

**WYROK**

**z dnia 19 maja 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2016 r. przez wykonawcę **Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, ul. Nowogrodzka 1/3/5, 00-513 Warszawa.**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę postanowień SIWZ poprzez uwzględnienie możliwości rozpoczęcia świadczenia usług określonych w § 2 ust. 1 pkt 3 i 4 wzoru umowy (Załącznik nr 2 do SIWZ) po minimum 30 dniach po podpisaniu umowy (tj. zastosowanie tzw. okresu przejściowego),
2. w pozostałym zakresie oddala zarzuty
3. kosztami postępowania obciąża **Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, ul. Nowogrodzka 1/3/5, 00-513 Warszawa** i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2. zasądza od **Ministerstwa Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, ul. Nowogrodzka 1/3/5, 00-513 Warszawa** na rzecz **Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków** kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. 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: Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługi dotyczące aplikacji; Zatrudnianie Cudzoziemców (ZC)”. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 20.04.2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej TED pod numerem 2016/S 077-137037.

Odwołujący Comarch Polska S.A wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego, podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na sporządzeniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), w sposób niezgodny z przepisami Ustawy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców; art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a tym samym mogący utrudniać uczciwą konkurencję, art. 36 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez brak określenia wszystkich istotnych dla stron postanowień, które miałyby być wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ w sposób wskazany szczegółowo w uzasadnieniu odwołania.

Zgodnie z rozdziałem 3.1 SIWZ: „Przedmiot zamówienia stanowią usługi dotyczące aplikacji Zatrudnianie Cudzoziemców (ZC) w zakresie: wykonania i wdrożenia modernizacji, rozwoju; administrowania oraz usuwania awarii i błędów, wsparcia Użytkowników, w tym świadczenia usług: hot-line, konsultacji grupowych.” Zgodnie z rozdziałem 3.2 SIWZ „Szczegółowy opis, zakres i warunki realizacji przedmiotu zamówienia określa załącznik nr 2 do SIWZ - wzór umowy.”

Załącznik 2 do SIWZ - wzór umowy odsyła w paragrafie 2 pkt 3 do załączników, które określają opis, zakres i warunki realizacji przedmiotu umowy. Zawiera on następujące załączniki:

Załącznik nr 1 - Wykaz Jednostek, których pracownicy są Użytkownikami aplikacji ZC.  
Załącznik nr 2 - Procedura wykonania i wdrożenia modernizacji aplikacji ZC oraz dalszego rozwoju aplikacji ZC.

Załącznik nr 3 - Procedura administrowania oraz usuwania awarii i błędów w aplikacji ZC.  
Załącznik nr 4 - Procedura wsparcia Użytkowników ZC oraz realizacji konsultacji grupowych.  
Załącznik nr 5 - Raport realizacji umowy w okresie od ... do ...  
Załącznik nr 6 - Protokół odbioru (wzór)

1) Zdaniem Odwołującego, załącznik nr 2 do umowy określa jedynie w sposób ogólny opis funkcjonalności dotychczasowej aplikacji i wykorzystane do jej budowy technologie. W ocenie Odwołującego, informacje na temat aplikacji ZC są niewystarczające do sporządzenia oferty i faworyzują dotychczasowego wykonawcę. Wykonywanie modyfikacji i usuwanie błędów w oprogramowaniu wymaga dokonywania zmian w kodach źródłowych tego oprogramowania. Aby ocenić pracochłonność i ryzyko związane z dokonywaniem modyfikacji kodów źródłowych, wykonawca powinien mieć możliwość zapoznania się z nimi przed złożeniem oferty. Tylko wtedy będzie mógł bowiem w sposób precyzyjny określić zakres niezbędnych prac programistycznych, który jest determinowany przez wykorzystane w oprogramowaniu technologie, jakość kodu, styl programowania i jakość dokumentacji. Jedynym wykonawcą posiadającym wgląd do kodów źródłowych jest dotychczasowy wykonawca rozwijający i utrzymujący system.

Odwołujący wniósł o dokonanie modyfikacji SIWZ i udostępnienie Wykonawcom kodów źródłowych aplikacji Zatrudnianie Cudzoziemców (ZC).

Izba nie uwzględniła zarzutu Odwołującego.

Izba uznała za uzasadnione obawy Zamawiającego, związane z udostępnieniem kodów źródłowych wszystkim podmiotom potencjalnie zainteresowanym złożeniem oferty w postępowaniu – a więc nieograniczonemu kręgowi podmiotów. Zamawiający nie zna intencji co do wykorzystania kodów źródłowych przez podmioty, którym udostępniłby takie kody źródłowe lub które uczestniczyłyby w spotkaniu, mającym na celu zapoznanie z tymi kodami. Uzasadniona w takim przypadku jest obawa przed ewentualnym cyberatakiem lub nieuprawnionym wykorzystaniem kodów źródłowych, jak również łatwiejszym dostępem do tych kodów. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, w jaki sposób Zamawiający mógłby zabezpieczyć się przed takimi negatywnymi konsekwencjami udostępnienia kodów źródłowych. Samo podpisanie zobowiązania do zachowania poufności, w przypadku możliwego świadomego działania na szkodę Zamawiającego, trudno uznać za wystarczające. Zamawiający ma prawo kształtować wymagania SIWZ stosownie do potrzeb, także biorąc pod uwagę okoliczności szczególne – jak w tym przypadku – konieczność ochrony danych i posiadanego systemu. Tym samym trudno, w ocenie Izby, w szczególnej sytuacji uznać, aby Zamawiający naruszył przepisy ustawy.

Należy również zauważyć, że Zamawiający oświadczył, że dysponuje podręcznikiem użytkownika oraz podręcznikiem administratora, nie posiada natomiast dokumentacji projektowej. Odwołujący nie zapoznał się z tą dokumentacją, ani też skutecznie nie wystąpił do Zamawiającego o jej udostępnienie. Izba zauważa, że Odwołujący tym samym nie wykazał, że posiadana przez Zamawiającego dokumentacja w postaci obu podręczników (którą Zamawiający udostępniał wykonawcom, którzy o to wystąpili), jak również zawarty w SIWZ opis przedmiotu zamówienia, nie są wystarczające dla prawidłowego sporządzenia przez wykonawców ofert w niniejszym postępowaniu. Tym bardziej, że przedmiot zamówienia będzie opierał się na elementach tworzonych także przez wybranego wykonawcę, co wynika z opisanych, oczekiwanych przez Zamawiającego funkcjonalności.

2) Odwołujący wskazał, że zakres przedmiotu zamówienia zawiera konieczność korzystania z dokumentacji systemu. Wykonawca zatem powinien znać dokumentację. Zamawiający przewidział przekazanie wykonawcom dokumentacji w terminie 3 dni roboczych od dnia zawarcia umowy. Aby oszacować pracochłonność niezbędną do realizacji przedmiotu zamówienia i w konsekwencji złożyć ofertę, niezbędne jest, aby Wykonawcy mogli zapoznać się z dokumentacją systemu przed złożeniem ofert. Pozwoli to wykonawcom określić złożoność systemu, poznać jego architekturę i oszacować liczbę etatów niezbędną dla usuwania błędów i przygotowywania modyfikacji. Co więcej sama dokumentacja także będzie w ramach realizacji przedmiotu zamówienia podlegała aktualizacji przez wykonawcę. Aby oszacować niezbędną, związaną z tym procesem aktualizacji, pracochłonność konieczne jest aby wykonawca miał możliwość oceny obecnego stanu tej dokumentacji. Brak w umowie zapisów pozwalających wykonawcy ocenić kompletność i jakość przekazywanych dokumentacji i kodów powoduje, że wykonawcy składający ofertę nie wiedzą na jakie ryzyko się decydują. Odwołujący wskazywał także, że świadczenie usług utrzymania od razu po przekazaniu kodów i dokumentacji jest niemożliwe. Zaznajomienie się z systemem, który zapewne składa się z wielu współpracujących ze sobą elementów będzie wymagało czasu. Konieczny jest zatem okres przejściowy w którym wykonawca będzie w stanie pozyskać wiedzę na temat działania systemu a także ocenić jakość przekazanej dokumentacji i kodów. W umowie brakuje postanowień dotyczących okresu przejściowego pozwalającego Wykonawcy na zaznajomienie się z przekazywaną dokumentacją i kodami.

Braki te w sposób oczywisty dyskryminują wszystkich poza dotychczasowym wykonawcą, ponieważ tylko on posiada komplet wiedzy na temat zawartości dokumentacji i kodów źródłowych. Odwołujący wniósł o uzupełnienie SIWZ o kompletną dokumentację aplikacji ZC będącą w posiadaniu Zamawiającego.

Izba nie uznała tego zarzutu za uzasadniony.

W odniesieniu do tego zarzutu, przyczyny jego nieuwzględnienia są analogiczne, jak w przypadku zarzutu pierwszego. Izba podkreśla, że Odwołujący domaga się od Zamawiającego przekazania kompletnej dokumentacji w sytuacji, gdy nawet nie zadbał o udostępnienie przez Zamawiającego tej dokumentacji w postaci podręcznika użytkownika i podręcznika administratora. Zgodnie z informacjami Zamawiającego, inni wykonawcy wystąpili o przekazanie im tej dokumentacji i podręczniki te zostały im przekazane.

Izba uwzględniła zarzut Odwołującego w zakresie okresu przejściowego pozwalającego Wykonawcy na zaznajomienie się z przekazywaną dokumentacją i kodami. Szersze omówienie znajduje się w uzasadnieniu do zarzutu dziewiątego.

3) Odwołujący wskazał, że zakres przedmiotu zamówienia obejmuje usuwanie błędów w aplikacji ZC. Wykonawcy przygotowujący się do złożenia oferty nie znają jednak tej aplikacji i nie są w stanie oszacować pracochłonności związanej z usuwaniem błędów.

Odwołujący wniósł o udostępnienie wykonawcom statystyk i podanie liczby zgłoszeń błędów (w podziale na kategorie) aplikacji Zatrudnianie Cudzoziemców (ZC) w ciągu ostatnich 12 miesięcy a także podanie liczby zgłoszeń awarii aplikacji Zatrudnianie Cudzoziemców (ZC) w ciągu ostatnich 12 miesięcy. W trakcie posiedzenia z udziałem stron, Odwołujący cofnął zarzut.

4) Odwołujący wskazał, że analogiczna asymetria w dostępie do wiedzy występuje w zakresie modyfikacji systemu. Stabilność systemu informatycznego (jego awaryjność) jest związana z takim czynnikiem jak liczba i rodzaj wdrożonych w przeszłości modyfikacji systemu. Wiedza o historycznych zmianach dokonywanych w systemie pozwala oszacować potencjalne ryzyko, że system w przyszłości będzie działał poniżej oczekiwanych parametrów. Zamawiający nie zawarł w SIWZ żadnych informacji na temat dotychczas wdrażanych modyfikacji systemu, nie ma więc żadnej możliwości określenia ich potencjalnego wpływu na stabilność (a zatem i na pracochłonność utrzymania) systemu w przyszłości. Odwołujący, w celu wyeliminowania tej asymetrii w dostępie do wiedzy o przedmiocie zamówienia wniósł o uzupełnienie SIWZ poprzez podanie liczby oraz listy (wraz z określeniem pracochłonności) dokonanych modyfikacji aplikacji Zatrudnianie Cudzoziemców (ZC) w ciągu ostatnich 12 miesięcy. W trakcie posiedzenia z udziałem stron, Odwołujący cofnął zarzut.

5) Odwołujący wskazał, że załącznik nr 2 do umowy „PROCEDURA WYKONANIA I WDROŻENIA MODERNIZACJI APLIKACJI ZC ORAZ DALSZEGO ROZWOJU APLIKACJI ZC” określa w rozdziale 5 „PODSTAWOWE WYMAGANIA FUNKCJONALNE DOTYCZĄCE ZMODERNIZOWANEJ APLIKACJI ZC”. W ramach tego rozdziału Zamawiający określił

*„Zmiany dotyczące aplikacji ZC i powiązane z nią zmiany w module praca.gov.pl Oprogramowania SyriuszStd”. Zamawiający w przedmiocie zamówienia odwołuje się jednak tylko do konieczności dokonywania modyfikacji w aplikacji ZC. Wzór umowy nie określa w żadnym miejscu, że przedmiotem modyfikacji miało by być także oprogramowanie SyriuszStd. Co więcej, Zamawiający w umowie zobowiązuje się do przekazania kodów źródłowych i dokumentacji jedynie w odniesieniu do aplikacji ZC. W paragrafie 5 ustęp 4 wzoru umowy zawarł także zobowiązanie „Zamawiający zapewni dostosowanie AC, CBOP, Praca.gov.pl, Broker SIPSZ, z którymi będzie współpracowała zmodernizowana aplikacja ZC w zakresie, o którym mowa w rozdziale 5 załącznika nr 2 do umowy.”*

W ocenie Odwołującego, dla oszacowania zakresu niezbędnych prac programistycznych służących komunikacji systemu ZC z oprogramowaniem SyriuszStd będzie jednak konieczna wiedza o sposobie konstrukcji interfejsu komunikacyjnego Oprogramowania SyriuszStd. Zamawiający nie zawarł w SIWZ informacji o specyfikacji tego interfejsu (o ile istnieje).

Zdaniem Odwołującego, wykazane powyżej braki w zawartości informacyjnej SIWZ powodują niemożność sporządzenia oferty w tym zakresie. Wykonawca nie wie bowiem jaki nakład pracy programistycznej i w jakiej technologii powinien przewidzieć na wykonanie zadań związanych z implementacją interfejsów komunikacyjnych na styku aplikacji ZC i Oprogramowania SyriuszStd. Wykonawca nie wie nawet, czy takie interfejsy w ogóle istnieją, czy też będzie musiał uczestniczyć w ich zaprojektowaniu i w jakim terminie miałyby zostać zaimplementowane dostosowania, które zapewni Zamawiający.

Odwołujący wniósł o doprecyzowanie zakresu zamówienia w odniesieniu do interfejsów, które zapewnią wymianę danych między ZC a modulem praca.gov.pl Oprogramowania SyriuszStd poprzez udostępnienie specyfikacji i dokumentacji interfejsu komunikacyjnego Oprogramowania SyriuszStd, z którym komunikować ma się interfejs oprogramowania ZC wykonany przez wykonawcę.

Izba nie uznała powyższego zarzutu za uzasadniony. W ocenie Izby, w zakresie oprogramowania SyriuszStd zapisy SIWZ są na tyle jednoznaczne, że nie wymagają wprowadzania zmian. Skoro – jak przyznaje sam Odwołujący – rozdział 5, opisujący „Podstawowe wymagania funkcjonalne dotyczące zmodernizowanej aplikacji ZC” nie przewiduje dokonywania przez wykonawcę żadnych zmian w oprogramowaniu SyriuszStd, to wnosić z tego należy, że dokonywanie zmian w tym oprogramowaniu nie jest przez Zamawiającego wymagane. Okoliczność tę potwierdził Zamawiający oświadczając w odpowiedzi na odwołanie, że nie wymaga od wykonawcy dokonywania zmian w oprogramowaniu SyriuszStd. Izba zauważa, że sam tytuł: „Zmiany dotyczące aplikacji ZC i powiązane z nią zmiany w module praca.gov.pl Oprogramowania SyriuszStd” nie może przesądzać o tym, że od wykonawcy wybranego w niniejszym postępowaniu wymagane jest

dokonywanie zmian w oprogramowaniu SyriuszStd. Sam tytuł nie wskazuje bowiem zakresu ewentualnie wymaganych zmian. W treści SIWZ zakres taki nie został opisany, co oznacza, że dokonywanie zmian w oprogramowaniu SyriuszStd nie jest wymagane przez Zamawiającego.

6) Odwołujący wskazał, że dla wykonania niezbędnych prac programistycznych służących komunikacji systemu ZC z Aplikacją Centralną będzie konieczna wiedza o sposobie konstrukcji interfejsu komunikacyjnego Aplikacji Centralnej. Zamawiający nie zawarł w SIWZ informacji o specyfikacji tego interfejsu (o ile istnieje). Brak ten powoduje niemożność sporządzenia oferty w tym zakresie. Odwołujący wniósł o doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do interfejsów, które zapewnią wymianę danych między ZC a Aplikacją Centralną poprzez udostępnienie specyfikacji i dokumentacji interfejsu komunikacyjnego Aplikacji Centralnej, z którym komunikować ma się interfejs oprogramowania ZC wykonany przez wykonawcę. W trakcie posiedzenia z udziałem stron, Odwołujący cofnął zarzut.

7) Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie zawarł w SIWZ informacji o specyfikacji interfejsów ani nie zawarł zobowiązania do udzielenia takich informacji wykonawcy w przyszłości. Wykazane braki w zawartości informacyjnej SIWZ powodują niemożność sporządzenia oferty. Wykonawca nie wie bowiem jaki nakład pracy programistycznej i w jakiej technologii powinien przewidzieć na wykonanie zadań związanych z implementacją interfejsów komunikacyjnych w związku z wymaganiem 1.5.2. Odwołujący wniósł o doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do zbiorów danych i słowników z którymi ma się integrować aplikacja ZC poprzez udostępnienie specyfikacji i dokumentacji interfejsów komunikacyjnych. W trakcie posiedzenia z udziałem stron, Odwołujący cofnął zarzut.

8) Zamawiający zawarł następujące wymaganie: „1.5.5. Aplikacja ZC musi posiadać interfejsy komunikacyjne umożliwiające wymianę danych z systemami elektronicznego obiegu dokumentów stosowanymi w Jednostkach, które zostaną uszczegółowione przez Wykonawcę na etapie analizy i projektowania aplikacji ZC, w zakresie spraw obsługiwanych w ZC.” Zdaniem Odwołującego wymaganie jest nieprecyzyjne i nie pozwala stwierdzić, czy aplikacja ZC posiada już jakiegokolwiek interfejsy umożliwiające wymianę danych z systemami elektronicznego obiegu dokumentów stosowanymi w Jednostkach czy też nie i w jakim zakresie miałyby następować „uszczegółowienie”, o którym mowa w wymaganiu. Podniósł, że nie jest w stanie wywieść, czy szacując pracochłonność niezbędną do realizacji projektu, winien uwzględnić wykonanie od postaw interfejsów do systemów elektronicznego obiegu



dokumentów we wszystkich Jednostkach czy tylko w niektórych, a także, czy uszczegółowienie oznacza tak naprawdę uszczegółowienie opisu, dokumentacji czy kodów źródłowych czy też oznacza że uszczegółowione zostaną wymagania Zamawiającego. Odwołujący wniósł o doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do systemów elektronicznego obiegu dokumentów w jednostkach poprzez jednoznaczne wskazanie: czy i jakie interfejsy komunikacyjne istnieją już zaimplementowane w aplikacji ZC i których systemów elektronicznego obiegu dokumentów dotyczą, które jednostki posiadają systemy elektronicznego obiegu dokumentów, jakiego rodzaju systemy posiadają i podanie specyfikacji interfejsów tych systemów z którymi ma się komunikować aplikacja ZC, że Zamawiający zapewni współpracę wszystkich jednostek w zakresie integracji z aplikacją ZC i zapewni udostępnienie niezbędnych interfejsów komunikacyjnych po stronie systemów elektronicznego obiegu dokumentów w jednostkach. Alternatywnie Odwołujący wniósł o wykreślenie ww. wymagania 1.5.5.

Izba nie uznała tego zarzutu za uzasadniony. W ocenie Izby zapisy SIWZ są na tyle jednoznaczne, że nie wymagają zmian zgodnych z żądaniem Odwołującego.

Skoro z treści pkt. 1.5.5 Załącznika nr 2 do umowy wynika, że Aplikacja ZC musi posiadać interfejsy komunikacyjne, to w ocenie Izby oczywistym jest, że interfejsów tych dotychczas nie ma i że ich wykonanie leży po stronie wykonawcy. Skoro Zamawiający nie podał, w ilu Jednostkach istnieją te interfejsy, to oznacza to, że zakresem umownym do wykonania przez wykonawcę objęte są wszystkie Jednostki. Jednocześnie użyte przez Zamawiającego określenie „musi” jednoznacznie wskazuje na to, że wykonanie interfejsów leży po stronie wykonawcy. Skoro wykonana przez wykonawcę aplikacja musi posiadać interfejsy, to ich wykonanie należy do obowiązków umownych wykonawcy, z którym Zamawiający zawrze umowę. Powyższe wynika także z treści pisemnego stanowiska Zamawiającego (odpowiedzi na odwołanie), zgodnie z którym: „dotychczasowa aplikacja ZC nie posiada żadnych mechanizmów pozwalających na integrację aplikacji z systemami obiegu dokumentów stosowanymi w jednostkach.” W ocenie Izby Zamawiający w żaden sposób nie naruszył przepisów postępowania przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia.

9) Odwołujący wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje realizację usług utrzymaniowych, polegających na administrowaniu, usuwaniu błędów i wsparciu użytkowników. Jednocześnie Zamawiający nie przewidział jakiegokolwiek okresu przejściowego po podpisaniu umowy w zakresie świadczenia ww. usług. W § 3 ust. 2 wzoru umowy Zamawiający wskazał, że świadczenie ww. usług będzie realizowane od dnia zawarcia umowy. Zdaniem Odwołującego, jest to tym bardziej rażące naruszenie zasad konkurencyjności postępowania, że Zamawiający przewidział kary za opóźnienia w usuwaniu

awarii, błędów, realizację usług administrowania czy konsultacji. Wobec faktu, że wykonawca przystępując do świadczenia ww. usług będzie musiał najpierw zapoznać się z systemem, a kody źródłowe i dokumentacja zgodnie z zapisami § 4 ust. 1 zostaną mu przekazane w terminie 3 dni roboczych, to tak sformułowane zapisy SIWZ każą uznać, że Zamawiający żąda świadczenia niemożliwego do realizacji. Nie jest bowiem możliwe, aby Wykonawca usuwał błędy w oprogramowaniu PRZED przekazaniem mu kodów źródłowych i dokumentacji.

Co więcej, dla usuwania błędów i świadczenia jakichkolwiek usług określonych w § 2 umowy, Wykonawca powinien zapoznać się przekazanymi mu kodami i dokumentacją, stwierdzić ich poprawność i stworzyć odpowiednie środowiska deweloperskie. Zamawiający zupełnie nie przewidział takich prac, co wskazuje na jawną dyskryminację wszystkich wykonawców poza tym, który aktualnie realizuje usługi utrzymania i dla którego żaden okres przejściowy nie jest potrzebny.

Odwołujący wskazał także, że wszyscy Wykonawcy - poza Wykonawcą dotychczasowym - ponoszą istotne ryzyko naruszenia wymagań SLA (czasów usuwania awarii czy błędów itd.) w pierwszym okresie utrzymywania Systemu, a to z uwagi na brak jego bieżącej znajomości, jego kodów, zawartych w nim mechanizmów itp. To powoduje, iż są oni zmuszeni inaczej (niż ów jeden Wykonawca) wycenić ryzyko finansowe w pierwszym okresie utrzymania Systemu, co przekłada się na mniejszą konkurencyjność ich ofert w stosunku do dotychczasowego Wykonawcy. Dla zapewnienia wykonawcom możliwości zaznajomienia się z systemem i uruchomienia niezbędnej infrastruktury koniecznej do świadczenia usług utrzymania - konieczne jest, zdaniem Odwołującego, przewidzenie w SIWZ okresu przejściowego i stosowne przesunięcie terminu rozpoczęcia świadczenia usług administrowania oraz usuwania awarii i błędów, jak również wsparcia Użytkowników.

Odwołujący wskazał, że przyjęcie w umowach utrzymaniowych okresu przejściowego, jest powszechną praktyką Zamawiających sporządzających postępowania na utrzymanie eksploatowanych przez siebie systemów, jak w przypadku postępowań prowadzonych przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, czy w postępowaniu prowadzonym przez Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych. W przypadku obu tych postępowań przyjęty został okres przejściowy, który co do zasady określał że zobowiązania z tytułu realizacji usług utrzymaniowych albo będą rozpoczynały bieg z upływem okresu przejściowego, albo w okresie przejściowym nie będą podlegały reżimowi SLA i kar umownych. W konsekwencji Odwołujący wniósł o modyfikację SIWZ w ten sposób aby termin rozpoczęcia świadczenia usług określonych w § 2 ust. 1 pkt 3 i 4 wzoru umowy (Załącznik nr 2 do SIWZ) rozpoczynał bieg 90 dni po podpisaniu umowy przy czym wynagrodzenie wykonawcy winno być płatne także dopiero po upływie 90 dniowego okresu przejściowego.

Powyższy zarzut Izba uznała za uzasadniony. Trudno odmówić słuszności argumentom Odwołującego, że wybrany przez Zamawiającego wykonawca, powinien mieć możliwość zapoznania się z systemem i jego dokumentacją. Zapewni to wykonawcy możliwość należytego wykonania umowy. System i jego dokumentację zna dotychczasowy wykonawca i tylko w jego przypadku nie występuje potrzeba zapewnienia okresu przejściowego. Dotychczasowe zapisy SIWZ stawiają więc tego wykonawcę w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych wykonawców.

Zamawiający przyznał w trakcie rozprawy, że wykonawcy po kilkunastu dniach będą znali szczegółowo działanie tego systemu. Oznacza to, że Zamawiający przyznał, że znajomość systemu nie jest natychmiastowa i wymaga pewnego czasu, a więc okresu przejściowego. Być może okres przejściowy nie powinien być tak długi, jak chciał tego Odwołujący, niemniej jednak okres ten powinien wystąpić. Izba ma świadomość, że Zamawiający kreuje treść SIWZ i dostosowuje ją do swoich potrzeb. Jednakże w tym przypadku Zamawiający nie tylko nie obronił swojego stanowiska, ale wręcz przyznał rację argumentom Odwołującego. Zamawiający przyznał, że wykonawca nie jest stanie od razu na tyle dobrze poznać system, aby nim prawidłowo administrować.

Izba miała na uwadze także fakt, że Zamawiający przewidział dla siebie czas w postaci trzech dni na przekazanie wykonawcy pełnej dokumentacji programu oraz kodów źródłowych. Na rozprawie Zamawiający wprowadził przyznał, że nic nie stoi na przeszkodzie w przekazaniu dokumentacji wraz kodami źródłowymi już w dniu podpisania umowy, jednakże w tym zakresie nie dokonał żadnej modyfikacji wzoru umowy, z której treści jednoznacznie wynika, że Zamawiający jest uprawniony przekazać dokumentację nawet po trzech dniach od podpisania umowy. Tymczasem wykonawca jest obowiązany świadczyć usługi już od dnia podpisania umowy. Świadczenie byłoby zatem niemożliwe i jako takie naruszałoby przepisy prawa. Tym bardziej w ocenie Izby okres przejściowy jest niezbędny. Izba miała na uwadze fakt, że dotychczasowy wykonawca, doskonale znając system, którym administrował przez ostatnie lata, jest w sytuacji uprzywilejowanej względem innych wykonawców, którzy tego systemu nie znają. Rozstrzygając, Izba miała również na uwadze mogące pojawić się ewentualnie wady systemu, wynikające z działań podjętych przez dotychczasowego wykonawcę w odniesieniu do tego systemu. W interesie Zamawiającego leży więc stworzenie takiej strefy buforowej w postaci okresu przejściowego. W ocenie Izby, stosownie do żądania Odwołującego wyrażonego w odwołaniu, wynagrodzenie wykonawcy powinno być płatne również dopiero po upływie okresu przejściowego.

10) Odwołujący wskazał, że Zamawiający nałożył na wykonawcę reżim SLA określający terminy usuwania błędów, a niedotrzymanie tych terminów rodzi konsekwencje w postaci

obowiązku zapłaty kar umownych. Zamawiający nie przewidział wyłączenia odpowiedzialności w stosunku do błędów w aplikacji ZC, które mogą ujawnić się w niej już po podpisaniu umowy, a być spowodowane dotychczasowym sposobem administracji i utrzymania systemu.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z zapisami SIWZ i wzoru umowy, w odpowiedzialność za usuwanie błędów, które co prawda powstaną przed podpisaniem umowy, ale ujawnią się już po jej podpisaniu, spoczywać będzie na wykonawcy wyłonionym w niniejszym postępowaniu. W ocenie Odwołującego, taka konstrukcja rodzi ryzyko, że po podpisaniu Umowy i przejęciu utrzymania systemu ZC przez nowego wykonawcę, będą ujawniały się wady wynikające z działań podjętych przez poprzedniego wykonawcę, takie jak np. wady związane z nieskuteczną naprawą wad przez poprzedniego wykonawcę, czy też wady wynikające z wgranych przez poprzedniego wykonawcę modyfikacji Systemu. Zdaniem Odwołującego, tego rodzaju wady powinien naprawiać podmiot, który spowodował ich powstanie, a więc poprzedni wykonawca. Odwołujący uznał, że brak w umowie zapisów wyłączających odpowiedzialność wybranego w niniejszym postępowaniu wykonawcy za wady systemu powstałe przed przejęciem go do utrzymania, jest przejawem dyskryminacji i preferowania dotychczasowego wykonawcy, gdyż tylko on jest w stanie ocenić stan systemu.

Takiej konstatacji Odwołującego nie zmieniałaby również możliwość przekazania wykonawcom przez Zamawiającego w trakcie niniejszego postępowania kodów źródłowych oprogramowania, gdyż analiza tych kodów przez wykonawców nie daje gwarancji zabezpieczenia przed modyfikacją systemu, która ewentualnie mogłaby zostać wgrana w czasie pomiędzy datą przekazania kodów a datą zawarcia umowy.

Przeniesienie na wykonawców ryzyka wystąpienia w systemie błędów, na których powstanie nie mieli oni wpływu i o których nie posiadali wiedzy, z jednoczesnym nałożeniem na nich zobowiązania z tytułu czasów usunięcia takich wad (a za niedotrzymanie terminów usuwania wad Zamawiający przewidział kary umowne), jest w ocenie Odwołującego nieuzasadnione i dyskryminuje wszystkich poza dotychczasowym wykonawcą, a także narusza zasady współzycia społecznego.

Odwołujący wniósł o zwolnienie wykonawcy z odpowiedzialności za wady oprogramowania wynikające ze zmian wprowadzonych w nim przed przystąpieniem do świadczenia usług utrzymania, poprzez wprowadzenie do wzoru Umowy następujących zasad odpowiedzialności za usuwanie Wad:

a) wszystkie Wady wynikłe z modyfikacji Systemu wgrywane przez poprzedniego wykonawcę w okresie 3 miesięcy przed ogłoszeniem o zamówieniu do dnia zawarcia umowy z wykonawcą wyłonionym w przetargu objętym niniejszym postępowaniem - będą kierowane do poprzedniego wykonawcy, zaś w razie skierowania ich do nowego Wykonawcy - kary umowne w zakresie usuwania tychże wad będą zawieszane (nie będą naliczane);

b) wszystkie wady aplikacji ZC uprzednio zgłoszone do poprzedniego wykonawcy, które nie zostały przez niego skutecznie naprawione - będą kierowane do poprzedniego wykonawcy, zaś w razie skierowania ich do nowego wykonawcy - kary umowne w zakresie usuwania tychże wad będą zawieszane (nie będą naliczane).

W ocenie Izby zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że postanowienia SIWZ nie naruszają żadnego przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych, ani żadnej innej ustawy. Zamawiający dokonał opisu wymagań stosownie do swoich potrzeb, do czego jest uprawniony.

Proponowane przez Odwołującego zmiany treści SIWZ przerzucają na Zamawiającego ciężar ustalenia, jaka była przyczyna występujących wad Systemu i aplikacji. Zgodnie z żądaniem Odwołującego, Zamawiający powinien ustalić, czy wady Systemu (lub aplikacji), wynikły z modyfikacji dokonanych przez poprzedniego wykonawcę, czy też są wynikiem działań wykonawcy wybranego w niniejszym postępowaniu. W zależności od wyników tych ustaleń, Zamawiający powinien kierować roszczenia o usunięcie wad do wykonawcy obecnie administrującego systemem lub do wykonawcy wybranego w niniejszym postępowaniu. W ocenie Izby, nałożenie na Zamawiającego tych obowiązków mogłoby doprowadzić do sparaliżowania pracy systemu, gdyż Zamawiający najpierw zmuszony byłby do ustalenia przyczyn wystąpienia błędów, a następnie - w zależności od wyników tych ustaleń – kierować roszczenia do jednego z wykonawców. W skrajnym przypadku mogłoby to zmusić Zamawiającego do utrzymywania dodatkowego zespołu informatycznego, którego celem byłoby dokonywanie klasyfikacji i przyczyn wystąpienia wad systemu – podczas, gdy powinno to należeć do obowiązków wykonawcy wybranego w niniejszym postępowaniu.

Nadto Izba zauważa, że nawet gdyby dotychczasowy wykonawca miał usuwać wady systemu już po zawarciu umowy z nowym wykonawcą, to w celu usunięcia tych wad powinien mieć zapewniony dostęp do systemu. Może to spowodować konflikt z nowym wykonawcą, gdyż usuwanie dotychczasowych wad może spowodować powstanie nowych wad.

Dotychczasowe zapisy SIWZ nakładają na wykonawcę wybranego w niniejszym postępowaniu obowiązek usuwania wad systemu, bez wskazywania na przyczynę tych wad, jednakże w ocenie Izby obowiązek ten mieści się w ramach realizacji tego przedmiotu zamówienia oraz w ramach normalnego ryzyka kontraktowego wykonawców. Rozpoczynając wykonywanie umowy, wykonawca otrzymuje system w stanie, w jakim znajduje się on w chwili rozpoczęcia świadczenia przez wykonawcę usług przewidzianych umową i zobowiązany jest zapewnić jego prawidłowe działanie oraz rozbudowę.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 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 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....