

WYROK
z dnia 29 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka
Lubomira Matczuk - Mazuś
Agata Mikołajczyk
Protokolant: Klaudia Ceyrowska
Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 marca 2019 r., 9 kwietnia 2019 r., 18 kwietnia 2019 r. oraz 24 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2019 r. przez wykonawcę Comarch Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Asseco Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Comarch Polska Spółka Akcyjna 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 wykonawcę Comarch Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy Comarch Polska Spółka Akcyjna 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 wynagrodzenia pełnomocnika.

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 z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający” lub „ZUS”) przeprowadził w postępowanie o udzielenie zamówienia trybie z wolnej ręki pn. „Świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego ZUS w okresie niezbędnym do udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym”, znak: TZ/271/12/19 (dalej także jako „Postępowanie”). Wartość ww. zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”.

I. W dniu 4 marca 2019 r. wykonawca Comarch Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od:

1. zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem przepisów ustawy Pzp - poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w trybie z wolnej ręki z Asseco Poland S.A. (dalej jako „Wykonawca Asseco”, „Asseco” lub „Przystępujący”) w przedmiocie „Świadczenia usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego ZUS w okresie niezbędnym do udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym” i zawarcie w wyniku tego Postępowania w dniu 20 lutego 2019 roku umowy z Asseco Poland S.A. (dalej także jako „Umowa z Asseco” lub „Umowa ZUS – Asseco”) w sposób niejawni i nietransparentny na etapie przygotowawczym oraz stanowiący *de facto* o pozorności przeprowadzonych negocjacji w ramach wszczętego

Postępowania, a także w sposób naruszający przepisy o prowadzeniu dokumentacji postępowania, czym naruszono zasady uczciwej konkurencji

-co stanowi naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, art. 96 ust. 1 ustawy Pzp i art. 10 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 58 ust. 1 kc i 83 ust. 1 kc w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp.

2.zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki i zawarcia w jego wyniku Umowy z Asseco z naruszeniem przepisów ustawy Pzp - pomimo braku spełnienia przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki, na której oparł się Zamawiający

-co stanowi naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, art. 10 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

3.zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem przepisów ustawy Pzp - poprzez określenie przedmiotu tego zamówienia w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, który to czyn przesądził m.in. o przedmiocie tego zamówienia i jednocześnie spowodował wypowiedzenie umowy zawartej w trybie konkurencyjnym przez Konsorcjum Comarch Polska S.A. i Comarch S.A. (dalej także jako „Konsorcjum Comarch” lub „Comarch”) z Zamawiającym w dniu 02 marca 2018 r. (dalej także jako „Umowa z Comarch”, „Umowa ZUS – Comarch” lub „Umowa”) oraz od przygotowania tego Postępowania, w tym prowadzenie ustaleń z Asseco w celu zawarcia Umowy z Asseco w sposób akceptujący czyn nieuczciwej konkurencji, a wręcz polegający na współuczestniczeniu w realizacji jego celu, a tym samym od przygotowania i przeprowadzenia tego postępowania w sposób nieprzejrzysty, naruszający uczciwą konkurencję oraz w sposób nieuzasadniony rzeczowo i merytorycznie preferujący Asseco

-co stanowi naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, art. 10 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp (na zasadzie analogii), art. 3 ust. 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: „Uznk”), art. 12 ust. 2 i 15 ust. 3 Uznk w zw. z art. 58 ust. 1 kc. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i o unieważnienie Umowy z Asseco w całości, na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 2) lit a) ustawy Pzp.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał w szczególności, co następuje:

1. Uzasadnienie pierwszego zarzutu, który został przez Odwołującego nazwany zarzutem pozorności negocjacji i naruszenia zasad prowadzenia protokołu postępowania.

Odwołujący wskazał, iż kwestionuje w okolicznościach faktycznych sprawy samo przygotowanie i przeprowadzenie procedury udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Jego zdaniem jedynie formalnie zostało ono przeprowadzone w dniach 19-20 lutego 2019 roku. Tymczasem z okoliczności sprawy opisanych w dalszej części uzasadnienia wynika, że strony Umowy ZUS – Asseco w sposób długotrwały dochodziły do ustalenia przedmiotu zamówienia, który został finalnie powierzony Asseco. Na tym tle odbywały się spotkania i ustalenia w okresie poprzedzającym dzień 19 i 20 lutego 2019 roku. Okoliczność ta powoduje, że samo przeprowadzenie procedury w kilka godzin było pozorem. W dniu 20 lutego 2019 roku strony jedynie formalnie dokonały udzielenia zamówienia, przeprowadzając negocjacje dla samej procedury - by istniała jako formalnie przeprowadzona, stanowiąc prawne ugruntowanie decyzji i negocjacji prowadzonych w innych okolicznościach i terminach. W ocenie Odwołującego świadczą o tym działania ZUS z jednej strony zamieniające negocjacje z Asseco w kilkugodzinny „blitzkrieg” - o czym mowa w artykule Pulsu Biznesu (załącznik do odwołania), a z drugiej strony okoliczności wskazane w uzasadnieniu wyboru trybu z wolnej ręki - które same w sobie negują wybór tego trybu i dowodzą, że to nie nieprzewidywalna, wyjątkowa sytuacja niezależna od ZUS uzasadniała udzielenie tego zamówienia.

Zdaniem Odwołującego z samego choćby uzasadnienia trybu wynika, że tylko Asseco jest jedynym podmiotem, który mógł zrezygnować z Okresu Przejściowego. Skoro tak - zamówienie winno zostać udzielone z wolnej ręki jak dotychczas (jeden wykonawca z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze - art. 67 ust. 1 pkt 1) lit. a) Pzp). Kłopot tylko polegał na tym, że byłoby to nieprawdziwe, bowiem w zakresie całości zamówienia, a w szczególności już w zakresie tzw. Metryk Powiązanych (zaliczonych) istniało dwóch wykonawców mających kompetencje do realizacji przedmiotu zamówienia. Tym drugim było Konsorcjum Comarch - dysponujące potwierdzeniem kompetencji i gotowości do ich świadczenia przez ZUS. Inną okolicznością potwierdzającą, w ocenie Odwołującego, istnienie wcześniejszych negocjacji i ustaleń jest zależność pomiędzy wypowiedzeniem części umowy Konsorcjum Comarch a udzieleniem Asseco zamówienia - to z przyczyny Asseco ZUS nie przeprowadził innego scenariusza, związanego tylko z czasowym powierzeniem Asseco świadczenia usług, decydując się finalnie na wypowiedzenie.

Odwołujący wskazał, że nie jest istotą jego zarzutu to, że negocjacje z Asseco odbyły się szybko. W sytuacji, gdzie rzeczywiście istnieje konieczność natychmiastowego (nawet nie pilnego) udzielenia zamówienia - takie negocjacje mogą, a często i muszą tak się odbywać. Odwołujący wyjaśnił, iż kwestionuje to, że nie można przyjętej przez ZUS przesłanki natychmiastowej konieczności udzielenia zamówienia poprzedzać wielotygodniowymi uzgodnieniami co do zakresu zamówienia koniecznego do powierzenia Asseco. Zdaniem Odwołującego potwierdzeniem tego, że negocjacje zmierzające do powierzenia usług Asseco były prowadzone poza kilkoma godzinami w dniu 20 lutego 2019r. i były długotrwałe dowodzi również fakt, że zakres zamówienia powierzonego finalnie Asseco został ujawniony Comarch przez ZUS już w połowie grudnia 2018 roku. Ponadto nie budzi wątpliwości, że złożoność materii składającej się na przedmiot umowy jest tej skali, że nie jest fizycznie możliwe przenegocjowanie umowy w takim zakresie w kilka godzin, do tego uzyskując upusty, o czym poinformował w komunikacie ZUS. W tej sytuacji przeprowadzenie wolnej ręki w oparciu o wyjątkową, nieprzewidywalną obiektywnie sytuację, na którą Zamawiający nie ma wpływu dowodzi pozorności przeprowadzenia postępowania o udzielenie tego zamówienia. Miało ono w tych okolicznościach jedynie domknąć formalnie proces ustalania powierzenia obsługi KSI ZUS firmie Asseco.

Odwołujący powołał się na doniesień prasowe (Pulsu Biznesu z dnia 22.02.2019r, artykuł pn. Blitzkrieg ZUS), których lektura w jego ocenie rysuje nieprawdopodobny wręcz stan przygotowań i działań ZUS zmierzających do wypowiedzenia Umowy z Comarch - włącznie z obliczonym na minuty doręczeniem pism przez będących w tajnej delegacji pracowników ZUS, rejestrowaniem aktu złożenia wypowiedzenia na recepcji Comarch w Krakowie kamerami, poświadczaniem u notariusza daty złożenia wypowiedzenia o określonej godzinie, by po jej upływie Asseco i ZUS mogły legalnie zasiąść do negocjacji z wolnej ręki. Odbyło się to (jakoby) w celu uniemożliwienia Comarch złożenia odwołania „blokującego” zawarcie tej umowy. Odwołujący zaznaczył, że posiada w SSE w Krakowie 7 budynków, z których każdy posiada recepcję przyjmującą oficjalną korespondencję, nie tylko od ZUS, lecz w setkach innych spraw związanych z prowadzoną na szeroką skalę działalnością. Podejrzenie, że w tych warunkach nie da się złożyć pisma z wypowiedzeniem, przez co KSI ZUS zostanie bez obsługi wskazuje zdaniem Odwołującego na nieadekwatność podejmowanych działań oraz dowodzi istotniejszej kwestii: intencjonalnego zaplanowania całej operacji przez obie Strony z wyprzedzeniem, co jest kolejnym argumentem dowodzącym pozorności negocjacji i samego trybu. Trudno bowiem przyjąć, że negocjacyjny zespół Asseco przypadkiem znajdował się na tyle blisko siedziby ZUS i w gotowości gwarantującej zawarcie umowy (wliczając w to wniesienie zabezpieczenia), by niemal natychmiast po doręczeniu wypowiedzenia w Krakowie zasiąść do negocjacji na Szamockiej.

Ponadto, Odwołujący zwrócił uwagę, że w/w działaniem Zamawiający naruszył przepisy dotyczące dokumentowania Postępowania. Stwierdził, iż skoro nie ma możliwości, by negocjacje o tej skali i w tych warunkach odbyły się w kilka godzin - Zamawiający powinien prowadzić protokół z Postępowania i dokumentować te rozmowy, włącznie ze stosownymi pełnomocnictwami na bieżąco, stosownie do ich prowadzenia z Asseco. Sporządzenie dokumentacji obejmującej przygotowanie i przeprowadzenie tego Postępowania w okresie 19-20 lutego 2019 roku zdaniem Odwołującego jest wadliwe, bowiem pomija aspekt ustaleń Stron co do zakresu przedmiotu zamówienia, podejmowanych przed tą datą. W jego ocenie dowodzi tego choćby wspomniany już fakt, iż to pod wpływem Asseco ZUS porzucił scenariusz jedynie czasowego powierzenia Asseco usług, bowiem Asseco nie wyrażało zgody na taki wariant.

2. Uzasadnienie drugiego zarzutu, który został przez Odwołującego nazwany zarzutem dotyczącym niespełnienia przesłanki trybu zamówienia z wolnej ręki, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Na wstępie Odwołujący zaznaczył, że analiza spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wymaga rozważenia osobno dla 7 tzw. Metryk Niezaliczonych oraz osobno dla 23 Metryk Powiązanych (zaliczonych) i dla Integratora - z uwagi na odrębne uwarunkowania faktyczne dotyczące udzielenia zamówienia z wolnej ręki Asseco w tych obszarach. Należy do nich w szczególności fakt, że przedmiot zamówienia z wolnej ręki udzielonej Asseco w zakresie Integratora i 23 Metryk Powiązanych był obszarem, który był wykonany przez Konsorcjum Comarch należycie (fakt bezsporny). Przyczyna zerwania Umowy z Comarch w tym zakresie nie leżała po stronie Konsorcjum Comarch, w tym nie była przez wykonawcę bynajmniej zawiniona. Również okoliczności faktyczne w jakich udzielono wolnej ręki w zakresie tzw. 7. Metryk Niezaliczonych - nie uzasadniają ich powierzenia w trybie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Są to jednak inne przyczyny, w tym absolutnie zależne od ZUS, choćby dlatego, że to ZUS odpowiadał za bezpieczeństwo swych środowisk produkcyjnych i przedprodukcyjnych i to ZUS nie powinien był dopuścić do nieuprawnionej ingerencji „hakerskiej” ze strony pracownika Asseco, co przyczyniło się pośrednio do niezaliczania przez Konsorcjum Comarch testów Metryki wspierającej waloryzację (to zaś pociągnęło za sobą owo „powiązanie”).

W zakresie 7 tzw. Metryk Niezaliczonych – w odniesieniu do przesłanek:

- wyjatkowość sytuacji*
- brak przyczyn wystąpienia tej sytuacji po stronie Zamawiającego*
- brak możliwości przewidzenia sytuacji*

Odwołujący wskazał, że uzasadnienie zastosowania trybu z wolnej ręki zawiera szereg nieprawdziwych informacji, które mają wywołać wrażenie, że wystąpiły okoliczności uprawniające do skorzystania z niekonnekcyjnego trybu udzielenia zamówienia.

Odwołujący wyjaśnił, że nie kwestionuje faktu, że KSI jest jednym z największych i najbardziej złożonych systemów w kraju. Aczkolwiek są to okoliczności świadczące o wyjątkowości systemu informatycznego, a nie świadczące o wyjątkowości sytuacji w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Można poczynić teoretyczne założenie, że w przypadku, gdy przedmiotem zamówienia jest przejęcie utrzymania wyjątkowo dużego i złożonego systemu, rzeczą normalną i przewidywalną jest możliwość wystąpienia pewnych problemów z przejęciem w utrzymanie określonego zakresu systemu. W obliczu bezprecedensowego procesu przejęcia tak dużego systemu, wyjątkową sytuacją byłaby sytuacja odwrotna, polegająca na braku jakichkolwiek przeszkód projektowych. Nawet jeżeli założyć, że w procesie przejęcia w utrzymanie systemu KSI wystąpiły czasowe problemy z osiągnięciem stanu gotowości do świadczenia pewnych usług, to przy tak dużym wyzwaniu, jak przejęcie jednego z największych systemów w kraju z pewnością nie była to sytuacja wyjątkowa. O wyjątkowej i nieprzewidywalnej sytuacji można by mówić, w przypadku problemów z przejęciem niewielkiego i prostego systemu, wykonanego w jednolitej technologii - a nie tak gigantycznego systemu jak KSI. Zamawiający powinien przewidzieć, że przy tak dużym projekcie mogą pojawić się pewne utrudnienia i opóźnienia w przejęciu części usług i zapisy Umowy świadczą o tym, że antycypował ten fakt. Odwołujący wskazał, iż art. 16 ust. 2 pkt 3 Umowy stanowi o tym, że Koncepcja przejęcia i świadczenia usług utrzymania - czyli swego rodzaju wspólnie uzgodniony plan realizacji projektu - powinna obejmować „Plany awaryjne” opisujące przedsięwzięcia pozwalające na zachowanie ciągłości działania KSI ZUS oraz kryteria opisujące moment ich uruchomienia na wypadek gdy: (i) Wykonawca nie spełni końcowych kryteriów weryfikacji i odbioru, (ii) w procesie przejmowania nastąpią opóźnienia w stosunku do harmonogramu i kluczowych etapów. Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający pomimo uruchomienia Planów awaryjnych przez Odwołującego – pomimo wielokrotnych wezwań w tym zakresie – bezpodstawnie odmawiał zweryfikowania efektów zrealizowanych planów w toku procesu weryfikacji narastania kompetencji.

Odwołujący nie zgodził się ze stwierdzeniem zawartym w Zawiadomieniu, że „Zamawiający nie przewidywał i dokładając należytej staranności nie mógł przewidzieć, że 12 miesięczny okres okaże się niewystarczający do nabycia przez Konsorcjum Comarch pełni wiedzy oraz praktycznych umiejętności niezbędnych do świadczenia usług”. Jego zdaniem to Zamawiający w sposób świadomy – pomimo licznych wezwań kierowanych przez Odwołującego – z naruszeniem postanowień Umowy odmawiał kontynuacji Procesu weryfikacji narastania kompetencji, przez co dokonał skrócenia Okresu Przejściowego, przeznaczonego na nabycie kompetencji i wiedzy z zakresu KSI, do niespełna 11 miesięcy. Odwołujący wskazał, iż ostatnia weryfikacja kompetencji miała miejsce w dniu 24 stycznia 2019 r. Po tej dacie Zamawiający konsekwentnie odmawiał udziału w dalszym procesie weryfikacji narastania kompetencji, kreując nieuzasadnione i niemające podstaw w Dokumentach kontraktowych i Koncepcji ograniczenie liczby podejść weryfikacyjnych do dwóch. Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający oczekując, że Wykonawca osiągnie pełną gotowość do realizacji wszystkich usług utrzymania, w tym tzw. Metryk Niezaliczonych, na ponad miesiąc przed upływem okresu przejściowego pozbawił efektywności postanowienie art. 16 ust. 1 ustalające 12 miesięczny okres przejściowy. Zamawiający takim działaniem naruszył również postanowienia art. 16 ust. 2 pkt 3 Umowy oraz Rozdziału 7 Koncepcji, dotyczące Planów Awaryjnych. Podkreślił, że przesłanką uruchomienia Planu Awaryjnego jest brak spełnienia końcowych kryteriów weryfikacji i odbioru lub opóźnienie w procesie przejmowania w stosunku do harmonogramu. Powyższe (art. 16 ust. 2 pkt 3 Umowy z Comarch) oraz zasada narastającego procesu nabywania kompetencji przesądza, że wspomniane uzasadnienie dwóch tur testów (podstawowe i poprawkowe), którym podpira się Zamawiający, nie ma charakteru definitywnego. Odwołujący zauważył, iż Zamawiający, skracając w praktyce Okres Przejściowy poprzez odmowę kontynuacji Procesu weryfikacji narastania kompetencji również całkowicie zignorował niewygodny dla niego argument, że w art. 16 ust. 2 pkt 1 lit. i Umowy z Comarch oraz w Rozdziale 5.9 Koncepcji posłużono się terminem „weryfikacji narastania kompetencji”. Ponadto, Odwołujący wskazał, iż zaistniała konieczność powtórzenia weryfikacji, czy wręcz autokorekty wyników weryfikacji na pozytywny z uwagi na leżące po stronie Zamawiającego istotne nieprawidłowości w procesie testowania. Nieprawidłowości te zdaniem Odwołującego polegały na:

- 1) dopuszczeniu do nieuprawnionej ingerencji „hakerskiej” dotychczasowego wykonawcy w Proces weryfikacji kompetencji;
- 2) niezgodności przygotowanych przez Zamawiającego jednostek zadaniowych z realiami przedmiotu Umowy, w tym:

- a) niezgodności z zakresem przedmiotowym Usług określonym w Umowie,
- b) nieadekwatnej ilości czasu na realizację zadań,
- c) braku odzwierciedlenia realiów Umowy w zakresie komunikacji z Zamawiającym;

- 3) niewyczerpującym, nieprecyzyjnym, wieloznacznym oraz rozbieżnym z arkuszem odpowiedzi opisem jednostek zadaniowych;
- 4) braku precyzyjnej informacji w Formularzach oceny i arkuszach odpowiedzi na temat nieprawidłowości w realizacji jednostek zadaniowych;
- 5) braku możliwości zgłaszania uwag do scenariuszy testowych;
- 6) ocenie jednostek zadaniowych przez pryzmat elementów niemających wpływu na poprawne działanie usługi;
- 7) podziale jednostek zadaniowych na części.

Zdaniem Odwołującego powyższe nieprawidłowości, polegające na niezgodności weryfikacji z Umową, Koncepcją lub Planem Przejścia Zadań Umowy, wypaczyły sens Procesu weryfikacji kompetencji. Doprowadziły do tego, że proces ten przestał być obiektywny, transparentny i miarodajny z punktu widzenia oceny czy Wykonawca dysponuje kompetencjami wystarczającymi do świadczenia usług na poziomie wymaganym w Umowie.

W ocenie Odwołującego kolejną istotną okolicznością jest dopuszczenie przez ZUS do nieuprawnionej ingerencji hakerskiej w proces weryfikacji metryki wsparcia akcji masowej waloryzacji świadczeń emerytalno-rentowych UU2017_USZ_WALE. Zdaniem Odwołującego z okoliczności sprawy jednoznacznie wynika, że opisane działanie zostało dokonane z zamiarem uniemożliwienia Odwołującemu wykonania zadań weryfikacyjnych. Ingerencja dotychczasowego wykonawcy i jednocześnie beneficjenta zamówienia z wolnej ręki, w środowisko testowe doprowadziła do tego, że przetwarzanie listy wypłatowej zakończyło się błędem krytycznym. Prawidłowe przetworzenie listy wypłatowej jest jednym ze strategicznych zadań ZUS. W kontekście tego można przyjąć, że dokonana ingerencja miała na celu skompromitowanie wykonawcy - Konsorcjum, w którym uczestniczy Odwołujący i wykreowanie fałszywego obrazu o braku kompetencji do realizacji usługi wsparcia akcji waloryzacji. Wykonawca poinformował ZUS o ingerencji Dotychczasowego Wykonawcy w Weryfikację Kompetencji. ZUS sprawdził i potwierdził te informacje. Procedura sprawdzająca wykazała także szereg innych, kolejnych ingerencji, które mogły w przyszłości spowodować problemy w realizacji zadań przez Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego nie budzi wątpliwości negatywny wpływ nieuprawnionej ingerencji pracownika Asseco na przebieg rzeczonych testów. Po stronie ZUS leży zaś odpowiedzialność za zaistnienie tej sytuacji jako głównego dysponenta i właściciela systemu, zobowiązanego do dbałości o bezpieczeństwo środowisk KSI ZUS, mającego pełen wpływ na przyznawanie uprawnień dostępowych i zobowiązanego do zapewnienia bezpieczeństwa i legalności operacji na środowiskach Systemu. Oznacza to, że nie można twierdzić, iż przyczyna wystąpienia sytuacji w jakiej znalazł się ZUS (brak operatora części systemu od 1 marca 2019 roku) nie leży po stronie Zamawiającego. Przyczyną pierwotną tej sytuacji jest niewywiązanie się przez ZUS z w/w obowiązków.

Odwołujący dodał, iż idea ograniczenia testów kompetencji do tylko dwóch podejść nie broni się również w aspekcie celu, jakiemu służył Okres Przejściowy – polegającego na zagwarantowaniu dłużnikowi czasu do nauki i doskonalenia (narastającego) swych kompetencji. Zdaniem Odwołującego koncepcja definitywnego zakończenia okresu nabywania kompetencji po niezdanym terminie poprawkowym nie broni się również, jeżeli uwzględni się fakt, iż ZUS dopuścił do etapowego zaliczania tych kompetencji. Równie dobrze wykonawca mógłby w pierwszym miesiącu rocznego okresu przejściowego nie zaliczyć dwukrotnie jednej metryki.

Odwołujący wskazał, że nie jest również prawdziwe zawarte w uzasadnieniu zawiadomienia do Prezesa UZP stwierdzenie, że „Zamawiający dokonał należytej staranności, aby zapewnić sprawny i profesjonalny przebieg procesu przejmowania usług przez Konsorcjum Comarch, w tym zaangażował w niezbędnym zakresie dotychczasowego Wykonawcę Asseco w proces transferu wiedzy”. Wykonawca w trakcie okresu przejściowego, na podstawie art. 3 ust. 2 pkt 14 Umowy, wniósł do ZUS kilkadziesiąt pism z informacją o szeregu przeszkód powstałych w toku wykonywania Dokumentów kontraktowych, w tym informował o nieprzekazywaniu przez Personal Zamawiającego informacji niezbędnych do realizacji Umowy oraz o utrudnieniach w dostępie do środowisk. Pomimo informacji przekazywanych przez Odwołującego na temat niskiej jakości konsultacji i licznych nieprawidłowości w zakresie prowadzonych warsztatów, opisanych m.in. w piśmie Odwołującego do ZUS z dnia 18.06.2018 r., Zamawiający nie wpłynął w żaden sposób na dotychczasowego wykonawcę, aby ten w sposób należyty wywiązywał się ze swoich obowiązków.

Podsumowując powyższe Odwołujący stwierdził, że sytuacja, która doprowadziła do stanu wystąpienia Metryk

Niezaliczonych jest sytuacją, która w sposób ewidentny wynika z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, co uniemożliwia zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do przesłanek:

- wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia
- nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia

Odwołujący przykładowo wskazał, iż niezaliczona weryfikacja z zakresu wsparcia waloryzacji świadczeń emerytalno – rentowych opisanej metryką UU2017_USZ_WALE miała miejsce jeszcze 7-13.11.2018 r. Metryki UU_WOZ#00 i UU_GLZ#00 zostały drugi raz niezaliczone niewiele później, bo odpowiednio 06.12.2018 r. i 13.12.2018 r. Odwołujący za zasadne uznał postawienie pytania czemu ZUS, stojąc na stanowisku, że nie może przekazać tych metryk Odwołującemu, nie podejmował jednak przez okres wielu miesięcy żadnych działań w celu zorganizowania postępowań przetargowych na przedmiot objęty powyższymi usługami. Zestawienie przeciętnego czasu trwania postępowania powyżej progów unijnych, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, który wynosi 93 dni [przypis: *według Informacji ze Sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2017 r.*], z czasem jaki upłynął od nieudanej weryfikacji kluczowej - jak podkreśla ZUS - metryki wsparcia akcji waloryzacji, do upływu okresu przejściowego, wynoszącym 108 dni, prowadzi do wniosku, że możliwe było nawet udzielenie zamówienia w trybie zapewniającym największą konkurencyjność postępowania. W tej sytuacji nie można przyjąć, że Zamawiający - jak to sam określił - „podjął działanie w najszybszym możliwym czasie”.

Zdaniem Odwołującego nie sposób również zaakceptować rozumowania ZUS, zgodnie z którym postępowanie o zakresie nieporównywalnie mniejszym niż prowadzone w trybie przetargu ograniczonego postępowanie, którego konsekwencją było zawarcie w dniu 2 marca 2018 Umowy z Odwołującym, miało się toczyć na zbliżonej przestrzeni czasu. Należy również wskazać, że okres przejściowy na nabycie kompetencji niezbędnych do utrzymania 7 Metryk Niezaliczonych, a więc mniej niż 10% ogółu metryk przeznaczonych do przejścia w ramach utrzymania KSI, również mógłby być zdecydowanie krótszy niż okres przejściowy na przejście 100% metryk.

Za chybiony zdaniem Odwołującego należy uznać argument że „Zamawiający potrzebuje dłuższego czasu niż standardowy do przygotowania dokumentacji przetargowej, w szczególności opracowania warunków świadczenia usług z uwagi na niestandardową sytuację faktyczną i prawną”. Stwierdzenie to zupełnie nie koresponduje ze stanem faktycznym sprawy. Dokumentacja opisująca warunki świadczenia metryk jest gotowa i była elementem Umowy z Comarch, tak więc okoliczność ta nie mogła decydować o rezygnacji ze stosowania trybu przetargowego. Tym bardziej, że do zawarcia Umowy z Asseco w tym zakresie wystarczył Zamawiającemu niespełna 1 dzień.

Odwołujący podkreślił, że ZUS w zawiadomieniu o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki nie uzasadnił we właściwy sposób braku możliwości zachowania terminów dla innych trybów udzielenia zamówienia. ZUS wskazuje jedynie w ogólny sposób, że nie mógł zastosować terminów standardowych. Pomija jednak okoliczność, że nawet tryby podstawowe przewidują możliwość znacznego skrócenia terminu składania ofert, jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia i skrócenie terminu jest uzasadnione. ZUS ponadto wspomina o tym, że inni wykonawcy niż dotychczasowy potrzebują okresu przejściowego na poznanie KSI, ale co warto podkreślić, podaje jako wyłączną podstawę prawną zastosowania wolnej ręki art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. ZUS nie powołał się na podstawę z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a (jedyny wykonawca z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze) - zresztą słusznie, gdyż było i jest dwóch wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, co tylko dowodzi tego, że argumentacja ta jest zupełnie nietrafiona. W tej sytuacji ZUS powinien uzasadnić, dlaczego wybrał tryb który całkowicie eliminuje jakąkolwiek konkurencję i nie wybrał innych stosunkowo „szybkich” trybów - choćby negocjacji bez ogłoszenia, który znacząco ogranicza konkurencję, lecz jednak jej całkowicie nie eliminuje.

Podsumowując powyższe Odwołujący stwierdził, iż natychmiastowa potrzeba udzielenia zamówienia oraz brak możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów, nie miały charakteru obiektywnego, lecz były okolicznościami spowodowanymi brakiem właściwych działań ze strony ZUS. ZUS nie podjął wszystkich możliwych działań w celu zastosowania trybu konkurencyjnego, tylko wybrał najłatwiejszy środek i udzielił zamówienia w trybie z wolnej ręki.

W zakresie Integratora i 23 tzw. Metryk Powiązanych – w odniesieniu do przesłanek:

- wyjątkowość sytuacji
- brak przyczyn wystąpienia tej sytuacji po stronie Zamawiającego
- brak możliwości przewidzenia sytuacji

W pierwszej kolejności Odwołujący podkreślił, że przyczyną wypowiedzenia Metryk Powiązanych oraz Integratora, nie było niezaliczenie przez Odwołującego weryfikacji kompetencji z zakresu powyższych metryk. Odwołujący zaliczył

przygotowane przez Zamawiającego jednostki zadaniowe z zakresu Metryk Powiązanych oraz Integratora. Rzeczywista przyczyna wypowiedzenia, zresztą ujawniona wprost przez ZUS w Wypowiedzeniu, to „wpływ” Niezaliczonych Metryk (zwł. wsparcia waloryzacji) na Metryki tzw. Powiązane oraz na Integratora, który jest tego rodzaju - z uwagi na „ścisły związek” tych usług - że muszą być one wszystkie świadczone przez tego samego Wykonawcę.

Odwołujący podkreślił, iż nie jest jego intencją negowanie istnienia powiązań wewnątrz Systemu KSI. Jako profesjonalista w branży IT oraz podmiot, który poznał KSI na tyle dobrze, że otrzymał od ZUS zielone światło do świadczenia niemal całości utrzymania KSI (z dokładnością do kontrowersyjnego niezaliczenia 7 Metryk) może przyznać, że zawsze na jakimś poziomie poszczególne elementy systemu informatycznego wiążą się ze sobą i na siebie wpływają. Co więcej - Odwołujący może sam podać przykłady powiązania Metryk Niezaliczonych na konkretne Metryki, których ZUS nie wypowiedział i powierzył je Comarch. ZUS jak widać wybiórczo stosował ujawnioną zasadę „wpływu i powiązań”. Odwołujący wyjaśnił, że kwestionuje co innego. A mianowicie tezę, że za powiązania te ZUS nie odpowiada, że nie leżą one po jego stronie. To nieprawda. Powiązania te - jeżeli istniały w tak dużym stopniu, by uzasadniać wypowiedzenie obszarów wykonanych należycie - to są one po pierwsze cechą systemu KSI, za którego ZUS ponosi odpowiedzialność, Po drugie jeśli powiązania te były istotne na tyle, by pod ich pretekstem wypowiedzieć również Integratora i pozostałe Metryki zaliczone - to winna to być okoliczność ujawniona w SIWZ w przetargu konkurencyjnym i Umowie z Comarch, zgodnie z art. 29 ustawy Pzp. Tymczasem ZUS zataił fakt istnienia takich powiązań, ujawnił je Konsorcjum Comarch (hasłowo) dopiero w grudniu 2018 roku. Co więcej - jeżeli ZUS ma rację, to sama umowa winna była zostać inaczej skonstruowana. W szczególności w takiej sytuacji umowa nie powinna była dopuszczać do dowolnego (czyli bez uwzględnienia tych powiązań) wypowiedzenia usług, odstępowania, weryfikowania (testowania) czy przekazywania do utrzymywania. Winno to być zostac również uwzględnione w regulacjach dotyczących Harmonogramu (po co dopuszczać do testowania usług pojedynczo, w tym testować wszystkie usługi Powiązane skoro nie zaliczono by np. jednej z grupy nazwanej „Niezaliczonymi”? Po co dopuszczać do testowania tych kluczowych - Niezaliczonych, na końcu okresu przejściowego itd.?)

Odwołujący zauważył, iż w uzasadnieniu zastosowania trybu z wolnej ręki ZUS wskazał, że wypowiedzenie Umowy w zakresie Metryk Powiązanych było spowodowane strukturą systemu KSI, która ściśle wiąże pewne grupy usług. Przyznał więc okoliczność dowodzoną powyżej przez Odwołującego. Jednak w ocenie ZUS, immanentna cecha systemu i brak poinformowania o niej w trybie art. 29 ustawy Pzp nie ma żadnego znaczenia dla odpowiedzialności Zamawiającego - z czym nie sposób się zgodzić. Zdaniem Odwołującego ZUS pogubił się w uzasadnianiu okoliczności, której nie sposób racjonalnie uzasadnić: wypowiedzenia zakresu umowy należycie wykonanego przez wykonawcę, z przyczyn, za które ZUS nie ponosi odpowiedzialności (czyli kto ją ponosi?)

Odwołujący podkreślił, że ani sama Umowa, ani załączniki do Umowy nie zawierają jakichkolwiek informacji na temat powiązań pomiędzy pewnymi grupami metryk. W szczególności brak jest informacji na temat konieczności przejmowania metryk grupami, czy też informacji na temat braku możliwości przejścia metryki, pomimo potwierdzenia gotowości do jej świadczenia w drodze weryfikacji kompetencji, w przypadku niezaliczenia innej metryki. Odwołujący stwierdził, iż - nie wchodząc w polemikę na płaszczyźnie technicznej, co do ew. istnienia i rodzaju zależności pomiędzy poszczególnymi metrykami - skoro ZUS uważał owe powiązania za tak istotne, że determinują one zakres przekazywanych usług i tym samym zakres Umowy, to powinien ujawnić tą okoliczność w treści Wzoru Umowy, jeszcze na etapie postępowania przetargowego. Zdaniem Odwołującego, który powołał się na art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, tak istotna okoliczność jaką jest powiązanie usług, mająca niezaprzeczalnie duży wpływ na sporządzenie oferty, powinna być wyraźnie opisana w SIWZ. Tymczasem systematyka Wzoru Umowy wraz z załącznikami wskazuje, że fakt wyodrębnienia poszczególnych metryk stanowi o ich odrębnym charakterze. Odwołujący wskazał, że ZUS również na etapie uzgadniania treści Koncepcji oraz PPZU nie przekazywał Informacji o istniejących powiązaniach.

W ocenie Odwołującego, z tych samych powodów nie można przyjąć, że ZUS nie mógł przewidzieć tego, że w systemie KSI, którego obsługę powierza wykonawcom, istnieją powiązania o tak istotnym charakterze. Odwołujący zaprzeczył tezie, że okolicznością „do przewidzenia” - którą trzeba ocenić, jest w niniejszym stanie faktycznym fakt niezaliczenia 7 Metryk. W zakresie Integratora i 23 Metryk zaliczonych okolicznością tą jest podana podstawa wypowiedzenia, czyli właśnie owo powiązanie, uznane przez ZUS za „ważny powód”. Jego zdaniem nie można w żadnym razie przyjąć, że wykonawca - pomimo faktu, że jest podmiotem profesjonalnym - powinien „wyczytać”, czy też „zrekonstruować” owe powiązania w oparciu o dokumentację systemu.

Podsumowując powyższe Odwołujący stwierdził, iż brak ujawnienia powiązań pomiędzy Metrykami Niezaliczonymi, a Metrykami Powiązanimi i Rolą Integratora, który spowodował wypowiedzenie części Umowy jest okolicznością obciążającą Zamawiającego. W związku z tym przekazanie 23 Metryk Powiązanych i Roli Integratora w trybie zamówienia z wolnej ręki zostało dokonane z naruszeniem przesłanki zastosowania trybu, o której mowa w art. 67 ust. 1

pkt 3 Pzp. Sytuacja, która doprowadziła do konieczności przekazania Metryk Powiązanych i Integratora - jak to zostało powyżej wywiedzione - leżała w całości po stronie Zamawiającego, a co więcej - była okolicznością, którą mógł przewidzieć, tym bardziej, że był przez Asseco jeszcze co najmniej w 2017 roku informowany o istnieniu przedmiotowego „wpływu i powiązań”.

W odniesieniu do przesłanek:

- wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia
- nie można zachować terminów określonych dla Innych trybów udzielenia zamówienia

Odwołujący wskazał, iż również dla Integratora i 23 Metryk zaliczonych nie zachodzą przesłanki dotyczące zachowania terminów dla trybów konkurencyjnych - z powodów podanych powyżej - jednak w oparciu o tę okoliczność, że wiedza ZUS o istnieniu powiązań datowana jest jeszcze wcześniej, niż wiedza o niezaliczeniu pierwszej z Metryk Niezaliczonych. W istocie należy przyjąć, że „powiązanie” - jako immanentna cecha systemu KSI - jest znane Zamawiającemu od zawsze. Tym bardziej fakt ich utajenia w SIWZ obciąża ZUS. Odwołujący uważa jednak, że problem powiązań i ich przemożnego wpływu na umowę został wykreowany sztucznie, z inspiracji Asseco, jako potrzeba chwili po to by uzasadnić powierzenie temu wykonawcy z wolnej ręki również i zaliczonego zakresu zamówienia. Działanie takie nie powinno korzystać z ochrony.

Zdaniem Odwołującego dodatkowym argumentem za naruszeniem art. 67 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w zakresie związanym z przesłanką natychmiastowego udzielenia zamówienia jest fakt, iż zamówienie w trybie z wolnej ręki może być udzielone tylko w takim zakresie, w jakim wymagana jest natychmiastowa jego realizacja, przy czym zamawiający powołując się na tę przesłankę nie może udzielić zamówienia w zakresie przekraczającym konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Nie jest to bowiem przesłanka - jak wskazuje się w orzecznictwie - pilnej konieczności zawarcia umowy, ale konieczności jej natychmiastowego wykonania. W ocenie Odwołującego w tym konkretnym stanie faktycznym doszło do naruszenia opisanego wyżej rozumienia zasady natychmiastowości w ten sposób, iż powierzono Asseco do świadczenia usługi zaliczone, które Konsorcjum Comarch miało świadczyć przez następne 3 lata. Jest to zdecydowanie przekroczenie przesłanki „konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia”. Nawet jeśli uznać, że Waloryzacja 2019 była szczególnie ważna dla ZUS, to nie sposób pominąć faktu, że w dniu, w którym wypowiedziano Umowę z Comarch i zawarto Umowę z Asseco waloryzacja ta miała się na ukończeniu (kluczowe procesy miały zostać zrealizowane do 1 marca br.). Przy okazji jednorazowej akcji rocznej pod pretekstem odstąpienia od usługi wsparcia waloryzacji 2019 doszło do wypowiedzenia znaczącej części aż czteroletniego kontraktu. Dysproporcja pomiędzy jednorazowością tej usługi a wypowiedzeniem tak dużego obszaru, zagwarantowanego do realizacji przez Comarch w wyniku zaliczenia testów aż do 2022 roku jest zdaniem Odwołującego absolutnie nieuzasadniona i świadczy o naruszeniu przesłanki „natychmiastowego” wykonania zamówienia.

3. Uzasadnienie trzeciego zarzutu, który został przez Odwołującego nazwany zarzutem czynu nieuczciwej konkurencji Asseco.

Odwołujący zarzucił, że udzielenie zamówienia z wolnej ręki Asseco odbyło się w warunkach stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji. Było nim w szczególności działanie Asseco ukierunkowane na uniemożliwienie za wszelką cenę pozytywnego zaliczenia testów kompetencyjnych w jednej z ważniejszych dla ZUS metryk (wsparcia waloryzacji). Odwołujący stwierdził, że Asseco podjęło w tym celu duże ryzyko - decydując się na działanie również przez sam ZUS uznane za nieuprawnione. Fakt, iż zamiar ten się nie powiódł bezpośrednio (akurat to zadanie Comarch wybronił), jest bez znaczenia dla oceny tego czynu na gruncie art. 3 ust. 1 Uznk, który sankcjonuje nie tylko dokonany aspekt czynu nieuczciwej konkurencji, lecz również samo zagrożenie naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta. Niewątpliwie jednak czyn ten pośrednio doprowadził do niezaliczenia przedmiotowego testu i zmniejszył szanse Konsorcjum Comarch na przejęcie tej metryki. Odwołujący stwierdził, iż dalsze działania Asseco, również stanowiące odrębny czyn nieuczciwej konkurencji (o czym szczegółowo poniżej) przesądziły już bezpośrednio o konieczności udzielenia tego zamówienia, jako że wykreowały potrzebę wypowiedzenia znaczącej części Umowy z Comarch. Czyny te bezpośrednio wpłynęły na ukształtowanie zakresu (przedmiotu zamówienia) z wolnej ręki.

Odwołujący wyjaśnił, iż stawia niniejszy zarzut, bowiem stoi na stanowisku, że udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki w okolicznościach stanowiących taki czyn oznacza zastosowanie trybu z wolnej ręki niezgodnie z Ustawą, o czym mowa w art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - co prowadzi do konieczności unieważnienia umowy. Wynika to choćby z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp regulującego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji - stanowiącego dyrektywę generalną, mającą zastosowanie do wszelkich trybów udzielenia zamówienia. Odwołujący wyraził pogląd, iż za etap przygotowania postępowania należy uznać wszelkie czynności poprzedzające jego wszczęcie, co w trybie wolnej ręki oznacza czynności poprzedzające

skierowanie zaproszenia do negocjacji do wykonawcy.

W ocenie Odwołującego, pomimo tego, że na gruncie przepisów o wolnej ręce brak jest odpowiednika art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp - nakazującego odrzucić ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, to uzasadnione jest jego analogiczne zastosowanie. Trudno bowiem uznać, że ustawa Pzp dopuszcza czyny konkurencyjne w tych trybach, gdzie nie ma składanej oferty.

Odwołujący stwierdził, iż czyn nieuczciwej konkurencji popełniony przez Asseco nie budzi wątpliwości. Są to działania Asseco, które oddziaływały pośrednio i bezpośrednio na sytuację faktyczną i prawną Konsorcjum Comarch i ZUS. Celem tych działań było uniemożliwienie poprawnej realizacji przez Konsorcjum Comarch w trakcie testu usługi wsparcia waloryzacji. Odwołujący podkreślił, że pracownicy Konsorcjum Comarch odnaleźli samodzielnie jedynie część skryptów modyfikujących dane (3 skrypty), natomiast już sam audyt wykonany przez ZUS ujawnił takich skryptów więcej (aż 17), wraz z zapasowymi, dodatkowymi dwoma, których uruchomienie było wstrzymane. Nie jest wiadome w ilu jeszcze innych testach kompetencyjnych do takiej ingerencji Asseco doszło. Odwołujący stwierdził, iż skoro Asseco ważyło się na dokonanie takiego czynu w jednym z testów kompetencyjnych, to w zasadzie prowadzi do podważenia całości testów niezaliczonych, jako obarczonych ryzykiem manipulacji i wpływu konkurenta na ich negatywny przebieg.

Zdaniem Odwołującego z całą zaś pewnością nie jest uzasadnione stanowisko ZUS, który ograniczył testowanie usługi wsparcia waloryzacji tylko do dwóch podejść – całe podejście testowe, w którym ingerencja nastąpiła, powinno zostać uznane za niebyłe i nie mające wpływu na wyniki weryfikacji. Tak się jednak nie stało. ZUS uznał, że skoro Comarch jakoś sobie poradził i wybrnął w naruszonym zadaniu - to „nie ma sprawy” i przeszedł nad nim do porządku dziennego. Wszelkie wnioski Konsorcjum Comarch o ponowienie testów w kolejnej turze zostały odrzucone.

Odwołujący stwierdził, iż fakt nieuprawnionego wpływu Asseco na testy kompetencyjne Konsorcjum Comarch ma liczne konsekwencje. Wszystkie one przyczyniły się do odstąpienia i wypowiedzenia Umowy z Comarch, i jednocześnie przesądziły o zakresie przedmiotu zamówienia z wolnej ręki. Pierwszą z konsekwencji jest fakt niezaliczenia usługi wsparcia waloryzacji. Sytuacja, w jakiej znaleźli się pracownicy Konsorcjum Comarch była bez precedensu, konieczność naprawy tych błędów (udana), stres i presja czasu, niewątpliwe zaskoczenie i poczucie działania w warunkach, w których własny wpływ na bieg wydarzeń jest ograniczony lub żaden - miała wpływ na realizację testu w pozostałych zakresach. W szczególności w sposób obiektywny incydent ten zabrał zespołowi Comarch dużo czasu, który zostałby przeznaczony na inne zadania. Cel ingerencji został osiągnięty. Inną konsekwencją jest przepadnięcie jednego z podejść testowych. Odwołujący podtrzymał w/w stanowisko, iż nie zgadza się z zasadą jedynie „dwóch kroków” w testach, definitywnie kończących proces nabywania i weryfikacji kompetencji. Odwołujący stwierdził, iż nawet gdyby uznać takie stanowisko ZUS za zasadne (czemu Odwołujący zaprzecza) - to ZUS, mając wiedzę o powstałej sytuacji, nie dopuścił do ponownego przetestowania kompetencji Comarch w tym obszarze. Zdaniem Odwołującego dowodzi to co najmniej bezrefleksyjnego akceptowania skutków bezprawnych działań Asseco, co nie powinno korzystać z ochrony prawnej.

W ocenie Odwołującego celem omawianego czynu nieuczciwej konkurencji było niedopuszczenie do zaliczenia przez Konsorcjum Comarch testów z usługi wsparcia waloryzacji. Cel ten został osiągnięty. Istotą było jednak uniemożliwienie rzeczywistego rozbicia monopolu Asseco w utrzymaniu KSI ZUS. Odwołujący wskazał, że 7 usług wartych miesięcznie wg ceny Konsorcjum Comarch 643 338 zł brutto (rocznie 7 720 024 zł brutto) pociągnęło za sobą udzielenie zamówienia Asseco na kwotę minimum 38 994 828 rocznie (roczna wartość ryczałtu za świadczenie wszystkich usług przez Comarch wraz z Metrykami Niezaliczonymi to 47 533 129 zł brutto).

Odwołujący stwierdził, iż poza w/w ingerencją mamy również do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji polegającym na wpływaniu Asseco na zakres, jaki został Konsorcjum Comarch wypowiedziany. Zdaniem Odwołującego dowodzi tego po pierwsze fakt, iż to Asseco jest autorem koncepcji „ścisłego wpływu” jednych metryk na inne metryki poprzez istnienie pomiędzy nimi ścisłych powiązań. Wpływ ten został wykorzystany do uzasadnienia wypowiedzenia Umowy z Comarch w zaliczonym obszarze z ważnych powodów, związany z tym, iż jakoby jego istnienie uzasadniało łączenie usług w nierozzerwalne pakiety, mogące być świadczone tylko przez jednego wykonawcę, który realizuje którąś z nich. Odwołujący wskazał, iż jako członek Konsorcjum Comarch dowiedział się o istnieniu takiego wpływu po raz pierwszy dopiero w grudniu 2018 roku. ZUS ujawnił, że ów wpływ został zainspirowany (podany) ZUS właśnie przez Asseco. To wówczas podano Odwołującemu listę 16 metryk (same ich nazwy, bez wyjaśnienia powiązań), na które wpływać miała niezaliczona usługa wsparcia waloryzacji. Podano konkretnie te a nie inne Metryki z ponad 70-u. Lista ta utrzymała się do końca i pokrywa się ona z Metrykami tzw. „Powiązаныmi”, które ZUS wypowiedział, pomimo ich zaliczenia przez Comarch (została tylko wzbogacona o kilka dodatkowych usług, jej dominujący trzon nie zmienił się). Z punktu widzenia omawianego zarzutu istotne jest to, że to Asseco miało wpływ na określenie zakresu wypowiedzenia, dokonanego z wykorzystaniem koncepcji ścisłego wpływu jednych metryk na drugie. Za powyższym wpływem przemawia również okoliczność, iż ZUS rozważając inny wariant, to jest jedynie czasowego powierzenia Asseco

świadczenia tych usług nie wdrożył tego wariantu, gdyż nie zgadzało się na niego właśnie Asseco. Powyższe niezależnie dowodzi wpływu Asseco na wypowiedzenie Umowy z Comarch.

Odwołujący stwierdził, iż opisany stan faktyczny podpada pod hipotezę przepisu art. 3 ust. 1 uznk. Działania Asseco niewątpliwie były zarówno bezprawne (por. atak „hakerski” ich pracownika), jak i sprzeczne z dobrymi obyczajami. Wywołały też skutki określone w tym przepisie. Nie tylko zagroziły, ale wręcz doprowadziły do utraty przez Odwołującego istotnej części kontraktu. Spowodowały też realną szkodę po stronie Klienta (ZUS), zmuszonego płacić za te same usługi znacznie większe kwoty. W wyniku tych działań naruszony też został daleko ważniejszy inny interes Zakładu (jako Klienta): uniezależnienie się od monopolisty i od jego dyktatów zostało zanegowane, a monopol Asseco w obsłudze KSI został zabetonowany na kolejne lata. Nie bez znaczenia jest też odzyskanie wpływu Asseco na innych konkurentów świadczących usługi w obrębie KSI. Jako Integrator Asseco odzyskało narzędzie pozwalające wpływać na realizację ich zobowiązań względem ZUS.

W ocenie Odwołującego opisane wyżej działanie Asseco realizuje też normę art. 12 ust. 2 uznk, zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest także nakłanianie klientów przedsiębiorcy lub innych osób do rozwiązania z nim umowy albo niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, w celu przysporzenia korzyści sobie lub osobom trzecim albo szkodenia przedsiębiorcy. Poddanie ZUS koncepcji wpływu metryki niezaliczonej na blisko 20 zaliczonych, brak zgody na tylko czasowe powierzenie Asseco świadczenia udzielonych mu usług, usiłowanie spowodowania niezaliczenia przez Comarch kluczowej metryki (z powodzeniem) - należy zdaniem Odwołującego zakwalifikować jako różne formy nakłaniania do wypowiedzenia dużej części Umowy z Comarch, której beneficjentem mógł być tylko Asseco - jako „jedyne wykonawca”, co jest wszak inną przesłanką niż przyjęta przez ZUS (zresztą również nieuzasadnioną).

Zdaniem Odwołującego najbardziej dziwi fakt, że ZUS podjął decyzję o wypowiedzeniu Umowy z Comarch na kanwie zapewnienia wsparcia Waloryzacji 2019 w momencie, w którym waloryzacja ta miała się ku końcowi i zbliżał się termin upływu okresu przejściowego dla Comarch. Wypowiedziano przy tej okazji (pod tym pretekstem - związanym z „wpływem i powiązaniem”) kluczową rolę Integratora i 23 inne istotne Metryki, które miały być świadczone przez Comarch do września 2022 roku. Można powiedzieć, że rzeczywista causa wypowiedzenia (zero potknięć przy Waloryzacji 2019) odpadła niemal w tym samym momencie, jak dokonano tego wypowiedzenia. To, że ZUS wypowiedział zakres zobowiązań, które sam zaliczył jako należycie świadczone i których realizację miał zagwarantowaną jeszcze przez najbliższe 43 miesiące jest zupełnie niezrozumiałe, nielogiczne i po prostu niekorzystne dla ZUS (choćby z uwagi na różnicę w cenie). Samo to dowodzi istnienia wpływu beneficjenta tej sytuacji na dokonane wypowiedzenie, którym oczywiście jest Asseco.

Uzasadnienie posiadania legitymacji do wniesienia odwołania.

Odwołujący wskazał, iż kryteria badania istnienia interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kształtują się w odmienny sposób w przypadku, gdy odwołujący wnosi odwołanie od czynności zamawiającego podejmowanych w związku z udzieleniem zamówienia z wolnej ręki (to jest w sytuacji, w której Odwołujący nie złożył w danym postępowaniu oferty). W takim przypadku legitymacja czynna w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp musi być wykładana z uwzględnieniem specyfiki zaskarżania zastosowania trybów niekonkurencyjnych, w tym faktu niezłożenia oferty przez odwołującego, co nie może rzutować na kwestie legitymacji czynnej. Podobnie jak nie może na ocenę legitymacji czynnej rzutować fakt zawarcia przez Zamawiającego umowy w wyniku udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Przepisy ustawy Pzp wprost przewidują - co jest wynikiem implementacji Dyrektyw unijnych - rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej, podejmowane w wyniku odwołań (art. 192 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp), wnoszonych w sytuacji zawarcia umowy o udzielenie zamówienia, w tym związanych z naruszeniem przepisów ustawy Pzp o wyborze trybu niekonkurencyjnego. Utrata przez wykonawcę prawa do wniesienia środka ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie może być wynikiem bezprawnych działań zamawiającego podjętych w toku postępowania.

Odwołujący jest innym podmiotem w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp, który jednocześnie poniósł szkodę w związku z wypowiedzeniem w okolicznościach sprawy części umowy (szkoda ta wynika z udziału w zysku pomiędzy konsorcjantami zgodnie z Umową konsorcjum). Z uwagi na brak solidarności czynnej pomiędzy konsorcjantami w umowach zawieranych na podstawie ustawy Pzp - jest on samodzielnie legitymowany do dochodzenia odszkodowania. Jest też podmiotem który mógłby ubiegać się teoretycznie o zamówienie w trybie konkurencyjnym, gdyby takie zostało udzielone - zarówno samodzielnie z podwykonawcami, jak i w Konsorcjum choćby z udziałem Comarch S.A., w tym również przejawia się szkoda Odwołującego na gruncie stanu faktycznego sprawy.

Nadto wskazujemy, że gdy doszło już do udzielenia zamówienia innemu podmiotowi w trybie z wolnej ręki (w tym przypadku Asseco), nie zachodzi sytuacja „ubiegania się o zamówienie” (ponieważ już jest ono udzielone, co więcej, jedynie Asseco mogło się o nie ubiegać), Podmiot, który kwestionuje zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki

skierowanego do jego konkurenta nie mieści się w pojęciu wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, co więcej nie ubiega się o zamówienie w tym konkretnym postępowaniu, ale realizuje inne cele, poprawiające jego sytuację w związku z udzielonym zamówieniem.

Uzasadnienie żądania odwołania.

Odwołujący stwierdził, iż żądanie unieważnienia Umowy z Asseco w całości jest w tych wyjątkowych okolicznościach sprawy uzasadnione. Okoliczności sprawy dowodzą, że zlecenie przez ZUS przedmiotu zamówienia w trybie z wolnej ręki odbyło się ze szkodą dla interesu publicznego. Wynika to po pierwsze z faktu, iż za usługi co do których ZUS stwierdził, iż Konsorcjum Comarch osiągnęło gotowość do ich świadczenia (dotyczy to Integratora i 23 Metryk tzw. Powiązanych) ZUS zapłacił znacznie więcej. Miesięczny koszt tych usług i roli Integratora realizowany przez Konsorcjum Comarch wynosił 1 704 172 zł brutto, a rocznie 20 450 050 zł brutto. Tymczasem ZUS musi zapłacić Asseco w tym zakresie kwotę minimum 3 249 569 zł brutto miesięcznie, co daje rocznie kwotę minimum 38 994 828 zł brutto. Różnica w wysokości kosztów wynosi minimum 1 545 397 zł miesięcznie i 18 544 770 zł rocznie - to bezpośrednia szkoda dla budżetu Państwa, wynika z udzielenia przedmiotowego zamówienia Asseco w zakresie Integratora i 23 Usług Powiązanych. Z kolei różnica w cenie i jednocześnie szkoda dla budżetu Państwa w zakresie Metryk tzw. Niezaliczonych pomiędzy Konsorcjum Comarch i Asseco wynosi minimum 171 087 zł brutto miesięcznie (2 053 044 zł brutto rocznie), łączna różnica na całości przedmiotu zamówienia udzielonego Asseco z wolnej ręki a udzielonego Konsorcjum Comarch w trybie konkurencyjnym wynosi miesięcznie minimum 1 716 484 zł brutto (20 597 814 zł rocznie). Jednak szkoda dla interesu publicznego, jaka wynika z udzielenia tego zamówienia Asseco ma nie tylko wymiar ekonomiczny. Znacznie ważniejszym jest ugruntowanie zaskarżoną decyzją monopolu Asseco w obsłudze KSI ZSU.

W ocenie Odwołującego wydane orzeczenie unieważniające umowę nie narazi też interesu publicznego - przejawiającego się w konieczności zapewnienia ciągłego i bezawaryjnego działania KSI ZUS, a tym samym nie spowoduje żadnych niewspółmiernych konsekwencji. Cały czas istniał bowiem i cały czas istnieje podmiot (Konsorcjum Comarch) mogący „z marszu” świadczyć przedmiot zamówienia udzielony Asseco w całości, dysponujący będącym w gotowości zespołem, który potwierdził zdolność do realizacji przedmiotu tej umowy i utrzymującym go w tej gotowości. Odwołujący stwierdził, iż Wykonawca, którego Odwołujący jest liderem, nigdy nie przyjął oświadczenia o wypowiedzeniu i odstąpieniu od Umowy, nie uznając go za skuteczne (w sensie prawnym nie mogło ono zresztą skutków takich wywołać). ZUS ma możliwości prawne na gruncie k.c. (w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp) kontynuacji realizacji Umowy z Comarch, pomimo złożonego odstąpienia i wypowiedzenia umowy, co nie stanowiłoby ponownego udzielenia zamówienia, ani nie wymagałoby - groteskowo brzmiącej w tych realiach - zapowiedzi prowadzenia przez kolejne lata nowego przetargu konkurencyjnego. Odwołujący wskazał, że ważny interes publiczny w tych okolicznościach sprawy uzasadnia właśnie - w imię zasad i dla przykładu - unieważnienie umowy i niedopuszczenie do sytuacji utrzymania jej w mocy. Interesem tym jest obrona zasad uczciwej konkurencji i przestrzegania procedur i przepisów prawa.

Dodatkowe stanowisko w sprawie Odwołujący przedstawił na rozprawie oraz w następujących pismach:

- Piśmie procesowym – wypowiedzenie Umowy z Comarch a przedmiot odwołania (z dnia 19 marca 2019 r.);*
- Piśmie procesowym Odwołującego – zarzut I i II odwołania – umowa z wolnej ręki z Asseco jako aneks zawarty pod warunkiem rozwiązującym (z dnia 19 marca 2019 r.);*
- Piśmie procesowym Odwołującego – zarzut II odwołania – istota odwołania w zakresie „powiązań” pomiędzy metrykami (usługami) (z dnia 19 marca 2019 r.);*
- Piśmie procesowym Odwołującego – zarzut III odwołania – istota odwołania w zakresie czynu nieuczciwej konkurencji Asseco (z dnia 19 marca 2019 r.);*
- Piśmie procesowym Odwołującego (z dnia 22 marca 2019 r.);*
- Piśmie procesowym Odwołującego – replika wobec odpowiedzi na odwołanie i pism procesowych Asseco (z dnia 26 marca 2019 r.);*
- Piśmie procesowym Odwołującego – utajnienie części uzasadnienia odwołania oraz części dowodów (z dnia 26 marca 2019 r.);*
- Piśmie procesowym Odwołującego (z dnia 5 kwietnia 2019 r.);*
- Piśmie procesowym Odwołującego (z dnia 16 kwietnia 2019 r.).*

W szczególności należy wskazać, iż :

W *Piśmie procesowym – wypowiedzenie Umowy z Comarch a przedmiot odwołania (z dnia 19 marca 2019 r.)* Odwołujący

wyjaśnił w szczególności, iż odwołanie nie jest skierowane przeciwko Wypowiedzeniu i Odwołujący nie będzie, ani nie zamierza kwestionować Wypowiedzenia Umowy z Comarch przed Krajową Izbą Odwoławczą, zastrzegając sobie prawo podważania tej czynności w innym trybie i przed innymi organami. Odwołujący zaznaczył to wprost w treści odwołania. Stwierdził, iż materia ta pozostaje zresztą poza kognicją Krajowej Izby Odwoławczej.

W Piśmie procesowym Odwołującego – zarzut I i II odwołania – umowa z wolnej ręki z Asseco jako aneks zawarty pod warunkiem rozwiązującym (z dnia 19 marca 2019 r.) Odwołujący w szczególności podniósł zarzuty odnoszące się do następujących okoliczności: zawarcia Aneksu do umowy na Okres Przejściowy, zawarcia Aneksu pod warunkiem rozwiązującym, ustalenia ceny usługi przy jednoczesnym braku ustalenia przedmiotu Aneksu, późniejszego zawarcia porozumienia określającego przedmiot Aneksu, wystawienia gwarancji po zawarciu Aneksu, a przed upływem terminu ziszczenia się warunku, zabezpieczenia gwarancją innej umowy niż umowa z dnia 20 lutego 2019 r., tj. umowy z dnia 22 marca 2018 r. Odwołujący stwierdził, iż zawarty pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą Asseco Aneks należy potraktować jako umowę i także w ten właśnie sposób Aneks ten rozumiał Zamawiający. Odwołujący wskazał, iż o charakterze czynności prawnej nie przesądza jej tytuł, ale treść oraz okoliczność jej złożenia. Ponadto Odwołujący stwierdził, iż ww. okoliczności mają znaczenie dla oceny pierwszego i drugiego zarzutu odwołania. Podpisanie dokumentu nazwanego aneksem, a będącego w istocie umową z wolnej ręki, brak ustalenia przedmiotu zamówienia, ustalenie przedmiotu zamówienia odrębnym porozumieniem - zostały wskazane jako okoliczności potwierdzające zasadność zarzutu pierwszego. Zawarcie umowy pod warunkiem rozwiązującym zostało wskazane jako okoliczność potwierdzająca zasadność zarzutu II, tj. jako okoliczność obalająca przesłankę wyjątkowej sytuacji powodującej konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia.

W Piśmie procesowym Odwołującego – zarzut II odwołania – istota odwołania w zakresie „powiązań” pomiędzy metrykami (usługami) (z dnia 19 marca 2019 r.) Odwołujący między innymi wyjaśnił, iż nie zamierza w ramach niniejszego odwołania kwestionować faktu istnienia powiązań pomiędzy metrykami niezaliczonymi a metrykami powiązanimi i Integratorem, „ani też nie zamierza potwierdzać ich istnienia, zwłaszcza w rozumieniu ujawnionym w Wypowiedzeniu. Jak podano już w samym odwołaniu – kwestia ta nie ma bowiem dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy żadnego znaczenia.” Odwołujący stwierdził, iż kluczowe znaczenie ma co innego, tj. czy „fakt istnienia (zdaniem ZUS) „powiązań” w znaczeniu ujawnionym w uzasadnieniu trybu z wolnej ręki – uzasadniał udzielenie zamówienia w tym trybie Asseco Poland S.A.?” W ocenie Odwołującego na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi kategorycznie negatywnej, a uzasadnienie w tym zakresie przedstawił w dalszej części pisma. W szczególności wskazał, iż po pierwsze, po ujawnieniu pierwszego powiązania pomiędzy metrykami w dniu 13 grudnia 2018 r. zakres tych powiązań był „tygodniami przez ZUS analizowany, kształtowany, a także zmieniany”. Po drugie, „na etapie przetargu konkurencyjnego, w wyniku którego zawarto Umowę z Comarch – Specyfikacja ani żaden inny dokument nie opisywała „budowy KSI” w sposób przyjęty w uzasadnieniu wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki Asseco (a ujawniony co do szczegółów w dokumencie Wypowiedzenia)”. Po trzecim, Odwołujący powołał się na odpowiedź udzieloną przez Zamawiającego na jedno z pytań do SIWZ postawionych w Postępowaniu 2015, tj. że „wykaz powiązań pomiędzy Usługami nie jest potrzebny Wykonawcy do przygotowania oferty”. (odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 29 do SIWZ udzielona w piśmie z dnia 18.07.2017 r.). W ramach dalszego stanowiska Odwołujący wskazał między innymi na okoliczność prowadzenia - po negatywnej weryfikacji metryki wsparcia waloryzacji - testów niektórych metryk, które następnie zostały uznane za powiązane z metryką wsparcia waloryzacji. Zaprezentowaną argumentację Odwołujący podsumował stwierdzeniem braku „istotności i znaczenia „powiązań” dla ukształtowania przedmiotu zamówienia w obszarze utrzymania 23 Metryk zaliczonych i Integratora (art. 29 ustawy Pzp), jako że zgodnie z tym przepisem każdy opis przedmiotu zamówienia musi być dokonany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”. Odwołujący podniósł, iż określenie przedmiotu umowy z wolnej ręki, oparte wyłącznie na przedmiotowych „powiązaniach”, nastąpiło z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, a ponadto sama sytuacja braku operatora dla usług „powiązanych” nie może być uznana za wyjątkową, skoro takiego charakteru nie mają same powiązania. Odwołujący zarzucił również Zamawiającemu, iż jego reakcja nie była natychmiastowa, skoro pierwsza negatywna weryfikacja miała miejsce w listopadzie 2018 r., tj. blisko 3 miesiące przed udzieleniem zamówienia z wolnej ręki, natomiast Zamawiający czekał do końca weryfikacji pozostałych 6 metryk, w tym takich, które ważą 2 – 3 tysiące złotych. Ponadto Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż na 1,5 miesiąca przed upływem Okresu Przejściowego zaprzestał weryfikacji kompetencji Comarch w kilku niezaliczonych metrykach, stanowiących około 10% całości. W ocenie Odwołującego była to wyłącznie decyzja Zamawiającego, w całości leżąca po jego stronie.

W Piśmie procesowym Odwołującego – zarzut III odwołania – istota odwołania w zakresie czynu nieuczciwej konkurencji Asseco (z dnia 19 marca 2019 r.) Odwołujący stwierdził, iż jako czynu nieuczciwej konkurencji objętego zarzutem III należy rozumieć wyłącznie zdarzenia nazywanego przez niego „atakami hackerskimi”, lecz całość działań

podejmowanych przez Wykonawcę Asseco w dłuższej perspektywie i składających się na „ciąg technologiczny” – działania te doprowadziły do zerwania większej części czteroletniego kontraktu. W ramach tych działań Odwołujący wskazał na okoliczność uwarunkowania przez Wykonawcę Asseco wykonania Waloryzacji 2019 od powierzenia Asseco ponad połowy istotnych metryk – „powiązanych” zdaniem ZUS z waloryzacją. Odwołujący podał, iż Wykonawca Asseco nie zgadzał się na czasowe powierzenie tych metryk. Odwołujący wskazał, iż warunek był jednoznaczny – powierzenie ich na stałe (finalnie do rozstrzygnięcia kolejnego przetargu – czyli na co najmniej 2 lata). Odwołujący wskazał, iż wobec braku realizacji przez Wykonawcę Asseco usługi wsparcia Waloryzacji 2019 Zamawiający „naciskał” na Comarch, by ten wykonał tę usługę. Na tym tle, według twierdzeń Odwołującego, Wykonawca Asseco zrealizował scenariusz uniemożliwiający Comarch przejęcie metryki waloryzacji w terminie umożliwiającym wykonanie samej Waloryzacji 2019 przez Comarch. Jak stwierdził Odwołujący, działania Wykonawcy Asseco, które „postawiły ZUS pod ścianą i zmusiły do powierzenia na stałe znacznej części usług względem KSI ponownie z wolnej ręki – domknęły ciąg technologiczny, zapoczątkowany atakiem „hakerskim”, a zakończony na „powiązaniu wszystkiego ze wszystkim”, nawet z Integratorem.” W efekcie powyższego zarówno członkowie Koncorcjum Comarch jak i Zamawiający ponieśli wymierne finansowo szkody, a w przypadku Zamawiającego szkoda ta polega także na dalszym uzależnieniu od dotychczasowego monopolisty. Odwołujący stwierdził, iż sam Zamawiający przyczynił się do ww. ciągu technologicznego, a na końcu – pod wpływem przymusu i obawy przed pozostaniem bez żadnego wykonawcy wobec Waloryzacji 2019 - zdecydował o spełnieniu warunku Wykonawcy Asseco, powierzając mu metryki „powiązane” z metryką waloryzacji. W dalszej części pisma Odwołujący przedstawił uzupełniające wyjaśnienia na czym dokładnie polegały zmiany w bazie danych użytkownika PJKAR, a ponadto replikę wobec też Zamawiającego przedstawionych w tym zakresie w piśmie z dnia 14 marca 2019 r., stanowiącym odpowiedź na wezwanie Comarch z dnia 31 stycznia 2019 r.

W Piśmie procesowym Odwołującego – replika wobec odpowiedzi na odwołanie i pism procesowych Asseco (z dnia 26 marca 2019 r.) w odniesieniu do zarzutu pozorności negocjacji Odwołujący wskazał na okoliczność braku uzgodnienia w Aneksie „essentialia negotii”. Odwołujący stwierdził, iż zawarcie Aneksu pod warunkiem rozwiązującym wyklucza ziszczenie się przesłanki występowania wyjątkowej sytuacji oraz przesłanki konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Następnie Odwołujący jeszcze raz podkreślił, iż „nie chce i nigdy nie chciał, aby Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygała kwestię odpowiedzialności którejkolwiek ze stron związanej ze sporem dotyczącym prawidłowości realizacji Umowy na wsparcie eksploatacji i utrzymania KSI, i co się z tym wiąże zasadności oświadczenia o częściowym odstąpieniu i wypowiedzeniu. Odwołujący, nie kwestionując w odwołaniu samej zasadności powyższego oświadczenia (Odwołujący będzie to czynił w odrębnym postępowaniu sądowym), wnosi wyłącznie o dokonanie oceny okoliczności towarzyszących złożeniu oświadczenia, z punktu widzenia przesłanek stanowiących podstawę do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.” Odwołujący przedstawił stanowisko, iż szczegółowa analiza okoliczności w jakich zostało złożone oświadczenie o rozwiązaniu umowy jest powszechną praktyką Krajowej Izby Odwoławczej przy rozpoznawaniu sporów powstałych na tle zasadności zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, iż kwestia skrócenia 12 miesięcznego Okresu Przejściowego ma istotne znaczenie z punktu widzenia ustalenia okoliczności, czy częściowe rozwiązanie umowy było przyczyną leżącą po stronie Zamawiającego, w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego ustalenie tej okoliczności nie wymaga w żadnym razie oceny merytorycznych kwestii związanych z realizacją Umowy przez Strony – wymaga jedynie prostego zestawienia faktów. Odwołujący w szczególności wskazał na regulację art. 16 ust. 1 Umowy oraz fakt odmawiania przez Zamawiającego od 24 stycznia 2019 r. współdziałania w procesie weryfikacji gotowości Konsorcjum Comarch do przejęcia pozostałych do zaliczenia 7 metryk. W odniesieniu do zarzutu trzeciego Odwołujący wskazał między innymi na niejednolite stanowisko Zamawiającego i Przystępującego co do zdarzenia nazywanego przez niego atakiem hakerskim oraz na okoliczność marginalizowania tego zdarzenia przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego pierwotna i autentyczna reakcja przedstawicieli Zamawiającego przeczy tezie, iż ingerencja pracownika Wykonawcy Asseco miała miejsce na zlecenie Zamawiającego. Dodatkowo Odwołujący zaprzeczył twierdzeniom Zamawiającego o odebraniu Wykonawcy Asseco uprawnień dostępu do obydwu środowisk testowych przed rzeczywistym rozpoczęciem próbnej waloryzacji. Zdaniem Odwołującego dowodzą tego SQL-e wykonywane przez PJKAR w terminach od 15 października 2018 r. Na potwierdzenie powyższego stwierdzenia przedstawił dowód w postaci wyciągów z logów z bazy danych środowiska na którym Comarch realizował testy. Odwołujący stwierdził także, iż Przystępujący jako wykonawca konkurencyjny kategorię nie powinien brać udziału w przygotowaniu środowiska testowego w celu weryfikacji gotowości Konsorcjum Comarch do przejęcia metryki wsparcia waloryzacji. Odwołujący uznał także za niewiarygodne wyjaśnienia Przystępującego o potrzebie urealnienia środowiska testowego – skoro na środowisku produkcyjnym i tak występują liczne błędy.

W Piśmie procesowym Odwołującego (z dnia 5 kwietnia 2019 r.) Odwołujący przedstawił dodatkowe stanowisko

dotyczące kwestii „powiązań” pomiędzy 7 metrykami tzw. niezaliczonymi a 23 metrykami powiązanimi i Integratorem, aspektu finansowego udzielenia zamówienia z wolnej ręki Wykonawcy Asseco, a ponadto stanowisko w odniesieniu do braku spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (w tym zakresie w dużej mierze podtrzymując uprzednio przedstawioną argumentację).

W Piśmie procesowym Odwołującego (z 16 kwietnia 2019 r.) Odwołujący przedstawił dodatkową argumentację dotyczącą: braku podstaw do przekazania roli Integratora Wykonawcy Asseco, okoliczności wspólnego uzgadniania i akceptowania harmonogramu przez strony Umowy ZUS - Comarch, faktu braku powiązań wynikającego ze sposobu ukształtowania i realizacji harmonogramu oraz kwestii braku znaczenia powiązań na przykładzie przekazania Odwołującemu metryki UU2017_USZ_INFU.

W ramach stanowiska końcowego przedstawionego na rozprawie Odwołujący stwierdził między innymi, iż nie zgadza się z twierdzeniami, że doszło do rozszerzenia podstawy faktycznej zarzutu dotyczącego „powiązań” pomiędzy Metrykami Niezaliczonymi a Metrykami Powiązanimi i pełnieniem roli Integratora. Powołał się na fragmenty zawarte na str. 13, 14 i 28 odwołania, gdzie wskazywał między innymi, że koncepcja powiązań została sztucznie wykreowana. Stwierdził, że nie neguje istnienia powiązań, ale ich charakter. Wyjaśnił także, że odwołanie nie jest ukierunkowane na to, że powiązania nie były ujawnione w umowie. Fakt nieujawnienia powiązań w umowie przeczy w jego ocenie istotności tych powiązań.

Na potwierdzenie postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów (oraz zapisu dźwiękowego):

- Komunikatu ZUS z 20 lutego 2019 r.;
- Artykułu Blitzkrieg ZUS (Puls Biznesu z 22 lutego 2019 r.);
- Umowy ZUS - Comarch zawartej w dniu 02 marca 2018 r. (część główna – bez załączników);
- Wypowiedzenia Umowy z Comarch z dnia 19 lutego 2019 r. (doręczonego 20 lutego 2019 r.);
- Umowy z dnia 20 lutego 2019 r. (aneks) zawartej w trybie z wolnej ręki pomiędzy Asseco i ZUS wraz z „Porozumieniem”;
- Gwarancji bankowej Asseco z dnia 27 lutego 2019 r. jako zabezpieczenia należytego wykonania umowy z wolnej ręki z dnia 20.02.2019 r.;
- Komunikatu ZUS z dnia 20 lutego 2019 r. o zawarciu z Asseco umowy;
- Protokołu ZP z postępowania z wolnej ręki;
- Zawiadomienia ZUS z dnia 22 lutego 2019 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania;
- Odpowiedzi na pytanie 29 do SIWZ z dnia 18 lipca 2017 r. w przetargu konkurencyjnym (w wyniku którego zawarto Umowę z Comarch);
- Email-a Wicedyrektora ZUS T.K. z dnia 13 grudnia 2018 r. do Comarch [dokument niejawnny];
- Listy metryk wręczonej przez ZUS w dniu 31 stycznia 2019 r. przedstawicielom Comarch [dokument niejawnny];
- Listy metryk wręczonej Wiceprezesowi Comarch Polska S.A. P.P. przez Wiceprezesa K.D. w dniu 11 lutego 2019 r. [dokument niejawnny];
- Opracowania własnego - porównania 3 list metryk przekazywanych w różnych terminach (porównanie dowodów nr 7, 8 i 9) [dokument niejawnny];
- Protokołu z Komitetu Sterującego z dnia 11 stycznia 2019 r. (wyciąg) [dokument niejawnny];
- Harmonogramu z dnia 23 października 2018 r. do Umowy z Comarch (zaakceptowany przez ZUS)[dokument niejawnny];
- Protokołu ze spotkania z dnia 23 października 2018 r. [dokument niejawnny];
- Pierwszej strony informującej o zawarciu umowy nr 1064535 z 2 marca 2018 r. pomiędzy ZUS i Konsorcjum Comarch na usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS;
- Karty testów z niezaliczeniem (pierwszym i drugim) usługi wsparcia Waloryzacji [dokument niejawnny];
- Protokołów (zadań) z weryfikacji kompetencji 23 Metryk zaliczonych („powiązanych” i usługi Integratora [dokument niejawnny];

- Pisma Comarch z dnia 31 stycznia 2019r. wskazującego na nieprawidłowości w przeprowadzaniu testów [dokument niejawny];
- Pisma Comarch z dnia 18 stycznia 2019 r. - wezwania do kontynuacji testów [dokument niejawny];
- Odpowiedzi ZUS z dnia 14 marca 2019 r. na pismo Comarch z dnia 31 stycznia 2019 r. [dokument niejawny];
- Protokołu z Komitetu Sterującego nr 6 z dnia 06 grudnia 2018 r. (protokół niezgodniony) na który składa się: 1) Protokół w wersji pierwotnej przesłany przez ZUS do Comarch do zatwierdzenia, 2) Protokół w wersji zmienionej przez ZUS (na 7 marca 2019 r.), 3) Zapis dźwiękowy posiedzenia (oficjalne nagranie), 4) Transkrypcja wypowiedzi Wiceprezesa K. D. dot. sytuacji ZUS w związku z Waloryzacją [dowody niejawne];
- Protokołu z Komitetu Sterującego z dnia 11 stycznia 2019 r. [dokument niejawny];
- Log-a obrazującego zmiany (update'y) pracownika Asseco PJKAR na testowej bazie danych (wraz z wyjaśnieniami);
- Scenariusza zadania waloryzacji obciążonego ingerencją „hakerską” pracownika Asseco PJKAR [dokument niejawny];
- Protokołów z niezaliczonych 2 testów z metryki waloryzacji [dokumenty niejawne];
- Email-a z 12 października 2018 r. od Wicedyrektora ZUS T.K. do Biura Projektu Comarch - przekazanie scenariusza testów egzaminacyjnych waloryzacji (obciążonych ingerencją „hakerską” pracownika Asseco PJKAR) [dokument niejawny];
- Email-a z dnia 23 października 2018 r. G.Z. (Comarch) do ZUS z informacją o ingerencji hackerskiej Asseco [dokument niejawny];
- Pisma ZUS z dnia 24 października 2018 r. wiceprezesa ZUS K.D. [dokument niejawny];
- Protokołu z Komitetu Sterującego z 25 października 2018 r. [dokument niejawny];
- Umowa przejściowej z wolnej ręki z dnia 22.03.2018 zawartej pomiędzy Asseco i ZUS wraz z zał. 8;
- Umowy z Comarch (umowa nr 1064535 z 2 marca 2018 r. pomiędzy ZUS i Konsorcjum Comarch na usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS) oraz załącznika 6 i pkt 6 z załącznika nr 8 do tej Umowy;
- Pisma ZUS z dnia 14 marca 2019 r. - punkt I [dokument niejawny];
- Załącznika nr 8 do porozumienia z dnia 1 marca 2019 r. pomiędzy ZUS i Asseco oraz załącznika nr 8 do umowy z 22 stycznia 2018 r. pomiędzy ZUS i Asseco;
- Zestawienia umów wykonawczych z lat 2016-2019 w ramach umów ramowych na rozbudowę i rozwój KSI ZUS (opracowanie własne);
- Wyciągu z logów z bazy danych środowiska na którym Comarch realizował testy (załączonego do pisma z dnia 26 marca 2019 r.);
- Korespondencji emailowej Prezesa J. F. i Wiceprezesa K. D.(załączonej do pisma z dnia 5 kwietnia 2019 r.) [dokument niejawny];
- Jednostek Zadaniowych z Metryk Niezaliczonych wraz z Formularzami Oceny [dokument niejawny];
- Pisma ZUS z dnia 13 lipca 2018 r. [dokument niejawny];
- Protokołu nr 106 ze spotkania z dnia 17 sierpnia 2018 r. [dokument niejawny];
- Wyciągu z Uzgodnień projektowych „Wdrożenie w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych elektronicznej wymiany informacji między instytucjami zabezpieczenia społecznego państw UE/EFTA”;
- Planu testów międzymodułowych z dnia 16 października 2018 r. [dokument niejawny];
- Dodatku B do Załącznika 3 do Umowy;
- Listy Uwarunkowań Wdrożeniowych dla modyfikacji M0515 [dokument niejawny];
- Rekomendacji A1 dla M0526 Etap I [dokument niejawny];
- „Załącznika 1 Lista Usług Utrzymania, na które projekt ma wpływ” [dokument niejawny];
- Opracowania własnego – wyciągu z harmonogramu obrazującego terminy przejmowania USZ_WALE przez Comarch w trakcie realizacji Metryk Powiązanych przez Asseco w okresie trwania waloryzacji [dokument

niejawny];

- Opracowania własnego przygotowanego na podstawie uzgodnionego przez Strony Harmonogramu (dowód nr 11 załączony do pisma z dnia 16 kwietnia 2019 r.) [dokument niejawny];
- Wyciągu z Załącznika nr 8 do Umowy ZUS - Comarch;
- Dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia z wolnej ręki Asseco pn. Świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego ZUS w okresie niezbędnym do udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym;
- Dokumentacji postępowania odwoławczego sygn. KIO 2474/17, KIO 2487/17;
- Dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez ZUS w trybie przetargu ograniczonego na „Świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego ZUS”, ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym UE TED nr 2015/S 189-343230 z dnia 30 września 2015 r. (dalej jako „Postępowanie 2015”) – wniosek ewentualny, na wypadek gdyby kopia tej dokumentacji nie znajdowała się w aktach sprawy odwoławczej KIO 2474/17, KIO 2487/17 – na okoliczność treści tej dokumentacji, w tym braku wskazania „powiązań” pomiędzy usługami, w tym w szczególności „powiązań” wskazanych w uzasadnieniu wyboru trybu z wolnej ręki (podanych co do szczegółów w Wypowiedzeniu);

Ponadto Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z:

zeznań świadków, w osobach:

- A.G. – „na okoliczność:

- 1.Wpływu Asseco na ukształtowanie sytuacji braku operatora i konieczność udzielania zamówienia z wolnej ręki, w tym okoliczności związanych z ingerencją pracownika Asseco PJKAR,
- 2.Koncepcji „powiązań” metryk i Integratora powierzonych Comarch w ramach Umowy z Comarch następnie powierzonych Asseco z wolnej ręki – co do okoliczności jej powstania, braku uwzględniania przez ZUS i sposobu kształtowania.”

- G.Z. – „na okoliczność:

- 1.Uwarunkowań projektowych dotyczących waloryzacji;
- 2.Wpływu Asseco na ukształtowanie sytuacji braku operatora i konieczność udzielania zamówienia z wolnej ręki, w tym okoliczności związanych z ingerencją pracownika Asseco PJKAR i reakcji ZUS w tym zakresie;
- 3.Koncepcji „powiązań” metryk i Integratora powierzonych Comarch w ramach Umowy z Comarch następnie powierzonych Asseco z wolnej ręki – co do okoliczności jej powstania, braku uwzględniania przez ZUS i sposobu kształtowania.”

przesłuchania strony odwołującej w osobie P.P. – Wiceprezesa Zarządu Comarch S.A. – „na okoliczność:

- 1.Wiedzy i działań ZUS związanych z działaniami Asseco dotyczącymi dyskredytacji Comarch, w tym ingerencji pracownika Asseco PJKAR w testy Comarch oraz negatywnej oceny przez ZUS tych działań.
- 2.Analiz i decyzji ZUS co do istnienia „powiązań” między metrykami i rolami, ich wpływu na udzielenie zamówienia Asseco.
- 3.Pozytywnej oceny działań i kompetencji Comarch na gruncie realizowanej umowy z Comarch.”

II. Pismem z dnia 20 marca 2019 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie. Zamawiający wskazał w szczególności, co następuje:

Zamawiający poinformował, iż w wyniku przeprowadzonego Postępowania 2015, w dniu 2 marca 2018 r. Zamawiający zawarł z Konsorcjum Comarch umowę na utrzymanie i wsparcie eksploatacji KSI ZUS. Umowa ta przewidywała szereg mechanizmów pozwalających na zapewnienie przejęcia usługi utrzymania systemu KSI ZUS. Jednym z najważniejszych mechanizmów wskazanych w umowie był 12 miesięczny okres przejęcia, zwany „Okresem Przejściowym”, który miał za zadanie dać Wykonawcy czas na zapoznanie się z działaniem systemu KSI ZUS, w tym jego złożoną architekturą, oraz nabycie kompetencji niezbędnych do realizacji zamówienia. Okres Przejściowy, poza gwarantowaniem uczciwej konkurencji, stanowił również istotny mechanizm zabezpieczenia interesów Zamawiającego. Zakładał on bowiem szczegółową weryfikację stopnia przygotowania wybranego wykonawcy do świadczenia usług objętych zamówieniem przed przejęciem ich do samodzielnej realizacji i zabezpieczał przez dopuszczeniem do realizacji zamówienia

wykonawcy nieprzygotowanego do jego realizacji, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. W wyniku odwołania wniesionego przez Konsorcjum Comarch, na etapie badania i oceny ofert w kryterium jakości weryfikowane były wyłącznie kompetencje w zakresie posiadanych przez wykonawców kwalifikacji z zakresu IT, bez powiązania ich z aspektami merytorycznymi ubezpieczeń społecznych oraz działalności ZUS. Zakres badanej „próbki umiejętności” został celowo ograniczony aby nie preferować dotychczasowego wykonawcy, który już taką wiedzę posiadał. W Postępowaniu 2015 ustalono zatem, że Okres Przejściowy będzie właściwym do weryfikacji umiejętności wykonawcy pod kątem nabytych kompetencji, które są wymagane dla prawidłowego utrzymania KSI ZUS przejawiających się m.in. w znajomości procesów biznesowych ZUS czy architektury KSI ZUS.

Zamawiający podkreślił, że system KSI ZUS jest jednym z największych i najbardziej kluczowych systemów informatycznych w Polsce. KSI ZUS na bieżąco obsługuje 25 mln klientów ZUS i rozlicza 1/3 środków finansowych państwa. Jakiegokolwiek awarie tego systemu bezpośrednio oddziałują na miliony obywateli, a przestoje mogą prowadzić do paraliżu działania systemu zabezpieczenia społecznego. Z tego też powodu Strony wypracowały mechanizm, zgodnie z którym wykonawca przejmujący system miał obowiązek zaliczania w trakcie Okresu Przejściowego testów weryfikujących postępy w przejmowaniu wiedzy i umiejętności niezbędnych do świadczenia usług na poszczególnych obszarach złożonego systemu informatycznego jakim jest KSI ZUS. Sposób przejścia świadczenia usług utrzymania i eksploatacji KSI ZUS został szczegółowo uregulowany po podpisaniu Umowy z Comarch, w koncepcji przejścia opracowanej przez wykonawcę Konsorcjum Comarch i zatwierdzonej przez Zamawiającego. Wykazanie się konkretnymi umiejętnościami i wiedzą w danym obszarze warunkowało zgodę Zamawiającego na przejmowanie do obsługi poszczególnych fragmentów KSI ZUS (metryk usług). Zamawiający podkreślił, że sama wiedza techniczna, o sposobie administrowania systemem informatycznym, jest niewystarczająca do zapewnienia ciągłości działania KSI ZUS. Wykonawca musiał również nabyć wiedzę o procesach związanych z systemem ubezpieczeń społecznych realizowanych przez ten system (m.in. w zakresie rodzajów świadczeń, zasad procedowania pobierania środków i ich wypłaty, waloryzacji świadczeń, poboru składek, kontroli płatników składek).

W ocenie Zamawiającego nie bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy pozostaje fakt, że aby umożliwić Konsorcjum Comarch efektywne skorzystanie z Okresu Przejściowego Zamawiający zawarł z Asseco Poland S.A. w trybie zamówienia z wolnej ręki umowę na świadczenie usług utrzymania przez cały Okres Przejściowy (Umowa na Okres Przejściowy). Umowa ta zabezpieczała świadczenie usług utrzymania i wsparcia eksploatacji KSI ZUS przez Okres Przejściowy. Dodatkowo aneksem do umowy z 2013 r. przedłużył obowiązek przekazania przez tego Wykonawcę, nie później jednak niż do 30 czerwca 2018 r., niezbędnej wiedzy Konsorcjum Comarch. O powyższym obowiązku Asseco Zamawiający informował wszystkich wykonawców w SIWZ w Postępowaniu 2015 r. Zamawiający wskazał, iż Konsorcjum Comarch, ani Odwołujący nie kwestionowali wówczas legalności skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki, długości okresu na jaki została zawarta ta umowa ani sposobu jej procedowania. W szczególności nie budziło wątpliwości żadnej ze stron, że usługa utrzymania KSI ZUS jako usługa ciągła, wymaga bieżącego wsparcia ze strony podmiotu zewnętrznego, i nawet kilkudniowe zaniechanie świadczenia tej usługi rodzic będzie bardzo poważne, negatywne konsekwencje dla ciągłości funkcjonowania systemu zabezpieczenia społecznego, a tym samym całego państwa polskiego. Umowa na Okres Przejściowy została zawarta do dnia 1 marca 2019 r. do godz. 23:59:59, tak aby sekundę później wsparcie i odpowiedzialność za działanie całego systemu KSI ZUS przejęło Konsorcjum Comarch.

Zamawiający wyjaśnił, iż w Okresie Przejściowym przewidział przeprowadzenie weryfikacji gotowości Konsorcjum Comarch do przejścia zadań utrzymania. W ramach przeprowadzonej weryfikacji gotowości w okresie od 9 sierpnia 2018 r. do 24 stycznia 2019 r. przeprowadzono 21 sesji weryfikacji kompetencji. Proces prowadzony był na podstawie Artykułu 16 ust. 2 pkt 1) litery g. oraz i. Umowy z Comarch oraz Artykułu 16 ust. 2 pkt 2) lit. c. Umowy z Comarch. Regulacja umowna została uszczegółowiona w treści dokumentów kontraktowych oraz dwustronnych uzgodnień stron, które doprecyzowały kryteria gotowości do przejścia poszczególnych zadań Umowy i sposób ich weryfikacji. Konsorcjum Comarch miało pełną swobodę w proponowaniu, kształtowaniu i negocjowaniu dokumentów: (i) koncepcja przejścia, (ii) Plan przejścia zadań Umowy oraz (iii) planów przejścia poszczególnych zadań, mogło również zgłaszać uwagi do procedury testów. Zamawiający stwierdził, iż nie jest zatem prawdą, że Konsorcjum Comarch nie miało wpływu na sposób weryfikacji kompetencji.

Zamawiający wskazał, iż ww. wykonawca po przeprowadzeniu opisanego w ww. dokumentach procesu weryfikacji nie wykazał się gotowością do przejścia usług utrzymania określonych 7 metrykami. Z uwagi na istotność metryk niezaliczonych dla działania systemu KSI ZUS oraz strukturę tego systemu, która ściśle wiąże pewne grupy usług - dla bezpiecznego działania systemu KSI ZUS nie było wystarczające jedynie odstępianie od Umowy z Comarch w zakresie metryk niezaliczonych. Brak pozyskania wiedzy i kompetencji przez Konsorcjum Comarch do świadczenia usług w

zakresie Metryk Niezaliczonych implikował konieczność dodatkowego wypowiedzenia Umowy z Comarch w zakresie 23 metryk usług ściśle z nimi powiązanych. Szczegółowe informacje o istocie powiązań zostały zawarte w oświadczeniu o częściowym wypowiedzeniu Umowy z Comarch. [Dowód: oświadczenie o częściowym odstąpieniu od Umowy z Comarch oraz częściowym wypowiedzeniu Umowy z Comarch]. Ponadto z uwagi na strukturę KSI ZUS, brak wykazania gotowości do przejęcia usług utrzymania określonych w Metrykach Niezaliczonych, bezpośrednio skutkowało również koniecznością wypowiedzenia Umowy z Comarch w zakresie pełnienia przez wykonawcę roli Integratora. Budowa KSI implikuje bowiem konieczność posiadania przez wykonawcę pełniącego rolę Integratora, pełnej i kompletnej wiedzy dotyczącej sposobu działania wszystkich usług wchodzących w skład KSI. Przede wszystkim chodzi tu o posiadanie wiedzy o zasadach i zależnościach wzajemnych usług ze sobą. Bez uwzględnienia tych uwarunkowań oprogramowanie nie będzie działać poprawnie w środowisku produkcyjnym, a co za tym idzie nie zostanie zrealizowany podstawowy cel świadczenia usługi objętej rolą Integratora. Zamawiający wskazał, iż wypowiedzenie Umowy w powyżej wskazanym zakresie było zatem bezpośrednim skutkiem braku gotowości świadczenia usług w zakresie Metryk Niezaliczonych, co było przyczyną odstąpienia. Decyzja Zamawiającego wynikała z konieczności zapewnienia ciągłości świadczenia usług utrzymania obszaru świadczeniowego oraz konieczności wsparcia utrzymania tych metryk i przejęcia odpowiedzialności przez jeden podmiot, od którego możliwym byłoby wygzekwowanie należytego poziomu tych usług przez Zakład z uwagi na ich ścisłą korelację.

Zamawiający stwierdził, iż podjął ww. działania niezwłocznie po uzyskaniu pewności, że Konsorcjum Comarch nie jest zdolne do przejęcia usług utrzymania w zakresie określonym w Umowie z Comarch. W dniu 19 lutego 2019 r. Zamawiający wystosował do Konsorcjum Comarch oświadczenie o odstąpieniu od Umowy z Comarch w części dotyczącej Metryk Niezaliczonych oraz o wypowiedzeniu w zakresie usług ściśle powiązanych z tymi usługami, w tym w zakresie pełnienia roli Integratora. W efekcie częściowego odstąpienia od Umowy z Comarch oraz częściowego wypowiedzenia tej umowy Konsorcjum Comarch realizuje świadczenie ponad 40 z 74 metryk usług. Zamawiający wskazał, iż w tym stanie faktycznym stanął przed pilną potrzebą natychmiastowego powierzenia innemu wykonawcy do realizacji usług objętych rozwiązaniem Umowy z Comarch. Z dniem 1 marca 2019 r. kończył się bowiem okres obowiązywania Umowy na Okres Przejściowy zawartej z Asseco. Po tym dniu 30 metryk usług oraz rola Integratora zostałyby bez operatora, co z uwagi na ciągły charakter wykonywanych usług niesłoby za sobą negatywne konsekwencje dla działania ZUS. W związku z tym Zamawiający wszczął Postępowanie oraz udzielił zamówienia na świadczenie usług w części objętej rozwiązaniem Umowy z Comarch dotychczasowemu wykonawcy usługi - firmie Asseco (Umowa z Asseco).

W ocenie Zamawiającego nie powinno budzić wątpliwości, że przyczyną wszczęcia Postępowania i udzielenia zamówienia na świadczenie pewnych usług utrzymania systemu KSI ZUS była czynność częściowego odstąpienia od Umowy z Comarch oraz częściowego jej wypowiedzenia. Czynność ta nie była przewidywana, ani tym bardziej planowana przez Zamawiającego, na co Zamawiający wskazywał w uzasadnieniu wyboru trybu udzielenia zamówienia. W dacie udzielania zamówienia Zamawiający nie miał zabezpieczonego okresu utrzymania KSI ZUS w bardzo ważnym obszarze, bowiem trwająca wówczas umowa na Okres Przejściowy wygasła z dniem 1 marca 2019 r. Nie ulega zatem wątpliwości, że w tym okresie (ok 10 dni) i przy przewyższającej progę unijne wartości Postępowania Zamawiający był w pełni uprawniony do skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przesłankę „pilności” uregulowaną w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W ocenie Zamawiającego złożone odwołanie przede wszystkim skupia się na analizie przesłanek odstąpienia od Umowy z Comarch i rozwiązania tej umowy pomimo, że jak sam Odwołujący podkreśla na wstępie „odwołaniem nie jest objęte samo odstąpienie ani wypowiedzenie Umowy z Comarch, które oczywiście Konsorcjum Comarch, w tym sam Odwołujący kwestionuje jednak czyniąc to w innym trybie i przed innymi organami. Na potrzeby rozpoznania zasadności udzielenia trybu z wolnej ręki kwestia ta jest bez znaczenia i w ogóle nie powinna być rozpatrywana. Kognicji Izby podlegać będzie jedynie stwierdzenie czy zaistniałe w okolicznościach sprawy odstąpienie oraz wypowiedzenie (bez rozstrzygnięcia o ich zasadności) - może podlegać uzasadnionej subsumpcji pod normę art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp, w takim zakresie jak uzasadnił to Zamawiający” (vide strona 7 odwołania). Zamawiający stwierdził, iż treść odwołania przeczy jednak powyższym założeniom. Odwołujący przede wszystkim skupia się na analizie zasadności czynności odstąpienia i wypowiedzenia (vide m.in. strony 7-15 odwołania). Świadczą o tym przede wszystkim rozbudowane wywody dot. sposobu testowania usług przejęcia, metodyki weryfikacji kompetencji wykonawcy, specyfiki istniejących powiązań pomiędzy poszczególnymi metrykami usług, a tym samym zakresu wypowiedzenia umowy itp. Badając legalność trybu zamówienia z wolnej ręki, pod kątem potencjalnego naruszenia ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza - tak jak uczynił to Zamawiający i jak postuluje sam Odwołujący- powinna przyjąć za punkt wyjścia obiektywny fakt częściowego wypowiedzenia i odstąpienia od Umowy z Comarch oraz konsekwencje tych oświadczeń. Badanie prawidłowości, słuszności oraz ekonomicznych konsekwencji tych działań wykracza poza kognicję Krajowej Izby Odwoławczej,

ponieważ czynności te nie są regulowane ustawą Pzp. Podkreślając powyższe Zamawiający zaznaczył, że nie zgadza się z oceną twierdzeń i wywodów Odwołującego kwestionujących prawidłowość i skuteczność złożonych oświadczeń o odstąpieniu i wypowiedzeniu Umowy z Comarch. Słuszności i legalności podjętych działań Zamawiający będzie dowodził w odrębnym trybie właściwym do ich rozstrzygnięcia. W związku z powyższym Zamawiający stwierdził, iż przedmiotem oceny Izby powinna być weryfikacja zaistnienia przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający zaznaczył, że kompleksowe uzasadnienie legalności zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki zawarł w uzasadnieniu wyboru trybu zawartym w protokole z Postępowania (ZP-WR) oraz w zawiadomieniu do Prezesa UZP z dnia 22 lutego 2019 r., do którego nawiązuje Odwołujący i które Zamawiający w pełnym zakresie podtrzymuje.

Ad. „Zarzut pozorności negocjacji i naruszenia zasad prowadzenia protokołu Postępowania”.

Zdaniem Zamawiającego przedmiotowy zarzut nie ma żadnego oparcia w obowiązujących przepisach ustawy Pzp. Odwołujący nie precyzuje który przepis ustawy Pzp oraz w jaki sposób naruszył Zamawiający przeprowadzając procedurę udzielenia zamówienia. Cały zarzut oparty jest na insynuacjach i pomówieniach, nieosadzonych w rzeczywistym stanie sprawy.

W ocenie Zamawiającego bardzo poważne zarzuty stawiane pracownikom i organom Zamawiającego wynikają z niewiedzy Odwołującego o przebiegu negocjacji z Asseco. Z odwołania wynika, że Odwołujący czerpie swoją wiedzę przede wszystkim z doniesień prasowych, które pomijają formalną stronę prowadzonych negocjacji, a skupiają się jedynie na „chwytliwych medialnie” aspektach sprawy. Zamawiający stwierdził, iż nie jest prawdą, że całość negocjacji przeprowadził przed formalnym zaproszeniem wykonawcy Asseco, a negocjacje zostały przeprowadzone dla pozorów - o czym zdaniem Odwołującego świadczy przede wszystkim krótki termin prowadzenia negocjacji oraz gotowość Asseco do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia w ciągu kilku godzin od ich rozpoczęcia. Z uwagi na szczególną sytuację Zamawiającego, który stanął przed ogromnym ryzykiem braku jakiegokolwiek wparcia szeregu istotnych dla jego działalności statutowej metryk usług od dnia 2 marca 2019 r., podjął działania mające na celu doprowadzenie do tego aby w trakcie negocjacji zaproszony wykonawca Asseco złożył wiążącą deklarację, co do kluczowych elementów umowy - essentialia negotii - do których zalicza się przede wszystkim zakres świadczonych usług, wynagrodzenie z tego tytułu oraz czas trwania. W zakresie tych postanowień toczyły się negocjacje datowane na dzień 20 lutego 2019 r. Z uwagi na wagę oraz konieczność natychmiastowego uzyskania decyzji w zakresie kluczowych elementów, o których mowa powyżej, w negocjacjach uczestniczyli członkowie zarządu Asseco, którzy na bieżąco mogli weryfikować i akceptować wypracowywane zapisy. Mając na względzie zasadę ekonomiki postępowania, Zamawiający zdecydował się udzielić zamówienia w formie aneksu do obowiązującej Umowy na Okres Przejściowy. Rozwiązanie to pozwoliło uniknąć potrzeby negocjowania od początku wszystkich postanowień umownych i w sposób istotny usprawniło procedurę uzgodnień. Aneks został zawarty pod warunkiem rozwiązującym, zakładającym konieczność wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz uzgodnienia kilkunastu merytorycznych załączników do umowy do dnia 01 marca 2019 r. Zamawiający wyjaśnił, iż założył, że deklaracja Zarządu Wykonawcy Asseco i podpisanie aneksu w zakresie essentialia negotii zmobilizuje drugą stronę do większej elastyczności podczas negocjowania „technicznych” aspektów świadczenia usług. W trakcie negocjacji, strony bazowały na wypracowanej i zawartej rok wcześniej Umowie na Okres Przejściowy, co znacznie przyspieszyło proces uzgodnień. W trakcie przywoływanego w odwołaniu jednego dnia (20 lutego 2019 r.) strony ustaliły wyłącznie essentialia negotii Umowy z Asseco. Uzgodnienia zmian w merytorycznych załącznikach do umowy, warunkujących sprawne świadczenie usług w zmienionych okolicznościach i w zmienionym zakresie trwały od 20 lutego do 01 marca 2019 r. W tym czasie Asseco miało możliwość przygotowania i złożenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. [Dowód: Aneks nr 1 z dnia 20 lutego 2019 r do Umowy na Okres Przejściowy.]

W ocenie Zamawiającego powyższe informacje przeczą tezie Odwołującego, jakoby negocjacje były prowadzone dla pozorów, jednego dnia. Przeciwnie, potwierdzają one pilność udzielenia zamówienia. Zamawiający zdawał sobie sprawę, że od dnia 02 marca 2019 r. pozostanie bez wsparcia w istotnym obszarze systemu KSI ZUS i podejmował wszelkie legalne środki aby w możliwie krótkim czasie udzielić zamówienia. Odpowiedzialnością Zamawiającego, nałożoną na niego przez przepisy prawa, jest bowiem zabezpieczenie działania systemu ubezpieczeń społecznych, który nie może działać bez sprawnie działającego systemu KSI ZUS. Dopelnienie wszystkich formalności w terminie 8 dni roboczych zdaniem Zamawiającego świadczy o dużej determinacji po jego stronie w obliczu zdiagnozowanych ryzyk. Nie mogą być dowodem niczym nieoparte twierdzenia Odwołującego o pozorności prowadzonych negocjacji. Zamawiający podkreślił, że Postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Kontakty jakie Zamawiający miał z wykonawcą Asseco przed wszczęciem Postępowania dotyczyły przede wszystkim obecnej realizacji Umowy na Okres Przejściowy, realizacji umowy ramowej na modyfikację i rozbudowę oprogramowania KSI ZUS oraz uzyskania deklaracji

woli co do gotowości podjęcia negocjacji z Zamawiającym.

Zamawiający stwierdził, iż Odwołujący przytacza wręcz nieprawdopodobną historię rzekomej współpracy Zamawiającego z wykonawcą Asseco mającą na celu doprowadzenie do odstąpienia przez Zamawiającego od Umowy z Comarch oraz udzielenie zamówienia ponownie w trybie zamówienia z wolnej ręki (co zostało wielokrotnie podkreślone) wykonawcy Asseco. Insynuacje te nie zostały poparte żadnym dowodem, a tym samym odbiera je należy jedynie jako spekulacje Odwołującego, starającego się przedstawić Zamawiającego w negatywnym świetle.

Za sprzeczną z realiami niniejszego stanu faktycznego oraz nieuwzględniającą zasad rządzących rynkiem IT Zamawiający uznał tezę Odwołującego, zgodnie z którą Zamawiający celowo nie skorzystał z najlepszego w tych okolicznościach rozwiązania tj. „ZUS nie przeprowadził scenariusza, związanego tylko z czasowym powierzeniem Asseco świadczenia usług, decydując się finalnie na wypowiedzenie” (vide str. 16 odwołania), co świadczy o współpracy obu podmiotów w celu wyeliminowania konkurencyjnego wykonawcy. Teza ta, podnoszona w kilku miejscach odwołania, pomija zupełnie fakt, że Zamawiający nie dysponuje żadnym mechanizmem prawnym do zmuszenia Asseco do świadczenia pomocy na rzecz Odwołującego. Rozwiązanie zaistniałej sytuacji promowane przez Odwołującego zakłada, że Asseco przejmie czasowo metryki usług niezaliczone przez Konsorcjum Comarch w trakcie Okresu Przejściowego oraz usługi z nimi związane. Zamawiający zleci je na niedookreślonej podstawie, a po bliżej niesprecyzowanym przez Odwołującego czasie (dodatkowym, pozwalającym mu uzyskać odpowiednią wiedzę do świadczenia usług utrzymania KSI ZUS), Asseco przekaże Konsorcjum Comarch całość usług do samodzielnego świadczenia, przez czas pozostały do zakończenia 48 miesięcznej Umowy z Comarch. Zamawiający stwierdził, iż zakładając, chociażby hipotetycznie, możliwość realizacji takiego scenariusza, należałoby zadać pytanie dlaczego Konsorcjum Comarch nie wdrożyło proponowanego scenariusza i nie zwróciło się do Asseco o wsparcie przez kilka dodatkowych miesięcy jako jego podwykonawca (?!?!). Zamawiający miał takie same prawne możliwości wymuszenia na Asseco wdrożenia prezentowanego przez Odwołującego rozwiązania jak Konsorcjum Comarch. Co więcej zlecenie Asseco świadczenia usług utrzymania KSI ZUS, w trakcie trwania Umowy z Comarch, na podstawie której najpóźniej z dniem 02 marca 2019 r. Konsorcjum Comarch miało przejść w pełni odpowiedzialność za utrzymanie KSI ZUS, nie miałyby podstaw prawnych, naruszałyby postanowienia zawartej Umowy z Comarch (kwestia odpowiedzialności, kar umownych, SLA, płatności), warunków Postępowania 2015 oraz zasady uczciwej konkurencji. W ocenie Zamawiającego podjęte decyzje, kroki i działania były podejmowane przede wszystkim w interesie Konsorcjum Comarch. Decyzja o częściowym odstąpieniu od Umowy z Comarch oraz uzgodnienie z Asseco umowy zakładającej świadczenie usług w części i tylko przez okres niezbędny do wyłonienia wykonawcy w postępowaniu konkurencyjnym (a nie przez 48 miesięcy jak w przypadku Umowy z Comarch) nie jest działaniem w interesie Asseco ani Zamawiającego, ale jest wyrazem troski o wyżej wspomniany proces rozszerzenia konkurencji. Nie budzi wątpliwości, że w interesie Asseco byłoby aby Zamawiający rozwiązał Umowę z Comarch w całości z uwagi na nieuzyskanie wymaganych kompetencji w Okresie Przejściowym, a nie przejście części wrażliwych usług, które de facto umożliwią Konsorcjum Comarch świadczenie usług w okrojonym zakresie przez 48 miesięcy, tj. okres trwania Umowy z Comarch. To rozwiązanie nie było dla Asseco najkorzystniejsze, nie tylko ekonomicznie ale również strategicznie. Zakładać bowiem należy, że kolejne miesiące i lata świadczenia usług utrzymania pozwolą Konsorcjum Comarch na tyle wzmocnić swoje kompetencje i doświadczenie by w kolejnym, konkurencyjnym postępowaniu złożyć ofertę w tożsamy warunkach rynkowych - bez konieczności uwzględnienia kosztów okresu przejściowego. Nie podejmując tego działania Zamawiający, posiadając określoną wiedzę w danych okolicznościach, musiałby przyjąć i zaakceptować ryzyko niewykonania zobowiązania przez Konsorcjum Comarch. Akceptując ten stan Zamawiający musiałby wziąć odpowiedzialność za dopuszczenie do świadczenia usług, o szczególnej wrażliwości dla bezpieczeństwa państwa, przez podmiot do tego nieprzygotowany i za związane z tym ryzyka.

Zamawiający wyjaśnił, iż dla niego, poza dodatkowym obciążeniem finansowym i wizerunkowym, podzielenie usług utrzymania KSI ZUS na dwóch wykonawców odbędzie się olbrzymim kosztem organizacyjnym. Umowa na Okres Przejściowy, jak i Umowa z Comarch, co do zasady nie zakładały bowiem powierzenia części usług innemu wykonawcy - nie ma w nich zatem mechanizmów kooperacji projektowej, w tym koordynacji pracy dwóch wykonawców. Te zadania będzie musiał przejąć Zamawiający. Dodatkowo Zamawiający, podejmując decyzję o częściowym rozwiązaniu Umowy z Comarch, wziął na siebie szereg ryzyk prawnych związanych z trudnością ustalenia zakresu odpowiedzialności każdego z wykonawców: Asseco i Konsorcjum Comarch, braku ich współpracy czy „przerzucania się” odpowiedzialnością za poszczególne błędy lub awarie.

Ad. „Zarzut niespełnienia przesłanki trybu zamówienia z wolnej ręki, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp”.

W ocenie Zamawiającego w ramach tego zarzutu Odwołujący w sposób sprzeczny z poczynioną na wstępie deklaracją braku kwestionowania zasadności czynności częściowego odstąpienia i wypowiedzenia Umowy z Comarch skupia się

przede wszystkim na analizie przyczyn, zakresu oraz skuteczności tych czynności. Co więcej Odwołujący rozdziela analizę przesłanek zamówienia z wolnej ręki w zależności od tego czy dotyczą one zamówienia na usługi objęte odstąpieniem czy też wypowiedzeniem Umowy z Comarch, podczas gdy udzielone zamówienie z wolnej ręki obejmowało komplet metryk usług wydzielony z uwagi na ich merytoryczne powiązania. Tak postawiony przez Odwołującego zarzut jest z gruntu nieprawidłowy. Skoro kognicji Izby nie podlega ocena słuszności lub skuteczności rozwiązania umowy to nie będzie podlegała jej ocenie również weryfikacja prawidłowości zakresu odstąpienia lub wypowiedzenia umowy. Zakres tych czynności jest bowiem immamentną cechą ich skuteczności i legalności. Ocenie Krajowej Izby Odwoławczej podlega badanie legalności działań Zamawiającego w świetle zaistniałego faktu rozwiązania umowy, faktu jako całości w odniesieniu do całego zakresu rozwiązania, a nie jego wybranych elementów. W innym przypadku należałoby przeanalizować czynności w zakresie w jakim one nigdy nie zaistniały - co miałoby wymiar abstrakcyjny, czysto teoretyczny i nie mający znaczenia dla oceny prawidłowości udzielenia zamówienia w konkretnym stanie faktycznym. Co więcej niezaliczenie testów dot. 7 metryk warunkowało konieczność wypowiedzenia Umowy z Comarch w części 23 powiązanych z nimi metryk. Nie można zatem oddzielić tych okoliczności. Jeżeli bowiem nie byłoby odstąpienia od Umowy z Comarch, nie zaistniałaby konieczność jej wypowiedzenia.

Zamawiający wskazał, iż jedynie z ostrożności Zamawiający chciałby się odnieść do argumentacji Odwołującego kwestionującej kwestię powiązań pomiędzy metrykami objętymi odstąpieniem i wypowiedzeniem ich znaczenia dla zakresu rozwiązania Umowy z Comarch.

Zamawiający podkreślił, że istnienie powiązań metryk jest faktem, wynikają one z architektury systemu KSI ZUS. Szczegółowe informacje dotyczące występujących powiązań pomiędzy Metrykami Niezaliczonymi, wobec których Zamawiający odstąpił od Umowy z Comarch a usługami objętymi wypowiedzeniem reguluje oświadczenie o częściowym zakończeniu stosunku zobowiązaniowego z dnia 19 lutego 2019 r. Od wielu lat fakt istnienia powiązań pomiędzy metrykami był każdorazowo badany przed zleceniem świadczenia usług dodatkowych wpływających na opisane metrykami istotne usługi związane z utrzymaniem KSI ZUS. Przykładowo, zakres powiązań dla metryk usług funkcjonujących w ramach KSI ZUS był określany każdorazowo przez wykonawcę w trakcie procedowania zlecenia usług dodatkowych w obszarze waloryzacji. Wykonawca w latach 2015 - 2017, każdorazowo przedkładając ofertę na realizację usługi dodatkowej związanej z waloryzacją, wskazywał bezpośredni wpływ tej usługi dodatkowej na inne usługi KSI ZUS. To na te ustalenia Zamawiający powoływał się w grudniu 2018 r. Nie był to zakres podziału metryk dokonany „na cele” odstąpienia od Umowy z Comarch i sporządzony w sposób dowolny, co sugeruje Odwołujący, ale była to od lat ustalona praktyka weryfikacji powiązań pomiędzy kluczowymi metrykami, która znajduje oparcie w dokumentach związanych z realizacją umów w zakresie usług utrzymania systemu KSI ZUS.

Zamawiający stwierdził, iż nie jest również prawdą, że informacja dotycząca powiązań pomiędzy metrykami (objętymi odstąpieniem i wypowiedzeniem) nie została zawarta w opisie przedmiotu zamówienia w Postępowaniu 2015. Zamawiający w SIWZ w Postępowaniu 2015 w rozdziale II „Opis Przedmiotu Zamówienia i terminy wykonania”, w pkt 3 jednoznacznie wskazał, że w celu przygotowania oferty w Postępowaniu 2015, udostępni wykonawcom szereg dokumentów/informacji składających się na Dokumentację KSI ZUS, która obejmowała:

- 1) charakterystykę kodów źródłowych KSI ZUS,
- 2) egzemplarz kodów źródłowych narzędzi wspomagających Zarządzanie IT,
- 3) Procedury eksploatacyjne dotyczące KSI ZUS,
- 4) Procedury administratorskie dotyczące KSI ZUS,
- 5) dokumentację dotyczącą Metryk usług utrzymania KSI ZUS,
- 6) Standardy IT ZUS,
- 7) dokumentację projektową KSI ZUS: Analityczny Opis Modyfikacji (AOM) Ujednoliconą Dokumentacją Analityczną (UAOMT) Projekt Właściwości Użytkowych Modułu (PWUM),
- 8) opis Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, w tym opis architektury KSI ZUS.

Zamawiający wyjaśnił, iż z uwagi na wrażliwość informacji wskazanych w Dokumentacji KSI ZUS, wykonawca mógł je otrzymać dopiero po podpisaniu stosownej umowy o poufności, a ponadto w odniesieniu do m.in. dokumentacji projektowej KSI ZUS: Analityczny Opis Modyfikacji (AOM), Ujednoliconą Dokumentacją Analityczną (UAOM), Projekt Właściwości Użytkowych Modułu (PWUM), informacje te były udostępniane wykonawcom wyłącznie w siedzibie Zamawiającego na sprzęcie informatycznym zapewnianym przez Zamawiającego. Konsorcjum Comarch 29 maja 2017 r. podpisało stosowną umowę o poufności, i tym samym od 07 czerwca 2017 r. aż do terminu składania ofert tj. 12

września 2017 r. (przez ponad 3 miesiące] miało możliwość zapoznania się m.in. z dokumentacją projektową KSI ZUS. [Dowód: Umowa o poufności zawarta 25 maja 2017 r. pomiędzy Zakładem Ubezpieczeń Społecznych na Konsorcjum Comarch]. Przedstawiciel Konsorcjum Comarch tylko jeden raz (06 września 2017 r. w godz. od 8:36 do 11:32 tj. przez niespełna 3 godziny) zapoznawał się z obszerną liczącą setki tysięcy stron dokumentacją projektową KSI ZUS. Nawet pobieżna analiza dokumentacji projektowej KSI ZUS, w szczególności materiałów o nazwie Ujednolicona Dokumentacja Analityczna (UAOM), umożliwiła ustalenie czy określona metryka usług jest ściśle powiązana z inną określoną metryką usług lub grupą metryk. Ustalenie tego ścisłego powiązania następuje poprzez analizę zależności pomiędzy daną metryką, która referuje do określonego modułu a innymi modułami.

Zdaniem Zamawiającego nie można również stawiać tezy, że powiązania te nie istnieją ponieważ Zamawiający w sposób szczegółowy nie rozpiął powiązań pomiędzy Niezaliczonymi Metrykami usług a innymi usługami w „specjalnym dokumencie na okoliczność sytuacji nieprzejęcia części usług” o jaki wydaje się postuluje Odwołujący. System KSI ZUS jest systemem naczyń ściśle ze sobą powiązanych. Z tego powodu Zamawiający od lat nie zdecydował się na podział postępowania na świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania na części. Również Postępowanie 2015 i zawarta w jego wyniku Umowa z Comarch nie zakładała równoległego świadczenia usług przez kilku wykonawców. Zamawiający nie zakładał również takiego podziału. Zamawiający nie zakładał w SIWZ, a tym bardziej nie projektował, że pewne usługi nie zostaną przejęte (nie będą pozytywnie zaliczone w trakcie Okresu Przejściowego). Podkreślenia wymaga, że nawet przy dochowaniu należytej staranności i dochowaniu niezwyklej zapobiegliwości, Zamawiający nie mógł takiego scenariusza opracować. Ani na etapie przygotowania SIWZ w Postępowaniu 2015, ani nawet na etapie uzgadniania Koncepcji przejęcia Zamawiający nie mógł ustalić czy, a jeśli tak to ilu i jakich metryk usług z kilkudziesięciu objętych zamówieniem Konsorcjum Comarch nie „zaliczy” (nie wykaże gotowości do ich przejęcia i świadczenia). Ustalenie skali powiązań każdorazowo zależy od liczby i rodzaju niezaliczonych usług. Dopiero po ustaleniu tego katalogu można ostatecznie ustalić zakres powiązań z uwzględnieniem tych najbezpieczniejszych dla bezpieczeństwa realizacji usług. Zamawiający wskazał, iż opierając się na analizie architektury systemu KSI ZUS dokonał przypisania powiązań pomiędzy metrykami usług niezaliczonych, a innymi metrykami usług KSI ZUS ściśle z nimi powiązanymi.

W ocenie Zamawiającego całkowicie błędna jest teza jakoby istnienie powiązań wykluczało skorzystanie z trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, ponieważ jest to okoliczność przez Zamawiającego możliwa do przewidzenia. O odstąpieniu i wypowiedzeniu umowy nie zdecydował bowiem fakt istnienia powiązań pomiędzy usługami (który to fakt jest okolicznością obiektywną i niesporną), ale brak gotowości Konsorcjum Comarch do świadczenia części usług, co potwierdzały negatywne wyniki testów. To ta okoliczność, od Zamawiającego niezależna i niemożliwa do przewidzenia, implikowała konieczność ustalenia powiązań tak, aby pod względem technicznym możliwe było rozdzielanie rzeczywistego zakresu świadczenia usługi utrzymania KSI ZUS dotyczącej tych niezaliczonych usług od pozostałych usług i przekazanie ich do realizacji innemu wykonawcy.

Zamawiający wskazał, że szczegółowe uzasadnienie legalności skorzystania z trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki znajduje się w protokole Postępowania oraz zawiadomieniu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. [Dowód: zawiadomienie do Prezesa UZP].

Wyjątkowość sytuacji, której Zamawiający nie przewidywał i która nie leżała po jego stronie

Zdaniem Zamawiającego częściowe odstąpienie i wypowiedzenie Umowy z Comarch oraz konieczność pilnego udzielenia zamówienia wykonawcy Asseco Poland S.A. na świadczenie usług wsparcia, objętych odstąpieniem i wypowiedzeniem, było okolicznością wyjątkową, której Zamawiający nie przewidywał i która nie wynikała z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. O wyjątkowości zaistniałej sytuacji świadczyła również szczególna waga świadczonych na podstawie częściowo rozwiązanej Umowy z Comarch usług dla funkcjonowania systemu ubezpieczeń społecznych, a tym samym dla bezpieczeństwa funkcjonowania państwa. Na potwierdzenie tego Zamawiający w uzasadnieniu skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki przywołał okoliczności faktyczne oraz dokonał ich subsumpcji do przepisów prawa. Analiza dokonana przez Zamawiającego była w pełni zgodna z poglądami doktryny oraz orzecznictwem Sądów okręgowych.

Zamawiający zauważył, że ze stanowiskiem tym nie zgodził się Odwołujący podnosząc na wstępie, że nie może być uznana za wyjątkową okoliczność „problemów z przejęciem” tak dużego i skomplikowanego systemu. Zamawiający zauważył, iż przyjmując stanowisko Odwołującego powinien, a przynajmniej mógł przewidzieć, że nie uda się Konsorcjum Comarch przejąć systemu, co wyklucza zastosowanie przesłanki zamówienia z wolnej ręki. W konsekwencji powinien był wszcząć kolejną procedurę konkurencyjną na „zapasowego wykonawcę” jeżeli Konsorcjum Comarch nie udało się przejąć systemu KSI ZUS. Zdaniem Zamawiającego rozumowanie takie prowadzi do absurdalnych wniosków, że wybranym w ten sposób podmiotem mógłby zostać ponownie wykonawca Konsorcjum

Comarch, a w przypadku wyboru innego wykonawcy zostałby on pozbawiony możliwości skorzystania z 12 miesięcznego Okresu Przejściowego, który został uznany za niezbędny do skutecznego przejścia świadczenia usług.

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z postanowieniami Umowy z Comarch, na które powołuje się Odwołujący, wykonawca miał za zadanie opracować bardzo szczegółową Koncepcję przejścia wraz z harmonogramem i Planem przejścia. Następnie strony cyklicznie spotykały się na Komitetach sterujących i w grupach roboczych ustalając szczegóły weryfikacji kompetencji. Efektem tych działań było określenie sposobu weryfikacji kompetencji, w tym sposób testowania oraz testy poprawkowe. Mechanizm ten służył właśnie temu, aby Zamawiający był w stanie ocenić, czy wykonawca jest gotowy do przejścia usług utrzymania. Jeśli nie, obowiązkiem Zamawiającego było niedopuszczenie tego wykonawcy do realizacji tych usług. Strony uzgodniły, że na weryfikację składać się będą dwie sesje testowe (pierwsza i poprawkowa), a w przypadku ich niezaliczenia strony zastosują plan awaryjny, który stanowił wyjątkową procedurę „ostatniej szansy”. Wykonawca w planie awaryjnym miał za zadanie przedstawić możliwe do zaimplementowania rozwiązanie, w którym przedstawia jakie kroki podejmie w celu bezpiecznego przejścia niezaliczonych metryk usług. Taki tryb działania został ustalony w dokumentach kontraktowych i zaakceptowany przez obie strony. Zgodnie z tym trybem, dokonano weryfikacji niemalże 90% usług. Zamawiający nie przewidywał, ani nie zakładał, że pomimo przygotowania procedury weryfikacji zakładającej możliwości poprawek - Konsorcjum Comarch nie uda się przejść części metryk usług.

Zamawiający stwierdził, iż prezentowane obecnie, wyłącznie na potrzeby odwołania oraz przyszłego stanowiska procesowego, stanowisko Odwołującego jakoby doszło do skrócenia przysługującego mu Okresu Przejściowego z 12 do 11 miesięcy pozbawione jest jakichkolwiek podstaw faktycznych i prawnych, jeżeliby przyjąć je za prawdziwe to oznaczałoby, że zaangażowanie przez 12 miesięcy w proces przejmowania usług dziesiątek osób oraz ogromnych środków było bezprzedmiotowe. W jakim celu strony ustalałyby Koncepcję przejścia, przygotowały i przeprowadzały testy, spotykały się w ramach komitetów sterujących skoro to i tak nie miałyby wpływu na ocenę możliwości Konsorcjum Comarch do przejścia usług utrzymania? Ocena ta, zdaniem Konsorcjum Comarch, powinna być dokonana na dzień 02 marca 2019 r. - czyli w dniu przejścia świadczenia usług - wówczas, jak należy zakładać, Zamawiający nie uszczknąłby z tego cennego okresu ani dnia .

Zamawiający podniósł, iż formułowana przez Odwołującego teza o skróceniu Okresu Przejściowego całkowicie pomija fakt, że to Odwołujący zgłaszając swoją gotowość wybierał moment testowania oraz fakt, że Okres Przejściowy służył nie tylko pozyskiwaniu przez niego kompetencji, ale przede wszystkim weryfikacji jego możliwości. Intencja Zamawiającego dot. konieczności weryfikacji wykonawcy została wyrażona już w Postępowaniu 2015, potwierdzona w Koncepcji przejścia i znana drugiej stronie od samego początku. W ocenie Zamawiającego nie ulega wątpliwości, że obecne stanowisko Odwołującego nie odpowiada ani intencjom stron Umowy z Comarch, ani celowi jej zawarcia i zostało przygotowane tylko na użytek uzasadnienia swojego niepowodzenia.

Zamawiający stwierdził, iż w niniejszym stanie faktycznym przed odstąpieniem od Umowy z Comarch strony wyczerpały pełen katalog wskazanych w niej instrumentów umożliwiających przekazanie świadczenia usług Konsorcjum Comarch. Konsorcjum Comarch nie wykazało się gotowością do przejścia i świadczenia określonych metryk usług w trakcie obu testów akceptacyjnych w stosunku do 7 metryk usług. Zamawiający wdrażając procedurę „ostatniej szansy” wezwał również Konsorcjum Comarch do przedłożenia w grudniu 2018 r. planu awaryjnego na wsparcie waloryzacji. Zamawiający wskazał, iż przedstawiony przez Konsorcjum Comarch w dniu 12 grudnia 2018 r. Plan awaryjny nie mógł zostać przez niego zaakceptowany [wyjaśnienia przedstawione w tym zakresie przez Zamawiającego stanowią niejawną część odpowiedzi na odwołanie].

Zamawiający zauważył, iż odnosząc się do planów awaryjnych, Konsorcjum Comarch dość lakonicznie odnosi się do wyżej wymienionego planu awaryjnego z dnia 12 grudnia 2018 r. Szeroko natomiast przywołuje sytuację z końca stycznia i połowy lutego 2019 r. W tym okresie, w obliczu szeregu niezaliczonych testów weryfikacyjnych, Konsorcjum Comarch postanowił odstąpić od procedury weryfikacyjnej żądając jej modyfikacji lub powtórzenia. Działania te nie miały cech przedłożenia planu awaryjnego określonego w przywoływanym przez niego postanowieniu art. 16 ust. 2 pkt 3 Umowy z Comarch. Za taki plan nie może być uznana również inicjatywa Konsorcjum Comarch zwrócenia się do zewnętrznych ekspertów, którzy mieliby na podstawie bliżej nieokreślonych kryteriów, potwierdzić kompetencje Konsorcjum Comarch w zakresie niezaliczonych metryk usług. Informację o pozytywnej ocenie kompetencji Konsorcjum Comarch Zamawiający otrzymał w dniu 04 marca 2019 r., tj. dwa tygodnie po skutecznym odstąpieniu od Umowy z Comarch. [Dowód: Informacja przekazana w dniu 4 marca 2019 r. przez Comarch do ZUS o pozytywnym wyniku procesu weryfikacji narastania kompetencji – dokument niejawni].

W odniesieniu do okoliczności „nieuprawnionej ingerencji hackerskiej” dotychczasowego wykonawcy Asseco, którą podnosi Odwołujący, Zamawiający zauważył, iż Odwołujący upatruje w niej źródła wszelkich niepowodzeń i podstawową przyczynę niezaliczenia przez Konsorcjum Comarch testów weryfikacyjnych. Niewątpliwie sposób prezentacji tego

„incydentu” jest nośny medialnie, natomiast faktycznie nie miał znaczenia dla zaistnienia podstaw odstąpienia od Umowy z Comarch. Modyfikacja danych na środowisku testowym Konsorcjum Comarch wystąpiła w dniu 15 października 2018 r., podczas pierwszych testów metryki usługi UU2017_USZ_WALE. Sam Odwołujący przyznaje, że jego pracownicy wykryli i usunęli błąd. Nie miał on zatem wpływu na wynik testów weryfikacyjnych, które w tym zakresie zostały zaliczone. Brak pozytywnej weryfikacji kompetencji dot. utrzymania metryki UU2017_USZ_WALE wynikał z popełnionych przez Konsorcjum Comarch błędów w innym obszarze (vide: 11 strona odwołania). Sprawa ta została zgłoszona Zamawiającemu, który podjął odpowiednie analizy i kroki. Incydent ten nie powtórzył się już nigdy więcej.

Zamawiający przypomniał, że odstąpienie dotyczyło 7 Metryk Niezaliczonych, w zakresie każdej z nich były dwie tury testów weryfikacyjnych (łącznie 14 testów). Błąd, którego znaczenie eskaluje Odwołujący, pojawił się w trakcie jednego terminu testów dla jednej metryki usług i nie miał żadnego związku z pozostałymi. Co więcej, nawet w tym przypadku nie wpłynął on na wynik testów. Niezależnie od powyższego, w tym abstrahując od prawdziwości twierdzeń Konsorcjum Comarch Zamawiający podkreślił, że sam fakt, iż źródłem analizowanej okoliczności jest podmiot trzeci, wyklucza jej kwalifikację jako okoliczność leżącą po stronie Zamawiającego, a tym bardziej przez niego zawinioną.

Zamawiający wskazał, iż pozostałe okoliczności podnoszone przez Odwołującego dotyczą samego procesu weryfikacji kompetencji, w szczególności przygotowania i weryfikacji jednostek zadaniowych (np. podział jednostek zadaniowych na części, niezgodność przygotowanych przez ZUS jednostek zadaniowych z realiami przedmiotu Umowy, niewyczerpujący opis jednostek zadaniowych itp.). Zamawiający przypomniał, że sposób testowania został ustalony przez strony. Dla całkowitej przejrzystości każdorazowo dla każdej jednostki zadaniowej Konsorcjum Comarch otrzymywało, na co najmniej 2 dni przed weryfikacją kompetencji, scenariusz testowy, który był skróconym opisem całości zadania. Ponadto przed rozpoczęciem testów Konsorcjum Comarch otrzymywało kilkadziesiąt minut na zapoznanie się z treścią jednostki zadaniowej i zgłoszenie uwag i zastrzeżeń do poziomu skomplikowania zadań, limitu czasowego na ich wykonanie oraz sposobu ich weryfikacji. Strony wówczas wspólnie doprecyzowywały procedurę testowania (niejednokrotnie uwagi Konsorcjum Comarch były przyjmowane przez Zamawiającego). Konsorcjum Comarch mogło wówczas także podjąć decyzję o nieprzystępowaniu do testów. Także po testach, Konsorcjum Comarch zgłaszało uwagi do niezaliczonych zadań i tam gdzie tylko było to możliwe (uzasadnione) Zamawiający starał się uwzględnić uwagi wykonawcy zmieniając swoją ocenę z negatywnej na pozytywną.

W ocenie Zamawiającego istotne jest, że przyjęty sposób weryfikacji był tożsamy w przypadku wszystkich metryk usług. Okazał się on właściwy i nie był kwestionowany w 90% przypadków usług zaliczonych przez Konsorcjum Comarch. Natomiast obecnie jest on kwestionowany jako całkowicie wadliwy i nieadekwatny w odniesieniu do Metryk Niezaliczonych. Zdaniem Zamawiającego dobitnie świadczy to o tym, że stanowisko Konsorcjum Comarch jest „elastyczne” i zależy od wyniku przeprowadzonego testu. Reasumując Zamawiający stwierdził, iż przygotował wszystkie testy w sposób właściwy, obiektywny i zgodny z Koncepcją przejęcia, a sam fakt niezaliczenia 10% z nich przez Konsorcjum Comarch, nie świadczy o wadliwym procesie testowania.

W odniesieniu do przywoływanej przez Odwołującego okoliczności niskiej jakości transferu wiedzy od dotychczasowego wykonawcy Asseco, Zamawiający zauważył, iż Odwołujący pomija fakt, że Zamawiający dołożył staranności, aby zapewnić możliwość transferu wiedzy od Asseco na rzecz Konsorcjum Comarch. Świadczą o tym zapisy umowy, jak również aneksu do umowy z Asseco zawieranego już po otwarciu ofert w Postępowaniu 2015, gwarantującego Konsorcjum Comarch konsultacje ze strony Asseco opłacane w całości przez Zamawiającego (100 robocizni w terminie do 30 czerwca 2018 r.). Zamawiający skorzystał z wszelkich mu dostępnych instrumentów, aby transfer wiedzy, zważając na okoliczności sprawy, w tym trwający spór sądowy z Asseco (skarga do Sądu Okręgowego na wybór oferty Konsorcjum Comarch jako oferty najkorzystniejszej) był efektywny. Przyczyny braku maksymalnego wykorzystania transferu wiedzy leżały przede wszystkim po stronie Konsorcjum Comarch, który mimo wielu wezwań ze strony Zamawiającego zwlekał z przedstawieniem zakresu do realizacji transferu wiedzy/konsultacji. Co więcej, wówczas Konsorcjum Comarch twierdziło, że konsultacje od Asseco nie są dla nich kluczowe i nie traktują tego jako jeden z podstawowych czynników sukcesu przejęcia usług utrzymania. Faktem jest również, że Konsorcjum Comarch do kilku sesji transferu wiedzy nie przystąpiło. Nie można zatem czynić Zamawiającemu zarzutu z faktu niewykorzystania przez Konsorcjum Comarch możliwości pozyskania wiedzy od dotychczasowego wykonawcy, ani tym bardziej kwalifikować tej okoliczności jako leżącej po stronie Zamawiającego.

Konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia i brak możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Zamawiający wskazał, iż w odniesieniu do ww. przesłanek Odwołujący przedstawia argumenty, dla których to Zamawiający powinien być już w połowie grudnia rozpocząć postępowanie przetargowe w przedmiocie jednej z niezaliczonych wówczas metryk usług. Zamawiający podniósł, iż Odwołujący zdaje się zapominać, o tym, że w połowie

grudnia strony były na etapie „ratowania projektu”, tworzenia i weryfikacji planu awaryjnego i intensywnych rozmów nad możliwymi rozwiązaniami. Zamawiający zauważył, iż na początku odwołania Odwołujący podnosił, że odstąpienie od Umowy z Comarch w lutym 2019 r. i wszczęcie postępowania konkurencyjnego było działaniem przedwczesnym, a kończąc analizę przesłanek trybu działania to uznaje za spóźnione.

Zamawiający podkreślił, że w momencie podjęcia decyzji o rozwiązaniu Umowy z Comarch miał kilka dni na wszczęcie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia, aby zapewnić operatora systemu w zakresie metryk usług objętych rozwiązaniem Umowy z Comarch. Nie mógł on zostać wydłużony nawet o kilka dni z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia. Usługi utrzymania i wsparcia eksploatacji są świadczone na bieżąco w systemie 24/7/365. Jakikolwiek, nawet kilkudniowe przerwy w świadczeniu tych usług mogą mieć krytyczny wpływ na działanie systemu KSI ZUS. Awaria systemu KSI w ciągu kilku godzin prowadzi do paraliżu organizacyjnego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, niemalże równie szybko do całkowitej niewydolności systemu ubezpieczeń społecznych i działania państwa. O tym jak „wrażliwa” jest usługa utrzymania i wsparcia eksploatacji KSI ZUS przekonał się Odwołujący na początku lutego 2019 r. Konsorcjum Comarch w dniu 01 lutego 2019 r. przejął usługi objęte metryką UU_EPWD_UT#00 (dot. aplikacji EPWD) W dniu 04 lutego 2019 r. pracownicy Zamawiającego poinformowali Konsorcjum Comarch, że aplikacje EPWD nie działają z przyczyn leżących po stronie Konsorcjum Comarch wynikających z wadliwie świadczonej usługi utrzymania. Mimo pełnego, bieżącego (24/7) wsparcia zewnętrznego wykonawcy tj. Konsorcjum Comarch, środowisko EPWD nie funkcjonowało 54 godziny. Już ten krótki okres wywołał paraliż działalności ZUS oraz pociągnął za sobą dalekosiężne, negatywne skutki zaistniałej awarii. [Dowód: pismo ZUS z dnia 7 marca 2019 r. dotyczące awarii EPWD].

Zamawiający wskazał, iż z uwagi na fakt, że dysponował jedynie kilkoma dniami na przeprowadzenie Postępowania, bezprzedmiotowym było przygotowanie szczegółowej analizy prezentującej brak możliwości przeprowadzenia w tym czasie postępowania w innym trybie niż zamówienie z wolnej ręki. W okolicznościach niniejszej sprawy niezrozumiałym jest zatem – zdaniem Zamawiającego - zarzut Odwołującego, że z tego powodu uzasadnienie skorzystania z trybu jest niekompletne, ponieważ nie zawiera wykazania, że w tym czasie niemożliwe było przeprowadzenie Postępowania w przyspieszonych trybach otwartych lub co najmniej w trybie negocjacji bez ogłoszenia (vide str. 26 odwołania). Oczywistym jest bowiem, że z uwagi na szacunkową wartość Postępowania przetarg nieograniczony zająłby co najmniej kilka miesięcy, a negocjacje bez ogłoszenia pozwalałyby ten czas skrócić jedynie nieznacznie (sam termin na złożenie ofert, negocjacje z kilkoma wykonawcami, odwołania od treści SIWZ, pytania, terminy na złożenie dokumentów będą trwały około miesiąca).

W odniesieniu do kwestionowania przez Odwołującego przyjętego przez Zamawiającego okres trwania Umowy z Asseco, Zamawiający zauważył, że przedmiotowe zamówienie zostało udzielone Asseco jedynie na okres udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym oraz na okres przejściowy niezbędny do przejścia utrzymania systemu KSI ZUS przez wyłonionego w tym trybie wykonawcę. Cel ten strony wyraźnie zastrzegły w preambule do aneksu nr 1, a jego postanowieniami uregulowały mechanizm wcześniejszego wypowiedzenia umowy w całości lub w części w sytuacji, gdy Zamawiający z sukcesem zakończy nową procedurę udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym. Ustalony okres jest zatem jedynie okresem założonym w celu określenia chociażby szacunkowej wartości zamówienia, która z uwagi na przedmiot zamówienia (usługa ciągła) jest ściśle skorelowana z czasem jej trwania. Czas ten określono na podstawie dotychczasowych doświadczeń Zamawiającego, jednakże będzie on dokładał starań i prowadził działania w celu sprawniejszego niż dotychczas przeprowadzenia tego procesu. [Dowód: Polecenie nr 1 Prezesa Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w sprawie przygotowania zamówienia publicznego na utrzymanie KSI ZUS].

Ad. „Zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji”.

Zamawiający stwierdził, iż ww. zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ nie znajduje on oparcia w obowiązujących przepisach prawa. Zamówienie z wolnej ręki, jak wynika z definicji zawartej w art. 66 ust. 1 ustawy Pzp, jest trybem udzielenia zamówienia po negocjacjach przeprowadzonym tylko z jednym wykonawcą, co jednoznacznie czyni tę procedurę trybem niekonkurencyjnym. Chybione jest więc twierdzenie Odwołującego odnośnie konieczności zachowania konkurencji w postępowaniu, którego właściwością jest udzielenie zamówienia wykonawcy przy braku uczestnictwa w procedurze innych podmiotów. Prawidłowość przeprowadzenia postępowania uwarunkowana jest jego wszczęciem w oparciu o przesłankę wymienioną w art. 67 ust. 1 ustawy Pzp oraz zastosowanie innych przepisów, które nie zostały wprost wyłączone jak w przypadku art. 68 ust. 1 ustawy Pzp (zgodnie z którym art. 36 ust. 1-3 oraz art. 37 i 38 nie stosuje się) lub takich, jakie nie znajdują zastosowania ze względu na określoną specyfikę zamówienia z wolnej ręki. Przepisami, których Zamawiający nie stosuje ze względu na charakter trybu jest chociażby przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i inne przepisy dotyczące ofert (np. dotyczące wymogów jej sporządzenia oraz czynności badania i oceny). Tryb zamówienia z wolnej ręki jest bowiem jedynym trybem gdzie instytucja oferty nie występuje.

Zamawiający wskazał, iż stanowisko odnośnie niestosowania zasady zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu

prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki wynika wprost z dotychczasowego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Zdaniem Zamawiającego formułując zarzut w powołaniu się na art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Odwołujący zdaje się całkowicie pomijać i jego treść i specyfikę trybu zamówienia z wolnej ręki. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Abstrahując już od ww. faktu braku jakiegokolwiek oferty w postępowaniu prowadzonym w trybie z wolnej ręki nie ulega wątpliwości, że zgodnie z dyspozycją tego przepisu czyn nieuczciwej konkurencji popełnia wykonawca. Przepis ten w żaden sposób nie obejmuje sytuacji podmiotowej Zamawiającego. Podczas gdy jedynym podmiotem odpowiedzialnym za wszczęcie postępowania, w tym za wybór trybu oraz zaproszenie wykonawcy do negocjacji jest właśnie Zamawiający. Wykonawca w tym procesie nie ma żadnej roli. Aktywuje się on dopiero po wszczęciu postępowania (otrzymaniu zaproszenia) a zatem po momencie, w którym następuje naruszenie wskazywanego przez Odwołującego przepisu ustawy - art. 67 ust. 1 pkt 3 dotyczącego wyboru trybu.

Zamawiający zauważył, iż charakterystyczne dla trybu zamówienia z wolnej ręki jest więc to, iż status ten przysługuje podmiotowi zaproszonemu nawet gdy on sam nie wyrażałby zainteresowania dalszymi czynnościami prowadzonymi do udzielenia zamówienia. Bez znaczenia pozostaje późniejsza decyzja odnośnie prowadzenia z zamawiającym negocjacji, gdyż wszczęcie postępowania w omawianym trybie rozpoczyna się wraz z przesłaniem zaproszenia do udziału w negocjacjach, a stanie się uczestnikiem postępowania nie jest wynikiem jego akceptacji lub odrzucenia. Przesłanka odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, dotyczy czynności podejmowanych przez podmiot ubiegający się o zamówienie (nie zamawiającego) polegających na złożeniu oferty. To oznacza, iż nawet dokonując daleko idącej analogii nie jest możliwe uznanie, że w przypadku zamówienia z wolnej ręki ma zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Popelnienie czynu nieuczciwej konkurencji skutkującego odrzuceniem oferty możliwe jest wyłącznie w wyniku zainicjowania działania ze strony wykonawcy. Wobec faktu, iż Asseco Poland S.A. stał się wykonawcą wskutek działania nie własnego, lecz czynności podjętej przez zamawiającego, oznacza, że nie można przypisać mu analogicznego czynu naruszenia uczciwej konkurencji jakim byłoby złożenie oferty. Ustawodawca nie przewidział odpowiedzialności wykonawcy za zaniechanie podjęcia czynności mających na celu zakończenie uczestnictwa w procedurze udzielenia zamówienia, zarówno w przypadku trybów konkurencyjnych, jak również procedury, o której mowa w art. 66 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, iż Krajowa Izba Odwoławcza ocenia prawidłowość czynności podejmowanych przez zamawiającego w postępowaniu, nie jest natomiast organem właściwym do oceny naruszenia konkurencji, jej kognicja nie obejmuje również rozstrzygania sporów pomiędzy przedsiębiorcami. Powyższe oznacza, że wskazane przez Odwołującego okoliczności nie mają znaczenia dla przedmiotowej sprawy.

Uzupełniająco, Zamawiający zauważył, iż analogicznie jak w przypadku postępowań prowadzonych w trybach konkurencyjnych Zamawiający nie jest uprawniony do określenia skutków w postaci wykluczenia wykonawcy bądź odrzucenia oferty, jeżeli przesłanka dokonania tej czynności nie wynika wprost z ustawy. Powyższe zostało potwierdzone Postanowieniem Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil et Saferoad Kabex. Pomimo, iż wnioski wyrażone w postanowieniu dotyczą postępowań prowadzonych w trybie konkurencyjnym, a uzasadnienie odnosi się do zasad przejrzystości i równego traktowania wykonawców, teza odnośnie braku możliwości wyeliminowania wykonawcy w przypadku nieistnienia odpowiedniej podstawy prawnej znajduje zastosowanie również w odniesieniu do trybu zamówienia z wolnej ręki. Z uwagi na powyższe, „odrzucenie”, o które wnosi Odwołujący, w ocenie Zamawiającego nie może zostać dokonane.

Uzasadnienie żądania odwołania.

Zamawiający stwierdził, iż w pkt V Odwołania odwołujący dokonuje kalkulacji „strat” jakie może ponieść Skarb Państwa w wyniku udzielenia przedmiotowego zamówienia. W ocenie Zamawiającego kwoty te są jednak marginalne, jeżeli weźmie się pod uwagę straty, do których może doprowadzić wadliwe świadczenie usług przez wykonawcę nie posiadającego odpowiednich kompetencji. Już cytowany powyżej przykład jednodniowej awarii wskazuje, że straty te mogą iść w miliardy, a nie tysiące czy miliony złotych. Zamawiający wskazał, iż pomija przy tym straty, których wycenić się nie da, jak bezpieczeństwo i stabilność państwa oraz zaufanie obywatela do jego instytucji, straty poszczególnych klientów Zamawiającego, którzy na co dzień korzystają z usług Zakładu oraz świadczeniobiorców, dla których każdy dzień opóźnienia płatności ma istotne znaczenie dla domowego budżetu.

Zdaniem Zamawiającego nie można zgodzić z Odwołującym, że działanie Zamawiającego stanowi szkodę dla interesu publicznego, ponieważ ugruntowuje pozycję monopolistyczną Asseco. Przeciwnie, działanie Zamawiającego miało przede wszystkim na celu ochronę i „wyszktałenie” konkurencji. Gdyby było przeciwnie Zamawiający zdecydowałby się na odstąpienie od Umowy z Comarch w całości. Przez najbliższe 4 lata Konsorcjum Comarch, w tym Odwołujący, będą mogli zapoznawać się z działaniem systemu KSI ZUS. Okres ten umożliwi im złożenie oferty w obecnie planowanym

konkurencyjnym postępowaniu, jak i w przyszłych.

Dodatkowe stanowisko w sprawie Zamawiający przedstawił na rozprawie oraz w następujących pismach:

–*Piśmie procesowym Zamawiającego w przedmiocie zasadności utajnienia dowodów (z 25 marca 2019 r.);*

–*Piśmie procesowym Zamawiającego – odpowiedzi na pisma Odwołującego datowane na dzień 19 marca 2019 r. (z 26 marca 2019 r.).*

W *Piśmie procesowym Zamawiającego – odpowiedzi na pisma Odwołującego datowane na dzień 19 marca 2019 r. (z 26 marca 2019 r.)* Zamawiający wskazał w szczególności, co następuje:

W odpowiedzi na Pismo procesowe – wypowiedzenie Umowy z Comarch a przedmiot odwołania:

Zamawiający zauważył, iż wbrew jasnemu stanowisku przedstawionemu przez Odwołującego („*Odwołanie nie jest skierowane przeciwko Wypowiedzeniu i Odwołujący nie będzie, ani nie zamierza kwestionować Wypowiedzenia Umowy z Comarch przed Krajową Izbą Odwoławczą*”), znacząca część odwołania oraz złożone w dniu 20 marca 2018[9] r. pisma procesowe przede wszystkim dotyczą zasadności lub zakresu czynności odstąpienia od Umowy z Comarch i wypowiedzenia tej umowy. Temu samemu służą dowody przedłożone przez Odwołującego na posiedzeniu w dniu 21 marca 2019 r. Odwołujący pomimo złożonych deklaracji, zmierza do wymuszenia ustalenia przez KIO przyczyn odstąpienia i wypowiedzenia, stopnia przyczynienia się Zamawiającego lub stron trzecich do powstania okoliczności skutkujących odstąpieniem lub wypowiedzeniem, a nawet do ustalenia prawidłowości zakresu wypowiedzenia (powiązania metryk). Przyczyny te z pewnością będą ustalane na etapie odrębnego postępowania sądowego. Zamawiający wskazał, iż właśnie dlatego Zamawiający nie przedłożył wraz odpowiedzią na odwołanie szeregu dowodów stanowiących przeciwwagę dla twierdzeń i dowodów Odwołującego. Zamawiający bowiem w odróżnieniu do Odwołującego konsekwentnie stoi na stanowisku, że rozstrzygnięcie w tym zakresie stoi poza kognicją Izby, a przedkładanie takich dowodów zmierzałoby wyłącznie do przewlekłości postępowania. Z ostrożności Zamawiający zastrzegł, że gdyby Izba wyraziła inny pogląd, Zamawiający przedłoży dowody przeczące tezom sformułowanym przez Odwołującego w odwołaniu oraz w pismach procesowych.

W odpowiedzi na Pismo procesowe Odwołującego – zarzut I i II odwołania:

Zamawiający podniósł, iż wszystkie zarzuty sformułowane w przedmiotowym piśmie przeciwko przyjętej przez Zamawiającego formule udzielenia niniejszego zamówienia wykraczają poza zakres odwołania, a związku tym nie powinny podlegać rozpoznaniu (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp). Z ostrożności jedynie Zamawiający podkreślił, że udzielając zamówienia nie został naruszony żaden przepis ustawy Pzp dot. procedury udzielania zamówienia publicznego, co więcej sam Odwołujący formułując zarzuty nie był w stanie go wskazać. Zwrócił uwagę, że podniesiona przez Odwołującego argumentacja sama w sobie stanowi dowód na bezpodstawność zarzutów Odwołującego dot. pozorności prowadzonych negocjacji, czy wcześniejszej współpracy Zamawiającego z Asseco. Logika podpowiada, że gdyby Zamawiający procedował w sposób sugerowany przez Odwołującego, (tj. od miesięcy przygotowywał się do udzielenia zamówienia Asseco), miałby wystarczająco dużo czasu, aby procedować w ogólnie przyjęty, „tradycyjny” sposób. Przede wszystkim miałby czas na wynegocjowanie nowej umowy bez korzystania z formy aneksu. Nieuzasadniony – zdaniem Zamawiającego - jest również drugi wniosek wyciągany przez Odwołującego ze sposobu udzielenia przedmiotowego zamówienia. Odwołujący twierdzi, że „*skoro Zamawiający zawarł umowę pod warunkiem – który jest zdarzeniem przyszłym i niepewnym – oznacza to, że godził się i akceptował fakt, że może się ono nie ziścić. Co za tym idzie – Zamawiający akceptował fakt niezawarcia przedmiotowej umowy, a także ewentualność, iż zamówienie nie będzie natychmiast wykonane. Nie da się pogodzić takiego zapatrywania i akceptacji (nawet ewentualnej) ze wskazanymi elementami przesłanki zastosowania przedmiotowego trybu*” (str.5 pisma). Odpowiadając na powyższe Zamawiający zauważył, iż podążając tym tokiem myślenia należałoby stwierdzić, że w takiej samej sytuacji jest każdy zamawiający wszczynający postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zapraszając do negocjacji Zamawiający nie ma bowiem żadnej pewności (i cytując za Odwołującym: godzi się i akceptuje ten fakt), czy zaproszony do negocjacji wykonawca zawrze z nim umowę. Zależy to od wielu czynników, przede wszystkim od przebiegu negocjacji. Sam fakt, że Zamawiający każdorazowo ma świadomość ryzyka niepowodzenia negocjacji per se nie wyklucza zastosowania przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Wystąpienie tych przesłanek ocenia się na moment wszczęcia postępowania. Przyjąć należy bowiem, że są to przyczyny obiektywne niezależne od wykonawcy, ani przebiegu negocjacji.

W odpowiedzi na Pismo procesowe Odwołującego – zarzut II odwołania – istota odwołania w zakresie „powiązań” pomiędzy metrykami (usługami):

Zamawiający zauważył, iż w przedmiotowym piśmie Odwołujący szeroko odnosi się do kwestii powiązań istniejących

pomiędzy Metrykami Niezaliczonymi objętymi częściowym odstąpieniem od Umowy z Comarch, a metrykami usług objętych częściowym wypowiedzeniem. Zagadnienie to w zasadniczy sposób dotyczy oceny prawidłowości, zasadności oraz zakresu wypowiedzenia od Umowy z Comarch. Pomimo kilku deklaracji Odwołującego, że celem odwołania nie jest ocena tej czynności Odwołujący de facto zmierza do takiego ustalenia. Skoro należy przyjąć, zgodnie ze stanowiskiem samego Odwołującego, że czynność częściowego wypowiedzenia Umowy z Comarch jest faktem i została dokonana skutecznie to działania podejmowane przez Zamawiającego (wszczęcie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki) należy ocenić w świetle tego faktu, bez badania zasadności czy słuszności podjętych decyzji.

W odniesieniu do szczegółowych zarzutów i argumentów podniesionych w przedmiotowym piśmie Zamawiający w pełni podtrzymał stanowisko wskazane w odpowiedzi na odwołanie, które – jak stwierdził - w znaczącej mierze odpowiada na zakreślone w piśmie zarzuty. Uzupełniająco podniósł także, iż:

Powoływany w pytaniu nr 29 rozdział 2.2.1 o nazwie „Model definiowania Usług IT” odnosi się do opisu usług Zakładu, a nie usług objętych przedmiotem zamówienia. Argumentem na brak powiązań nie jest również treść Harmonogramu przejmowania usług. Celem tego procesu było przejęcie całości usług utrzymania objętych Umową z Comarch. Zamawiający uzgadniając harmonogram testów zgodził się zatem na terminy testów dogodnie dla Odwołującego. W ocenie Zamawiającego nie zmienia to jednak faktu, że mimo zdanych testów Zamawiający nie zgadzał się na przekazanie niektórych zaliczonych usług przed zaliczeniem innych, które uznawał za wpływające na te usługi niezaliczone. Całość argumentacji Odwołującego, w której powołuje się on na zwłokę Zamawiającego w przekazywaniu części usług i ich uzależnienie od zaliczenia innych, samo w sobie świadczy – zdaniem Zamawiającego - o istnieniu powiązań pomiędzy usługami. Zamawiający stwierdził, iż nieoparta o zaistniały stan faktyczny jest również teza braku natychmiastowej konieczności wykonania usługi. Odwołujący wskazuje na 3 miesięczny okres, jaki upłynął od niezaliczenia testów dot. usługi waloryzacji twierdząc, że od tego momentu Zamawiający powziął już informacje o konieczności odstąpienia od Umowy z Comarch. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący zapomina natomiast o tym, że Zamawiający po testach podejmował szereg prób mających na celu umożliwienie Konsorcjum Comarch bezpieczne przejęcie usług, w tym w grudniu zwrócił się do Konsorcjum Comarch o przygotowanie planu awaryjnego. Do końca stycznia trwały również procedury testowe (odbiorowe) innych usług. W ocenie Zamawiającego wszystko to świadczy na wyrzykowym prezentowaniu faktów i interpretacji ich w sposób odmienny w zależności od tezy jaką Odwołujący stawia (o czym szerzej była mowa w odpowiedzi na odwołanie). Ponadto Zamawiający zauważył, iż nie znajduje również oparcia w przepisach teza jakoby w postępowaniu o udzielenie zamówienia z wolnej ręki miał zastosowanie przepis art. 29 ustawy Pzp, który rzekomo również Zamawiający naruszył. Niezrozumiałym jest powiązanie tego przepisu z procedurą udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Nie wiadomo czemu miałby służyć rygor opisu przedmiotu z uwzględnieniem wszystkich wymagań konkurencyjności w trybie, w którym zapraszany jest jeden wybrany wykonawca, a ostateczny kształt zamówienia strony ustalają w drodze negocjacji.

W odpowiedzi na Pismo procesowe Odwołującego – zarzut III odwołania – istota odwołania w zakresie czynu nieuczciwej konkurencji:

Ustosunkowując się do ww. pisma Odwołującego Zamawiający podkreślił najważniejsze tezy z wyrażanego uprzednio stanowiska:

- niniejsze postępowanie odwoławcze nie jest trybem właściwym do rozstrzygnięcia czy mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji, w tym celu powołane są odrębne instytucje oraz właściwa ścieżka prawna dochodzenia roszczeń przez podmiot uznający się za poszkodowany (np. art. 18 i nast. uznk),
- Odwołujący nie wskazuje w przedmiotowym piśmie żadnego przepisu ustawy Pzp, który Zamawiający naruszył poprzez wskazywane w piśmie działania lub zaniechania,
- teoria jakoby w tym stanie faktycznym, w okolicznościach trybu zamówienia z wolnej ręki możliwe, a nawet obligatoryjne, było zastosowanie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, nie ma oparcia w przepisach prawa,
- wszystkie powoływane w piśmie „okoliczności” zmierzają do wykazania niezasadności dokonanych przez Zamawiającego czynności częściowego odstąpienia od Umowy z Comarch i częściowego wypowiedzenia Umowy z Comarch, które jako fakt nie podlegają ocenie w niniejszym postępowaniu odwoławczym (vide pkt 1 pisma). Przedstawiona w piśmie argumentacja nie odnosi się wprost do przesłanek zastosowania zamówienia z wolnej ręki określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp,
- z ostrożności Zamawiający zaprzecza jakoby rzekomy „atak hakerski” miał związek z podstawami odstąpienia od Umowy z Comarch,

–bezpodstawne i nieprawdziwe są również tezy jakoby decyzje podjęte przez Zamawiającego były inspirowane przez Asseco.

W ramach stanowiska końcowego przedstawionego na rozprawie Zamawiający stwierdził między innymi, iż w jego ocenie Odwołujący nie wykazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Zauważył, iż Odwołujący przyznał, że jedynie Wykonawca Asseco mógł się ubiegać o to zamówienie, nie mógłby tego zrobić Odwołujący, a zatem nie można mówić o interesie Odwołującego we wniesieniu odwołania dotyczącego tego postępowania. Zamawiający wyraził zdanie, iż należy zgodzić się co do tego, że Odwołujący może ubiegać się o zamówienie w postępowaniu konkurencyjnym, jednakże jest to inne postępowanie i nie może mieć znaczenia dla oceny interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania w odniesieniu do tego postępowania, tj. postępowania w trybie z wolnej ręki. Zauważył również, że Odwołujący, wykazując szkodę wskazał na szkodę związaną z odstąpieniem od Umowy i wypowiedzeniem Umowy, co dodatkowo potwierdza brak wykazania interesu we wniesieniu odwołania.

Zamawiający wniósł o przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów:

- Oświadczenia o częściowym odstąpieniu od umowy z Comarch oraz częściowym wypowiedzeniu Umowy z Comarch;
- Aneksu nr 1 z dnia 20 lutego 2019 r. do Umowy na Okres Przejściowy,
- Komunikatu prasowego ZUS z dnia 14 listopada 2017 r. „ZUS rozstrzygnął największy przetarg sektora IT”;
- Umowy o poufności zawartej 25 maja 2017 r. pomiędzy Zakładem Ubezpieczeń Społecznych a Konsorcjum Comarch;
- Zawiadomienia do Prezesa UZP o wszczęciu postępowania;
- Informacji z dnia 4 marca 2019 r. przekazana przez Comarch do ZUS o pozytywnym wyniku procesu weryfikacji narastania kompetencji [dokument niejawny];
- Pisma ZUS z dnia 7 marca 2019 r. dotyczącego awarii EPWD;
- Polecenia nr 1 Prezesa Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w sprawie przygotowania zamówienia publicznego na utrzymanie KSI ZUS;
- Pisma Rządowego Centrum Bezpieczeństwa z dn. 16.05.2017r.;
- Przykładowej oferty na usługi dodatkowe - oferty Asseco Poland z dn. 11.09.2015r. [dokument niejawny w zakresie strony 4];
- Wyciągu z umowy z Asseco z 2013 r. – dot. metryki usługi UU_VTM;
- Raportu z testów międzymodułowych [dokument niejawny];
- Zagadnienia projektowego [dokument niejawny];
- Planu testów międzymodułowych [dokument niejawny];
- Dokumentu „Weryfikacja zdolności Comarch do przejęcia zadań wynikających z pełnienia roli Integrator”. [dokument niejawny];
- Dziennika testów [dokument niejawny];
- pisma Konsorcjum Comarch z dn. 12.12.2018 r. [dokument niejawny].

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 11 marca 2019 r. Wykonawca Asseco zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wykonawca Asseco wniósł o oddalenie odwołania.

Stanowisko w sprawie Wykonawca Asseco przedstawił na rozprawie oraz w następujących pismach:

- Piśmie procesowym Przystępującego Asseco Poland S.A. (z 20 marca 2019 r.);*
- Piśmie procesowym Przystępującego Asseco Poland S.A. – stanowisko wobec wniosków dowodowych złożonych przez Odwołującego na rozprawie w dniu 21 marca 2019 r. (z 25 marca 2019 r.);*
- Piśmie procesowym Przystępującego Asseco Poland S.A. – odpowiedź na 4 pisma Odwołującego datowane na dzień 19 marca 2019 r. (z 26 marca 2019 r.);*
- Piśmie procesowym Przystępującego Asseco Poland S.A. (z 5 kwietnia 2019 r.).*

W szczególności należy wskazać, iż:

W Piśmie procesowym Przystępującego Asseco Poland S.A. (z 20 marca 2019 r.) Przystępujący powołując się na postanowienia art. 16 Umowy ZUS – Comarch, w powiązaniu z oświadczeniem złożonym w art. 3 ust. 1 pkt 1 ww. Umowy wskazał na charakter Okresu Przejściowego. Stwierdził, iż ze względu na skalę i skomplikowanie systemu nie da się przejąć całego zakresu usług utrzymania KSI w jednym momencie. Okres Przejściowy miał służyć zaplanowanemu i zorganizowanemu w czasie, w tym uwzględniającemu szereg czasowych uwarunkowań biznesowych i projektowych ZUS (m.in. cykliczne akcje roczne jak waloryzacja czy harmonogram wdrożenia modyfikacji KSI) przejęciu usług przez Konsorcjum Comarch. Dodatkowo okres ten miał służyć Zamawiającemu do weryfikacji gotowości Konsorcjum Comarch do świadczenia usług w sposób niezagrażający ciągłości działania KSI. W żadnym jednak przypadku okres ten – wbrew twierdzeniom Odwołującego – nie miał służyć nabywaniu wiedzy przez Konsorcjum Comarch, gdyż wiedzę wystarczającą do realizacji umowy Konsorcjum Comarch posiadało już w chwili zawierania umowy, na okoliczność czego złożyło stosowne oświadczenie. Jedyne uprawnienie, jakie przysługiwało Konsorcjum Comarch, to transfer wiedzy w terminie do 30 czerwca 2018 roku. Zdaniem Przystępującego wywody Odwołującego o rzekomym przerwaniu transferu wiedzy i czasu przeznaczanego na naukę, który miał trwać do końca lutego 2019, są wywodami bezpodstawnymi i oczywiście sprzecznymi z brzmieniem SIWZ. Przystępujący zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego co do tego, iż Zamawiający przeprowadził audyt jego działań w stosunku do baz testowych dla usługi waloryzacji. W odniesieniu do kwestii występowania powiązań pomiędzy metrykami Przystępujący wskazał, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego, SIWZ do Umowy ZUS – Comarch opisywał powiązania pomiędzy metrykami. Przystępujący zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego, iż „ustalenie przedmiotu zamówienia powierzonego Asseco z wolnej ręki odbywało się stopniowo”. Na podstawie dokumentacji KSI ZUS udostępnionej od dnia 7 czerwca 2017 r. w siedzibie Zamawiającego w ramach SIWZ przedstawione zostało szczegółowe zestawienie tabelaryczne postanowień SIWZ w zakresie wzajemnych powiązań pomiędzy: a) poszczególnymi usługami Wykonawcy opisanymi metrykami; b) pełnieniem roli Integratora a usługami utrzymania (szczegółowe informacje zostały przedstawione w Załączniku do pisma zatytułowanym Supplement B). Przystępujący wskazał, iż o zakresie zamówienia z wolnej ręki został poinformowany w dniu 19 lutego 2019 roku, w dokumencie „zaproszenie do negocjacji”.

Przystępujący stanowczo zaprzeczył wszelkim twierdzeniom o jego rzekomym „hakerskim” ataku. Wyjaśnił, iż zgodnie z przedstawioną przez Zamawiającego na posiedzeniu Komitetu Sterującego w dniu 12 lipca 2018 roku potrzebą przeprowadzenia pre-testów masowej waloryzacji, zobowiązał się do ich wsparcia, w tym w formie Konsultacji utrzymaniowych. Przygotowanie dla Zamawiającego dwóch identycznych (w zakresie oprogramowania oraz danych) środowisk testowych tak, aby prawidłowo reprezentowały uwarunkowania występujące w trakcie rzeczywistej waloryzacji świadczeń emerytalno – rentowych było elementem tego wsparcia. W dniu 15 października 2018 r. dostosował dane testowe identyczne w obydwu wskazanych przez Zamawiającego środowiskach testowych, w taki sposób, aby realizowane w tych środowiskach testowe przetwarzania waloryzacyjne świadczeń emerytalno – rentowych dla wybranych dwóch jednostek ZUS uwzględniały uwarunkowania waloryzacji świadczeń dla wszystkich 43 O/ZUS oraz 13 JRUM. Zamawiający wykorzystał ww. środowiska testowe do weryfikacji gotowości Konsorcjum Comarch do przejęcia usług. Pierwsze środowisko testowe zostało przekazane Konsorcjum Comarch do realizacji próbnej waloryzacji świadczeń emerytalno – rentowych. Drugie środowisko zostało wykorzystane do równoległej realizacji próbnej waloryzacji świadczeń samodzielnie przez Zamawiającego. Istotą oceny przez Zamawiającego gotowości Konsorcjum Comarch do świadczenia było porównanie wyników próbnej waloryzacji świadczeń emerytalno – rentowych zrealizowanej przez Konsorcjum Comarch z wynikami próbnej waloryzacji realizowanej przez Zamawiającego w identycznych z perspektywy procesu waloryzacji świadczeń emerytalno – rentowych środowiskach testowych. Działania Przystępującego doprowadziły wyłącznie do sytuacji, w której próbna waloryzacja realizowana dla świadczeń obsługiwanych przez dwie jednostki ZUS, uwzględniała uwarunkowania rzeczywistej waloryzacji dotyczącej świadczeń obsługiwanych przez 56 jednostek ZUS. Przystępujący podkreślił, iż zasadność jego działań została w pełni potwierdzona przebiegiem produkcyjnej waloryzacji świadczeń emerytalno – rentowych w 2019 roku. Zamawiający poinformował go wyłącznie o ogólnych zasadach wykorzystania środowisk testowych oraz odebrał uprawnienia dostępu do obydwu środowisk testowych przed rzeczywistym rozpoczęciem próbnych waloryzacji w obydwu środowiskach, nie było więc żadnych możliwości, aby jego działania ingerowały w wyniku testu i ostateczną ocenę Zamawiającego. Wskazując na postanowienia Załącznika 8 do Umowy (Metryka Usługi UU2017_USZ_WALE) Przystępujący wskazał, iż zapisów dotyczących zobowiązań wykonawcy wynika, iż weryfikacją ma być objęta między innymi gotowość do naprawy danych, niezależnie od przyczyn ich powstania, w takim zakresie w jakim wpływa to bezpośrednio na skuteczność weryfikacji świadczeń emerytalno – rentowych. Przystępujący podał przykłady wystąpienia błędów takich jak w środowisku testowym – w środowisku produkcyjnym w okresie luty – marzec 2019 roku. Wszystkie zrealizowane przez niego działania zapewniały, że dane środowisk testowych reprezentowały rzeczywiste problemy waloryzacji świadczeń emerytalnych w roku 2019. Podkreślił, iż użytkownik identyfikujący się loginem PJKAR posiadał aktywne konto i

odpowiednie uprawnienia, nie podszywał się pod innego użytkownika, nie usunął także z logów informacji o wprowadzonych zmianach. Zarzut ataku hakierskiego może wynikać wyłącznie z braku wiedzy na temat procedur eksploatacyjnych obowiązujących w ZUS. Szczegółowe informacje w ww. zakresie Przystępujący przedstawił w Załączniku do ww. pisma zatytułowanym Suplement A.

Przystępujący zauważył, iż Odwołujący nie kwestionuje tego, iż to Przystępujący jest jedynym wykonawcą, który mógł rozpocząć świadczenie usług z dniem 2 marca 2019 roku. Wskazał, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego żadne z usług objętych zamówieniem z wolnej ręki nie były wcześniej świadczone przez Konsorcjum Comarch – nieprawdziwe są twierdzenia Odwołującego, iż przedmiot umowy w zakresie 23 metryk powiązanych i pełnienia roli Integratora był obszarem, który był wykonywany przez Comarch należycie. W konsekwencji w ocenie Asseco nie istnieją żadne odrębności dla badania ziszczenia się przesłanki zastosowanego trybu udzielenia zamówienia. Przystępujący zauważył, iż Odwołujący pozornie zgadza się co do wyłącznej kognicji sądów powszechnych w zakresie badania skuteczności rozwiązania w części Umowy ZUS – Comarch, a jednocześnie opiera całą swoją argumentację na kwestionowaniu skuteczności tego rozwiązania. W ocenie Przystępującego należy w całości pominąć wszelką argumentację przedstawianą przez Odwołującego, która odwołuje się do kwestionowania skuteczności rozwiązania w części Umowy ZUS – Comarch. Zauważył, iż w odniesieniu do sposobu przeprowadzenia warsztatów Konsorcjum Comarch nigdy nie zgłosiło żadnych uwag (po zakończeniu każdej tury warsztatów podpisywane były protokoły, w których Konsorcjum Comarch nie żądało nigdy umieszczenia uwag co do jakości warsztatów). Ponadto wskazał, iż Konsorcjum Comarch nie wzięło udziału w 6 warsztatach. Stwierdził, iż fakt istnienia powiązań pomiędzy metrykami jest obiektywny, wynika z dokumentacji systemu KSI ZUS, a zatem nie może być „zawiniony” przez Zamawiającego. Przystępujący zauważył, że sam Odwołujący nie neguje istnienia powiązań. Zarzuty co do sposobu skonstruowania Umowy ZUS – Comarch uznał za spóźnione. Stwierdził, iż Odwołujący podnosi zarzuty jedynie w odniesieniu do niezaliczenia jednej z siedmiu metryk. Okoliczność ta w połączeniu z podnoszoną przez Odwołującego kwestią rzekomego nieujawnienia powiązań pomiędzy metrykami prowadzi do wniosku, iż Zamawiający powinien był rozwiązać umowę w całości, a nie w części. Zaprzeczył, aby kogokolwiek nakłaniał do rozwiązania Umowy ZUS – Comarch. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp uznał za spóźniony.

W Piśmie procesowym Przystępującego Asseco Poland S.A. – odpowiedź na 4 pisma Odwołującego datowane na dzień 19 marca 2019 r. (z 26 marca 2019 r.) Przystępujący zaprzeczył wszelkim twierdzeniom Odwołującego o jakimkolwiek groźeniu ZUS, wywieraniu przymusu na ZUS, szantażowaniu ZUS, itp. Wyjaśnił, iż wskazywał jedynie, lecz konsekwentnie, że w jego ocenie warunki postępowania oraz zawartej w wyniku postępowania Umowy ZUS - Comarch, w tym zwłaszcza 12-miesięczny Okres Przejściowy na przejście całości zobowiązań umownych przez Konsorcjum Comarch, są jednoznaczne i obowiązujące. W związku z tym uznał za niedopuszczalną sytuację, w której jakiegokolwiek świadczenie przez niego usług po 2 marca 2019 w konsekwencji braku gotowości do świadczenia tych usług przez Konsorcjum Comarch oznaczałoby przedłużenie Okresu Przejściowego, który na mocy Umowy ZUS – Comarch przysługiwał Konsorcjum Comarch do 2 marca 2019 roku. Dlatego w toku negocjacji Asseco otwarcie przedstawiło oczekiwanie, aby Zamawiający potwierdził, iż nie jest jego celem stworzenie możliwości, aby usługi powierzone Asseco od dnia 2 marca 2019 roku mogły być następnie wypowiedziane Asseco i powierzone Konsorcjum Comarch. Podkreślił, że przedmiotem zamówienia było utrzymanie KSI – wszystkie usługi w pakiecie. Jest to jego zdaniem jedyne racjonalne rozwiązanie z punktu widzenia zarządzania ryzykiem utraty ciągłości działania systemu i możliwości określenia odpowiedzialności za niedotrzymanie SLA. Tylko brak gotowości do świadczenia całości usług przez Konsorcjum Comarch zmusił Zamawiającego do szukania możliwości podziału usług. Wskazał, iż odpowiedź na pytanie nr 29 do SIWZ, na którą powoływał się Odwołujący, nie ma żadnego znaczenia dla niniejszej sprawy, albowiem dotyczy usług realizowanych przez ZUS, a nie przez Wykonawcę. Zauważył, iż Odwołujący nie kwestionuje faktu istnienia powiązań pomiędzy Metrykami Niezaliczonymi innymi niż Waloryzacja a Metrykami Powiązanymi. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego gwarancji zauważa, iż treść tego dokumentu wprost odnosi się do Aneksu nr 1 z dnia 20 lutego 2019 r. Zauważył, iż przepisy ustawy Pzp nie wskazują w ogóle na formę, w jakiej zamówienia może zostać udzielone z punktu widzenia prawa cywilnego – powszechnie stosowaną praktyką jest zawierania aneksów w przypadku udzielania zamówień dodatkowych czy zamówień na powtórzenie podobnych usług. Przystępujący wskazał, iż w dniu 20 lutego 2019 r. odbyły się negocjacje, a na ich zakończenie podpisano aneks, zawierający wszystkie essentialia negotii umowy o świadczenie usług: zakres usług, cenę zamówienia oraz termin. W odniesieniu do twierdzenia Odwołującego, iż ustawa nie zna pojęcia „porozumienia” wskazał, iż sam Odwołujący w dniu 17 maja 2018 roku zawarł do Umowy ZUS – Comarch „Porozumienie interpretacyjne”. Przystępujący stwierdził, iż okoliczność zawarcia Aneksu pod warunkiem rozwiązującym nie ma żadnego znaczenia, a Zamawiający w okresie pomiędzy zawarciem Aneksu a dniem 1 marca i tak nie zdążyłby przeprowadzić postępowania w żadnym innym trybie. Przystępujący podkreślił, że Odwołujący nie kwestionuje niezaliczenia drugiego podejścia testowego dla usługi Waloryzacji. W ocenie Przystępującego zobowiązanie Comarch

do wykonania usługi wsparcia waloryzacji 2019 wprost wynika z terminu realizacji akcji waloryzacyjnej – do końca kwietnia, czyli już w okresie, w którym zgodnie z umową Konsorcjum Comarch powinno świadczyć wszystkie usługi w zakresie przedmiotu umowy. Przystępujący podkreślił, że Odwołujący nie wykazał, aby trzy zmiany dokonane w bazie, będące przypadkami testowymi, miały wpływ na wynik testu kompetencyjnego. Przystępujący stwierdził, iż faktem niespornym, opisanym w odwołaniu, jest to, że przyczyną niezaliczenia przez Comarch testu w zakresie waloryzacji były błędy w zupełnie innej części jednostki zadaniowej niż ta, w której wprowadzone zostały przez PJKAR przedmiotowe przypadki testowe. Wyjaśnił, iż istotą usługi wsparcia waloryzacji jest wykonanie analiz i stosownych poprawek czy zmian w danych przed waloryzacją oraz diagnostyka błędów, korekta danych i zaleceń naprawczych po waloryzacji. Jak sam Odwołujący przyznaje w odwołaniu to właśnie te zadania – stanowiące o wartości usługi – zostały niezaliczone. Przystępujący zauważył, iż Odwołujący milczy odnośnie faktu niezaliczenia testu kompetencyjnego związanego z wypłatą świadczeń, tj. Metryki UU_WER#00, a przecież waloryzacja świadczeń jest nierozdzielnie powiązana z ich wypłatą – czemu Zamawiający dał wyraz w uzasadnieniu powiązań między metrykami.

W Piśmie procesowym Przystępującego Asseco Poland S.A. (z 5 kwietnia 2019 r.) Przystępujący przedstawił informacje dotyczące warsztatów przeprowadzonych na zlecenie Zamawiającego w dniach 09 maja 2018 r. oraz 24-30 maja 2018 r., które dotyczyły bezpośrednio transferu wiedzy od Przystępującego, jako dotychczasowego wykonawcy Usług Utrzymania obejmujących wsparcie realizacji akcji waloryzacji świadczeń emerytalno – rentowych, do Konsorcjum Comarch, jako przyszłego wykonawcy ww. zakresu usług. W szczególności Przystępujący wskazał, iż jego działania, które Odwołujący ocenia jako działania o charakterze „hakerskim”, były objęte przedmiotem warsztatów – wchodziły w zakres transferu wiedzy do Konsorcjum Comarch podczas warsztatów w dniach 24-30 maja 2018 r. (na potwierdzenie tej tezy przedstawił argumentację w dalszej części pisma).

Przystępujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów:

- Protokołu z Komitetu Sterującego z dnia 12 lipca 2018 r.;
- Noty księgowej z dnia 1 października 2018 r.;
- Oświadczenia o potrąceniu z dnia 14 grudnia 2018 r.;
- Informacji ze strony internetowej ZUS z dnia 5 lutego 2019 r.;
- Pierwszych trzech stron pozwu o ochronę dóbr osobistych, zadośćuczynienie pieniężne i zapłatę sumy pieniężnej na cel społeczny, złożonego do Sadu Okręgowego w Krakowie, wraz z potwierdzeniem nadania (z dnia 20 marca 2019 r.);
- Porozumienia interpretacyjnego z dnia 17 maja 2018 r.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. W tym zakresie Izba nie podzieliła poglądu wyrażonego przez Zamawiającego. Uzasadniając stanowisko odnośnie posiadania oraz wykazania przez Odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania należy wskazać, co następuje:

W przypadku odwołania wnoszonego na czynność udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki interes w uzyskaniu danego zamówienia wyraża się w tym, że gdyby zamawiający nie zdecydował się na ten tryb i wszczął postępowanie w trybie konkurencyjnym, to wykonawca mógłby (hipotetycznie) wziąć udział w tym postępowaniu. Z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Czyli - jedynie na potrzeby badania przesłanki interesu w uzyskaniu danego zamówienia - założenie, że Zamawiający wszcząłby postępowanie na ten sam przedmiot, co objęty umową z Przystępującym w innym trybie, to hipotetycznie Odwołujący mógłby wziąć udział w takim postępowaniu. Tego rodzaju interes winien być rozumiany w sposób abstrakcyjny, w szczególności, że konkretne uwarunkowania tego hipotetycznego postępowania, mogą stanowić jedynie sferę przypuszczeń. Bez znaczenia pozostaje zatem okoliczność, iż Odwołujący przyznał w treści odwołania, iż tylko Wykonawca Asseco mógł uzyskać przedmiotowe zamówienie w trybie z wolnej ręki, albowiem dokonując badania interesu w udzieleniu zamówienia należy odnosić się do możliwości wzięcia udziału w hipotetycznym postępowaniu konkurencyjnym, a nie w postępowaniu w trybie z wolnej ręki.

Natomiast szkoda, jaką może ponieść Odwołujący, wyraża się w utracie szansy na uzyskanie zamówienia w

postępowaniu, które w świetle twierdzeń odwołania mogłoby być przeprowadzone w trybie konkurencyjnym w miejsce postępowania w trybie z wolnej ręki. Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego, iż planuje wkrótce przeprowadzić kolejne postępowanie w trybie konkurencyjnym, należy stwierdzić, iż na dzień badania legitymacji czynnej mamy do czynienia z sytuacją, w której zostało przeprowadzone wyłącznie postępowanie w trybie z wolnej ręki w miejsce - kierując się zarzutami odwołania i uzasadnieniem posiadania legitymacji do jego wniesienia - ewentualnego postępowania w trybie bardziej na otwartym na konkurencję. Powyższa okoliczność nie ma jednak istotnego znaczenia, albowiem oceny możliwości poniesienia szkody należy dokonywać kierując się treścią zarzutów i żądań odwołania, tj. w niniejszej sprawie w odniesieniu do okoliczności (wedle twierdzeń Odwołującego) niezgodnego z przepisami ustawy Pzp udzielenia zamówienia z wolnej ręki innemu wykonawcy, co pozbawiło Odwołującego szansy uzyskania tego zamówienia w innym trybie, który winien być zastosowany w miejsce trybu z wolnej ręki.

W ocenie składu orzekającego Izby należy natomiast przyznać rację Zamawiającemu, iż istotnie samemu uzasadnieniu przedstawionemu w odwołaniu w odniesieniu do wykazania przesłanek legitymacji czynnej można wiele zarzucić. Uzasadnienie to w przeważającej mierze skupia się na kwestiach teoretycznych, zamiast odnosić się do konkretnych okoliczności wniesienia odwołania. Natomiast w tych fragmentach, w których Odwołujący odwołuje się do jego indywidualnej sytuacji, przedstawia głównie informacje nieistotne z punktu widzenia odwołania wnoszonego wobec postępowania o udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Odwołujący wskazuje bowiem na szkodę poniesioną w związku z częściowym wypowiedzeniem Umowy oraz posiadaniem samodzielnej legitymacji do dochodzenia odszkodowania. Trzeba bowiem zauważyć, jak słusznie podnosił Zamawiający, iż wyrok wydany przez Izbę na skutek wniesionego przez Odwołującego odwołania nie mógłby dotyczyć czynności częściowego wypowiedzenia Umowy. Kwestia ta leży poza zakresem kognicji Izby. Z pewnością nie można również zgodzić się z Odwołującym, iż wniesienie odwołania może służyć realizacji innych celów niż uzyskanie zamówienia, poprawiających jego sytuację w związku z udzielonym zamówieniem – nie temu służy wnoszenie odwołań na czynności zamawiającego. Jednakże, w ramach przedmiotowego uzasadnienia Odwołujący wskazał także, iż jest podmiotem, który mógłby teoretycznie ubiegać się o zamówienie w trybie konkurencyjnym, gdyby w takim trybie zostało udzielone. Wprawdzie twierdzenie to padło wyłącznie w kontekście przesłanki szkody, jednakże istotne jest wskazanie przez Odwołującego na ww. okoliczność, a dokonanie nie do końca prawidłowej kwalifikacji tej okoliczności na gruncie regulacji art. 179 ust. 1 ustawy Pzp ma drugorzędne znaczenie i nie może zdaniem Izby przesądzać o braku po stronie Odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

W latach 2015 – 2018 Zamawiający przeprowadził w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS, znak: TZ/271/66/15. (Postępowanie 2015) W wyniku przeprowadzonego Postępowania 2015 Zamawiający udzielił zamówienia Konsorcjum Comarch na podstawie umowy z dnia 2 marca 2018 r.

Podstawa ustaleń faktycznych: okoliczności bezsporne, Umowa ZUS- Comarch.

Postanowienia dotyczące terminu realizacji przedmiotu Umowy, przejęcia usług oraz transferu wiedzy zostały uregulowane w art. 16 Umowy ZUS - Comarch. Zgodnie z art. 16 ust. 1 Umowy ZUS - Comarch „Termin realizacji przedmiotu Umowy wynosi 48 miesięcy, przy czym rozpoczyna bieg od Dnia rozpoczęcia świadczenia Usług. Umowa wygasa również z chwilą wyczerpania limitu wynagrodzenia brutto należnego Wykonawcy, określonego w art. 7 ust. 3. Z zastrzeżeniem postanowień niniejszego artykułu, Dzień rozpoczęcia świadczenia usług nastąpi nie później niż w terminie 12 miesięcy od Dnia zawarcia Umowy, po uprzednim zgłoszeniu przez Wykonawcę w formie pisemnej gotowości do przejęcia Usług utrzymania i podpisaniu przez obie Strony *Protokołu przekazania Usług utrzymania*, chyba, że Strony w formie pisemnej uzgodnią inaczej. Zgłoszenie gotowości przejęcia Usług utrzymania nastąpi z wyprzedzeniem, co najmniej 7 Dni roboczych przed Dniem rozpoczęcia świadczenia Usług. Podpisanie *Protokołu przekazania Usług* nastąpi w dniu poprzedzającym Dzień rozpoczęcia świadczenia Usług.”.

Zgodnie z art. 16 ust. 2 Umowy ZUS – Comarch „W terminie 30 dni od Dnia zawarcia Umowy, Wykonawca przedstawi w formie pisemnej szczegółową Koncepcję przejęcia i świadczenia Usług utrzymania („Koncepcja”), której realizacja powinna zapewnić przejęcie Usług utrzymania przez Wykonawcę w sposób niezagrażający nieprzerwanej i bezawaryjnej eksploatacji KSI ZUS, oraz jakość tych usług, a także umożliwić przejęcie całości Usług utrzymania nie później niż w terminie 12 miesięcy od Dnia zawarcia Umowy, z zastrzeżeniem ust. 9 i 10. Koncepcja powinna przedstawiać sposób przejmowania Usług utrzymania i ich realizacji, uwzględniający doświadczenie Wykonawcy oraz najlepsze praktyki rynkowe, jak również informacje i zastrzeżenia określone w ust. 6 – 8 poniżej, obejmując co najmniej: (...)”. W pkt 1) do 6) tego ustępu wskazano następujące zagadnienia:

- 1)Metodykę – opis sposobu i zakresu przejmowania zadań umożliwiający Wykonawcy świadczenie Usług na wymaganym przez Zamawiającego poziomie;
- 2)Plan przejmowania Usług utrzymania (zwany również „Planem” lub „Harmonogramem”), określający zakres i termin przejęcia Usług utrzymania, nie dłuższy niż 12 miesięcy od dnia zawarcia Umowy;
- 3)Plany awaryjne opisujące przedsięwzięcia pozwalające na zachowanie ciągłości działania KSI ZUS oraz kryteria opisujące moment ich uruchomienia na wypadek wystąpienia wskazanych sytuacji, tj. a) niespełnienia przez Wykonawcę końcowych kryteriów weryfikacji i odbioru, o których mowa w ust. 2 pkt 2 lit. c; b) opóźnień w procesie przejmowania w stosunku do harmonogramu i kluczowych etapów, o których mowa w ust. 2 pkt 2 lit. b i c;
- 4)Uwarunkowania – opis zasobów wymaganych do przejęcia oraz realizacji Umowy;
- 5)Ryzyka i rekomendowane sposoby ich mitygacji;
- 6)Zakres wsparcia w procesie przejmowania ze strony obecnego wykonawcy Umowy na wsparcie eksploatacji i utrzymania KSI ZUS i strony ZUS w obszarach procesów biznesowych, architektury IT, procesów IT lub innych.

Zgodnie z art. 16 ust. 4 Umowy ZUS – Comarch „Dzień rozpoczęcia świadczenia Usług następuje z dniem przejęcia przez Wykonawcę świadczenia Usług utrzymania w całości lub, w przypadku przekazywania Usług utrzymania etapami, w ramach pierwszego etapu, po uprzednim zgłoszeniu przez Wykonawcę w formie pisemnej gotowości do przejęcia Usług utrzymania. Potwierdzeniem przekazania Usług w ramach każdego etapu jest podpisany przez Strony Protokół przekazania Usług utrzymania.”.

Zgodnie z art. 16 ust. 5 Umowy ZUS – Comarch „W przypadku niezgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do przejęcia Usług utrzymania w terminie 12 miesięcy od Dnia zawarcia Umowy, a w przypadku postanowienia przez Strony o przekazywaniu usług etapami – w terminach określonych w uzgodnionym Harmonogramie, Zamawiający ma prawo odstąpienia od Umowy w terminie wskazanym w art. 13 ust. 6 Umowy, bez konieczności ponownego wzywania Wykonawcy, oraz do żądania od Wykonawcy zapłaty kary umownej w wysokości określonej w Umowie.

Uprawnienie do odstąpienia od Umowy zostało uregulowane w art. 13 Umowy. Uprawnienie do wypowiedzenia Umowy zostało uregulowane w art. 14 Umowy.

Podstawa ustaleń faktycznych: Umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta pomiędzy Zamawiającym i Konsorcjum Comarch w dniu 2 marca 2018 r. (Umowa ZUS – Comarch).

Pismem z dnia 19 lutego 2019 r. Zamawiający złożył Konsorcjum Comarch oświadczenie o definitywnym, częściowym zakończeniu stosunku zobowiązaniowego powstałego na gruncie umowy z dnia 2 marca 2018 r. W treści ww. pisma Zamawiający oświadczył, iż odstępuje od Umowy w części dotyczącej Usług, które opisane są następującymi metrykami: UU2017_USZ_WALE, UU_WOZ#00, UU_GIZ#00, UU_PIN#00, UU_WSAD_PUW, UU_WER#00, UU2017_USZ_PITZ, nazwanymi „Metrykami Niezaliczonymi”.

Ponadto, Zamawiający oświadczył, iż częściowo wypowiada Umowę z ważnych powodów, leżących po stronie Comarch. „Częściowe wypowiedzenie Umowy z ważnych powodów dotyczy:

Usługi pełnienia roli Integratora określonej w Artykule 2 pkt 4) Umowy oraz w załączniku 6 (dalej: „**Integrator**”) oraz

Usług utrzymania, które oznaczone są następującymi metrykami: UU_GDU#00, UU_GDU#XX, UU_OKU#00, UU_ONT#00, UU_ONX#00, UU_ORE#00, UU_ORP#00, UU_ORP#XX, UU_OZW#00, UU_PRZ#00, UU_PWO#00, UU_RNK#00, UU_RPZ#00, UU_RSE#00, UU_SER#00, UU_WDN#00, UU_WKD#00, UU_WZS#00, UU_ZSG#00, UU_WSAD_D, UU_WSAD_S, UU_WSAD_P, UU2017_USZ_PITE (dalej: „**Metryki Powiązane**”).”

Uzasadniając odstąpienie od Umowy w zakresie Metryk Niezaliczonych Zamawiający wskazał między innymi: „Weryfikacja gotowości Comarch w zakresie Metryk Niezaliczonych zakończyła się niepowodzeniem, mimo przystąpienia do weryfikacji zgodnie z uzgodnionym z Comarch harmonogramem. Pomimo przeprowadzenia dwóch tur weryfikacji kompetencji (podstawowej i poprawkowej), Comarch nie wykonał prawidłowo zadań praktycznych, których celem była weryfikacja gotowości do przejęcia siedmiu metryk wskazanych w tabeli poniżej. (...) Niepowodzenie weryfikacji gotowości do przejęcia świadczenia Usług utrzymania KSI w zakresie Metryk Niezaliczonych wskazuje na brak pozyskania przez Wykonawcę kompetencji do realizacji Umowy w tym zakresie i brak gotowości do przejęcia Metryk Niezaliczonych. Co więcej, brak spełnienia przez Comarch kryteriów gotowości w obszarze Usług opisanych metrykami: UU_WER#00, UU2017_USZ_WALE#00, UU2017_USZ_PITZ, UU_WOZ#00 oraz UU_WSAD_PUW dc kluczowego obszaru działania Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, który jest niewrażliwy dla należytej realizacji społecznych zadań, które spoczywają na Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych, tj. obszaru świadczeniowego. (...)

Należy wskazać, że obowiązek zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do przejścia Usługi utrzymania może zostać spełniony tylko wówczas, gdy znajduje pokrycie w rzeczywistości. Dlatego też zgłoszenie gotowości przez Wykonawcę należy uznać za pozorne w sytuacji, gdy weryfikacja gotowości Wykonawcy ujawni, że nie spełnia on kryteriów gotowości do przejścia Usługi. Stan ten realizuje uprawnienie Zakładu Ubezpieczeń Społecznych do odstąpienia od Umowy w części na podstawie Artykułu 16 ust. 5 Umowy w zw. z Artykułem 13 ust. 2 pkt 3) Umowy.”

Uzasadniając wypowiedzenie Umowy w części dotyczącej Metryk Powiązanych z ważnych powodów, leżących po stronie Wykonawcy, Zamawiający wskazał między innymi: „Brak pozyskania wiedzy i kompetencji Comarch do świadczenia usług w zakresie Metryk Niezaliczonych implikuje konieczność wypowiedzenia Umowy również w zakresie metryk ściśle z nimi powiązanych. Ma to istotne znaczenie z perspektywy zachowania ciągłości utrzymania KSI, poprawności przeprowadzenia procesów biznesowych ZUS, jak również odpowiedzialności podmiotu świadczącego Usługi i możliwości wyegzekwowania należytego poziomu tych Usług przez Zakład.” Zamawiający przedstawił merytoryczne uzasadnienie występowania ścisłych powiązań Metryk Powiązanych z Metrykami Niezaliczonymi – odrębnie dla każdej z 23 Metryk Powiązanych (w formie tabeli).

Uzasadniając wypowiedzenie Umowy w części dotyczącej Usługi Integratora z ważnych powodów, leżących po stronie Wykonawcy, Zamawiający stwierdził między innymi, iż świadczenie Usług utrzymania w zakresie Metryk Niezaliczonych pozostaje w ścisłym związku z pełnieniem roli Integratora. Na potwierdzenie tego, że pełnienie roli Integratora jest niemożliwe bez gotowości (i kompetencji) do świadczenia Usług utrzymania w zakresie Metryk Niezaliczonych, Zamawiający przedstawił informacje (ujęte w formie tabeli) dotyczące wpływu braku kompetencji Wykonawcy w zakresie Metryk Niezaliczonych na wykonywanie zadań Integratora (trzecia kolumna tabeli) – w odniesieniu do poszczególnych zadań Integratora wynikających z Załącznika nr 6 do Umowy (druga kolumna tabeli). Zamawiający wyjaśnił między innymi, że „Budowa KSI implikuje konieczność posiadania przez Wykonawcę pełniącego rolę Integratora pełnej i kompletnej wiedzy dotyczącej sposobu działania wszystkich Usług wchodzących w skład KSI. Przede wszystkim chodzi tu o posiadanie wiedzy o zasadach i zależnościach wzajemnych Usług ze sobą. Bez uwzględnienia tych uwarunkowań oprogramowanie nie będzie działać poprawnie w środowisku produkcyjnym, a co za tym idzie nie zostanie zrealizowany podstawowy cel świadczenia Usługi objętej rolą Integratora.”

Podstawa ustaleń faktycznych: Oświadczenie o częściowym odstąpieniu od Umowy z Comarch oraz częściowym wypowiedzeniu Umowy z Comarch.

Oświadczenie o częściowym odstąpieniu od Umowy z Comarch oraz częściowym wypowiedzeniu Umowy z Comarch zostało doręczone Odwołującemu w dniu 20 lutego 2019 r.

Podstawa ustaleń faktycznych: okoliczność bezsporna, potwierdzenie doręczenia na dokumencie Oświadczenia o częściowym odstąpieniu od Umowy z Comarch oraz częściowym wypowiedzeniu Umowy z Comarch.

Zaproszenie do negocjacji zostało przekazane Wykonawcy Asseco w dniu 19 lutego 2019 r.

Podstawa ustaleń faktycznych: protokół Postępowania, wiadomość email z dnia 19 lutego 2019 r. – załącznik do protokołu (w dokumentacji Postępowania).

Zgodnie z treścią zaproszenia rozpoczęcie negocjacji zostało wyznaczone na dzień 20 lutego 2019 r. na godz. 10:30 w siedzibie Zamawiającego.

W Zaproszeniu wskazano między innymi, że:

„1. Celem prowadzonych negocjacji będzie uzgodnienie istotnych postanowień umowy, które winny uwzględniać m.in. czas trwania, zakres i wartość wynagrodzenia wykonawcy oraz rozwiązania dotyczące szczegółowych zasad współpracy Zamawiającego z Wykonawcą, jak również wymogi wynikające z Pzp i innych odpowiednich przepisów prawnych mających związek z przedmiotem umowy.

2. Zamawiający przewiduje wstępnie następującą agendę spraw wymagających negocjacji:

- a) Wynagrodzenie z tytułu realizacji świadczonych usług
- b) Sposób określenia szczegółowych warunków współpracy Stron w ramach umowy

3. Wskazane jest, aby na pierwszym spotkaniu negocjacyjnym Wykonawca przedstawił swoją propozycję związaną z realizacją przedmiotu zamówienia, w zakresie wskazanym w pkt 2.” [VII. WARUNKI DOTYCZĄCE PIERWSZEC SPOTKANIA NEGOCJACYJNEGO]

W Załączniku nr 3 do Zaproszenia zatytułowanym „ISTOTNE POSTANOWIENIA UMOWY” zawarto informacje dotyczące okresu oraz zakresu świadczenia usług. W odniesieniu do pierwszego zagadnienia wskazano, że „Przedmiotem umowy

jest świadczenie usług utrzymania i wsparcia eksploatacji KSI ZUS przez okres niezbędny do przeprowadzenia postępowania oraz udzielenia zamówienia na przedmiotowe usługi w trybie konkurencyjnym, tj. od dnia 2 marca 2019 r. do dnia 28 lutego 2021 r., z zastrzeżeniem prawa do wcześniejszego wypowiedzenia. Zamawiający ma prawo do wypowiedzenia Umowy w całości za miesięcznym wypowiedzeniem skutkującym na koniec miesiąca kalendarzowego następującego po miesiącu, w którym nastąpiło wypowiedzenie, w przypadku planowanego przejścia świadczenia usług utrzymania objętych Umową przez wykonawcę wybranego w trybie konkurencyjnym.” W odniesieniu do drugiego zagadnienia wskazano, że przedmiot umowy obejmuje świadczenie usług utrzymania i wsparcia eksploatacji KSI ZUS w zakresie metryk usług/ról oraz świadczenia Usług Dodatkowych, które zostały wymienione w zamieszczonej poniżej tabeli.

Podstawa ustaleń faktycznych: zaproszenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki z dnia 19 lutego 2019 r. skierowane do Przystępującego – załącznik do protokołu Postępowania (w dokumentacji Postępowania).

Negocjacje z zaproszonym wykonawcą przeprowadzono w dniach: 20 lutego 2019 r. – 01 marca 2019 r.

Podstawa ustaleń faktycznych: protokół Postępowania (w dokumentacji Postępowania).

Udzielenie zamówienia nastąpiło poprzez zawarcie przez Zamawiającego i Wykonawcę Aneksu nr 1 do umowy z dnia 22 marca 2018 r. o udzielenie zamówienia publicznego nr 1064981 na usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (KSI ZUS) ZUS w Okresie Przejściowym.

Aneks nr 1 został zawarty pod warunkiem rozwiązującym, że w terminie do 01 marca 2019 r. Strony nie ustalą szczegółowych zasad współpracy w ramach umowy, w szczególności nie uzgodnią załączników określonych w punkcie 3.3 Aneksu nr 1 w drodze pisemnego porozumienia do Aneksu nr 1, oraz Wykonawca nie wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Zgodnie z pkt 11 i 12 zawartej w Aneksie nr 1 Preambuły:

„11. W celu zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności, czas trwania Umowy, zmienionej niniejszym Aneksem, został ściśle powiązany z zakładanym terminem przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie konkurencyjnym oraz rozpoczęcia świadczenia usług utrzymania przez wybranego w tym trybie wykonawcę.

12. Dla celów ustalenia maksymalnego wynagrodzenia z tytułu realizacji usług objętych niniejszym Aneksem, Strony przedłużają okres trwania Umowy na okres nie dłuższy niż 26 miesięcy, z możliwością wcześniejszego rozwiązania w całości lub części za miesięcznym wypowiedzeniem.”

Zgodnie z pkt 1.1 Aneksu „Przedmiotem Aneksu jest udzielenie Wykonawcy zamówienia publicznego w przedmiocie świadczenia części usług wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS przez okres niezbędny do przeprowadzenia postępowania na przedmiotowe usługi w trybie konkurencyjnym oraz rozpoczęcia świadczenia usług przez wykonawcę wyłonionego w tym postępowaniu. W tym celu Strony postanawiają dokonać zmiany okresu obowiązywania Umowy, przedmiotu Umowy oraz warunków finansowych.”

Zgodnie z pkt 1.2 Aneksu „Zamawiający udziela Wykonawcy zamówienia na świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS w zakresie Metryk i Ról określonych w załączniku A do Aneksu [Zakres Metryk i Ról Wykonawcy] na okres od dnia 02 marca 2019 r. do dnia 30 kwietnia 2021 r., z zastrzeżeniem prawa do wcześniejszego wypowiedzenia w całości lub części.”

Zgodnie z pkt 2.3 Aneksu „Strony dokonują zmiany art. 5 Umowy „Zasady współdziałania Stron” nadając ust. 9 następujące brzmienie:

„9. Zmiana zakresu Usług utrzymania musi pozostawać w związku z zakresem Metryk usług wskazanych w Załączniku A do Aneksu nr 1. Zasady zmiany Metryk usługi Wykonawcy, wprowadzenia nowej Metryki usługi Wykonawcy oraz zmiany zakresu innych Usług utrzymania określa Załącznik 7.

W celu rozwiania wątpliwości Strony zgodnie ustalają, że uprawnienia Zamawiającego wynikające z Załącznika 7, pkt II ppkt B Procedury ogólne, P08 mają zastosowanie tylko do sytuacji, w których to wyłącznie Zamawiający przejmie świadczenie usług utrzymania KSI ZUS i świadczyć je będzie samodzielnie od dnia przejścia do dnia 30 kwietnia 2021 r. lub rozpoczęcia świadczenia usług utrzymania usługi KSI z wykonawcą wybranym w trybie konkurencyjnym, w zależności od tego, która z tych dat będzie wcześniejsza.

Zamawiający zobowiązuje się, że w przypadku zastosowania procedury P08 świadczyć będzie przejęte usługi

samodzielnie, bez zlecenia i/lub powierzenia ich świadczenia jakiegokolwiek podmiotowi trzeciemu, aż do końca okresu wskazanego w zdaniu powyższym, a usługi których świadczenia zaprzestano nie zostaną wznowione przez zlecenie lub powierzenie ich świadczenia podmiotowi trzeciemu.

Powyższe nie uchybia uprawnieniom Zamawiającego do wypowiedzenia umowy w całości lub części.”

Zgodnie z pkt 2.6 Aneksu drugi akapit:

„W art. 11 po ust. 1 dodaje się ust. 1a w brzmieniu:

„1a. Wykonawca wniesie do dnia 01 marca 2019 r. zabezpieczenie należytego wykonania Umowy w formie gwarancji bankowej, w wysokości odpowiadającej 5% łącznego wynagrodzenia brutto wskazanego w art. 7 ust. 3a (tj. 7 150 000,00 PLN – słownie: siedem milionów sto pięćdziesiąt tysięcy złotych 00/100) ważne w okresie od dnia 02 marca 2019 r. do dnia podpisania Protokołu Wykonania Umowy, o którym mowa w ust. 6, przedłużonym o 30 dni, tj. za okres obowiązywania Umowy zmieniony niniejszym Aneksem.”

Zgodnie z pkt 2.9 Aneksu: „Strony dokonują zmiany art. 15 Umowy dodając po ust. 1 ust. 1a) w następującym brzmieniu:

„1a) Umowa zostaje przedłużona na czas oznaczony rozpoczynający się w dniu 02 marca 2019 r., a kończący się w dniu 30 kwietnia 2021 r., z zastrzeżeniem ust. 2, 3, 4, 5 lub w dniu wyczerpania kwoty łącznego wynagrodzenia brutto dla okresu od 02 marca 2019 r. do 30 kwietnia 2021 r., o którym mowa w art. 7 ust. 3a Umowy.”

Zgodnie z pkt 2.10 Aneksu: „Strony dokonują zmiany art. 15 ust. 2 Umowy nadając mu następujące brzmienie:

„2. Zamawiający ma prawo wypowiedzenia Umowy w całości za miesięcznym wypowiedzeniem skutkującym na koniec miesiąca kalendarzowego następującego po miesiącu, w którym nastąpiło wypowiedzenie, w przypadku ustalonego przez Zamawiającego rozpoczęcia świadczenia usług utrzymania KSI ZUS objętych Umową przez wykonawcę wybranego w trybie konkurencyjnym.”

Zgodnie z pkt 2.11 Aneksu: „Strony dokonują zmiany art. 15 ust. 3 Umowy nadając mu następujące brzmienie:

„3. Zamawiający ma prawo do wypowiedzenia Umowy w części za miesięcznym wypowiedzeniem skutkującym na koniec miesiąca kalendarzowego następującego po miesiącu, w którym nastąpiło wypowiedzenie, w przypadku ustalonego przez Zamawiającego rozpoczęcia świadczenia części usług utrzymania KSI ZUS przez wykonawcę wybranego w trybie konkurencyjnym. W takim przypadku wypowiedzenie obejmuje zakres tożsamy z zakresem ustalonego przez Zamawiającego rozpoczęcia świadczenia części usług utrzymania KSI ZUS przez wykonawcę wybranego w trybie konkurencyjnym.”

Zgodnie z pkt 3.1 Aneksu: „Niniejszy Aneks wchodzi w życie z początkiem dnia 02 marca 2019 r., pod warunkiem rozwiązującym, że w terminie do 01 marca 2019 r. Strony nie ustalą szczegółowych zasad współpracy w ramach Umowy, w szczególności nie uzgodnią załączników określonych w punkcie 3.3 niniejszego Aneksu w drodze pisemnego porozumienia do niniejszego Aneksu, oraz Wykonawca nie wniesie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, o którym mowa w art. 11 ust. 1a Umowy. Porozumienie, o którym mowa w zdaniu powyższym, stanowi wykonanie niniejszego Aneksu i stanowi jego integralną część.”

Zgodnie z pkt 3.3 Aneksu: „Strony zobowiązują się uzgodnić następujące załączniki do Umowy, uwzględniające postanowienia niniejszego Aneksu: (...)” – wymieniono 19 Załączników oraz jeden Dodatek do Załącznika.

Podstawa ustaleń faktycznych: protokół Postępowania (w dokumentacji Postępowania), Aneks nr 1 do Umowy z dnia 22 marca 2018 r. o udzielenie zamówienia publicznego nr 1064981 na usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych(KSI ZUS) w Okresie Przejściowym zawarty pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym w dniu 20 lutego 2019 r.

Zawiadomienie o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki zostało doręczone Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 22 lutego 2019 r.

W ww. zawiadomieniu Zamawiający przedstawił między innymi następujące uzasadnienie.

„(...) W dniu 2 marca 2018 r. Zamawiający zawarł umowę na utrzymanie i wsparcie eksploatacji KSI ZUS z Konsorcjum Comarch (dalej jako „Umowa”). Na podstawie § 16 ust 1 Umowy Konsorcjum Comarch ostateczny termin rozpoczęcia świadczenia usług utrzymania i wsparcia eksploatacji KSI ZUS został określony na 12 miesięcy od dnia zawarcia Umowy i upływa 2 marca 2019 r. Przez okres 12 miesięcy od dnia zawarcia Umowy do dnia rozpoczęcia świadczenia usług nią objętych Konsorcjum Comarch miał możliwość zapoznawania się z działaniem systemu KSI ZUS oraz częściowego przejmowania usług zgodnie z ustaloną Koncepcją Przejścia i Harmonogramem. Wskazany okres 12 miesięcy zwany „Okresem Przejściowym” stanowił jeden z kluczowych mechanizmów otwarcia Postępowania na realną konkurencję, gdyż

umożliwił zapoznanie się ze złożoną architekturą systemu. Z uwagi bowiem na długą, bo ponad 20 letnią realizację usług utrzymania i rozwoju Sytemu KSI ZUS przez jednego wykonawcę Asseco Poland S.A. - niezbędnym byłoby zagwarantowanie wykonawcom czasu wdrożenia na tyle długiego, aby umożliwił on zapoznanie się z ogromem zadań i stopniem skomplikowania KSI ZUS. Warto w tym miejscu nadmienić, że Zamawiający początkowo projektował 9 miesięczny okres przejścia usług. Został on wydłużony w efekcie uwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutu jednego z odwołań wykonawców na treść SIWZ, w którym postulowano wydłużenie tego okresu do 12 miesięcy.

Okres Przejściowy poza gwarantowaniem uczciwej konkurencji stanowił również istotny mechanizm zabezpieczenia interesów Zamawiającego, a co za tym idzie interesów państwa polskiego. Zakładał on bowiem szczegółową weryfikację stopnia przygotowania wybranego wykonawcy do świadczenia usług objętych zamówieniem przed przejściem ich do samodzielnej realizacji i zabezpieczał przed dopuszczeniem do realizacji zamówienia wykonawcy nieprzygotowanego do jego realizacji. Przede wszystkim w Okresie Przejściowym weryfikowano Konsorcjum Comarch pod kątem posiadania kompetencji, które są wymagane dla zapewnienia ciągłości i dostępności KSI, przejawiających się m.in. w znajomości procesów biznesowych ZUS czy architektury KSI. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający nie mógł bowiem wymagać od wykonawców znajomości tych zagadnień, co było również przedmiotem rozstrzygnięcia KIO, dlatego też w toku postępowania weryfikowano jedynie kompetencje wykonawców z zakresu usług IT.

Należy podkreślić, że system KSI ZUS jest jednym z największych i najbardziej kluczowych systemów informatycznych w Polsce. KSI ZUS na bieżąco obsługuje 25 mln klientów ZUS i rozlicza 1/3 środków finansowych państwa. Jakikolwiek awarie tego systemu bezpośrednio wpływają na miliony obywateli, a przestoje mogą prowadzić do paraliżu działania systemu zabezpieczenia społecznego. Z tego też powodu Zamawiający wypracował mechanizm, zgodnie z którym wykonawca przejmujący system miał obowiązek zaliczania w trakcie Okresu Przejściowego testów weryfikujących postępy w przejmowaniu wiedzy i umiejętności niezbędnych do świadczenia usług na poszczególnych obszarach złożonego systemu jakim jest KSI ZUS. Sposób przejścia świadczenia usług utrzymania i eksploatacji KSI ZUS został w sposób szczegółowy uregulowany w Koncepcji Przejścia opracowanej - po zawarciu umowy - przez wykonawcę Konsorcjum Comarch i zatwierdzonej przez Zamawiającego. (...)

W Okresie Przejściowym Zamawiający przewidział przeprowadzenie weryfikacji gotowości Konsorcjum Comarch do przejścia zadań utrzymania polegających w szczególności na testach praktycznych dotyczących utrzymania szeregu elementów KSI. W ramach przeprowadzonej weryfikacji gotowości w okresie od 9 sierpnia 2018 r. do 24 stycznia 2019 r. przeprowadzono 21 sesji weryfikacji kompetencji. W procesie weryfikacji do oceny wytypowano 59 metryk usług z 74, Wykonawca w pierwszym terminie zaliczył 32 metryki, w drugim terminie (poprawkowym) zaliczył 19 metryk, natomiast w trzecim (poprawkowym) - 1 metrykę. Nie zaliczonych pozostało 7 metryk. Proces prowadzony był na podstawie Artykułu 16 ust. 2 pkt 1) litery g. oraz i. Umowy oraz Artykułu 16 ust. 2 pkt 2) lit. c. Umowy. Regulacja Umowna została uszczegółowiona w Rozdziale 5.8 oraz 5.9 Koncepcji Przejścia, a następnie w Rozdziale 10 Planu Przejścia Zadań Umowy, który dalej został uszczegółowiony w kryteriach gotowości do przejścia poszczególnych zadań Umowy i sposobu ich weryfikacji - znajdujących się w planach przejścia poszczególnych zadań umowy, w przypadku Metryk Niezaliczonych, w następujących Planach: (...)

Brak zaliczenia testów przez Wykonawcę w ramach weryfikacji gotowości do przejścia świadczenia Usług utrzymania KSI wskazał na nieposiadanie przez Konsorcjum Comarch kompetencji do realizacji Umowy w tym zakresie.. Co więcej, brak spełnienia przez Konsorcjum Comarch kryteriów gotowości w obszarze usług opisanych metrykami: UU_WER#00, UU2017_USZ_WALE#00, UU2017_USZ_PITZ, UU_WOZ#00 oraz UU_WSAD_PUW dotyka kluczowego obszaru działania Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, który jest niewątpliwie dla należytej realizacji społecznych zadań, które spoczywają na Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych, tj. obszaru świadczeniowego. Stan ten realizował uprawnienie Zamawiającego do odstąpienia od Umowy w części na podstawie Artykułu 16 ust. 5 Umowy w zw. z Artykułem 13 ust 2 pkt 3) Umowy.

Z uwagi na doniosłość Metryk Niezaliczonych dla działania KS1 oraz strukturę systemu KSI, która ściśle wiąże pewne grupy usług - dla bezpiecznego działania systemu KSI ZUS w zakresie obszaru świadczeń (w tym emerytalno-rentowych) - nie było wystarczające jedynie odstąpienie od Umowy w zakresie Metryk Niezaliczonych. Brak pozyskania wiedzy i kompetencji przez Konsorcjum Comarch do świadczenia usług w zakresie Metryk Niezaliczonych implikował konieczność dodatkowo wypowiedzenia Umowy z ważnych przyczyn w zakresie metryk 23 usług ściśle z nimi powiązanych tj.: UU_GDU#00, UU_GDU#XX, UU_OKU#00, UU_ONT#00, UU_ONX#00, UU_ORE#00, UU_ORP UU_OZW#00, UU_ORP#XX, UU_PRZ#00, UU_PWO#01, UU_RNK#00, UU_RPZ#00, UU_RSE#00, UU_SEF UU_WDN#00, UU_WKD#00, UU_WZS#00, UU_ZSG#00, UU_WSAD_D, UU_WSAD_S, UU_WSAI, UU2017_USZ_PITE .

Ponadto z uwagi na strukturę KSI ZUS odstąpienie od Umowy w zakresie niezaliczonych metryk usług bezpośrednio

skutkowało również koniecznością wypowiedzenia Umowy w zakresie pełnienia roli Integratora. Budowa KSI implikuje bowiem konieczność posiadania przez wykonawcę pełniącego rolę Integratora pełnej i kompletnej wiedzy dotyczącej sposobu działania wszystkich usług wchodzących w skład KSI. Przede wszystkim chodzi tu o posiadanie wiedzy o zasadach i zależnościach wzajemnych usług ze sobą. Bez uwzględnienia tych uwarunkowań oprogramowanie nie będzie działać poprawnie w środowisku produkcyjnym, a co za tym idzie nie zostanie zrealizowany podstawowy cel świadczenia usługi objętej rolą Integratora. (...)

Z przyczyn technicznych nie jest możliwym pozostawienie chociażby części systemu KSI ZUS bez wsparcia eksperckiego dostarczonego przez podmiot zewnętrzny, gdyż sam Zamawiający nie posiada wystarczających zasobów do samodzielnej obsługi całego systemu. (...) Wykonawca jest również zobowiązany w ramach usługi utrzymaniowej koordynować rozwój systemu w tym wdrożenia niezbędnych aktualizacji i modyfikacji wynikających m.in. z częstych zmian legislacyjnych w obszarze ubezpieczeń społecznych oraz kluczowej w tym okresie modyfikacji systemu związanej z waloryzacją rent i emerytur. Od jego działalności uzależnione jest implementowanie i wdrożenie w życie każdej zmiany legislacyjnej czy orzeczenia sądu, jak również bieżąca obsługa klientów w każdym z 43 Oddziałów Zakładu. Chociażby kilkudniowe zaniechanie świadczenia usługi utrzymania i wsparcia eksploatacji będzie prowadzić do paraliżu organizacyjnego ZUS, trudności z obliczeniem, wypłacaniem emerytur, rent, zaświadczeń, weryfikacją zwolnień, obiegiem dokumentów, implementacją przepisów, itp. Nie będzie możliwa obsługa interesantów ani uzyskiwanie informacji z systemu. W praktyce Zamawiający nie będzie w stanie realizować swoich ustawowych obowiązków wynikających z ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Stan taki prowadzić będzie w krótkim czasie do dezorganizacji działalności państwa oraz będzie negatywnie wpływał na jego bezpieczeństwo.

Zamawiający stanął przed koniecznością wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp i natychmiastowego udzielenia zamówienia, w zakresie usług utrzymania i wsparcia eksploatacji KSI ZUS w części objętej rozwiązaniem Umowy z Comarch (częściowe odstąpienie i wypowiedzenie), firmie Asseco Poland SA na warunkach ustalonych w niniejszym postępowaniu (Umowa z Asseco). Z przyczyn obiektywnych, Asseco Poland SA jest jedynym wykonawcą, który byłby w stanie bez stosownego wielomiesięcznego przygotowania i wdrożenia rozpocząć świadczenie usług utrzymania i wsparcia KSI ZUS na wymaganym przez Zamawiającego i bezpiecznym dla funkcjonowania państwa polskiego poziomie. (...)

Formalno- prawna podstawa skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki.

(...) W niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z wyjątkową sytuacją, która nie powstała z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego i której powstania Zamawiający nie mógł przewidzieć.

Wyjątkowość analizowanej sytuacji jest ściśle połączona ze szczególnymi charakterem przedmiotu zamówienia i jego znaczeniem dla prawidłowego funkcjonowania systemu ubezpieczeń społecznych. (...)

Przejęcie usług w tak dużym i złożonym systemie jak KSI było procesem bezprecedensowym tak w dotychczasowej historii działalności Zamawiającego jak i w skali kraju. Nie można w tym zakresie odwołać się było do żadnych utartych lub sprawdzonych metodyk lub doświadczeń. Przejęcie następowało w sposób ustalony przez Konsorcjum Comarch i zaakceptowany przez Zamawiającego w Koncepcji Przejęcia. Zamawiający nie przewidywał i dokładając należytej staranności nie mógł przewidzieć, że 12 miesięczny okres okaże się niewystarczający do nabycia przez Konsorcjum Comarch pełni wiedzy oraz praktycznych umiejętności niezbędnych do świadczenia usługi. Żaden z Wykonawców w trakcie prowadzonej procedury nie zgłaszał potrzeby wydłużenia tego okresu ponad wskazane 12 miesięcy. Co więcej wszyscy wykonawcy uczestniczący w Postępowaniu składali deklarację, że przejmą świadczenie usług w tym okresie lub krótszym. (...)

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający podjął działanie w najszybszym możliwym czasie. Korzystając z mechanizmów przyjętych w Umowie i Koncepcji Przejęcia Zamawiający nie czekał na zaistnienie nienależytego wykonania Umowy skutkującego awarią KSI ZUS i paraliżem działalności ZUS. Podejmując decyzje o częściowym odstąpieniu od Umowy i częściowym wypowiedzeniu Umowy jeszcze na etapie Okresu Przejściowego Zamawiający kierował się koniecznością zabezpieczenia interesu publicznego oraz wytycznymi płynącymi z orzecznictwa KIO. Zamawiający brał pod uwagę ryzyko, że przesłanka do udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. nie znajdzie zastosowania, jeżeli czynności odstąpienia lub wypowiedzenia od umowy nie zostaną podjęte niezwłocznie (tak: uchwała z dnia 20.05.2013 r., sygn. akt KIO/KD 43/13]. (...) Dodatkowego podkreślenia wymaga, że przesłanka udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki w sytuacji rozwiązania uprzednio zawartej umowy ma zastosowanie nie tylko wówczas gdy zamawiający osiągnie pewność nienależytego wykonania umowy lecz również wtedy gdy, jak wskazano w przytoczonej uchwale, należyte wykonanie zamówienia jest mało prawdopodobne. (...)

Z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia, który polega ma świadczeniu usług ciągłych bezsporne jest również

wystąpienie dwóch ostatnich przesłanek zastosowania przepisu art 67 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp, tj. konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia i braku możliwości udzielenia zamówienia w innym, bardziej konkurencyjnym trybie. (...)

Usługi utrzymania i wsparcia eksploatacji jak to zostało wspomniane powyżej są świadczone na bieżąco w systemie 24/7/365. Jakiegokolwiek, nawet kilkudniowe przerwy w świadczeniu tych usług mogą mieć krytyczny wpływ na działanie systemu KSI ZUS. Awaria systemu KSI w ciągu kilku godzin prowadzi do paraliżu organizacyjnego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, a w przeciągu kilku dni niewydolności systemu ubezpieczeń społecznych i działania państwa. Częściowe odstąpienie oraz częściowe wypowiedzenie Umowy implikowało konieczność natychmiastowego udzielenia zamówienia. Pozostawienie usług utrzymania i wsparcia eksploatacji bez wykonawcy od dnia 2 marca 2019 r. naraża bowiem bezpieczeństwo funkcjonowania państwa i godzi w interes publiczny, w tym w szczególności zagraża terminowej wypłacie świadczeń z ubezpieczenia społecznego. Tym samym, w niniejszym stanie faktycznym nie istnieje możliwość przeprowadzenia postępowania w innym trybie niż w trybie zamówienia z wolnej ręki.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dopuszcza się zawarcie umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki na okres zakończenia prowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym. (...)

Z tożsamą sytuacją mamy do czynienia obecnie. Umowa w sprawie niniejszego zamówienia została zawarta jedynie na okres niezbędny do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz przejęcia usług utrzymania przez wykonawcę wyłonionego w tym Postępowaniu. Z uwagi na stopień skomplikowania procedury przetargowej oraz niezbędny okres przejęcia usług, Zamawiający przewiduje czas trwania Umowy z Asseco na okres od 1,5 do około 2 lat. Przy czym w Umowie z Asseco zastrzeżono możliwość wcześniejszego rozwiązania umowy w sytuacji wcześniejszego wyłonienia w trybie konkurencyjnym wykonawcy i przejęcia przez niego usług utrzymania. (...)

Wskazany powyżej czas przewidywany na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia uzasadniony jest doświadczeniem Zamawiającego i wiedzą o realiach prowadzonego poprzednio Postępowania oraz szczególną, wyjątkową na rynku, złożonością przedmiotu zamówienia. Poprzednie Postępowanie zostało wszczęte w dniu 25 września 2015 r., natomiast wyrok KIO w sprawie wyboru najkorzystniejszej oferty został ogłoszony w dniu 23 stycznia 2018 r., a sądu okręgowego w dniu 5 listopada 2018 r. Ponad dwuletni okres prowadzenia Postępowania wynikał ze skali i intratności projektu oraz wysokiego skomplikowania materii objętej zamówieniem. Przedmiot zamówienia szacowany był na ponad 374 miliony złotych brutto. Całość dokumentacji składającej się na opis przedmiotu zamówienia to tysiące stron dokumentów, z którymi muszą zapoznać się wykonawcy w celu przygotowania i wyceny zamówienia. W poprzednio prowadzonym Postępowaniu wpłynęło kilkaset pytań. W trakcie prowadzenia Postępowania zostało złożonych 18 odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt: KIO 2176/15, KIO 2183/15, KIO 2198/15, KIO 2192/15, KIO 2201/15, KIO 454/16, KIO 453/16, KIO 1033/16, KIO 231/17, KIO 873/17, KIO 881/17, KIO 880/17, KIO 874/17, KIO 1105/17, KIO 1437/17, KIO 1438/17, KIO 2474/17, KIO 2487/17). Odwołania były składane na każdym etapie procedury przetargowej. Powyższe dowodzi, że przyjęcie czasu trwania postępowania przez pryzmat okoliczności typowych i minimalnych terminów jest całkowicie nie do zaakceptowania w niniejszym stanie faktycznym. Co więcej, zastosowanie takich standardowych terminów np. składania ofert, de facto oznaczałoby prowadzenie postępowania z naruszeniem uczciwej konkurencji ponieważ żaden inny wykonawca poza obecnie świadczącym usługi nie byłby w stanie przygotować i sporządzić rzetelnie oferty. Zamawiający potrzebuje też dłuższego niż standardowy czasu do przygotowania dokumentacji przetargowej, w szczególności opracowania warunków świadczenia usług z uwagi na niestandardową sytuację faktyczną i prawną.

Na czas trwania Umowy z Asseco istotny wpływ ma również konieczność zapewnienia potencjalnym wykonawcom okresu niezbędnego do przejęcia usług. (...)"

Podstawa ustaleń faktycznych: Zawiadomienie o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej.

Wykonawca Asseco wniósł zabezpieczenie należytego wykonania umowy w formie gwarancji bankowej w dniu 28 lutego 2019 r.

Podstawa ustaleń faktycznych: protokół Postępowania (w dokumentacji Postępowania).

W dniu 01 marca 2019 r. Zamawiający i Wykonawca Asseco zawarli Porozumienie do Aneksu nr 1 z dnia 20 lutego 2019 r. do Umowy z dnia 22 marca 2018 r. o udzielenie zamówienia publicznego nr 1064981 na usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (KSI ZUS) w Okresie Przejściowym.

Zgodnie z pkt 1.1 Porozumienia „Niniejsze Porozumienie zostało zawarte w wykonaniu postanowienia zawartego w pkt 3.1 Aneksu nr 1 i stanowi jego integralną część.”.

Zgodnie z pkt 1.2 Porozumienia „Strony uzgodniły następujące Załączniki do Umowy, uwzględniające postanowienia Aneksu nr 1: (...)” – wymieniono 21 Załączników oraz jeden Dodatek do Załącznika.

Zgodnie z pkt 1.3 Porozumienia „Wykonawca wniósł zabezpieczenie należytego wykonania Umowy w formie gwarancji bankowej z dnia 27 lutego 2019 roku o numerze: 77 1020 1026 0000 1796 0130 1282.”.

Zgodnie z pkt 1.4 Porozumienia „Strony potwierdzają, że nie ziścił się warunek rozwiązujący, o którym mowa w pkt. 3.1 Aneksu nr 1. W związku z tym Strony zgodnie potwierdzają, że Umowa wchodzi w życie z początkiem dnia 02 marca 2019 roku.”.

Podstawa ustaleń faktycznych: Porozumienie do Aneksu nr 1 z dnia 20 lutego 2019 r. do Umowy z dnia 22 marca 2018 r. o udzielenie zamówienia publicznego nr 1064981 na usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (KSI ZUS) w Okresie Przejściowym zawarte w dniu 01 marca 2019 r. pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą Asseco, protokół Postępowania (w dokumentacji Postępowania).

Comarch nie zakwestionował skuteczności ani zasadności czynności częściowego odstąpienia od Umowy oraz częściowego wypowiedzenia Umowy na drodze powództwa do sądu powszechnego.

Podstawa ustaleń faktycznych: okoliczność uznana za bezsporną.

W odniesieniu do pozostałych dowodów wnioskowanych przez uczestników postępowania, Izba dokonała następującej oceny:

Dowody powołane przez Odwołującego:

Komunikat ZUS z 20 lutego 2019 r. został powołany na okoliczności bezsporne. Artykuł Blitzkrieg ZUS (Puls Biznesu z 22 lutego 2019 r.) Izba oceniła jako dowód nie mający znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Podstawą ustaleń faktycznych dotyczących przebiegu Postępowania była bowiem dokumentacja Postępowania.

Następujące dokumenty: Umowa z dnia 20 lutego 2019 r. (aneks) zawartej w trybie z wolnej ręki pomiędzy Asseco i ZUS wraz z „Porozumieniem”; Gwarancja bankowa Asseco z dnia 27 lutego 2019 r. jako zabezpieczenie należytego wykonania umowy z wolnej ręki z dnia 20.02.2019 r.; Komunikat ZUS z dnia 20 lutego 2019 r. o zawarciu z Asseco umowy; Protokołu ZP z Postępowania z wolnej ręki; Zawiadomienie ZUS z dnia 22 lutego 2019 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania – zostały przez Izbę pominięte w zakresie, w jakim zostały powołane na potwierdzenie zarzutów, które nie zostały zawarte w odwołaniu, lecz dopiero w piśmie z dnia 19 marca 2019 r. (zarzuty dotyczące zawarcia Aneksu do umowy na Okres Przejściowy, zawarcia Aneksu pod warunkiem rozwiązującym, ustalenia ceny usługi przy jednoczesnym braku ustalenia przedmiotu Aneksu, późniejszego zawarcia porozumienia określającego przedmiot Aneksu, zabezpieczenia gwarancją innej umowy niż umowa z dnia 20 lutego 2019 r., tj. umowy z dnia 22 marca 2018 r. oraz daty jej wystawienia).

Odpowiedź na pytanie 29 do SIWZ z dnia 18 lipca 2017 r. w przetargu konkurencyjnym (w wyniku którego zawarto Umowę z Comarch); Email Wicedyrektora ZUS T.K. z dnia 13 grudnia 2018 r. do Comarch [dokument niejawny]; Lista metryk wręczona przez ZUS w dniu 31 stycznia 2019 r. przedstawicielom Comarch [dokument niejawny]; Lista metryk wręczona Wiceprezesowi Comarch Polska S.A. P.P. przez Wiceprezesa K.D. w dniu 11 lutego 2019 r. [dokument niejawny]; Protokół z Komitetu Sterującego z dnia 11 stycznia 2019 r. (wyciąg) [dokument niejawny]; Harmonogram z dnia 23 października 2018 r. do Umowy z Comarch (zaakceptowany przez ZUS) [dokument niejawny]; Protokół ze spotkania z dnia 23 października 2018 r. [dokument niejawny]; Karta testów z niezaliczeniem (pierwszym i drugim) usługi wsparcia Waloryzacji [dokument niejawny]; Protokoły (zadania) z weryfikacji kompetencji 23 Metryk zaliczonych („powiązanych”) i usługi Integratora [dokument niejawny]; Pismo Comarch z dnia 31 stycznia 2019r. wskazujące na nieprawidłowości w przeprowadzaniu testów [dokument niejawny]; Pismo Comarch z dnia 18 stycznia 2019 r. - wezwanie do kontynuacji testów [dokument niejawny]; Odpowiedź ZUS z dnia 14 marca 2019 r. na pismo Comarch z dnia 31 stycznia 2019 r. [dokument niejawny]; Protokół z Komitetu Sterującego nr 6 z dnia 06 grudnia 2018 r. (protokół niezgodniony) [dowody niejawne]; Protokół z Komitetu Sterującego z dnia 11 stycznia 2019 r. [dokument niejawny]; Jednostki Zadaniowe z Metryk Niezaliczonych wraz z Formularzami Oceny [dokument niejawny]; Pismo ZUS z dnia 13 lipca 2018 r. [dokument niejawny]; Protokół nr 106 ze spotkania z dnia 17 sierpnia 2018 r. [dokument niejawny]; Wyciąg z Uzgodnień projektowych „Wdrożenie w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych elektronicznej wymiany informacji między instytucjami zabezpieczenia społecznego państw UE/EFTA”; Plan testów międzymodułowych z dnia 16 października 2018 r. [dokument niejawny]; Dodatek B do Załącznika 3 do Umowy; Lista Uwarunkowań Wdrożeniowych dla modyfikacji M0515 [dokument niejawny]; Rekomendacja A1 dla M0526 Etap I [dokument niejawny]; „Załącznik 1 Lista Usług Utrzymania, na które projekt ma wpływ” [dokument niejawny]; Wyciąg z Załącznika nr 8 do Umowy ZUS - Comarch; dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez ZUS w trybie przetargu

ograniczonego na „Świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego ZUS”, ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym UE TED nr 2015/S 189-343230 z dnia 30 września 2015 r. – ww. zostały powołane na potwierdzenie zarzutów dotyczących okoliczności, których badanie nie wchodzi w zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej (tj. zarzutów skierowanych wobec czynności częściowego odstąpienia od Umowy ZUS – Comarch i częściowego wypowiedzenia Umowy ZUS – Comarch).

Log obrazujący zmiany (update'y) pracownika Asseco PJKAR na testowej bazie danych (wraz z wyjaśnieniami); Scenariusz zadania waloryzacji obciążonego ingerencją „hakerską” pracownika Asseco PJKAR [dokument niejawnny]; Protokoły z niezaliczonych 2 testów z metryki waloryzacji [dokumenty niejawnne]; Email z 12 października 2018 r. od Wicedyrektora ZUS T.K. do Biura Projektu Comarch - przekazanie scenariusza testów egzaminacyjnych waloryzacji (obciążonych ingerencją „hakerską” pracownika Asseco PJKAR) [dokument niejawnny]; Email z dnia 23 października 2018 r. G.Z. (Comarch) do ZUS z informacją o ingerencji hackerskiej Asseco [dokument niejawnny]; Pismo ZUS z dnia 24 października 2018 r. Wiceprezesa ZUS K.D. [dokument niejawnny]; Protokół z Komitetu Sterującego z 25 października 2018 r. [dokument niejawnny]; Umowa przejściowa z wolnej ręki z dnia 22.03.2018 zawarta pomiędzy Asseco i ZUS wraz z zał. 8; Załącznik 6 i pkt 6 z załącznika nr 8 do Umowy ZUS – Comarch (jak i sama Umowa w tym zakresie), Pismo ZUS z dnia 14 marca 2019 r. - punkt I [dokument niejawnny]; Załącznik nr 8 do porozumienia z dnia 1 marca 2019 r. pomiędzy ZUS i Asseco oraz załącznik nr 8 do umowy z 22 stycznia 2018 r. pomiędzy ZUS i Asseco; Wyciąg z logów z bazy danych środowiska na którym Comarch realizował testy (załączony do pisma z dnia 26 marca 2019 r.) – ww. dowody zostały przez Izbę pominięte z uwagi na to, iż zostały powołane na potwierdzenie zarzutu trzeciego, który dotyczył czynności (kwalifikowanych przez Odwołującego jako czyn nieuczciwej konkurencji) nie podlegających ocenie na gruncie przepisów ustawy Pzp.

Korespondencja emailowa Prezesa J. F. i Wiceprezesa K. D. (załączona do pisma z dnia 5 kwietnia 2019 r.) [dokument niejawnny] została przez Izbę pominięta z uwagi na to, że została powołana na okoliczność nie mającą znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba pominięła wnioski o przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2474/17, KIO 2487/17, albowiem zgłoszenie tego wniosku przez Odwołującego było nieskuteczne – nie wskazano konkretnych okoliczności, na które dowód został powołany, a ponadto w celu przeprowadzenia dowodu konieczne było wskazanie konkretnych dokumentów znajdujących się w aktach ww. sprawy.

Ponadto, Izba nie uwzględniła wniosków Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków: A.G. oraz G.Z. oraz wniosku o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania strony odwołującej w osobie P.P. – Wiceprezesa Zarządu Comarch S.A. Uzasadniając odmowę przeprowadzenia ww. dowodów należy wskazać, co następuje:

Wprawdzie regulacje dotyczące przeprowadzania dowodów w postępowaniu odwoławczym przed Izbą są nieliczne, to jednak nie budzi wątpliwości, iż przedmiotem dowodu w tym postępowaniu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie.

W treści wniosku dowodowego Odwołujący wskazał, iż ww. dowody powołuje celem wykazania następujących okoliczności:

- w przypadku dowodu z zeznań świadka A.G.: 1. Wpływu Asseco na ukształtowanie sytuacji braku operatora i konieczność udzielania zamówienia z wolnej ręki, w tym okoliczności związanych z ingerencją pracownika Asseco PJKAR, 2. Koncepcji „powiązań” metryk i Integratora powierzonych Comarch w ramach Umowy z Comarch następnie powierzonych Asseco z wolnej ręki – co do okoliczności jej powstania, braku uwzględniania przez ZUS i sposobu kształtowania;
- w przypadku dowodu z zeznań świadka: G.Z.: 1. Uwarunkowań projektowych dotyczących waloryzacji; 2. Wpływu Asseco na ukształtowanie sytuacji braku operatora i konieczność udzielania zamówienia z wolnej ręki, w tym okoliczności związanych z ingerencją pracownika Asseco PJKAR i reakcji ZUS w tym zakresie; 3. Koncepcji „powiązań” metryk i Integratora powierzonych Comarch w ramach Umowy z Comarch następnie powierzonych Asseco z wolnej ręki – co do okoliczności jej powstania, braku uwzględniania przez ZUS i sposobu kształtowania;
- w przypadku dowodu z przesłuchania strony: 1. Wiedzy i działań ZUS związanych z działaniami Asseco dotyczącymi dyskredytacji Comarch, w tym ingerencji pracownika Asseco PJKAR w testy Comarch oraz negatywnej oceny przez ZUS tych działań. 2. Analiz i decyzji ZUS co do istnienia „powiązań” między metrykami i rolami, ich wpływu na udzielenie zamówienia Asseco. 3. Pozytywnej oceny działań i kompetencji Comarch na gruncie realizowanej umowy z Comarch.

Tezy dowodowe nr 1 (w części) i 2 wskazane w ramach wniosku dowodowego z zeznań świadka A.G., tezy dowodowe

nr 2 (w części) i 3 wskazane w ramach wniosku dowodowego z zeznań świadka G.Z. oraz tezy dowodowe nr 1 (w części), 2 i 3 wskazane w ramach wniosku dowodowego z przesłuchania strony odnosiły się do zarzutów (okoliczności), które w ocenie Izby nie podlegały ocenie w niniejszym postępowaniu w związku z tym, iż ich podniesienie stanowiło kwestionowanie czynności częściowego odstąpienia od Umowy i częściowego wypowiedzenia Umowy. Jedynie dodatkowo należy zauważyć, że w samych tezach nie zostały wskazane konkretne okoliczności faktyczne, lecz oceny, jakie miały zostać przedstawione w ramach przeprowadzania dowodu („Wpływ Asseco”, „Koncepcja powiązań”, „Pozytywna ocena działań”) albo okoliczności faktyczne, lecz określone w tak ogólny sposób, iż nie było wiadome jakie konkretne fakty miałyby być przedmiotem dowodu – ogólny sposób sformułowania tez sugerował powtarzanie twierdzeń przedstawianych przez Odwołującego w toku postępowania, na potwierdzenie których Odwołujący przedstawiał już dowody z dokumentów. Powyższe uwagi dotyczące ogólnego sposobu sformułowania tez należy w całości odnieść do tezy nr 1 wskazanej w ramach wniosku dowodowego z zeznań świadka G.Z., w szczególności, iż część dowodów z dokumentów dotyczyła już „uwarunkowań projektowych dotyczących waloryzacji”. Z kolei teza dowodowa nr 1 (w pozostałej części) wskazana w ramach wniosku dowodowego z zeznań świadka A.G., teza dowodowa nr 2 (w pozostałej części) wskazana w ramach wniosku dowodowego z zeznań świadka G.Z. oraz teza dowodowa nr 1 (w pozostałej części) wskazana w ramach wniosku dowodowego z przesłuchania strony odnosiły się do zarzutu trzeciego, który dotyczył czynności (kwalifikowanych przez Odwołującego jako czyn nieuczciwej konkurencji) nie podlegających ocenie na gruncie przepisów ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 191 ust. 1 ustawy Pzp Przewodniczący składu orzekającego zamyka rozprawę po przeprowadzeniu dowodów i udzieleniu głosu stronom, a także jeżeli Izba uzna, że sprawa została dostatecznie wyjaśniona. Z regulacji tej wynika zatem, iż wnioski dowodowe strony nie stoją na przeszkodzie zamknięciu rozprawy, jeżeli Izba uzna, że sprawa została dostatecznie wyjaśniona. W niniejszej sprawie, po wysłuchaniu stanowisk stron oraz przeprowadzeniu dowodów z dokumentów, Izba uznała iż sprawa została dostatecznie wyjaśniona i w związku z tym stwierdziła podstawę do zamknięcia rozprawy – co nastąpiło po uprzednim umożliwieniu stronom przedstawienia stanowisk końcowych, zgodnie z poczynioną wcześniej zapowiedzią.

Dowody powołane przez Zamawiającego:

Komunikat prasowy ZUS z dnia 14 listopada 2017 r. „ZUS rozstrzygnął największy przetarg sektora IT,” Umowa o poufności zawarta 25 maja 2017 r. pomiędzy Zakładem Ubezpieczeń Społecznych a Konsorcjum Comarch, w ocenie Izby nie dotyczyły okoliczności spornych.

Pismo ZUS z dnia 7 marca 2019 r. dotyczące awarii EPWD potwierdza dodatkowo okoliczność potrzeby zapewnienia stałego świadczenia usług wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS.

Polecenie nr 1 Prezesa Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w sprawie przygotowania zamówienia publicznego na utrzymanie KSI ZUS potwierdza zamiar rozpoczęcia przygotowań do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na utrzymanie KSI ZUS.

Przykładowa oferta na usługi dodatkowe - oferta Asseco Poland z dn. 11.09.2015r. [dokument niejawnny w zakresie strony 4]; Wyciąg z umowy z Asseco z 2013 r. – dot. metryki usługi UU_VTM; Informacja z dnia 4 marca 2019 r. przekazana przez Comarch do ZUS o pozytywnym wyniku procesu weryfikacji narastania kompetencji [dokument niejawnny]; Pismo Rządowego Centrum Bezpieczeństwa z dn. 16.05.2017r.; Raport z testów międzymodułowych [dokument niejawnny]; Zagadnienie projektowe [dokument niejawnny]; Plan testów międzymodułowych [dokument niejawnny]; Dokument „Weryfikacja zdolności Comarch do przejęcia zadań wynikających z pełnienia roli Integrator”. [dokument niejawnny]; Dziennik testów [dokument niejawnny]; pismo Konsorcjum Comarch z dn. 12.12.2018 r. [dokument niejawnny] zostały złożone – jak wynika z całokształtu stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego w toku postępowania – z ostrożności, w odpowiedzi na stanowisko Odwołującego przedstawiane w ramach zarzutów skierowanych wobec czynności częściowego odstąpienia od Umowy i częściowego wypowiedzenia Umowy. W konsekwencji stanowiska Izby przyjętego w odniesieniu do ww. zarzutów Odwołującego i dowodów składanych na ich poparcie, również ww. dowody złożone przez Zamawiającego zostały przez Izbę pominięte.

Dowody powołane przez Przystępującego:

Protokół z Komitetu Sterującego z dnia 12 lipca 2018 r. został pominięty – w konsekwencji stanowiska Izby przyjętego w odniesieniu do zarzutów Odwołującego (i dowodów składanych na ich poparcie) skierowanych wobec czynności częściowego odstąpienia od Umowy i częściowego wypowiedzenia Umowy.

Nota księgową z dnia 1 października 2018 r., oświadczenie o potrąceniu z dnia 14 grudnia 2018 r. dotyczą okoliczności nie mających istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Informacja ze strony internetowej ZUS z dnia 5 lutego 2019 r. dotycząca problemów z funkcjonowaniem systemu EPWD – potwierdza dodatkowo okoliczność potrzeby zapewnienia stałego świadczenia usług wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS.

Pierwsze trzy strony pozwu o ochronę dóbr osobistych, zadośćuczynienie pieniężne i zapłatę sumy pieniężnej na cel społeczny, złożonego do Sadu Okręgowego w Krakowie, wraz z potwierdzeniem nadania (z dnia 20 marca 2019 r.) – dowód pominięty w kontekście stanowiska Izby przyjętego w odniesieniu do zarzutu trzeciego („Czyn nieuczciwej konkurencji Asseco”).

Porozumienie interpretacyjne z dnia 17 maja 2018 r. zostało złożone przez Przystępującego w ramach odniesienia się do zarzutów, które nie podlegały rozpoznaniu przez Izbę z uwagi na to, że nie zostały zawarte w odwołaniu (dopiero w piśmie z dnia 19 marca 2019 r.). W związku z tym ww. dowód złożony przez Przystępującego podlegał pominięciu przez Izbę.

Składane przez strony dokumenty będące opracowaniami nie zostały uznane za dowody, lecz zostały zakwalifikowane jako stanowiska własne stron.

Izba zważyła, co następuje:

1. Zarzut zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem przepisów ustawy Pzp - poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w trybie z wolnej ręki z Asseco Poland S.A. w przedmiocie „Świadczenia usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego ZUS w okresie niezbędnym do udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym” i zawarcie w wyniku tego Postępowania w dniu 20 lutego 2019 roku umowy z Asseco Poland S.A. w sposób niejawnny i nietransparentny na etapie przygotowawczym oraz stanowiący de facto o pozorności przeprowadzonych negocjacji w ramach wszczętego postępowania, a także w sposób naruszający przepisy o prowadzeniu dokumentacji postępowania, czym naruszono zasady uczciwej konkurencji - co stanowi naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, art. 96 ust. 1 ustawy Pzp i art. 10 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 58 ust. 1 kc i 83 ust. 1 kc w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp - określony w uzasadnieniu odwołania „zarzutem pozorności negocjacji i naruszenia zasad prowadzenia protokołu postępowania”.

W ramach pierwszego zarzutu Odwołujący podnosił, iż Postępowanie jedynie formalnie zostało przeprowadzone w dniach 19-20 lutego 2019 roku, a w rzeczywistości strony umowy zawartej w trybie z wolnej ręki w sposób długotrwały dochodziły do ustalenia przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego spotkania i ustalenia w ww. zakresie miały miejsce w okresie poprzedzającym dzień 19 i 20 lutego 2019 roku. W związku z tym Odwołujący stwierdził, że samo przeprowadzenie procedury w kilka godzin było pozorem. W ocenie Odwołującego dniu 20 lutego 2019 roku strony jedynie formalnie dokonały udzielenia zamówienia, przeprowadzając negocjacje dla samej procedury - by istniała jako formalnie przeprowadzona, stanowiąc prawne ugruntowanie decyzji i negocjacji prowadzonych w innych okolicznościach i terminach.

W ocenie składu orzekającego Izby twierdzenia przedstawione przez Odwołującego w ramach przedmiotowego zarzutu opierały się głównie na przypuszczeniach Odwołującego, a nie konkretnych okolicznościach faktycznych. Odwołujący wskazując na wielotygodniowe negocjacje, jakie miałyby być prowadzone pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym, nie podał jednak żadnych konkretnych okoliczności dotyczących przebiegu tych negocjacji – tj. kiedy miały miejsce spotkania, kto w nich uczestniczył, czego dotyczyły.

Koncepcji prezentowanej przez Odwołującego przeczy okoliczność szerokiego zakresu umowy pozostawionego do uzgodnienia już po zawarciu Aneksu z dnia 20 lutego 2019 r. i objętego Porozumieniem z dnia 1 marca 2019 r. (tj. ok. 20 załączników). W okresie kilku tygodni prowadzenia negocjacji Zamawiający i Przystępujący z pewnością ustaliliby wszystkie szczegółowe kwestie dotyczące zasad współpracy w ramach umowy i nie byłoby konieczne zawarcie dodatkowego porozumienia w sprawie uzgodnienia załączników określonych w punkcie 3.3 Aneksu (Porozumienie z dnia 01 marca 2019 r.). Podobną uwagę należy poczynić w odniesieniu do postanowienia Aneksu dotyczącego wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Jeżeli rację miałby Odwołujący, to Wykonawca Asseco przygotowałby dokument gwarancji bankowej już na dzień 20 lutego 2019 r.

W ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający w sposób przekonywujący wyjaśnił okoliczności związane z przebiegiem postępowania w trybie z wolnej ręki, a wyjaśnienia te znajdują potwierdzenie w dokumentacji Postępowania. Zarówno przyjęta formuła aneksu do zawartej uprzednio umowy na Okres Przejściowy, jak i zakres uzgodnień objęty w pierwszej kolejności Aneksem, a następnie Porozumieniem do Aneksu z dnia 1 marca 2019 r. oraz zawarcie Aneksu z dnia 20 lutego 2019 r. pod warunkiem rozwiązującym potwierdzają twierdzenia Zamawiającego co do konieczności pilnego przeprowadzenia Postępowania, a z drugiej strony przeczą twierdzeniom Odwołującego co do prowadzenia pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym wielotygodniowych negocjacji. Ww. okoliczności wynikają z dokumentacji

Postępowania i nie były pomiędzy stronami sporne. W odniesieniu do samego okresu prowadzenia negocjacji należy zauważyć, iż został on w sposób wyraźny wskazany w treści protokołu Postępowania. Na stronie 10 protokołu Postępowania stwierdzono, iż negocjacje z zaproszonym wykonawcą przeprowadzono w dniach 20 lutego 2019 r. – 01 marca 2019 r. Negocjacje zakończyły się zawarciem Porozumienia do Aneksu, co miało miejsce w dniu 01 marca 2019 r. Z postanowienia pkt 1.1 Porozumienia wynika, iż zostało ono zawarte w wykonaniu postanowienia zawartego w pkt 3.1 Aneksu nr 1 i stanowi jego integralną część. Niewątpliwie okoliczność zdecydowania się przez Zamawiającego na zawarcie umowy w trybie z wolnej ręki poprzez zawarcie Aneksu do wcześniejszej umowy na Okres Przejściowy, a także okoliczność zawarcia dodatkowego porozumienia do Aneksu, stoją w sprzeczności z twierdzeniami Odwołującego o trwających wiele tygodni negocjacjach pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą Asseco.

W ramach tego zarzutu Odwołujący podnosił również, iż Zamawiający jednocześnie naruszył przepisy dotyczące dokumentowania postępowania o udzielenie zamówienia poprzez nieuwzględnienie w protokole Postępowania ustaleń stron co do zakresu przedmiotu zamówienia dokonanych przed dniem 19 lutego 2019 r. W odniesieniu do powyższego Odwołujący nie przedstawił jednak żadnych innych okoliczności mających potwierdzać naruszenie przepisów dotyczących dokumentowania postępowania, a zatem także w tym zakresie zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzuty dotyczące: zawarcia Aneksu do umowy na Okres Przejściowy, ustalenia ceny usługi przy jednoczesnym braku ustalenia przedmiotu Aneksu, późniejszego zawarcia porozumienia określającego przedmiot Aneksu, zabezpieczenia gwarancją innej umowy niż umowa z dnia 20 lutego 2019 r., tj. umowy z dnia 22 marca 2018 r. oraz terminu wystawienia gwarancji - nie zostały podniesione w odwołaniu i w związku z tym nie podlegały rozpoznaniu przez Izbę. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zarzut odwołania podniesiony jako pierwszy dotyczył pozorności negocjacji przeprowadzonych w dniach 19-20 lutego 2019 r. z uwagi na to, iż według twierzeń Odwołującego negocjacje te trwały wiele tygodni poprzedzających dzień 19 lutego 2019 r., a w konsekwencji powyższego dotyczył on także nieobjęcia ww. okoliczności (uprzednich wielotygodniowych negocjacji) treścią protokołu Postępowania. Zarzuty dotyczące nadania umowie formy aneksu, prowadzenia negocjacji po dniu zawarcia Aneksu, braku ustalenia przedmiotu Aneksu, zawarcia dodatkowego Porozumienia do Aneksu oraz ww. zarzuty dot. gwarancji z pewnością nie wchodzą w zakres zarzutu pozorności negocjacji określonego przez Odwołującego w treści odwołania, tj. jako pozorność negocjacji w dniach 19 – 20 lutego 2019 r. z uwagi na ich prowadzenie przez wiele tygodni poprzedzających te dni i nieujawnienia rzeczywistego okresu prowadzenia negocjacji w protokole Postępowania. Wymaga w tym miejscu podkreślenia, iż w świetle orzecznictwa Izby pod pojęciem zarzutu należy rozumieć określoną okoliczność, na którą powołuje się wykonawca w związku z zachowaniem się zamawiającego, która zdaniem wnoszącego odwołanie stanowi naruszenie konkretnych, wskazanych przez niego przepisów ustawy Pzp (tak np. Izba w wyroku z 10 maja 2011 r. KIO 858/11).

Mając na uwadze powyższe, ww. zarzut dotyczący pozorności negocjacji należało uznać za niezasadny.

2. Zarzut zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki i zawarcia w jego wyniku Umowy z Asseco z naruszeniem przepisów Ustawy Pzp - pomimo braku spełnienia przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki, na jakiej oparł się Zamawiający - co stanowi naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, art. 10 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – nazwany przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania zarzutem dotyczącym niespełnienia przesłanki trybu zamówienia z wolnej ręki, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Okolicznością mającą podstawowe znaczenie na gruncie tego zarzutu jest okoliczność złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o częściowym odstąpieniu od Umowy oraz o częściowym wypowiedzeniu Umowy. Tego rodzaju czynności mogą być kwalifikowane na gruncie regulacji art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jako wyjątkowa sytuacja, której zamawiający nie mógł przewidzieć. Dokonując oceny w tym zakresie należy zawsze odnosić się do konkretnych okoliczności danej sprawy, które mają rozstrzygające znaczenie czy w danej sprawie czynność odstąpienia od umowy lub jej wypowiedzenia może zostać uznana za wyjątkową i nieprzewidywaną sytuację. Należy podzielić stanowisko prezentowane wielokrotnie przez Izbę, iż „Wyjątkowość sytuacji, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), nie może kojarzyć się tylko z anomaliami pogodowymi czy siłami wyższymi. Wyjątkowość sytuacji jest związana z dużą rzadkością występowania zjawiska, szczególnością osobliwością. Z taką wyjątkową sytuacją zamawiający ma do czynienia gdy wykonawca nie spełnia umówionego świadczenia, tak jak o tym stanowi art. 353 § 1 KC (Zobowiązanie polega na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien świadczenie spełnić). Zamawiający powinien zakładać, że wypełnianie przez wykonawcę świadczenia musi być uznawane za sytuację normalną czy powszechnie występującą, a więc a contrario nie można zakładać, że niewypełnianie przez wykonawcę świadczenia nie może być uznawane za sytuację wyjątkową (uchwała z dnia 8 marca 2014 r. KIO/KD 13/14). Należy również przyznać rację Zamawiającemu, iż

o wyjątkowości zaistniałej sytuacji świadczyła szczególna waga usług wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS. W okolicznościach niniejszej sprawy Izba uznała, iż dokonanie kwalifikacji czynności częściowego odstąpienia od Umowy i będącej jej konsekwencją czynności częściowego wypowiedzenia Umowy - jako sytuacji wyjątkowej i nieprzewidywalnej było uzasadnione, a Odwołujący oceny tej skutecznie nie podważył.

W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący nie przedstawił żadnych argumentów pozwalających uznać, iż w stanie faktycznym niniejszej sprawy Zamawiający powinien był przewidywać, iż zaistnieje podstawa do częściowego odstąpienia od Umowy, co pociągnęło za sobą również częściowe wypowiedzenie Umowy. Z pewnością za taką okoliczność nie może zostać uznana wielkość i złożoność systemu, którego dotyczył przedmiot Umowy ZUS – Comarch. Wymaga zauważenia, iż właśnie z uwagi na powyższe w ramach zawartej pomiędzy Zamawiającym i Konsorcjum Comarch Umowy przewidzianych zostało szereg mechanizmów mających na celu zapewnienie nowemu wykonawcy sprawne przejście usługi wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS (w szczególności Okres Przejściowy i przewidziany w tym czasie transfer wiedzy). Należy również podzielić argumentację Zamawiającego, iż przyjęcie stanowiska prezentowanego przez Odwołującego prowadziłoby do konieczności wdrożenia całkowicie nieracjonalnego rozwiązania polegającego na dokonaniu wyboru alternatywnego wykonawcy, który musiałby równolegle z Konsorcjum Comarch przechodzić 12 – miesięczny Okres Przejściowy.

Za oczywiście niezasadną należało uznać argumentację Odwołującego, który twierdził, iż skoro Zamawiający przewidział w Umowie zawartej z Konsorcjum Comarch postanowienia dotyczące uprawnienia do odstąpienia od Umowy oraz jej wypowiedzenia to znaczy, że przewidywał wystąpienie takiej sytuacji, co wyklucza powołanie się na podstawę udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki określoną w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Jest rzeczą oczywistą, iż zamawiający przewidują w umowach różne postanowienia zabezpieczające ich interesy, co nie należy automatycznie rozumieć jako przewidywanie określonej sytuacji na gruncie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziło by do nieakceptowalnego wniosku, iż zamawiający nie mogą zawierać w umowach postanowień przewidujących uprawnienie do odstąpienia od umowy lub jej wypowiedzenia, gdyż przewidzenie tego rodzaju klauzul umownych automatycznie wyklucza możliwość skorzystania w przyszłości z trybu z wolnej ręki w przypadku zaistnienia sytuacji odstąpienia od umowy lub jej wypowiedzenia.

Jak wynika z treści uzasadnienia zawartego w oświadczeniu o częściowym odstąpieniu od Umowy przyczyną złożenia przez Zamawiającego tego oświadczenia było zakończenie niepowodzeniem weryfikacji gotowości Comarch w zakresie przejścia świadczenia usług wsparcia dla siedmiu metryk (Metryk Niezaliczonych). W odniesieniu do częściowego wypowiedzenia Umowy Zamawiający podał, iż następuje ono z ważnych powodów, leżących po stronie wykonawcy. W treści uzasadnienia tej czynności Zamawiający wskazał, iż brak pozyskania wiedzy i kompetencji do świadczenia usług w zakresie Metryk Niezaliczonych implikuje konieczność wypowiedzenia Umowy w zakresie metryk ściśle z nimi powiązanych (Metryk Powiązanych).

Należy w tym miejscu odnotować, iż Odwołujący wielokrotnie podkreślał, iż wniesionym odwołaniem nie zostały objęte czynności częściowego odstąpienia od Umowy oraz częściowego wypowiedzenia Umowy. W ocenie Odwołującego w zakresie kompetencji Krajowej Izby Odwoławczej nie leży badanie skuteczności czy zasadności oświadczeń o odstąpieniu od umowy jak i oświadczeń o wypowiedzeniu umowy. Stanowisko to było również reprezentowane przez stronę przeciwną, a także było wyrażane w orzecznictwie Izby. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 stycznia 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2488/18, „*odstąpienie od umowy jest faktem, nie podlega badaniu Izby zasadność odstąpienia od umowy przez Zamawiającego może podlegać ocenie w zupełnie innym postępowaniu*”.

Okoliczności, na jakie powołuje się Odwołujący kwestionując zaistnienie trzech pierwszych przesłanek, w szczególności wskazując je jako *przyczyny leżące po stronie Zamawiającego*, a także okoliczności wykluczające przesłankę *braku możliwości przewidzenia sytuacji*, skierowane są jednak przeciwko zasadności częściowego odstąpienia od Umowy i zasadności częściowego wypowiedzenia Umowy. W odniesieniu do 7 Metryk Niezaliczonych Odwołujący wskazuje na nieprawidłowości w weryfikacji gotowości Comarch do świadczenia usług, tj. dotyczące przedwczesnego zakończenia tej weryfikacji, nieuwzględnienia Planów awaryjnych i w konsekwencji skrócenia Okresu Przejściowego, wystąpienia zdarzenia zwanego przez Odwołującego atakiem hakerskim (co w jego ocenie miało wpływ na niepowodzenie w jednym z podejść testowych dotyczącym metryki wsparcia waloryzacji i co najmniej powinno skutkować przyznaniem mu dodatkowego podejścia testowego), innych nieprawidłowości dotyczących przeprowadzenia weryfikacji (np. braku możliwości zgłaszania uwag do scenariuszy testowych, niewłaściwej oceny jednostek zadaniowych), a także nieprawidłowości w zakresie procesu transferu wiedzy, poprzedzającego weryfikację gotowości do świadczenia usług. Okoliczność negatywnej oceny gotowości Konsorcjum Comarch do świadczenia usług w wyniku przeprowadzonej w trakcie Okresu Przejściowego procedury weryfikacji tej gotowości stanowiła natomiast podstawę złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o częściowym odstąpieniu od Umowy w zakresie Metryk Niezaliczonych. Z kolei w

odniesieniu do 23 Metryk Powiązanych i pełnienia roli Integratora Odwołujący powołuje się w odwołaniu na brak ujawnienia powiązań pomiędzy tymi Metrykami i Integratorem a Metrykami Niezaliczonymi, podnosząc następnie w toku postępowania odwoławczego, iż fakt nieujawnienia powiązań w Umowie przeczy istotności tych powiązań. Tymczasem to właśnie okoliczność występowania ścisłych powiązań stanowiła podstawę złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o częściowym wypowiedzeniu Umowy.

Powyższe oznacza zatem, iż Odwołujący – wbrew powtarzanemu w toku postępowania odwoławczego twierdzeniu o niepodważaniu w postępowaniu odwoławczym przed Izbą zasadności czynności częściowego odstąpienia od Umowy i częściowego wypowiedzenia Umowy, w istocie zasadność tych czynności kwestionuje – kwestionując ich podstawy faktyczne. Jednakże powyższe, jak słusznie przyznaje sam Odwołujący i co podziela skład orzekający Izby, winno mieć miejsce w innym postępowaniu i przed innym organem, a do zamknięcia rozprawy w niniejszej sprawie nie nastąpiło.

Należy przy tym zwrócić uwagę, iż wnoszącym odwołanie jest podmiot, będący liderem Konsorcjum Comarch, w którego gestii leży poddanie ocenie zasadności czynności częściowego odstąpienia od Umowy i częściowego wypowiedzenia Umowy właściwemu organowi i we właściwym w tym zakresie trybie. Stanowisku prezentowanemu przez Odwołującego w toku postępowania odwoławczego, podważającemu zasadność ww. czynności Zamawiającego, zaprzecza zatem fakt niewystąpienia na drogę procesu cywilnego. Z dowodu złożonego przez Zamawiającego w postaci *Oświadczenia o definitywnym, częściowym zakończeniu stosunku zobowiązaniowego powstałego na gruncie umowy z dnia 2 marca 2018 r.* wynika, iż zostało ono skutecznie doręczone. Należy przyjąć, iż wywołało ono skutki prawne, tym bardziej, iż Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie odmiennego stanowiska. Wprawdzie na stronie 40 odwołania Odwołujący wspomina o tym, iż nie uznaje je za skuteczne, jednak stwierdzenie to należy pominąć wobec nie przedstawienia w tym zakresie konkretnej argumentacji. W tych okolicznościach Odwołujący składa jednocześnie odwołanie na czynność udzielenia zamówienia z wolnej ręki innemu wykonawcy, w przeważającej mierze opierając je na kwestionowaniu zasadności ww. czynności częściowego odstąpienia od Umowy i częściowego wypowiedzenia Umowy.

Nie można podzielić poglądu Odwołującego wyrażonego w jednym ze złożonych przez niego pism procesowych, iż okoliczności, na które się powołuje, są to jedynie okoliczności towarzyszące czynnościom częściowego odstąpienia od Umowy i częściowego wypowiedzenia Umowy. Istotnie, gdyby faktycznie Odwołujący podnosił okoliczności towarzyszące ww. czynnościom Zamawiającego, to podlegałyby one ocenie na gruncie badania przesłanki zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Z taką jednak sytuacją nie mamy do czynienia na gruncie niniejszej sprawy. Okoliczności, na które powołuje się Odwołujący są sporne i dotyczą podstawy faktycznej częściowego odstąpienia od Umowy i częściowego wypowiedzenia Umowy (o czym była mowa powyżej).

Powyższe, nakazuje zatem uwzględnić w ramach ustaleń stanu faktycznego niniejszej sprawy z jednej strony czynności polegające na złożeniu przez Zamawiającego oświadczenia o częściowym odstąpieniu od Umowy oraz oświadczenia o częściowym wypowiedzeniu Umowy, a z drugiej strony fakt braku kwestionowania zasadności ww. czynności we właściwym w tym zakresie trybie przed właściwym organem.

Podsumowując należy stwierdzić, iż podnoszone przez Odwołującego ww. okoliczności, wskazywane jako *przyczyny leżące po stronie Zamawiającego*, a także okoliczności wyłączające przesłankę *braku możliwości przewidzenia sytuacji* dotyczą podstawy faktycznej częściowego odstąpienia od Umowy oraz częściowego wypowiedzenia Umowy. Nie można podzielić poglądu Odwołującego, iż są to jedynie okoliczności towarzyszące ww. czynnościom. Brak kognicji Izby do badania zasadności ww. czynności, co podnosił również Odwołujący oraz brak poddania ocenie zasadności ww. czynności przez Comarch we właściwym trybie i przed właściwym organem wyklucza możliwość dokonania odmiennej oceny okoliczności wchodzących w zakres ich podstawy faktycznej, niż wynikająca z treści złożonych przez Zamawiającego oświadczeń.

Ponadto wymaga zauważenia, iż częściowe wypowiedzenie Umowy nastąpiło na skutek częściowego odstąpienia od Umowy - nie miałyby miejsca, gdyby nie zaistniała podstawa do częściowego odstąpienia od Umowy. Uzasadniając dokonanie częściowego wypowiedzenia Umowy Zamawiający powołał się na występującą w tym zakresie obiektywną, jego zdaniem, okoliczność, tj. fakt występowania ścisłych powiązań pomiędzy Metrykami Niezaliczonymi a Metrykami Powiązanych i pełnieniem roli Integratora. Częściowe wypowiedzenie Umowy było konsekwencją częściowego odstąpienia od Umowy i zdecydowało jedynie – w kontekście udzielonego następnie zamówienia z wolnej ręki – o zakresie tego zamówienia, a nie o tym, że do niego w ogóle doszło. W związku z tym to częściowe odstąpienie od Umowy było przyczyną zaistnienia konieczności udzielenia zamówienia z wolnej ręki, a dokonane częściowe wypowiedzenie Umowy jedynie poszerzyło zakres przedmiotu zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki. Czynność ta ma zatem znaczenie jedynie w kontekście zakresu udzielonego zamówienia. Tym samym nie ma podstaw do dokonywania odrębnej oceny przesłanek odnoszących się do częściowego odstąpienia od Umowy oraz do częściowego wypowiedzenia Umowy – czynności te należy analizować łącznie (wyjątkową sytuacją jest częściowe odstąpienie od

Umowy i będące jego konsekwencją częściowe wypowiedzenie Umowy – na tle uwarunkowań świadczenia usług wsparcia KSI ZUS). Przedstawiony przez Odwołującego sposób oddzielnej oceny przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki w odniesieniu do częściowego odstąpienia od Umowy i częściowego wypowiedzenia Umowy jest sztuczny i nie znajduje uzasadnienia w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, jak i na gruncie przepisów ustawy Pzp. Także zatem z tych względów podnoszone przez Odwołującego zarzuty dotyczące nieujawnienia bądź braku istotnego charakteru powiązań pomiędzy metrykami (i rolą Integratora) nie mają znaczenia w kontekście trzech pierwszych przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Okoliczności dotyczące częściowego wypowiedzenia Umowy mogłyby mieć znaczenie wyłącznie w kontekście badania zakresu udzielonego zamówienia, co jednak wiązałoby się z koniecznością stwierdzenia braku zasadności czynności wypowiedzenia Umowy w innym trybie.

Niezależnie od powyższego należy dodatkowo zauważyć, iż nawet gdyby przyjąć odmienne stanowisko niż przyjęte w ww. zakresie przez Izbę, to i tak twierdzenia Odwołującego w odniesieniu do ww. okoliczności (odnoszących się zarówno do podstawy częściowego odstąpienia od Umowy, jak i podstawy częściowego wypowiedzenia Umowy) nie mogłyby zostać uwzględnione z następujących powodów:

Po pierwsze, dokonanie oceny okoliczności dotyczących przeprowadzenia weryfikacji gotowości Comarch do świadczenia usług nie byłoby w niniejszym postępowaniu odwoławczym możliwe, albowiem Odwołujący nie przedstawił podstawowego dowodu, jaki miałby znaczenie dla dokonania takiej oceny, tj. dokumentu *Koncepcji przejęcia i świadczenia Usług utrzymania*, opracowanego na podstawie art. 16 ust. 2 Umowy. Jak bowiem wynika z ww. postanowienia Umowy w dokumencie tym został przedstawiony sposób przejmowania Usług utrzymania i ich realizacji, uwzględniający co najmniej następujące zagadnienia: 1) Metodykę – opis sposobu i zakresu przejmowania zadań umożliwiający Wykonawcy świadczenie Usług na wymaganym przez Zamawiającego poziomie; 2) Plan przejmowania Usług utrzymania, określający zakres i termin przejęcia Usług utrzymania, nie dłuższy niż 12 miesięcy od dnia zawarcia Umowy; 3) Plany awaryjne opisujące przedsięwzięcia pozwalające na zachowanie ciągłości działania KSI ZUS oraz kryteria opisujące moment ich uruchomienia na wypadek wystąpienia wskazanych sytuacji, 4) Uwarunkowania – opis zasobów wymaganych do przejęcia oraz realizacji Umowy; 5) Ryzyka i rekomendowane sposoby ich mitygacji; 6) Zakres wsparcia w procesie przejmowania ze strony obecnego wykonawcy Umowy na wsparcie eksploatacji i utrzymania KSI ZUS i strony ZUS w obszarach procesów biznesowych, architektury IT, procesów IT lub innych. W ramach podnoszonych okoliczności dotyczących sposobu przeprowadzenia weryfikacji Odwołujący wielokrotnie odwoływał się do ww. dokumentu nie przedstawiając go jednak jako dowodu w postępowaniu. Nie sposób byłoby ocenić nieprawidłowości w przeprowadzeniu weryfikacji kompetencji bez znajomości podstawowego dokumentu regulującego tą kwestię. Powyższe dotyczy również podnoszonej przez Odwołującego okoliczności modyfikacji danych dokonanych przez pracownika Wykonawcy Asseco w środowisku testowym w kontekście zarzucanej przez Odwołującego odmowy Zamawiającego przyznania mu dodatkowego podejścia testowego, a także zarzutów dotyczących przeprowadzenia warsztatów w ramach transferu wiedzy. W odniesieniu do kwestii ww. modyfikacji Odwołujący musiałby wykazać, iż miała ona wpływ na niepowodzenie w ramach jednego z podejść testowych (nie próbował tego wykazać), albowiem za niesporną należało uznać okoliczność, iż przyczyną niezaliczenia przez Konsorcjum Comarch pierwszego testu dotyczącego metryki waloryzacji były błędy w innej części jednostki zadaniowej niż ta, w której wprowadzone zostały modyfikacje danych. Podobną uwagę należy poczynić do Planów Awaryjnych (również nie zostały ujawnione). Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, iż ten odmawiał zapoznania się z tymi dokumentami, podczas gdy Odwołujący z jednej strony nie starał się udowodnić, iż takie plany zostały w ogóle przygotowane, a jedyny dokument (złożony jako dowód przez Zamawiającego) Odwołujący zakwestionował, twierdząc iż wbrew zawartej w jego treści nazwie nie jest on planem awaryjnym.

Z kolei w odniesieniu do podnoszonych przez Odwołującego okoliczności dotyczących powiązań pomiędzy Metrykami Niezaliczonymi a Metrykami Powiązаныmi oraz pomiędzy Metrykami Niezaliczonymi a pełnieniem roli Integratora można poczynić następujące, dodatkowe uwagi: Bez względu na to, co rozumiał Odwołujący podnosząc ten zarzut – czy brak ujawnienia powiązań czy brak ich istotnego charakteru w stopniu uzasadniającym częściowe wypowiedzenie – jak ostatecznie twierdził, ocena tych okoliczności nie byłaby możliwa z uwagi na brak odniesienia się do podstawowych kwestii lub twierdzeń przedstawionych przez stronę przeciwną. Po pierwsze, sposób w jaki powiązania te zostały wskazane w dokumentacji Postępowania 2015 został szczegółowo przedstawiony w opracowaniu sporządzonym przez Przystępującego (zatytułowanym „Suplement B” i załączonym do pierwszego pisma procesowego Przystępującego wniesionego w dniu 20 marca 2019 r.). Odwołujący nigdy się nie odniósł do treści tego dokumentu, pomimo iż fakt ten był sygnalizowany przez Przystępującego w trakcie jego wypowiedzi ustnej na rozprawie. Również gdyby uznać, iż zarzut dotyczył braku istotnego charakteru tych powiązań, należy zauważyć, iż Odwołujący w ogóle nie odniósł się do podstawowego dokumentu w tym zakresie, tj. oświadczenia Zamawiającego o częściowym wypowiedzeniu Umowy, w

treści którego powiązania te zostały w sposób szczegółowy wykazane.

Nawet zatem przyjęcie odmiennego stanowiska niż przyjęte przez Izbę w niniejszej sprawie (co do badania częściowego odstąpienia od Umowy i częściowego wypowiedzenia Umowy) nie mogłoby skutkować uznaniem za zasadne ww. zarzutów, albowiem dokonanie ich oceny w niniejszym postępowaniu w ogóle nie byłoby możliwe, gdyż Odwołujący nie powołał elementarnych dla dokonania tej oceny dowodów (okoliczności dotyczące weryfikacji gotowości do przejęcia usług – częściowe odstąpienie od Umowy) albo nie odniósł się do podstawowych kwestii lub twierdzeń przedstawionych przez stronę przeciwną (okoliczności dotyczące braku (ujawnienia) istotnych powiązań – częściowe wypowiedzenie Umowy).

Oceny w zakresie dwóch pozostałych przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, tj. *występowania sytuacji, w której wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia oraz nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia*, należy dokonywać z uwzględnieniem konkretnych okoliczności danej sprawy. Konieczność zapewnienia nieprzerwanego świadczenia usługi wsparcia KSI ZUS nie była okolicznością sporną. Należy natomiast zauważyć, iż w niniejszej sprawie Zamawiający był niewątpliwie zobowiązany do uwzględnienia specyfiki przedmiotu zamówienia i doświadczenia nabytego w wyniku przeprowadzenia uprzednio postępowania w trybie konkurencyjnym, a nieuczynienie tego stanowiłoby wręcz o braku odpowiedzialności z jego strony. Mając właśnie na uwadze doświadczenia z przeprowadzeniem Postępowania 2015 odwoływanie się do przeciętnego czasu trwania postępowań należy uznać za całkowicie nieuzasadnione. Należy zauważyć, iż sam Odwołujący powołując się na przeciętny czas trwania postępowania powyżej progów unijnych w trybie przetargu nieograniczonego (wynikający ze Sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych) zdaje się wątpić w to, iż faktycznie przedmiotowe postępowanie mogłoby zostać przeprowadzone w ciągu 93 dni, skoro w innych fragmentach odwołania przewiduje, że przeprowadzone w trybie konkurencyjnym będzie trwać dwa lata lub dłużej (*„W tej sytuacji decyzji ZUS o przygotowaniu nowego przetargu konkurencyjnego (który rozstrzygnie się za dwa lata lub później) na usługi wypowiedziane Konsorcjum Comarch nie można ocenić inaczej jak tylko jako próbę osadzenia decyzji o zawarciu Umowy z Asseco z wolnej ręki w pozorach dbania o konkurencyjność w obsłudze KSI”* – str. 4 odwołania). Podobny pogląd co do przewidywanego czasu trwania postępowania w trybie konkurencyjnym (*„co najmniej 2 lata”*) Odwołujący wyraził w *Piśmie procesowym Odwołującego – zarzut III odwołania – istota odwołania w zakresie czynu nieuczciwej konkurencji Asseco (z dnia 19 marca 2019 r.)*.

Skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska Odwołującego, iż czas na przeprowadzenie ewentualnego postępowania w trybie bardziej konkurencyjnym należy liczyć od pierwszego przypadku niezaliczenia drugiego podejścia testowego dotyczącego którejkolwiek z metryk. Za zrozumiałe i uzasadnione należy uznać podejście Zamawiającego, iż w przypadku tak złożonego przedmiotu zamówienia nie zdecydował się na przygotowanie i wszczęcie kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zaraz po pierwszej negatywnej weryfikacji jednej z usług, w sytuacji, gdy nie została jeszcze przeprowadzona cała procedura weryfikacyjna, lecz kontynuował prowadzenie tej procedury w celu ustalenia, czy negatywna weryfikacja nie będzie mieć miejsca także w odniesieniu do innych usług. Akceptacja odmiennego stanowiska prowadziłaby do przyjęcia nieracjonalnego rozwiązania polegającego na konieczności prowadzeniu kilku odrębnych postępowań, w wyniku których teoretycznie mogłoby zostać wyłonionych kilku różnych wykonawców. Niewątpliwie dysponowanie przez zamawiających środkami publicznymi wymaga rygorystycznego przestrzegania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a w szczególności przesłanki stosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki podlegają ścisłej interpretacji. Jednakże właśnie z uwagi na fakt dysponowania środkami publicznymi, jak i realizowania przez zamawiających zadań istotnych z punktu widzenia interesu społecznego stosowanie tych przepisów musi być jednocześnie odpowiedzialne i racjonalne. Wymaga przy tym zauważenia, iż stanowisko Odwołującego jest niekonsekwentne. W odniesieniu do przedmiotowych przesłanek Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że nie podjął stosownych kroków zaraz po pierwszej nieudanej weryfikacji kompetencji w odniesieniu do jednej z metryk, podczas gdy w odniesieniu do pierwszych trzech przesłanek Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, iż przedwcześnie przerwał dokonywanie weryfikacji jego gotowości do świadczenia usług, tym samym skracając 12 – miesięczny Okres Przejściowy.

W ocenie składu orzekającego Izby należy również wziąć pod uwagę konieczność przewidzenia przez Zamawiającego okresu przejściowego. Jakkolwiek zamówienie z wolnej ręki zostało udzielone na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, to niewątpliwie fakt, iż Przystępujący jest jedynym wykonawcą zdolnym do realizacji zamówienia bez okresu przejściowego ma również znaczenie na gruncie dokonywania oceny spełnienia przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Skoro bowiem w każdym innym trybie postępowania należałoby również uwzględnić udział innego wykonawcy niż Przystępujący, to oznacza to, że w przypadku każdego innego trybu postępowania należałoby przewidzieć okres przejściowy, który – nawet jeśli miałby być krótszy od tego przewidzianego w Postępowaniu 2015, to i tak w sposób

znaczący – a w szczególności w kontekście granicznej daty 2 marca br. – oddaliłby w czasie udzielenie tego zamówienia.

Biorąc zatem po uwagę: czas pozostały od zakończenia weryfikacji kompetencji do dnia 2 marca 2019 r., czas potrzebny na przygotowanie nowego postępowania, doświadczenia dotyczące Postępowania 2015 nakazujące zakładać liczne odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, a także konieczność przewidzenia Okresu Przejściowego, w ocenie składu orzekającego Izby stanowisko Zamawiającego co do braku możliwości przeprowadzenia postępowania w innym trybie niż w trybie z wolnej ręki należy uznać za uzasadnione w stopniu nie wymagającym przedstawiania w tym zakresie pogłębionej argumentacji.

Natomiast w świetle zawartych w Aneksie nr 1 postanowień dotyczących powiązania czasu, na jaki został on zawarty z terminem przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie konkurencyjnym oraz rozpoczęcia świadczenia usług utrzymania przez wybranego w tym trybie wykonawcę (pkt 11 i 12 Preambuły, pkt 1.1, 1.2, 2.10, 2.11 Aneksu), za niezasadne należy uznać twierdzenia Odwołującego, iż okres na jaki udzielono zamówienia w trybie z wolnej ręki wykracza poza niezbędny zakres zamówienia wymagany na gruncie podstawy zastosowania trybu z wolnej ręki, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż ww. zarzut nie potwierdził się.

Zarzut dotyczący zawarcia Aneksu pod warunkiem rozwiązującym nie podlegał rozpoznaniu z uwagi na to, iż nie został podniesiony w odwołaniu – aktualne w tym zakresie pozostaje stanowisko Izby przedstawione w odniesieniu do pozostałych zarzutów podniesionych dopiero w jednym z pism procesowych z dnia 19 marca 2019 r.

3. Zarzut zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem przepisów Ustawy Pzp - poprzez określenie przedmiotu tego zamówienia w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, który to czyn przesądził m.in. o przedmiocie tego zamówienia i jednocześnie spowodował wypowiedzenie umowy zawartej w trybie konkurencyjnym przez Konsorcjum Comarch Polska S.A i Comarch S.A. z Zamawiającym w dniu 02.03.2018r. oraz od przygotowania tego Postępowania, w tym prowadzenie ustaleń z Asseco w celu zawarcia Umowy z Asseco w sposób akceptujący czyn nieuczciwej konkurencji, a wręcz polegający na współuczestniczeniu w realizacji jego celu, a tym samym od przygotowania i przeprowadzenia tego Postępowania w sposób nieprzejrzysty, naruszający uczciwą konkurencję oraz w sposób nieuzasadniony rzeczowo i merytorycznie preferujący Asseco Poland S.A. - co stanowi naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, art. 10 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp (na zasadzie analogii), art. 3 ust. 1 Uznk, art. 12 ust. 2 i 15 ust. 3 Uznk w zw. z art. 58 ust. 1 kc. w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp – nazwany w uzasadnieniu odwołania „zarzutem czynu nieuczciwej konkurencji Asseco”

Wyjaśniając prezentowaną w ramach przedmiotowego zarzutu koncepcję czynu nieuczciwej konkurencji, jakiej miałyby się dopuścić Przystępujący, Odwołujący wskazywał na „ciąg technologiczny”, na który miałyby się składać działania Wykonawcy Asseco „mające na celu wywołanie w ZUS przekonania, że Comarch nie jest w stanie wykonać waloryzacji 2019”, w tym w szczególności zdarzenie nazwanego przez Odwołującego „atakami hackerskim”, a następnie uwarunkowanie wykonania Waloryzacji 2019 od powierzenia Asseco ponad połowy istotnych metryk. Zaprezentowana przez Odwołującego koncepcja czynu nieuczciwej konkurencji Przystępującego opiera się przede wszystkim na przypuszczeniach czynionych przez Odwołującego co do strategii obranej przez Przystępującego, a nie na konkretnych okolicznościach faktycznych, których Odwołujący nie podał. Okoliczności modyfikacji danych w środowisku testowym nie zostały na chwilę obecną wyjaśnione. Pozostałe elementy składające się na wskazywany przez Odwołującego „ciąg technologiczny” stanowią wyraz domysłów Odwołującego co do działań podejmowanych przez konkurencyjnego wykonawcę.

Przede wszystkim należy zauważyć, iż twierdzenia przedstawiane przez Odwołującego w tym zakresie w zasadzie nie odnoszą się do przeprowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia z wolnej ręki, lecz dotyczą przebiegu realizacji Umowy ZUS - Comarch, w tym w szczególności procesu weryfikacji kompetencji. Skład orzekający Izby nie podziela poglądu przedstawionego przez Odwołującego w odwołaniu, iż „za etap przygotowania postępowania należy uznać wszelkie czynności poprzedzające jego wszczęcie, co w trybie wolnej ręki oznacza czynności poprzedzające skierowanie zaproszenia do negocjacji do wykonawcy.” Prezentowana przez Odwołującego koncepcja czynu nieuczciwej konkurencji nie odnosi się do okoliczności w ramach przeprowadzenia czy nawet przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki. Dokonywanie kwalifikacji określonych zdarzeń mających miejsce poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego może mieć miejsce na gruncie innych przepisów niż przepisy ustawy Pzp. Z kolei na gruncie przepisów ustawy Pzp dokonywanie takiej oceny przewidziane jest w ramach ustalania przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3. Regulacja ta ma jednak zastosowanie wyłącznie do czynności złożenia oferty, co nie ma miejsca w postępowaniu prowadzonym w trybie

zamówienia z wolnej ręki. Stosowanie przepisów o odrzuceniu oferty na zasadzie analogii jest bezwzględnie niedopuszczalne.

Przepisy ustawy Pzp nie regulują obowiązków zamawiającego w ramach postępowania przeprowadzanego w trybie zamówienia z wolnej ręki, związanych z badaniem zachowania wykonawcy przed wszczęciem postępowania pod kątem dopuszczenia się przez niego czynu nieuczciwej konkurencji. Brak takich regulacji uniemożliwia skuteczne stawianie zamawiającemu zarzutów, skoro odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie tejże ustawy.

Odwołujący nie wskazał konkretnie na czym polegało zarzucane Zamawiającemu naruszenie. Sposób sformułowania tego zarzutu w petitum odwołania sprowadza się do tego, iż w Zamawiający akceptując czyn nieuczciwej konkurencji ze strony Asseco (a nawet w nim uczestnicząc) doprowadził do naruszenia konkurencji w postępowaniu w trybie zamówienia z wolnej ręki (na etapie jego przygotowania i przeprowadzenia) – które ze swej istoty jest postępowaniem niekonkurencyjnym. Zarzucając Zamawiającemu, iż określił przedmiot zamówienia w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji Odwołujący wskazuje, iż czyn ten spowodował wypowiedzenie Umowy z Comarch. W istocie przedmiotowy zarzut sprowadza się po raz kolejny do kwestionowania zasadności częściowego wypowiedzenia Umowy z Comarch.

Brak możliwości poddania pod ocenę stawianego zarzutu potwierdza również jego podstawa prawna wskazana w odwołaniu. Poza ww. przepisem art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, którego zastosowanie na zasadzie analogii jest niedopuszczalne, Odwołujący wskazał również na następujące przepisy ustawy Pzp: 67 ust. 1 pkt 3 Pzp, art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, art. 10 ust. 1 i 2 Pzp, art. 29 ust. 1 Pzp. Zgodnie z przepisem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Całkowicie niezrozumiałą jest zatem związek pomiędzy podnoszonym przez Odwołującego czynem nieuczciwej konkurencji a ewentualnym niejednoznacznym i niewyczerpującym opisem przedmiotu zamówienia w trybie z wolnej ręki i dlaczego zarzuca to wykonawca, który w tym postępowaniu nie brał udziału. Nie jest także jasne, na czym miałyby polegać w ramach przedmiotowego zarzutu naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 3) Pzp – braku spełnienia przesłanek do zastosowania trybu z wolnej ręki dotyczył bowiem drugi z zarzutów odwołania. Działania konkurencyjnego wykonawcy mogłyby być oceniane pod kątem wpływu na okoliczność niezaliczenia przez Comarch testów weryfikacji gotowości do świadczenia usług, co jednak stanowiło przyczynę częściowego odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego. Aktualne w tym zakresie pozostaje stanowisko Izby przedstawione w części uzasadnienia dotyczącego zarzutu drugiego. Powyższe dotyczy również regulacji art. 10 ust. 1 i 2 Pzp, regulujących które tryby są podstawowe, a których zastosowanie może mieć miejsce wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie, oraz przepisu art. 7 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Natomiast w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, regulującego zasady udzielania zamówień publicznych, należy wskazać, iż po pierwsze skuteczne jego podniesienie uzależnione jest od wykazania naruszenia innego przepisu tej ustawy (co nie miało miejsca), a po drugie naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji w przypadku udzielenia zamówienia z wolnej ręki ma miejsce w przypadku zastosowania tego trybu w sytuacji braku spełnienia przesłanki określonej w ustawie Pzp.

W konsekwencji ww. zarzut – jako niepodlegający ocenie na gruncie przepisów ustawy Pzp – nie podlegał uwzględnieniu.

Mając na uwadze to, że w ocenie składu orzekającego Izby żaden z zarzutów nie zasługiwał na uwzględnienie, Izba orzekła o oddaleniu odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

.....