

Sygn. akt: KIO 2655/18

WYROK
z dnia 15 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**
 Izabela Niedziałek-Bujak
 Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 11 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 grudnia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Comarch Polska S.A. siedzibą w Krakowie (pełnomocnik wykonawców)** i **Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **ASSECO Poland S. A. z siedzibą w Rzeszowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Comarch Polska S.A. siedzibą w Krakowie (pełnomocnik wykonawców)** i **Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie** i **Comarch S.A. siedzibą w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania.

2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie i Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie** na rzecz **Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa procesowego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Zakład Ubezpieczeń Społecznych prowadzi postępowanie mającego na celu zawarcie Umowy wykonawczej na modyfikację oprogramowania w ramach projektu „Migracja domeny świadczeniowej KSI ZUS do architektury x86” (znak: TZ/271/52/18), prowadzonego na podstawie Umów ramowych nr 1066671, 1066673 dotyczących modyfikacji i rozbudowy oprogramowania KSI ZUS, zawartych w konsekwencji przeprowadzenia postępowania pn. Zawarcie Umowy ramowej na "Modyfikację i rozbudowę oprogramowania Kompleksowego Systemu Informatycznego ZUS" (znak: TZ/271/28/17), ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 5 stycznia 2018 pod numerem: 2018/S 003-003351.

Odwołujący: Konsorcjum firm Comarch Polska S.A, i Comarch S.A. (dalej „Odwołujący” lub „Comarch”) wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści dokumentacji postępowania prowadzonego w celu zawarcia Umowy wykonawczej w sposób niezgodny z przepisami Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- a. art. 100 ust. 4, art. 101a ust. 3 i ust. 9 pkt 1, art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp - przez dokonanie, przy udzielaniu zamówienia na podstawie umowy ramowej, istotnych zmian warunków zamówienia określonych w umowie ramowej, polegających na zamawianiu usług nieobjętych jej zakresem, czego konsekwencją jest ograniczenie konkurencji;
- b. art. 29 ust. 1 i 2 i art. 100 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp - przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób obciążony wadą, która uniemożliwia jego wycenę i złożenie prawidłowej oferty.

Stawiając powyższe zarzuty wnosi o uwzględnienie Odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji dokumentacji postępowania w sposób wskazany w uzasadnieniu Odwołania.

Wnosi o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

- a. dokumentacji postępowania mającego na celu zawarcie Umowy wykonawczej na modyfikację oprogramowania w ramach projektu „Migracja domeny świadczeniowej KSI ZUS do architektury x86”,
- b. dokumentacji postępowania pn. Zawarcie Umowy ramowej na "Modyfikację i rozbudowę oprogramowania Kompleksowego Systemu Informatycznego ZUS",

- na okoliczności wskazane w treści Odwołania.

Odwołujący zawarł z Zamawiającym Umowę ramową nr 1066673, w oparciu o którą jest prowadzone postępowanie w celu zawarcia Umowy wykonawczej, otrzymał również Zaproszenie do złożenia oferty w powyższym postępowaniu, lecz na skutek niezgodnych z Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego, opisanych w Odwołaniu, może ponieść szkodę polegającą na braku uzyskania zamówienia i w konsekwencji braku możliwości realizacji Umowy wykonawczej.

Odwołujący w dniu 14 grudnia 2018 r. otrzymał od Zamawiającego zaproszenie do złożenia oferty wraz z dokumentacją postępowania prowadzonego w celu zawarcia Umowy wykonawczej. Wartość zamówienia przekracza równowartość kwoty 144 000 EURO.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Zamawiający w dniu 5 stycznia 2018 r. wszczął w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, którego przedmiotem było zawarcie umowy ramowej na modyfikację i rozbudowę oprogramowania Kompleksowego Systemu Informatycznego w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych (zn: TZ/271/28/17). W toku postępowania oferty złożyło dwóch wykonawców: Odwołujący oraz Asseco Poland S.A.

W konsekwencji przeprowadzonego postępowania Zamawiający zawarł w dniu 19 lipca 2018 r. dwie umowy ramowe: umowę nr 1066671 z Asseco Poland S.A. oraz umowę nr 1066673 z Odwołującym.

Aktualnie Zamawiający, na podstawie ww umów ramowych, prowadzi postępowanie w celu zawarcia Umowy wykonawczej na modyfikację oprogramowania w ramach projektu „Migracja domeny świadczeniowej KSI ZUS do architektury x86”. Zamawiający prowadzi powyższe postępowanie z naruszeniem przepisów Pzp, stąd powstała konieczność wniesienia niniejszego Odwołania.

1. Istotna zmiana warunków zamówienia określonych w Umowie ramowej

Odwołujący w dniu 14 grudnia 2018 r. otrzymał od Zamawiającego Zaproszenie do złożenia oferty w prowadzonym na podstawie Umów ramowych postępowaniu w celu zawarcia Umowy wykonawczej na modyfikację oprogramowania w ramach projektu „Migracja domeny świadczeniowej KSI ZUS do architektury x86”. Do powyższego zaproszenia Zamawiający załączył m.in. Istotne Warunki Zamówienia (dalej „IWZ”) oraz Opis przedmiotu zamówienia - Uzgodnienie projektowe (dalej „Uzgodnienie projektowe”).

W Rozdziale 2 IWZ - „Opis przedmiotu zamówienia i termin wykonania”, w pkt - 2.2. - „Opis przedmiotu zamówienia”, Zamawiający wskazał:

„2.2.1. Przedmiotem Umowy wykonawczej jest:

2.2.1.1. modyfikacja oprogramowania w ramach projektu „Migracja domeny świadczeniowej KSi ZUS do architektury x86”, zwana dalej „Modyfikacją”, wraz ze świadczeniem usług serwisowych oraz gwarancji;

2.2.1.2. świadczenie usług szkoleniowych i przekazywania wiedzy w formie szkoleń stacjonarnych z zakresu eksploatacji wdrożonej Modyfikacji;

2.2.1.3. świadczenie usługi wsparcia Wdrożenia Modyfikacji.”

Natomiast w pkt 2.2.2 poniżej, Zamawiający informuje, że realizacja przedmiotu Umowy wykonawczej nastąpi w 2 etapach:

„2.2.2. Realizacja przedmiotu Umowy wykonawczej nastąpi w 2 etapach:

2.2.2.1. Etap 1 (Zamówienie podstawowe) obejmujący wykonanie i dostarczenie: Koncepcji rozwiązania. Projektu architektury systemu i Projektu infrastruktury sprzętowej i systemowej

2.2.2.2. Etap 2 (prawo Opcji) obejmujący wykonanie modyfikacji wraz z Kodami źródłowymi i Dokumentacją Wykonawcy na migrację domeny świadczeniowej KSiZUS do architektury x86 wraz ze świadczeniem usług serwisowych, gwarancji oraz świadczeniem usługi wsparcia Wdrożenia Modyfikacji i świadczeniem usług szkoleniowych i przekazywania wiedzy (Zgodnie z Art. 2 ust 1 pkt 1) - 6) Umowy Ramowej),”

Z powyższego postanowienia IWZ wynika, że przedmiotem przyszłej Umowy wykonawczej będzie nie tylko modyfikacja oprogramowania wraz ze świadczeniem usług serwisowych i gwarancji oraz świadczenie usług szkoleniowych i usług wsparcia wdrożenia modyfikacji, lecz również - a właściwie to przede wszystkim - wykonanie i dostarczenie Koncepcji rozwiązania, Projektu architektury systemu i Projektu infrastruktury sprzętowej i systemowej. Zamawiający bowiem tak zaplanował postępowanie, że Etap 1 - polegający na wykonaniu i dostarczeniu wymienionej koncepcji i projektów ma charakter zamówienia podstawowego, natomiast Etap 2 - obejmujący wykonanie modyfikacji oprogramowania wraz ze świadczeniem usług serwisowych i gwarancji oraz świadczenie usług szkoleniowych i usług wsparcia wdrożenia modyfikacji, ma charakter prawa opcji. Zgodnie z § 3 ust. 2 wzoru Umowy wykonawczej, stanowiącym Załącznik nr 2 do IWZ, Zamawiający ma prawo złożenia oświadczenia o skorzystaniu z prawa opcji nie później niż do 12 miesięcy od dnia Odbioru Etapu 1. Zamówienie usług objętych prawem opcji, jest prawem, a nie obowiązkiem Zamawiającego, co zostało wyraźnie zaakcentowane w § 2 ust. 5 wzoru Umowy wykonawczej, który stanowi, że „Wykonawcy nie przysługuje roszczenie o skorzystanie przez Zamawiającego z prawa Opcji, jak również jakiegokolwiek roszczenie z tytułu nieskorzystania z Opcji”. Z przyjętej przez Zamawiającego konstrukcji zamówienia wykonawczego wynika, że pewna jest jedynie realizacja Etapu 1, natomiast realizacja Etapu

2 jest uzależniona od skorzystania z prawa Opcji, a więc do realizacji Etapu 2 może w ogóle nie dojść.

Z powyższego wynika - wbrew ustalonej przez Zamawiającego nazwie postępowania wykonawczego - że główny akcent w postępowaniu został położony na zamówienie produktów w postaci Koncepcji rozwiązania, Projektu architektury systemu i Projektu infrastruktury sprzętowej i systemowej. Natomiast prace związane z modyfikacją oprogramowania i usługi wynikające z przeprowadzenia tych prac mogą być zamówione później i to tylko jeżeli zamawiający zdecyduje się skorzystać z prawa Opcji. W tym kontekście można powiedzieć, że głównym przedmiotem zamówienia jest wykonanie koncepcji i projektów, a prace polegające na modyfikacji oprogramowania mają charakter drugoplanowy.

Przyjęcie przez Zamawiającego takiej konstrukcji przedmiotu zamówienia wykonawczego powoduje, iż jest on niezgodny z przedmiotem Umów ramowych, na podstawie których zamówienie to jest udzielane. Treść Artykułu 2 - Przedmiot umowy ramowej brzmi bowiem następująco:

„1. Przedmiotem Umowy ramowej jest określenie zasad, zgodnie z którymi Wykonawca świadczył będzie na podstawie Umów wykonawczych usługi związane z modyfikacją i rozbudową Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (KSI ZUS), obejmujące:

- 1) wykonywanie i dostarczanie Modyfikacji wraz z Kodami źródłowymi i Dokumentacją Wykonawcy,
- 2) świadczenie usługi wsparcia Wdrożenia Modyfikacji,
- 3) świadczenie Usług serwisowych w okresie trwania Umowy ramowej,
- 4) udzielenie 12 miesięcznej gwarancji jakości dostarczanych produktów i usług po zakończeniu trwania Umowy ramowej,
- 5) przenoszenie na Zamawiającego autorskich praw majątkowych do Modyfikacji, jej Kodów źródłowych i Dokumentacji Wykonawcy oraz udzielanie bezterminowych licencji no oprogramowanie osób trzecich wchodzące w zakres Modyfikacji,
- 6) świadczenie usług szkoleniowych i przekazywanie wiedzy."

W powyższym wyliczeniu próżno szukać usług polegających na wykonaniu koncepcji określonych rozwiązań lub projektów architektury systemu, czy też projektów dotyczących infrastruktury. Zestawienie przedmiotu Umowy ramowej z przedmiotem planowanej Umowy wykonawczej musi prowadzić do wniosku, iż przedmiot Umowy wykonawczej istotnie wykracza poza przedmiot Umowy ramowej. Zadania składające się na Etap 1 Umowy wykonawczej nie zostały przewidziane w zakresie przedmiotu Umowy ramowej.

Odwołujący zwraca szczególną uwagę na fakt, iż będące przedmiotem zamówienia w ramach Etapu 1 Koncepcja rozwiązania, Projekt architektury systemu oraz Projekt

infrastruktury sprzętowej i systemowej w żadnym razie nie odpowiadają określonym w Umowie ramowej Cyklowi Wytwórczemu Modyfikacji. Cykl ten nie obejmuje żadnej z czynności jakie Zamawiający wymaga w ramach realizacji Etapu 1.

Cykl Wytwórczy Modyfikacji został bardzo precyzyjnie określony w Załączniku nr 4 do Umowy ramowej - „Organizacja realizacji Umowy oraz Procedury dla realizacji Umowy”. Przedstawione przez Zamawiającego Zasady Wykonywania Modyfikacji (punkt II.1 Załącznika nr 4 do Umowy ramowej, str. 7-8) obejmują tylko i wyłącznie ściśle zdefiniowane elementy, których realizacja ma na celu wykonanie i wdrożenie nowego Oprogramowania dedykowanego lub modyfikację istniejącego Oprogramowania dedykowanego. Zasady te zupełnie nie przewidują wytworzenia Koncepcji rozwiązania, Projektu architektury systemu oraz Projektu infrastruktury sprzętowej i systemowej. Zupełnie nieuprawnionym byłoby ponadto stwierdzenie, iż prace określone w ramach Etapu 1 miałyby stanowić zgodne z Cyklem Wytwórczym Modyfikacji prace analityczne i projektowe. Występujące w ramach Cyklu Wytwórczego Modyfikacji prace analityczne i projektowe obejmują jedynie wytworzenie dokumentów AOM - Analityczny Opis Modyfikacji, DT - Dokumentacja Techniczna oraz po wykonaniu i wdrożeniu Modyfikacji - dokumentu UAOM - Ujednolicona Dokumentacja Analityczna. Zawartość tych dokumentów została precyzyjnie określona we wskazanych w Umowie ramowej (Art. 5 ust. 2 pkt 11, Art. 5 ust. 7, Art. 6 ust. 1 pkt 9, Art. 7 ust. 6, Art. 18 ust. 1) Standardach IT ZUS, czyli standardach postępowania dotyczących systemów informatycznych obowiązujących u Zamawiającego, Przykładowo w punkcie 2.4 dokumentu „Rozszerzenie wykonawcze Metodyki ZUS” (dokument wchodzący w skład Standardów IT ZUS) Zamawiający określił wymaganą zawartość dokumentu AGM (Analityczny Opis Modyfikacji) oraz DT (Dokumentacja Techniczna). Wskazana zawartość powyższych dokumentów, o których mowa w Cyklu Wytwórczym Modyfikacji w ramach Umowy ramowej nie odpowiada wymaganej w Załączniku nr 4 do IWZ zawartości dokumentów Koncepcja rozwiązania, Projekt architektury systemu oraz Projekt infrastruktury sprzętowej i systemowej. Analiza wymagań dotyczących koncepcji i projektów z Etapu 1 Umowy wykonawczej prowadzi do wniosku, że dokumenty te w stopniu oczywistym wykraczają poza zakres dokumentów AOM oraz DT.

Wskazać również należy, iż Zamawiający w ramach niniejszego zamówienia przywdział wytworzenie dokumentów AOM, DT i UAOM, lecz ich wytworzenie wymagane jest w ramach Etapu 2 (pkt 2.4. IWZ - HARMONOGRAM REALIZACJI (ODBIORU) PRODUKTÓW).

Wykonawca wskazuje ponadto, iż zdefiniowany w Umowie ramowej Cykl Wytwórczy Modyfikacji wymaga wytworzenia w ramach pojedynczego Etapu wszystkich elementów Modyfikacji, w tym w szczególności: AOM, DT, Plan Testów Akceptacyjnych (PTA), Oprogramowanie dedykowane (OD), Dokumentację Użytkownika (DU) - Podręcznik użytkownika aplikacji oraz Dokumentację Administratora (DA) - Podręcznik administratora

aplikacji, pakiety instalacyjne (PI) dla wykonanego Oprogramowania dedykowanego, przeprowadzenie Startu produkcyjnego Oprogramowania dedykowanego. Obowiązek ten wynika z punktu 3 Załącznika nr 4 do Umowy Ramowej - „REALIZACJA MODYFIKACJI”:

„3.1. Modyfikacja powinna być realizowana całościowo. W uzasadnionych przypadkach dopuszcza się realizację Modyfikacji w etapach. Szczegółowy zakres prac realizowanych w ramach etapu określa Umowa wykonawcza.

3.2. Analityczny Opis Modyfikacji wraz z Wymiarowaniem Pełnym, Dokumentacja Techniczna, Plan Testów Akceptacyjnych oraz Oprogramowanie dedykowane obejmuje swym zakresem całą Modyfikację.

3.3. W przypadku etapowej realizacji Modyfikacji, Zamawiający może określić w SI WZ w postępowaniu na zawarcie Umowy wykonawczej, że Rezultaty prac określone w punkcie 3.2. będą przygotowane dla każdego etapu oddzielnie. Punkt 2 „Cykl wytwórczy Modyfikacji” stosuje się odpowiednio do każdego etapu oddzielnie z wyłączeniem punktów 2.12. -2.14.

3.4. Ujednolicona Dokumentacja Analityczna wraz z Wymiarowaniem pełnym oraz Powykonawcza Dokumentacja Techniczna obejmuje swoim zakresem cały opis oprogramowania związanego z realizacją Modyfikacji, również w przypadku Modyfikacji realizowanej etapowo*

Powyższe zapisy wskazują na fakt, iż projektując Umowę ramową, Zamawiający przewidywał, co prawda, realizację umów wykonawczych etapami, lecz jego intencją było to, aby przedmiot każdego etapu dotyczył wyłącznie modyfikacji oprogramowania (wraz z serwisem, gwarancją, szkoleniami i wsparciem wdrożenia modyfikacji). Zamiarem Zamawiającego nie było natomiast wyodrębnianie etapów polegających na prowadzeniu prac o charakterze koncepcyjnym. Zamawiający sporządzając Umowę ramową nie zawarł w niej jakichkolwiek zapisów, które mogłyby stanowić podstawę do zamawiania w oparciu o nie prac polegających na opracowaniu koncepcji rozwiązań i projektów architektury lub infrastruktury.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w ramach Etapu 1 zamawia usługi wychodzące poza przedmiot zawartej Umowy Ramowej. Działanie takie należy ocenić jako istotną zmianę warunków zamówienia określonych w Umowie ramowej, zakazaną na mocy przepisu art. 101a ust. 4 Pzp. Działanie Zamawiającego w sposób radykalny zmienia warunki realizacji zawartej już Umowy ramowej poprzez wprowadzenie do jej zakresu nieprzewidzianych dotychczas, nowych rodzajów zadań. Taka sytuacja powoduje negatywne konsekwencje dla Odwołującego, który zawierając Umowę ramową godził się na określone w niej zasady i warunki oraz również na podstawie tych zasad i warunków określił cenę jednostkową za punkt funkcyjny oraz przygotował zespół gotowy do realizacji umów wykonawczych. Zmiana tych zasad i warunków powoduje, że Wykonawca nie będzie w

stanie złożyć oferty na przedmiotowe zamówienie, gdyż nie będzie w stanie prawidłowo skalkulować ceny za Punkt Funkcyjny, ponieważ będzie ona musiała być prawdopodobnie wyższa niż cena maksymalna za Punkt Funkcyjny wynikająca z zawartej Umowie ramowej.

2. Brak możliwości wyceny zadań realizowanych w ramach Etapu 2 zamówienia (Opcja)

Konstrukcja przedmiotowego postępowania - w ramach której wymaga się od Wykonawcy określenia ceny oraz przyjęcia na siebie zobowiązania wykonania Modyfikacji w ramach Etapu 2, jeszcze przed wykonaniem prac określonych w Etapie 1 - obarczona jest elementarnym błędem logicznym. Logiczna sekwencja czynności zakłada bowiem w pierwszej kolejności zdefiniowanie co dokładnie powinno zostać zrealizowane oraz zweryfikowanie czy jest to w ogóle wykonalne, a dopiero następnie przedstawienie tych danych wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert. Wymaganie od Wykonawcy podjęcia się bliżej niesprecyzowanej Modyfikacji, bez jednoczesnego przekazania koncepcji określającej w jaki sposób Modyfikacja może zostać zrealizowana powoduje, iż jeszcze przed złożeniem oferty wykonawca powinien taką koncepcję opracować. Z przeprowadzonego przez Zamawiającego oszacowania wynika, iż pracochłonność zadań w ramach Etapu 1 wynosi 510 punktów funkcyjnych (CFP), co zgodnie z warunkami Umowy ramowej stanowi równowartość 15 300 roboczogodzin. Nawet jeżeli Wykonawca poniósłby taką, wartość wiele milionów złotych inwestycję, to opracowana koncepcja rozwiązania:

- a) musiałaby zostać potwierdzona budową prototypu rozwiązania (Proof of Concept), w celu upewnienia się czy wykonanie Modyfikacji w opracowany sposób jest w ogóle możliwe i jakie ryzyka za sobą niesie,
- b) musiałaby uzyskać formalną akceptacją Zamawiającego.

Wykonawca podkreśla, iż dopiero w ramach prac w Etapie 1 zostaną określone takie kluczowe dla określania wykonalności Modyfikacji oraz jej wyceny elementy jak np.;

- Koncepcja infrastruktury sprzętowej niezbędnej do realizacji przedmiotu zamówienia,
- Lista wymaganego oprogramowania standardowego (w tym: systemy operacyjne, systemy zarządzania bazami danych oraz inne oprogramowanie niezbędne dla uruchomienia i prawidłowego działania nowej domeny z podaniem wersji, wariantów licencjonowania, wsparcia dostawcy/producenta itd.),
- Opis mechanizmów wprowadzania zmian w KSI zapewniających ciągłość działania i integracje z innymi równoległymi zmianami,
- Opis zmian w Oprogramowaniu dedykowanym - aplikacjach KSI (interakcyjnych i wsadowych),
- opis nowego Oprogramowania dedykowanego - aplikacji KSI planowanych do powołania (interakcyjnych i wsadowych),
- Opis architektury integracji nowej domeny z pozostałymi systemami, w tym w szczególności z pozostałymi elementami KSI,

- Opis zmian w architekturze danych KSI,
- Wskazanie ryzyk wydajnościowych związanych z migracją systemów i wskazanie możliwości ich neutralizacji,
- Analiza możliwości wykorzystania obecnej infrastruktury sprzętowo-systemowej Zamawiającego w zakresie realizacji ww. rozwiązania.

Ponadto dla przykładu warto wskazać, że rzeczą oczywistą i powszechnie zrozumiałą jest, iż zastosowane Oprogramowanie standardowe determinuje nakład pracy wykonawcy związany z wprowadzeniem zmian w oprogramowaniu, i tak np.:

- pracochłonność wykonania interfejsów przepływu danych jest znacząco mniejsza w przypadku wykorzystania Oprogramowania standardowego oferującego automatyczną lub półautomatyczną migracją interfejsów, natomiast większa w przypadku konieczności realizacji tych prac całkowicie w sposób ręczny,
- pracochłonność przeprowadzenia migracji i konsolidacji baz danych jest mniejsza w przypadku wykorzystania systemów zarządzania bazami danych w znacznym stopniu zgodnych z obecnie wykorzystywanymi, natomiast jest znacząco większa w przypadku wykorzystania systemów zarządzania bazami danych wymagających zasadniczych zmian w strukturach baza danych oraz konieczności ręcznego utworzenie wszelkich bazodanowych procedur składowanych.

Natomiast trudno sobie wyobrazić, iż Zamawiający w ramach wykonanej przez wykonawcę w ramach Etapu 1 Koncepcji zaakceptuje poniesienie kosztów na dowolne Oprogramowanie standardowe jakie tylko Wykonawca zaproponuje.

Nie bez znaczenia również pozostaje fakt, iż Zamawiający w żaden sposób nie ocenia kosztów oraz wykonalności Koncepcji (Etap 1) przed przyjęciem oferty na realizację Etapu 2. Można sobie wyobrazić dwa scenariusze, jeden - w ramach którego koszt sprzętu i Oprogramowania standardowego wynosi np. 100 mln zł, oraz drugi - z kosztem sprzętu i Oprogramowania standardowego na kwotę 1,5 miliarda zł. W przypadku obecnej konstrukcji postępowania rzeczą zdumiewającą jest brak powiązania zamawianej Koncepcji rozwiązania z kosztami jakie będzie musiał ponieść Zamawiający w związku z jej realizacją (innymi niż koszt modyfikacji oprogramowania), np. zakupami sprzętu i Oprogramowania standardowego. Zamówienie koncepcji migracji domeny świadczeniowej KSI ZUS w trybie postępowania prowadzonego na podstawie Umowy ramowej, która swym przedmiotem nie obejmuje tego typu usług i w konsekwencji nie jest do tego dostosowana może narazić Skarb Państwa na koszty ogromnego rozmiaru i stanowi przejaw wykorzystywania umowy ramowej do ograniczania konkurencji. Wykonawca usługi opracowania Koncepcji rozwiązania oraz Projektu architektury systemu oraz Projektu infrastruktury sprzętowo systemowej powinien być wyłoniony w drodze odrębnego zamówienia, a nie na podstawie zamówienia

udzielanego na podstawie Umowy ramowej. Umowa ramowa miała bowiem służyć jedynie zleceniu modyfikacji oprogramowania w oparciu o uprzednio przygotowaną dokumentację wymaganych zmian, a nie zleceniu prac koncepcyjnych.

Powszechną i dobrą praktyką instytucji publicznych przy realizacji podobnych przedsięwzięć jest postępowanie według następującego schematu:

- Niezależne wyłonienie wykonawcy w celu opracowania koncepcji realizacji przedsięwzięcia,
- Opracowanie studium wykonalności obejmującego kilka wariantów realizacji przedsięwzięcia oraz określenie dla każdego z nich kosztów, ryzyk itd.,
- Wykonanie prototypu (Proof of Concept) w celu empirycznego potwierdzenia możliwości przeprowadzenia przedsięwzięcia,
- Niezależne wyłonienie wykonawcy wykonującego przedsięwzięcie. W celu zapewnienia konkurencyjności to Wykonawca w ramach oferowanej ceny zapewnia wymagany sprzęt oraz Oprogramowanie standardowe lub Zamawiający informuje Wykonawców jakim sprzętem oraz Oprogramowaniem standardowym będzie dysponował. Rzeczą kuriozalną jest określenie warunków, które pozwalają na postępowanie na zasadzie Zamawiający kupi co tylko Wykonawca będzie chciał lub Wykonawca złoży ofertę na realizację, a Zamawiający kupi co uzna za stosowne.

Odwołujący ponadto poddaje pod wielką wątpliwość wykonalność planowanego przedsięwzięcia. Warto zaznaczyć, iż planowana Modyfikacja dotyczy kluczowych zmian w najważniejszych aspektach architektonicznych ogromnej części systemu informatycznego, której rozmiar funkcjonalny szacowany jest na przeszło 50 000 punktów funkcyjnych CFP.

Wiedza i doświadczenie Wykonawcy wskazują, iż rozpoczęcie i zaplanowanie realizacji przedsięwzięcia musi zostać poprzedzone dogłębną analizą, wraz z fazą pilotażu i testów.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji dokumentacji przedmiotowego postępowania polegającej na:

- 1) usunięciu z przedmiotu Umowy wykonawczej usług wykraczających poza zakres Umowy ramowej, tj. usług obejmujących wykonanie i dostarczenie Koncepcji rozwiązania, Projektu architektury systemu i Projektu infrastruktury sprzętowej i systemowej (Etap 1), czego efektem powinno być zamówienie tych usług w drodze odrębnego zamówienia udzielonego poza Umową ramową,
- 2) uzupełnieniu opisu przedmiotu zamówienia o dokumenty wykonane i dostarczone w ramach odrębnego zamówienia, o którym mowa w pkt 1, czego efektem będzie włączenie do dokumentacji postępowania: Koncepcji rozwiązania, Projektu architektury systemu i Projektu infrastruktury sprzętowej i systemowej,

3) wydłużeniu terminu składania ofert, w celu dokonania opisanych powyżej modyfikacji, Proponowane zmiany doprowadzą do ograniczenia przedmiotu Umowy wykonawczej do ram wyznaczonych przedmiotem Umowy ramowej oraz zapewnią możliwość prawidłowej wyceny usług polegających na modyfikacji oprogramowania systemu KSI ZUS.

Alternatywnie, wniósł o unieważnienie wadliwego postępowania mającego na celu zawarcie Umowy wykonawczej i wszczęcie nowego postępowania o założeniach konstrukcyjnych pozbawionych wad prawnych opisanych w niniejszym Odwołaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Wskazał na Kompleksowy System Informatyczny ZUS (KSI), który ma być zmodyfikowany, który jest oprogramowaniem służącym do całościowej obsługi klientów. Zakład dysponuje autorskimi prawami majątkowymi do KSI. Serwis i modernizacja infrastruktury techniczno-systemowej są zależne od producentów dysponujących prawami własności intelektualnej do sprzętu i oprogramowania narzędziowego. Uznał za uzasadnione przeniesienie części KSI /tzw. domeny świadczeniowej/ na nową platformę techniczno-systemową zwaną x86, którą cechuje otwarty system operacyjny. Umożliwi to serwis i rozwój infrastruktury bez uzależnienia od poszczególnych producentów rozwiązań. Dojdzie do poszerzenia liczby potencjalnych wykonawców usług utrzymania i rozwoju platformy technologicznej, na której będzie działać KSI ZUS. Wykonawca wyłoniony w niniejszym postępowaniu ma za zadanie określenie wymagań dot. nowej platformy x86, a następnie po zakupie przez ZUS tej platformy w odrębnym postępowaniu, przeniesienie na nią domeny świadczeniowej KSI w postaci wdrożenia odpowiedniej modyfikacji. Przeniesienie Systemu na nową platformę x86 ma się odbyć z zachowaniem wszystkich funkcjonalności oprogramowania KSI.

Natomiast uwzględnienie żądań odwołania unicestwi możliwość dokonania zmian i w konsekwencji doprowadzi do unieważnienia całości postępowania.

Odnosząc się do zarzutu istotnej zmiany warunków zamówienia określonych w umowie ramowej stwierdził, że jest on bezprzedmiotowy i wynika z pobieżnej, literalnej wykładni postanowień art. 2 umowy ramowej. Umowa ramowa, z uwagi na stopień skomplikowania powinna być wykładana z uwzględnieniem kontekstu, w tym także związków treściowych szeregu postanowień. Właściwe odcodowanie pojęć użytych w art. 2 umowy ramowej prowadzi do wniosków odmiennych niż odwołującego.

Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 1) „Przedmiotem Umowy ramowej jest określenie zasad, zgodnie z którymi Wykonawca świadczył będzie na podstawie umów wykonawczych usługi związane z modyfikacją i rozbudową Kompleksowego Systemu Informatycznego ZUS (KSI ZUS) obejmujące: 1) wykonywanie i dostarczanie Modyfikacji wraz z Kodami źródłowymi i Dokumentacją Wykonawcy,”.

Z przywołanego artykułu Umowy wynika, że Przedmiotem umów wykonawczych jest wykonywanie i dostarczanie Modyfikacji wraz z Kodami źródłowymi i Dokumentacją Wykonawcy. Dokumentacja Wykonawcy z kolei, zgodnie z definicją zawartą w Załączniku 9 do Umowy ramowej to: „Wykonana i dostarczona przez Wykonawcę dokumentacja w języku polskim dotycząca Modyfikacji, jej specyfikacji, budowy, wdrożenia, parametryzacji i konfiguracji, pozwalająca na prawidłowe wdrożenie, administrowanie oraz użytkowanie Modyfikacji, a także przejście jej rozwoju i utrzymania, w tym w szczególności: dokumentacja analityczna, administracyjna, techniczna i użytkowa. Dokumentacją Wykonawcy są także produkty szkoleniowe.” (por. umowa ramowa)

Zatem przedmiot zamówienia jest zgodny z przedmiotem umów ramowych. Zadania składające się na Etap 1 umowy wykonawczej zostały przewidziane w zakresie przedmiotu umowy ramowej. Wykonanie Koncepcji rozwiązania, Projektu architektury systemu oraz Projektu infrastruktury sprzętowej i systemowej nie są niczym innym, jak Dokumentacją Wykonawcy, która zgodnie z definicją dotyczy jej specyfikacji, budowy, wdrożenia, parametryzacji i konfiguracji, pozwalającą na prawidłowe wdrożenie docelowej Modyfikacji.

Ponadto zgodnie z art. 5 ust. 2 pkt 11 Umowy ramowej Wykonawca jest zobowiązany do przestrzegania Standardów IT ZUS przekazanych wraz z siwz wykonawcy do stosowania. Do Standardów odwołuje się również art. 5 ust. 2 pkt 10, 12, art. 7 ust. 6 oraz Załącznik 7 do Umowy ramowej. Standardy obejmują m.in. Metodykę ZUS wraz z Podręcznikiem Wymiarowania SI ZUS przekazanych wykonawcom mając zastosowanie do umów wykonawczy w ramach umowy ramowej.

Uzgodnienie projektowe, stanowiące załącznik nr 4 do umowy wykonawczej definiuje zakres Etapu 1 wymaganiami przejściowymi (zał. 4 do umowy wykonawczej pkt 5.1.3 Wymagania przejściowe str. 24): WP-0001 Wykonanie i dostarczenie koncepcji rozwiązania wraz ze szczegółowym harmonogramem realizacji, WP-0002 Wykonanie i dostarczenie projektu architektury systemu niezbędnej do realizacji przedmiotu zamówienia, WP-0003 Wykonanie i dostarczenie projektu infrastruktury sprzętowej rozwiązania.

Zgodnie z rozdziałem 3.3.4. dokumentu „Metodyka ZUS, Zarządzanie wymaganiami”, który został udostępniony wykonawcom w toku postępowania o zawarcie umowy ramowej, wymagania przejściowe to kategoria wymagań oznaczająca dodatkowe wymagania dla „przejścia” Systemu z jednego stanu do innego, gdzie zmiana stanów jest związana z

realizacją wymagań rozwiązania. Np. wymagania stosuje się w razie wymiany jakiegoś elementu modelu platformy, zmiany fizycznego modelu danych (potrzeba migracji danych ze starej struktury do nowej) lub modyfikacja funkcjonalności. Pomiędzy tymi wymaganiami istnieje zależność, polegająca w szczególności na tym, że oprogramowanie wynikające z tych wymagań musi zostać wdrożone łącznie. (rozdz. 3.3.4 Metodyka, Zarz. wymagani. S.6). W sprawie mamy do czynienia z „przejściem” (migracją) oprogramowania i danych części zakresu KSI tj. domeny świadczeniowej do architektury x86. Dlatego w Uzgodnieniu Projektowym sformułowano adekwatne wymagania przejściowe. „Metody ZUS. Zarządzanie wymaganiami” stanowi również że wymagania przejściowe muszą być ściśle powiązane, komplementarne w stosunku do wymagań rozwiązania, których realizację wspierają. Zdaniem Zamawiającego wymagania na wykonanie i dostarczenie koncepcji rozwiązania wraz z projektem architektury nowego rozwiązania i projektem infrastruktury sprzętowej rozwiązania, w sposób oczywisty definiują sposób realizacji wymagań Etapu 2 opisujących niezbędne zmiany w KSI ZUS.

Odnosząc się do zarzutu zmiany cyklu wytwórczego, ponosi, że podpisana umowa ramowa zakłada możliwość zmiany cyklu wytwórczego. Teza w odwołaniu, że cykl Wytwórczy Modyfikacji został ściśle określony i nie może być zmieniony (s. 5 i 6 odwołania), a każda zmiana jest istotna, jest w sprzeczności z postanowieniami umowy ramowej.

Opisany w Rozdziale II podrozdz. 1 pkt 2 Cykl Wytwórczy Modyfikacji może być mieniony zgodnie z potrzebami zamawiającego: „Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany wskazanego powyżej cyklu wytwórczego Modyfikacji. W takiej sytuacji zamawiający każdorazowo określi cykl wytwórczy Modyfikacji w siwz w postępowaniu na zawarcie Umowy wykonawczej”. Postanowieni wyraża jasno intencję, którą było uelastycznienie możliwości dostosowywania Cyklu Wytwórczego Modyfikacji do konkretnych potrzeb. Żaden obecnych wykonawców, w tym odwołujący, nie kwestionował tych postanowień na etapie umowy ramowej. (zał 4 do umowy ramowej, str. 7-8).

Zamawiający przygotowując Istotne Warunki zamówienia (IWZ) skorzystał z wskazanego postanowienia umowy ramowej i odpowiednio dostosował cykl wytwórczy do wielkości zakresu projektu. Wskazany w IWZ Cykl jasno określa główne kroki zgodnie z chronologią ich wytwarzania:

- przygotowanie ZUS i wykonawcy do realizacji zmiany w systemie KSI polegającej na wydzieleniu z architektury KSI wybranych jego elementów w połączeniu z przejściem na nową technologię utrzymania (wydzielenie domeny świadczeniowej KSI ZUS do architektury x86),
- zakup wskazanego przez wykonawcę sprzętu i technologii – w odrębnym postępowaniu,
- zmiana obecnego oprogramowania i jego uruchomienie na dedykowanym sprzęcie nowej technologii,

- szkolenie pracowników ZUS.

Wszystkie wskazane w Cyklu Wytwórczym oraz zasadach Realizacji Modyfikacji standardowe prace i produkty Modyfikacji zostały określone w IWZ umowy wykonawczej jako konieczne do wykonania.

Odnosnie zarzutu braku możliwości wyceny zadań realizowanych w ramach Etapu 2 zamówienia (opcja) z uwagi na niewiadomy kształt koncepcji realizacji przedsięwzięcia (Etap 1) zamawiający stwierdził, że stworzenie koncepcji zadania, a następnie realizacja jego założeń nie jest nowością ani rzeczą niepraktykowaną na gruncie zamówień publicznych. Wskazał na wysokie podobieństwo do formuły zaprojektuj i wybuduj, w której wykonawcy przygotowują i wyceniają nie tylko koncepcje, w jakich wybudują obiekt, ale także etap jego realizacji. W takie formule opz dokonuje się za pomocą PFU. Można dostrzec podobieństwa między PFU a Uzgodnieniem Projektowym stanowiącym załącznik 4 do przekazanego wzoru umowy wykonawczej.

W dokumencie tym wskazano komponenty KSI ZUS wymagające dostosowania, oszacowano liczbę przenoszonych interfejsów oraz wskazano wymagania funkcjonalne dotyczące oprogramowania. (zał. 4 do umowy wykonawczej pkt 5.1.3. wymagania przejściowe s. 24 – 29)

Wskazany model jest praktykowany, a wycena możliwa i zazwyczaj przyjmuje kształt ceny ryczałtowej. Model zamówienia przyjęty przez zamawiającego pozwala na ograniczenie ryzyka po stronie wykonawcy przez to, że to wykonawca Modyfikacji KSI ZUS będzie twórcą koncepcji rozwiązania. Oznacza to, że jako profesjonalista będzie wstanie zaproponować takie rozwiązanie, które zminimalizuje ryzyka opisywane przez odwołującego. Ryzyko byłoby większe, gdyby koncepcję rozwiązania przygotował inny wykonawca, wyłoniony w odrębnym postępowaniu.

Ponadto zamawiający minimalizuje ryzyko związane z „niedoszacowaniem” Etapu 2 poprzez mechanizm przewidziany w art. 12 ust. 4 umowy ramowej, zgodnie z którym: „W przypadku, gdy rzeczywista złożoność Modyfikacji ustalona w wyniku Wymiarowania pełnego okaże się wyższa lub niższa niż określona w szacowaniu wstępnym, o którym mowa w Załączniku 7, wykonawcy przysługuje z tytułu wykonania oraz utrzymania Modyfikacji wynagrodzenie w wysokości uwzględniającej liczbę Punktów Funkcyjnych określoną w wyniku Wymiarowania pełnego. Wymiarowanie pełne nie może powodować zwiększenia wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 1 pkt 1 a, o więcej niż 20% w stosunku do wynagrodzenia obliczonego na podstawie szacowania wstępnego.”

Zgodnie z przywołanym artykułem umowy dopuszczony jest wzrost wynagrodzenia do 20% z tytułu wymagań funkcjonalnych, a więc tu, z tytułu całości etapu 2.

Zamawiający stwierdza, że gdyby hipotetycznie wydzielono przygotowanie i dostarczenie koncepcji rozwiązania, projektu architektury system oraz infrastruktury sprzętowej i systemowej do osobnego postępowania, to z uwagi na specyfikę i tak ofertę realnie złożyłoby dwóch obecnych wykonawców z umowy ramowej.

Zauważa także, że z uwagi na skalę i złożoność systemu KSI ZUS, opisanie systemu na potrzeby takiego postępowania jak oczekuje odwołujący, nie byłoby ze strony zamawiającego możliwe.

Nawet gdyby doszło do złożenia ofert przez inne podmioty nie znające systemu ani standardów jego wykonania, powstałyby inne istotne ryzyka i przeszkody niemożliwe do wyeliminowania. Doszłoby też do nadmiernego wydłużenia prac projektowych spowodowanego koniecznością przeprowadzenia oddzielnego postępowania i zapoznawania się przez potencjalnego wykonawcę z systemem.

Wskazał na wyrok KIO 880/17, gdzie stwierdzono, że system KSI jest systemem unikalnym, wysoce skomplikowanym, w którym nie było dotychczas praktyki przejmowania usługi przez innego wykonawcę. Złożoność i czas niezbędny na poznanie Systemu są znane odwołującemu z racji realizacji obowiązków wynikających z umowy z dnia 2 marca 2018 r. zawartej między stronami na usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS.

W podsumowaniu zamawiający stwierdził, że wydzielenie przygotowania i dostarczenia Koncepcji rozwiązania, Projektu architektury systemu oraz Projektu infrastruktury sprzętowej i systemowej do osobnego postępowania skutkowałoby:

- przedłużeniem całości procedury migracji domeny świadczeniowej KSI ZUS do terminu trudnego do przewidzenia, co spowodowałoby dezaktualizację przyjętych przez Zamawiającego założeń (KSI ZUS podlega ciągłym zmianom wymuszonym m.in. przez zmiany prawa) oraz konieczność unieważnienia niniejszego postępowania z uwagi na dezaktualizację Etapu 2,
- ryzykiem przygotowania koncepcji przez wykonawcę niebędącego stroną umowy ramowej, a następnie zakupem przez Zakład infrastruktury sprzętowej i systemowej niewystarczającej do realizacji Modyfikacji z uwagi na nieznaną Systemu,
- negatywną oceną wykonawców będących stroną umowy ramowej koncepcji i zakupionego w jego ramach sprzętu, a w konsekwencji brak złożenia oferty na modyfikację KSI ZUS co skutkować będzie niezasadnym wydatkowaniem środków publicznych przez Zakład)koszt koncepcji oraz koszt zakupu infrastruktury sprzętowej i systemowej x86).

W tych okolicznościach zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący do postępowania po stronie zamawiającego w pisemnym stanowisku wniósł o oddalenie odwołania.

Stwierdził, że zamawiający nie naruszył żadnego z przepisów wskazanych w odwołaniu. Przedmiotowy siwz zawiera wszystkie informacje niezbędne do sporządzenia oferty i nie traktuje w sposób uprzywilejowany żadnego z 2 wykonawców, z którymi została zawarta Umowa Ramowa. Tym samym nie naruszono art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp.

Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób miałyby zostać naruszony art. 100 ust. 4 ustawy pzp tj., w jaki sposób Umowa Ramowa zawarta w lipcu 2018 r. miałyby w grudniu 2018 r. być wykorzystywana do ograniczenia konkurencji. Zdaniem Asseco zarzut naruszenia art. 100 ust. 4 ustawy pzp nie może być podnoszony na obecnym etapie – naruszenie przedmiotowego przepisu może mieć miejsce tylko na etapie postępowania zmierzającego do zawarcia Umowy Ramowej, gdyby np. zamawiający dążył do ograniczenia liczby wykonawców, z którymi miałyby być zawarta umowa ramowa. Odwołujący nie podnosił takiego zarzutu na etapie zawierania Umowy Ramowej, zaś na obecnym etapie zarzut jest zarówno spóźniony, jak i bezprzedmiotowy.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 101a ust. 3 i ust. 9 pkt 1 ustawy pzp przystępujący wskazał, że zamawiający nie dokonał istotnych zmian warunków zamówienia określonych w Umowie Ramowej, a tym bardziej – nie zastosował innych warunków udziału w postępowaniu ani innych warunków realizacji zamówienia.

Odwołujący *de facto* nie wykazał, na czym miałyby polegać takie „istotne zmiany”, nie wskazał, które postanowienia siwz są odmienne od postanowień Umowy Ramowej. Odwołujący stara się zbudować wrażenie, że przedmiot umowy ramowej nie obejmuje wykonania przez wykonawcę koncepcji czy też projektu – i z tego rzekomego braku wywodzi, iż nastąpiła istotna zmiana warunków zamówienia określonych w umowie ramowej. Przystępujący podkreślił, że odwołujący powołuje się wybiórczo na postanowienia Umowy Ramowej, ograniczając się jedynie do zacytowania postanowienia ust. 1 z art. 2 „Przedmiot umowy ramowej”.

Wybiórcze i niepełne cytowanie postanowień Umowy Ramowej może rzeczywiście budować na odbiorcy nieznaną całości siwz wrażenie, że zamawiający w ramach umów wykonawczych nie miał zamawiając u wykonawcy sporządzenia odpowiedniej dokumentacji analitycznej przed rozpoczęciem prac programistycznych czy też – że wykonawca nie jest

ramach każdej umowy wykonawczej zobowiązany do wykonania takiej dokumentacji analitycznej. Jest to jednak wrażenie mylne, sprzeczne z postanowieniami umowy ramowej. Cytowane przez odwołującego postanowienia umowy ramowej należy bowiem czytać w kontekście całości postanowień siwz. W tym także Załącznika 4 „Organizacja realizacji Umowy oraz Procedury dla realizacji Umowy”. W załączniku tym w pkt II. „Procedury dla realizacji Umowy” zamawiający szczegółowo opisał sposób realizacji każdej umowy wykonawczej.

Zdaniem przystępującego zamawiający nie żąda od wykonawcy realizacji żadnych prac, które wykraczają poza usługi rozwoju KSI. Oczywiście jest, że specyfika niniejszego postępowania, wykonanie migracji domeny świadczeniowej do architektury x86, wymaga od wykonawcy wykonania wszystkich elementów wymienionych przez zamawiającego w dokumencie nazwanym Koncepcją rozwiązania.

Taka praktyka tj. zamawianie przez ZUS wykonania koncepcji w ramach realizacji umów ramowych już uprzednio była stosowana przez zamawiającego i żaden wykonawca nie kwestionował prawidłowości takiego rozwiązania. Przedmiot poprzedniej umowy ramowej był identyczny, jak obecnej:

„Przedmiotem Umowy ramowej jest określenie zasad, zgodnie z którymi wykonawca świadczył będzie, na podstawie Umów wykonawczych, usługi związane z rozwojem Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (KSI ZUS) obejmujące:

2.1.3.1. wykonywanie i dostarczanie Modyfikacji wraz z Kodami źródłowymi i Dokumentacją Wykonawcy,

2.1.3.2. świadczenie usługi wsparcia Wdrożenia Modyfikacji,

2.1.3.3. świadczenie Usług serwisowych w okresie trwania Umowy ramowej,

2.1.3.4. udzielenie 12 miesięcznej gwarancji jakości dostarczanych produktów i usług po zakończeniu trwania Umowy ramowej,

2.1.3.5. przenoszenie na Zamawiającego autorskich praw majątkowych do Modyfikacji, jej Kodów źródłowych i Dokumentacji Wykonawcy oraz udzielanie bezterminowych licencji na oprogramowanie osób wchodzące w zakres Modyfikacji,

2.1.3.6. świadczenie usług szkoleniowych i przekazywanie wiedzy.”

Zamawiający działał zatem w takich samych ramach prawnych i faktycznych.

W 2015 roku zamawiający w ramach poprzedniej umowy ramowej przeprowadzał postępowanie na wykonanie koncepcji:

1/ W ramach modyfikacji 316 „Centralny dostęp do baz ZETO” Zamawiający zamówił wykonanie koncepcji rozwiązania architektonicznego:

„Realizacja Modyfikacji wymaga również świadczenia Usługi dodatkowej obejmującej przygotowanie koncepcji rozwiązania architektonicznego, z podziałem na elementy technologii aplikacji z mapowaniem na infrastrukturę sprzętową.”

2/ W ramach modyfikacji 170 „Przebudowa Podsystemu Kontroli Zewnętrznej” zamawiający zamówił wykonanie koncepcji rozwiązania architektonicznego:

„przygotowanie koncepcji rozwiązania architektonicznego (Proof of Concept) w zakresie potwierdzenia możliwości wykorzystania wybranych technologii oprogramowania klasy ESB, zawierająca analizę poszczególnych warstw architektonicznych dostępnych na rynku w aspekcie możliwości technologicznych i potrzeb Zamawiającego”

Powyższe zamówienia nie były kwestionowane przez wykonawców, którzy mieli zawartą umowę ramową. Potwierdza to wskazaną dalej argumentację, że przedmiotowe odwołanie jest wnoszone z przyczyn innych niż wskazane w odwołaniu i ma na celu jedynie zablokowanie zmian w infrastrukturze zamawiającego.

Odnosnie zarzutu „braku możliwości wyceny zadań Etapu 2” przystępujący wskazuje, że rozwiązanie zastosowane przez zamawiającego jest powszechnie stosowanym w zamówieniach publicznych rozwiązaniem „zaprojektuj i wybuduj” czy „zaprojektuj i wykonaj”. W takim trybie prowadzone są setki postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i żaden profesjonalny wykonawca nie ma problemu z prawidłowym sporządzeniem oferty.

Przystępujący wskazuje, że odwołujący od dawna sam uczestniczył w takich postępowaniach, a nawet zawierał umowy w takim trybie. Wskazał na sześć postępowań, w których zamawiających oczekiwali zaprojektowania i wykonania określonego systemu informatycznego.

Stwierdził, że nie jest prawdą, iż obecne postanowienia siwz nakładają na wykonawców konieczność przygotowania Koncepcji jeszcze przed złożeniem oferty. Koncepcja ma być stworzona w ramach wykonania przedmiotu zamówieni, jak jest to stosowane w projektach „zaprojektuj i wykonaj”. Jak najbardziej możliwej jest złożenie oferty bez uprzedniego przygotowania koncepcji.

Niezależnie od powyższego przystępujący podkreśla brak interesu we wniesieniu odwołania po stronie konsorcjum Comarch. Jeśli nawet zamawiający naruszyłby jakikolwiek przepis ustawy pzp /czemu przystępujący przeczy/, to i tak takie naruszenie nie wpływa, w tym stanie faktycznym i prawnym, na istnienie interesu po stronie konsorcjum. W przypadku odwołania dotyczącego postanowień siwz odwołujący musi wykazać, że brzmienie siwz

uniemożliwia mu złożenie oferty. Tymczasem konsorcjum Comarch może złożyć ofertę, tak samo jak i przystępujący.

Na brak interesu wskazuje wprost żądanie unieważnienia postępowania.

Konsorcjum pozornie domaga się zmiany siwz – ale żądania w tym zakresie są tak ogólne, że niemożliwe do wykonania. Wskazuje on w treści odwołania, iż powinno zostać ogłoszone odrębne postępowanie: „Wykonawca usługi opracowania Koncepcji rozwiązania oraz Projektu architektury systemu oraz Projektu Infrastruktury sprzętowo systemowej powinien być wyłoniony w drodze odrębnego zamówienia, a nie na podstawie zamówienia udzielanego na podstawie Umowy ramowej”. Skoro zatem wynikiem uwzględnienia odwołania miałyby być unieważnienie postępowania na zawarcie umowy wykonawczej w ramach Umowy Ramowej i w to miejsce – wszczęcie zupełnie odrębnego postępowania, to oczywistym jest, że konsorcjum Comarch nie ma interesu we wnoszeniu odwołania o takich zarzutach i żądaniach. Wynikiem uwzględnienia wniosków odwołania w tym zakresie byłoby właśnie ograniczenie konsorcjum Comarch w możliwości uzyskania zamówienia, w każdym bowiem przypadku prowadzenia postępowania w ramach Umowy ramowej szanse konsorcjum na pozyskanie zamówienia są znacznie większe, niż w przypadku postępowania prowadzonego w ramach trybu otwartego.

Konsorcjum Comarch nie interesuje w żądaniu unieważnienia przedmiotowego postępowania i domagania się przeprowadzenia w tym zakresie przetargu nieograniczonego. W ten sposób bowiem konsorcjum obniża swoje szanse na pozyskanie zamówienia. Przystępując wyraża domniemanie, iż odwołanie jest wniesione być może w interesie preferowanych przez konsorcjum producentów infrastruktury, gdyż każda zmiana stanu faktycznego w zakresie infrastruktury działałaby na ich korzyść. Jednak odwołujący i przystępujący nie mogą ponieść szkody w wyniku zamówienia przez zamawiającego modyfikacji systemu KSI, poprzez migrację z obecnej infrastruktury na infrastrukturę nową, inną, lepszą, wydajniejszą, a także tańszą w eksploatacji.

Odwołujący odnosząc się do stanowiska zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie przedstawił dodatkową argumentację podtrzymując zarzuty odwołania.

Podkreślił konieczność poszanowania procedur określonych w ustawie pzp przy zaspokajaniu potrzeb zakupowych przez zamawiającego. W szczególności stwierdził, że z definicji Dokumentacji Wykonawcy zawartej w Załączniku nr 9 do Umowy ramowej nie można wywieść że przedmiot tej umowy może polegać na opracowaniu koncepcji i projektów architektury oraz infrastruktury.

Uznał, że stanowisko zamawiającego, zgodnie z którym przedmiot umowy ramowej należy ustalać w wyniku rekonstrukcji niepowiązanych ze sobą zapisów z wielu dokumentów, jest

podyktowane potrzebą chwili i chęcią usprawiedliwienia błędu oraz pozostaje w sprzeczności z dyrektywami opisu przedmiotu zamówienia wyrażonymi w art. 29 ust. 1 ustawy pzp tj. faktem, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Racjonalnie działający wykonawca nie mógłby przewidzieć, że Umowa ramowa na realizację modyfikacji systemu w oparciu o ściśle określone założenia jest w istocie również umowa na opracowywanie tych założeń. Nie może być tak, że przedmiot umowy jest zakodowany, ukryty i wymaga „odkodowania” jak pisze ZUS w odpowiedzi.

Zauważył również, że zasady realizacji wymagań przejściowych w ramach modyfikacji nie oznaczają, że realizacji wymagania przejściowego oznacz konieczność opracowania Koncepcji.

Odnosząc się do zapisu s. 8 zał. 4 Umowy ramowej dotyczącego możliwości zmiany cyklu wytwórczego Modyfikacji stwierdził że dokonał zmiany cyklu wytwórczego oprogramowania dostosowując go do wielkości i zakresu projektu. Neguje tezę zamawiającego, że usługi koncepcyjne wchodzące w skład planowanego Etapu 1 są elementem cyklu wytwórczego oprogramowania. Wg ZUS usługa opracowania koncepcji jest elementem cyklu wytwórczego. Zamawiający wykreował tezę, że usługi opracowania Koncepcji oraz projektów architektury oraz infrastruktury wykraczające poza przedmiot Umowy ramowej, to w istocie elementy zmienionego cyklu wytwórczego Modyfikacji.

Stanowisko nie ma oparcia w zapisach dokumentacji mającej na celu zawarcie umowy wykonawczej. Informacja, zgodnie z którą zmianie ulega cykl wytwórczy opisany na s. 7-8 załącznika 4 do umowy ramowej oraz że opracowanie Koncepcji to element powyższego cyklu, została po raz pierwszy zaprezentowana w odpowiedzi na odwołanie i nie wynika z IWZ.

Odwołujący wskazuje również na brak spójności stanowiska procesowego ZUS w odpowiedzi na odwołanie.

ZUS twierdzi, że opracowanie Koncepcji i projektów z Etapu 1 Umowy wykonawczej wynika z Umowy ramowej i powiązanych z nią dokumentów, a następnie twierdzi, że jednak nie wynika, ale Umowa ramowa przewiduje możliwość zmiany jej przedmiotu (cyklu wytwórczego modyfikacji) w IWZ w postępowaniu na zawarcie Umowy wykonawczej i pracowanie Koncepcji i projektów wynika z tego dokumentu.

Zauważa, że tylko w przedmiotowym postępowaniu, w odróżnieniu od innych zamawiający oczekuje, wychodząc poza przedmiot Umowy ramowej, że koncepcja rozwiązania zostanie opracowana przez wykonawcę. Odwołujący przedstawił także informacje z przebiegu postępowania o zawarcie umowy ramowej, w którym określono także uzasadnienie dla zastosowania ceny jako jedyne kryterium oceny ofert z uwagi na fakt, że ustalono standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia.

W dokumencie opisującym kryteria nie wskazano na standardy jakościowe odnoszące się do prac objętych Etapem 1 niniejszego postępowania mającego na celu zawarcie umowy ramowej i nie przewidziano wytworzenia w jego ramach koncepcji rozwiązania, projektu architektury systemu i projektu infrastruktury systemowej i sprzętowej.

Za nieuprawnione odwołujący uznał przyjęcie, że konstrukcja postępowania ma charakter zbliżony do formuły zaprojektuj i wybuduj. W szczególności forma i treść dokumentu szczegółowy opis przedmiotu Umowy wykonawczej – Uzgodnienie projektów ma się nijak do formy, treści i szczegółowości programu funkcjonalno-użytkowego, wyznaczonych przepisami rozporządzenia wydanego na podstawie art. 31 ust. 4 ustawy pzp.

Strony i uczestnik postępowania odwoławczego przedstawili na rozprawie stanowiska.

Odwołujący stwierdził, że w odpowiedzi Zamawiający przedstawił swoje potrzeby, które są niesporne. Zauważył, że zamówienie usług wymaga przeprowadzenia procedury zgodnej z ustawą. Podkreślił, że z dokumentacji nie wynika, iż w skład przedmiotu zamówienia wchodzi elementy wynikające z przedmiotu umowy ramowej, w której w szczególności nie było postanowień dotyczących koncepcji.

Wskazał na niekonsekwencję Zamawiającego, odwołującego się do innych dokumentów jak standardy i metodyki, a następnie do postanowień samej umowy wykonawczej zawartych w IWZ. Dokonane rozszerzenie zakresu zamówienia w stosunku do umowy ramowej, w szczególności o prace koncepcyjne i projekty, ogranicza możliwości Odwołującego w przygotowaniu oferty. Stwierdził, iż koncepcja i projekty, wbrew stanowisku Zamawiającego, nie są elementem tożsamym z realizacją cyklu wytwórczego oprogramowania. Przypomniał, że cena jest jedynym kryterium oceny ofert.

Złożył fragment załącznika do protokołu z postanowieniami o zawarciu umowy ramowej z uzasadnieniem zastosowania kryterium ceny, z treści którego wynika, iż nie brano pod uwagę w tym postępowaniu zamawiania prac koncepcyjnych (stanowiącego wykonanie art. 91 ust. 2a Pzp).

Odnosnie drugiego zarzutu wskazał na niezasadność stosowania przez Zamawiającego analogii z wyceną prac budowlanych (s. 6 odp. na odwołanie), a także wyceny opisanej w piśmie Przystępującego (s. 3). Podkreślił brak możliwości dokonania wyceny bez uprzedniej koncepcji. Naruszenia konkurencji upatruje w różnicy zakresu przedmiotowego umowy wykonawczej w stosunku do ramowej. Podkreśla brak możliwości opracowania koncepcji i wyceny prac.

Uznał, że Zamawiający naruszył art. 101a ust. 3 w powiązaniu z art. 101a ust. 1 pkt 2 lit. b. Wskazał na treść art. 4 ust. 11 umowy ramowej wskazujący, iż wykonawca nie może złożyć oferty mniej korzystnej, niż złożona w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej.

W umowie ramowej została dokonana nieprzekraczalna wycena punktu funkcyjnego, natomiast w IWZ wskazano konkretną liczbę punktów funkcyjnych.

Stwierdził, że w toku postępowania o zawarcie umowy ramowej dokonał wyceny dotyczącej modyfikacji systemu zgodnie z przedmiotem tej umowy. Obecnie wartość prac koncepcyjnych ocenia na kwotę 7,5 mln zł zgodnie z oszacowaniem Zamawiającego.

Podtrzymał zarzut, iż prace te nie są objęte zakresem umowy ramowej i nie powinny być przedmiotem zamówienia.

Podkreślił ustawowe zasady udzielania umów wykonawczych na podstawie umów ramowych wskazując w szczególności na niedopuszczalność naruszenia zakresu przedmiotowego i równości wykonawców. Stwierdził, że osoby przedstawione umowie ramowej jako potencjał osobowy nie są przewidziane do wykonania prac koncepcyjnych. Wskazał, iż w dokumentach brak jest standardów jakościowych dotyczących opracowania koncepcji (str. 4 pisma). Stwierdził, że każdorazowo w OPZ wskazuje się zakres prac, które mają wykonać wykonawcy, a w postępowaniach Zamawiającego standardem jest przedstawianie koncepcji w OPZ.

Zamawiający stwierdził, że konkretnie określił przedmiot zamówienia w art. 2.1.1 umowy ramowej i odpowiednio w projekcie wykonawczym. Zauważył, że dokonanie modyfikacji, o której mowa w opisie przedmiotu, wymaga sporządzenia niezbędnej dokumentacji. Przedmiot opisany w art. 2 ust. 1 pkt 1-6 wraz z wykonaniem dokumentacji zgodnie z jej definicją zawartą w zał. nr 9.

Wskazał na przepis art. 70 w zw. z art. 63 i 64 dyrektywy klasycznej oraz ustawową definicję cyklu życia. Warunki realizacji opisane w umowie ramowej, a uszczegółowione w umowie wykonawczej, należy odnosić do cyklu życia (usługi modyfikacji).

Wskazał na zasadę wynikającą z art. 101a ust. 9 pkt 1 powołanego także w zarzutach odwołania. Stwierdził, że dokonał prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, z uszczegółowieniem opisu zawartego w umowie ramowej.

Wyłączenie opracowania koncepcji do odrębnego postępowania, czego żąda Odwołujący i ewentualne wykonanie tego przez podmiot trzeci byłoby nieracjonalne, a efektem mogłaby być niemożliwość złożenia ofert przez wykonawców do umów wykonawczych będących stronami umowy ramowej.

Stwierdził, że jego doświadczenie wynikające ze zlecana osobno koncepcji podobnych usług jest negatywne. W ocenie Zamawiającego Odwołujący zmierza w rzeczywistości do unieważnienia prowadzonego postępowania.

Stwierdził, że nie istnieją u niego standardy, według których przekazuje on wykonawcom koncepcję w analogicznych sprawach.

Przystępujący zaprzeczył podejrzeniu zawartemu w piśmie procesowym Odwołującego na str. 6. O ewentualnym udziale tego podmiotu w opracowaniu kluczowych elementów koncepcji. Ponowił tezę, że Odwołujący zmierza de facto do unieważnienia postępowania, a to wskazuje na brak interesu we wniesieniu odwołania.

Wskazał na treść zał. 4 do umowy wykonawczej (uzgodnienia projektowe), gdzie opisano te same standardy, w tym metodyki, które przedstawiono w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej, w tym w protokole postępowania, którego fragment przedstawił Odwołujący. Stwierdził, że treść uzgodnień projektowych pozwala na szczegółowe obliczenie kosztów niezbędnych do przedstawienia w przygotowanej ofercie. Wskazał na wymogi umowy ramowej co do potencjału osobowego, w tym analityków i architektów, którymi są zobowiązani dysponować wykonawcy do końca trwania umowy ramowej. Na podstawie wymogów z umowy ramowej co do liczby architektów i analityków wnioskuje, że Zamawiający oczekuje wykonania prac koncepcyjnych i projektowych. Stwierdził, że zadaniem wykonawcy jest z reguły zdefiniowanie założeń projektowych i realizacja kolejnych zadań w ramach umowy.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść umowy ramowej, istotnych warunków zamówienia w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy wykonawczej, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu wraz z dokumentami na potwierdzenie przedstawionych argumentów, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania i dążeniu do uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, a tym samym legitymację do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania od czynności zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegającej na ustaleniu treści dokumentacji postępowania w celu zawarcia umowy wykonawczej, w szczególności warunków zamówienia warunków zamówienia, na podstawie których wykonawca zaproszony ma przygotować ofertę.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych i podtrzymanych zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Istota zarzutów i sporu między odwołującym a zamawiającym oraz przystępującym

do postępowania polega na ocenie, czy ustalenie treści dokumentacji postępowania prowadzonego w celu zawarcia umowy wykonawczej nastąpiło w zgodzie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, a w szczególności, czy zamawiane usługi w zaproszeniu do składaniu ofert są objęte zakresem postanowień umowy ramowej wiążącej strony.

W konsekwencji negatywnej odpowiedzi odwołujący podnosi drugi zarzut wskazując, że opis przedmiotu zamówienia jest obarczony wadą, która uniemożliwia jego wycenę i złożenie prawidłowej oferty.

Jako podstawę prawną pierwszego zarzutu podano w odwołaniu art. art. 100 ust. 4, 101a ust. 3 i ust. 9 pkt 1, 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp wskazując na dokonanie, przez zamawiającego, przy udzielaniu zamówienia na podstawie umowy ramowej, istotnych zmian warunków zamówienia określonych w umowie ramowej, polegających na zamawianiu usług nieobjętych jej zakresem, czego konsekwencją jest ograniczenie konkurencji.

W tym miejscu warto zauważyć, że specyfiką udzielania zamówienia z uwzględnieniem postanowień Działu III Rozdziału 1 ustawy pzp – Umowy ramowe przy zawieraniu umów w wyniku uprzedniego zawarcia umowy ramowej (w rozpatrywanej sprawie umów wykonawczych) jest dopuszczalność dokonywania zmian warunków zamówienia określonych w umowie ramowej pod warunkiem, iż zmiany nie są istotne.

Zgodnie z art. 101a ust. 1 pkt 2 b ustawy pzp zamawiający zwraca się do wykonawcy będącego stroną umowy ramowej zwracając się o złożenie oferty, w przypadku gdy nie wszystkie warunki realizacji usług określono w umowie ramowej.

Zakaz dokonywania istotnych zmian warunków udzielania zamówienia określa z kolei art. 102a ust. 3 ustawy pzp.

Wskazany w odwołaniu kolejny przepis ustawy to art. 101a ust. 9 pkt 1, zgodnie z którym w przypadku zaproszenia do składania ofert zamawiający stosuje te same warunki udziału w postępowaniu i warunki realizacji zamówienia, które stosowano przy zawarciu umowy ramowej, i, w razie potrzeby, bardziej sprecyzowane warunki, oraz, w stosownych przypadkach, inne warunki wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszeniu o zamówieniu dotyczących umowy ramowej /.../.

Powyższe, a także zakaz ograniczania konkurencji postanowieniami umowy ramowej oraz art. 29 ust. 1 i 2 normujący zasady dokonywania opisu przedmiotu zamówienia oraz art. 7 ust. 1 ustawy pzp stanowią ramy prawne rozpatrywanej sprawy.

Niesporne jest w ustalonym stanie faktycznym, że odwołujący w dniu 14 grudnia 2018 r. otrzymał od Zamawiającego zaproszenie do złożenia oferty w prowadzonym na podstawie Umów ramowych postępowaniu w celu zawarcia Umowy wykonawczej na modyfikację

oprogramowania w ramach projektu „Migracja domeny świadczeniowej KSI ZUS do architektury x86”. Do powyższego zaproszenia załączono m.in. Istotne Warunki Zamówienia („IWZ”) oraz Opis przedmiotu zamówienia - Uzgodnienie projektowe.

W Rozdziale 2 IWZ - „Opis przedmiotu zamówienia i termin wykonania”, w pkt - 2.2. - „Opis przedmiotu zamówienia”, do konano następującego opisu przedmiotu zamówienia:

„2.2.1. Przedmiotem Umowy wykonawczej jest:

2.2.1.1. modyfikacja oprogramowania w ramach projektu „Migracja domeny świadczeniowej KSI ZUS do architektury x86”, zwana dalej „Modyfikacją”, wraz ze świadczeniem usług serwisowych oraz gwarancji;

2.2.1.2. świadczenie usług szkoleniowych i przekazywania wiedzy w formie szkoleń stacjonarnych z zakresu eksploatacji wdrożonej Modyfikacji;

2.2.1.3. świadczenie usługi wsparcia Wdrożenia Modyfikacji.”

W pkt 2.2.2 poniżej, Zamawiający informuje, że realizacja Umowy nastąpi w 2 etapach:

2.2.2.1. Etap 1 (Zamówienie podstawowe) obejmujący wykonanie i dostarczenie: Koncepcji rozwiązania. Projektu architektury systemu i Projektu infrastruktury sprzętowej i systemowej

2.2.2.2. Etap 2 (prawo Opcji) obejmujący wykonanie modyfikacji wraz z Kodami Źródłowymi i Dokumentacją Wykonawcy na migrację domeny świadczeniowej KSiZUS do architektury x86 wraz ze świadczeniem usług serwisowych, gwarancji oraz świadczeniem usługi wsparcia Wdrożenia Modyfikacji i świadczeniem usług szkoleniowych i przekazywania wiedzy (Zgodnie z Art. 2 ust 1 pkt 1) - 6) Umowy Ramowej),”

Z powyższego postanowienia Istotnych Warunków Zamówienia wynika, że przedmiotem Umowy wykonawczej będzie modyfikacja oprogramowania wraz ze świadczeniem usług serwisowych i gwarancji oraz świadczenie usług szkoleniowych i usług wsparcia wdrożenia modyfikacji, w tym wykonanie i dostarczenie Koncepcji rozwiązania, Projektu architektury systemu i Projektu infrastruktury sprzętowej i systemowej.

Odwołujący wskazuje, że wbrew ustalonej przez Zamawiającego nazwie postępowania wykonawczego, główny akcent w postępowaniu został położony na zamówienie produktów w postaci Koncepcji rozwiązania, Projektu architektury systemu i Projektu infrastruktury sprzętowej i systemowej. Natomiast prace związane z modyfikacją oprogramowania i usługi wynikające z przeprowadzenia tych prac mogą być zamówione później i to tylko jeżeli zamawiający zdecyduje się skorzystać z prawa Opcji. W tym kontekście odwołujący stwierdził, że głównym przedmiotem zamówienia jest wykonanie koncepcji i projektów, a prace polegające na modyfikacji oprogramowania mają charakter drugoplanowy.

Przy takiej konstrukcji przedmiotu zamówienia wykonawczego uznał, że przedmiot zamówienia jest on niezgodny z przedmiotem Umów ramowych, na podstawie których zamówienie to jest udzielane, bowiem zgodnie z art. 2 umowy ramowej: „1. Przedmiotem Umowy ramowej jest określenie zasad, zgodnie z którymi Wykonawca świadczył będzie na

podstawie Umów wykonawczych usługi związane z modyfikacją i rozbudową Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (KSI ZUS), obejmujące:

- 1) wykonywanie i dostarczanie Modyfikacji wraz z Kodami źródłowymi i Dokumentacją Wykonawcy,
- 2) świadczenie usługi wsparcia Wdrożenia Modyfikacji,
- 3) świadczenie Usług serwisowych w okresie trwania Umowy ramowej,
- 4) udzielenie 12 miesięcznej gwarancji jakości dostarczanych produktów i usług po zakończeniu trwania Umowy ramowej,
- 5) przenoszenie na Zamawiającego autorskich praw majątkowych do Modyfikacji, jej Kodów źródłowych i Dokumentacji Wykonawcy oraz udzielanie bezterminowych licencji na oprogramowanie osób trzecich wchodzące w zakres Modyfikacji,
- 6) świadczenie usług szkoleniowych i przekazywanie wiedzy."

Należy zgodzić się ze stwierdzeniem odwołującego, że w powyższym wyliczeniu nie wymieniono usług opisanych literalnie jako wykonanie koncepcji określonych rozwiązań lub projektów architektury systemu, czy też projektów dotyczących infrastruktury.

Skład orzekający w wyniku dokonania analizy treści umowy ramowej, a w szczególności opisu jej przedmiotu podziela stanowisko zamawiającego, iż przywołanego wyżej artykułu umowy ramowej określającego jej przedmiot wynika, że Przedmiotem umów wykonawczych jest wykonywanie i dostarczanie Modyfikacji wraz z Kodami źródłowymi i Dokumentacją Wykonawcy. Dokumentacja Wykonawcy z kolei, zgodnie z definicją zawartą w Załączniku 9 do Umowy ramowej to: „Wykonana i dostarczona przez Wykonawcę dokumentacja w języku polskim dotycząca Modyfikacji, jej specyfikacji, budowy, wdrożenia, parametryzacji i konfiguracji, pozwalająca na prawidłowe wdrożenie, administrowanie oraz użytkowanie Modyfikacji, a także przejęcie jej rozwoju i utrzymania, w tym w szczególności: dokumentacja analityczna, administracyjna, techniczna i użytkowa. Dokumentacją Wykonawcy są także produkty szkoleniowe.”

Zasadny jest wniosek, że zadania składające się na Etap 1 umowy wykonawczej zostały przewidziane w zakresie przedmiotu umowy ramowej (art. 2). Wykonanie Koncepcji rozwiązania, Projektu architektury systemu oraz Projektu infrastruktury sprzętowej i systemowej, jakkolwiek określenia „koncepcja” i „projekty” nie zostały literalnie w umowie ramowej użyte, wchodzą w skład niezbędnej Dokumentacji Wykonawcy, która zgodnie z definicją dotyczy jej specyfikacji, budowy, wdrożenia, parametryzacji i konfiguracji, pozwalającą na prawidłowe wdrożenie docelowej Modyfikacji.

Należy także zauważyć, że dokument pn. Uzgodnienie projektowe, stanowiący załącznik nr 4 do umowy wykonawczej definiuje zakres Etapu 1 wymaganiami przejściowymi (pkt 5.1.3

Wymagania przejściowe str. 24): WP-0001 Wykonanie i dostarczenie koncepcji rozwiązania wraz ze szczegółowym harmonogramem realizacji, WP-0002 Wykonanie i dostarczenie projektu architektury systemu niezbędnej do realizacji przedmiotu zamówienia, WP-0003 Wykonanie i dostarczenie projektu infrastruktury sprzętowej rozwiązania. Powyższe treści załącznika nr 4 – uzgodnienia projektowego stanowią w rozpatrywanej sprawie „bardziej sprecyzowane warunki” zamówienia, o których mowa w powołanym na wstępie art. 101a ust. 9 pkt 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający wyraża także stanowisko, że usługi związane modyfikacją i rozbudową systemu informatycznego (KSI ZUS) podlegają ustawowej definicji cyklu życia usługi określonej w art. 2 ust. 1a ustawy pzp, co oznacza, że w braku odmiennego opisu trwania cyklu modyfikacji oprogramowania, modyfikacja obejmuje także jej zaplanowanie, projektowanie, zmianę itp., jako wynikające z opisu przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby kwestionowane sprecyzowanie zakresu prac w dokumentacji postępowania o zawarcie umowy wykonawczej nastąpiło w rozpatrywanym postępowaniu w zgodzie z przepisami prawa, których naruszenie podniesiono w odwołaniu.

Odnośnie zarzutu braku możliwości wyceny zadań realizowanych w ramach Etapu 2 zamówienia (opcja) z uwagi na niewiadomy kształt koncepcji realizacji przedsięwzięcia skład zauważa, że stworzenie koncepcji zadania, a następnie realizacja jego założeń jest stosunkowo często praktykowane na gruncie zamówień publicznych, a oczekiwanie przez zamawiającego takiego produktu od profesjonalnego wykonawcy, zrozumiałe. Jak wyżej wskazano, w przedmiotowym postępowaniu założono, iż w skład przedmiotu zamówienia wchodzi opracowanie sprecyzowanej postanowieniami umowy wykonawczej dokumentacji, w której skład wchodzi również opracowanie koncepcji rozwiązania dotyczącego modyfikacji i rozbudowy oprogramowania KSI Zakładu Ubezpieczeń Społecznych.

Tym samym postanowienia siwz nie nakładają na wykonawców konieczności przygotowania Koncepcji jeszcze przed złożeniem oferty. Koncepcja jest bowiem częścią wykonania przedmiotu zamówienia, a tym samym złożenie oferty jest jak najbardziej możliwe bez uprzedniego przygotowania Koncepcji, ta bowiem wchodzi w skład usługi.

Skoro zatem z dokumentacji zasadnie wywiedziono jak wyżej o zawartości przedmiotu zamówienia, w szczególności koncepcji, jako części do realizacji w Etapie 1, brak jest podstaw do uznania stanowiska odwołującego, iż dostarczenie koncepcji jest zadaniem do wykonania przez zamawiającego, który dla jej uzyskania powinien przeprowadzić odrębne postępowanie o udzielenie zamówienia. Naturalną konsekwencją takiej czynności musiałoby być długotrwałe zawieszenie postępowania będącego przedmiotem niniejszego rozpatrywania lub realna alternatywą w postaci unieważnienia tego postępowania.

Należy również zauważyć, iż przy braku zarzutu dotyczącego ilości punktów funkcyjnych, którymi zamawiający oszacował pracochłonność obu etapów, w zasadzie nie ma podstaw do uznania, iż wycena oferty której podstawą jest cena punktu oraz ich liczba, nie jest możliwa do przedstawienia zamawiającemu.

Zrozumiałe jest przy tym, że model zamówienia przyjęty przez zamawiającego pozwala na ograniczenie ryzyka po stronie wykonawcy, który sam będzie twórcą koncepcji rozwiązania, a nie podmiot trzeci w wyniku odrębnego postępowania. Zmniejszenie ewentualnego ryzyka związanego z ewentualnym niedoszacowaniem Etapu 2 jest przy tym możliwe dzięki mechanizmowi zawartemu w art. 12 ust. 4 umowy ramowej zgodnie z którym: „W przypadku, gdy rzeczywista złożoność modyfikacji ustalona w wyniku wymiarowania pełnego okaże się wyższa lub niższa niż określona w szacowaniu wstępnym, o którym mowa w załączniku 7, Wykonawcy przysługuje z tytułu wykonania oraz utrzymania Modyfikacji wynagrodzenie w wysokości uwzględniającej liczbę Punktów Funkcyjnych określona w wyniku wymiarowania pełnego. Wymiarowanie pełne nie może powodować zwiększenia wynagrodzenia, którym mowa w ust. 1 pkt 1a, o więcej niż 20% w stosunku do wynagrodzenia obliczonego na podstawie szacowania wstępnego”. Zgodnie z tym zapisem dopuszczony jest wzrost wynagrodzenia należnego do 20% z tytułu wymagań funkcjonalnych, a więc w tym przypadku, z tytułu całości Etapu 2.

Poparcia stanowiska o przedmiotowej zawartości prac Etapu 1 obejmującej, jak kilkakrotnie wyżej wskazano, prace koncepcyjne i projektowe, skład orzekający upatruje także w wynikającej z postanowień umowy ramowej konieczności zapewnienia dysponowania przez wykonawcę na rzecz zamawiającego potencjałem kadrowym w postaci zespołu specjalistów, w skład którego przez cały okres obowiązywania umowy ramowej wchodzić mają analitycy oraz wysokiej klasy projektanci (architekci) systemów informatycznych.

To również uwiarygadnia tezę zamawiającego, iż w ramach umów wykonawczych konieczne będzie prowadzenie prac analitycznych w ramach opracowania koncepcji, a nie wyłącznie wykonanie dokumentacji stricte technicznej dla danej kustomizacji, ale raczej zaprojektowanie zmian do systemu. Wskazuje na to oczekiwany zakres, który ma być wykonany w wyniku zawarcia umowy wykonawczej.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, skład orzekający stwierdza, że warunki zamówienia przedstawione w postępowaniu o zawarcie umowy wykonawczej nie zawierają niedopuszczalnych zmian w stosunku do postanowień umowy ramowej wiążącej strony, a tym samym zamawiający nie naruszył przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

.....

.....