Sygn. akt: KIO 2657/20
KIO 2676/20

WYROK
z dnia 10 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Izabela Niedziałek-Bujak
Członkowie: Ernest Klauziński
Andrzej Niwicki

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 listopada 2020 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A)w dniu 15 października 2020 r. przez Wykonawcę – **Asseco Poland Spółka Akcyjna**, ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów (sygn. akt KIO 2657/20);

B)w dniu 16 października 2020 r. przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – **Comarch Polska Spółka Akcyjna,** Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków,**Comarch Spółka Akcyjna**, Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków (sygn. akt KIO 2676/20);

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Zakład Ubezpieczeń Społecznych**, ul. Szamocka 3/5, 01-748 Warszawa

przy udziale

Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – **Comarch Polska Spółka Akcyjna,**Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków, **Comarch Spółka Akcyjna**, Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2657/20 po stronie Odwołującego.

Wykonawcy **Asseco Poland Spółka Akcyjna**, ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2676/20 po stronie Odwołującego

orzeka:

1

A.Oddala odwołanie wniesione przez Wykonawcę – Asseco Poland S.A.z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2657/20).

B.Oddala odwołanie wniesione przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 2676/20).

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców: Asseco Poland S.A.z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2657/20) oraz Comarch Polska S.Az siedzibą w Krakowie, Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 2676/20) i:

2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30.000 zł 00 gr. (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wykonawców: Asseco Poland S.A.z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2657/20) oraz Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 2676/20) tytułem wpisu od odwołań, w tym:

2.1.1kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę – Asseco Poland S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2657/20);

2.1.2kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 2676/20).

2.2. zasądza od wykonawców: Asseco Poland S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2657/20) oraz Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 2676/20) na rzecz Zamawiającego – Zakładu Ubezpieczeń Społecznych kwotę 7.200,00 zł (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocników, w tym:

2.2.1kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od Wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2657/20);

2.2.2kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 2676/20).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) 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:……

Członkowie: ……

……

KIO 2676/20

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Zakład Ubezpieczeń Społecznych na zawarcie umów ramowych na *rozwój kompleksowego systemu informatycznego ZUS* (nr postępowania TZ/271/23/20), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 6 października 2020 r., 2020/S 194-469527, wobec czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, wniesione zostały w dniu 15 i 16 października 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania Wykonawców: Asseco Poland S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2657/20) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Comarch Poland S.A. z siedzibą w Krakowie oraz Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 2676/20).

Odwołujący w sprawie sygn. akt KIO 2657/20 zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

a. art. 29 ust. 1 Ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, w tym obowiązków wykonawcy w sposób niejednoznaczny, niewystarczający, niepełny, niejasny, który uniemożliwia przygotowanie oferty;
b. art. 29 ust.1 Ustawy PZP poprzez zaniechanie podania w SIWZ wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;
c. art. 29 ust. 2 Ustawy PZP w związku z art. 7 ust. 1 PZP poprzez opisanie obowiązków wykonawcy w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję;
d. art. 471 i 473 § 1 KC w związku z art. 14 i art. 139 PZP poprzez niedopuszczenie rozszerzenie odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w zakresie wskazanym w odwołaniu poprzez zmianę wskazanych zapisów w sposób wskazany w odwołaniu.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał zapisy umowy ramowej dotyczące:

1) **obowiązków Zamawiającego** (pkt 8)

- zapewnienie możliwości korzystania przez Wykonawcę z konsultacji utrzymaniowych Innych Wykonawców, zgodnie z umowami zawartymi przez Zamawiającego regulującymi ich udzielenie przez innych Wykonawców. Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za brak lub niską jakość konsultacji utrzymaniowych świadczonych przez Innych Wykonawców w sytuacji, gdy brak tych konsultacji utrzymaniowych lub ich niska jakość nie jest zawiniona przez Zamawiającego (8.1.4);

- Zapewnienie możliwości współdziałania z Innymi Wykonawcami, w tym Integratorem, w zakresie zgodnym z Dokumentami Kontraktowymi, w szczególności z Macierzą Odpowiedzialności. Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za jakość czy brak współdziałania Innych Wykonawców, (8.1.6).

Zapisy te były już przedmiotem sporu, który rozstrzygnięty został wyrokiem w sprawie KIO 91/18 (zarzuty nr XII i XIII) zostały zmienione przez Zamawiającego. Analogiczne postanowienia były również objęte zarzutami w sprawie KIO 880/17 i KIO 881/17, które Izba uwzględniła wyrokiem z 30.05.2017r. i nakazała dokonania zmiany.

2) **kary umowne i odpowiedzialność (21.2.6)**

- „21.2.6 wystąpienia w Okresie Stabilizacji konieczności wycofania Modyfikacji z eksploatacji w całości lub w części, z uwagi na występujący Błąd Modyfikacji, w wysokości 5% wynagrodzenia brutto z tytułu wykonania Modyfikacji określonego w Umowie Wykonawczej, za każdy rozpoczęty dzień wycofania Modyfikacji lub jej części z eksploatacji". Zamawiający zastrzegł możliwość wycofania Modyfikacji w całości lub w części w przypadku kiedy w czasie trwania Okresu Stabilizacji Wykonawca nie dokona Naprawy zgłoszonych incydentów Krytycznych zgodnie z przyjętym SLA (13.1.2) i przewidział naliczenie kary umownej – przy czym niezależnie od tego, czy wycofanie dotyczy całości czy części Modyfikacji podstawą do naliczenia kary umownej jest zawsze całość wynagrodzenia z tytuły wykonania Modyfikacji. Jest to zapis nadmierny i nieproporcjonalny.

3) **Niejednoznaczne przesłanki do naliczenia kary umownej za wystąpienie więcej niż 2 Błędów Modyfikacji skutkujących Incydentami Krytycznymi (pkt 21.2.10).**

„21.2.10 wystąpienia w okresie 7 następujących po sobie dna więcej niż 2 Błędów Modyfikacji skutkujących co najmniej jednym Incydentem Krytycznym, w wysokości 5% wynagrodzenia brutto z tytułu wykonania Modyfikacji określonego w Umowie Wykonawczej".

Z zapisy wynika, iż muszą wystąpić co najmniej 3 Błędy (więcej niż 2) oraz 1 Incydent Krytyczny. Zatem kara będzie należna także w sytuacji, w której wystąpi tylko 1 Incydent Krytyczny będący wynikiem tylko jednego z błędów, a pozostałe Błędy nie skutkują Incydentami Krytycznymi.

Zdaniem Odwołującego nie istnieje żadna uzasadniona przyczyna wprowadzenia regulacji pkt 21.5. Ukonstytuowana w Kodeksie Cywilnym zasada odpowiedzialności kontraktowej oparta na winie zawiera ustawowe domniemanie winy. W każdym przypadku zaistnienia opóźnienia dłużnik musi wykazać okoliczności ekskulpacyjne, zwalniające go od odpowiedzialności. Jest to konstrukcja wystarczająca i nie ma uzasadnienia, aby Zamawiający rozszerzał zakres odpowiedzialności poprzez umowne ograniczenie możliwości podstaw zwolnienia się przez dłużnika z odpowiedzialności oraz trybu wykazania takich podstaw.

25.5 – Zamawiający wymaga „uprzedniego" poinformowania o przyczynie uniemożliwiającej wykonywanie lub należyte wykonywanie zobowiązania w trybie określonym w punkcie 6.2.15., co pozwala na zwolnienie z odpowiedzialności, tj. obalić ustawowe domniemanie winy. Wykonawca powinien przez zaistnieniem szkody poinformować o ewentualnych przyczynach szkody czy też możliwości wystąpienia szkody

24.5 – stanowi próbę rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika poza zakres odpowiedzialności określony w art. 471 KC (odpowiedzialność kontraktowej na zasadzie winy). Rozszerzenie odpowiedzialności możliwe jest w przypadku określonym w art. 473 § 1 KC – tj. wyraźnie określonych w umowie przypadków. Zamawiający musiałby zatem konkretnie wskazać „oznaczone okoliczności", w przypadku których zaistnienia odpowiedzialność wykonawcy byłaby rozszerzona (tak w wyroku z 27.09.2013r. SN sygn. akt I CSK 748/12).

5) **Definicje „Błąd" i „Incydent Krytyczny"**

Zamawiający określił definicje w sposób otwarty, co pozwoli dowolnie kwalifikować zdarzenie zarówno jako Błędy, jak i Incydent Krytyczny. Uniemożliwia to oszacowania liczby występujących Błędów i Incydentów Krytycznych.

Incydent Niski to „Incydent nie będący Incydentem Krytycznym". Definicja ta narusza art. 29 ust. 1 Ustawy PZP, gdyż Wykonawca nie wie, które incydenty będą Krytycznymi.

Wyrokiem z 19.12.2016 r. Sąd Okręgowy w Warszawie (sygn. akt XXIII Ga 780/16) nakazał Zamawiającemu zdefiniowanie pojęć „incydent niski", „incydent średni", „incydent krytyczny".

6) **Niejednoznaczne i niezależne od Wykonawcy kryteria zakończenia Okresu Stabilizacji – załącznik nr 3, procedury dla realizacji umowy, pkt 13.2**.

Według Odwołującego definicja Incydentu pozwala na interpretację, że w zakresie obowiązków Wykonawcy jest naprawienie każdej nieprawidłowości w działaniu Systemu niezależnie od tego czy jest ono wynikiem realizacji Modyfikacji czy też nie. W trakcie okresu stabilizacji możliwe jest wystąpienie różnorakich zdarzeń na środowisku produkcyjnym, które będą miały wpływ na poprawność działania Systemu – np. mogą zostać wyczerpane zasoby dyskowe, może zostać zmieniona konfiguracja innych umów, może mieć miejsce pomyłka przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uzależnienie zakończenia okresu stabilizacji od działań Wykonawcy oraz dodanie definicji Błędu Modyfikacji.

7) **Załącznik nr 3 do Umowy – *Procedura zmiany Standardów IT ZUS oraz Procedur Eksploatacyjnych*.**

Zamawiający zmodyfikował procedurę w stosunku do obowiązującej wcześniej, usuwając dwa kroki, co ma ten skutek, że Wykonawca nie dostaje informacji zwrotnej odnośnie przekazanej opinii co do proponowanej zmiany oraz o wejściu zmiany procedury lub standardu w życie. Tym samym Wykonawca nie będzie miał pełnej wiedzy o obowiązujących procedurach i standardach, co narusza art. 29 Ustawy.

Wykonawca wniósł o wprowadzenie nowych kroków.

8) – ***Nieprawidłowo zdefiniowany proces obsługi Zgłoszeń – Załącznik 7 do Umowy*.**

Zasada liczenia czasu obsługi zgłoszenia uwzględnia zatrzymanie czasu tylko w przypadku pierwszej prośby o przekazanie dodatkowych informacji lub wykonanie dodatkowych czynności. Czas pozyskiwania niezbędnych danych, będących w posiadaniu Zamawiającego nie powinien być wliczany co czasu obsługi zgłoszenia, gdyż pozostaje w całości poza kontrolą wykonawcy (tak jak miało to miejsce w dotychczasowych umowach). Obecny model jest skrajnie niekorzystny dla Wykonawcy – przenosi odpowiedzialność za działania Zamawiającego lub zaniechania, co prowadzi do rażącej dysproporcji zobowiązań stron umowy (narusza art. 353^1 KC). Prowadzi to do naruszenia art. 29 ust. 1 Ustawy, gdyż Wykonawca nie może obecnie przewidzieć ile zajmie mu usuwanie danego incydentu, gdyż nie wie, jaki zakres informacji będzie otrzymywał od Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o wprowadzenie dwóch alternatywnych rozwiązań, tj. dotychczas stosowanego rozwiązania pozwalającego na zatrzymanie czasu obsługi zgłoszenia na czas pozyskiwania danych niezbędnych do diagnostyki i naprawy w jakim nie jest to zależne od Wykonawcy (bez wprowadzania ograniczenia dla zatrzymania czasu tylko do pierwszego zapytania), alternatywnie wprowadzenie minimalnej obowiązkowej treści zgłoszenia wraz z algorytmami obsługi incydentów postanowień o braku skuteczności zgłoszenia.

9) ***Zobowiązanie Wykonawcy do realizacji usług Korekty danych – Załącznik 7 do Umowy***.

Zdefiniowana w załączniku nr 1 do Umowy Korekta danych obejmuje problemy mające swoją przyczynę w działaniach użytkowników KSI ZUS, co jest ściśle uzależnione od przygotowania i przeszklenia pracowników ZUS do pracy z Oprogramowaniem użytkowym i jest całkowicie poza zakresem odpowiedzialności Wykonawcy. Narusza to ogólne zasady odpowiedzialności kontraktowej określone w Kodeksie Cywilnym, jak i przepis art. 433 nowego Prawa Zamówień Publicznych – jako klauzulę abuzywną ustawodawca wskazał określanie w Umowie odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Braki funkcjonalności Oprogramowania Użytkowego wynikają ze zlecanego przez Zamawiającego zakresu dostosowania tego oprogramowania – w konsekwencji zobowiązanie Wykonawcy do obsługi spraw i aktualizacji słowników związanych z brakami funkcjonalności Oprogramowania Użytkowego będzie skutkowało przeniesieniem na Wykonawcę konsekwencji zaniechań Zamawiającego w zakresie niezleconego i tym samym niezrealizowanego dostosowania systemu. Niemożliwe jest ustalenie zakresu usługi, jaki Wykonawca ma świadczyć w odniesieniu do danej modyfikacji.

Odwołujący wniósł o modyfikację zapisów załącznika nr 1 i 7 w zakresie Korekty Danych.

10) ***Otwarty zakres Usługi serwisowej „Obsługa Incydentów" – Załącznik 7 do Umowy Ramowej.***

W metryce usługi serwisowej „Obsługa Incydentów" Zamawiający wskazał na działania w zakresie, w jakim serwis nie będzie zobowiązaniem innego wykonawcy, co nie pozwala ocenić zakresu zobowiązań, ponieważ na etapie przygotowania oferty nie są znane zobowiązania innych wykonawców, a tym bardziej reguły, które będą powodowały zmiany tych zobowiązań w czasie, wynikające z umów definiujących wzajemne zobowiązania Zamawiającego i Innych Wykonawców. Narusza to art. 29 ust. 1 Ustawy poprzez opisanie obowiązków wykonawcy w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, niepełny, niejasny, który uniemożliwia przygotowanie oferty.

Odwołujący wniósł o modyfikację opisu zakresu usługi Diagnozowanie Incydentów w sposób zaproponowany w treści żądania.

11) ***Wypowiedzenie Umowy Powierzenia – Załącznik 12 do Umowy Ramowej.***

Podstawa wypowiedzenia sformułowana w pkt 5.3.2 umożliwia Zamawiającemu wypowiedzenie Umowy Powierzenia oraz – zgodnie z pkt 5.4 Umowy Ramowej wraz z Umowami Wykonawczymi na podstawie jakiegokolwiek jednostronnego życzenia Administratora, nawet luźno związanego z przedmiotem Umowy Powierzenia, a jednocześnie niezmiernie kosztownego dla Wykonawcy, trudnego organizacyjnie albo wręcz obiektywnie niemożliwego do spełnienia. Wykonawcy nie przysługiwałaby ani odmowa wraz z uzasadnieniem, ani nawet możliwość uzgodnienia z Administratorem warunków zastosowania się do ww. poleceń lub wytycznych. Stanowi to o naruszeniu ogólnych zasad odpowiedzialności kontraktowej określonych w Kodeksie Cywilnym, jak i przepisu art. 433 nowego Prawa Zamówień

Publicznych – jako klauzulę abuzywną ustawodawca wskazał określone w Umowie odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. W konsekwencji narusza to też art. 29 ust. 1 Ustawy Pzp – gdyż w oparciu o siwz Wykonawca nie jest w stanie oszacować kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, a tym samym sporządzić oferty.

Odwołując wniósł o modyfikację zapisów załącznika nr 12 poprzez zastosowanie jednego z alternatywnych rozwiązań, tj. usunięcie w całości ppkt 5.3.2, zmianę pkt 5.3.2.

Odwołujący w sprawie sygn. akt KIO 2676/20 zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1)art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp oraz art. 5 i art. 353^1 KC – poprzez wprowadzenie do Wzoru Umowy Ramowej postanowień przewidujących zbyt niski limit zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy po przeprowadzeniu Wymiarowania Pełnego, co rażąco narusza równowagę kontraktową, zniechęca Wykonawcę do wzięcia udziału w postępowaniu, a w konsekwencji godzi w zasadę uczciwej konkurencji;
2)art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 i art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz art. 5 i art. 353^1 KC – poprzez wprowadzenie do Wzoru Umowy Ramowej postanowień przewidujących zbyt niski limit zwiększenia wynagrodzenia w przypadku wzrostu złożoności Modyfikacji na skutek zaistnienia okoliczności uzasadniających zmianę Umowy Wykonawczej, co rażąco narusza równowagę kontraktową, zniechęca Wykonawcę do wzięcia udziału w postępowaniu, a w konsekwencji godzi w zasadę uczciwej konkurencji;
3)art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp – poprzez zamieszczenie we Wzorze Umowy Ramowej niedokładnych i niewyczerpujących postanowień dotyczących informowania w Umowach Wykonawczych o obowiązkach Wykonawcy związanych z potrzebą opracowania dokumentacji Systemu, co zniechęca Wykonawcę do wzięcia udziału w postępowaniu, a w konsekwencji godzi w zasadę uczciwej konkurencji;
4)art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp – poprzez zamieszczenie we Wzorze Umowy Ramowej niespójnych postanowień związanych z Audytem, co utrudnia właściwą identyfikację zobowiązań umownych Wykonawcy;
5)art. 36 ust. 1 pkt 2 Pzp – poprzez zamieszczenie w SIWZ postanowień dotyczących trybu udzielania zamówienia obarczonych nieprawidłowościami.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Zamawiający złożył odpowiedzi na oba odwołania.

W sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 2657/20 Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał na zakres modyfikacji zapisów siwz dokonanej w dniu 3.11.2020r., które dotyczą większości postanowień objętych zarzutami w odwołaniu i odpowiadają na żądania Wykonawcy. Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron Odwołujący zmodyfikował część żądań, co pozwoliło Zamawiającemu na uwzględnienie kolejnych zarzutów. Ostatecznie tylko jeden zarzut opisany jako ósmy pozostał do rozpoznania, gdyż wobec spornych zapisów strony prezentowały odmienne stanowiska.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U poz. 1020), zwanej dalej „Ustawą".

Przystępując do rozpoznania odwołań, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Nich szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Izba uznała w odniesieniu do obu Odwołujących, iż posiadają oni interes podlegający ochronie przed działaniami/zaniechaniami Zamawiającego dotyczącymi ustalenia zasad, na jakich będą realizowane zamówienia zlecane wykonawcom, z którymi Zamawiający zawrze umowy ramowe. Wprowadzenie niejasnych, czy też naruszających ogólne zasady kontraktowe postanowień będzie mogło mieć wpływ zarówno na sam proces przygotowania oferty, jak i wykonanie świadczenia.

W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialnoprawne do merytorycznego rozpoznania obu odwołań.

Izba ustaliła i zważyła w odniesieniu do odwołania o sygn. akt KIO 2657/20.

Uwzględniając oświadczenia stron złożone na posiedzeniu o wycofaniu/uwzględnieniu części zarzutów odwołanie zostało ograniczone do jednej podstawy faktycznej zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, który Izba rozpoznała na rozprawie.

Zarzut ten został opisany w odwołaniu, jako „Nieprawidłowo zdefiniowany proces obsługi zgłoszeń – załącznik 7 do Umowy". W Uzasadnieniu Odwołujący odniósł się do zasad liczenia czasu obsługi zgłoszenia dla usługi serwisowej „Obsługa Incydentów". Zastrzeżenia Wykonawcy budzi zapis, w którym Zamawiający wprowadził mechanizm zatrzymania czasu obsługi: „*CZAS OBSŁUGI ZS- STOP (tylko w przypadku pierwszej prośby)*Oznacza to, iż tylko pierwsza prośba o przekazanie dodatkowych informacji zatrzyma czas na obsługę zgłoszenia. Z uwagi na zakres danych przekazywanych przy zgłoszeniu incydentu mogą być one niewystarczające (opisujące symptomy zaobserwowane przez użytkownika końcowego) i wykonawca dopiero pytaniami może wnioskować o dodatkowe dane niezbędne do ustalenia przyczyn incydentu, dokonania diagnozy i przygotowania rozwiązania. Ewentualne zgłoszenie powinno spełniać precyzyjne kryteria kompletności zgłoszenia, w tym zawierać dane do diagnozy i rozwiązania zgłoszenia (np. dane od użytkowników, logi aplikacyjne, logi systemowe, itp.). Dotychczas Zamawiający stosował model obsługi zgłoszeń, w którym konieczność uzyskania niezbędnych danych będących w posiadaniu zamawiającego nie wlicza się do czasu obsługi zgłoszenia – gdyż pozostaje on w całości poza kontrolą wykonawcy. W dotychczasowych umowach czas obsługi zgłoszenia obejmuje tylko te działania wykonawcy, za które może ponosić pełną odpowiedzialność. Proces naprawy zależy od zaangażowania obydwu stron procesu, który zależy od dostępności pracowników Zamawiającego, w tym osoby zgłaszającej, na co wpływają np. urlopy, zwolnienia lekarskie, godziny pracy.

Nowy model jest skrajnie niekorzystny dla Wykonawcy i przenosi na Wykonawcę odpowiedzialność za jakość działań Zamawiającego lub jego zaniechania. Zgłoszenie Zamawiającego skupia się na danych teleadresowych, ogólnych informacji dotyczących zgłaszanego incydentu, bez obowiązku podania szczegółów (nie są danymi diagnostycznymi).

Zdaniem Odwołującego siwz zawiera mechanizm zabezpieczający interesy Zamawiającego, gdyż zgodnie z postanowieniem: *Skierowanie do Zamawiającego (…) prośby o przekazanie dodatkowych informacji bądź wykonanie dodatkowych czynności niezbędnych do zdiagnozowania i usunięcia Incydentu, które posiada lub może wykonać Zamawiający, korzystając z posiadanych uprawnień,* chroni Zamawiającego przed potencjalnym nadużywaniem mechanizmu przez Wykonawcę. Z kolei, jeżeli dane, o które prosi Wykonawca obiektywnie są konieczne do rozwiązania Incydentu, to czas ich pozyskania nie powinien obciążać Wykonawcy.

Obecna konstrukcja odpowiedzialności Wykonawcy w przypadku zgłoszenia, które nie spełnia minimalnych nawet wymagań co do opisu incydentu, stoi w sprzeczności z zasadami odpowiedzialności kontraktowej zgodnie z prawem cywilnym. Narusza to przepis art. 471 Kodeksu Cywilnego i przekracza zasadę swobody umów określoną w art. 353^1 KC. Wskazać też należy, że obecne brzmienie SIWZ w przedmiotowym zakresie jest także niezgodne z określonym w art. 29 ust. 1 Ustawy PZP obowiązkiem opisania przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Uwzględniających wszystkie wymagania mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Tymczasem Wykonawca nie może obecnie przewiedzieć, ile zajmie mu usuwanie danego Incydentu, gdyż nie wie, jaki zakres informacji będzie otrzymywał od Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze. Odwołujący wnosi o modyfikację zapisów Załącznika 7 poprzez zastosowanie**jednego z poniższych alternatywnych rozwiązań:**

1) zastosowanie do rozwiązywania incydentów mechanizmu stosowanego dotychczas, tj. pozwalającego na zatrzymanie czasu obsługi zgłoszenia na czas pozyskiwania danych niezbędnych do diagnostyki i naprawy w takim zakresie, w jakim nie jest to zależne od działań Wykonawcy, - zmiana zapisu na „CZAS OBSŁUG ZS- STOP".

lub alternatywnie:

2) wprowadzenie minimalnej obowiązkowej treści zgłoszenia, jako warunku koniecznego do przyjęcia zgłoszenia do obsługi przez Wykonawcę. Zgłoszenie takie powinno obejmować szczegółowy opis zdarzenia wraz z kompletem danych, w szczególności: dane od użytkownika, zrzuty ekranów, logi aplikacyjne, logi systemowe, wyciągi z zawartości bazy danych dotyczące przedmiotu zgłoszenia, a także sposób odtworzenia sytuacji błędnej będącej przedmiotem zgłoszenia. Są to dane niezbędne do kompletnej diagnozy oraz dostarczenia rozwiązania przez Wykonawcę;
3) wprowadzenie do algorytmu obsługi incydentów postanowień o braku skuteczności zgłoszenia w przypadku, gdy nie spełnia ono określonych powyżej warunków dot. koniecznego zakresu informacji w zgłoszeniu;
4) wprowadzenie do algorytmu obsługi incydentów postanowień o braku skuteczności zgłoszenia w przypadku, gdy Zamawiający nie odpowiedział merytorycznie lub nie wykonał dodatkowych czynności w reakcji na przekazana przez Wykonawcę prośbę o przekazanie dodatkowych informacji bądź o wykonanie dodatkowych czynności niezbędnych do zdiagnozowania i rozwiązania Incydentu.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wyjaśnił przyczyny, które spowodowały modyfikację zasad zatrzymywania czasu na naprawę incydentu, jakie wcześniej stosował w umowach na utrzymanie KSI ZUS, na rozwój KSI, a także rozwój i utrzymanie PUE. Dotychczasowy mechanizm wstrzymywał czas na każde zadane przez wykonawcę pytanie. W praktyce oznaczało to, że wykonawcy korzystają z tego uprawnienia jako regulatora czasu trwania naprawy oraz uniknięcia konsekwencji związanych z terminową realizacją usług. Zamawiający uznał, iż obecne rozwiązanie godzi interesy obu stron, pozostawiając wykonawcy możliwość zadania rzeczowego pytania, które wstrzyma czas na każdym etapie realizacji zgłoszenia bez limitów dla wszystkich typów incydentów (w tym incydentu krytycznego).

Izba oddaliła zarzut uwzględniając okoliczności stanowiące podstawę zarzutu, który podlegał, jako jedyny rozpoznaniu, a tym samym decydował o wyniku postępowania odwoławczego.

Należy zauważyć, iż zarzut dotyczy naruszenia dyrektyw dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, tj. opisanego w art. 29 ust. 1 Ustawy nakazu wyczerpującego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący w zapisach regulujących mechanizm zatrzymania czasu na obsługę zgłoszenia upatrywał podstawy do postawienia tezy, iż Zamawiający w sposób niezgodny z Ustawą obarcza wykonawcę odpowiedzialnością za działania, które nie są jego udziałem. Jednocześnie zarzut nie dotyczył zapisów siwz, które regulują zakres informacji przekazywanych w zgłoszeniu incydentu do wykonawcy, w szczególności nie odnoszą się do elementu zgłoszenia, jakim są „Posiadane przez Zamawiającego informacje dotyczące Zgłoszenia". Powyższe ma istotny wpływ na zakres rozpoznania, gdyż Izba będąc związana zarzutem nie mogła odnieść się do okoliczności dotyczących braku jednoznaczności zapisów siwz, które dotyczą zakresu informacji przekazywanych w zgłoszeniu, jak również przyjąć prezentowanej w tym zakresie argumentacji Odwołującego. Konsekwencją sposobu sformułowania zarzutu było również uznanie przez skład orzekający, iż zadane Zamawiającemu kolejne pytania do siwz z dnia 26.10.2020r. nie miały wpływu na rozstrzygnięcie. Zmiana żądania, jaką Odwołujący dokonał na rozprawie nie mogła prowadzić do rozszerzenia podstawy faktycznej zarzutu, jaka wynikała z zapisu regulującego mechanizm zatrzymania czasu tylko dla pierwszego pytania wykonawcy.

Oddalając zarzut Izba uznała, iż zapisy siwz są precyzyjne i jasno wskazują na możliwość zatrzymania czasu tylko przy pierwszym pytaniu dotyczącym danego incydentu. Wykonawca również w ten sam sposób interpretował sporny zapis wiążący w tym samym stopniu każdego wykonawcę. Przedstawione argumenty mające przekonać o zasadności zarzutu, w ocenie Izby nie wskazywały na istnienie bezpośredniego związku pomiędzy sposobem w jaki realizowane mają być zgłoszenia, a możliwością przygotowania i złożenia oferty na etapie postępowania prowadzonego w celu zawarcia umowy ramowej.

Argumenty dotyczące potrzeby uzyskania dodatkowych informacji pozwalających na zdiagnozowanie przyczyny błędu i jego usunięcie należało odnieść do okoliczności związanej z rzeczowym zakresem usługi. Kierowane przez Zamawiającego zgłoszenia dotyczyć mogą różnych incydentów, których nie da się opisać w sposób pozwalający wykonawcy już na tym etapie ustalić, jaki będzie zakres koniecznych do wykonania prac. Tylko wówczas można mówić o uniemożliwieniu wykonawcy sporządzenia oferty, gdy wykonawca nie posiada informacji pozwalających określić zakres

świadczenia. Specyfika tego zamówienia prowadzi do potrzeby uwzględnienia faktu, iż dopiero w momencie wystąpienia incydentu wykonawca będzie wiedział, czego dane zdarzenie dotyczy i dopiero reagując na bieżąco będzie mógł ustalić zakres czynności, które pozwolą na osiągnięcie efektu, jaki oczekuje Zamawiający. Wskazane w siwz mechanizmy mające ograniczać ryzyka, jakie wiążą się z tego rodzaju zamówieniem (brakiem możliwości wskazania ograniczonej ilości zgłoszeń, ich rodzaju i zakresu), nie mają wpływu na sam stan rzeczy, jaki jest podyktowany charakterem tego zamówienia.

Oceniając sam sporny mechanizm zatrzymania czasu na obsługę zgłoszenia Izba uznała, iż nie prowadzi on do naruszenia przepisów Ustawy. Zamawiający w sposób obiektywny kierował się potrzebą zagwarantowania sprawnego usuwania incydentów i dopracował mechanizm uwzględniając dotychczasowe doświadczenia w realizacji tego rodzaju umów, które wskazuje na możliwość nielimitowanego przedłużenia czasu wyłącznie na skutek działania wykonawcy. Skoro Zamawiający zabezpiecza personel do obsługi zgłoszeń, które realizowane są w trybie 24h/7 dni w tygodniu, to należy również oczekiwać od Wykonawcy, iż będzie potrafił w sposób rzeczowy zadać pytania, tak aby proces usunięcia błędu nie ulegał wydłużaniu, a terminy przewidziane w umowie były możliwe do wyegzekwowania. Wykonawca ma wiedzę i doświadczenie w obsłudze systemów, stąd uprawnione jest przyjęcie, że może w sposób efektywny skorzystać z możliwości zadania pytania, które pozwoli uzyskać informacje pozwalające na właściwą reakcję i jednocześnie pozwoli wydłużyć czas na rzeczywistą analizę zdarzenia.

W związku z powyższym Izba oddaliła odwołanie.

Izba ustaliła i zważyła w odniesieniu do odwołania o sygn. akt KIO 2676/20.

W sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 2676/20 Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał na dokonaną modyfikację postanowień siwz z 3.11.2010r., dotyczącą części postanowień będących podstawą formułowanych zarzutów. Jednocześnie Zamawiający nie oświadczył, aby w części uwzględnił odwołanie wnosząc o jego oddalenie z uwzględnieniem stanu zapisów, które uległy zmianie. Odwołujący wycofał na posiedzeniu (przed skierowaniem odwołania na rozprawę) zarzuty nr 2, 4 i 5 i podtrzymał zarzuty nr 1 i 3.

Zarzut nr 1 dotyczy zbyt niskiego limitu zwiększenia wynagrodzenia po przeprowadzeniu Wymiarowania Pełnego (pkt 19.5 wzoru umowy ramowej). Zamawiający w zasadach ustalania wysokości wynagrodzenia wprowadził ograniczenie dla zwiększenia wynagrodzenia – nie więcej niż 10% w stosunku do wynagrodzenia obliczonego na podstawie szacowania wstępnego, o którym mowa w załączniku nr 5 – „Zasady wymiarowania Oprogramowania Dedykowanego i struktura Punktu Funkcyjnego".

Zamawiający - na podstawie Umowy Ramowej - będzie prowadził postępowania o zawarcie Umów Wykonawczych, w ramach których będzie przekazywał wykonawcom zaproszenie do złożenia oferty z dokumentacją (Istotne Warunki Zamówienia wraz z załącznikami), zawierającą informację na temat szacowanej przez ZUS pracochłonności zamawianych Modyfikacji, wyrażonej w liczbie Punktów Funkcyjnych. Natomiast Wykonawcy w odpowiedzi na powyższe zaproszenie będą składali oferty, w których będą oferowali wykonanie zamówienia w oparciu o wysokość ceny za jeden Punkt Funkcyjny, podanej w ścisłe określonej kwocie. Zgodnie z przyjętymi zasadami przewidziano dwa etapy ustalania pracochłonności modyfikacji w odniesieniu do realizacji wymagań funkcjonalnych: Szacowanie Wstępne i Wymiarowanie Pełne. Szacowanie Wstępne realizowane jest przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania mającego na celu zwarcie Umowy Wykonawczej na usługę zmiany oprogramowania i podawane jest w dokumentacji załączanej do zaproszenia do złożenia oferty. Natomiast Wymiarowanie Pełne jest realizowane przez Wykonawcę już po zawarciu Umowy Wykonawczej. Wymiarowanie pełne stanowi integralną część Analitycznego Opisu Modyfikacji (AOM) i jest przedstawiane Zamawiającemu do odbioru wraz z AOM. W zakresie wymagań funkcjonalnych Szacowanie Wstępne dokonywane jest przez zidentyfikowanie wymagań funkcjonalnych i przypisanie im określonego poziomu złożoności. Szacowanie to jest swego rodzaju kompromisem pomiędzy efektywnością czasową szacowania, a jego dokładnością. Natomiast Wymiarowanie Pełne oparte jest o poszczególne kroki scenariuszy.

Doświadczenie Odwołującego w realizacji umów ramowych na „Optymalizację komponentu XPL" oraz „Modyfikację oprogramowania dotyczącą zapisywania danych o wspólnikach spółek prawa handlowego oraz spółek cywilnych w systemach ZUS (KSI i PUE)" wskazuje, że Zamawiający nie doszacował złożoności tych modyfikacji.

W ocenie Odwołującego przyjęty poziom 10% jest dalece niewystarczający i pozostaje w rażącej dysproporcji ze średnią wartością procentową niedoszacowania realizowanych modyfikacji. Zamawiający dwukrotnie zmniejszył limit jaki obowiązywał dotychczas w umowach ramowych z Zamawiającym, tj. 20%. Zamawiający powinien zwiększyć limit wzrostu wynagrodzenia. Z punktu widzenia rachunku ekonomicznego nie do zaakceptowania jest przyjęta w umowie ramowej konstrukcja, zgodnie z którą, jeżeli Wymiarowanie Pełne Wykonawcy (zaakceptowane przez ZUS) wykaże dużo większą pracochłonność, niż pracochłonność wynikająca z Szacowania Wstępnego ZUS, to wynagrodzenie Wykonawcy może ulec zwiększeniu jedynie o 10% względem pierwotnej ceny wynikającej z oferty. Utrzymanie zaskarżonych postanowień w mocy może doprowadzić do tego, że Wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność za wadliwe Szacowanie Wstępne z etapu przygotowania postępowania, a więc za nieswoje działania. W skrajnym przypadku może to prowadzić do sytuacji, w której Umowa Wykonawcza będzie realizowana poniżej kosztów, a więc do sytuacji, którą można rozważać w kategorii czynu nieuczciwej konkurencji stypizowanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o zwiększenie w pkt 19.5 limitu wzrostu wynagrodzenia do poziomu 30% i nadanie brzmienia *Wymiarowanie Pełne nie może powodować zwiększenia wynagrodzenia, o którym mowa w punkcie 19.2.1.1, o więcej niż 30% w stosunku do wynagrodzenia obliczonego na podstawie szacowania wstępnego, o którym mowa w Załączniku 5 – Zasady wymiarowania Oprogramowania Dedykowanego i Struktura Punktu Funkcyjnego.*

Zarzut nr 3 wyraża się w twierdzeniu o niedokładnym i niewyczerpującym postanowieniu dotyczącym informowania w Umowach Wykonawczych o obowiązkach Wykonawcy związanych z potrzebą opracowania dokumentacji Systemu – pkt 5.6.2 wzoru Umowy Ramowej. Zobowiązanie do zamieszczania w Umowach Wykonawczych informacji*o obowiązku odtworzenia/stworzenia przez Wykonawcę AOM, DT, UAOM i PDT, jeżeli taka dokumentacja nie istnieje dla Elementu KSI ZUS będącego przedmiotem Modyfikacji* jest w ocenie Odwołującego niewystarczające do prawidłowej wyceny i realizacji przyszłych zobowiązań. Istnieją bowiem obszary udokumentowane w sposób nieodpowiadający obowiązującym w ZUS standardom odnoszącym się do sporządzenia dokumentacji systemów informatycznych (dokumentacja zawiera błędy lub jest niekompletna). W tym stanie rzeczy niezwykle istotne jest przekazywanie

wyczerpujących informacji na temat problemów związanych z dokumentacją Systemu. Zamawiający powinien poinformować również o przypadkach, gdy dokumentacja co prawda istnieje lecz zawiera błędy lub jest niekompletna. Dokumentacja stanowi ważny element produktu, nie tylko ze względu na wymagania związane z jej aktualizacją wskutek wprowadzanych zmian w oprogramowaniu, ale także pozwala na zapoznanie się z pełną funkcjonalnością modułu przed rozpoczęciem prac analityczno-projektowych. Szacunkowy procentowy udział pracochłonności wytworzenia dokumentacji w strukturze Punkt Funkcyjnego (CFP) został przewidziany przez Zamawiającego w § 6 ust. 2 załącznika nr 5 do Wzoru Umowy i wynosi aż 60% pracochłonności całej Modyfikacji. Pozostałe 40% stanowi pracochłonność związaną z wytworzeniem Oprogramowania Dedykowanego wraz z kompletem testów wewnętrznych testów wydajności, testów bezpieczeństwa, testów między modułowych i testów akceptacyjnych. Braki lub błędy w dokumentacji w istotny sposób utrudniają analizę oraz mogą spowodować błędy w implementacji, co podnosi pracochłonność i wydłuż cykl produkcyjny. Pełne prawa do wytworzonej przez wykonawców dokumentacji systemu KSI ZUS posiada Zamawiający i to na Zamawiającym spoczywa obowiązek dbania o to, aby dokumentacja była prawidłowa i kompletna. Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za niską jakość dokumentacji, jaką w pewnych obszarach Systemu dysponuje Zakład. Opis Przedmiotu Zamówienia jest nieprecyzyjny i nie zapewnia Odwołującemu wszystkich informacji, które mają istotny wpływ na sporządzenie oferty i realizację zamówienia. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia nie będzie miał żadnych podstaw do oszacowania wyceny prac polegających na uzupełnieniu, czy też poprawieniu dokumentacji Systemu oraz nie będzie miał podstaw do wyceny ryzyka związanego z rozwojem i serwisowaniem elementu Systemu, którego dokumentacja obarczona jest pewnymi wadami.

Na etapie wyceny Punktu Funkcyjnego w ramach postępowania na zawarcie Umów Ramowych Odwołujący w oparciu o swoje dotychczasowe doświadczenie we współpracy z ZUS jest w stanie skalkulować pewne uśrednione rezerwy na potrzeby odtworzenia/skorygowania dokumentacji. Jeżeli postanowienie siwz nie ulegnie zmianie, to problem ulegnie spotęgowaniu na etapie wyceny i realizacji Umów Wykonawczych dotyczących elementów Systemu szczególnie dotkniętych wadami w zakresie dokumentacji. Bez zmiany pkt 5.6.2 uprawnienie Wykonawcy do zwolnienia się z odpowiedzialności za opóźnienie w realizacji zadania, które spowodowane będzie tym, że został on niejako zaskoczony niską jakością przekazanej mu dokumentacji będzie iluzoryczne bowiem z żadnego postanowień Umowy Ramowej nie będzie można wyprowadzić wniosku, że na Zamawiającym spoczywa obowiązek poinformowania o stanie posiadanej dokumentacji, który rzutuje na pracochłonność projektu rozwojowego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamiany pkt 5.6.2 przez dodanie *albo informację o obowiązku skorygowania przez Wykonawcę AOM, DT, U AOM i PDT, jeżeli taka dokumentacja dla Elementu KSI ZUS będącego przedmioten Modyfikacji istnieje lecz zawiera błędy lub jest niekompletna – obejmującą specyfikację obszarów udokumentowanych w sposób nieodpowiadający standardom przyjętym w ZUS wraz z podaniem rodzajów niezgodności z wymienionymi standardami.*

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 wskazał na uprawnienie wykonawcy do weryfikowania Szacowania Wstępnego jakie zostanie dokonane dla danej Umowy Wykonawczej w drodze środków zaskarżenia, co stanowi mechanizm kontroli i korekty czynności Zamawiającego. Mechanizm zmiany wynagrodzenia w oparciu wymiarowane pełne nie stanowi narzędzia korekty błędów w szacowaniu wstępnym, a jedynie ma umożliwić uwzględnienie wpływu na pracochłonność realizacji modyfikacji takich okoliczności nie polegających jednak na zmianie zakresu przedmiotowego zamówienia, które nie były znane stronom w dacie szacowania wstępnego, czy w dacie składania oferty. Rozkłada on pomiędzy stronami ryzyko wystąpienia dopiero na etapie realizacji zamówienia, a nie występujących w dacie szacowania wstępnego, poprzez uprzywilejowanie Wykonawcy uprawnieniem do wzrostu ustalonego wynagrodzenia umownego. Mieści się to w zakresie swobody umowy określonej w art. 353^1 k.c., a w konsekwencji pkt 19.5 Wzoru Umowy Ramowej nie zaburza równowagi kontraktowej.

Zamawiający przywołał zasady dotyczące wyznaczania liczby Punktów Funkcyjnych oraz zasad wymiarowania, które prowadzone są na dwóch poziomach szczegółowości: szacowanie wstępne i wymiarowanie pełne, realizowane zgodnie z załącznikiem nr 7 do Wzoru Umowy Ramowej – Zasady Wymiarowania Oprogramowania Dedykowanego i struktura Punktu Funkcyjnego w oparciu o Podręczniki Wymiarowania Oprogramowania dla Systemów Informatycznych ZUS.

W odniesieniu do zarzutu nr 3 Zamawiający wskazał, iż żądanie zmiany pkt 5.6.2 w taki sposób, iż na Zamawiającego miałby zostać nałożony obowiązek informowania wykonawcy o konieczności skorygowania istniejącej dokumentacji dla elementu KSI (zawierającej błędy lub niekompletnej), co wiązałoby się ze wskazaniem obszarów niezgodnych ze standardami przyjętymi w ZUS i podaniem rodzajów niezgodności, oznaczałoby przeniesienie na Zamawiającego ciężaru wykonania części świadczenia wykonawcy. Zidentyfikowanie tych obszarów, w ocenie Zamawiającego jest możliwe dopiero na etapie realizacji Modyfikacji, obejmującą analizę systemową oraz projektowanie, które wykonawca przedstawia do akceptacji Zamawiającemu w postaci Analitycznego Opisu Modyfikacji oraz Dokumentacji Technicznej.

Izba ustaliła, iż pkt 19.5 wzoru umowy zawiera zapisy, które mają uwzględniać rzeczywistą pracochłonność w zakresie wymiarowania zakresu KSI, które ma być zmodyfikowany. Wykonawca na etapie umowy wykonawczej wycenia punk funkcyjny, w kwocie, która ma pozwolić na wykonanie danej pracy. Na etapie umowy ramowej dokonuje wyceny punktu funkcyjnego, która nie może być wyższa od zaoferowanej ceny w postępowaniu na zawarcie umowy ramowej. Wykonawca dokonuje również wymiarowania pełnego, co może oznaczać zwiększenie ilości punktów funkcyjnych, na co musi wyrazić zgodę Zamawiający akceptując dokument AOM.

Oceny zasadności zarzutu nr 1 należało dokonać przy uwzględnieniu okoliczności niespornej, jaka wynikała z pozostawienia wykonawcy nie tylko ustalenia ceny punktu funkcyjnego przy składaniu oferty w postępowaniu wykonawczym (nie wyższej niż zaoferowana w postępowaniu na zawarcie umowy ramowej), ale również mechanizmu wyznaczania liczby punktów funkcyjnych. W niniejszym postępowaniu nie tylko limit zmiany wynagrodzenia ma wpływ na ocenę możliwości złożenia oferty na zasadach pozwalających konkurować o zamówienie wykonawcze. Punktem odniesienia dla wykazania, czy zasady opisane w pkt 19.5 wzoru umowy naruszają dyrektywy opisu przedmiotu zamówienia pozostaje szacowanie wstępne, które będzie realizowane przez Zamawiającego na etapie zlecania poszczególnych modyfikacji przy uwzględnieniu znanych wykonawcom i stosowanych powszechnie u Zamawiającego zasad wymiarowania opisanych w *Podręczniku*. Przejrzyste zasady pozwalają przyjąć, iż czynność szacowania wstępnego odbywać się będzie na znanych wszystkim zainteresowanym zasadach i dopiero na etapie zlecania zamówień wykonawczych Zamawiający identyfikować będzie rzeczywisty zakres modyfikacji zlecanej w ramach konkretnej umowy wykonawczej. Mechanizm zmiany wynagrodzenia nie jest jedynym przyjętym w postępowaniu, który

pozwala uwzględnić wyższe koszty wykonanej pracy w stosunku do przewidzianej przez Zamawiającego złożoności zakresu modyfikacji. Wprowadzone jako drugi etap wymiarowania – wymiarowanie pełne, jakie dokonuje już wykonawca stanowi narzędzie do zmiany (w tym zwiększenia) szacowania wstępnego już po zawarciu umowy. Ponieważ rozliczenie prac następuje w oparciu o cenę punktu funkcyjnego i liczbę tych punktów przyjętą przy wymiarowaniu pełnym, należy uznać, iż zapisy siwz uwzględniają konieczność zabezpieczenia wykonawcy przed niespodziewanym wzrostem pracochłonności realizacji zamówienia (bez zmiany zakresu zamówienia, która w określonych przypadkach może stanowić postawę do zmiany umowy wykonawczej). Wprowadzony limit zmiany wynagrodzenia o 10% również ma realizować ten cel. Można zrozumieć oczekiwania wykonawcy, aby warunki umowy wprowadzały w większym zakresie warunki sprzyjające budowaniu zaplecza finansowego na ewentualny wzrost kosztów ponad przyjęty przez wykonawcę na etapie wymiarowania pełnego.

W niniejszej sprawie, gdzie zarzuty dotyczą opisu przedmiotu zamówienia Izba uznała, iż zmiana wysokości wynagrodzenia nie ma bezpośredniego wpływu na określenie złożoności prac, a to ten element ma decydujący wpływ na zakres rzeczowy zamówienia, w tym na określoną przez Zamawiającego szacowaną ilość punktów funkcyjnych. Jak wskazano powyżej proces ten odbywa się na podstawie ustalonych zasad, znanych wykonawcom, co pozwala uznać, iż siwz jest w tym zakresie precyzyjna. Również jednoznaczne jest wskazanie na próg 10%, co stanowi zmianę w stosunku do dotychczas zawieranych umów. Ten mechanizm stanowi jednak tylko element składający się na ustalenie warunków finansowych, na jakich wykonawca będzie realizował zamówienie i nie może przesądzać o braku rzetelności w opisie przedmiotu zamówienia, w tym warunków na jakich będzie ono realizowane.

W odniesieniu do zarzutu nr 3 Izba uznała, iż żądanie poszerzenia obowiązku informacyjnego Zamawiającego w zakresie związanym z posiadaną dokumentacją KSI, tj. jej błędami lub brakami, faktycznie prowadziłoby do nałożenia na Zamawiającego obowiązków, które wiążą się z czynnościami analitycznymi, do których zobowiązany jest wykonawca. Oczekiwanie, iż Zamawiający może dokonać takiej analizy bez wiedzy o projektowanym rozwiązaniu jest w ocenie Izby nadmierne. Nie jest celowym wprowadzanie obowiązków, które nie mają realnego przełożenia na sposób wykonania świadczenia przez wykonawcę, na którym spoczywa odpowiedzialność za wyniki dokonanej analizy i projektowania. To wykonawca, jako podmiot profesjonalnie realizujący modyfikacje ma większe doświadczenie i korzysta z wypracowanych metod, które pozwalają na przygotowanie oferty, a następnie wykonanie modyfikacji. Zamawiający jest jedynie klientem, który zleca opracowanie kolejnych elementów systemu KSI, fakt, iż przysługują mu prawa do dokonanych dotychczas modyfikacji nie oznacza, iż może sprecyzować w sposób wiążący, czy dotychczas opracowana dokumentacja posiada jakieś braki lub błędy, które mogą wpływać na sposób wykonania świadczenia. Należy podkreślić, iż obowiązek informacyjny Zamawiającego w żaden sposób nie wpływa na możliwość zwolnienia się z odpowiedzialności za błędy w dokumentacji, za które wykonawca nie odpowiada. Tym samym Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów Ustawy, co prowadziło do oddalenia odwołania.

W świetle przedstawionych powyżej oceny zasadności zarzutów Izba oddaliła oba odwołania na podstawie art. …. Ustawy. Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2676/20 o zniesienie kosztów postępowania odwoławczego w związku ze zmianą zapisów siwz, która w części odpowiadała żądaniom przedstawionym w odwołaniu. Ponieważ odwołanie podlegało rozpoznaniu na rozprawie Izba rozliczyła koszty postępowania odwoławczego przyjmując, iż stroną przegrywającą ostatecznie była odwołująca, która podtrzymała w części zarzuty z odwołania. O wyniku postępowania decydowały zarzuty, które zostały skierowane na rozprawę.
O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 6 . ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpisy wniesione w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania przez Odwołujących się oraz koszty Zamawiającego.

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……..

……..