I Aca 136/98 usług ochrony pomiędzy agencją a firmą logistyczną, co w dużej mierze przesądza, iż nie były to umowy zawarte w trybie Pzp, ani nawet o zbliżonym charakterze do przedmiotu zamówienia, trudno zatem uznać tą argumentację za adekwatną, czy przenieść ją wprost na zupełnie inny stan faktyczny.

W związku z powyższym Izba oddaliła przedmiotowy zarzut.

W zakresie ostatniego zarzutu podniesionego w odwołaniu Izba ustaliła, że odwołujący stwierdził, iż poprzez powyższe postanowienia Umowy może dojść do wypłaty podwójnego wynagrodzenia za realizację prac związanych z obsługą incydentu. Odwołujący nie sprecyzował jednak na czym miałyby polegać otrzymanie podwójnego wynagrodzenia. Nie wiadomo czy chodzi tutaj o ryzyko otrzymania wynagrodzenia z umowy podstawowej za realizację obowiązków podstawowych z umowy z jednoczesnym otrzymaniem wynagrodzenia rozliczanego osobno za wykonanie Usług dodatkowych, czy o jeszcze inny przypadek. W każdym z nich nie dochodzi do nałożenia się płatności z tożsamyh tytułów, bowiem wskazane postanowienia dotyczą rozliczeń z tytułu nienależytego wykonania świadczeń przez jednego wykonawcę, co uruchamia procedurę odszkodowawczą i rozliczenia na zasadach art. 471 i następane k.c.

Kwestionowane postanowienia są efektem implementacji do treści dokumentacji przetargowej modelu współdziałania wypracowanego w wyniku trójstronnych negocjacji pomiędzy zamawiającym, a oboma wykonawcami realizującymi usługi w zakresie KSI ZUS. Załącznik nr 5 do Umowy pn.: *Zasady Modelu Współdziałania w utrzymaniu KSI ZUS*, obowiązują odwołującego od sierpnia 2019 r., kiedy to odwołujący poprzez zawarcie aneksu do Umowy z ZUS dobrowolnie zgodził się na stosowanie tego modelu. Przy czym zastosowanie regulacji dotyczących tego modelu, jest ograniczone w czasie i ma miejsce wyłącznie w przypadku gdy więcej niż jeden wykonawca jednocześnie świadczy usługi utrzymania systemu KSI ZUS. Sytuacja taka może mieć zatem miejsce jedynie w początkowym i końcowym okresie obowiązywania Umowy, w tym w sytuacji gdy nowo wybrany wykonawca przejmie świadczenie metryk usług przypisanych do etapu I, które obecnie świadczy wykonawca Asseco. Zatem w sytuacji gdy nowo wybranym wykonawcą będzie Konsorcjum Comarch, postanowienia modelu współdziałania nie będą miały w praktyce zastosowania.

Poza tym, podobnie jak w uzasadnieniu dla zarzutu z pkt 12 dla sprawy KIO 452/20, które to twierdzenia Izby także dla tego zarzutu pozostają aktualne i odpowiednie, skład orzekający nie widział powodu, aby niweczyć czy też kwestionować wypracowany przez zamawiającego i obu wykonawców model współdziałania, wynikający z dotychczasowej współpracy. Natomiast przedmiotowy zarzut należało traktować jako próbę podważenia wypracowanego mechanizmu współpracy, bez *de facto* merytorycznego uzasadnienia naruszenia prawa.

Tym samym Izba oddaliła zarzut z pkt 8 odwołania stwierdzając, że zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 Pzp.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp.

Ponadto Izba wskazuje, że podstawą wydania orzeczenia łącznego, w sprawach o sygn. akt KIO 452/20 i KIO 454/20, był art. 192 ust. 8 Pzp.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – *Wprawdzie żaden z przepisów rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania nie odwołuje się do zasady stosunkowego rozdzielenia kosztów, jednak do tego w efekcie sprowadza się rozstrzygnięcie oparte na zasadzie odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego. W sytuacji rozliczenie kosztów stosownie do wyniku postępowania uwzględnić zatem należało w jakiej części odwołanie odniosło skutek (...)*.

W sprawie o sygn. akt KIO 452/20 na rozprawę zostało skierowanych osiem zarzutów, natomiast odwołanie okazało się zasadne w zakresie jednego zarzutu i chybione w pozostałym zakresie. W związku z tym Izba kosztami postępowania w części 7/8 obciążyła odwołującego i a w części 1/8 zamawiającego. Rozstrzygając o kosztach Izba kierowała się matematycznym stosunkiem zarzutów uwzględnionych do zarzutów oddalonych.

W powyższej sprawie odwołanie okazało się zasadne w stosunku 1/8 i chybione w części 7/8. Kosztami postępowania w części 1/8 obciążono zatem zamawiającego a w części 7/8 odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15 000 zł oraz koszty poniesione przez zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą wysokości 3 600 zł, łącznie 18 600 zł. Zamawiający poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 3 600 zł, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 2 325 zł (18 600 zł x 1/8). Z kolei odwołujący podniósł do tej pory koszty w wysokości 15 000 zł, a odpowiadał w kwocie 16 275 zł (18 600 zł x 7/8). Wobec powyższego Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 1 275 zł (3 600 zł – 2 325 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez zamawiającego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

W sprawie o sygn. akt KIO 454/20 na rozprawę zostało skierowanych sześć zarzutów, przy czym trzy pierwsze zarzuty zostały rozbite na szereg zarzutów szczegółowych, spośród których część została umorzona w związku z ich cofnięciem na posiedzeniu albo rozprawie. Odwołanie zostało uwzględnione w zakresie dotyczącym części zarzutów wchodzących w skład dwóch grup zarzutów opisanych w pkt 1 i 2 uzasadnienia odwołania. W związku z tym w tej sprawie trudniejsze było ustalenie parytetu podziału kosztów z uwagi na liczne zarzuty szczegółowe, jeszcze liczniejsze żądania oraz zakres części odwołania, w której polegało ono uwzględnieniu. Izba nie chcąc rozdrabniać ponad miarę kosztów zdecydowała się zastosować podział analogicznie jak w sprawie KIO 452/20 – w części 7/8 obciążając kosztami odwołującego i a w części 1/8 zamawiającego.

W powyższej sprawie, zatem kosztami postępowania w części 1/8 obciążono zamawiającego a w części 7/8 odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15 000 zł, koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą wysokości 3 600 zł oraz koszty poniesione przez zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą wysokości 3 600 zł, zatem łącznie 22 200 zł. Zamawiający poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 3 600 zł, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 2 775 zł ($22\ 200\ \text{zł} \times 1/8$). Z kolei odwołujący podniósł do tej pory koszty w wysokości 18 600 zł (koszt wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika), a odpowiadał za te koszty w kwocie 19 425 zł ($22\ 200\ \text{zł} \times 7/8$). Wobec powyższego Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 825 zł ($3\ 600\ \text{zł} - 2\ 775\ \text{zł}$), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez zamawiającego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b 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. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....