

POSTANOWIENIE
z dnia 23 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Paweł Trojan

Renata Tubisz

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w Warszawie w dniu 23 maja 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2017r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A. P. SA z siedzibą w W., ul. (...)** i **A. G. D. C. P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w W., ul. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Z. U. S. z siedzibą w W., ul. (...)**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia C. P. Spółka Akcyjna z siedzibą w K., Al. (...)** i **C. Spółka Akcyjna z siedzibą w K., Al. (...)** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 873/17 po stronie odwołującego

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia E. S. P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., ul. (...)** i **C. P spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., Al. (...)** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 873/17 po stronie odwołującego

przy udziale **wykonawcy A. P. Spółka Akcyjna z siedzibą w R., ul. (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 873/17 po stronie odwołującego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie,

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A. P. SA z siedzibą w W., ul. (...)** i **A. G. D. C. P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w W., ul. (...)** kwoty 13 500zł. 00 gr. (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego ZUS zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 30 września 2015r. za numerem 2015/S 189-343230. Zaproszenie do składania ofert wraz ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej siwz) zamawiający przekazał wykonawcom drogą elektroniczną w dniu 21 kwietnia 2017r.

Odwołanie wobec treści siwz w dniu 2 maja 2017r. wnieśli - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia A. P. SA z siedzibą w W., ul. (...) i A. G. D. C. P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w W., ul. (...) dalej odwołujący A. – odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 27 kwietnia 2017r. udzielonego przez obu wykonawców i podpisanego za A. P. SA przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS, a za A. G. D. C. P. sp. z o.o. prezes zarządu komplementariusza, upoważniony do samodzielnej reprezentacji komplementariusza, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 2 maja 2017r.

Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołań w dniu 4 maja 2017r. przekazując ich kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do odwołania odwołującego A. wpłynęły w dniu 8 maja 2017r. następujące zgłoszenia przystąpienia:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia E. S. P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., ul. (...) i C. P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., Al. (...) po stronie odwołującego. Wykonawcy wskazali, że zostali zaproszeni do składania ofert jednak z uwagi na wskazane przez odwołującego A. nieprawidłowości w postępowaniu poczynione przez zamawiającego mają ograniczoną możliwość złożenia ważnej i niepodlegającej odrzuceniu oferty, a zatem mogą ponieść szkodę. Zgłoszenie zostało opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym złożonym przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 28 kwietnia 2017r. udzielonego przez E. S. P. jako pełnomocnika obu wykonawców i podpisanego przez członka zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. E. S. P. działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 26 kwietnia 2017r. udzielonego przez C. P. i podpisanego przez prokurenta samoistnego ujawnionego w KRS, zgodnie z załączonym odpisem. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 8 maja 2017r.

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia C. P. Spółka Akcyjna z siedzibą w K., Al. (...) i C. Spółka Akcyjna z siedzibą w K., Al. (...) po stronie odwołującego A. Wykonawcy wskazali, że mają interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż uwzględnienie odwołania pozwoli na zmianę niezgodnych z ustawą postanowień siwz. Zgłoszenie zostało podpisane bezpiecznym podpisem elektronicznym przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 27 kwietnia 2017r. udzielonego przez C. P. i podpisanego przez wiceprezesa zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. C. P. działał w imieniu własny oraz jako pełnomocnik obu wykonawców, zgodnie z pełnomocnictwem z dnia 27 kwietnia 2017r. udzielonego przez obu wykonawców i podpisanego za C. P. przez dwóch wiceprezesów zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji i za C. przez wiceprezesa zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z załączonymi odpisami z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 8 maja 2017r.

- wykonawcę A. P. Spółka Akcyjna z siedzibą w R., ul. (...) po stronie odwołującego. Wykonawca wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż oddalenie odwołania powodowałoby utratę szansy na uzyskanie zamówienia i mogło prowadzić do unieważnienia postępowania. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 12 kwietnia 2017r. udzielonego przez dwóch wiceprezesów zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 8 maja 2017r.

Sygn. akt KIO 873/17

Odwołujący A. zarzucił zamawiającemu, że:

1) zaniechał dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, utrudniając tym udział w postępowaniu odwołującemu (uczciwą konkurencję), w szczególności przez zaniechanie uwzględnienia w siwz i udostępnienia wykonawcom wraz z zaproszeniem do złożenia oferty Dokumentacji KSI ZUS zawierającej: 1) egzemplarz kodów źródłowych KSI ZUS, 2) egzemplarz kodów źródłowych narzędzi wspomagających Zarządzanie IT, 3) procedury eksploatacyjne dotyczące KSI ZUS, 4) procedury administratorskie dotyczące KSI ZUS, 5) dokumentację dotyczącą metryk usług utrzymania KSI ZUS, 6) standardy IT ZUS, 7) dokumentację projektową KSI ZUS, w tym opis architektury KSI ZUS, 8) opis Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, dalej zwaną „Dokumentacją KSI ZUS” oraz dokumentacji narzędzi wspomagających Zarządzanie IT;

2) bezprawnie uzależnił udostępnienie dokumentacji KSI ZUS w zakresie: 1) egzemplarza kodów źródłowych KSI ZUS, 2) egzemplarza kodów źródłowych narzędzi wspomagających Zarządzanie IT, 7) dokumentacji projektowej KSI ZUS, w tym opis architektury KSI ZUS, od podpisania Umowy o poufności przewidującej, że udostępnienie ww. części Dokumentacji KSI ZUS nastąpi jedynie w siedzibie zamawiającego, przy 4 stanowiskach komputerowych, dla osób imiennie wskazanych, bez prawa kopiowania treści jakąkolwiek techniką;

3) dokonał opisu sposobu oceny ofert w kryterium »Jakość wykonania zadania» w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, ogólny, nieprecyzyjny, niejasny, uniemożliwiający przygotowanie się wykonawcy do realizacji zadania, pomijając wskazania cech poprawności wykonania poszczególnych zadań, a w konsekwencji możliwość poczynienia przez wykonawców założeń co do możliwych do uzyskania punktów w ww. kryterium;

4) rozszerzył odpowiedzialność wykonawców z tytułu niewykonania umowy na działania lub zaniechania osób za które zgodnie z ogólnymi zasadami odpowiedzialności cywilnej wykonawca odpowiedzialności nie ponosi przez zastrzeżenie pełnej odpowiedzialności wykonawcy za zobowiązania umowne nawet jeśli ich naruszenie jest wynikiem nieudzielenia konsultacji przez dotychczasowego wykonawcę, braków w dokumentacji lub niskiej jakości konsultacji lub przekazanej dokumentacji, nadużywając praw podmiotowych, utrudniając konkurencję w postępowaniu oraz uchylając się od prawnego obowiązku wierzyciela współdziałania przy wykonaniu zobowiązań

przez co naruszono art. 27 ust. 1 i ust. 3, art. 29 ust 1 i ust. 2 , art 36 ust. 1 pkt 3 i 13, art 51 ust 4, art. 52 ust 2 ustawy oraz art 7 ust. 1, art 8 ust 1 i ust 2, art. 9 ust. 1 ustawy, a także art. 5 k.c. i art. 353 (1) kc, art 354 §2 k.c.

Odwołujący A. wskazał, że w wyniku naruszenia przepisów ustawy uszczerbku doznał interes odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, albowiem nie może złożyć konkurencyjnej oferty. Zarazem postępowanie zamawiającego uprzywilejowuje wykonawców dotychczas realizujących usługi związane z KSI ZUS.

Odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu dokonania czynności zgodnie z żądaniami wyrażonymi w uzasadnieniu.

Odwołujący A. jest jednym z czterech wykonawców, którzy znaleźli się na liście wykonawców, którzy zostali zaproszeni do składania ofert w przedmiotowym postępowaniu, i którym zamawiający przekazał siwz. Po zapoznaniu się z jej postanowieniami odwołujący stawia kolejno następujące zarzuty:

1. Zaniechanie uwzględnienia w siwz i udostępnienia wykonawcom wraz z zaproszeniem do złożenia oferty dokumentacji KSI ZUS.

W rozdziale II siwz, dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia wskazano, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi Wzór umowy wraz z załącznikami. Jednocześnie w pkt

3 znalazło się stwierdzenie, iż w celu przygotowania oferty zamawiający udostępni wykonawcom dokumentację KSI ZUS, ale nastąpi to pod warunkiem zawarcia umowy o poufności. Przy czym zgodnie z siwz nie wszystkie części dokumentacji KSI ZUS będą przekazane wykonawcom. W zakresie jej punktów 1, 2 i 7) materiały będą jedynie do wglądu w siedzibie zamawiającego.

W ocenie odwołującego A., dokumentacja KSI ZUS jest niewątpliwie istotnym elementem opisu przedmiotu zamówienia, bez którego przygotowanie oferty jest niemożliwe. Opis przedmiotu zamówienia stanowi zaś obligatoryjny składnik siwz, o czym stanowi art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy. Zgodnie z art. 51 ust. 4 ustawy w przetargu ograniczonym kompletną specyfikację należy przekazać wyselekcjonowanym wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert. Przepisy nie przewidują wyjątku od tych zasad.

Odwołujący A. stwierdził, że zamawiający naruszył wspomniane przepisy odsuwając na bliżej nieokreślony czas udostępnienie dokumentacji KSI ZUS (stosownie do pkt 7 w rozdziale II siwz - o terminie podpisania umów o poufności zamawiający poinformuje wykonawców odrębnym pismem), stanowiącej część opisu przedmiotu zamówienia. Zarazem bez tej dokumentacji opis przedmiotu zamówienia nie jest jednoznaczny i wyczerpujący, nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a tym samym utrudnia konkurencję, gdyż preferuje dotychczasowego wykonawcę zamówienia, co stanowi o naruszeniu art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy.

Ponadto, mając na uwadze, że dokumentacja KSI ZUS wskazuje na egzemplarz kodów źródłowych narzędzi wspomagających Zarządzanie IT to oznacza to, że zamawiający powinien dysponować również dokumentacją owych narzędzi wspomagających Zarządzanie IT i powinien ją udostępnić wykonawcom. Sam kod źródłowy nie jest wystarczający dla pełnego poznania tych narzędzi, a tym samym bez wspomnianej dokumentacji opis przedmiotu zamówienia pozostaje w ocenie odwołującego A. niepełny i niewystarczający do przygotowania oferty.

Odwołujący A. wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany siwz przez jej uzupełnienie o Dokumentację KSI ZUS oraz dokumentację narzędzi wspomagających Zarządzanie IT i przekazanie ich wykonawcom.

2. Udostępnienie Dokumentacji KSI ZUS w zakresie: 1) egzemplarza kodów źródłowych KSI ZUS, 2) egzemplarza kodów źródłowych narzędzi wspomagających Zarządzanie IT, 7) dokumentacji projektowej KSI ZUS, w tym opis architektury KSI ZUS, pod warunkiem podpisania Umowy o poufności.

Zgodnie z pkt. 5 rozdziału II siwz udostępnienie Dokumentacji KSI ZUS, o której mowa w ust. 3 pkt 1), 2) i 7) nastąpi w siedzibie zamawiającego, od dnia zawarcia umowy o poufności do upływu terminu składania ofert. Udostępnienie dokumentacji KSI ZUS nastąpi w tym samym terminie w odniesieniu do wszystkich wykonawców, którzy podpiszą umowę o poufności.

Umowa o poufności stanowi w §1 ust. 2, że zamawiający udostępni wykonawcom dokumentację KSI ZUS w zakresie ww. elementów wyłącznie w siedzibie zamawiającego przy 4 stanowiskach komputerowych, dla osób imiennie wskazanych w załączniku nr 2 do Umowy. Z §1 ust. 3 tej umowy wynika natomiast, że udostępnienie dokumentacji KSI ZUS w ww. zakresie nastąpi w trybie do odczytu, bez prawa kopiowania treści jakąkolwiek techniką. Warunkowanie i limitowanie dostępu do opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie ustawy nie ma żadnego uzasadnienia prawnego. Jest zdaniem odwołującego Atos poza sporem, iż dokumentacja KSI ZUS stanowi kluczowy element opisu przedmiotu zamówienia na świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego ZUS. Nawet preambuła Umowy o poufności wskazuje, iż udostępnienie dokumentacji KSI ZUS jest konieczne w celu przygotowania oferty. Dokumentacja ta jest zbiorem informacji mających bezpośredni wpływ na treść oferty. Jak już odwołujący A. podnosił w pkt 1 uzasadnienia odwołania dokumentacja stanowi obowiązkową część opisu przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 29 ust. 1 ustawy. W związku z tym wchodzi w zakres siwz (art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy) i podlega udostępnieniu na zasadach określonych w art. 27 ust. 1 i art. 51 ust. 4 ustawy, tj. przez przekazanie wykonawcom zgodnie z przyjętą formą porozumiewania się w postępowaniu. Przy czym wybór zamawiającego, co do komunikacji z wykonawcami został ustawowo ograniczony do formy pisemnej, faksowej lub drogi elektronicznej.

Żaden przepis ustawy nie umożliwia zamawiającemu ograniczenia wykonawcom dostępu do opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności przez odmowę przekazania i jedynie wyświetlenie na stanowiskach komputerowych znajdujących się w siedzibie zamawiającego dla z góry ograniczonej liczby przedstawicieli wykonawcy.

Termin składania ofert w przetargu ograniczonym o wartości przewyższającej progi unijne nie może być zasadniczo krótszy niż 40 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert, czyli od dnia przekazania siwz (zgodnie z art. 51 ust. 4 ustawy siwz przekazuje się wraz z zaproszeniem). Oznacza to, że wykonawcy mają, co najmniej 40 dni na analizę siwz (w tym przede wszystkim opisu przedmiotu zamówienia) i przygotowanie oferty. Jednocześnie wykonawcy mają swobodę korzystania z narzędzi umożliwiających lub ułatwiających weryfikację dokumentacji przetargowej, a także swobodę organizacji pracy nad materiałem, który stanowi podstawę opracowania oferty handlowej. Udostępnienie dokumentacji KSI ZUS jedynie na czterech stanowiskach zamawiającego uniemożliwia wszechstronną i dogłębną analizę opisu przedmiotu zamówienia, a w efekcie utrudnia konkurencję. O ile, bowiem wspomniana dokumentacja stanowi dla odwołującego A. materiał całkowicie nowy, o tyle, co najmniej dla dwóch innych wykonawców była (lub nawet jest cały czas) dostępna z racji świadczonych dla zamawiającego usług. W ich przypadku

ograniczony dostęp nie stanowi tak poważnej bariery jak dla odwołującego, co prowadzi do nierównego traktowania wykonawców.

Odwołujący A. podkreślił, że w postępowaniu o zamówienie publiczne obowiązuje zasada pisemności (art. 9 ust. 1 ustawy). Specyfikację należy, więc udostępnić w tej formie, a nie przez wyświetlanie na ekranach umieszczonych w siedzibie zamawiającego. Takiej formy komunikowania wymagań nie przewidziano dla żadnego trybu wynikającego z ustawy.

Stwierdził, że zamawiający naruszył także zasadę jawności wyrażoną w art. 8 ust. 1 ustawy, gdyż nie ma żadnych podstaw do ograniczenia dostępu do ww. informacji związanych z postępowaniem. Dokumentacja KSI ZUS nie stanowi tajemnicy, do której dostęp byłby prawnie limitowany. Zamawiający zresztą nie wymaga, aby osoby, które będą zapoznawać się z tym materiałem posiadały jakiegokolwiek uprawnienia, czy certyfikaty. Trudno, zatem uznać, że wspomniana dokumentacja jest niejawną w rozumieniu stosownych przepisów regulujących te kwestie. Warto również odnotować, że umowa o poufności reguluje zasady zwrotu materiałów przekazanych wykonawcom w ramach postępowania. W jej §2 ust. 5 precyzyjnie określono obowiązek trwałego usunięcia z zasobów wykonawcy danych obejmujących dokumentację KSI ZUS, co należy potwierdzić stosownym oświadczeniem. Powyższe wydaje się wystarczająco zabezpieczać interes zamawiającego.

Obowiązek udostępnienia wykonawcom pełnego opisu architektury środowiska danego systemu, dokumentacji analitycznej i technicznej, kodu aplikacji oraz dokumentacji powykonawczej środowiska aplikacyjnego (w przypadku postępowań na utrzymanie czy rozwój systemów informatycznych) zaznaczył Sąd Okręgowy w W. w wyroku z dnia 19 grudnia 2016 r. (sygn. akt XXIII Ga 780/16) w sprawie z udziałem Z. U. S. w W. Wydaje się odwołującemu A., że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający szuka sposobu na obejście tego nakazu. Umowa o poufności dowodzi, bowiem, że zamawiający dysponuje informacjami, do których, zdaniem sądu, powinni mieć dostęp wykonawcy. Jednakże sposób, w jaki zamawiający zamierza udostępnić niezbędne dane istotnie ogranicza pełne zapoznanie się z nimi. Wykonawcy nie będą mogli zaangażować w analizę dokumentacji takich zasobów, jakie są niezbędne do jej weryfikacji. Zarazem prowadzenie jej u zamawiającego, pod nadzorem kamer, pod presją czasu, rodzi poważne ryzyko pominięcia istotnych szczegółów.

Przepisy regulujące procedurę ograniczoną jasno stanowią, że siwz przekazuje się wykonawcom (wraz z zaproszeniem do składania ofert) zgodnie z wynikami oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tak, więc jedynym warunkiem, który wykonawcy muszą spełnić, aby otrzymać siwz jest pozytywna ocena podmiotowa. Ogłoszenie o zamówieniu nie przewidywało, że siwz (lub jakakolwiek jego część) zostaną udostępnione pod warunkiem podpisania Umowy o poufności przewidującej ograniczony dostęp do opisu przedmiotu

zamówienia. W związku z powyższym żądanie zamawiającego zawarcia Umowy poufności na aktualnych jej warunkach nie ma podstaw ani w ustawie ani w ogłoszeniu o zamówieniu.

W związku z powyższym odwołujący A. wnosi o nakazanie zamawiającemu zmiany siwz w zakresie Umowy o poufności przez wykreślenie z § 1 ust. 2 i ust. 3 oraz odpowiednią modyfikację pozostałych jej postanowień nawiązujących lub będących konsekwencją wykreślanych postanowień §1 ust. 2 i ust. 3 Umowy o poufności (w szczególności zwrotu „pkt 3)-6) i pkt 8)” z aktualnego §1 ust. 4 i ust. 5 ww. umowy).

3. Opis sposobu oceny ofert w kryterium „Jakość wykonania zadania”

Jednym z kryteriów oceny ofert obowiązującym w postępowaniu jest „Jakość wykonania zadania”. Zgodnie z siwz, w tym kryterium zostanie przeprowadzona weryfikacja sposobu świadczenia usługi przez wykonawcę na przykładzie zadań, jakie będą występowały w ramach realizacji Umowy na usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS. W pkt 2.2 podrozdziału II rozdziału VII siwz wymieniono sześć jednostek zadaniowych, które składają się na zadanie. Pięć pierwszych jednostek odwołuje się do umiejętności wykorzystywania różnych narzędzi informatycznych i technologii. Jednostka zadaniowa nr 6 ma nieco inny charakter, bo dotyczy znajomości systemu ubezpieczeń społecznych w zakresie terminów ustawowych i umiejętności planowania procesu przetwarzania.

W każdym z pierwszych pięciu jednostek zadaniowych według odwołującego Atos mamy do czynienia z bardzo ogólnym, wręcz hasłowym opisem zadania, które będzie musiał zrealizować wykonawca. I tak, w przypadku jednostki zadaniowej 1 ma ono polegać na wykonaniu operacji na danych w przypadku, kiedy źródła danych, środowiska przetwarzania i wynik operacji są przypisane do kilku różnych platform systemowych. Zamawiający nie przedstawił jednak żadnych informacji o strukturach danych, ani nie wyspecyfikował wachlarza operacji, które są częścią zadania. W związku, z czym wykonawca nie wie, jaki zakres kompetencji powinien zapewnić, czy są to prace administracyjne, operacje z zakresu analizy statystycznej, wymagające wiedzy specjalistycznej o systemie KSI niedostępnej przez zamawiającego. Nie ma jasnych wskazań nt. warunku poprawności wykonania zadania, przez co jego wynik może być uznaniowo oceniony przez zamawiającego, a jednocześnie sam wykonawca nie jest w stanie sprawdzić, kiedy zadanie jest wykonane poprawnie.

Podobnie jest w pozostałych przypadkach.

Jednostka zadaniowa 2 polega na załadowaniu do istniejącej na IBM z/OS w bazie danych DB2 tabeli nowych rekordów z przygotowanego zbioru z prawidłową obsługą błędów oraz końcową weryfikacją poprawności doładowanych danych. Nie wiadomo jednak, co znaczy prawidłowa obsługa błędów? Wykonawcy nie są w stanie przewidzieć, jakie kompetencje są potrzebne by zrobić zadanie prawidłowo.

Jednostka zadaniowa 3 polega na zorganizowaniu równoległego uruchamiania zadań i weryfikacji prawidłowego działania aplikacji pod kontrolą TWS z uwzględnieniem założonych cykli planowania i relacji między zadaniami w aplikacjach. Nie wiadomo jednak chociażby tego, na jakich wersjach TWS, HPM będą realizowane zadania.

Jednostka zadaniowa 4 polega na załadowaniu pliku do struktury docelowej w bazie Informix przy użyciu narzędzia IBM HPL oraz wykonaniu wymaganych operacji SQL na obiektach bazy danych. Jednostka zadaniowa 5 polega na wprowadzeniu wymaganych zmian w konfiguracji domen TUXEDO oraz podaniu poleceń umożliwiających wykonywanie czynności administratorskich. Jednostka obejmuje 10 przypadków. Podobnie jak w innych zadaniach takie ogólne opisy nie zapewniają wykonawcom żadnej konkretnej informacji, co do charakteru prac.

Za niewystarczające w ocenie odwołującego A. należy uznać lakoniczne wskazanie przy każdej jednostce rodzaju umiejętności potrzebnych do wykonania zadania. Zamawiający, bowiem także i w tym obszarze ograniczył się do hasłowego określenia przydatnych kompetencji. Na przykład umiejętność do operowania danymi pomiędzy platformami systemowymi i bazami danych wykorzystywanymi w KSI ZUS: Microsoft Windows, UNIX-INFORMIX, IBM z/OS -DB2 (dot. jedn. zad. 1) - to bardzo szerokie ujęcie zakresu potrzebnej wiedzy, niepozwalające choćby domyśleć się, czego będzie dotyczyć ćwiczenie. Podobnie jest w pozostałych jednostkach zadaniowych.

Powyższy opis sposobu oceny ofert w kryterium, „Jakość wykonania zadania” jest, więc zdaniem odwołującego Atos nieprecyzyjny, niejasny, uniemożliwia przygotowanie się wykonawcy do realizacji zadania, pomija wskazania cech poprawności wykonania poszczególnych zadań, a w konsekwencji możliwość poczynienia przez wykonawców założeń, co do możliwych do uzyskania punktów w ww. kryterium. W obecnym brzmieniu istotnie ogranicza konkurencję, bo preferuje dotychczasowych wykonawców, mogących domyślać się, jakiego rodzaju zadania będą zlecane wykonawcom - wszak wiadomo, że zadania tworzą przypadki, które będą występowały w ramach realizacji Umowy na usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS. Skoro natomiast zamawiający zamierza czerpać na potrzeby zadań z rzeczywistych przypadków to nic nie stoi na przeszkodzie, aby wykonawcom przybliżyć specyfikę każdego z nich zanim zostaną złożone oferty.

Odwołujący A. nie jest w stanie dobrać i przygotować zespołu do wykonania zadań o nieznanym zakresie. Doświadczenie pokazuje, że w postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego, w których stosowano podobne kryterium zadania były opisane znacznie bardziej szczegółowo (por. przetarg na hurtownię danych).

Jakkolwiek przepisy ustawy nie zawierają szczegółowych dyrektyw, co do opisu sposobu oceny ofert, to powinno ulegać kwestii, że musi być on na tyle precyzyjny, aby wykonawcy mogli znać oczekiwania zamawiającego, przygotować się do nich i przeprowadzić symulacje

punktów, które są w stanie uzyskać w ramach każdego kryterium. Tylko w takich warunkach możliwe jest realne konkurowanie.

W niniejszym przetargu nie sposób zrobić jakichkolwiek założeń, co do liczby możliwych do uzyskania punktów, bo nie wiadomo, czym wykonawcy zostaną zaskoczeni w dniu przeznaczonym na realizację zadań. Taki sposób oceny nie ma nic wspólnego z obiektywną i rzetelną oceną ofert. Zespół wykonawcy wykonujący zadania może być max. 14 osobowy, co oznacza w praktyce po 2 osoby na każde stanowisko (których ma być 6). Każdy z 4 zaproszonych wykonawców to duże podmioty zatrudniające tysiące osób, posiadające łącznie rozległe kompetencje. Pozostaje jednak loterią, czy na potrzeby realizacji zadań wyselekcjonowani zostaną właściwi ludzie.

Aktualny sposób oceny ofert w omawianym kryterium sprowadza się do badania zdolności pracy dwóch osób (na zadanie) ze strony potencjalnego wykonawcy w sytuacjach stresogennych. W żaden sposób nie przekłada się to na jakość oferty. Procesy związane z utrzymaniem KSI nie będą przecież realizowane przez zamknięcie kilku osób w odizolowanym pomieszczeniu, w którym bez kontaktu z otoczeniem będą musiały mierzyć się z bogactwem problemów codziennie generowanych przez KSI. Zespół utrzymaniowy (eksploatacyjny) to grupa osób z wzajemnie uzupełniającymi się kompetencjami, zdolnych dostarczać profesjonalny serwis informatyczny.

W tych okolicznościach odwołujący Atos stwierdził, że sposób oceny ofert w kryterium, „Jakość wykonania zadania” narusza art. 7 ust. 1 ustawy, utrudnia uczciwą konkurencję i powoduje nierówne traktowanie wykonawców, bo z pewnością aktualni dostawcy usług dla ZUS są w tej sytuacji w uprzywilejowanej pozycji.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany siwz w zakresie opisu sposobu oceny ofert w kryterium, „Jakość wykonania zadania” przez doprecyzowanie zakresu zadań w jednostkach 1-5 i zdefiniowanie jasnych, jednoznacznych, klarownych kryteriów poprawności wykonania zadań.

4. Rozszerzenie odpowiedzialności wykonawców.

Zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 4) zdanie pierwsze wzoru umowy - Zamawiający zobowiązuje się do zapewnienia możliwości korzystania przez wykonawcę z Konsultacji utrzymaniowych. Jednakże już w kolejnym zdaniu tej samej jednostki redakcyjnej umowy dodano, że zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za jakość Konsultacji utrzymaniowych świadczonych przez innych wykonawców, pomimo że w art. 16 ust. 6 i 7 wzoru przewidziano, iż: Zgodnie z załącznikiem nr 14 do Umowy na wsparcie eksploatacji i utrzymania KSI ZUS wymiar czasowy konsultacji świadczonych przez dotychczasowego wykonawcę na rzecz zamawiającego lub nowego wykonawcy nie może przekraczać 100 Dni roboczych. Transfer wiedzy obejmuje przekazanie wykonawcy posiadanej przez zamawiającego dokumentacji technicznej KSI, w tym instrukcji stanowiskowych, procedur

administrowania oraz procedur eksploatacyjnych a także przeprowadzenie konsultacji w formie wykładów lub warsztatów w dziedzinach wynikających z zapotrzebowania wykonawcy, w tym z udziałem dotychczasowego wykonawcy, obejmujących siedem zagadnień wyspecyfikowanych w cytowanym ust. 7 art. 16. W kolejnym ustępie dodano jednak, że: Nieudzielenie konsultacji przez dotychczasowego wykonawcę, braki w dokumentacji ani niska jakość konsultacji lub przekazanej dokumentacji nie stanowi podstawy zwolnienia lub ograniczenia odpowiedzialności wykonawcy ze zobowiązań wynikających z Umowy. Analogiczny zapis występuje w art. 3 ust. 9. Ponadto w pkt .3.7 siwz. Formułując postanowienia przewidujące, iż nieudzielenie Konsultacji utrzymaniowych przez innych wykonawców ani niska jakość Konsultacji utrzymaniowych lub dokumentacji autorskiej nie stanowi podstawy zwolnienia lub ograniczenia odpowiedzialności Wykonawcy z zobowiązań wynikających z dokumentów kontraktowych, zamawiający rozciągnął odpowiedzialność wykonawcy z tytułu niewykonania umowy, na działania lub zaniechania osób, za które zgodnie z ogólnymi zasadami odpowiedzialności cywilnej wykonawca nie odpowiada.

Kwestionując powyższe zapisy odwołujący A. wyjaśnił, iż w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS, skuteczne pozyskiwanie niezbędnych informacji, uzasadnione celem umowy, jak również ich wyczerpujący zakres, bezspornie determinować będą możliwość prawidłowego świadczenia usługi przez wybranego wykonawcę (oczywiście w sytuacji, gdy będzie nim ktoś inny niż dotychczasowy dostawca usług). Już sam fakt, iż zamawiający przewidział tego rodzaju kontakty pomiędzy dotychczasowym a nowym wykonawcą, świadczy o tym, iż realizacja zadania jest niemożliwa bez przekazania przez obecnego usługodawcę określonych danych na etapie wdrażania się przez nowy podmiot. Podkreślić należy, iż dotychczas wykonanie, modyfikację oraz utrzymanie KSI realizował jeden wykonawca. Samo zaś „zapewnienie” przez zamawiającego „możliwości” korzystania z Konsultacji obecnego usługodawcy nie jest równoznaczne z uzyskaniem współpracy, umożliwiającej terminowe i należyte świadczenie zleconych czynności. Odwołujący A. zauważył, iż nowy usługodawca nie będzie połączony jakkolwiek więzią obligacyjną z dotychczasowym, a w związku z tym, z punktu widzenia zasad kontraktowych, nie będą istniały żadne podstawy, aby skutecznie domagać się bezpośrednio od podmiotu przekazującego obowiązki, powoływanych w umowie konsultacji i dokumentacji, niezbędnych do prawidłowego wsparcia i utrzymania KSI. Zamieszczając kwestionowane przez odwołującego zapisy we wzorze umowy, zamawiający przeniósł w istocie na nowego wykonawcę pełną odpowiedzialność, za jakość tych konsultacji i dokumentacji, które świadczyć ma i powinien ktoś inny. Jedynie zaś zamawiający, przez dotychczasowe uregulowania umowne pomiędzy nim a aktualnym wykonawcą, dysponuje narzędziami umożliwiającymi egzekwowanie tego rodzaju obowiązków od poprzednika.

W wyroku z dnia 16 grudnia 2013 r. (KIO 2756/13), wydanym w oparciu o podobny stan faktyczny, Krajowa Izba Odwoławcza powołując się na fakt, iż na podstawie zapisów wzorca umowy wybrany w tamtym postępowaniu wykonawca nie będzie dysponował żadnymi instrumentami, aby skłonić dotychczasowego wykonawcę usługi do współpracy w określonym zakresie (wykonawcy nie byli związani żadnym stosunkiem zobowiązaniowym i nowo wybranemu wykonawcy nie przysługiwałyby żadne roszczenia związane z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem czynności niezbędnych do realizacji nowo zawartej umowy), nakazała zastosowanie w treści siwz instrumentów zapewniających współpracę dotychczasowego wykonawcy. Zanegowana została możliwość wyłącznie „koordynowania” przez zamawiającego współpracy wykonawców (dotychczasowego i nowego). Stwierdzone zostało, iż obowiązki zamawiającego w zakresie zapewnienia współpracy dotychczasowego wykonawcy nie mogą być ogólnikowe ani prowizoryczne. Sama zatem „możliwość” kontaktowania się z dotychczasowym wykonawcą, jak zaproponował w treści umowy zamawiający w tej sprawie, nie wypełnia obowiązków ciążących na zamawiającym, związanych z zapewnieniem otrzymania przez wybranego w postępowaniu wykonawcę danych niezbędnych do świadczenia usług. W ocenie odwołującego A. wyłączenie z zakresu odpowiedzialności zamawiającego obowiązku podejmowania działań, mających na celu skuteczne egzekwowanie od obecnego wykonawcy efektywnej współpracy, stoi w sprzeczności z właściwością analizowanego kontraktu. Przejęcie przez inny podmiot nietypowego i wysokospecjalistycznego przedsięwzięcia z zakresu usług IT nie jest możliwe bez rzetelnego, ale również terminowego udzielania wyjaśnień i udostępniania potrzebnych materiałów przez obecnego świadczeniodawcę, co jest w stanie zapewnić jedynie zamawiający.

W istocie bowiem obowiązek współpracy wierzyciela (zamawiającego) z dłużnikiem (wykonawcą) nie musi wynikać wprost z postanowień umownych, może także jak w niniejszych okolicznościach, wynikać z właściwości świadczenia dłużnika. W ramach stosunku zobowiązaniowego, łączącego wierzyciela i dłużnika, obowiązki spoczywają nie tylko na dłużniku, ale i na wierzycielu. Zgodnie z przepisem art. 354 § 2 k.c., przy wykonywaniu zobowiązania wierzyciel powinien z dłużnikiem współdziałać i dla oceny wykonania tego obowiązku należy stosować te same kryteria, które służą określeniu wzorca należytego zachowania dłużnika, ujęte w art. 354 § 1 k.c. (treść zobowiązania, cel społeczno- gospodarczy, zasady współżycia społecznego, oraz ustalone zwyczaje). Przyjęte zostało w doktrynie i w orzecznictwie, że obowiązek współdziałania przy wykonaniu zobowiązania w równym stopniu obciąża wierzyciela, co i dłużnika (por. wyrok SN z dnia 22.11.2000 r., II CKN 315/00). Nadto, Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 6 lutego 2013 r. wyjaśnił, iż obowiązek współdziałania wierzyciela w wykonaniu zobowiązania przez dłużnika ciąży w szczególności na nim w odniesieniu do takiego zobowiązania, którego

dłużnik nie byłby w stanie wykonać lub miałby istotne trudności w wykonaniu go bez współdziałania wierzyciela, (tak: SN w wyroku z 6.02.2013 r., V CSK 162/12). Współdziałanie wierzyciela z dłużnikiem może być zatem rozumiane jako takie zachowanie się wierzyciela, bez którego spełnienie świadczenia przez dłużnika jest niemożliwe lub nadmiernie utrudnione (por. red. dr hab. Konrad Osajda, Kodeks cywilny. Komentarz, 2017, wyd. 16, komentarz do art. 354, Legalis, oraz J. Dąbrowa, w: System Prawa Cywilnego, t. III, cz. 1, s. 725; por. też wyrok SN z 25.11.1998 r., II CKN 60/98, LEX; wyrok. SN z 25.2.2015 r., IV CSK 297/14, LEX). Przyjmuje się również, iż obowiązek negatywny polegający na nieczynieniu tego, co wykonywanie zobowiązania komplikowałoby, hamowało lub utrudniało spoczywa na wierzycielu zawsze. Pozytywnego działania wymagać zaś należy od wierzyciela za każdym razem, gdy wnika to z właściwości świadczenia lub umowy. Wówczas należy oczekiwać od wierzyciela określonej aktywności, umożliwiającej spełnienie świadczenia przez dłużnika.

Nadto, doktryna podkreśla, iż w przypadku, gdy skutek braku współdziałania wierzyciela z dłużnikiem ten ostatni popadł w opóźnienie ze spełnieniem świadczenia, nie może być ono uznane za zwłokę, gdyż dłużnik nie ponosi za nią odpowiedzialności. Co więcej, jeżeli skutek braku współdziałania wierzyciela z dłużnikiem świadczenie tego ostatniego stało się niemożliwe do spełnienia, zobowiązanie wygasa (art. 475 § 1 KC), (por. red. dr hab. Konrad Osajda, Kodeks cywilny. Komentarz, 2017, wyd. 16, komentarz do art. 354, Legalis).

Związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy brakiem współdziałania zamawiającego jako wierzyciela, polegającym na zapewnieniu właściwej jakości, należycie podejmowanych konsultacji wdrożeniowych oraz udostępnieniu niezbędnej dokumentacji a prawidłową realizacją przedmiotu umowy przez nowego wykonawcę jest w tym przypadku w ocenie odwołującego A. niepodważalny. W związku z tym niezbędne staje się zabezpieczenie ze strony zamawiającego właściwego wykonania usługi, przez skuteczne obligowanie podmiotu trzeciego do należytej współpracy.

O ile w świetle swobody kontraktowania ustanowionej w art. 353(1) k.c. wydaje się, iż nie można wykluczyć kontraktowego ograniczenia obowiązku współdziałania przez wierzyciela, o tyle w ocenie odwołującego mając na względzie specyfikę przedmiotu umowy oraz jej charakter, analizowane działanie zamawiającego należy rozpatrywać w kategorii nadużycia prawa podmiotowego, o którym mowa w art. 5 k.c. Klauzula generalna zawarta w art. 5 k.c. wskazuje na niedopuszczalność czynienia ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i ma na celu zapobieżenie stosowaniu prawa w sposób, który prowadzi do skutków nie akceptowalnych z aksjologicznego punktu widzenia. Każdorazowo klauzula ta powinna być wypełniona konkretną treścią odnoszącą się do okoliczności sprawy, a kryterium oceny jest wykonywanie przez dany podmiot, przysługującego mu uprawnienia materialno-prawnego w aspekcie zasad współżycia społecznego, przez które należy rozumieć podstawowe reguły etycznego i uczciwego

postępowania, akceptowane i godne ochrony reguły rzetelnego postępowania w stosunkach społecznych. Należą do nich przykładowo zasady sprawiedliwości, słuszności, uczciwego obrotu, uczciwości czy lojalności. Uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy w świetle obowiązującego porządku prawnego nie ma i nie może mieć charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie powinien swego prawa nadużywać, granicą są bowiem powoływane wyżej zasady współżycia społecznego. Równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, korzyści oraz ciężarów, jak również szans i ryzyk związanych z realizacją umowy stanowi podstawę sprawiedliwości kontraktowej, a jednocześnie granicę dla dyskrejonalnego kształtowania zapisów umownych przez zamawiającego. O ile zatem określonego rodzaju zaburzenia i nierówności, stanowiące wyraz uprawnienia zamawiającego do jednostronnego kształtowania treści umowy należy uznać za dopuszczalne, jeżeli są one usprawiedliwione potrzebami zamawiającego, o tyle nie można zaakceptować postanowień umowy powodujących tego rodzaju nierówność stron, która w rezultacie może unicestwić realizację zadania leżącego w interesie zamawiającego. Reasumując odwołujący A. wskazał, iż pozostawienie kwestionowanych zapisów umownych, uniemożliwia ocenę warunków zamówienia i ryzyka niewywiązania się z kontraktu, gdyż nie sposób przewidzieć zachowania dotychczasowego wykonawcy, wobec którego z założenia nie będą stosowane żadne mechanizmy dyscyplinujące. Co więcej, na gruncie obecnych zapisów umowy niesubordynacja czy nawet sama niska jakość kooperacji podmiotu trzeciego, skutkująca w rezultacie nienależyтым świadczeniem usług przez wykonawcę, wbrew istniejącym zasadom prawa kontraktowanego, będzie każdorazowo rodzić odpowiedzialność kontraktową po stronie wykonawcy. W tych okolicznościach zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 5 k.c. , a także art. 353 (1) k.c. i art. 354 §2 k.c. jest w pełni usprawiedliwiony.

W związku z tym odwołujący A. wnosi o nakazanie zamawiającemu zmiany siwz (w tym wzoru umowy) przez wykreślenie wszystkich postanowień, z których wynika, że nieudzielenie konsultacji przez dotychczasowego wykonawcę, braki w dokumentacji ani niska jakość konsultacji lub przekazanej dokumentacji nie stanowią podstawy zwolnienia lub ograniczenia odpowiedzialności wykonawcy ze zobowiązań wynikających z Umowy, a tym samym dokonanie takich zmian w Umowie (i siwz), z których będzie wynikać, że wykonawca nie ponosi odpowiedzialności jeśli niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy jest wynikiem nieudzielenia konsultacji przez dotychczasowego wykonawcę, braków w dokumentacji lub niskiej jakości konsultacji lub przekazanej dokumentacji.

W dniu 23 maja 2017r. na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwołujący A. złożył do protokołu posiedzenia oświadczenie o cofnięciu odwołania.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczonego wpisu.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....