

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 C. P. Spółka Akcyjna z siedzibą w K., Al. (...)** i **C. Spółka Akcyjna z siedzibą w K., Al. (...)**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Z. U. S. z siedzibą w W., ul. (...)**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A. P. SA z siedzibą w W., ul. K. i A. G. D. C. P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w W., ul. (...)** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 874/17 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 874/17 po stronie odwołującego

przy udziale **wykonawcy A. P. Spółka Akcyjna z siedzibą w R., ul. O (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 874/17 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 C. P. Spółka Akcyjna z siedzibą w K., Al. (...)** i **C. Spółka Akcyjna z siedzibą w K., Al. (...)** kwoty 13 500zł. 00 gr. (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczzonego 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. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) 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 C. P. Spółka Akcyjna z siedzibą w K., Al. (...) i C. Spółka Akcyjna z siedzibą w K., Al.(...) – dalej odwołujący C. – odwołanie zostało opatrzone 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 14 grudnia 2016r. udzielonego przez obu wykonawców i podpisanego za C. P. przez wiceprezesa zarządu i prokurenta 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 odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 2 maja 2017r.

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

Do odwołania odwołującego C. w dniu 8 maja 2017r. wpłynęły następujące 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 C. 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.

- 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.

- 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 (...) po stronie odwołującego. Wskazali, że posiadają interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego C., gdyż uwzględnienie odwołania spowoduje zmianę niezgodnych z przepisami ustawy postanowień siwz i pozwoli wykonawcom na złożenie ważnej oferty. Zgłoszenie 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 zgłoszenia została przekazana zamawiającemu w dniu 8 maja 2017r.

Odwołujący C. wniósł odwołanie od:

I.. zaniechania opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz Od opisanego przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, co skutkuje prowadzeniem postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców, a także uniemożliwiający udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy - czym naruszono art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 1 i 2, art. 36 ust. 1 pkt 3 i 10 w zw. z art. 51 ust. 4 Ustawy oraz art. 140 Ustawy, a także innych norm i zasad wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

II. opisanego kryteriów oceny ofert w dotyczących 1) Jakości wykonywanego zadania, 2) Koncepcji przejęcia zadań, ich znaczenia oraz opisanego sposobu oceny ofert w ramach tych kryteriów - w sposób niepełny, nieprecyzyjny, prowadzący do zmiany opisu kryteriów, ich znaczenia i sposobu oceny po upływie terminu składania ofert, a tym samym w sposób

naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, uniemożliwiający udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, a także od określenia tych kryteriów oceny ofert i sposobu ich oceny w taki sposób, iż dotyczą one właściwości wykonawcy - czym naruszono art. 7 ust. 1 i 3, art. 91 ust. 1, 2 i 3, art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 51 ust 4 Ustawy oraz art. 38 ust. 4b Ustawy, a także innych norm i zasad wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

III. zaniechania opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie wzoru umowy - w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz od opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, co skutkuje prowadzeniem postępowania w sposób, niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz w sposób uniemożliwiający udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy-czym naruszono art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 1 i 2, art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 w zw. z art. 51 ust. 4 Ustawy oraz art. 140 Ustawy oraz art. 5, art. 58, art. 353[1], art. 354, art. 387 § 1 i Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Ustawy, a także innych norm i zasad wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i:

1. Nakazanie zamawiającemu dokonanie modyfikacji odnośnych zapisów siwz - w sposób określony w uzasadnieniu odwołania.

W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości (art. 186 ust. 2 Ustawy) odwołujący C. żąda od zamawiającego: dokonania czynności zgodnie z odpowiednim, wskazanym w odwołaniu zadaniem odwołania.

Interes we wniesieniu odwołania - odwołujący C. wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów Ustawy interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Czynności zamawiającego bezpodstawnie uniemożliwiają odwołującemu złożenie konkurencyjnej oferty. Gdyby zamawiający nie naruszył przepisów Ustawy wskazanych w odwołaniu odwołujący mógłby złożyć ofertę, która mogłaby zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Naruszenie ww. przepisów Ustawy przez zamawiającego uniemożliwia odwołującemu wybór jego oferty jako najkorzystniejszej i uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Zdaniem odwołującego C. całościowa lektura zapisów siwz dotyczących pozacenowych kryteriów oceny ofert oraz opisu przedmiotu zamówienia prowadzi do dwóch wniosków. Po pierwsze - w świetle siwz wykonawcy mają w ramach jakościowego kryterium oceny ofert wykonać, mówiąc kolokwialnie „jakieś” zadania, lecz nie wiadomo jakie, da tego na „jakimś” środowisku testowym, które jest im zupełnie nieznana (nie jest w ogóle opisane w siwz).

Wykonanie tych zadań, sprowadzających się do testu umiejętności świadczenia usług względem KSI - to 30% wagi kryteriów oceny ofert, co odpowiada ok. 112 199 400,00 mln. zł. biorąc pod uwagę znany budżet na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający ma co prawda na potrzeby wykonania zadań „coś” przedstawić wykonawcom bezpośrednio przed przystąpieniem do testu w ramach kryterium jakościowego oceny ofert, zapowiedzią czego jest jednozdaniowy zapis siwz, deklarujący enigmatycznie przekazanie przez ZUS na początku testu bliżej nieokreślonych niezbędnych materiałów i szczegółowego opisu czynności. Po drugie - zamawiający zaplanował, że wykonawcy mają w ramach kryterium jakościowego oceny ofert zmierzyć się z zadaniami, jakie [cytat] „będą występowały w ramach realizacji Umowy na usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS”. Co sprowadza się do tego, że będą to zadania co do których wiadomo z doświadczenia ZUS, że występowały w przeszłości lub występują obecnie (inaczej nie da się ich przewidzieć, tj. założyć że „będą występowały w przyszłości”). Doświadczenie ZUS z takimi zadaniami jest też udziałem A. - co w konsekwencji powoduje, że A. jako jedyny wykonawca ma wiedzę jaki może być charakter zadań na teście, a przede wszystkim ma wiedzę co do konsekwencji i wpływu historycznych i powtarzalnych przypadków na obsługę KSI weryfikowaną na teście - co ma kluczowe znaczenie dla uzyskania punktacji w ramach kryterium jakościowego oceny ofert. W siwz wręcz wprost zapisano, iż kryterium jakości wykonywania zadań ma na celu weryfikację „sposobu świadczenia usługi” - co jest o tyle paradoksalne, że poza A. żaden z pozostałych wykonawców usługi dotyczącej wsparcia i eksploatacji KSI nie świadczył. Szczegółowe postanowienia SiWZ w ramach tego kryterium, choć również i wiele mówiące braki w Specyfikacji w tym zakresie, dowodzą tego, że wbrew pozorowanej ocenie jedynie samych „kompetencji” do wykonywania usługi (zadbane, by w siwz znalazło się stosowane zdanie na ten temat) - w praktyce przyjęta ocena kryterium jakościowego preferuje dotychczasowego wykonawcę (podobnie zresztą i drugie kryterium tj. koncepcja przejęcia zadań). Przesądza o tym duży poziom niedostępności wykonawcom na równych zasadach wiedzy co do przedmiotu zamówienia i pozacenowych kryteriów oceny ofert, jak i wprost wyrażone powiązanie kryteriów oceny ofert z doświadczeniem możliwym do zdobycia wyłącznie w ramach obsługi KSI,

2. Osobnego omówienia wymaga druga istotna okoliczność, tj. widoczna dbałość ZUS o to, by istniały w siwz pewne ryzyka, które muszą uwzględnić w cenie ofert pozostali wykonawcy, a które nie dotyczą Wykonawcy A. Można wskazać w tym miejscu na jeden z przykładów: we wzorze umowy przewidziano, że w przypadku konieczności transferu wiedzy od dotychczasowego wykonawcy do nowego wykonawcy (co jest równoznaczne ze zmianą wykonawcy w wyniku rozstrzygnięcia przetargu) - nieudzielenie konsultacji przez A. nowemu wykonawcy, braki w dokumentacji ani niska jakość konsultacji lub przekazanej dokumentacji nie stanowi podstawy zwolnienia lub ograniczenia odpowiedzialności nowego wykonawcy ze

zobowiązań wynikających z Umowy. Powołany zapis umowy (stanowiący zresztą nieuzasadnione rozszerzenie odpowiedzialności dłużnika, innego niż A., w stosunku do zasad kodeksowych) w praktyce potwierdza, iż A. nigdy nie będzie objęte tym ryzykiem. W razie ponownego uzyskania zamówienia - A. nie będzie przekazywało samo sobie wiedzy, ani świadczyło samej sobie konsultacji, co jest oczywiste i nie wymaga udowodnienia. Skoro wszyscy inni poza A. wykonawcy, nie mogą zwolnić się z odpowiedzialności za naruszenia umowy spowodowane np. złą jakością dokumentacji otrzymanej od A., będą musieli uwzględnić to ryzyko w cenie swoich ofert, co już bezpośrednio obniża ich konkurencyjność cenową w stosunku do ceny oferty dotychczasowego wykonawcy.

3. Jeżeli połączyć powyższe dwa aspekty z inną zasadą przewidzianą przez ZUS w Specyfikacji, a dotyczącą czasowej i osobowej reglamentacji dostępu wykonawców choćby do dokumentacji projektowej KSI czy jego kodów źródłowych - por. zarzut I odwołania – odwołujący C. doszedł do wniosku, iż w świetle siwz A. właściwie „skazane jest na sukces”. Zapewniają mu to objęte odwołaniem zapisy siwz, gdyż przy takich zapisach praktycznie żadna z firm poza A. nie będzie w stanie pozytywnie przejść weryfikacji pozacenowych kryteriów oceny ofert (nie mówiąc już o obowiązku ZUS zapewnieniu wykonawcom takich zapisów w siwz, które pozwalają na optymalizację punktacji w tym zakresie). Ponadto tylko A. nie musi uwzględniać w cenie oferty kosztu ryzyk związanych z transferem wiedzy, co nie byłoby karygodne (gdyż jest oczywiste), gdyby nie przypieczętowany przez ZUS obowiązek przerzucenia odpowiedzialności w tym zakresie na nowego wykonawcę (konkurenta A.) i pozbawienie go kodeksowej możliwości ograniczenia lub zwolnienia się z odpowiedzialności w razie wad dokumentacji czy nienależytego współdziałania z nim przez A. Powyższe narusza zasady uczciwej konkurencji. W imię zachowania tej zasady oraz transparentności postępowania także mając na celu minimalizowanie ugruntowanego monopolu A. w zakresie utrzymania i rozwoju aplikacji KSI - niniejsze odwołanie ma przeciwdziałać takim praktykom. Przechodząc do szczegółowego uzasadnienia zarzutów odwołania odwołujący C. wskazał co następuje.

I. Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia (naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 1 i 2, art. 36 ust. 1 pkt 3 i 10 w zw. z art; 51 ust." 4 Ustawy oraz art. 140 Ustawy, a także innych norm i zasad wskazanych w uzasadnieniu odwołania)

1. [zapozdawanie się z OPZ w siedzibie ZUS tylko na 4 komputerach] odwołujący Comarch zarzucił naruszenie obowiązku udostępnienia wszelkich informacji wpływających lub mogących wpływać na złożenie oferty, w tym jej wycenę w warunkach równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji przez wprowadzenie zapisów, iż:

- egzemplarz kodów źródłowych KSI ZUS,
- egzemplarz kodów źródłowych narzędzi wspomagających Zarządzanie IT,
- dokumentacja projektowa KSI ZUS, w tym opis architektury KSI ZUS,

są udostępniane wyłącznie w siedzibie zamawiającego (do tego tylko na 4 stanowiskach komputerowych). Powyższe wynika z pkt. 11.1.3. i 4 siwz:

3. W celu przygotowania oferty zamawiający udostępni wykonawcom:

- 1) egzemplarz kodów źródłowych KSI ZUS,
- 2) egzemplarz kodów źródłowych narzędzi wspomagających Zarządzanie 1T,
- 3) procedury eksploatacyjne dotyczące KSI ZUS,
- 4) procedury administratorskie dotyczące KSI ZUS,
- 5) dokumentacja dotycząca 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 Z. U. S., stanowiący Załącznik 18 do Wzoru umowy

- zwaną dalej łącznie „Dokumentacją KSI ZUS”.

4. Udostępnienie Dokumentacji KSI ZUS w zakresie wskazanym w ust. 3 pkt 3) - 6) i pkt 8) nastąpi na nośniku danych, który pozostaje własnością zamawiającego, od dnia zawarcia umowy o poufności do dnia zakończenia niniejszego postępowania.

5. 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.

oraz z § 1 ust. 2 i 3 Umowy o poufności (Załącznik 4 do siwz).

2. Udostępnienie Dokumentacji KSI ZUS, o której mowa w ust. 1 pkt 1), 2) i 7) nastąpi w siedzibie Strony Ujawniającej przy 4 stanowiskach komputerowych, od dnia zawarcia Umowy do upływu terminu składania ofert, dla osób imiennie wskazanych w załączniku nr 2 do Umowy. Strona Ujawniająca poinformuje Stronę Otrzymującą o udostępnieniu stanowisk komputerowych z 7 dniowym wyprzedzeniem.

3. Udostępnienie Dokumentacji KSI ZUS, o której mowa. w ustępie poprzedzającym, nastąpi w trybie do odczytu, bez prawa kopiowania treści jakąkolwiek techniką. Strona Ujawniająca zastrzega sobie prawo utrwalania obrazu i dźwięku w pomieszczenia w którym udostępniono dokumentację KSI ZUS,

Co za tym idzie - możliwość zapoznania się wykonawców (co oczywiście nie dotyczy A.) z opisem przedmiotu zamówienia, na który składają się w/w elementy Dokumentacji jest radykalnie ograniczona, a wręcz uniemożliwiona - zarówno co do czasu zapoznawania się z tymi materiałami, co do dostępu do treści w nich zawartych (zakaz kopiowania jakąkolwiek techniką), jak i co do liczby osób, pracowników wykonawcy, którzy mogą w tym ograniczonym czasie, uzależnionym od godzin pracy ZUS, zapoznawać się z materiałami składającymi się na opis przedmiotu zamówienia. Jest dla odwołującego C. oczywiste, że

przy takich warunkach, w połączeniu z zapisem o zakazie kopiowania (tylko do odczytu) wykonawcy nie mają żadnych możliwości odpowiedniego i wystarczającego zapoznania się z całością w/w danych w okresie do złożenia oferty. Praca nad ofertą w ramach tak skomplikowanego i złożonego opisu przedmiotu zamówienia wymaga udziału wielu osób, specjalistów z różnych branż, w tym także menadżerów. Wymaga podkreślenia, że ZUS narzucił, iż zapoznać się z OPZ w w/w, mogą tylko 4, imiennie wymienione osoby, co wyklucza możliwość konsultacji wewnątrz spółki w ramach złożenia ofert. Ograniczenie przepływu informacji w ramach organizacji wykonawcy odnośnie zapisów OPZ zawartych w w/w Dokumentacji eliminuje możliwość złożenia oferty, w tym prowadzi do braku możliwości podjęcia decyzji o prawidłowej wycenie. Nie bez znaczenia jest przy takim sposobie udostępniania w/w elementów składających się na OPZ (Dokumentacji) eliminacja możliwości zadawania pytań do tych treści np. w zakresie dokumentacji KSI, czy wniesienia odwołania w tym zakresie - co wynika z zapisu o zakazie kopiowania czy powielania treści zawartych w tej Dokumentacji jakkolwiek techniką. Odwołujący C. przyjmuje, iż zakaz ten obejmuje również sporządzanie odręcznych notatek (technika pisemna sporządzenia kopii treści), a nawet gdyby taką formą była dopuszczona (co nie wynika z siwz) - byłoby to nieekonomiczne, nieracjonalne i sprzeczne z wprost wyrażonym zakazem kopiowania (brak różnicy pomiędzy kserokopią, czy zdjęciem treści zawartej na stronie Dokumentacji a jej wiernym przepisaniem). Powyższe powoduje, że treść Opisu przedmiotu zamówienia w/w zakresie jest hermetyczna i właściwie niejawną dla wykonawcy - za wyjątkiem 4 osób), co i tak nie ma znaczenia, bowiem osoby te i tak po zapoznaniu się z powyższą Dokumentacją nie będą miały zarówno fizycznej jak i pamięciowej zdolności przekazania tych informacji choćby do konsultacji czy uzgodnienia innym specjalistom wykonawcy, a także menadżerom odpowiedzialnym za wycenę oferty.

Po drugie, obejmuje ich formalny zakaz takiego przekazywania informacji, wynikający z Umowy o poufności. Powyższy zapis istotnie i kategorycznie narusza uczciwą konkurencję - jednoznacznie preferując A., które jako jedyne nie tylko doskonale zna w/W dokumentację (kody źródłowe KSI, kody narzędzi, dokumentację projektową KSI ZUS, w tym opis architektury KSI ZUS), ale przede wszystkim ma do niej stały dostęp, czego wymaga świadczenie przez tę spółkę od lat, również i obecnie, bieżącej obsługi KSI. Tylko Asseco nie doznaje w dostępie do tych elementów Dokumentacji żadnych ograniczeń, ani czasowych, ani ilościowych (co do liczby pracowników). Przyjęcie, że aktualnie dostęp do kodów KSI czy jego Zasłanianie się w tym zakresie względami bezpieczeństwa - należy zdecydowanie odrzucić. Po pierwsze dlatego, iż mamy do czynienia z profesjonalnym obrotem, zatem zobowiązanie do poufności również w obszarze w/w 3 elementów Dokumentacji będzie wiążące w całości nie tylko dla wykonawców, ale i dla jego wszystkich pracowników. Po drugie - w pozostałym zakresie zamawiający przekazuje dokumentację do rąk wykonawców

(dotyczy Dokumentacji z ust. 3 pkt 3-7) i 8). Po trzecie - praktyka udostępniania kodów źródłowych systemów informatycznych w ramach zamówień publicznych przez zamawiających w imię transparentności postępowania i równej konkurencji i powszechnie spotykana. Przykłady postępowania:

1. Utrzymanie i rozwój systemów aplikacyjnych OFSA, OFSA-PROW, OFSA-PROW-DD, RG.PROW Prowadzone przez: A. R. i M. R., Numer referencyjny:..., Data Ogłoszenia 16/05/2015 r. - Dz. U. 2015/S 094/170577

Dowód: Ogłoszenie 16/05/2015 r. - Dz. U. 2015/S 094/170577 oraz SfWZ.

2. Utrzymanie i Rozwój Systemu Informatycznego A. - SI A (ZSZiK, (ACSplus, GiS, SIZ, PZSIP plus, PA). Prowadzone przez: A. R. i M. R., Numer referencyjny: DZP-2611-3/2015, Data Ogłoszenia 18/07/2015 r. - Dz. U. 2015/S 137-252702.

Dowód: Ogłoszenie 18/07/2015 r. - Dz. U. 2015/S 137-252702 oraz SiWZ

Odwołujący C. podkreślił, że powyższe elementy Dokumentacji są niezbędne do przygotowania oferty. Bez rzeczywistego, w warunkach uczciwej konkurencji, dostępu do kodów źródłowych KSI ZUS nie jest możliwe zweryfikowanie ich kompletności, złożoności oraz przede wszystkim jakości.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji 51WZ w zakresie pkt Rozdział II OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA I TERMIN WYKONANIA, I. PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA siwz przez:

1.1. Usunięcie ograniczania w dostępie do:

- egzemplarzy kodów źródłowych KSI ZUS,
- egzemplarzy kodów źródłowych narzędzi wspomagających Zarządzanie IT,
- dokumentacji projektowej KSI ZUS, w tym opisu architektury KSI ZUS - jedynie w siedzibie zamawiającego i na obecnych warunkach.

1.2. dokonanie modyfikacji ust 4:

4. Udostępnienie Dokumentacji KSI ZUS w zakresie wskazanym w ust. 3 pkt 1) - 8) nastąpi na nośniku danych, który pozostaje własnością zamawiającego, od dnia zawarcia umowy o poufności do dnia zakończenia niniejszego postępowania,

lub w przypadku możliwości zdalnego dostępu do kodów i dokumentacji

4. Udostępnienie Dokumentacji KSI ZUS w zakresie wskazanym w ust. 3 pkt 1) -8) nastąpi na nośniku danych, który pozostaje własnością zamawiającego lub zdalnie przez dedykowane dla każdego wykonawcy połączenie VPN, od dnia zawarcia umowy o poufności do dnia zakończenia niniejszego postępowania.

1. 3. usunięcie Ustępu 5 w całości

1.4. oraz adekwatnej do w/w zmian modyfikacji załącznika nr 4 do siwz

2. [Opis wymogów formalnych oferty - w ramach zawartego w siwz opisu sposobu przygotowywania ofert - naruszenie art. 7 ust. 1, ust. 8 Ustawy w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 10 w

zw. z art. 51 ust* 4 Ustawy], zamawiający w Rozdziale III siwz pn. Wymogi formalne oferty - przesądził że dopuszcza zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie realizacji jednostek zadaniowych wykonywanych w ramach Kryterium oceny ofert jakość wykonywania zadania. Wynika to z zapisu zamieszczonego na stronie 10 siwz, zgodnie z którym: „W przypadku, gdy informacje zawarte w ofercie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.), wykonawca powinien to wyraźnie zastrzec w ofercie i odpowiednio oznaczyć zastrzeżone informacje oraz wykazać, iż zastrzeżone informacje stanowią, tajemnicę przedsiębiorstwa. W przypadku, gdy informacje przekazywane po złożeniu oferty (np. w odniesieniu do realizacji jednostek zadaniowych w kryterium „Jakość wykonania zadania“) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji {Dz. U. z 20Q3 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.) wykonawca powinien to wyraźnie zastrzec i odpowiednio oznaczyć zastrzeżone informacje najpóźniej z chwilą udostępnienia tych informacji. Powyższy zapis ujęty w nawiasie sugeruje wykonawcom, jakoby zamawiający akceptował zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w omówionym zakresie, a wręcz zachęta do dokonania takiego zastrzeżenia - podczas gdy nie ma ku temu podstaw zarówno prawnych jak i faktycznych. Wynik realizacji zadań w ramach kryterium jakościowego nie obejmuje żadnych informacji, które mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy: zadania wykonywane są na systemie będącym własnością ZUS, przez niego sparametryzowanego i skonfigurowanego. Celem tych zadań jest sprawdzenie ponoć kompetencji, a nie jakiegoś tajemniczego know-how wykonawcy. Zapewne A. będzie powoływać się właśnie na ów know-how, zasłaniając się tym, że ujawniło go realizując te zadania - co ma mieć odzwierciedlenie ich w wyniku. Jest to jednak nieuzasadnione i nielogiczne: sam sposób dojścia do wyniku, podejmowane decyzje itd. nie będą w utrwalonym pliku z wynikami zadań w ogóle widoczne. Poza tym wynik powinien być taki sam u wszystkich i jego utajnienie jest bezzasadne. Jest oczywiste, że powoływanie się na know-how w tym zakresie będzie miało na celu jedynie podtrzymanie uprzywilejowanej pozycji A. w tym postępowaniu. Choćby z tego powodu taka argumentacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji siwz w zakresie pkt 13 Rozdział IV siwz przez:

2.1. Usunięcie zapisu zawartego w nawiasie o treści np. w odniesieniu do realizacji jednostek zadaniowych w kryterium „Jakość wykonania zadania”

II. Zarzuty dotyczące kryteriów oceny ofert (naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 91 ust 1, 2 i 3, art. 36 ust 1 pkt 13 w zw. z art. 51 ust. 4 Ustawy oraz art. 38 ust 4b Ustawy, a także innych norm i zasad wskazanych w uzasadnieniu odwołania)

Zamawiający przewidział 3 kryteria oceny ofert: Cenę (60%), Jakość wykonania zadania (30%) i Koncepcja przejęcia zadań (10%). Wskazanie tych kryteriów, opis ich znaczenia oraz sposób oceny opisano w Rozdziale VII siwz.

11.1. Kryterium Jakość wykonywanego zadania

Zamawiający uregulował kryteria oceny ofert dwutorowo: z jednej strony podjął decyzję o udostępnieniu opisu czynności i materiałów niezbędnych do przygotowania oferty w zakresie tego kryterium nie w siwz, ale bezpośrednio przed przystąpieniem do badania tego kryterium (testu).

Z drugiej strony ujawnił w siwz ogólne (ogólnikowe) informacje na ten temat.

Z tego względu odwołujący Comarch zarzuca jak niżej:

[Brak pełnego opisu kryteriów, Ich znaczenia oraz sposobu oceny ofert] W pierwszej kolejności zarzucamy, iż Specyfikacja w zakresie opisu kryteriów jest wadliwie przygotowana, tj. niekompletna, bowiem nie ujawnia pełnego opisu omawianego kryterium, jego znaczenia, ani sposobu jego oceny. Wskazać należy tu na następujące zapisy siwz (Rozdział VII).

2.1. W kryterium Jakość wykonania zadania zostanie przeprowadzona weryfikacja sposobu świadczenia usługi przez wykonawcę na przykładzie zadań, jakie będą występowały w ramach realizacji Umowy na usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania XSI ZUS.

2.2. Zadanie składa się z sześciu jednostek zadaniowych, z których każda wymaga posiadania kompetencji niezbędnych do wykonania umowy.

(...)

2.7. Szczegółowy opis czynności oraz materiały niezbędne do wykonania jednostek zadaniowych zostaną przekazane Wykonawcom bezpośrednio przed przystąpieniem do realizacji zadania.

2.8. Regulamin przebiegu realizacji Jednostek Zadaniowych określa załącznik nr 3 do siwz.

W powyższym zakresie odwołujący C. podnosi, iż:

- W pierwszej kolejności należy wskazać na punkt Rozdz. VII.III.2,7. zgodnie z którym „Szczegółowy opis czynności oraz materiały niezbędne do wykonania zadania bezpośrednio przed przystąpieniem do realizacji zadania” - co powoduje, że istotne dla opisu omawianego kryterium informacje nie są dostępne wykonawcom na etapie Specyfikacji. Innym słowy opis tego kryterium i sposobu jego oceny oraz ich znaczenia jest na etapie udostępnienia siwz niejawnym dla wykonawców, podczas gdy opis kryterium oceny ofert oraz sposób jego oceny zgodnie z ustawą powinien być dla wykonawców jawny (dostępny) i opublikowany w siwz, a nie przekazywany wykonawcom właściwie na początku testu, tuż przed przystąpieniem do wykonania zadań ocenianych w ramach kryterium. Podkreślił, że zamawiający

enigmatycznie zaznacza o przekazaniu na początku testu „materiałów niezbędnych do wykonania zadania”. Skoro materiały te są niezbędne - to tym bardziej powinny być przekazane wykonawcom na etapie siwz.

To samo dotyczy opisu czynności do wykonania - wszak do tych czynności zależy m.in. odpowiedni dobór pracowników przeznaczonych do wykonania zadań podczas testu. Odwołujący C. nie oczekuje, że zamawiający przedstawi na etapie siwz wykonawcom ściśle te same zadania jakie im będą zadane w trakcie testu, gdyż miałyby się to z celem, jest oczywiste że zamawiający powinien mieć możliwość niejako zaskoczenia wykonawców w trakcie testu przez podanie nieznanym im zmiennych parametrów. Natomiast sam test nie może służyć pozyskiwaniu wiedzy na temat materiałów niezbędnych do wykonania zadania w czasie jego trwania.

- Po drugie - Specyfikacja nie przewiduje ani nie udostępnia scenariuszy przeprowadzenia zadań przeznaczonych do wykonania zadań. Przygotowywanie scenariuszy realizacji zadań i przekazywanie ich wykonawcom wraz z siwz jest powszechną praktyką w zamówieniach publicznych. Przykłady takich postępowań:

1. Utrzymanie i rozwój systemów aplikacyjnych OFSA, OFSA-PROW, OFSA- PROW-DD, RG.PROW Prowadzone przez: A. R. i' M. R., Numer referencyjny:..., Data Ogłoszenia 16/05/2015 r. - Dz. U. 2015/S 094/170577

Dowód: ogłoszenie 16/05/2015 r. - Dz. U. 2015/S 094/170577 oraz siwz.

2. Utrzymanie i Rozwój Systemu Informatycznego A. - SI A (ZSZiK, iACSplus, GiS, SiZ, PZSiPplus, PA). Prowadzone przez: A.R. i M. R., Numer referencyjny:..., Data Ogłoszenia 18/07/2015 r. -

Dz.U. 2015/S 137-252702

Dowód: ogłoszenie 18/07/2015 r. - Dz. U. 2015/S 137-252702 oraz SiWZ

3. Dostawa i wdrożenie systemu cyfrowej rejestracji przebiegu rozpraw sądowych w sądach powszechnych, Prowadzone przez Ministerstwo

Sprawiedliwości, Numer referencyjny:..., Data Ogłoszenia 31/03/2017 r. - Dz. U. 2017/S 064-119958

Dowód: ogłoszenie 31/03/2017 r. - Dz. U. 2017/S 064-119958

Uczciwe w ocenie odwołującego C. wobec wszystkich wykonawców podejście do realizacji próbki daje tak jak w przypadku w/w zamówienia 1, możliwość przejęcia zadań utrzymania systemu od innego wykonawcy (w przywołanym zamówieniu C. dokonał przejęcia utrzymania systemu od A.).

Zdaniem odwołującego C. obowiązkiem ZUS jest minimalizująca istniejącej dysproporcji pomiędzy innymi wykonawcami a A. - w celu zapewnienia transparentności i zachowania czystych reguł konkurencyjnych w ramach tego postępowania. Publikacja i przekazanie wykonawcom scenariuszy do wykonania zadań służy tej transparentności i równemu

traktowaniu wykonawców, zaś ich nie przekazywanie - nie służy i wzmacnia (uprzywilejowuje) A.

- Przyjęta zasada przekazania omawianych materiałów czy opisu czynności de facto w trakcie testu (na jego początku) uniemożliwia również wykonawcom zadawanie pytań w zakresie tych materiałów czy opisów oraz złożenie środków ochrony prawnej. Wykonawca zgodnie z Ustawą ma prawo wnieść odwołanie od każdej czynności zamawiającego w postępowaniu, a w/w przekazanie dokumentów (materiałów, opisów) oraz ich treść niewątpliwie jest taką czynnością. Również z tego powodu opisana zasada nie może się ostać.

Odwołujący C. żąda nakazania zamawiającemu:

2.1. Usunięcia zapisu Rozdz. VII pkt III ppkt 2.7. siwz o treści „Szczegółowy opis czynności oraz materiały niezbędne do wykonania jednostek zadaniowych zostaną przekazane Wykonawcom bezpośrednio przed przystąpieniem do realizacji zadania bezpośrednio przed przystąpieniem do realizacji zadania0

2.2. Udostępnienie w ramach siwz wszystkim wykonawcom szczegółowego opisu czynności oraz materiałów niezbędnych do wykonania zadań przewidzianych w siwz w ramach kryterium Jakość realizowanego zadania;

2.3. wprowadzenie do Rozdziału VII.III pkt 2 nowego punktu stanowiącego, iż podstawą niezaliczenia któregośkolwiek z zadań, bądź nieprzyznania punktu nie może być jakakolwiek specyfika KSI lub specyfika ZUS, w tym praktyka realizowania przez ZUS jego procesów/obowiązków ustawowych - o ile nie została ona szczegółowo opisana przez ZUS wraz z opisem jej wpływu dla wykonywanych zadań w udostępnionej wykonawcom przed złożeniem ofert na równych zasadach dokumentacji (w ramach siwz);

2.4. zobowiązanie zamawiającego, iż w zakresie w jakim przeznaczone do wykonania w ramach kryterium Jakości wykonywania zadań zadania zależą będą od jakiegokolwiek specyfiki KSI lub od specyfiki ZUS, w tym od praktyki realizowania przez ZUS jego procesów/obowiązków ustawowych - do sporządzenia szczegółowego opisu tej specyfiki w siwz, z podaniem jej wpływu na przewidziane do wykonania w ramach tego kryterium zadania, a następnie do jego udostępnienia wszystkim wykonawcom na równych zasadach przed złożeniem ofert;

2.5. Udostępnienie w ramach siwz scenariuszy zawierających szczegółowe informacje o krokach poszczególnych jednostek zadaniowych, danych wejściowych i wyjściowych, oczekiwanym wyniku ich realizacji, danych niezbędnych do wykonania zadania (tj. nazwy użytkowników, adresy maszyn na których zainstalowane są poszczególne komponenty wykorzystywane do realizacji zadania)

3. [Niejasny i niepełny opis kryterium oceny ofert, jego znaczenia i sposobu oceny ujawniony w siwz]. W zakresie ujawnionego w siwz opisu kryterium i sposobu jego oceny

odwołujący C. zarzucił, iż nawet te ujawnione informacje na ten temat są niepełne, niejasne i nieprecyzyjne. Przede wszystkim zamawiający nie podaje informacji o wolumenie danych występujących w zadaniach, ani o jego złożoności. Wykonawcy nie mają wiedzy o zbiorach jakie mają być załadowane, ani o docelowej strukturze. Nie mają też wiedzy czy wymagane będą w ramach wykonywania zadań dodatkowe przekształcenia operacji na danych, brak-też informacji na temat wymaganych do wykonywania operacji SQL (jakich i jak złożonych). Nadto zamawiający zapowiada, że będzie weryfikował znajomość poleceń administracyjnych - jednak bez podania zakresu zadań, określenia ich złożoności, oczekiwanych parametrów. Zamawiający oczekuje wykonania zadań niejako w ciemno lub z pamięci, bez dostępu do dokumentacji systemu i podręczników. Jednocześnie nie podaje złożoności ani warunków ich zaliczenia. Co więcej, wykonawcy nie mają wiedzy jaką formę raportu z wykonania zadania mają (wiadomo jedynie, że wynik ma być nagrany na płyty i przekazany, jednak nie jest wiadome jak pracochłonne będzie przygotowanie wyników, co ma znaczenie z uwagi na ograniczony czas realizacji zadań). Przechodząc do konkretnych zarzutów w tym zakresie odwołujący wskazuje na konkretne, następujące opisy zadań:

3.1 Jednostka Zadaniowa 1

- Treść opisu kryterium:

2.2. Zadanie składa się z sześciu jednostek zadaniowych, z których każda wymaga posiadania kompetencji niezbędnych do wykonania umowy.

a) Jednostka zadaniowa 1 wymaga posiadania umiejętności do operowania danymi pomiędzy platformami systemowymi i bazami danych wykorzystywanymi w KSI ZUS: Microsoft Windows. UNIX-INFORMDC, IBM z/OS -DB2.

Jednostka zadaniowa polega na wykonaniu operacji na danych w przypadku, kiedy źródła danych, środowiska przetwarzania i wynik operacji są przypisane do kilku różnych platform systemowych.

Do wykonania zadania zamawiający udostępni skonfigurowane środowisko testowe.

Za poprawnie-wykonanie jednostki zadaniowej zamawiający przyzna 1 punkt.

Dla zaliczenia jednostki zadaniowej do końcowej oceny niezbędne jest wykonanie jej w całości.

W jednostce zadaniowej można uzyskać 1 punkt brany pod uwagę przy ocenie w kryterium Jakość wykonania zadania.

- Wskazanie bruków, niejasności - wraz z uzasadnieniem:

Zamawiający wymaga by wykonawca wykazał się niezbędnymi kompetencjami potrzebnymi do wykonania umowy. Definiując zadanie zamawiający nie określił jasno jakich operacji na danych oczekuje w ramach wykonania zadania i jak złożone będą dane w zakresie struktury czy formatu. Operacje na danych wykonywane pomiędzy różnymi platformami systemowymi to operacje ułatwiające analizę zawartości oraz reorganizację danych - np. dane można w

szczegółności przeglądać, kopiować, eksportować, importować, aktualizować, przekształcać. W ramach poleceń można wykonywać zapytania mniej lub bardziej złożone. Zadanie, o którym mowa w jednostce zadaniowej 1 polegające na- przeniesieniu danych z jednego środowiska do drugiego, nie jest jasne, ponieważ z jego sformułowania nie wynika złożoność zadania i czy zadanie też będzie wiązało się np. z transformacją danych. W związku z powyższym wykonawca nie wie czego oczekuje zamawiający i jakie przekształcenia mają być zrealizowane oraz co ma być wynikiem operacji. Wykonawca nie ma również informacji ile operacji będzie do wykonania w ramach zadania - co wiąże się ze złożonością czasową na wykonanie jednostki.

Kolejnym problemem jest fakt, iż złożoność zadania nie zależy wyłącznie od "czasu, czy wielkości danych jakie zamawiający ma zamiar dostarczyć wraz ze środowiskiem testowym, lecz w odniesieniu do zapisu w punkcie 2.1:

2. Kryterium: Jakość wykonania zadania

2.1. W kryterium Jakość wykonania zadania 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.

od rodzaju specyficznego, unikalnego systemu dla określonej organizacji jaką jest ZUS. Zamawiający wymaga, by wykonywać zadania, które wpisują się bezpośrednio w zakres obowiązków obecnego podmiotu aktualnie świadczącego usługę utrzymania systemu. Zamawiający tak specyfikując zakres Jednostki Zadaniowej 1 sprawdza wykonawcę z obsługi systemu, który aktualnie posiada zamawiający, a do którego dostęp ma zamawiający oraz aktualny podmiot świadczący usługę utrzymania systemu, który również stara się o udzielenie zamówienia. To tym samym, uniemożliwia poprawne wykonanie zadania i stanowi o pozornej konkurencyjności stanowionych zapisów i premiuje aktualnego wykonawcę.

Tak przedstawiony opis jednostki zadaniowej pozostawia bardzo dużo wątpliwości przede wszystkim ze względu na to, że wymagane operacje odnoszą się bezpośrednio do wewnętrznej specyfikacji KSI ZUS - zgodnie z zapisem 2.1. Zdaniem wykonawcy do wykonania zadania nie będzie potrzebna wyłącznie wiedza techniczna z zakresu wymaganych narzędzi, co merytoryczna z zakresu wiedzy na temat KSI ZUS tj. struktury źródeł danych, konfiguracji środowiska przetwarzania i jego możliwości, oczekiwanej formie wyniku operacji.

Takie nieprecyzyjne sformułowanie treści zadania - bez podania scenariusza oczekiwanych do wykonania czynności na etapie siwz, albo określonej puli zadań, z której wybrane przez zamawiającego zadanie ukaże się do zrealizowania - powoduje, że zamawiający przedstawia niepełny opis przedmiotu zamówienia. Pula zadań umożliwi wykonawcom przygotowanie się do osiągnięcia oczekiwanych przez zamawiającego wyników operacji.

Brak wskazanego kontekstu jednostki zadaniowej tworzy sytuację pozornej weryfikacji kompetencji. Zdaniem wykonawcy, zamawiający wykonuje sprawdzenie na ile dany podmiot umie obsługiwać system, którego utrzymanie jest przedmiotem niniejszego zamówienia. Tym samym, przez takie zapisy nie oferuje równych szans wykonawcom, co też stanowi niepełny opis przedmiotu zamówienia, a także ograniczenie konkurencji.

Brak specyfikacji środowiska testowego dla wykonania zadania. Wskazanie rodzaju oprogramowania bez wskazania wersji oraz konfiguracji, bez wątplenia stanowi ograniczenie konkurencyjności. Dokładną konfigurację aktualnie obowiązujących narzędzi i środowisk zna firma A., która w chwili obecnej utrzymuje system KSI ZUS.

2.7. Szczegółowy opis czynności oraz materiały niezbędne do wykonania jednostek zadaniowych zostaną przekazane Wykonawcom bezpośrednio przed przystąpieniem do realizacji zadania.

Treści zadań odnoszą się bezpośrednio do oceny kryterium tym samym stanowią specyfikację istotnych warunków zamówienia. Zamawiający nie przedstawia ani zadań ani ich kontekstu co stanowi niepełny opis przedmiotu zamówienia.

Odwołujący C. żąda nakazania zamawiającemu w zakresie Jednostki Zadaniowej 1 dokonania modyfikacji siwz przez:

3.1.1. udostępnienie puli opisanych i oczekiwanych operacji na danych wraz z oczekiwanym wynikiem operacji na danych,

3.1.2. udostępnienia opisu środowiska testowego, wersji narzędzi,

3.1.3. udostępnienia struktury; formy uporządkowania danych, wielkości i formatu danych do przetworzenia w ramach zadania,

3.1.4. zdefiniowanie kryteriów oceny zadania.

3.2. Jednostka Zadaniowa 2

- Treść opisu kryterium:

b) Jednostka zadaniowa 1 wymaga posiadania umiejętności do administrowania zasobami bazodanowymi na IBM z/OS iDB2;

Jednostka zadaniowa 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.

Do wykonania zadania zamawiający udostępni skonfigurowane środowisko testowe.

Za poprawne wykonanie jednostki zadaniowej zamawiający przyzna 1 punkt. .

Dla zaliczenia jednostki zadaniowej do końcowej oceny niezbędne jest wykonanie jej w całości.

W jednostce zadaniowej można uzyskać 1 punkt brany pod uwagę przy ocenie w kryterium Jakość wykonania zadania.

- Wskazanie braków, niejasności-wraz z uzasadnieniem:

W niniejszej jednostce zadaniowej zamawiający wymaga załadowania nowych rekordów z przygotowanego zbioru z prawidłową obsługą błędów oraz końcową weryfikacją poprawności doładowanych danych uwzględniając określone narzędzia systemowe. Przy czym zamawiający nie wskazuje struktury tabeli, na której mają być wykonane operacje, tj. ile rekordów ma tabela, do której należy dodać rekordy oraz ile nowych rekordów-należy dodać. Wykonawca nie wie, czy udostępniona tabela ma powiązania z inną tabelą i czy należy utworzyć nowe powiązania z kolejną tabelą. Wykonawca z opisu zadania nie wie również jakie 1 ile jest w niej obiektów oraz czy należy dodać nowe obiekty. Co więcej, Wykonawca nie otrzymał informacji o strukturze błędów.

Wyjaśniając przykładem: tabela w bazie danych jest logicznym zbiorem danych i składa się z wierszy i kolumn, które tworzą spójny porządek. Dodając nowe rekordy należy zweryfikować zatem nowy układ - czyli stwierdzić, czy należy go powiązać z inną tabelą, czy zostały dodane wszystkie wymagane rekordy, zweryfikować jako sprawdzenie czy te dane, które miały być załadowane są poprawne w tabeli. Być może zadanie będzie wymagało napisania skryptu sprawdzającego poprawność danych. Z udostępnionego opisu wykonawca tego się nie dowiaduje i nie zna złożoności merytorycznej i czasowej zadania.

Ponadto wykonawca nie zna konfiguracji środowiska testowego oraz wersji narzędzi jakie mają być udostępnione.

Odwołujący C. żąda nakazania zamawiającemu w zakresie Jednostki Zadaniowej 2 dokonania modyfikacji siwz przez:

3.2.1. udostępnienia opisu środowiska testowego, wersji narzędzi,

3.2.2. zdefiniowanie kryteriów oceny zadania,.

3.2.3. podanie szczegółowego opisu zadania z uwzględnieniem struktury tabeli, struktury błędów oraz struktury pliku będącym przedmiotem zadania.

3.3. Jednostka Zadaniowa 3

- Treść opisu kryterium:

c) Jednostką zadaniowa 3 wymaga posiadania umiejętności do organizowania przetwarzania na IBM z/OS z wykorzystaniem T. W. S. (TWS).

Jednostka zadaniowa 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.

Do wykonania zadania zamawiający udostępni skonfigurowane środowisko testowe.

Za poprawne wykonanie jednostki zadaniowej Namawiający przyzna 1 punkt.

Dla zaliczenia jednostki zadaniowej do końcowej oceny niezbędne jest wykonanie jej w całości

W jednostce zadaniowej można uzyskać 1 punkt brany pod uwagę przy ocenie w kryterium Jakość wykonania zadania.

- Wskazanie braków, niejasności - wraz z uzasadnieniem:

Zamawiający wymaga w ramach Jednostki zadaniowej 3 przeprowadzenia zorganizowania zadań równoległych. Zgodnie z treścią punktu 2.1. zadania te są specyficzne dla KSI ZUS. Zamawiający nie wskazuje charakterystyki, ilości, rodzaju zadań ani nie wskazuje jakie występują relacje pomiędzy nimi. Co więcej nie wskazuje „cykli planowania” czy też dominujących reguł wedle, których mają być harmonogramowane zadania. Co więcej, zamawiający nie wskazuje jakich aplikacji dane zadania dotyczą.

Przedstawienie i dysponowanie tymi danymi stanowi kluczowy aspekt w przygotowaniu odpowiedniego zorganizowania zadań (harmonogramu). Dodatkowo w przedstawionym opisie wykonawca nie został poinformowany ile będzie zadań do równoległego uruchomienia.

Przedstawianie i dysponowanie tymi danymi stanowi kluczowy aspekt w przygotowaniu odpowiedniego zorganizowania zadań (harmonogramu). Tym samym, wykonawca nie ma możliwości odniesienia się i analizy tych zadań przed przystąpieniem do wykonania Jednostki zadaniowej 3 w skutek czego wygenerowany przez niego harmonogram już na podstawie danych może być jakościowo gorszy (ze względu na złożoność czasową wykonania zadania) od harmonogramu przygotowanego przez aktualnego usługodawcę utrzymania systemu. Zamawiający nie przedstawia ani charakterystyki aplikacji ani warunków ich poprawnego działania. Tym samym wykonawca wykonujący działanie nie ma możliwości sprawdzenia czy wykonał Jednostkę zadaniową 3 .poprawnie. W aktualnym kształcie siwz wiedza na temat aplikacji i ich prawidłowości działania pozostaje w dyspozycji zamawiającego i aktualnego usługodawcy utrzymania systemu. Dodatkowo wykonawca nie otrzymał opisu aktualnego środowiska zamawiającego.

Odwołujący C. żąda nakazania zamawiającemu w zakresie Jednostki Zadaniowej 3 dokonania modyfikacji siwz przez:

3.3.1. przedstawienie szczegółowego opisu w zakresie charakterystyki, ilości, rodzaju oraz relacji zadań, które mają być przedmiotem zorganizowania, a także poziomu skomplikowania założonych cykli planowania,

3.3.2. przedstawienie szczegółowego opisu w zakresie sposobów weryfikacji prawidłowego działania aplikacji,

3.3.3. udostępnienia opisu środowiska testowego, wersji narzędzi

3.3.4. zdefiniowanie kryteriów oceny zadania.

3.4. Jednostka Zadaniowa 4

- Treść opisu kryterium;

d) Jednostka zadaniowa 4 wymaga posiadania umiejętności do operowania dużymi zbiorami danych na platformie UNIX/INFORMIX.

Jednostka zadaniowa polega na załadowaniu pliku do struktury docelowej w bazie Informix przy użyciu narzędzia IBM HPL oraz wykonaniu wymaganych, operacji SQL na obiektach bazy danych

Do wykonania zadania zamawiający udostępni skonfigurowane środowisko testowe.

Zamawiający oceniając wykonanie jednostki zadaniowej będzie przyznawał punkty częściowe, po 0,5 punktu za dwa etapy. Dla zaliczenia jednostki zadaniowej do końcowej oceny niezbędne jest uzyskanie min. 0,5 punktu za etap pierwszy.

W jednostce zadaniowej można uzyskać maksymalnie 1 punkt brany pod uwagę przy ocenie w kryterium Jakość wykonania zadania.

Wskazanie braków, niejasności - wraz z uzasadnieniem:

W niniejszej jednostce zadaniowej wykonawca ma wykonać czynność załadowania danych oraz wykonania wymaganych operacji SQL na obiektach bazy danych. Przy czym wymagana jest umiejętność operowania dużymi zbiorami danych na narzędziu aktualnie używanym w systemie KSI ZUS. Odwołujący C. zaznaczył, że z opisu zadania przedstawionego przez zamawiającego nie wie jaką wielkość będzie miał plik przeznaczony do załadowania (czyli nie zna złożoności czasowej zadania), nie otrzymał informacji o strukturze pliku, nieznana jest struktura docelowa w bazie Informix oraz zakres operacji SQL. Należy zaznaczyć, że operacji na obiektach SQL może być wiele - rolą zamawiającego jest opisanie jakich operacji na SQL wymaga w ramach wykonania zadania oraz określić listę enumeratywną operacji - do wyboru potem przez zamawiającego. Samo przeładowanie danych występuje w każdej bazie. Ale jeśli to mają być zadania jakie występują w KSI ZUS (por. pkt 2.1.), przy tak sformułowanym zadaniu wykonawca może założyć, że są to najczęściej używane zapytania SQL występujące przy usłudze utrzymania KSI ZUS, a te wymagane operacje SQL zna tylko wykonawcą A.

Sama operacja SQL nie jest obojętna z punktu widzenia Klienta -- jako unikatowy, dedykowany system służy do przetwarzania dużych wolumenów danych dotyczących ludności - konkretne algorytmy i procesy związane z obsługą obszarów związanych z działalnością ZUS zna sama organizacja oraz aktualny wykonawca systemu - np. naliczanie kapitału początkowego. Być może jest to uruchamiany odpowiedni skrypt.

Wykonawca ubiegający się o zamówienie, może domniemywać, że wymagane zapytania SQL dotyczą specyficznych, najczęściej używanych formuł. Te zapytania zna firma A.

Dodatkowo ocena zadania jest podzielona na dwie części. Przy czym zamawiający nie wskazuje podziału zadania na te części. Wykonawca ubiegający się o zamówienie, może jedynie się domyślać, dedukować jak wygląda podział zadań.

Odwołujący C. żąda nakazania zamawiającemu w zakresie Jednostki Zadaniowej 4 dokonania modyfikacji SiWZ przez:

3.4.1. przedstawić szczegółowy scenariusz zadania, struktura pliku do załadowania, wielkość pliku, oraz strukturą docelowej bazy danych,

3.4.2. podać enumeratywną liczbą operacji - do wyboru potem przez zamawiającego,

3.4.3. udostępnienia opisu środowiska testowego, wersji narzędzi,

3.4.4. podział zadania na części w ramach punktacji.

3.5. Jednostka Zadaniowa 5

- Treść opisu kryterium:

e) Jednostka zadaniowa 5 wymaga posiadania umiejętności do operowania na platformie O. T..

Jednostka zadaniowa polega na wprowadzeniu wymaganych zmian w konfiguracji domen T. oraz podaniu poleceń umożliwiających wykonywanie czynności administratorskich. Jednostka obejmuje 10 przypadków.

Pliki konfiguracyjne domen T. będą udostępnione w postaci plików w formacie txt.

Zamawiający oceniając wykonanie jednostki zadaniowej będzie przyznawał punkty częściowe, po 0,1 punktu za każdy poprawnie wykonany przypadek. Dla zaliczenia jednostki zadaniowej niezbędne jest uzyskanie min. 0,6 punktu, w tym min. 0,2 za poprawne wykonanie przypadków zmian, w konfiguracji oraz min., 0,4 Za wykonanie przypadków poleceń.

W jednostce zadaniowej można uzyskać maksymalnie 1 punkt brany pod uwagę przy ocenie w kryterium Jakość wykonania zadania.

- Wskazanie braków, niejasności - wraz z uzasadnieniem:

Konfiguracja dedykowanych rozwiązań systemów informatycznych stanowi zadanie, które polega na unikalnym doborze odpowiednich poleceń do zdefiniowanych zadań , konfiguracyjnych rozumianych jako wykonanie zbioru czynności administracyjnych. Zamawiający nie opisał jasno zadania, nie wskazał zbioru przypadków czynności administracyjnych, których znajomość będzie weryfikowana w Jednostce zadaniowej 5.

Tym samym, niezbędna jest wiedza techniczna do wykonania konfiguracji ale też wiedza merytoryczna wynikająca z organizacji domen dla systemu KSI ZUS wynikająca bezpośrednio z implementacji wymagań biznesowych przez KSI ZUS. Możliwe jest, że w związku z tym dla konfiguracji domen, zgodnie z zadaniem wskazanym przez zamawiającego, konieczne będzie użycie kluczowego choć bardzo rzadko używanego polecenia konfiguracyjnego. Tym samym, treść Jednostki zadaniowej 5 stanowi pozorną weryfikację kompetencji, a w zasadzie sprawdza znajomość systemu KSI ZUS.

Zamawiający nie wskazał plików konfiguracyjnych domen T. - narzędzie służy do monitoringu transakcji. Dla wykonania wymaganych 10 przypadków czynności

administratorskich kluczowa jest znajomość plików konfiguracyjnych. Przy tak złożonym systemie (zgodnie z zapisem 2.1.) jak KSI ZUS poziom skomplikowania pliku konfiguracyjnego może warunkować ukończenie zadania w przeznaczonym na nie czasie. Brak przykładów plików stanowi niepełny opis przedmiotu zamówienia. Wykonawca nie ma możliwości oceny tych plików, które stanowią zakres dokumentacji siwz.

Wskazać należy, że Grup poleceń jest wiele, toteż Wykonawca może domniemywać przy tak niejasnym opisie zadania, że obszar poleceń może dotyczyć tych kluczowych choć rzadko używanych poleceń.

Odwołujący zaznaczył, że nie otrzymał również wiedzy o aktualnej wersji używanego środowiska.

Odwołujący C. żąda nakazania zamawiającemu w zakresie Jednostki Zadaniowej 5 dokonania modyfikacji siwz przez:

3.5.1. wskazanie w treści siwz grup poleceń konfiguracyjnych które posłużą zamawiającemu do sporządzenia Jednostki zadaniowej 5

3.5.2. udostępnienia opisu środowiska testowego, wersji narzędzi,

3.5.3. wskazanie przykładowych plików konfiguracyjnych domen T.

4. [Brak Informacji i wiedzy na temat środowiska wykorzystywanego do wykonania zadań]

Ujawniony w siwz opis kryteriów nie zawiera szczegółowych informacji na temat środowiska wykorzystywanego, do wykonania zadań. Ma to bardzo istotne znaczenie dla przygotowania się Zespołu wykonującego zadania z uwagi na modele sprzętu, wersje systemów operacyjnych, wersję i edycję baz danych, dostępność w środowisku systemowym narzędzi, które mogą mieć istotny wpływ na wykonanie danego zadania, a także wersji i edycji oprogramowania standardowego (T. W. S., IBM HPL, O. T.).

Odwołujący C. wyjaśnił, że oprogramowanie systemowe, bazodanowe oraz standardowe, wykorzystywane do wykonania zadań może posiadać różną funkcjonalność (różne komponenty funkcjonalne, komendy, odmienny interfejs użytkownika, itp.) w zależności od wersji i edycji. Specjaliści posiadający certyfikaty potwierdzające znajomość przez nich danej technologii, odnoszą się najczęściej do danej wersji oprogramowania. W miarę upływu czasu wiedzę tą należy uzupełniać z powodu pojawiających się z kolejnymi wersjami oprogramowania zmianami, nowymi funkcjonalnościami. Wiedza jaką posiada specjalista z wersji oprogramowania V.1 może nie być wystarczająca aby sprostać administracji czy obsłudze oprogramowania w wersji np. V.3. W szczególności wykonawcy nie mają informacji jak będzie skonfigurowane środowisko, jakie wersje oprogramowania będą udostępnione, jakie uprawnienia będzie posiadał wykonawca. W siwz nie ma też informacji, czy zamawiający dopuszcza korzystanie z dokumentacji systemu i wykorzystywanych narzędzi. Zamawiający oczekuje poza wykazaniem się umiejętnościami operowania na dużych

zbiorach, wykazania się de facto umiejętnościami szybkiego poznawania nieznanych środowisk, które udostępnione zostaną do realizacji próbki - czego nie można zaakceptować. Wykonawcy nie mają wiedzy co do wydajności środowisk, przez co nie są w stanie przewidzieć jaki czas będzie potrzebny na realizację danego zadania (choćby nie można wywnioskować jak długo będą się ładowały dane przywołane w opisie zadania 4, gdzie 0,-5 pkt będzie przyznawane jak odwołujący C. się domyśla za załadowanie danych do struktury docelowej bazy danych Informix). Powyższe stanowi o naruszeniu wskazanych wyżej przepisów Ustawy Pzp.

Odwołujący C. żąda nakazania zamawiającemu dokonania modyfikacji siwz w zakresie Rozdziału III. ZASADY OCENY OFERT, pkt. 2 Kryterium wykonania zadania, ppkt.2.7 siwz przez:

4.1. uzupełnienie opisu środowiska sprzętowo-programowego dla każdego zadania, w którym będzie ono wykonywane oraz przekazanie tego opisu wykonawcom na min. 1 miesiąc przed dniem składania ofert. W ramach opisu środowiska należy podać:

5.1.1 Architekturę środowiska - szczegółowy opis środowiska sprzętowego i programowego w którym będzie wykonywane zadanie

5.1.2 Architektura logiczna

5.1.3 Architektura fizyczna ze wskazaniem miejsca instalacji poszczególnych komponentów oprogramowania

5.1.4 Wykaz i parametry komponentów sprzętowych użytych do budowy środowiska (serwery, macierze, komponenty sieci LAN, komponenty sieci SAN, stacja robocza podłączona do środowiska)

5.1.5 Wykaz oprogramowania użytego do budowy środowiska:

nazwę, wersję i edycję systemu operacyjnego oraz listę zainstalowanego oprogramowania narzędziowego na danym sprzęcie;

- nazwę, wersję i edycję oprogramowania bazodanowego

- nazwę, wersję i edycję oprogramowania standardowego: T. W. S., IBM HPL, O.T. lub innego jeśli ma być wykorzystywane podczas realizacji zadania;

- Inne oprogramowanie

5.1.6 Poziom uprawnień użytkownika systemowego wykonującego zadanie

5.1.7 Strukturę i rozmiar danych, które będą podlegały ładowaniu narzędziem IBM HPL

5. [Brak informacji kiedy zadanie zostanie uznane za wykonane poprawnie]

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, dwuzdaniowym 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, w szczególności w kontekście tego, że jak wynika z siwz, zadania przedstawione do wykonania będą bazować siłą rzeczy na zadaniach realizowanych dotychczas przez A. w obrębie KSI.

Brak wskazania kryteriów oceny za realizację poszczególnych jednostek zadaniowych. Wykonawca w tym momencie - na etapie udostępnionej dokumentacji, nie wie za realizację jakich działań i operacji możliwe jest otrzymanie punktu, który można uzyskać realizując jednostkę zadaniową. Tym samym w odniesieniu do punktu 2.1, 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 przedstawia warunków, kiedy przedstawione 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.

Odwołujący Comarch żąda nakazania zamawiającemu dokonania modyfikacji siwz przez:

5.1. Wprowadzenie zapisów precyzujących dla każdej jednostki zadaniowej sposób oceny zadania, tj. kiedy Wykonawca otrzyma pełną punktację, a w jakich przypadkach 0 punktów.

[opis Jednostki zadaniowej 6 - dotyczy właściwości podmiotowych wykonawcy]

Osobnego omówienia wymaga Zadanie 6 w ramach kryterium oceny ofert. Jest ono zupełnie inne od pięciu zadań poprzedzających. Jego istotną sprawą jest bowiem wykonywanie zadań o charakterze zarządzającym, do tego ściśle powiązanych z unikatowym doświadczeniem związanym z obsługą KSI ZUS. Do wykonania tego zadania potrzebna jest nie tylko wiedza na temat działania KSI, jego struktury, architektury, danych itd. ale przede wszystkim konieczne jest doświadczenie przynajmniej w rocznym utrzymaniu KSI - co jest udziałem jedynie A. Powyższe potwierdza okoliczność, że zamawiający oczekuje w wyniku wykonania tego zadania kalendarza na rok 2018. Skoro tak, z pewnością są też (a właściwie muszą być) kalendarze za lata wcześniejsze - dostępne pracownikom A., którzy musieli zaplanować operacje ujęte w ogólnym opisie zadania również na rok bieżący. Wykonanie tego zadania nie jest możliwe bez doświadczenia w obsłudze KSI, wymaga ono szczegółowej wiedzy ale też i praktyki na temat planowania, dostępność zasobów, monitorowania, określania na potrzeby planu przetwarzania konkretnych wolumenów danych itd. z uwzględnieniem występującego w ZUS KSI przyrostu danych. Z innej strony - po co w takim razie przewidziano w umowie 9-miesięczny okres przejściowy, skoro oczekuje się od wykonawców takiej umiejętności już na dzień składania ofert? Przedmiotowe Zadanie 6 - przy pozorach obiektywnych zapisów (terminy ustawowe itd.) jako całość sprowadza się

zatem do oceny w ramach kryteriów doświadczenia wykonawcy w rozwiązywaniu problemów KSI w środowisku KSI - co wybitnie j jednoznacznie preferuje A., czyli właściwości podmiotowych (specyficznego doświadczenia).

Odwołujący C. żąda nakazania zamawiającemu dokonania modyfikacji siwz w zakresie pkt 2.2 lit f Rozdział VII siwz przez:

6.1. usunięcie Jednostki Zadaniowej 6 w całości.

[Sposób oceny kryterium w jednostkach zadaniowych]

Obecnie w siwz zawarto pkt 2.5. zgodnie z którym „W ramach kryterium Jakość wykonania zadania zostanie przyznane łącznie od 0 do 6 punktów; przy czym wykonawca musi zaliczyć co, najmniej 3 jednostki zadaniowe - brak zaliczenia co najmniej 3 jednostek zadaniowych będzie skutkować odrzuceniem oferty jako niespełniającej minimalnych wymagań zamawiającego na podstawie art 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp”. Odwołujący zarzuca, iż wprowadzone przez zamawiającego w w/w opisanej sytuacji 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 tych zadań, jest mu obojętne które z zadań zostanie zaliczone, a skoro tak - nią ma podstaw do tak radykalnej sankcji jak odrzucenie oferty wykonawcy. Zwłaszcza, że obiektywnie wykonawca mógłby mieć wykonane poprawnie część zadań - co winno kwalifikować się do obniżenia punktacji, a nie do odrzucenia. Specyfikacja nie jest miejscem kreowania nowych, nieistniejących w Ustawie podstaw odrzucenia oferty - a z tym mamy do czynienia w omawianym przypadku.

Dodatkowo - biorąc pod uwagę całość uwarunkowań dotyczących kryterium jakościowego opisaną powyżej w odwołaniu, jednoznacznie preferującą dotychczasowego wykonawcę - przedmiotowe domniemanie należy uznać za kolejny element wprowadzania nieuzasadnionych ograniczeń konkurencyjności postępowania.

Odwołujący C. żąda nakazania zamawiającemu dokonania modyfikacji siwz w zakresie pkt 2.5 Rozdział VII siwz - przez:

7.1. usunięcie zapisu o treści „przy czym Wykonawca musi zaliczyć co najmniej 3 jednostki zadaniowe - brak zaliczenia co najmniej 3 jednostek zadaniowych będzie skutkować odrzuceniem oferty jako niespełniającej minimalnych wymagań zamawiającego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp”

7.2.1 przez zobowiązanie zamawiającego do określenia sposobu oceny tego kryterium w sposób polegający wyłącznie na odpowiednim przyznawaniu lub nieprzyznawaniu punktacji.

[Braki i niejasności w zakresie zapisów Regulaminu przebiegu realizacji Jednostek Zadaniowych (od strony 38 siwz)]. W zakresie Regulaminu przebiegu realizacji zadań (Załącznik 3 do siwz) zarzucamy przede wszystkim:

1. Brak przedstawienia przez zamawiającego informacji o dokładnym miejscu realizacji Jednostek Zadaniowych. Zamawiający w ust 2 Regulaminu informuje jedynie o adresie siedziby zamawiającego, nie precyzując czy wszyscy wykonawcy będą ulokowani w jednej sali, czy dla poszczególnych wykonawców zamawiający udostępni osobne pomieszczenie. Informacja ta nie jest także doprecyzowana w ust 12 Regulaminu.

2. zamawiający nie precyzuje, czy dopuszcza udział przedstawicieli wykonawcy w realizacji Jednostek Zadaniowych przez pozostałych wykonawców w celu kontroli i weryfikacji ich przebiegu zgodnego z regulaminem.

3. Regulamin nie precyzuje czy opis czynności oraz materiały niezbędne do wykonania zadania będą identyczne dla wszystkich wykonawców. Sytuacja w której zadania różniłyby się w zakresie przedmiotu i czynności powodowałaby nierówność wobec kryteriów oceny, ponieważ" nie sposób zagwarantowanie dwa różne zadania będą miały ten sam stopień trudności. Wszyscy oferenci muszą podlegać dokładnie tym samym kryteriom oceny.

4. Brak opisu sposobu przydzielenia przez wykonawcę zestawu 6 stacji roboczych przewidzianych do realizacji Jednostek Zadaniowych. Zamawiający określa co prawda w pkt 5 ust 1, że każdemu wykonawcy udostępniony zostanie zestaw 6 stacji, ale wykonawca nie określa który z 4 będzie przypisany do konkretnego wykonawcy. Praktyką w tym zakresie jest losowanie zestawów (stanowisk) przed przystąpieniem do realizacji-zadań.

5. Wprowadzenie ograniczenia w dostępie do System Informacji Prawnej LEX oraz strony internetowej ZUS- tylko na jednej z sześciu udostępnionych stacji roboczych - pkt 6 ust 2 Regulaminu. Ograniczenie do 1 komputera bazy prawnej Lex i dostępu do strony ZUS nie ma uzasadnienia, tym bardziej, że może być konieczna równoległa praca nad zagadnieniami wymagającymi konieczności korzystania z tych źródeł.

6. zamawiający nie precyzuje czy przewidziana przez niego rejestracja wideo realizacji poszczególnych Jednostek Zadaniowych przez pozostałych wykonawców, będzie jawna oraz dostępna dla wykonawcy. Możliwość weryfikacji przebiegu realizacji zadań przez konkurentów w oparciu o zapis audio i wideo jest szczególnie istotny w przypadku braku możliwości udziału przedstawiciela wykonawcy w realizacji Jednostek Zadaniowych realizowanych przez pozostałych wykonawców.

Odwołujący C. żąda nakazania zamawiającemu dokonania modyfikacji w zakresie załącznika nr 3 do siwz przez:

8.1. Modyfikację pkt 121) Regulaminu polegającą na wprowadzeniu zapisu:

1) dedykowaną dla każdego wykonawcy salę na potrzeby realizacji Jednostek zadaniowych

lub w przypadku jednej sali dla wszystkich wykonawców:

2) wspólną dla wszystkich wykonawców salę na potrzeby realizacji Jednostek Zadaniowych

8.2. Doprecyzowanie zapisów Regulaminu przez dodanie informacji o możliwości udziału w roli obserwatorów wskazanych przedstawicieli wykonawcy w realizacji Jednostek zadaniowych innych Wykonawców.

8.3. Modyfikację pkt 61) Regulaminu polegającą na wprowadzeniu zapisu:

1) W celu realizacji Jednostek Zadaniowych każdemu z wykonawców zostanie zapewniony dostęp do takich samych 6 stacji roboczych. Przydział stanowisk zostanie przydzielony w drodze losowania przed przystąpieniem do realizacji Jednostek Zadaniowych. Stacje robocze będą miały zablokowane porty USB oraz dostęp do Internetu.

8.4. Modyfikację pkt 6 2) Regulaminu polegającą na wprowadzeniu zapisu:

2) W celu realizacji Jednostki Zadaniowej nr 6 na wszystkich stacji roboczej każdego Zespołu Wykonawcy zostanie udostępniony System informacji Prawnej LEX oraz strona internetowa ZUS.

8.5. Modyfikację pkt 14 Regulaminu polegającą na wprowadzeniu zapisu:

14. Realizacja przebiegu Jednostek Zadaniowych będzie rejestrowana przez zamawiającego w postaci zapisu audio i wideo. Zapis ten będzie jawnie dostępny dla wykonawców.

Kryterium Koncepcją przejęcia zadań

Odwołujący zarzuca, iż zamawiający nie zdefiniował obiektywnych kryteriów oceny „Koncepcji przejęcia i świadczenia usług wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS” (zwanej dalej . „Koncepcją”). Pkt 3.4 Kryteriów i zasad oceny ofert (Rozdział VI! siwz), enumeratywnie wymienia oceniane elementy Koncepcji na przykład;

3.4. Koncepcja powinna przedstawiać zaproponowany przez Wykonawcę sposób prawidłowego, przejmowania usług utrzymania KSI ZUS i ich realizacji, uwzględniający doświadczenie Wykonawcy oraz najlepsze praktyki tynkowe, jak również informację i zastrzeżenia określone w pkt 3.5 - 3.7 -poniżej, obejmująca co najmniej;

1) Metodykę — opis sposobu i zakresu przejmowania zadań umożliwiający Wykonawcy świadczenie Usług na wymaganym przez zamawiającego poziomie:

a. organizacja zespołu umowy utrzymaniowej KSI ZUS, zawartej w wyniku niniejszego postępowania (no. podział na grupy zadaniowe i kompetencyjne) - punktacja: 0 pkt albo 1 pkt;

b. model procesów utrzymania - punktacja; 0 pkt albo 1 pkt;

c. narzędzia wsparcia utrzymania — punktacja: 0 pkt albo 1 pkt;

- ale nie precyzuje, według jakich kryteriów te elementy będą oceniane. Należy zauważyć, że jeżeli istnieją (i są znane zamawiającemu) obiektywnie najlepsze treści w/w elementów-to ze względu na troskę o dobro przedsięwzięcia powinny być one zawarte w treści siwz. Jeżeli zaś takie treści nie istnieją (bądź nie są znane zamawiającemu), to wszelka ich ocena będzie jedynie subiektywną.

Odwołujący C. żąda nakazania zamawiającemu:

10.1. wprowadzenie do Rozdziału VII.III pkt 3 nowego punktu stanowiącego, iż podstawą niezaliczenia któregoś z elementów opisu Koncepcji, bądź nieprzyznania punktu nie może być jakakolwiek niezgodność ze specyfiką KSI lub specyfiką ZUS, w tym praktyka realizowania przez ZUS jego procesów/obowiązków ustawowych - o ile nie została ona szczegółowo opisana przez ZUS wraz z opisem jej wpływu dla sporządzenia Koncepcji przejęcia zadań w udostępnionej wykonawcom przed złożeniem ofert na równych zasadach dokumentacji (w ramach siwz);

10.2. zobowiązanie zamawiającego, iż w zakresie w jakim przeznaczone do wykonania w ramach kryterium Koncepcja przejęcia zadań opisy Koncepcji zależą będą od jakiegokolwiek specyfiki KSI lub od specyfiki ZUS, w tym od praktyki realizowania przez ZUS jego procesów/obowiązków ustawowych - do. sporządzenia szczegółowego opisu tej specyfiki w siwz, z podaniem jej wpływu na przewidziane do wykonania w ramach tego kryterium opisy, a następnie do jego udostępnienia wszystkim wykonawcom na równych zasadach przed złożeniem ofert;

Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia w zakresie Wzoru Umowy - Załącznik 2 do SiWZ (naruszenie art. 7 ust 1 i 3, art. 29 Ust 1 i 2, art. 36 ust 1 pkt 3 /16 w zw. z art. 51 ust. 4 Ustawy oraz art. 140 Ustawy oraz art. S, art. 58, art. 353(1), art. 354, art. 387 § 1 i Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ust 1 Ustawy, a także innych norm i zasad wskazanych w uzasadnieniu odwołania)

1) Postanowienie umowy i jego treść:

Art. 16 ust. 2 Wzoru umowy - „W terminie 30 dni od dnia zawarcia Umowy, Wykonawca przedstawi w formie pisemnej szczegółową Koncepcją przejęcia i świadczenia Usług utrzymania („Koncepcja”), której realizacja powinna zapewnić przejęcie Usług utrzymania przez Wykonawcą w sposób niezagrażający nieprzerwanej i bezawaryjnej eksploatacji KSI ZUS, oraz jakość tych usług, a także umożliwić przejęcie całości Usług utrzymania nie później niż w terminie 9 miesięcy od Dnia zawarcia Umowy. Koncepcja powinna przedstawiać sposób przejmowania Usług utrzymania i ich realizacji, uwzględniający doświadczenie Wykonawcy oraz najlepsze praktyki rynkowe, jak również informacje i zastrzeżenia określone w ust. 6-8 poniżej, obejmując co najmniej:”

Uzasadnienie:

Umowa przewiduje 9-miesięczny okres przejściowy lecz nie zawiera żadnych zapisów zabezpieczających wykonawcę przed ryzykami związanymi z destabilizacją Systemu, wywołaną modyfikacjami wgranymi przez dotychczasowego wykonawcę (A.) do systemu tuż przed upływem okresu przejściowego. W konsekwencji dochodzi do przerwania na nowego Wykonawcę konieczności obsługi potencjalnych wad tkwiących w oprogramowaniu wytworzonym przez dotychczasowego wykonawcę i de facto do zwolnienia go z odpowiedzialności za wady wykonanych przez niego modyfikacji, w tym za wady modyfikacji

wprowadzonych bezpośrednio przed zakończeniem okresu przejściowego. Tym samym odwołujący C. uważa, że mamy do czynienia z przerwaniem na wykonawcę odpowiedzialności za (potencjalne) niewykonanie zobowiązania przez dotychczasowego wykonawcę oraz z nierównym traktowaniem wykonawców.

Odwołujący żąda nakazania zamawiającemu:

a. W zakresie art. 16 ust. 2 Wzoru Umowy: zastąpienia treści art. 16 ust. 2 Wzoru Umowy postanowieniem o następującym brzmieniu:

„W terminie 30 dni od Dnia zawarcia Umowy, Wykonawca przedstawi w formie pisemnej szczegółową Koncepcję przejęcia i świadczenia Usług utrzymania („Koncepcja”), której realizacja powinna zapewnić przejęcie Usług utrzymania przez Wykonawcę w sposób niezagrażający nieprzerwanej i bezawaryjnej eksploatacji KSI ZUS, oraz jakość tych usług, a także umożliwić przejęcie całości Usług utrzymania nie później niż w terminie 9 miesięcy od Dnia zawarcia Umowy, z zastrzeżeniem ust. 9 i 10. Koncepcja powinna przedstawiać sposób podejmowania Usług utrzymania i ich realizacji, uwzględniający doświadczenie Wykonawcy oraz najlepsze praktyki rynkowe, jak również informacje i zastrzeżenia określone w ust. 6-8 poniżej, obejmując co najmniej:”

b. dodania do art. 16 Wzoru Umowy po ust. 8, ust. 9 o treści: „zamawiający zagwarantuje, że na 3 miesiące przed rozpoczęciem świadczenia Usługi, na środowisko produkcyjne ustalone w Koncepcji przejęcia utrzymania systemu nie będą wprowadzane żadne zmiany bez uprzedniej zgody Wykonawcy.

c. dodania do art. 16 Wzoru Umowy po ust. 9, ust. 10 o treści: „W przypadku naruszenia przez zamawiającego obowiązku określonego w ust. 9, Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za brak terminowej realizacji przedmiotu Umowy jak również za niedotrzymanie parametrów metryk usług, których modyfikacja wprowadzona została na środowisko produkcyjne bez zgody Wykonawcy.

Rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy ponad zasady odpowiedzialności wynikające z norm kodeksowych, zwolnienie z odpowiedzialności dotychczasowego wykonawcę (Asseco), nierówne traktowanie wykonawców

Postanowienia umowy i ich treść:

a. art. 3 ust. 9 Wzoru Umowy - „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. Art. 3 ust. 2 pkt 14 stosuje się”.

b. art. 16 ust. 8 Wzoru Umowy - „Zakres konsultacji świadczonych na rzecz Wykonawcy nie może wykraczać poza zakres określony dla Konsultacji utrzymaniowych - nie ma na celu transferu ogólnej wiedzy na temat ubezpieczeń społecznych a także wiedzy dotyczącej procesów biznesowych zamawiającego, organizacji procesu przetwarzania danych, budowy

oraz funkcjonowania aplikacji wynikającej z istniejącej i dostępnej dla Wykonawcy dokumentacji, w tym w szczególności dokumentacji zamieszczonej w Repozytorium. 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."

c. art. 4 ust. 1 pkt. 4 Wzoru Umowy - „W celu wykonania Umowy zamawiający zobowiązuje się do: (...) zapewnienia możliwości korzystania przez Wykonawcę z Konsultacji utrzymaniowych. zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za jakość Konsultacji utrzymaniowych świadczonych przez Innych wykonawców;”

d. art. 4 ust. 1 pkt. 6 Wzoru Umowy - „W celu wykonania Umowy zamawiający zobowiązuje się do: (...) zapewnienia współdziałania Innych wykonawców, w zakresie zgodnym z Dokumentami kontraktowymi oraz Macierzą odpowiedzialności. zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za jakość współdziałania Innych wykonawców;”

Uzasadnienie:

Wskazane wyżej postanowienia umowne w zakresie w jakim dotyczą nieudzielenia przez innych wykonawców Konsultacji utrzymaniowych lub ich niskiej jakości, nakładają na wykonawcę odpowiedzialność za podmioty i okoliczności, na które nie ma on żadnego wpływu. Wykonawca nie ma bowiem prawnej możliwości wyegzekwowania od innych wykonawców udzielenia Konsultacji utrzymaniowych czy też świadczenia tych Konsultacji na odpowiednim poziomie (niezbędnym do wykonania zobowiązania własnego Wykonawcy). W konsekwencji, powyższe postanowienia (art. 3 ust. 9 i art. 16 ust. 8 Wzoru umowy) powodują rozszerzenie kodeksowych zasad odpowiedzialności Wykonawcy za wykonanie zobowiązania. Należy także zauważyć, że nieudzielenie Konsultacji utrzymaniowych lub ich niska jakość spowoduje niemożliwość wykonania zobowiązania w części lub w całości przez Wykonawcę. W związku z powyższym, w takiej sytuacji wykonawca powinien być zwolniony z obowiązku świadczenia lub jego odpowiedniej części.

Niezależnie, zapisy te (art. 4 ust. 1 pkt. 4 oraz art. 4 ust. 1 pkt. 6 Wzoru umowy) zwalniają z odpowiedzialności innych wykonawców lub dotychczasowego wykonawcę (Asseco) z odpowiedzialności za wykonanie ich własnych zobowiązań, powodując nierówne traktowanie wykonawców. Jednocześnie zwalniają one zamawiającego z konieczności zapewnienia odpowiedniej jakości współpracy ze strony pozostałych wykonawców, przerzucając tę odpowiedzialność na wykonawcę, co stanowi rażąco nierówny rozkład ryzyka stron, umowy w wykonaniu zobowiązań wzajemnych. W tym miejscu należy podkreślić, że zamawiający jest jedyną instytucją łączącą współdziałających wykonawców w sposób formalno-prawny. zamawiający uchylając się od nadzoru nad jakością współpracy, powoduje, że wykonawca jest zdany na dobrą wolę współpracy ze strony bezpośrednio konkurujących z nim na rynku podmiotów, co czyni fikcyjnym zobowiązanie zamawiającego do zapewnienia tej współpracy.

Zwolnienie zamawiającego z obowiązku zapewnienia odpowiedniej jakości współpracy ze strony pozostałych wykonawców prowadzi do sytuacji, w której w szczególności udzielone konsultacje lub dostarczone dokumentacje mogą być niezgodne z udostępnionym do utrzymania oprogramowaniem. Taka sytuacja dodatkowo doprowadzi do uznaniowości zamawiającego w zakresie kwalifikacji działania oprogramowania jako błędne/prawidłowe.

Nadto kwestionowane postanowienie jest niejasne w części, w jakiej stanowi, że „Zakres konsultacji świadczonych na rzecz Wykonawcy nie może wykraczać poza zakres określony dla Konsultacji utrzymaniowych (...)”, Zdaniem odwołującego to postanowienie może być bowiem rozumiane¹ na dwa sposoby - pierwszy polegający na tym, że Wykonawca nie będzie mógł żądać udzielenia konsultacji we wskazanym w tym postanowieniu zakresie, a drugi, że będzie to możliwe, ale tylko w sytuacji, gdy wiedzy tej nie będzie można uzyskać korzystając z udostępnionej wykonawcy dokumentacji. W konsekwencji postanowienie jest sprzeczne z zawartym w art. 29 ust. 1 Ustawy nakazem opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń.

Odwołujący Comarch żąda nakazania zamawiającemu w zakresie:

- a) art. 3 ust. 9 Wzoru Umowy: całkowitego usunięcia kwestionowanego postanowienia (a także odpowiadających mu postanowień znajdujących się w pozostałych miejscach siwz)
- b) art 16 ust 8 Wzoru Umowy: zastąpienia kwestionowanego postanowienia w całości postanowieniem o następującej treści: „Zakres konsultacji świadczonych na rzecz Wykonawcy nie ma na celu transferu, ogólnej wiedzy na temat ubezpieczeń społecznych a także wiedzy dotyczącej procesów biznesowych zamawiającego, organizacji procesu przetwarzania danych, budowy oraz funkcjonowania aplikacji, jeżeli wiedza ta wynika z istniejącej i dostępnej dla Wykonawcy dokumentacji, w tym w szczególności dokumentacji zamieszczonej w Repozytorium.”
- c) art. 4 ust. 1 pkt. 4 Wzoru Umowy: usunięcia ostatniego zdania kwestionowanego postanowienia umownego, t.j. „zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za jakość Konsultacji utrzymaniowych świadczonych przez Innych wykonawców;” (a także odpowiadających mu postanowień znajdujących się w pozostałych miejscach siwz)
- d) art. 4 ust. 1 pkt. 6 Wzoru Umowy: usunięcia ostatniego zdania kwestionowanego postanowienia umownego, t.j. „zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za jakość współdziałania innych wykonawców;” (a także odpowiadających mu postanowień znajdujących się w pozostałych miejscach siwz)

[brak jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia]

Postanowienie umowy i Jego treść:

Art. 4 ust. 1 pkt. 8 Wzoru Umowy - „W celu wykonania Umowy zamawiający zobowiązuje się do: (...) zapewnienia Personelowi Wykonawcy, w wyjątkowych przypadkach, na wniosek Wykonawcy, pomieszczenia biurowego i wyposażenia stanowiska pracy;”

Uzasadnienie:

Postanowienie jest sprzeczne z zapisami załącznika siwz_TZ__271_66_15, rozdział III, punkt 3, podpunkt 3.4, punkt 4, podpunkt 4, pod podpunkt b "wymagania o charakterze logistycznym (liczba i wyposażenie pomieszczeń, dostęp do systemu) - punktacja: 0 pkt albo 1 pkt", w którym zamawiający dopuszcza zaplanowane i proceduralne wykorzystanie pomieszczeń i sprzętu. W konsekwencji istniejąca sprzeczność narusza obowiązek jednoznacznego opisanie przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 29 ust. 1 Ustawy.

Odwołujący C. żąda nakazania zamawiającemu w zakresie Art. 4 ust. 1 pkt. 8 Wzoru Umowy:

zastąpienia zdania: „W celu wykonania Umowy zamawiający zobowiązuje się do: (...) zapewnienia Personelowi Wykonawcy, w wyjątkowych przypadkach, na wniosek Wykonawcy, pomieszczenia biurowego i wyposażenia stanowiska pracy;” zdaniem o następującej treści: „W celu wykonania Umowy zamawiający zobowiązuje się do: (...) zapewnienia Personelowi Wykonawcy, na wniosek Wykonawcy, pomieszczenia biurowego i wyposażenia stanowiska pracy;”.

[Rażący brak równowagi w ukształtowaniu ryzyka stron związanego z wykonaniem zobowiązania, sprzeczność z naturą stosunku prawnego, naruszenie zasady proporcjonalności]

Postanowienie umowy i jego treść:

Art. 9 ust. 3 Wzoru Umowy- „Wykonawca ma prawo zgłaszania pisemnych zastrzeżeń do wartości parametrów lub danych wyszczególnionych w raportach w terminie 5 Dni roboczych od dnia przekazania raportu. W przypadku braku zgłoszenia przez Wykonawcę zastrzeżeń w przewidzianym terminie raport uznaje się za uzgodniony. Zgłaszane zastrzeżenia będą wyjaśniane przez Strony. W sytuacji braku uzgodnienia raportu w terminie 10 Dni roboczych od dnia przekazania raportu należy przeprowadzić procedurę eskalacji opisaną w Załączniku 2, która powinna się zakończyć do końca miesiąca. W przypadku braku uzgodnienia raportu do końca miesiąca, Wykonawca wystawi fakturę korygującą za okres, którego dotyczą zastrzeżenia, zmniejszając wynagrodzenie za ten okres o 50% spornej kwoty obniżenia. Do realizacji działań związanych z uzgodnieniami Raportów poziomu świadczenia Usług Wykonawcy mają zastosowanie Procedury eksploatacyjne”

Uzasadnienie:

Postanowienie umowy w obecnym kształcie zastrzega na rzecz zamawiającego jednostronne i arbitralne prawo do obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy i pozbawia go wszelkich możliwości zakwestionowania dokonanego obniżenia. Możliwość obniżenia wysokości wynagrodzenia aktualizuje się zawsze w sytuacji upływu czasu przewidzianego na uzgodnienie raportu, W całkowitym oderwaniu od przyczyn, dla których uzgodnienie w tym czasie nie nastąpiło. Przy czym, procedura eskalacji opisana w Załączniku 2 daje tylko

iluzoryczne narzędzie do rozstrzygania sporów mogących powstawać na gruncie tego zapisu, ponieważ w skład wszystkich struktur opisanych w „Procedurze eskalacji” wchodzi przedstawiciele zarówno zamawiającego, jak i wykonawcy, nie przewidując żadnego bezstronnego podmiotu z głosem rozstrzygającym. Jednocześnie wartość, o jaką wynagrodzenie ulega obniżeniu, jest stała i została ustalona w oderwaniu od jakichkolwiek kryteriów, jak przykładowo istotność zastrzeżeń lub rodzaj parametrów, do których skierowano zastrzeżenia.

Wobec takiej konstrukcji kwestionowanego postanowienia umowy, w przypadku wystąpienia nieuzasadnionego zastrzeżenia, które doprowadziłoby następnie do obniżenia wynagrodzenia ze względu na brak uzgodnienia raportu w terminie, wykonawca nie będzie miał możliwości dochodzenia niesłusznie obniżonego wynagrodzenia przed sądem. W ocenie odwołującego C. prowadzi to do rażącego naruszenia równowagi stron w ukształtowaniu ryzyka związanego z wykonaniem umowy, jest sprzeczne z naturą stosunku prawnego i nieproporcjonalne w stosunku do zamierzonego przez zamawiającego celu.

Odwołujący C. żąda nakazania zamawiającemu w zakresie Art. 9 ust. 3 Wzoru Umowy: dodania po zdaniu „W przypadku braku uzgodnienia raportu do końca miesiąca, Wykonawca wystawi fakturę korygującą za okres, którego dotyczą zastrzeżenia, zmniejszając wynagrodzenie za ten okres o 50% spornej kwoty obniżenia.” zdania o następującej treści: „Powyższe postanowienie nie stanowi zrzeczenia się roszczeń przez Wykonawcę”.

[rażący brak równowagi w ukształtowaniu ryzyka stron związanego z wykonaniem zobowiązania, niemożliwość wykonania zobowiązania]

Postanowienia umowy i ich treść:

a. art. 3 ust. 2 pkt. 9 Wzoru Umowy - „Wykonawca zobowiązuje się do; (...) przestrzegania Standardów IT ZUS przekazanych Wykonawcy do stosowania. zamawiający może dokonywać zmian w Standardach IT ZUS, zgodnie z procedurą określoną w Procedurach dla realizacji Umowy. W takim przypadku zamawiający przekaze Wykonawcy informację o zmianach w Standardach U ZUS przed dniem ich wejścia w życie;”

b. art, 3 ust. 2 pkt. 10 Wzoru Umowy - „Wykonawca zobowiązuje się do (...) przestrzegania Procedur eksploatacyjnych zamawiającego, przekazanych Wykonawcy do stosowania. zamawiający może dokonywać zmian w Procedurach eksploatacyjnych, zgodnie z procedurą określoną w Procedurach dla realizacji Umowy. W takim przypadku zamawiający przekaze Wykonawcy informację o zmianach w Procedurach eksploatacyjnych przed dniem ich wejścia w życie;”

Uzasadnienie:

Przekazanie Wykonawcy zmian w zakresie odpowiednio Standardów IT ZUS czy Procedur Eksploatacyjnych "przed dniem wejścia w życie" rażąco narusza równowagę w ukształtowaniu ryzyka stron związanego z wykonaniem zobowiązania, ponieważ nie daje

możliwości odpowiedniego dostosowania sposobu i procedur działania wykonawcy. Tym samym może doprowadzić do niezawinionego przez wykonawcę naruszenia nowo ustanowionych zasad,

Odwołujący C. żąda nakazania zamawiającemu:

a. w zakresie Art. 3 ust. 2 pkt. 9 Wzoru Umowy: zastąpienia ostatniego zdania kwestionowanego postanowienia zdaniem: „W takim przypadku zamawiający przekaze Wykonawcy informację o zmianach w Standardach IT ZUS 30 dni przed dniem ich wejścia w życie”

b. w zakresie Art. 3 ust. 2 pkt. 10 Wzoru Umowy: zastąpienia ostatniego zdania •kwestionowanego postanowienia zdaniem: „W takim przypadku zamawiający przekaze Wykonawcy informację o zmianach w Procedurach eksploatacyjnych 30 dni przed dniem ich wejścia w życie;”

[rozszerzenie zasad odpowiedzialności ponad zasady odpowiedzialności wynikające z norm kodeksowych, niemożliwość wykonania zobowiązania przez wykonawcę]

Postanowienie umowy i jego treść:

Art. 3 ust. 2 pkt. 14 Wzoru Umowy -„{...} informowania zamawiającego, w formie pisemnej pod rygorem nieważności, o potrzebie dokonania zmian w KSI, o ile Wykonawca w czasie obowiązywania Umowy poweźmie wiedzę o takiej potrzebie, a także o wszelkich zagrożeniach, przeszkodach czy utrudnieniach powstałych w toku wykonywania Dokumentów kontraktowych, w tym w szczególności o przypadkach nieprzekazywania przez Personel zamawiającego lub Personel innych wykonawców niezbędnych informacji lub utrudnieniach w dostępie do Środowiska eksploatacyjnego, które mogą mieć wpływ na należyte wykonywanie Dokumentów kontraktowych. Informacja, o której mowa powyżej, powinna być przekazana zamawiającemu w terminie, który umożliwi dalsze prawidłowe wykonywanie Dokumentów kontraktowych oraz wskazywać zamawiającemu prawidłowy sposób postępowania, w tym czynności, które zamawiający powinien podjąć i termin usunięcia naruszeń niezbędny do tego, by Dokumenty kontraktowe mogły być w dalszym ciągu wykonywane w sposób prawidłowy i terminowy. W przypadku niepoinformowania zamawiającego bez zbędnej zwłoki o występujących po stronie zamawiającego zagrożeniach, przeszkodach czy utrudnieniach, Wykonawca traci prawo do powoływania się w tym zakresie na brak współdziałania zamawiającego w celu zwolnienia się od odpowiedzialności, podnoszenia zarzutów nieprawidłowego wykonywania Dokumentów kontraktowych przez zamawiającego bądź Innych wykonawców i powstrzymywania się z należytych wykonaniem Dokumentów kontraktowych; obowiązki informacyjne określone w niniejszym punkcie realizowane są w formie innej niż pisemna w wypadkach wyszczególnionych w załącznikach do Umowy;”

Uzasadnienie:

Zobowiązanie jest niemożliwe do wykonania. Wymaganie nakłada na wykonawcę obowiązek informowania zamawiającego o skutkach działań, które są od wykonawcy niezależne, z wyprzedzeniem pozwalającym zamawiającemu (którego działania są niezależne od wykonawcy) zapobiec tym skutkom. Ponadto nakłada na wykonawcę odpowiedzialność za niewykonanie zobowiązania przez innych wykonawców.

Odwołujący C. żąda nakazania zamawiającemu w zakresie 3 ust. 2 pkt. 14 Wzoru Umowy: Zastąpienia kwestionowanego postanowienia postanowieniem: „(...) informowania Zamawiającego, w formie pisemnej pod rygorem nieważności, o potrzebie dokonania zmian w KSI, o ile Wykonawca w czasie obowiązywania Umowy poweźmie wiedzę o takiej potrzebie, a także o wszelkich zagrożeniach, przeszkodach czy utrudnieniach powstałych w toku wykonywania Dokumentów, kontraktowych, w tym w szczególności o przypadkach nieprzekazywania przez Personel zamawiającego lub Personel Innych wykonawców niezbędnych Informacji lub utrudnieniach w dostępie do Środowiska eksploatacyjnego, które mogą mieć wpływ na należyte wykonywanie Dokumentów kontraktowych. Informacja, o której mowa powyżej, powinna być niezwłocznie przekazana zamawiającemu. W przypadku niepoinformowania zamawiającego bez pędnej zwłoki o występujących po stronie zamawiającego zagrożeniach, przeszkodach czy utrudnieniach, Wykonawca traci prawo do powoływania się W tym Zakresie na brak współdziałania zamawiającego w celu zwolnienia się od odpowiedzialności, podnoszenia zarzutów nieprawidłowego wykonywania Dokumentów kontraktowych przez zamawiającego bądź Innych wykonawców i powstrzymywania się z należyтым wykonaniem Dokumentów kontraktowych; obowiązki informacyjne określone w niniejszym punkcie realizowane są w formie innej niż pisemna w wypadkach wyszczególnionych w załącznikach do Umowy;”

[niemożliwość wykonania zobowiązania przez wykonawcę, brak jednoznacznego i wyczerpującego określenia obowiązków wykonawcy]

Postanowienie umowy i jego treść:

Art. 3 ust. 2 pkt. 17 Wzoru Umowy - „Wykonawca zobowiązuje się do (...) 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 PO 17 z Załącznika 2, całości Know-how, a także kompletu wszelkich procedur, 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. Przekazane przez Wykonawcę Know-how, procedury, dokumenty i narzędzia, o których mowa w zdaniu poprzedzającym będą pozwalać zamawiającemu na samodzielne,

należyte i terminowe świadczenie Usług utrzymania w ramach każdej z Metryk, bez konieczności uzyskania jakichkolwiek rad, opinii czy wsparcia Wykonawcy lub innego podmiotu i będą zawierać w szczególności: (...)"

Uzasadnienie:

Wykonawca nie ma wpływu na możliwość samodzielnego świadczenia Usług utrzymania przez zamawiającego. Niemożliwość ta może wynikać z braków kadrowych, czy niedostatecznych kompetencji lub doświadczenia po stronie personelu zamawiającego. Z tego względu wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności w przypadku braku samodzielnego świadczenia Usług utrzymania przez zamawiającego.

Niezależnie, sformułowanie „w szczególności” w kontekście zobowiązania wykonawcy do dostarczenia wymienionej w dalszej (niezacytowanej wyżej) części tego postanowienia dokumentacji, czyni otwartym katalog obowiązków wykonawcy. Tego typu zapis jest sprzeczny z art. 29 ust. 1 Ustawy, który nakazuje określać obowiązki wykonawcy w sposób jednoznaczny i wyczerpujący.

Odwołujący żąda nakazania zamawiającemu w zakresie Art. 3 ust. 2 pkt. 17 Wzoru Umowy: zastąpienia zdania: „Przekazane przez Wykonawcę Know-how, procedury, dokumenty, narzędzia, o których mowa w zdaniu poprzedzającym będą pozwalać zamawiającemu na samodzielne, należyte i terminowe świadczenie Usług utrzymania w ramach każdej z Metryk, bez konieczności uzyskania jakichkolwiek rad, opinii czy wsparcia Wykonawcy lub innego podmiotu i będą zawierać w szczególności: zdaniem o następującej treści: „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: (...)

[Sprzeczność z zasadą swobody umów, naturą stosunku i zasadami współżycia społecznego. Naruszenie obowiązku co do formy pisemnej.]

Postanowienia umowy i ich treść:

a. art. 12 ust. 7 Wzoru umowy - „Zamawiający zastrzega, iż z uwagi na ciągły dynamiczny rozwój i niezbędne modyfikacje KSI ZUS, treść Załącznika 18 „Opis Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych” ma wyłącznie charakter informacyjny i przedstawia aktualny, na dzień sporządzenia siwz, stan Systemu KSI ZUS. Ewentualne zmiany stanu KSI ZUS wynikające ze zmian organizacyjnych zamawiającego oraz rozwoju i modyfikacji KSI ZUS wprowadzane od momentu sporządzenia siwz do momentu zawarcia Umowy lub w trakcie świadczenia usług objętych Umową nie mogą być zatem traktowane jako zmiany treści Umowy wymagające modyfikacji ww. załącznika. Przed podpisaniem Umowy zamawiający udostępni Wykonawcy posiadaną dokumentację wprowadzonych zmian, dokonanych po sporządzeniu przedmiotowego załącznika.”

b. Art. 12 ust. 9 Wzoru umowy - „Po dostosowaniu zakresu i treści Metryk Usług Wykonawcy Strony, w terminie trzech miesięcy od Dnia rozpoczęcia świadczenia Usług, dokonają weryfikacji wpływu zmiany na warunki świadczenia Usług Wykonawcy oraz zobowiązania Stron, zgodnie z procedurą P02 określoną w Załączniku 2. Po przeprowadzeniu analizy tego wpływu, Strony rozważą dostosowanie zakresu, i Parametrów Usług oraz związanych z nimi zobowiązań Stron.-Zmiany w powyższym zakresie nie wymagają aneksu do Umowy, W przypadku zmiany Metryki Usług Wykonawcy, dotychczasowa treść załączników odnoszących się do Metryk zostanie zastąpiona zaktualizowanym tekstem jednolitym uwzględniającym wprowadzone zmiany. Zmiana ta nie stanowi zmiany Umowy.”

c. Art. 12 ust. 10 Wzoru Umowy - „inne niż określone w ust. 8 i 9 zmiany Metryk Usług Wykonawcy stanowiących Załączniki 3-5 i 8 są przeprowadzane zgodnie z procedurami zawartymi w Załączniku 2, 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.”

Uzasadnienie:

Odwołujący kwestionuje wyżej zacytowane postanowienia umowy w zakresie, w jakim przewidują one, że wymienione tam zmiany „nie mogą być traktowane jako zmiany treści Umowy”, „nie stanowią zmiany Umowy” bądź też „nie wymagają aneksu do Umowy”. Zdaniem odwołującego tego typu postanowienia są sprzeczne z zasadą swobody umów i sprzeciwiają się naturze stosunku prawnego, a w konsekwencji są także sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Uprawniają one bowiem zamawiającego do jednostronnego zmieniania umowy. Niezależnie jest to także niezgodne z obowiązkiem zachowania formy pisemnej umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący Comarch żąda nakazania zamawiającemu w zakresie;

a. Art. 12 ust. 7 Wzoru Umowy: zastąpienia kwestionowanego postanowienia postanowieniem o następującej treści: „zamawiający zastrzega, iż z uwagi na ciągły dynamiczny rozwój i niezbędne modyfikacje KS1 ZUS, treść Załącznika 18 „Opis Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych” przedstawia stan Systemu KSI ZUS na dzień sporządzenia S1WZ. Przed podpisaniem Umowy zamawiający udostępni Wykonawcy posiadaną dokumentację wprowadzonych zmian, dokonanych po sporządzeniu przedmiotowego załącznika.”

b. Art. 12 ust 9 Wzoru Umowy; zastąpienia kwestionowanego postanowienia postanowieniem o następującej treści: „Po dostosowaniu zakresu i treści Metryk Usług Wykonawcy Strony, w terminie trzech miesięcy od Dnia rozpoczęcia świadczenia Usług, dokonają weryfikacji wpływu zmiany na warunki świadczenia Usług Wykonawcy oraz

zobowiązania Stron, zgodnie z procedurą P02 określoną w Załączniku 2. .Po przeprowadzeniu analizy tego wpływu, Strony rozważą dostosowanie zakresu i Parametrów Usług oraz związanych z nimi zobowiązań Stron. W przypadku zmiany Metryki Usług Wykonawcy, dotychczasowa treść załączników odnoszących się do Metryk zostanie zastąpiona zaktualizowanym tekstem jednolitym uwzględniającym wprowadzone zmiany."

c. Art. 12 ust. 10 Wzoru Umowy: zastąpienia kwestionowanego postanowienia postanowieniem o następującej treści: „inne niż określone w ust. 8 i 9 zmiany Metryk Usług Wykonawcy stanowiących Załączniki 3-5 i 8 są przeprowadzane zgodnie z procedurami zawartymi w Załączniku 2. W przypadku zmiany Metryki Usług Wykonawcy, dotychczasowa treść załączników odnoszących się do Metryk zostanie zastąpiona zaktualizowanym tekstem jednolitym uwzględniającym wprowadzone zmiany."

W dniu 23 maja 2017r. na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwołujący Comarch 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 uiszczzonego wpisu.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....