

WYROK
z dnia 19 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek
Członkowie: Emilia Garbala
Ewa Kisiel
Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawach w dniach 4 oraz 15 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 stycznia 2021 r. przez **Odwolującego: Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Skarb Państwa - Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3/5, 01-748 Warszawa**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Comarch S.A. oraz Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. **uwzględnić zarzut dotyczący zaniechania Zamawiającego polegającego na przeprowadzenie postępowania w trybach Pzp i unieważnia Aneks nr 5 zawartego w dniu 23 grudnia 2020r. do umowy na usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego KSI ZUS nr 1064535 zawartej w dniu 2 marca 2018r. w zakresie wynikającym z § 2 ust. 1 pkt 1 Aneksu nr 5,**
2. **w pozostałym zakresie odwołanie oddala,**
3. kosztami postępowania obciąża w 1/2 Zamawiającego i w 1/2 Odwołującego i:
 - 3.1. 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,
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocników.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Skarb Państwa – Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie w dniu 23 grudnia 2020 r. zawarł aneks nr 5 do umowy na usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego KSI ZUS nr 1064535 zawartej w dniu 2 marca 2018r. z Konsorcjum: Comarch S.A. oraz Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Konsorcjum”, „Comarch” lub „Przystępujący”).

W dniu 4 stycznia 2021 r. wykonawca – Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (dalej: „Odwolujący” lub „Asseco”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec zaniechania Zamawiającego przeprowadzenia postępowania w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej: „ustawą” lub „Pzp”.

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 513 pkt 3) ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.; dalej: „nPzp”) w związku z art. 16 i art. 17 ust. 1 nPzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie nPzp na usługi wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (dalej „KSI ZUS”) w okresie od 1 maja 2021 r. do dnia rozpoczęcia świadczenia tych usług przez wykonawcę wybranego w trybie trwającego przetargu nieograniczonego nr TZ/271/65/19, mimo że Zamawiający był do tego obowiązany;

- art. 209 ust. 1 pkt 4) nPzp w związku z art. 208 ust. 1 nPzp oraz w związku z art. 16 i art. 17 ust. 1 nPzp oraz w związku z art. 129 ust. 2 nPzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia o udzielenie zamówienia na podstawie nPzp, na usługi wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS w okresie od 1 maja 2021 roku do dnia rozpoczęcia świadczenia tych usług przez wykonawcę wybranego w trybie trwającego przetargu nieograniczonego nr TZ/271/65/19, pomimo iż na rynku prowadzi działalność co najmniej dwóch wykonawców, którym można powierzyć realizację przedmiotowych usług i są spełnione przesłanki wskazane w art. 209 ust. 1 pkt 4) nPzp;

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia na usługi wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS w okresie od 1 maja 2021 roku do dnia rozpoczęcia świadczenia tych usług przez wykonawcę wybranego w trybie przetargu nieograniczonego nr TZ/271/65/19 - przy czym w postępowaniu tym powinny być uwzględnione następujące elementy:

a. Zaproszenie co najmniej 2 wykonawców, tj. przedsiębiorców obecnie utrzymujących KSI ZUS w częściach, tj. Asseco i Comarch;

b. Kryteria oceny ofert:

- i. Cena,
- ii. Test kompetencji biznesowych 10%,
- iii. Test kompetencji technicznych 30%;

c. Okres świadczenia usługi - od 1 maja 2021 r. do dnia rozpoczęcia świadczenia tych usług przez wykonawcę

wybranego w trybie przetargu nieograniczonego, nie później niż do dnia 30 września 2022 r.

2. Zobowiązanie Zamawiającego do niezlecenia na rzecz Konsorcjum usług wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS w okresie od 1 maja 2021 r. do dnia rozpoczęcia świadczenia tych usług przez wykonawcę wybranego w trybie przetargu nieograniczonego nr TZ/271/65/19 zarówno w trybie zamówienia z wolnej ręki, jak i na podstawie art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 2 marca 2018 r. Zamawiający i Konsorcjum zawarły umowę nr 1064535 na usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS (dalej „Umowa ZUS — Comarch”). Umowa została zawarta na okres 48 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług i obowiązuje do 1 października 2022 r. Na mocy Umowy ZUS — Comarch, Konsorcjum w tzw. okresie przejściowym (trwającym 12 miesięcy) miało przejąć od dotychczasowego wykonawcy, tj. Asseco, świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS. W okresie przejściowym Zamawiający po kolei weryfikował zdolność Konsorcjum do świadczenia kolejnych usług wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS, oceniając tym samym gotowość lub brak gotowości Comarch do świadczenia danych usług. Konsorcjum nie przeszło pozytywnie tej weryfikacji w odniesieniu do całości usług. W związku z czym przed zakończeniem okresu przejściowego, w dniu 19 lutego 2019 r. Zamawiający złożył oświadczenie o definitywnym, częściowym zakończeniu stosunku zobowiązaniowego powstałego na gruncie umowy z dnia 2 marca 2018 r. W oświadczeniu tym Zamawiający wskazał, że odstępuje od umowy w części oraz, że częściowo wypowiada umowę - w każdym przypadku z przyczyn leżących po stronie Konsorcjum. Zamawiający wskazał, że weryfikacja gotowości Comarch do świadczenia części usług zakończyła się niepowodzeniem, co wskazuje na brak pozyskania przez Comarch kompetencji do realizacji Umowy w tym zakresie. W związku z powyższym, świadczenie usług objętych oświadczeniem z 19 lutego 2019 r. o definitywnym, częściowym zakończeniu stosunku zobowiązaniowego, Zamawiający zlecił Odwołującemu - były one świadczone na podstawie umowy z 2 marca 2018 r., zmienionej aneksem z 20 lutego 2019 r. Aneks został zawarty w trybie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Odwołujący wyjaśnił ponadto, że Zamawiający w dniu 17 lutego 2020 r. wszczął nowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wybór wykonawcy w zakresie wsparcia eksploatacji i utrzymania systemu KSI ZUS, przy czym usługi mają być przekazane nowemu wykonawcy w 2 etapach: Etap I obejmujący usługi świadczone przez Odwołującego - do dnia 1 maja 2020 r., a Etap 2 - usługi świadczone przez Comarch - do 1 października 2022 r. W dniu 5 listopada 2020 r. Zamawiający i Konsorcjum zawarły List intencyjny, w którym Zamawiający zadeklarował intencję zawarcia z Konsorcjum Comarch aneksu do Umowy ZUS - Comarch na podstawie art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020; dalej „ustawa przejściowa”). W wyniku wykonania postanowień Listu intencyjnego w dniu 23 grudnia 2020 r. Zamawiający i Konsorcjum zawarły aneks do Umowy ZUS — Comarch (dalej: „aneks nr 5” lub „aneks”).

Powyższe okoliczności zdaniem Odwołującego uzasadniają zarzut dotyczący zaniechania przez Zamawiającego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie nPzp, mimo że był do tego obowiązany, bowiem Zamawiający zamiast zastosować przepisy Prawa zamówień publicznych, zastosował konstrukcję zamówienia uzupełniającego w formie zmiany Umowy ZUS-Comarch, w trybie ustawy przejściowej.

Odwołujący wskazał, że przepis art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy przejściowej, będący podstawą udzielenia zamówienia uzupełniającego Konsorcjum stanowi między innymi, że dopuszczalna jest zmiana umowy w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego. Tymczasem w przypadku przedmiotowego zamówienia uzupełniającego nie jest spełniona zarówno przesłanka „dotychczasowego wykonawcy”, jak i „powtórzenie tego samego rodzaju zamówień”. Odwołujący podkreślił, że definitywne rozwiązanie w części Umowy ZUS - Comarch, dokonane w dniu 19 lutego 2019 r., miało miejsce przed rozpoczęciem świadczenia tych usług przez Konsorcjum, a zatem Konsorcjum nigdy nie rozpoczęło świadczenia tych usług na podstawie Umowy ZUS - Comarch. Natomiast zamówienie dodatkowo udzielone 23 grudnia 2020 r. obejmuje tylko i wyłącznie usługi świadczone przez Odwołującego (dotychczasowego wykonawcę), a które to usługi nie były nigdy świadczone przez Konsorcjum. Tym samym, skoro Konsorcjum nigdy nie świadczyło usług objętych zamówieniem uzupełniającym, to zdaniem Odwołującego, nie przysługuje mu status „dotychczasowego wykonawcy”, o którym mowa w art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy przejściowej. Takı status, w omawianym zakresie świadczonych usług, przysługuje jedynie Asseco. W ocenie Odwołującego, Zamawiający udzielając zamówienia uzupełniającego, całkowicie pominął ten element stanu faktycznego. Sama natomiast okoliczność, że usługi objęte zamówieniem uzupełniającym były początkowo objęte Umową ZUS - Comarch nie stanowi, że Comarch kiedykolwiek te usługi świadczyło, czy też, że jest dotychczasowym wykonawcą tych usług. Przyjęcie odpowiedniej chronologii zdarzeń jasno potwierdza, że nie można uznać Comarch za „dotychczasowego wykonawcę” nie tylko dlatego, że nigdy nie świadczyło zakresu usług objętych odwołaniem, lecz przede wszystkim dlatego, że usługi te, po rozwiązaniu Umowy ZUS - Comarch w dotyczącej ich części, zostały udzielone w drodze zamówienia publicznego, zgodnie z przepisami Pzp 2004r., Odwołującemu.

Odwołujący wskazał, że literalna wykładnia słowa „dotychczasowy”, zgodnie ze słownikiem PWN, dotyczy stanu poprzedzającego chwilę obecną, trwającego w niezmienionej formie dotychczas, istniejącego lub odbywającego się do czasu, o którym mowa. W konsekwencji „dotychczasowy wykonawca” to wykonawca, który do tej pory realizował dane usługi. Nie ulega zatem żadnej wątpliwości, że takim wykonawcą jest tylko i wyłącznie Odwołujący. Tymczasem Zamawiający oparł się na pierwotnym brzmieniu Umowy ZUS - Comarch, zupełnie pomijając zarówno stan faktyczny, stan prawny jak i swoje własne oświadczenia, tj. pomijając okoliczności, które zaistniały po dniu 2 marca 2018 r., tj. dniu zawarcia Umowy ZUS - Comarch.

Odwołujący podkreślił, że kolejną przesłanką, która nie ziściła się w przedmiotowym stanie faktycznym jest przesłanka „powtórzenia tego samego rodzaju zamówień”. Wskazanie braku zaistnienia tej przesłanki wymaga wyjaśnienia istotnych różnic pomiędzy usługami świadczonymi obecnie przez Odwołującego, a usługami świadczonymi przez Konsorcjum, w szczególności dotyczy to roli Integratora, która jest usługą zupełnie innego rodzaju niż usługi świadczone przez Konsorcjum Comarch obecnie, polega na innych działaniach i wymaga znacznie większych kompetencji.

Końcowo Odwołujący wskazał, że zakres usług objętych zamówieniem uzupełniającym na podstawie aneksu z 23 grudnia 2020 r. zawartym przez ZUS z Konsorcjum (np. rola Integratora) jest istotnie różny od zakresu usług

świadczonych przez Konsorcjum obecnie i nie sposób mówić o zamówieniu „tego samego rodzaju” . W związku z powyższym Zamawiający nie był uprawniony do zlecenia Konsorcjum usług objętych aneksem nr 5.

Odwolujący wskazał ponadto, że w istniejącym stanie faktycznym zachodzą przesłanki do zastosowania art. 209 ust. 1 pkt 4) nPzp, gdyż ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem. Na rynku istnieją co najmniej 2 wykonawcy, z którymi Zamawiający może przeprowadzić takie negocjacje: Odwołujący i Konsorcjum Comarch, są to podmioty obecnie świadczące różne usługi wsparcia dla różnych części systemu KSI ZUS w ramach całości usług wsparcia eksploatacji i utrzymania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego odrzucenie na podstawie art. 528 pkt 1 i pkt 3 nPzp, a w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę powyższego wniosku - o oddalenie odwołania.

Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 1 nPzp, Zamawiający wskazał, że zgodnie z ww. przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy. Zdaniem Zamawiającego - niewątpliwie ustawodawca przez ustawę rozumie ustawę Pzp. Analogiczny przepis istniał na gruncie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp 2004 r.) - art. 198 ust. 2 pkt 1 Pzp 2004.

Oznacza to, że jeżeli do oceny działania Zamawiającego zastosowanie ma inny akt prawny to odwołanie podlega odrzuceniu. Nie dotyczy to jedynie przepisów ustawy Pzp 2004 r., którą zastąpiła nPzp. Zgodnie bowiem ze specyficznym rozwiązaniem ustawy z dnia 11 września 2019 r. przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), wynikającym z art. 92, przepisy postępowania odwoławczego mają zastosowanie również do rozstrzygania o postępowaniach opartych o regulację Pzp 2004 r. Tym samym, jeżeli w sprawie zastosowanie mają przepisy innej ustawy niż nPzp lub Pzp 2004r. odwołanie powinno zostać odrzucone.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący jako podstawę zarzutu wskazuje art. 513 pkt 3 nPzp, podczas gdy przepis ten nie może w ocenie Zamawiającego być samodzielną podstawą zarzutu. Jest to przepis proceduralny, tak jak pozostałe dwa punkty art. 513 nPzp, który reguluje jedynie zakres zaskarżenia, a nie określa praw i obowiązków Zamawiającego. Ponadto, podstawą zarzutu mogą być jedynie przepisy obowiązujące na dzień podejmowania działań (czynności) przez Zamawiającego (prawo nie działa wstecz), a Odwołujący nie precyzuje żadnego zarzutu dotyczącego naruszenia tych przepisów. Wszystkie zarzuty zostały oparte o nPzp, na podstawie której Zamawiający nie dokonywał żadnych czynności, gdyż nie stanowiły one prawa ani w listopadzie ani w grudniu 2020 r. Podkreślił, że w niniejszej sprawie zastosowanie miał przepis art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy przejściowej, który nie wprowadził zmiany do ustawy Pzp lecz reguluje odrębną od ustaw Pzp i nPzp podstawę do zmiany umowy.

Ponadto Zamawiający wyjaśnił, że działając w oparciu o przepis art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy przejściowej dokonał zmiany umowy w sprawie zamówienia. Zdaniem Zamawiającego bezsporne jest, że mamy do czynienia z aneksem do Umowy. Zgodnie z art. 91 ust. 1 Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) do umów zawartych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Tym samym do oceny prawidłowości aneksu z dnia 23 grudnia 2020 r. do umowy z dnia 2 marca 2018 r. nie będzie miała zastosowania nPzp. W tym zakresie nie ma zastosowania również ustawa Pzp z 2004 ponieważ kwestię zmian umowy w sposób wyczerpujący uregulował art. 19 ustawy przejściowej, która jako jedyna może mieć zastosowanie do oceny działania podjętego przez Zamawiającego. Zamawiający wskazał, że zarzutami odwołania nie zostało objęte naruszenie art. 19 ust. 3 lit. b ustawy przejściowej. Wskazywał, że Odwołujący przyjmuje za „fakt”, że Umowa ZUS - Comarch została aneksowana z naruszeniem prawa, jednak twierdzenie to stanowi tylko jego ocenę działania Zamawiającego. Na chwilę obecną żadna instytucja, w tym KIO ani Sąd, nie stwierdziła jej nieważności ani nawet nie ustaliła naruszenia prawa. Tym samym aneks nr 5 do umowy jest ważny, dopóki właściwy organ nie dokona jego unieważnienia. Ponadto, w ocenie Zamawiającego stwierdzenie nieważności zmiany umowy zawartej na podstawie art. 19 ust. 3 pkt 2 lit b ustawy przejściowej wykracza poza zakres niniejszego odwołania, a co za tym idzie poza zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie bowiem z art. 555 nPzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Zamawiający wskazał także, że Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 513 nPzp, tj. przepisu proceduralnego nieobowiązującego na dzień podejmowania działań przez Zamawiającego, stwierdzając, że Zamawiający zaniechał przeprowadzenia postępowania, pomimo że był do tego zobowiązany. Zamawiający wskazał, że nie kwestionuje, że potencjalnie mógłby zastosować jeden z trybów ustawowych. Jednak skorzystał z uprawnienia przewidzianego w ogłoszeniu i dokonał zmiany umowy zgodnie z przepisami ustawy przejściowej. To ustawodawca zdecydował o tym, że z uwagi na zmiany w regulacji nieliczna grupa zamówień uzupełniających nie będzie udzielana na podstawie Pzp 2004r. i w ramach procedury zamówienia z wolnej ręki tylko jako aneks do umowy. Decyzja ta niesie za sobą konkretne konsekwencje, w szczególności ustawodawca w ustawie przejściowej nie przewidział obowiązków informacyjnych ani możliwości zaskarżenia.

Zamawiający wskazał również, że Odwołujący nie obejmuje zarzutem przepisu art. 19 ustawy przejściowej. Postuluje się zatem konstrukcją nieznaną na gruncie nPzp, która wymaga od Krajowej Izby Odwoławczej rozstrzygania o sprawach nieobjętych zarzutami (tj. o legalności zawarcia aneksu). Samo bowiem ustalenie, że byłaby możliwość przeprowadzenia postępowania w trybie nPzp w sytuacji, gdy Zamawiający był uprawniony do udzielenia zamówienia na podstawie innej ustawy nie będzie w ocenie Zamawiającego wystarczające do uwzględnienia odwołania w tym zakresie.

Uzasadniając natomiast wniosek odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 nPzp Zamawiający wskazał, że Odwołujący w dniu 6 listopada 2020 r. powziął wiedzę o fakcie, że Zamawiający i Konsorcjum prowadzi negocjacje zmierzające do podpisania aneksu nr 5. Następnie, w dniu 26 listopada 2020 r. na wniosek pełnomocnika Odwołującego Zamawiający przekazał treść listu intencyjnego, który wskazuje na rozpoczęcie negocjacji i zamiar zawarcia aneksu do umowy, jego zakres oraz podstawy prawne. W dniu 17 grudnia 2020 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu pismo, w którym dokonał szczegółowej analizy treści listu intencyjnego i wskazał na nieprawidłowości w ustaleniach faktycznych. W opinii Zamawiającego nie budzi zatem wątpliwości, że od dnia 6 listopada 2020 r. Odwołujący miał wiedzę o zamiarze zawarcia aneksu nr 5 do Umowy ZUS - Comarch, a najdalej z dnia 26 listopada 2020 r. Odwołujący miał pełną wiedzę lub przy dołożeniu należytej staranności mógł powziąć wiedzę o tym, że Zamawiający proceduje zawarcie aneksu w zakresie zamówień uzupełniających, a tym samym „zaniechał przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”. Z zaskarżonego przepisu nPzp wprost wynika, że przedmiotem zaskarżenia jest zaniechanie przeprowadzenia postępowania, a nie fakt udzielenia bądź nieudzielenia zamówienia, a w świetle informacji przedstawionych przez samego Odwołującego o fakcie zaniechania przeprowadzenia postępowania na usługi objęte

przedmiotem zamówienia uzupełniającego dowiedział się już w listopadzie 2020 r. W konsekwencji powinien on skarżyć zaniechanie przeprowadzenia postępowania w terminie 10 dni od powzięcia informacji o zawarciu listu intencyjnego jako momentu powzięcia informacji o zaniechaniu przeprowadzenia postępowania.

Odnosząc się natomiast do zarzutów odwołania, Zamawiający wyjaśnił, że przed rozpoczęciem negocjacji w sprawie zawarcia aneksu nr 5 ustalił, że zostały spełnione przesłanki wymagane do udzielenia zamówienia uzupełniającego, o których mowa w art. 19 ust. 3 pkt 2) lit. b) ustawy przejściowej, tj. aneks zawierany jest z dotychczasowym wykonawcą (Konsorcjum) w okresie 3 lat od dnia udzielenia zamówienia podstawowego (dnia zawarcia Umowy ZUS - Comarch), a wartość zamówienia uzupełniającego (określonego w aneksie nr 5) nie stanowi więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego i polega na powtórzeniu tego samego rodzaju usług. Zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego. Udzielenie zamówienia uzupełniającego nie powoduje zmiany praw i obowiązków Stron, jak również cen jednostkowych usług objętych Umową przed zawarciem aneksu nr 5, który został zawarty w dniu 23 grudnia 2020 r. Zamawiający wskazał, że stanowisko Odwołującego odnośnie braku zaistnienia w niniejszym stanie faktycznym przesłanki dotyczącej udzielenia zamówienia dotychczasowemu wykonawcy usług podobnych, a w konsekwencji powtórzenia przez wykonawcę tego samego rodzaju zamówień jest całkowicie bezpodstawne. Stwierdził, że zarzuty odwołania opierają się na założeniu, że nie jest możliwym udzielenie zamówień uzupełniających przez sam fakt uprzedniego częściowego rozwiązania umowy z dotychczasowym wykonawcą. Teza ta jednak nie ma żadnego oparcia w przepisach prawa, ponieważ w opinii Zamawiającego koniecznym a jednocześnie wystarczającym dla zastosowania zamówienia uzupełniającego jest jedynie ustalenie zaistnienia przesłanek określonych w przepisie. Ponadto w jego ocenie stanowisko, że dotychczasowym wykonawcą jest jedynie wykonawca, który określoną czynność w ramach usługi utrzymania realizuje również jest oderwane od brzmienia tego przepisu.

Według Zamawiającego zarówno z przepisów prawa krajowego oraz unijnego wynika, że przez dotychczasowego wykonawcę rozumie się wykonawcę, któremu ta sama instytucja zamawiająca udzieliła pierwotnego zamówienia w trybie konkurencyjnym na usługi podobne lub tego samego rodzaju. Ani przepis ustawy przejściowej ani przepisy dyrektyw nie wymagają, aby był to wykonawca dokładnie tej samej, identycznej usługi, a nawet realizacji wszystkich identycznych czynności wchodzących w skład usługi. Zamawiający wskazał, że zgodnie z brzmieniem art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy przejściowej zamówienia uzupełniającego Zamawiający może udzielić w terminie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, a zatem także, a nawet przede wszystkim w trakcie trwania zamówienia podstawowego, a nie po jego zrealizowaniu. Oznacza to, że obok zamówienia na usługi objęte zamówieniem podstawowym Zamawiający może udzielić zamówienia o tym samym rodzaju. Według Zamawiającego sam ustawodawca przewiduje, że obok realizacji usług podstawowych mogą być realizowane usługi tego samego rodzaju, ale inne niż objęte zamówieniem podstawowym, dodatkowe. Co więcej wprost z treści dyrektyw i przepisów krajowych wynika, że są to usługi lub roboty budowlane nowe. Mogą być to zatem nawet usługi, które do tej pory nigdy nie były świadczone albo były w przeszłości świadczone przez innych wykonawców. Zdaniem Zamawiającego, jeżeli by zastosować interpretację, że zamówienia uzupełniające stosowane mogą być jedynie do usług/robót budowlanych już realizowanych to wypaczałoby sens tej instytucji. Wykonawca nie mógłby bowiem objąć w trakcie realizacji umowy podstawowej żadnej usługi lub roboty tego samego rodzaju, mimo oszacowaniu jej w wartości zamówienia i przewidzeniu w ogłoszeniu tylko dlatego, że jej do tej pory nie świadczył lub nie wykonał tej konkretnej usługi/roboty (niezależnie od tego czy w ogóle nikt jej nie realizował bo jest „nowa” czy była w przeszłości realizowana przez zamawiającego we własnym zakresie, czy też przez innego wykonawcę).

Zamawiający wskazał, że wykładnia terminu „dotychczasowy wykonawca” prezentowana przez Odwołującego oparta jest ona jedynie na słownikowym rozumieniu słowa „dotychczasowy”, który określa potoczne znaczenie tego słowa bez uwzględnienia kontekstu prawnego. Ta prosta wykładnia prowadzi natomiast Odwołującego do wniosku, że „Konsorcjum Comarch nie przysługuje status „dotychczasowego wykonawcy”, o którym mowa ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy przejściowej. Taki status w omawianym zakresie świadczonych usług, przysługuje jedynie Odwołującemu”. Zamawiający podkreślił, że wbrew powyższemu twierdzeniu Odwołujący jako wykonawca, który zawarł umowę w trybie zamówienia z wolnej ręki w 2019 r. nie może być uznany za dotychczasowego wykonawcę w rozumieniu art. 19 ust. 3 pkt 2 lit b) ustawy przejściowej tak z uwagi na dzień zawarcia umowy jak i tryb, w jakim była zawarta. Taka konstatacja oparta na słownikowym rozumieniu słowa „dotychczasowy” wprost wskazuje, że zastosowanie takiej literalnej wykładni tego terminu w oderwaniu od wykładni funkcjonalnej, systemowej, unijnej jest z gruntu nieprawidłowe i prowadzi do nieprawidłowych wniosków.

Reasumując Zamawiający stwierdził, że ustawodawca używając wyrażenia „dotychczasowy wykonawca” rozumiał przez to wykonawcę wybranego w trybie konkurencyjnym, w którym przewidziano możliwość skorzystania z zamówienia uzupełniającego. Takim wykonawcą jest Comarch, który został wyłoniony w trybie konkurencyjnym na świadczenie usług utrzymania KSI ZUS, w którym przewidziano możliwość skorzystania z zamówień uzupełniających. Konsorcjum usługi wsparcia i eksploatacji utrzymania KSI ZUS świadczy nieprzerwanie od ponad 1,5 roku. Świadczenie tych usług zostało poprzedzone 12 miesięcznym okresem przejściowym, który był realizowany w ramach i na podstawie Umowy ZUS - Comarch po jej zawarciu i obejmował konieczność zapoznania się ze wszystkimi usługami świadczonymi w ramach umowy. Postępowanie 2020 nie zostało unieważnione. Także Umowa ZUS - Comarch nie została unieważniona. Sam fakt częściowego rozwiązania umowy nie wpływa natomiast na fakt, że Konsorcjum od 2018 r. do chwili obecnej realizuje umowę zawartą w trybie konkurencyjnym, po przeprowadzeniu konkurencyjnego postępowania, w którym zastrzeżono zamówienia uzupełniające.

Odnosząc się kolejno do przesłanki warunkującej możliwość zastosowania art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy przejściowej dotyczącej stwierdzenie czy przedmiotem aneksu są usługi tego samego rodzaju i czy są zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego Zamawiający wskazał, że jego zdaniem tożsamość rodzajów usług należy odnosić do przedmiotu zamówienia podstawowego określonego w SIWZ i ogłoszeniu, a nie realizowanego.

Zamawiający wyjaśnił, że fakt częściowego rozwiązania umowy nie wynikał z różnego charakteru tych usług, tylko z braku potwierdzenia, że Comarch ma wystarczającą wiedzę i chęci wyeliminowania ryzyka związanego z wadliwym świadczeniem usług. Także zakres rozwiązania umowy, który objął połowę usług utrzymania i wsparcia eksploatacji pomimo, że Comarch nie zaliczył jedynie ok. 7 na kilkadziesiąt testów nie wynikał z odmiennego rodzaju tych usług lecz z faktu, że usługi te są ze sobą powiązane tak pod względem infrastruktury, jak i pod względem trudności z rozdzieleniem czynności w ramach różnych usług jak i odpowiedzialności, co wynika wprost z opisu powiązania zawartego w oświadczeniu o odstąpieniu z dnia 19 lutego 2019 r. W ocenie Zamawiającego dokument ten jest dowodem

na to, że usługi te nie tylko są tożsame rodzajowo, ale też ściśle ze sobą połączone i jako całość stanowią usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS. Wyłącznie z tego powodu Zamawiający, mimo iż Comarch nie zdał testów odnoszących się jedynie do drobnego procenta usług objętych systemem KSI ZUS zdecydował się na rozwiązanie Umowy ZUS-Comarch w szerszym zakresie. Zamawiający podkreślił, że podział usług nie oznacza, że w ramach wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI mamy do czynienia z innymi rodzajowo, niepowiązanymi usługami. O jednorodzaowości usług świadczy według niego chociażby fakt, że niezwłocznie po częściowym rozwiązaniu Umowy ZUS - Comarch i zawarciu aneksu do Umowy z Odwołującym strony zawarły aneksy wprowadzające jednolity model współdziałania. Model współdziałania reguluje kwestie ścisłego współdziałania obu wykonawców, które były niezbędne do zapewnienia sprawnego świadczenia usług utrzymania KSI ZUS. W modelu współdziałania nie rozróżniano jako różne usługi utrzymania świadczone przez Asseco i Comarch lecz przeciwnie wprowadzono pojęcie „Łącznych Usług Utrzymania”. Uznano, że usługi są tożsame (jeden rodzaj usług utrzymania), a podział dotyczy jedynie świadczenia tych samych usług „na poszczególnych elementach infrastruktury KSI ZUS przyporządkowanych Wykonawcy”. Także analiza SIWZ Postępowania 2015 prowadzi do wniosku, że podział czynności związanych z utrzymaniem KSI ZUS nie ma nic wspólnego z podziałem na usługi różnego rodzaju lub odmienne. Zgodnie z rozdziałem 2 ust. 1 pkt 1 SIWZ usługi utrzymania KSI ZUS zostały podzielone na 7 kategorii (aplikacyjne, biznesowe, utrzymania narzędzi i procesów IT, serwisowe, integrator, usługi dodatkowe, usługi zlecane zgodnie z załącznikiem nr 7), które występują w obu umowach z Comarch i Asseco (za wyjątkiem odrębnej roli Integratora o czym mowa poniżej). Wszystkie te jednak „usługi” są usługami objętymi jednym kodem CPV 72315000-6 Usługi zarządzania siecią danych oraz usługi wspierające i należą do tego rodzaju usług. Ponadto z art. 2 Umowy Comarch wynika, że co do zasady Konsorcjum świadczy niemalże wszystkie rodzaje usług i ról wskazane w przedmiocie umowy od dnia przejęcia do dnia dzisiejszego. Ograniczeniu polegał jedynie obszar /część KSI w zakresie, którego usługi utrzymania są świadczone. O tożsamości rodzajowej usług wskazanych w pkt 1 i podlegających częściowemu rozwiązaniu świadczy również chociażby treść załącznika nr 16 do wzoru umowy Postępowania 2015 r. pn.: „Struktura Wynagrodzenia Wykonawcy oraz zasady obniżania wynagrodzenia”. Usługi te zostały pogrupowane i kategorie te nie odpowiadają podziałowi dokonanemu przy rozwiązaniu częściowym Umowy Comarch. Zamawiający podkreślił także, że nie zawierał umowy na konkretne niezmiennie metryki usług, lecz na świadczenie usług utrzymania niezależnie od kształtu KSI ZUS i metryk objętych umową. W umowie przewidziano szereg mechanizmów pozwalających na zmianę metryk tak przez ich redukcję jak i przez dodanie nowych metryk usług. Także w ramach usług dodatkowych oraz zlecanych w ramach T&M możliwe było zlecenie usług nieprzewidzianych w metrykach usług. To wprost wskazuje, że metryki usług określają jedynie obszar KSI, w zakresie którego świadczone są usługi utrzymania. Przedmiotem umowy (zamówienia podstawowego) natomiast są usługi utrzymania.

O tożsamości rodzajowej usług utrzymania i wsparcia eksploatacji świadczą – zdaniem Zamawiającego – także wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez obu wykonawców w Postępowaniu 2015 i w Postępowaniu 2020.

Zamawiający stwierdził, że także sam Odwołujący potwierdził jednorodzaowość większości usług wchodzących w skład usług utrzymania i wsparcia eksploatacji. Linia podziału, którą prezentuje w odwołaniu jest całkowicie oderwana od linii podziału pomiędzy usługami obecnie świadczonymi przez Odwołującego i Comarch. Obecnie w ramach usług utrzymania KSI mamy do czynienia z 74 metrykami usług, z czego 31 wykonuje Asseco a 42 Comarch. Odwołujący wszystkie te usługi określa łącznie jako „zadania wykonywane w środowisku produkcyjnym (rzeczywistym) KSI ZUS - zakres Usług utrzymania”. Sam zatem uznaje je za usługi tożsame rodzajowo - Usługi utrzymania. Dodatkowo i odrębnie Odwołujący opisuje jedynie rolę Integratora - podkreślając, że jest to zespół zadań wykonywanych w środowisku testowym, podczas gdy czynności integratora nie stanowią całkowicie odmiennych rodzajowo usług utrzymania i wsparcia eksploatacji. W Postępowaniu 2015 była to jedna z wielu ról pełnionych w ramach świadczenia usług utrzymania. Obaj wykonawcy obecnie posiadają środowiska testowe, w których wykonują zadania. Każdy wykonawca dokonując naprawy błędu nierzadko musi dokonać modyfikacji lub uzupełnienia oprogramowania. Przed wprowadzeniem danej zmiany na środowisko produkcyjne testuje ją na środowisku testowym. Tym samym w ramach realizacji Umowy Comarch wykonywał testy wydajnościowe, systemowe, regresji. Specyfika zadań Integratora polega na tym, że tymi testami są objęte oprogramowania /modyfikacje realizowane w ramach umowy, innych umów np. rozwojowej, które mają być wdrożone na środowisko produkcyjne. Trudno zatem mówić o odmiennym rodzaju usług. Zamawiający nie powieł tej roli w obu umowach uznając to za zbędne i niecelowe - ponieważ wykonawcy dublowali by swoje czynności, a Zamawiający musiałby dwukrotnie płacić za to samo.

W ocenie Zamawiającego uwzględniając powyższe bezsporne powinno być, że w niniejszym przypadku mamy do czynienia z tożsamym rodzajem usług - usługą utrzymania i wsparcia eksploatacji systemu informatycznego.

Końcowo Zamawiający wskazał, że przyjęcie interpretacji zaproponowanej przez Odwołującego oznaczałoby, że w przypadku zmiany umowy o zamówienie to zmieniony, ale faktycznie realizowany zakres umowy decydowałby o kształcie zamówienia uzupełniającego a nie treść SIWZ i ogłoszenia. Jeżeli zmiana umowy objęłaby dodanie do umowy usług/robót innego rodzaju niż wskazane w SIWZ i ogłoszeniu to z uwagi na faktyczną realizację tych usług/robót możliwe byłoby udzielenie zamówienia uzupełniającego na usługi/roboty innego rodzaju niż wymienione w SIWZ/ogłoszeniu. W ramach tych zamówień wykonawcy uzyskaliby inne usługi niż te których wiedzę mogliby powziąć inni potencjalni wykonawcy na etapie ogłoszenia. Ten przykład - według Zamawiającego - wprost wskazuje, że kluczowe i rozstrzygające znaczenie dla ustalenia zakresu zamówienia podstawowego ma treść dokumentacji postępowania - w szczególności ogłoszenia, bo to ona była znana innym potencjalnym wykonawcom.

Zamawiający odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 209 ust. 1 pkt 4 nPzp w związku z art. 208 ust. 1 nPzp oraz w związku z art. 16 i art. 17 ust. 1 nPzp w związku z art. 129 ust. 2 nPzp wyjaśnił, że wszczął w 2015 r. postępowanie w trybie podstawowym - przetargu ograniczonym. W wyniku tego postępowania wyłonił wykonawcę. Ma zawartą umowę z wykonawcą wybranym w trybie konkurencyjnym. Postępowanie 2015 ani Umowa Comarch nigdy nie były unieważnione. W tym stanie faktycznym, oczywiście i w pełni zgodnym z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest nadanie prymatowi instytucji określonych i przewidzianych w trybie konkurencyjnym, gdzie udział wykonawców był otwarty (złożono 4 wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i 3 oferty) niż sięganie po tryb bez uprzedniego ogłoszenia, niekonkurencyjny - o co wnioskuje Odwołujący.

Już sam ten fakt wyłącza możliwość uznania, że Zamawiający dokonując wyboru skorzystania z instytucji zamówień uzupełniających przewidzianych w ogłoszeniu Postępowania 2015 zamiast zastosowania negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki - naruszył art. 16 i art. 17 nPzp. Co więcej, gdyby Zamawiający wybrał tryb niekonkurencyjny i udzielił zamówienia wykonawcy niewybranemu w trybie konkurencyjnym mimo, że zachodziły przesłanki udzielenia zamówienia uzupełniającego wskazanego w ogłoszeniu Postępowania 2015 r., budziło by to większe wątpliwości w

świećcie art. 16 i 17 nPzp.

Ponadto, wyjaśnił, że wbrew twierdzeniom Odwołującego nie było obiektywnie możliwe przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, bowiem Zamawiający zgodnie z prawem musiałby zastrzec inne niż cena np. jakościowe kryteria oceny ofert, a te z uwagi na specyfikę zamówienia, uniknięcie zarzutu iluzoryczności kryterium oraz stan faktyczny nakładający obowiązek odróżnienia tych kryteriów od kryteriów zastrzeżonych w postępowaniu 2020 r. wymagałoby wielotygodniowych opracowań. Także analiza przebiegu negocjacji bez ogłoszenia nie pozwalała na stwierdzenie, że tryb ten pozwoliłby na zakończenie postępowania wcześniej niż Postępowanie 2020 r. Jedyną alternatywą dla przyjętego przez Zamawiającego rozwiązania byłoby postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki z uwagi na natychmiastową konieczność wykonania zamówienia i brak możliwości zastosowania innego, krótszego trybu.

Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 9 lutego 2021 r. wskazał, że na dzień złożenia odwołania, nie była mu znana treść aneksu nr 5. Swoją wiedzę opierał na opublikowanym przez Comarch Raporcie bieżącym RB-17-2020. Stąd też całą swoją argumentację Odwołujący odnosił do aneksu nr 5 jako całości, nie mając świadomości, że aneks nr 5 obejmuje 2 zupełnie różne typy usług, świadczone obecnie przez różne podmioty na podstawie różnych umów – wskazane w rozłącznych punktach § 2 ust. 1 aneksu nr 5:

a. § 2 ust. 1 pkt 1 - usługi wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS objęte aktualnie Umową z Odwołującym przez Okres Przedprzebiegowy i Okres Przebiegowy, tj. od dnia 1 maja 2021 r. do czasu zakończenia Okresu Przebiegowego, jednak nie krótszy niż 3 miesiące i nie dłuższy niż do dnia 1 października 2022 r.;

b. § 2 ust. 1 pkt 2 - usługi wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS objęte aktualnie Umową ZUS – Comarch w Okresie Uzupełniającym tj. od dnia 1 stycznia 2022 r. do dnia 1 października 2022 r.

W związku z powyższym Odwołujący wyjaśnił, że odwołanie obejmuje jedynie usługi wskazane w § 2 ust. 1 pkt 1 aneksu nr 5, ponieważ w tym to zakresie Zamawiający zaniechał przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, chociaż był do tego zobowiązany.

Odnosząc się do odpowiedzi na odwołanie Odwołujący wskazał, że wbrew stanowisku Zamawiającego, zamówienie uzupełniające może być zastosowane tylko wtedy, gdy mamy do czynienia z kontynuacją 1:1 dotychczasowych usług, gdy są to te same, identyczne usługi. Stwierdził, że w całym swoim wywodzie Zamawiający świadomie i celowo pominął słowo „powtórzenie”. Natomiast zamówienie uzupełniające nie ma być zamówieniem na usługi podobne, ale – co wyraźnie wskazał ustawodawca – ma być powtórzeniem tego samego rodzaju zamówień. Skoro zatem ustawodawca wymaga, aby było to powtórzenie tego samego rodzaju zamówień, to nie jest prawdziwe także twierdzenie Zamawiającego: „Mogą być to zatem nawet usługi, które do tej pory nigdy nie były świadczone albo były w przeszłości świadczone przez innych wykonawców.”. Zdaniem Odwołującego, jeśli dane usługi nie były świadczone przez wykonawcę, to nie stanowią powtórzeń, której to przesłanki wymaga ustawodawca unijny. Natomiast skoro obaj ustawodawcy – krajowy i unijny – wymagają powtarzania podobnych usług, to właśnie konieczne jest uprzednie świadczenie takich usług – aby następnie można je było powtórzyć. Jeśli czegoś się nie świadczyło, to i nie można następnie tego powtórzyć. W opinii Odwołującego, dopuszczenie sytuacji wskazywanej przez Zamawiającego prowadziłoby do poważnych nadużyć – zlecenie w ramach zamówień uzupełniających usług luźno tylko powiązanych lub tylko trochę podobnych usług.

Odnosząc się do zaprezentowanego przez Zamawiającego stanowiska dotyczącego tożsamości rodzajowej usług zauważył, że Zamawiający stoi na stanowisku, że tożsamość rodzajową usług należy odnosić do przedmiotu zamówienia podstawowego określonego w SIWZ i ogłoszeniu, a nie realizowanego. Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie zawarł w odpowiedzi na odwołanie żadnej argumentacji, która uzasadniałaby pominięcie kwestii konieczności zaistnienia „powtórzenia tego samego rodzaju zamówień”, natomiast usługi objęte odwołaniem, co do których Zamawiający zaniechał przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (a wskazane w § 2 ust. 1 pkt 1 aneksu 5) z całą pewnością nie stanowią powtórzeń usług wcześniej świadczonych przez Comarch.

Odwołujący podkreślił, że stanowisko Zamawiającego, iż wszystkie usługi dotyczące utrzymania KSI to usługi jednorodnjajowe jest sprzeczne z wcześniejszymi oświadczeniami ZUS, składanymi wielokrotnie od lutego 2019 r. Zarówno bowiem w oświadczeniu o częściowym odstąpieniu od Umowy ZUS – Comarch z winy Konsorcjum, jak i w toku postępowań odwoławczych i sądowych, w których Zamawiający wskazywał na okoliczność odmienną, tj. możliwy (a wręcz konieczny) podział usług na 2 odrębne części.

Ponadto wskazał, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego celem powołania Modelu Współdziałania nie jest „jednolitość” czy też „stworzenie platformy współpracy” (brak nawet takiej wzmianki w treści aneksów wprowadzających Model Współdziałania). Celem tym jest wyłącznie jednoznaczne rozdzielanie odpowiedzialności wykonawców za elementy KSI niezbędne do świadczenia Usług utrzymania. Model współdziałania dotyczy rozgraniczenia odpowiedzialności wykonawców realizujących swoje usługi na tym samym ITS, a nie stworzenia „platformy współpracy” Odwołującego i Konsorcjum w realizacji tych samych Usług utrzymania. W konsekwencji nie można powiedzieć, że Odwołujący i Konsorcjum współpracują ze sobą jak członkowie konsorcjum. Wskazuje na to nawet sama nazwa Modelu – nie jest to bowiem Model Współpracy, ale Model Współdziałania. Dwaj wykonawcy i ZUS (o czym nie należy zapominać) współdziałają w celu zapewnienia prawidłowej eksploatacji ZUS.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego o sztuczności podziału i wewnętrznej jednorodnjajowości usług Odwołujący wskazał na treść Modelu Współdziałania (Załącznik 7A do Umowy z Asseco):

3.3. W celu realizacji zasad wskazanych w punkcie 3.2. Zamawiający będzie utrzymywał Rejestry oraz zakres uprawnień podmiotów w sposób umożliwiający jednoznaczną identyfikację podmiotu lub podmiotów, które są odpowiedzialne za czynności lub zmiany dotyczące dowolnego elementu Architektury KSI ZUS w Modelu Współdziałania objętym Łącznymi Usługami Utrzymania (...).

3.5. Usuwanie skutków Incydentu w ramach Modelu Współdziałania odbywać się będzie na następujących zasadach:

3.5.1. Niezależnie od przyczyny Incydentu, Wykonawca Konsorcjum Comarch odpowiedzialny jest za usuwanie skutków Incydentu w poszczególnych elementach Architektury KSI ZUS przyporządkowanych Wykonawcy Konsorcjum Comarch w Rejestrach w Modelu Współdziałania, zgodnie z SLA;

3.5.2. Niezależnie od przyczyny Incydentu, Wykonawca Asseco odpowiedzialny jest za usuwanie skutków Incydentu w poszczególnych elementach Architektury KSI ZUS przyporządkowanych Wykonawcy Asseco w Rejestrach w Modelu Współdziałania, zgodnie z SLA.

Uwzględniając powyższe Odwołujący stwierdził, że to sam Zamawiający prowadzi Rejestry, z których precyzyjnie wynika rozłączny i różny przedmiot (elementy Architektury KSI ZUS), a tym samym zakres usług świadczonych przez obu wykonawców i nie powinien od tego faktu abstrahować tylko w celu podparcia użytecznej dla niego w danym

momencie tezy.

Odwolujący wyjaśnił, ponadto odnosząc się do twierdzenia Zamawiającego, że o tożsamości rodzajowej usług świadczy jeden wspólny kod CPV – 72315000-6, że to nie kod CPV jest czynnikiem decydującym, czy spełniona jest przesłanka powtórzenia tego samego rodzaju zamówień, co zamówienie podstawowe. Po pierwsze – gdyby ustawodawca chciał, aby to kod CPV był decydujący, to prostu ująłby to w przepisie. Po drugie – gdyby kod CPV miał być decydujący – to wtedy Zamawiający mógłby zlecić dowolną usługę informatyczną dotyczącą dowolnego systemu.

Odwolujący podkreślił, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, usługi realizowane przez niego oraz przez Przystępującego różnią się pomiędzy sobą obszarem biznesowym, którego dotyczą, stopniem skomplikowania, krytycznością, wykorzystywanymi technologiami oraz wrażliwością na dane źródłowe. Tym samym, sama umiejętność np. świadczenia serwisu oprogramowania (usuwanie błędów) czy przeprowadzania konsultacji dla użytkowników dla jednego modułu oprogramowania (obszaru biznesowego) nie oznacza takiej umiejętności dla innego modułu, chociaż techniczna czynność jest taka sama – usuwanie błędów czy udzielanie wsparcia użytkownikom. Obszary te mają swoją specyfikę, wrażliwość, dedykowane oprogramowanie wspomagające, wykorzystujące określone technologie, a ich obsługa wymaga posiadania odpowiedniej wiedzy merytorycznej i doświadczenia. Tym bardziej, że świadczone usługi utrzymania nie polegają wyłącznie na technicznym administrowaniu, ale również na wspieraniu procesów biznesowych (obsłudze merytorycznych zgłoszeń od pracowników ZUS) czy diagnozowaniu zgłoszeń dedykowanych dla danego obszaru biznesowego. Nie można zatem mówić o tożsamości tych usług, bo wspierają one różne procesy biznesowe i są świadczone na różnych elementach architektury systemu.

Odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego dotyczących braku podstaw do uznania usługi Integratora za usługę nie tożsamą z pozostałymi usługami utrzymania, wskazał, że argumentacja Zamawiającego jest niezgodna z oświadczeniami Zamawiającego zawartym w Załączniku 5 Rola Integratora Umowy obecnie realizowanej przez Asseco, a Zamawiający obecnie abstrahuje od kwestii wskazanych w ww. załączniku usiłując wykazać, iż pełnienie Roli Integratora można uznać za tożsame z każdą dowolną usługą utrzymania (np. usługą usuwania błędów). W opinii Odwołującego argumentacja Zamawiającego jest nie tylko błędna, ale w swojej istocie bezużyteczna, ponieważ pozwala uznać w praktyce dowolną usługę za tożsamą z pełnieniem Roli Integratora w myśl zasady, że dowolne dwie usługi, o ile dotyczą systemu informatycznego ZUS, można uznać za tożsame. Za niepoprawną w jego ocenie, należy również uznać argumentację Zamawiającego, iż Tożsamość usługi pełnienia Roli Integratora z pozostałymi Usługami utrzymania wynika z faktu konieczności posiadania przez wykonawców Usług utrzymania środowisk testowych oraz wykonywania przez nich testów.

Charakter czynności wykonywanych w ramach pełnienia Roli Integratora jest zupełnie inny, niż czynności wykonywane w ramach Usług utrzymania. Wykonawca pełniący tą rolę musi mieć pełną i kompletną wiedzę zarówno w zakresie sposobu działania wszystkich usług wchodzących w skład KSI (w szczególności o powiązaniach i zależnościach pomiędzy poszczególnymi usługami obejmującymi całe KSI), jak i o procesach biznesowych wspieranych przez te usługi. Jego zadania nie ograniczają się jedynie do wykonywania testów w środowisku przedprodukcyjnym, ale obejmują również zadania związane z organizacją wdrożenia zmian w środowisku produkcyjnym gwarantującą zachowanie ciągłości działania KSI a następnie weryfikacją poprawności działania całego środowiska produkcyjnego. Rola Integratora jest związana z architekturą całego KSI ZUS (również w obszarach, które podlegają utrzymaniu przez innych wykonawców) i z tego względu wymaga znacznie większych kompetencji, niż kompetencje niezbędne do utrzymania tylko wybranych Usług utrzymania.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego dotyczącego zgodności z zamówieniem/projektem podstawowym Odwołujący stwierdził, że argumentacja Zamawiającego koncentrująca się na potwierdzeniu, że zamówienie uzupełniające w całości obejmuje wyłącznie elementy objęte przedmiotem Umowy ZUS - Comarch określonym w SIWZ z 2015 r. nie znajduje potwierdzenia. Po pierwsze – jest ona sprzeczna z § 2 ust. 4 aneksu nr 5:

„4. Z uwagi na okoliczność, że ze względu na obiektywne uwarunkowania dotyczące niżej wymienionych usług, zasady ogólne ustalenia wynagrodzenia nie mogły znaleźć do nich zastosowania, na zasadzie wyjątku wynagrodzenie z tytułu ich realizacji zostało ustalone w sposób następujący:

1)w odniesieniu do usług określonych Metrykami UU_DBF_TER#00, UU_EWIZ#00, UU_WAI#00, UU_WAO#00, UU_ZP#00, UU_IAAS#00, 2017UU_USZ_TWS wynagrodzenie z tytułu ich realizacji ustalono z uwzględnieniem stawek jednostkowych wskazanych w dotychczasowej treści Umowy i tak ustalona wysokość wynagrodzenia będzie obowiązywała do wygaśnięcia Umowy, gdyż usługi te nie były przedmiotem oferty złożonej przez Wykonawcę w Postępowaniu;

2)w odniesieniu do usług określonych Metrykami UU_AIA#00, UU_FAS#00, UU_OAK#00, UU_WTM#00 wynagrodzenie z tytułu ich realizacji ustalono z uwzględnieniem stawek jednostkowych wskazanych w treści oferty złożonej przez Wykonawcę w Postępowaniu, i tak ustalona wysokość wynagrodzenia będzie obowiązywała od chwili rozpoczęcia świadczenia usług w zakresie, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 1), gdyż usługi te dotychczas nie były objęte przedmiotem Umowy (również w jej pierwotnym brzmieniu)”.

Po drugie – ustalenie zakresu zamówienia podstawowego powinno odbyć się zarówno w oparciu o brzmienie SIWZ dla Postępowania 2015, jak i późniejsze zmiany w tym zakresie, natomiast ustalając zakres zamówienia podstawowego Zamawiający pominął fakt, że złożył w lutym 2019 r. oświadczenie o częściowym odstąpieniu od Umowy ZUS – Comarch z winy Konsorcjum Comarch, a co za tym idzie – pomija także skutki takiego oświadczenia. Prawo cywilne wyraźnie stanowi, że odstąpienie od umowy ma skutek ex tunc, a zatem przyjmuje się, że z punktu widzenia skutków prawnych nie zaistniały nigdy okoliczności objęte oświadczeniem o odstąpieniu. W niniejszym stanie faktycznym należy uznać, że zamówienie udzielone Comarch nigdy nie obejmowało zakresu objętego w/w oświadczeniem o odstąpieniu z lutego 2019 r. Według Odwołującego, nie jest też trafna argumentacja Zamawiającego oparta na analogii do zmiany umowy, ponieważ czym innym jest zmiana umowy, a czym innym częściowe odstąpienie od Umowy ZUS – Comarch z winy Comarch. Próba takiego samego potraktowania tych 2 instytucji, o całkiem odmiennych zarówno przyczynach jak i skutkach, może być potraktowana wyłącznie jako manipulacja i jako taka nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w piśmie procesowym z dnia 11 lutego 2021 r. podtrzymał stanowisko zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie. Wniósł ponadto o oddalenie:

- dowodu z opinii prawnej Kancelarii prawnej Traple Konarski Podracki i Wspólnicy wskazując, że opinia nie zawiera żadnego elementu związanego z oceną techniczną czy ustaleniem faktu, co więcej wprost autorzy opinii wskazują, że nie dysponują wiedzą techniczną pozwalającą ocenić przedmiot usług utrzymania KSI ZUS. Tym samym, w ocenie Zamawiającego, opinia jest nieprzydatna dla rozstrzygnięcia niniejszego odwołania.

- dowodu z wniosku o wszczęcie i przeprowadzenie kontroli doraźnej z dnia 31 grudnia 2020 r. jako zbędnego dla rozstrzygnięcia sprawy i powołanego dla zwłoki,

- oddalenie dowodu z opinii prawnej prof. Pawła Nowickiego z dnia 21 grudnia 2020 r. załączonej do odwołania oraz opinii uzupełniającej z dnia 3 lutego 2021 r. przekazanej na rozprawie w dniu 4 lutego 2021 r., wskazując, że opinia ta jest również nieprzydatna do ustalenia wymaganych w przepisie Ustawy przejściowej kwestii faktycznych, a jedynie zajmuje się ich oceną przy założeniu określonych faktów.

Zamawiający podtrzymując stanowisko odnośnie tożsamości rodzajowej usług dodał, że fakt częściowego rozwiązania Umowy ZUS - Comarch w zakresie 30 metryk jest dowodem na to, że wszystkie usługi utrzymania KSI ZUS są powiązane. Gdyby możliwe było wydzielenie poszczególnych usług jako odrębne to wówczas możliwe byłoby rozwiązanie umowy w zakresie 7 usług niezaliczonych przez Comarch w 2018 r. Okazało się to niemożliwe i właśnie z uwagi na jednorodny charakter usług utrzymania KSI ZUS i ich współzależność Zamawiający szukał sposobu aby możliwe było świadczenie usług utrzymania jednocześnie przez dwóch wykonawców. Z uwagi na daleko idące połączenie i współzależności opisane w piśmie o odstąpieniu Zamawiający zdecydował się na podział, który objął aż 30 metryk utrzymania w tym większość tych co do których Konsorcjum zaliczyło w sposób bezsporny testy i wykazało wysoki poziom kompetencji. O tym, że podział jest sztuczny a rozgraniczenie usług następuje olbrzymich trudności świadczy również fakt zawarcia aneksów z wykonawcami regulującymi model współdziałania. O fakcie, że usługi utrzymania stanowią pewien zbiór powiązanych czynności świadczy także fakt, że od początku istnienia KSI był on budowany jako jeden system i jego rozdzielanie jest niemożliwe od strony technicznej. To znajduje odzwierciedlenie również w Postępowaniu 2020 r., w którym Zamawiający uzasadniał brak możliwości kontynuacji obecnego modelu, a w związku z tym brak możliwości dokonania podziału, tych usług na części w Postępowaniu 2020. Brak podziału nie był kwestionowany przez żadnego z wykonawców. W ocenie Zamawiającego także przyjęcie modelu współdziałania stanowi dowód na fakt, że usługi utrzymania KSI ZUS stanowią zbiór tych samych rodzajowo usług, a podział odnosi się do obszarów objętych metrykami a nie polega na stwierdzeniu, że wykonawca A świadczy usługi utrzymania a wykonawca B świadczy usługi innego rodzaju. Obaj wykonawcy świadczą usługi utrzymania na tym samym systemie.

Ponadto Zamawiający wskazał, że Comarch w trakcie realizacji usług wykonuje szereg działań polegających m.in. na testowaniu wytworzonego oprogramowania (modyfikacji) zanim wejdą na środowisko testowe. Zamawiający wskazywał również na przykład usługi, gdzie proces testowania był przeprowadzany na szeroką skalę i oddziaływał na cały system KSI ZUS. Taką usługą jest migracja danych DB2V9 NFM na platformie Mainframe. Realizacja tej usług wymaga przeprowadzenia wielu testów funkcjonalnych, migracji, aplikacji, wydajnościowych i ma wpływ na cały KSI ZUS (pkt 9 zlecenia wykaz metryk usług ulegających zmianie).

W ocenie Zamawiającego fakt odstąpienia od umowy w zakresie 7 metryk usług i częściowego wypowiedzenia nie wpływa na fakt, że zamówieniem podstawowym opisanym w ogłoszeniu, w stosunku do którego odnosić należy związek zamówień uzupełniających z projektem podstawowym jest wskazane w ogłoszeniu utrzymanie KSI ZUS. Fakt częściowego rozwiązania umowy, a nawet odstąpienie w zakresie 7 metryk usług nie skutkuje zmianą ogłoszenia, w tym uznaniem, że usługi objęte aneksem nie pozostają w zgodności z projektem wskazanym w ogłoszeniu i SIWZ w Postępowaniu 2015. Usługi uzupełniające stanowią odrębne, nowe zamówienie, o którego zakresie i kształcie zgodnie z przepisami tak ustawy Pzp i Ustawy przejściowej decydują postanowienia ogłoszenia i dokumentacji postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając złożone w sprawie dowody oraz dokumentację, a także oświadczenia, stanowiska stron zawarte w pismach procesowych oraz złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 nPzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Odnosząc się do wniosku Zamawiającego oraz Przystępującego dotyczącego odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 1 nPzp wskazać należy, że zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli w sprawie nie znajdują zastosowania przepisy Pzp, a więc w sytuacji, gdy wniesione odwołanie będzie dotyczyło postępowania prowadzonego w oparciu o inne zasady niż wynikające z ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc postępowania, które nie dotyczą zamówień publicznych w rozumieniu art. 7 pkt 32 nPzp, a także takie, co do których wyłączone zostało stosowanie ustawy na mocy przepisów nPzp (w szczególności na podstawie art. 9–14 nPzp). Natomiast skład orzekający Izby stwierdził, że w niniejszej sprawie znajdują zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ odwołanie dotyczy niewątpliwie zamówienia publicznego w rozumieniu przepisów zarówno nPzp, jak i poprzednio obowiązujących, jak też nie zachodzi żadne z przewidzianych wyłączeń. W kontekście powyższego Izba za błędną uznała argumentację Zamawiającego opierającą się na tym, iż w tym postępowaniu należy rozgraniczyć przepisy ustawy obecnie obowiązującej i wcześniejszej. W tym miejscu dostrzeżenia wymaga, że powołany przepis art. 528 pkt 1 nPzp nie tylko nie zawiera takiego rozgraniczenia, ale odwołuje się do pojęcia ustawy w kontekście zastosowania jej przepisów. Gdyby przyjąć za zasadną argumentację prezentowaną przez Zamawiającego, to obecnie dokonana zmiana przepisów, polegająca na zastąpieniu Pzp 2004r. aktem w postaci nPzp rodziłaby ten skutek, iż należałoby odrzucić odwołania wniesione po 1 stycznia 2021 r., które dotyczyłyby stanu prawnego według „starej” Pzp, bowiem w takim przypadku zgodnie z rozumowaniem Zamawiającego i Przystępującego nie mają zastosowania przepisy Pzp, a nPzp.

Izba w składzie orzekającym nie podzieliła także wniosków Przystępującego oraz Zamawiającego odnośnie konieczności odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 nPzp, tj. z uwagi na uchybienie terminowi na jego wniesienie. Izba za chybione uznała bowiem stanowisko Zamawiającego oraz Przystępującego, którzy twierdzili, że bieg terminu rozpoczął się wraz z powzięciem przez Odwołującego informacji o podpisaniu przez Zamawiającego oraz Comarch Listu intencyjnego. List ten należy bowiem traktować jako dokument, który nie jest ostatecznym zobowiązaniem stron a jedynie zawiera intencje stron, które nie mogą ostatecznie przesądzać o tym, że umowa na pewno zostanie zawarta. Izba stoi na stanowisku, że za dokument zawierający ostateczne zobowiązania stron bez wątpienia należy uznać aneks do umowy, który został zawarty dopiero w dniu 23 grudnia 2020r. Wobec tego stwierdzić należy, że Odwołujący nie przedzej niż w tym dniu uzyskał informację, że Zamawiający nie przeprowadzi postępowania, o które wnosi obecnie Odwołujący, a więc termin na zaskarżenie zaniechania należało liczyć od tego dnia, tj. od 23 grudnia 2020 r. W konsekwencji wniesienie odwołania w dniu 4 stycznia 2021 r. należy uznać za skuteczne i prawidłowe.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj., Konsorcjum Comarch, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stwierdzając, iż spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 525 ust. 1-3 ustawy nPzp. Izba na podstawie art. 526 ust. 2 nPzp oddaliła opozycję stwierdzając, że jej uwzględnienie jest jedynie w sytuacji nie wykazania istnienia po stronie Przystępującego interesu w przystąpieniu do postępowania po stronie Zamawiającego. W ocenie składu orzekającego w sytuacji kiedy wykonawca ma już zawartą umowę na świadczenie usług, a na skutek ewentualnego

uwzględnienia przez Izbę odwołania musiałby ponownie ubiegać się o udzielenie zamówienia, to niewątpliwie należy uznać, że wykonawca posiada interes w przystąpieniu do postępowania po stronie Zamawiającego, aby dążyć do utrzymania w mocy aneksu nr 5. Izba w składzie orzekającym nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że w zgłoszeniu przystąpienia z dnia 11 stycznia 2021 r. Przystępujący nie wykazał posiadania interesu, bowiem w pkt 3 ww. pisma Przystępujący w sposób wyraźny wskazał, w czym upatruje swojego interesu. Ponadto Izba uznaje za chybioną argumentację Odwołującego zasadzającą się na tym, że w aneksie w § 2 ust. 1 pkt 2 wskazano zakres usług, który nie jest kwestionowany przez Odwołującego. Powyższe nie ma znaczenia dla interesu Przystępującego w zakresie usług wymienionych w § 2 ust. 1 pkt 1 aneksu.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania odwołania, na wstępie - odnosząc się do stanowiska Zamawiającego wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie, że stwierdzenie nieważności zmiany umowy zawartej na podstawie art. 19 ust. 3 pkt 2 lit b ustawy przejściowej wykracza poza zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej - wskazać należy, że skład orzekający stwierdził, iż pomimo braku wskazania w petitum odwołania zarzutu dotyczącego naruszenia art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy przejściowej, z uzasadnienia odwołania oraz z powołanego art. 513 nPzp w sposób niebudzący wątpliwości wynikało, że Odwołujący kwestionował prawidłowość udzielenia Konsorcjum zamówienia uzupełniającego obejmującego usługi wskazane w § 2 ust. 1 pkt 1 aneksu, tj. usług obecnie realizowanych przez Odwołującego i w konsekwencji domagał się stwierdzenia, że Zamawiający w tym zakresie winien był przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w trybach wskazanych w przepisach Pzp, której to czynności zaniechał. Izba uznała zatem, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumpcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną. Samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy bowiem zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. W związku z powyższym Izba w składzie orzekającym stwierdziła swoją właściwość do zbadania legalności zawarcia w dniu 23 grudnia 2020r. aneksu nr 5. Zauważenia wymaga, że zawarciem owego aneksu z Comarch Zamawiający dopuścił się udzielenia nowego zamówienia z naruszeniem przepisów Pzp 2004r. Tym samym, w kontekście powyższego, Izba jest władna do rozstrzygania kwestii legalności i prawidłowości jego zawarcia.

Uwzględniając powyższe, Izba w składzie orzekającym za zasadne uznała zarzuty odwołania dotyczące udzielenia zamówienia uzupełniającego wykonawcy Comarch w zakresie obecnie świadczonym przez Asseco.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy przejściowej dopuszczalne są zmiany umów w sprawie zamówienia publicznego w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego. Podkreślić należy, że aby Zamawiający mógł udzielić zamówienia uzupełniającego na podstawie wskazanego przepisu przesłanki wynikające z tego przepisu muszą być spełnione łącznie. Natomiast w rozpoznawanej sprawie Odwołujący zakwestionował wystąpienie przesłanek dotyczących udzielenia zamówień dotychczasowego wykonawcy i powtórzenia tego samego rodzaju usług.

Odnosząc się do pierwszej z zakwestionowanych przesłanek przypomnieć należy, na co wskazywały strony postępowania, że Zamawiający w dniu 19 lutego 2019 r. odstąpił w części od Umowy ZUS - Comarch. W ocenie składu orzekającego powyższa czynność Zamawiającego spowodowała istotną zmianę stosunków łączących Comarch z Zamawiającym, bowiem odstąpienie przez Zamawiającego od umowy w części dotyczącej Metryk Niezaliczonych spowodowało, że umowę w tym zakresie należy traktować jako umowę w ogóle nie zawartą, gdyż odstąpienie od umowy wywołuje skutek *ex tunc*. Powyższe spowodowało więc, że przestało istnieć zamówienie podstawowe w pierwotnym zakresie. Ponadto wskazać należy, że ZUS wypowiedział także umowę z dnia 2 marca 2018 r. zawartą z Comarch z ważnych powodów leżących po stronie Konsorcjum, w częściach dotyczących Usług utrzymania oznaczonych Metrykami powiązanymi oraz Usługi integratorskiej tj. usług bezpośrednio powiązanych z dokonaniem przez Zamawiającego odstąpieniem od umowy w zakresie Metryk niezaliczonych.

Mając powyższe okoliczności na uwadze skład orzekający stwierdził, że złożenie przez Zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od umowy, a w konsekwencji także wypowiedzenie umowy w części spowodowało – wbrew stanowisku Zamawiającego - istotną zmianę przedmiotu pierwotnie zawartej umowy z Konsorcjum. Po złożeniu oświadczeń umowa z Comarch nie obejmowała bowiem Usługi integratorskiej oraz części Usług utrzymania. Jednocześnie podkreślić należy, że po odstąpieniu od Umowy ZUS - Comarch, Zamawiający w dniu 20 lutego 2019 r. udzielił Odwołującemu zamówienia z wolnej ręki dotyczącego zakresu usług wynikających ze złożonych przez Zamawiającego oświadczeń.

Mając powyższe ustalenia na uwadze należało ocenić, czy Comarch może zostać uznany za „dotychczasowego wykonawcę” w zakresie usług objętych § 2 ust. 1 pkt 1 aneksu nr 5. Wskazać należy, że w związku z brakiem legalnej definicji pojęcia „dotychczasowy” w ustawie przejściowej należało uwzględnić powszechne znaczenie tego słowa, czyli „do tej pory”, „dotychczas”. Skoro więc Zamawiający w zakresie ww. usług odstąpił od umowy zawartej z Comarch ze skutkiem *ex tunc*, a podmiotem, który do tej pory świadczy te usługi wymienione w § 2 ust. 1 pkt 1 aneksu nr 5 jest Asseco, to nie ma podstaw do uznania, że Konsorcjum jest „dotychczasowym” wykonawcą tych usług. Dlatego też skład orzekający Izby stwierdził, że za dotychczasowego wykonawcę należy uznać Asseco, a nie Konsorcjum. Okoliczność, że to Odwołujący jest dotychczasowym wykonawcą potwierdza także treść postanowienia umowy zawarta w § 2 ust. 1 pkt 1, gdzie Zamawiający wprost wskazał, że: „udziela Wykonawcy zamówienia uzupełniającego w rozumieniu ustawy zmieniającej poprzez powierzenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS objętych aktualnie umową z Asseco”. Podkreślić należy, że Comarch po odstąpieniu Zamawiającego od umowy nigdy nie rozpoczął i nie realizował usług objętych zamówieniem podstawowym wynikającym z § 2 ust. 1 pkt 1 aneksu, a więc w żadnym wypadku nie może zostać uznany za dotychczasowego wykonawcę.

Należy w tym miejscu wyjaśnić, odnosząc się do argumentacji Zamawiającego i Przystępującego podniesionej na rozprawie, że dostępne na ten temat opinie odnoszą się do typowych sytuacji, w których umowa podstawowa zawarta z określonym wykonawcą była realizowana, zatem jest on rzeczywiście „dotychczasowym wykonawcą”. Taka klasyczna sytuacja nie ma jednak miejsca w przedmiotowej sprawie, gdzie w zakresie kwestionowanych usług umowa podstawowa

już nie istnieje, a usługi te, także w praktyce nigdy nie były wykonywane przez Konsorcjum. Tym samym powoływanie się na powszechnie dostępne na rynku opinie, jest bezpodstawne w konkretnych okolicznościach faktycznych tej sprawy.

Odnosząc się do drugiej przesłanki dotyczącej „powtórzenia tego samego rodzaju zamówień” skład orzekający uznał, że Odwołujący wykazał, że charakter czynności wykonywanych w ramach usługi integratorskiej jest zupełnie inny niż czynności wykonywane w ramach usług utrzymania. Skoro więc w zakres usług utrzymania wchodzi zupełnie inne czynności niż w zakres Usługi integratorskiej to zdaniem składu orzekającego zamówienie uzupełniające, nie jest zamówieniem tego samego rodzaju, co zamówienie podstawowe faktycznie wykonywane przez Comarch oraz nie jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego. Skład orzekający stwierdził bowiem, że pojęcia „powtórzenia tego samego rodzaju zamówień, co zamówienie podstawowe” odnosić należy do usług faktycznie wykonanych, a nie do zamówienia podstawowego objętego umową z dnia 2 marca 2018 r. Nie można bowiem przy ocenie wystąpienia omawianej przesłanki pominąć okoliczności związanej z częściowym odstąpieniem Zamawiającego od Umowy ZUS – Comarch. Skutkiem bowiem tego odstąpienia, jak wyżej wskazano, było uznanie części Umowy ZUS - Comarch za niebyłą. Skoro więc umowa jest niebyłą w części, to nie można z kolei traktować jej tak jakby kiedykolwiek w tej części istniała (tj. jakby Konsorcjum kiedykolwiek było zobowiązane do świadczenia Usług określonych Metrykami niezaliczonymi). Poza tym należy zauważyć, że aby coś można było „powtórzyć”, to wcześniej trzeba to co najmniej raz wykonać. W tym tkwi bowiem istota słowa „powtórzyć”. Skoro Konsorcjum nie wykonywało usług, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 aneksu, to nie można uznać, że mogłoby je „powtórzyć”. To powoduje, że w okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy nie można mówić o spełnieniu przesłanki „powtórzenia tego samego rodzaju zamówień”.

W konsekwencji skład orzekający uznał, że nie została spełniona przesłanka dotycząca powierzenia realizacji zamówienia uzupełniającego dotychczasowemu wykonawcy oraz przesłanka dotycząca konieczności „powtórzenia tego samego rodzaju zamówień” w zakresie zamówienia wskazanego w § 2 ust. 1 pkt 1 aneksu nr 5. W związku z powyższym Izba uznała, że Zamawiający naruszył przepis art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy przejściowej udzielając Konsorcjum zamówienia uzupełniającego w tym zakresie. Zamawiający powinien był w tym zakresie przeprowadzić postępowanie w jednym z trybów przewidzianych w ustawie Pzp, jednak czynności tej zaniechał, na co słusznie wskazał Odwołujący. Co istotne, w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający sam przyznał, że przeprowadzenie tego rodzaju procedury było możliwe, jednak uznał on, że może skorzystać w tym przypadku z możliwości zawarcia aneksu z Comarch, co też uczynił.

Izba za niewykazany uznała natomiast zarzut dotyczący naruszenia art. 209 oraz 208 nPzp. W pierwszej kolejności wskazać należy, że Odwołujący błędnie podał podstawę zarzutu wskazując przepisy nPzp, podczas gdy zarzut ten powinien był odwoływać się do przepisów obowiązujących na dzień 23 grudnia 2020 r., tj. przepisu art. 62 ust. 1 pkt 4 Pzp 2004r. Niemniej jednak błędne wskazanie podstawy prawnej zarzutu nie wpływa na możliwość oceny zarzutu przez Izbę.

Zauważyć należy, że Odwołujący w odwołaniu nie uzasadnił i nie wykazał zaistnienia przesłanek umożliwiających skorzystanie przez Zamawiającego z udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Odwołujący nie wykazał, że konieczności udzielenia zamówienia na świadczenie usług wykonywanych obecnie przez Asseco nie można było przewidzieć w okresie umożliwiającym zachowanie terminu na przeprowadzenia postępowania w trybie przetargu ograniczonego, nieograniczonego lub z negocjacji z ogłoszeniem. Zdaniem Izby, przy zachowaniu należytej staranności, Zamawiający był w stanie przewidzieć potrzebę udzielenia zamówień na świadczenie usług w zakresie usługi eksploatacji i utrzymania. Ponadto Odwołujący nie wykazał, że nie byłoby możliwe zachowanie terminów przewidzianych dla trybów z ogłoszeniem, gdyby Zamawiający wszczął postępowanie odpowiednio wcześniej. W szczególności, że Zamawiający miał świadomość tego, iż obecnie Asseco świadczy niniejsze usługi w trybie „z wolnej ręki” w ściśle określonym terminie, co powinno Zamawiającego zmotywować do szczególnej staranności przy przewidywaniach związanych z określaniem terminu wszczęcia „nowego” postępowania, obejmującego również ten zakres. W konsekwencji Odwołujący nie wykazał, że zachodziły przesłanki zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia i że Zamawiający był zobowiązany zastosować ten tryb. Dlatego zarzut został uznany przez Izbę za niezasadny.

Podsumowując powyższe skład orzekający stwierdził, że Zamawiający zawierając aneks nr 5 z wykonawcą Comarch w zakresie w § 2 ust. 1 pkt 1, dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, polegającego na udzieleniu zamówienia w sytuacji, gdy w tym przypadku zobowiązany był zastosować jeden z trybów wskazanych w przepisach Pzp. Powyższe skutkuje tym, że koniecznym było uwzględnienie odwołania i unieważnienie aneksu nr 5 zawartego w dniu 23 grudnia 2020r. w zakresie wynikającym z § 2 ust. 1 pkt 1 tego aneksu na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 nPzp.

W kwestii kosztów postępowania Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 557 nPzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 nPzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Izba, częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Stosunek zarzutów zasadnych do niezasadnych wyniósł odpowiednio 1/2 do 1/2. Kosztami postępowania obciążano, zatem Zamawiającego i Odwołującego w częściach równych po 1/2.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł (łącznie 22 200 zł). Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600 zł tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 11 100 zł (22 200 zł x 1/2). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7 500 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz 575 nPzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący :

Członkowie:

.....