Sygn. akt: KIO 783/20

WYROK

z dnia 1 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Aldona Kowalczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa

Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 kwietnia 2020 r. przez Odwołującego - Asseco

Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Olchowej 14 (35-322 Rzeszów) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3/5 (01-748 Warszawa)

przy udziale

Wykonawcy - Comarch S.A. siedzibą w Krakowie przy Al. Jana Pawła II 39a (31-864

Kraków) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego - Asseco Poland S.A. i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2 Zasądza od Odwołującego - Asseco Poland S.A. na rzecz Zamawiającego - Zakład Ubezpieczeń Społecznych kwotę 3.600,00 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

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: .....

Sygn. akt: KIO 783/20

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 Świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania

Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (KSI ZUS) -

nr postępowania TZ/271/65/19, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 lutego 2020 r., pod numerem 2020/S 037-087769, w wobec czynności polegającej na zmianie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonanych w dniu 3 kwietnia 2020 r., Wykonawca Asseco Poland S.A. wniósł w dniu 10 kwietnia 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 783/20).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 29 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, w tym obowiązków wykonawcy w sposób niejednoznaczny, niewystarczający, niepełny, niejasny, który uniemożliwia przygotowanie oferty;

2) art. 29 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez zaniechania podania w siwz wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;

3) art. 29 ust 2 Ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez opisanie obowiązków wykonawcy w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję;

4) art. 140 ust. 1 Ustawy Pzp i art. 144 ust. 1 pkt 1 i 2 Ustawy Pzp w związku z art. 2 pkt 13 Ustawy Pzp poprzez wymaganie, aby część usług świadczona była nieodpłatnie;

5) art. 44 ust. 3 Ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych poprzez naruszenie zasady, iż wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz doboru optymalnych środków;

6) art. 7 ust.1 Ustawy Pzp w związku z w/w przepisami poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad Prawa zamówień publicznych, tj. z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, zasady proporcjonalności oraz zasady przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian przedmiotowych Modyfikacji siwz w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu poprzez zmianę zapisów w sposób opisany w odwołaniu przy każdym z zarzutów.

Uzasadnienie zarzutów.

Ad. 1 - Modyfikacja 3, 16, 33, 35 i 36 - niejasny zakres obowiązków Stron w zakresie infrastruktury techniczno-systemowej, niemożność sporządzenia oferty.

Dokonana modyfikacja wprowadziła nowe obowiązki po stronie Wykonawcy, które nie czynią zadość wymaganiom ustawowym (art. 29 ust. 1 Ustawy Pzp). Nowym obowiązkiem jest konieczność zapewnienia infrastruktury Wykonawcy, do którego Zamawiający wcześniej zajmował stanowisko, iż nie stawia żadnych wymagań w tym zakresie (w toku postępowań

odwoławczych o sygn. akt KIO 2474/17 i KIO 2487/17).

Odwołujący wyjaśnił, że przedmiotem Umowy jest świadczenie Usług, które wymagają wykorzystania infrastruktury techniczno-systemowej (ITS) Zamawiającego. Tylko w bardzo specyficznym zakresie Wykonawca ma zapewnić dedykowane środowiska, a dokładnie w zakresie dwóch definicji - Środowisko weryfikacji kodów źródłowych i Środowisko deweloperskie. Są to środowiska, na których Wykonawca realizuje Naprawy i testuje ich rezultaty przed wprowadzeniem efektu Naprawy na ITS Zamawiającego, tj. na Środowisko produkcyjne.

Wprowadzona zmiana potwierdzająca obowiązek zapewnienia środowiska Wykonawcy powinna skutkować dokonaniem także innych zmian w celu uniknięcia wątpliwości co do zakresu zobowiązań Wykonawcy i Zamawiającego.

Modyfikacje siwz w zakresie ITS Wykonawcy, w szczególności Środowiska weryfikacji kodów źródłowych i Środowiska deweloperskiego (Środowiska przedprodukcyjnego), nie objęły opisu elementów ITS, które są zapewniane przez Zamawiającego (brak załącznika), co pozwalałoby precyzyjnie rozdzielić dwie odrębne infrastruktury ITS (Wykonawcy od Zamawiającego).

Zamawiający powinien zawrzeć w siwz minimalne wymagania dla ITS Wykonawcy. Ponadto, Zamawiający powinien uwzględnić możliwość wyceny w formularzu cenowym świadczenia usługi utrzymania ITS Wykonawcy.

Odwołujący wniósł o zmianę zapisów pkt 5.7 siwz poprzez:

- wykreślenie zwrotu „w szczególności",

- wyjaśnienie, że cena obejmuje tylko infrastrukturę techniczno-systemową Wykonawcy, a nie obejmuje całej infrastruktury techniczno-systemowej niezbędnej do świadczenia usługi (żądanie nr 1) oraz dokonania odpowiednich zmian w definicjach wskazujących na rozdzielenie ITS Wykonawcy i ITS Zamawiającego (żądanie nr 2 i 3), ich wyspecyfikowanie (żądanie nr 4 i 5), a także dodanie nowych metryk (żądanie nr 6).

Ad. 2 - Modyfikacja 15 - zmiana brzmienia art. 3 ust. 2 pkt 18 Umowy (zmiana dokonana

niezgodnie z żądaniem wskazanym w odwołaniu o sygn. akt KIO 425/20).

Odwołujący w odwołaniu o sygn. akt KIO 452/20 w zarzucie nr 6 wniósł o dokonanie zmiany poprzez wskazanie, iż obowiązek określony w tym postanowieniu dotyczy przekazania know-how, procedur dokumentów oraz narzędzi wytworzonych w ramach Umowy. Zamawiający nie tylko w sposób inny, niż wskazane zostało w żądaniu odwołania KIO 452/20, ale w sposób niemożliwy do realizacji, wprowadził wymagania.

W ocenie Odwołującego nowy zapis wskazuje, iż Zamawiający chce pozyskać praktycznie całe know-how Wykonawcy w zakresie utrzymania systemów informatycznych (dotyczy dokumentów i narzędzi które kiedykolwiek zostały wytworzone przez Wykonawcę lub podwykonawcę). W opisie obowiązek ograniczony jest jedynie celem wytworzenia, określonym, jako „w celu utrzymania KSI ZUS", a nie ma ograniczenia czasowego - „wytworzonych w związku realizacją Umowy". Wykonawca od lat utrzymuje szereg systemów i znakomita część jego know-how jest wykorzystywana nie tylko „w celu utrzymania KSI ZUS", ale również innych systemów.

Sytuacja ta uprzywilejowuje wykonawcę Comarch S.A, który aktualnie przekazuje na bieżąco całość know-how i narzędzi wytworzonych w ramach umowy (zgodnie ze wskazaną przez Izbę w wyroku KIO 880/17 wykładnią autentyczną). Z jednej strony otrzymuje za to wynagrodzenie (miał obowiązek wycenić to zobowiązanie w cenie oferty), z drugiej zaś strony, na koniec realizacji umowy nie będzie w posiadaniu praw własności intelektualnej w przedmiotowym zakresie, gdyż wszystkie przekaże. Zatem po zmianie, przedmiotowe postanowienie będzie miało praktyczne zastosowanie tylko do Odwołującego - bo tylko Odwołujący posiada know-how i narzędzia wytworzone w celu utrzymania KSI ZUS. Nie ma znaczenia, że zostały one wytworzone 5 czy 10 lat temu oraz, że Zamawiający nie zapłacił za ich wytworzenie - Zamawiający i tak wymaga ich przekazania.

Odwołujący wniósł o unieważnienie zmiany dokonanej Modyfikacją 15 i wskazanie w art. 3 ust. 2 pkt 18) Umowy, iż obowiązek określony w tym postanowieniu dotyczy know-how, procedur, dokumentów oraz narzędzi wytworzonych w ramach realizacji Umowy.

Ad. 3 Modyfikacje 29-32 - zmiana definicji „Incydent krytyczny", „Incydent niski", „Incydent średni wsad" i „Incydent VIP" (załącznik nr 1 do Umowy).

Odwołujący w odwołaniu o sygn. akt KIO 452/20 w zarzucie 10 wskazał na wadliwość definicji incydentu krytycznego, incydentu średniego wsad, incydentu niskiego oraz incydentu VIP. Zamawiający uwzględnił ten zarzut i wprowadził nowe definicje zawierające przesłanki kwalifikowania danego incydentu do danej kategorii. Jednak są one wadliwe i naruszają

przepis art. 29 ust. 1 Ustawy Pzp.

Wg nowej definicji incydentem krytycznym jest już ograniczenie jednej dowolnej funkcji oprogramowania użytkowego, oprogramowania wspomagającego zarządzanie IT oraz

wsparcia procesów zarządzania IT - czyli również takiej funkcji, która nie ogranicza realizacji procesów biznesowych ZUS lub wpływa na nie w sposób nieznaczny, przez co jej naprawa nie jest wymagana w trybie krytycznym. Jako przykłady takich funkcji wskazał na funkcję podglądu wydruku, przy poprawnym zachowaniu funkcji drukowania, automatycznie zmniejszające liczbę spraw kierowanych do superaprobaty, sterujące przetwarzaniem dokumentów (ułatwiające lub poprawiające ergonomię pracy użytkownika oprogramowania użytkowego).

Ograniczenia dotyczące wskazanych przykładowo funkcji nie powodują zatrzymania procesu obsługi, a sama naprawa funkcji może być bez szkody dla ZUS wykonana w reżimie SLA jak dla incydentu niskiego.

Obecna definicja pozwala Zamawiającemu klasyfikować do kategorii incydentu krytycznego każdy z przypadków wskazanych w odwołaniu przez odwołanie się w definicji do ograniczenia jednej, dowolnej funkcji. Definicja incydentu krytycznego powinna się odnosić do określonych ograniczeń krytycznych procesów biznesowych ZUS, które Zamawiający przywołuje w dalszej części definicji incydentu krytycznego.

Podobne zastrzeżenia budzą nowe definicje incydentu średni wsad, incydentu VIP. Odwołujący wniósł o ograniczenie definicji incydentu średniego wsad do tych incydentów, które realnie wpływają na brak możliwości realizacji lub błędną realizację procesów

biznesowych ZUS.

W odniesieniu do definicji incydentu VIP Odwołujący wskazał na brak katalogu klientów, których zobowiązany będzie obsługiwać Wykonawca, ani co istotniejsze skali i rodzaju problemów, które Wykonawca będzie zobowiązany obsłużyć. Zamawiający odwołuje się do

pojęcia „klient strategiczny", ale go nie reguluje, jak również nie określa ich ilości. Nie można

zatem określić skali incydentów VIP. Odwołujący wniósł o ograniczenie katalogu problemów do tych związanych z brakiem możliwości przesłania z Programu Płatnik elektronicznych dokumentów ubezpieczeniowych do Zamawiającego oraz wprowadzenie możliwości zdalnej obsługi takich zdarzeń.

Zamawiający pozostawił w definicjach postanowienie o uprawnieniu Zamawiającego do podniesienia poziomu z niskiego na średni wsad, chociaż wprowadził definicje kryteriów na podstawie których incydenty są przypisywane do poszczególnych kategorii.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie (pismo z 26.06.2020r.), w której wskazywał na spóźnienie części zarzutów, co powinno skutkować odrzuceniem odwołania w tym zakresie, ewentualnie pozostawieniem ich bez rozpoznania. Zamawiający wniósł również o odrzucenie odwołania w zakresie, w jakim dotyczy ono zarzutów opartych na tych samych okolicznościach, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 452/20 w wyroku z dnia 19.06.2020r., jak również dotyczą okoliczności, które stanowią wykonanie wyroku Izby. Jako wniosek ewentualny, w przypadku nie uwzględnienia tych żądań, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, jako niezasadnego.

W opinii Zamawiającego zarzuty podniesione w odwołaniu stanowią kontynuację odwołania wniesionego w dniu 2.03.2020r. W szczególności zarzut nr 1 odpowiada częściowo zarzutowi nr 1 z odwołania z dnia 2.03.2020r.; zarzut nr 2 odpowiada zarzutowi nr 6 z odwołania z dnia 2.03.2020r.; zarzut nr 3 odpowiada częściowo zarzutowi nr 10 z odwołania z dnia 2.03.2020r. Izba wyrokiem z dnia 19.06.2020 r. oddaliła zarzuty jako niezasadne.

Po dacie 19.06.2020 r. Zamawiający nie modyfikował w żaden sposób zapisów siwz, a tym samym rozstrzygnięcie Izby zapadło przy uwzględnieniu pierwotnego brzmienia siwz, jak i po modyfikacji z dnia 3.04.2020r., będącej skutkiem odwołania I, która została zaskarżona niniejszym odwołaniem. W dniu 20.05.2020 r. Zamawiający dokonał kolejnej modyfikacji siwz, która była skutkiem, m.in. niniejszego odwołania i nie została już zaskarżona przez Odwołującego. Zarzuty zawarte w niniejszej sprawie dotyczą tych samych postanowień siwz, które były przedmiotem odwołania I. Jedynie w zakresie całkowicie nowych zarzutów, które nie były zawarte w treści odwołania I, teoretycznie możliwe byłoby orzeczenie w niniejszej sprawie (tj. w zakresie postanowień wprowadzonych modyfikacją z 3.04.2020r.). Te jednak, zdaniem Zamawiającego są spóźnione.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Wykonawca Comarch S.A.

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron Izba zobowiązana była w pierwszej kolejności rozpoznać wnioski formalne Zamawiającego o odrzucenie/pozostawienie bez rozpoznania zarzutów spóźnionych lub dotyczących okoliczności, które zostały rozpoznane przez Izbę w sprawie KIO 425/20. Izba z urzędu ustaliła, iż w sprawie o sygn. akt KIO 425/20, połączonej do wspólnego rozpoznania z odwołaniem o sygn. akt KIO 454/20, rozstrzygniętej wyrokiem z dnia 19 czerwca 2020r., sporządzone zostało uzasadnienie. Strony do dnia dzisiejszego nie otrzymały wyroku z uzasadnieniem. Z uwagi na okoliczności objęte wnioskami Zamawiającego Izba ustaliła i przeniosła do protokołu posiedzenia fragmenty z uzasadnienia wyroku, odnoszące się do zarzutów oznaczonych nr 1, 6 i 10 odwołania z dnia 2.03.2020r.

Analizując zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu o sygn. akt KIO 425/20, jak również stanowisko Izby prezentowane w wyroku, skład orzekający rozpoznający obecne odwołanie uznał, iż w części zarzuty nie mogły podlegać rozpoznaniu. Odwołujący podtrzymał w całości zarzuty, a przepisu Ustawy nie przewidują częściowego odrzucenia odwołania, co jednak nie oznacza, iż zarzuty spóźnione, czy też zarzuty oparte na okolicznościach ocenionych wcześniej przez Izbę, mogły być poddane ponownej ocenie w ramach nowego odwołania. Odwołujący zapowiedział, iż po otrzymaniu wyroku wraz z uzasadnieniem w sprawie KIO 425/20 będzie wnosił skargę do Sądu Okręgowego. Tylko w trybie środka zaskarżenia można poddać weryfikacji ocenę okoliczności, które badała Izba przy rozstrzyganiu o żądaniach podniesionych we wcześniejszym odwołaniu. Przyjęcie do rozpoznania w całości zarzutów podniesionych obecnie w odwołaniu prowadzić mogłoby do sytuacji, w której Izba ponownie dokonywałaby analizy okoliczności ocenionych w wydanym już orzeczeniu, co mogłoby prowadzić do niebezpieczeństwa wydania sprzecznych ze sobą wyroków. Tym samym Izba uprawniona była rozpoznać odwołanie w zakresie, w jakim podniesione zarzuty nie były spóźnione i nie dotyczyły okoliczności stanowiących podstawę rozstrzygnięcia Izby w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się (art. 189 ust. 2 pkt 4 Ustawy).

Konstrukcja zarzutów obecnego odwołania dotyczyła trzech grup postanowień siwz, których dotyczyła modyfikacja z dnia 3 kwietnia 2020 r. Odwołujący stał na stanowisku, iż odwołanie wniesione w terminie liczonym od dnia publikacji modyfikacji jest odwołaniem na nową czynność Zamawiającego i jako takie jest skuteczne. Zamawiający natomiast wywodził odmienne wnioski, uwzględniając stan zapisów siwz sprzed modyfikacji, która stanowiła swoistą odpowiedź na zarzuty podniesione w odwołaniu o sygn. akt KIO 425/20, które Izba wyrokiem z dnia 19.06.2020r. oddaliła.

Izba zobowiązana była ustalić, czy zarzuty wywiedzione ze zmienionych zapisów siwz nie były zarzutami spóźnionymi, jak również czy ich podstawa faktyczna nie powiela okoliczności, co do których Izba zajęła już stanowisko w sprawie o sygn. akt KIO 425/20.

Odnośnie zarzutu nr 1 (Modyfikacja 3, 16, 33, 35 i 36 - niejasny zakres obowiązków Strony w zakresie infrastruktury techniczno-systemowej, niemożność złożenia oferty), Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania, jako spóźnionego w zakresie zarzutów dotyczących wymagań dla ITS Wykonawcy, natomiast w zakresie dokumentu Opis KSI ZUS, jako obejmującego te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie KIO 425/20.

Strony odmiennie interpretowały skutki modyfikacji z 3.04.2020r., w której Zamawiający dopisał do definicji ITS, że jest to infrastruktura będąca w dyspozycji Zamawiającego (modyfikacja nr 33), jednak z uwagi na obowiązek utrzymania przez wykonawców własnego ITS w zakresie niezbędnym do świadczenia usług utrzymania KSI ZUS - Zamawiający doprecyzował postanowienia odnoszące się do ITS Wykonawcy, w szczególności przez stwierdzenie obowiązku skalkulowania w cenie (modyfikacja nr 3), doprecyzowanie tego obowiązku w Umowie (modyfikacja nr 16), dodanie definicji Środowiska deweloperskiego obok istniejącej definicji Środowiska weryfikacji kodów źródłowych (modyfikacja nr 35), doprecyzowanie definicji Środowiska przedprodukcyjnego (modyfikacja nr 36). Odwołujący wywodził stąd, jakoby Zamawiający wprowadził nowy obowiązek po stronie Wykonawcy polegający na posiadaniu i utrzymaniu ITS Wykonawcy.

Izba uznała, iż zarzut nr 1 wynika z nadinterpretacji zakresu modyfikacji mającej przekonać o

wprowadzeniu nowego obowiązku, który miał być na podstawie wcześniejszych postanowień siwz nieznany wykonawcom. Odwołujący w sposób błędny prezentował wnioski na temat modyfikacji z 3.04.2020r., która w ocenie składu orzekającego, nie zmieniała stanu istniejącego w dacie wcześniejszej, czyli potrzeby zapewnienia ITS Wykonawcy dla wykonania usługi (Środowiska deweloperskiego i Środowiska weryfikacji kodów źródłowych). Przeciwko wnioskom Odwołującego świadczy treść uzasadnienia wyroku z dnia 19.06.2020 r. sygn. akt KIO 425/20. Zarzuty podniesione w odwołaniu z 2.03.2020r. zostały ocenione

jako bezzasadne, co było wynikiem analizy stanowisk stron prezentowanych na rozprawie. W uzasadnieniu wskazano wprost na istnienie po stronie wykonawcy obowiązku zapewnienia ITS deweloperskiego i weryfikacji kodów źródłowych (str. 110 uzasadnienia: W pierwszej kolejności skład orzekający nie znalazł żadnych powodów do zakwestionowania stanowiska zamawiającego stwierdzającego, że ITS, na której świadczone są usługi utrzymania i wsparcia eksploatacji KSI ZUS, pozostaje w dyspozycji zamawiającego, a w zakresie obowiązków wybranego wykonawcy będzie zapewnienie po swojej stronie ITS deweloperskiego i weryfikacji kodów źródłowych, stanowiska tego nie zakwestionował także odwołujący). Dalej skład rozpoznający odwołanie z 2.03.2020r. uznał, iż żądanie odwołującego o wyraźne wpisanie, że ITS jest wyłączną domeną zamawiającego zmierzało pośrednio do uchylenia obowiązku posiadania pewnego ITS po stronie wykonawcy. Dalej Izba odniosła się do zmian wprowadzanym później w siwz wskazując, iż Zmiany te należało potraktować jako mające charakter jedynie doprecyzowujący istniejące w SIWZ postanowienia. Celem ich było literalne wskazanie na obowiązek uwzględniania w cenie oferty, wynikającej z treści SIWZ, konieczności posiadania ITS przez wykonawcę w zakresie Środowiska deweloperskiego i Środowiska weryfikacji Kodów źródłowych. W związku z tym żądanie odwołującego o wyraźne wpisanie, że ITS jest wyłączną domeną zamawiającego, zmierzało pośrednio do uchylenia obowiązku posiadania pewnego ITS po stronie wykonawcy. Sam Odwołujący również w obecnym odwołaniu wskazał, iż w bardzo

specyficznym zakresie Wykonawca ma zapewnić dedykowane środowiska, a dokładnie w zakresie dwóch definicji - Środowisko weryfikacji kodów źródłowych i Środowisko deweloperskie. Są to środowiska, na których Wykonawca realizuje Naprawy i testuje ich

rezultaty przed wprowadzeniem efektu Naprawy na ITS Zamawiającego, tj. na Środowisko

produkcyjne.

W ocenie Izby okoliczności te prowadzą do wniosku, iż od początku wiadomą dla wykonawców była potrzeba zapewnienia ITS Wykonawcy, które służyć ma wykonaniu umowy, niezależnie od tego, iż do realizacji umowy przekazany zostanie ITS Zamawiającego. Izba zgodziła się z Zamawiającym, iż już w pierwotnych zapisach siwz wyraźnie wskazano na obowiązek posiadania przez wykonawców własnego ITS, w tym Środowiska weryfikacji kodów źródłowych, a nawet je zdefiniowano, co czyni podniesione zarzuty i żądania wprowadzenia rzekomo nowych usług utrzymania elementów ITS Wykonawcy, spóźnionymi. Za spóźniony należy również uznać zarzut niewyspecyfikowania w siwz wymagań dla ITS Wykonawcy. Zamawiający nie opisał w siwz dla ITS Wykonawcy, który stanowi swojego rodzaju warsztat pracy uwzględniający organizację i know-how wykonawcy (zaplecze techniczne). Zamawiający od początku nie formułował szczegółowych wymogów dla ITS Wykonawcy i takich wymogów nie wprowadza również modyfikacja z 3.04.2020r. Tym samym nie mógł odnieść skutku zarzut wywodzony z modyfikacji, która nie dotyczyła obowiązku zapewnienia ITS Wykonawcy. Ponieważ Ustawa nie zawiera podstawy do częściowego odrzucenia odwołania, Izba nie rozpoznała zarzutu nr 1, który nie został skierowany na rozprawę.

Izba przyjęła również argumentację Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, iż żądanie określenia elementów ITS Zamawiającego wymaga uwzględnienia, iż w odwołaniu z dnia 2.03.2020r. Odwołujący nie kwestionował treści dokumentu „Opis KSI ZUS", w którym kluczowe elementy KSI zostały opisane, a jedynie wskazywał na konieczność załączenia tego dokumentu do Umowy w chwili jej zawarcia jako załącznik do Umowy. Zarzut ten w tym samym brzmieniu i zakresie został oddalony w całości wyrokiem KIO 452/20. Ponadto, Odwołujący nie precyzuje w odwołaniu jakich rzekomo elementów ITS Zamawiającego nie wyspecyfikowano w OPZ, co uniemożliwiało rozpoznanie merytoryczne zarzutu.

Odnośnie zarzutu nr 2 - modyfikacja 15 - zmiana brzmienia art. 3 ust. 2 pkt 18 Umowy.

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania w tym zakresie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 Ustawy. W jego ocenie zakres zarzutu pozostaje tożsama z zarzutem nr 6 z odwołania I, zbliżona jest również argumentacja, jak i żądanie. Odwołujący w odwołaniu I i obecnym dąży do tego, aby postanowienie art. 3 ust. 2 pkt 18 UMO zawierało sformułowanie „wytworzony w ramach umowy", nie akceptując pierwotnego zapisu, jak i poprawionego na skutek odwołania I. Izba wyrokiem z 19.06.2020 r. oddaliła odwołanie w tym zakresie, na podstawie czego Zamawiający nie modyfikowała siwz zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu I i tożsamym do obecnie podnoszonego.

Na posiedzeniu Izba ustaliła, iż w wyroku z dnia 19.06.2020 r. na stronie 116 uzasadnienia Izba odniosła się do modyfikacji z 3.04.2020r. dotyczącej art. 3 ust. 2 pkt 18 wskazując, iż „Przedmiotową modyfikację należało potraktować jako doprecyzowanie i zawężenie zakresu know-how, który ma być przedmiotem przekazania przez wykonawcę. Wskazano tam, że

przedmiotem przekazania będzie know-how a także komplet wszelkich procedur (w tym Procedur administratorskich), niezbędnych dokumentów (zwłaszcza dokumentacji technicznej) oraz narzędzi (tj. oprogramowania, aplikacji, skryptów etc.), wytworzonych przez wykonawcę lub podwykonawcę w celu utrzymania KSI ZUS, a nie całość know-how wykonawcy, z którego korzysta on w trakcie realizacji Umowy. Nie ulegało także wątpliwości Izby, że wybrany wykonawca w ramach Umowy będzie w sposób kompleksowy „zajmował się" systemem KSI przez okres niemalże 6 lat lub dłużej. W tym czasie wykonawca będzie świadczył usługi utrzymania, serwisowe oraz pełnił rolę Integratora. Zlecane będą mu również usługi dodatkowe. W celu świadczenia ww. usług, wykonawca będzie korzystał z pewnego kształtowanego w tym celu know-how, procedur, narzędzi i dokumentów, które będą pozwalały na świadczenie rzeczonych usług. W związku z tym zamawiający jest nie tylko uprawniony, ale również zobowiązany do zapewnienia sobie w Umowie instrumentów prawnych pozwalających na uzyskanie praw do tych dokumentów lub narzędzi oraz uzyskania odpowiedniego know-how związanego ze świadczeniem usługi. W innym bowiem razie, po upływie 6 lat, nie będzie możliwe z przyczyn obiektywnych udzielenie zamówienia publicznego na usługi utrzymania i serwisu KSI ZUS innemu wykonawcy, niż wykonawca dotychczasowy. Brak uregulowania tej kwestii w umowie, mogłoby spowodować nieuzasadniony monopol jednego podmiotu.

Co więcej, zamawiający słusznie wskazywał, że w jego interesie leży bieżące uzyskiwanie kompleksowej wiedzy o wszystkich działaniach podejmowanych przez wykonawcę w związku z realizacją Umowy oraz prawa do dokumentów lub narzędzi niezbędnych do świadczenia usług z uwagi na bezpieczeństwo informatyczne zamawiającego. W skrajnym przypadku rozwiązania lub wygaśnięcia Umowy bez wyłonienia kolejnego wykonawcy, zamawiający powinien mieć chociażby prawną możliwość wykonywania usługi utrzymania KSI samodzielnie lub ze wsparciem podmiotów trzecich. Nie może bowiem, poprzez swoje zaniedbania, doprowadzić do chociażby krótkich okresów braku funkcjonowania KSI.

Odnosząc się konkretnie do treści zarzutu należy zauważyć, że odwołujący stał na stanowisku, że obowiązek określony w art. 3 ust. 2 pkt 18 Umowy powinien dotyczyć wyłącznie know-how, procedur, dokumentów i narzędzi wytworzonych w ramach Umowy. Tymczasem art. 3 ust. 2 pkt 18 Umowy w obecnym brzmieniu zawiera zobowiązanie wykonawcy do przekazania zamawiającemu know-how, procedur, dokumentów i narzędzi, które wykonawca wytworzył w celu utrzymania KSI ZUS, co właściwie czyni zarzut bezprzedmiotowym.

Warto także mieć na uwadze przepis, którego naruszenie wskazywał odwołujący w treści uzasadnienia zarzutu, tj. art. 29 ust. 1 Pzp. Tymczasem odwołujący nie miał problemu z ustaleniem treści zobowiązania, nie kwestionował ujętych w nim pojęć, a jedynie starał się wpłynąć na ograniczenie tego obowiązku poprzez wprowadzenie terminu wytworzenia know-how, które musiałoby zostać przekazane na mocy kwestionowanego postanowienia.

W piśmie z dnia 14 maja 2020 r., odwołujący zasugerował, że nowe brzmienie spornego postanowienia preferuje przystępującego oraz, że modyfikacją z dnia 3 kwietnia 2020 r. zamawiający rozszerzył zakres obowiązków wykonawcy. Skutki i znaczenie dokonanej modyfikacji ze względów opisanych powyżej pozostają poza rozpoznaniem Izby w przedmiotowej sprawie, ponieważ dotyczą one czynności nieobjętej odwołaniem.

Izba pominęła także złożony przez odwołującego na rozprawie dowód w postaci porozumienia z dnia 12 maja 2016 r. pomiędzy nim, a zamawiającym, z którego wynikało, że przekazał zamawiającemu wszystko, co zostało wytworzone w systemie na tamten czas. Dowód ten w ocenie Izby nie potwierdził okoliczności obciążającej zamawiającego w ramach zarzutu, a jedynie uprawdopodobnił, że zamawiający stosuje wobec wykonawców w ramach przejmowania know-how stały mechanizm, który jest w praktyce możliwy do zrealizowania i funkcjonuje w obrocie.

Wobec powyższego Izba oddaliła przedmiotowy zarzut, jako niewykazany, a także jako niepotwierdzony w ustalonym stanie rzeczy".

Wynikający z przywołanego fragmentu uzasadnienia stan rozpoznany w sprawie KIO 425/20 wskazuje, iż Izba w wyroku odniosła się do uprawnienia zamawiającego do zabezpieczenia instrumentów prawnych pozwalających na uzyskanie prawa do dokumentów, narzędzi i know-how, co obecnie stanowi podstawę zarzutu tego samego odwołującego się. Dokonana modyfikacja 15 nie wprowadziła w tym zakresie nowych elementów wpływających na zmianę podstaw rozstrzygnięcia, jakie zapadło w sprawie KIO 425/20. Tym samym skład orzekający w obecnym składzie uznał, iż odwołanie w tym zakresie wypełnia przesłankę z art. 189 ust. 2 pkt 4 Ustawy, co powodowało pozostawienie zarzutu bez rozpoznania.

Przechodząc do omówienia jedynego zarzutu, jaki w ocenie Izby kwalifikował się do

skierowanie na rozprawę, tj. zarzutu nr 3 dotyczącego modyfikacji 29-32 - zmiana definicji „Incydent krytyczny", „Incydent niski", „Incydent średni wsad" i „Incydent VIP", Izba zobowiązana była uwzględnić okoliczność, iż na skutek kolejnych modyfikacji z dnia 20.05.2020r. postanowienia siwz uległy kolejnym zmianom. Koniecznym było ustalenie, czy na skutek dalszych modyfikacji zarzut stał się bezprzedmiotowy, mając na uwadze celowość rozstrzygania o zarzucie i jego ocenie pod kątem art. 192 ust. 2 Ustawy. Należy również zauważyć, iż w wyroku z 19.06.2020 r. Izba uznała zarzut nr 10 jako bezprzedmiotowy wskazując na fakt dokonania w dniu 3.04.2020r. autokorekty dwóch definicji: „Incydentu krytycznego" oraz „Incydentu VIP". Jednocześnie w wyroku wskazano, iż Odnosząc się merytorycznie do modyfikowanych w dniu 3 kwietnia 2020 r. definicji, Izba dokonałaby nieuprawnionego rozpoznania części zarzutów postawionych w innym odwołaniu, pozostającym poza kognicją składu orzekającego, co byłoby rażącym naruszeniem art. 192 ust. 7 Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (str. 118).

Izba uznała, iż zarzut nr 3 podlega rozpoznaniu z uwagi na dokonaną modyfikacją zmianę, która wprowadzał definicje „Incydentu krytycznego" oraz „Incydentu VIP" i na podstawie art. 189 ust. 4 Ustawy skierowała w tym zakresie odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

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 Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Niego szkody w wyniku

kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ odwołaniami objęte zostały postanowienia SIWZ w zakresie w jakim odnoszą się do przedmiotu zamówienia i jego wykonania Odwołujący ma interes w tym, aby warunki na jakich będą składane oferty pozwalały zachować warunki uczciwej konkurencji.

W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do

merytorycznego rozpoznania obu odwołań.

W odniesieniu do definicji „Incydentu VIP" Odwołujący na rozprawie podniósł, iż żądanie dookreślenia klienta strategicznego utraciło aktualność, ale nadal aktualnym jest żądanie dopuszczenia możliwości obsługi incydentu w sposób zdalny, bez potrzeby wizyty u klienta. Powyższe oznaczało, iż spór pomiędzy stronami faktycznie ogniskował się wokół opisu definicji wskazującego na obsługę wiążącą się z wizytą u klienta. Modyfikacja z 20.05.2020r.

w tym zakresie nie wprowadziła żadnych zmian, tym samym Izba rozpoznała zarzut w tym

zakresie.

Oddalając odwołanie Izba uwzględniła słuszne argumenty Zamawiającego, w których wyjaśniał znaczenie „Incydentu VIP", który skierowany jest wyłącznie do tych sytuacji, gdy zachodzi konieczność obecności w siedzibie klienta, co jest limitowane ilością takich zdarzeń w tygodniu do 5. Odwołujący wniósł o ograniczenie katalogu problemów do tych związanych z brakiem możliwości przesłania z Programu Płatnik elektronicznych dokumentów ubezpieczeniowych do Zamawiającego oraz wprowadzenie możliwości zdalnej obsługi takich zdarzeń.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby potrzeba stawienia się u klienta wynikająca ze zdarzeń, których nie da się usunąć zdalnie, prowadziła do naruszenia art. 29 ust. 1 Ustawy. Zamawiający wskazał w OPZ taki charakter usługi, jaki spełniać będzie oczekiwania klientów, niezależnie od oceny zasadności takiego działania prezentowanej przez wykonawcę, co jeszcze nie prowadzi do naruszenia przepisów Ustawy. Żądanie Odwołującego zmiany tego elementu definicji oznaczałoby, iż Zamawiający utraciłby możliwość wyegzekwowania na Wykonawcy stawienia się w siedzibie klienta, jeżeli ten taką potrzebę by zgłosił, niezależnie od zakresu problemu, jaki wymagałby w tym trybie

rozwiązania. Faktycznie prowadziłoby to do pozbawienia znaczenia tej kategorii incydentu, która wiąże się z wizytą u klienta. Izba nie dostrzegła w tym elemencie zamówienia podstaw do uznania, iż działania Zamawiającego mogłyby utrudniać wykonawcom złożenie oferty, jak również stwarzać ryzyka braku możliwości wykonania tego zgłoszenia na etapie realizacji Umowy utrzymaniowej. Z drugiej strony należy zaakcentować prawo Zamawiającego do oczekiwania wykonania Umowy w sposób adekwatny do potrzeb klienta, o których nie może decydować wykonawca. Ponadto, w siwz wprowadzono ograniczenie co do ilości tego rodzaju incydentów, co pozwala na tych samych zasadach oszacować koszty przez wykonawców zdecydowanych złożyć ofertę.

Tym samym Izba oddaliła odwołanie w tym zakresie, jako bezzasadne.

Odnosząc się do definicji „Incydentu krytycznego" Odwołujący podtrzymał zarzut, gdyż modyfikacja z 20.05.2020 r. polegająca na zastąpieniu zwrotu w opisie definicji „jedną lub więcej swoich usług" określeniem „swoje funkcje", miała charakter kosmetyczny. Zastrzeżenia Odwołującego wynikały z faktu, iż Zamawiający pozostawił otwartą definicję, co daje możliwość rozszerzenia tej kategorii na zdarzenia wykraczające poza zidentyfikowane przykładowo, a powodujące przerwę w działaniu lub obniżenie jakości usługi. Samo wyliczenie zidentyfikowanych zdarzeń nie budziło zastrzeżeń Odwołującego, jak również początkowy opis definicji, w którym Zamawiający określił incydent krytyczny, jako Incydent powodujący całkowity brak możliwości korzystania z Oprogramowania użytkowego, Oprogramowania wspomagającego zarządzanie IT, brak funkcjonowania wsparcia Procesów zarządzania IT albo takie ograniczenie możliwości korzystania z powyższego, że przestaje ono spełniać jedną lub więcej swoich funkcji (po zmianie: swoje funkcje).

Analizując wprowadzoną definicję Izba doszła do odmiennych wniosków, niż te jakie prezentował Odwołujący podnosząc w odniesieniu do przykładowych funkcji, które nie powodowałyby zatrzymania procesu obsługi, iż mogłyby zostać zakwalifikowane jako Incydent krytyczny. Zakres definicji nie ogranicza możliwości jej zastosowania wyłącznie przez zwrot odnoszący się do dowolnej funkcji. Istotnym pozostaje pierwsza część definicji, w której Zamawiający wskazał na zdarzenie powodujące całkowity brak możliwości korzystania z Oprogramowania użytkowego, Oprogramowania wspomagającego zarządzanie IT, brak funkcjonowania wsparcia Procesów zarządzania IT albo takie ograniczenie możliwości korzystania z powyższego, że przestaje ono spełniać jedną lub więcej swoich funkcji. Zmiana definicji, o jaką wnosił Odwołujący oznaczałaby, iż Zamawiający zmuszony zostałby do ograniczenia zdarzeń, których wystąpienia w perspektywie 6 lat obowiązywania Umowy nie da się nawet przewidzieć. W ocenie Izby opisane kryteria oceny incydentu (których Odwołujący nie kwestionował) pozwolą stronom Umowy na realizację ich obowiązków. Ponadto, Zamawiający wskazał w odpowiedzi na odwołanie, iż niezależnie od zakresu definicji Incydent krytyczny limitowany jest do 10 tygodniowo, co pozbawia racji wnioskom Odwołującemu o braku możliwości oszacowania ryzyka wystąpienia takich zdarzeń w cenie oferty.

Należy również odnotować, iż modyfikacja siwz dokonana w dniu 20 maja 2020 r. stanowiła odpowiedź na wątpliwości Wykonawcy, a Zamawiający wskazał wprost na definicję, która idealnie odpowiadała żądaniu Odwołującego z odwołania I, co dodatkowo pozbawia

znaczenia podniesiony zarzut.

Odnosząc się do definicji „Incydent średni wsad" istota zarzutu sprowadzała się do zakwestionowania uprawnienia Zamawiającego do podniesienia kategorii zgłoszenia z poziomu niskiego na średni wsad, co od początku było elementem opisu przedmiotu zamówienia. Co istotne Odwołujący nie kwestionował definicji „Incydentu niskiego" oraz „Incydentu średni wsad", które stanowią istotny element dla oceny zasadności zarzut. Zamawiający nie może bowiem zmienić kwalifikacji, jeżeli zdarzenie nie będzie dotyczyło usług wsadowych. Dla oszacowania kosztów oferty mechanizm ten nie ma znaczenia, gdyż Zamawiający wprowadził limit zgłoszeń dla Incydentów średnich wsad do 5 tygodniowo. Usunięcie mechanizmu nie prowadziłoby do braku możliwości zmiany kategorii zgłoszenia, gdyż Zamawiający mógłby dane zgłoszenie początkowo kwalifikowane do Incydentu niskiego zmienić i jako nowe zgłosić w kategorii Incydentu średni wsad. Przewidziany mechanizm pozwala jedynie usprawnić obsługę zgłoszeń i nie wpływa merytorycznie na przedmiot świadczenia wykonawcy, który obejmuje od początku zdarzenia kwalifikowane do każdej z podanych kategorii incydentów.

W świetle powyższego odwołanie zostało oddalone.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 w

ze zm.). Izba zaliczyła do
kosztów postępowania wpis oraz koszty Zamawiającego poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika w wysokości ustalonej na podstawie rachunku złożonego przed zamknięciem rozprawy.

Przewodniczący:.....