

WYROK

z dnia 1 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Klaudia Szczytowska - Maziarz
Monika Szymanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2022 r. przez wykonawcę Comarch

Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie
w postępowaniu prowadzonym przez Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego
przy udziale wykonawcy Asseco Data Systems Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku
zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie w zakresie:

1.1. zarzutu naruszenia art. 112 ust. 1 i 2 w związku z art. 16 w związku z art. 116 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieprzejrzysty, nieproporcjonalny do

przedmiotu zamówienia oraz w sposób niezapewniający zachowania uczciwej

konkurencji i równego traktowania wykonawców wskutek sformułowania wymagania, aby wykazana w ramach doświadczenia Wykonawcy usługa utrzymania systemu została poddana audytowi zewnętrznemu w zakresie zgodności z wymaganiami normy PN ISO/IEC 27001:2014 lub równoważnej w zakresie dotyczącym wykreślenia z Rozdziału VIII ust. 1 pkt 2) ppkt 1.a.i.4 specyfikacji warunków zamówienia wymogu poddania usługi utrzymania systemu audytowi zewnętrznemu, w zakresie zgodności z wymaganiami normy PN ISO/IEC 27001:2014 lub równoważnej i nakazuje zamawiającemu Kasie Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego wykreślenie z Rozdziału VIII ust. 1 pkt 2) ppkt 1.a.i.4 specyfikacji warunków zamówienia sformułowania „świadczenie usług utrzymania systemu, co najmniej raz w trakcie ich trwania, zostało poddane audytowi zewnętrznemu, tj. audytowi strony trzeciej, w zakresie zgodności z wymaganiami normy PN ISO/IEC 27001:2014 lub równoważnej”,

1.2. zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 w związku z art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję w zakresie dotyczącym modyfikacji pkt II.2 ppkt 1 załącznika nr 1 do PPU - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia i nakazuje zamawiającemu Kasie Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego zmianę treści pkt II.2 ppkt 1 załącznika nr 1 do PPU - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia poprzez nadanie mu brzmienia „1. Zamawiający udostępni Wykonawcy wszelkie materiały tj.: nośniki z danymi, oprogramowaniem, kodami źródłowymi, dokumentację, hasła i wszelkie poświadczenia administracyjne środowiska testowego, kopię bezpieczeństwa Systemu. Zamawiający gwarantuje, że wszelki przekazane materiały tj.: nośniki z danymi, oprogramowaniem, kodami źródłowymi, dokumentację, hasła i wszelkie poświadczenia administracyjne środowiska testowego, kopię

bezpieczeństwa Systemu, będą aktualne oraz kompletne. Przekazanie materiałów odbędzie się z udziałem przedstawicieli Stron. Do protokołu przekazania załączony zostanie szczegółowy wykaz wszystkich przekazanych i przyjętych materiałów.”,

2. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie:

2.1. zarzutu naruszenia art. 112 ust. 1 i 2 w związku z art. 16 pkt 1) i 3) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

2.2. zarzutu naruszenia art. 112 ust. 1 i 2 w związku z art. 16 w związku z art. 116 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieprzejrzysty, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskutek sformułowania wymagania, aby wykazana w ramach doświadczenia Wykonawcy usługa utrzymania systemu została poddana audytowi zewnętrznemu w zakresie zgodności z wymaganiami normy PN ISO/IEC 27001:2014 lub równoważnej w zakresie dotyczącym dodania w Rozdziale VIII SWZ ust. 1 pkt 2) warunku „Wykonawca winien posiadać ważny certyfikat ISO/IEC 27001:2017 lub równoważny. Za równoważny Zamawiający uzna certyfikat, wystawiony przez niezależny podmiot zajmujący się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, o ile podmiot ten posiada akredytację udzieloną przez Polskie Centrum Akredytacji lub przez równorzędny podmiot zagraniczny o ile jednostka akredytacyjna jest sygnatariuszem i pełnoprawnym członkiem EA MLA (European co-operation for Accreditation

Multilateral Agreement) lub IAF MLA (International Accreditation Forum Multilateral Recognition Arrangement)”,

2.3. zarzutu naruszenia art. 112 ust. 1 i 2 PZP w związku z art. 16 pkt 2) i 3) w związku z art. 124 pkt 2) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w związku z § 9 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy,

2.4. zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 w związku z art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w zakresie dotyczącym:

2.4.1. wykreślenia z Rozdziału X pkt 6 ppkt 2) tiret pierwsze specyfikacji warunków

zamówienia i z Sekcji III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu żądania przedstawienia Arkusza wymiarowania dla usług zleceń modyfikacji oraz wykreślenia Arkusza wymiarowania dla usług zleceń modyfikacji z listy załączników do specyfikacji warunków zamówienia,

2.4.2. określenia w specyfikacji warunków zamówienia listy podmiotów akceptowanych przez Zamawiającego do przeprowadzenia audytu oraz określenie szczegółowego zakresu oraz warunków przeprowadzenia audytu,

2.4.3. określenia w specyfikacji warunków zamówienia szczegółowych kryteriów weryfikacji i akceptacji poprawności odtworzenia i uruchomienia Systemu,

2.4.4. przedstawienia statystyk co najmniej z ostatniego roku związanych z obsługą zgłoszeń serwisowych dotyczących Systemu oraz przedstawienia podstawowych parametrów związanych z aktualną wydajnością Systemu oraz jego dostępnością,

2.4.5. wskazania dokładnej liczby instancji testowych, które muszą zostać zapewnione przez Wykonawcę,

2.5. zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 w związku z art. 16 ustawy z dnia 11 września

2019 r. Prawo zamówień publicznych w związku z art. 5 i 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny w związku z art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych,

2.6. zarzutu naruszenia art. 240 ust. 1 i 2 w związku z art. 16 ustawy z dnia 11 września

2019 r. Prawo zamówień publicznych,

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Comarch Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego na rzecz Comarch Polska

Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście

tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. 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:

Sygn. akt: KIO 97/22

UZASADNIENIE

W dniu 13 stycznia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy - Comarch Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Odwołujący”) - na czynność zamawiającego - Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego - (dalej jako „Zamawiający”) dokonaną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „usługi utrzymania i rozwoju systemu WORKFLOW” - sformułowania treści ogłoszenia oraz treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej jako „SWZ”). Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 112 ust. 1 i 2 PZP w związku z art. 16 pkt 1) i 3) PZP - poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskutek ustanowienia zbyt krótkiego okresu referencyjnego;
- 2) art. 112 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 116 ust. 1 PZP - poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieprzejrzysty, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskutek sformułowania wymagania, aby wykazana w ramach doświadczenia Wykonawcy usługa utrzymania systemu została poddana audytowi zewnętrznemu w zakresie zgodności z wymaganiami normy PN ISO/IEC 27001:2014 lub równoważnej;
- 3) art. 112 ust. 1 i 2 PZP w związku z art. 16 pkt 2) i 3) PZP w zw. art. 124 pkt 2) PZP w zw. z § 9 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy - poprzez sformułowanie żądania przedstawienia wraz z wykazem usług Arkusza wymiarowania dla usług zleceń modyfikacji w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, podczas gdy z przepisów prawa nie wynika możliwość żądania przez Zamawiającego od Wykonawcy takiego podmiotowego środka dowodowego;
- 4) art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 PZP - poprzez (opisane szczegółowo w uzasadnieniu) dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący,

za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;

5) art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 5 i 353¹ KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP - poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, w tym także w zakresie wzoru umowy obowiązującego przy realizacji zamówienia w sposób naruszający równość stron stosunku cywilnoprawnego oraz istotnie przekraczający zasadę swobody umów wskutek niejasnego określenia zakresu i krótkiego terminu opracowania „Dokumentacji Ośrodków Obliczeniowych i łączy”, „Zasad eksploatacji Systemu” i „Polityki bezpieczeństwa Systemu”;

6) art. 240 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 PZP - poprzez dokonanie opisu kryterium oceny ofert w sposób niejednoznaczny i nieprzejrzysty, a także sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wskutek braku udostępnienia informacji, w tym dokumentacji, umożliwiających Wykonawcy realizację Zadania próbnego w ramach kryterium oceny ofert „Zadanie próbne”.

Odwołujący wniósł o:

1) „nakazanie Zamawiającemu modyfikacji warunku udziału w postępowaniu w zakresie

wymagania posiadania zdolności technicznej lub zawodowej skonstruowanego Rozdziale VIII SWZ Warunki udziału w postępowaniu ust. 1 pkt 2) ppkt 1 i 2 oraz w sekcji III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu - i wprowadzenie wymogu, aby usługi referencyjne były wykonane w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert”;

2) „nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ poprzez:

a. wykreślenie z Rozdziału VIII SWZ ust. 1 pkt 2) ppkt. 2).1.a.i.4. żądania wymogu

poddania usługi utrzymania systemu audytowi zewnętrznemu, w zakresie zgodności z wymaganiami normy PN ISO/IEC 27001:2014 lub równoważnej;

b. dodanie w Rozdziale VIII SWZ ust. 1 pkt 2) warunku „Wykonawca winien posiadać

ważny certyfikat ISO/IEC 27001:2017 lub równoważny. Za równoważny Zamawiający uzna certyfikat, wystawiony przez niezależny podmiot zajmujący się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, o ile podmiot ten posiada akredytację udzieloną przez Polskie Centrum Akredytacji lub przez równorzędny podmiot zagraniczny o ile jednostka akredytacyjna jest sygnatariuszem i pełnoprawnym członkiem EA MLA (European co-operation for

Accreditation Multilateral Agreement) lub IAF MLA (International Accreditation Forum Multilateral Recognition Arrangement)”;

3) „nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ i Ogłoszenia o zamówieniu, poprzez wykreślenie z SWZ z Rozdziału X pkt. 6 pkt. 2) tir. pierwszy SWZ i z Sekcji III.1.3)

Ogłoszenia o zamówieniu, żądania przedstawienia Arkusza wymiarowania dla usług zleceń modyfikacji oraz wykreślenie ww. dokumentu z listy załączników do SWZ”;

4) „nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ poprzez zastąpienie postanowienia SWZ

- Załącznik nr 1 do PPU - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia, pkt II.2, ppkt 1.: „1. Wykonawca, za pośrednictwem KRUS, przejmie od firmy obecnie świadczącej usług utrzymania i rozwoju lub bezpośrednio od KRUS, wszelkie materiały tj.: nośniki z danymi, oprogramowaniem, kodami źródłowymi, dokumentację, hasła i wszelkie poświadczenia administracyjne środowiska testowego, kopię bezpieczeństwa Systemu. Przekazanie materiałów odbędzie się z udziałem przedstawicieli Stron. Do protokołu przekazania załączony zostanie szczegółowy wykaz wszystkich przekazanych i przyjętych materiałów.” postanowieniami:

1. Zamawiający udostępni Wykonawcy wszelkie materiały tj.: nośniki z danymi, oprogramowaniem, kodami źródłowymi, dokumentację, hasła i wszelkie poświadczenia

administracyjne środowiska testowego, kopię bezpieczeństwa Systemu w terminie 5 dni od zawarcia Umowy.

2. Zamawiający gwarantuje, że wszelki przekazane materiały tj.: nośniki z danymi, oprogramowaniem, kodami źródłowymi, dokumentację, hasła i wszelkie poświadczenia administracyjne środowiska testowego, kopię bezpieczeństwa Systemu, będą aktualne oraz kompletne.

3. Przekazanie materiałów odbędzie się z udziałem przedstawicieli Stron. Do protokołu przekazania załączony zostanie szczegółowy wykaz wszystkich przekazanych i przyjętych materiałów.

4. W przypadku wykazania braków lub nieprawidłowości w udostępnionych materiałach, Zamawiający bezzwłocznie usunie nieprawidłowości oraz ponownie udostępni Wykonawcy poprawione materiały. Termin realizacji Etapu 2 ulega wydłużeniu o okres od przekazania przez Wykonawcę informacji o nieprawidłowościach w materiałach do ponownego udostępnienia Wykonawcy materiałów z usuniętymi nieprawidłowościami.”,

5) „nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ poprzez: 1. Określenie w SWZ listy podmiotów akceptowanych przez Zamawiającego do przeprowadzenia audytu;

2. Określenie szczegółowego zakresu oraz warunków przeprowadzenia audytu”,

6) „nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ poprzez określenie w SWZ szczegółowych kryteriów weryfikacji i akceptacji poprawności odtworzenia i uruchomienia Systemu”,

7) „nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ poprzez przedstawienie statystyk co najmniej z ostatniego roku związanych z obsługą zgłoszeń serwisowych dotyczących Systemu (ilość zgłoszeń, komponent którego zgłoszenie dotyczy, rodzaj zgłoszenia, opis zgłoszenia, kategoria, czas rozwiązania problemu/błędu), w tym informacji o wszystkich

Zgłoszeniach, które nie są obecnie rozwiązane oraz przedstawienia podstawowych parametrów związanych z aktualną wydajnością Systemu oraz jego dostępnością”,

8) „nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ poprzez wskazanie dokładnej liczby instancji testowych, które muszą zostać zapewnione przez Wykonawcę”,

9) „nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ poprzez 1. Określenie w SWZ, czy i w jakim zakresie Zamawiający dysponuje dokumentacją dotyczącą „Dokumentacji Ośrodków Obliczeniowych i łączny”, „Zasad eksploatacji Systemu” i „Polityki bezpieczeństwa Systemu”; 2. Przeniesienie zadania „4. Wykonawca opracuje: „Dokumentację Ośrodków Obliczeniowych i łączny”, „Zasady eksploatacji Systemu” i „Politykę bezpieczeństwa Systemu” oraz zgłosi Zamawiającemu gotowość do ich odbioru.” z Etapu 2 do Etapu 3 oraz określenie terminu realizacji tego zobowiązania do 6 miesięcy od rozpoczęcia realizacji Etapu 3”,

10) „nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ poprzez uzupełnienie SWZ o niezbędną do realizacji Zadania próbnego dokumentację analityczną systemu WORKFLOW oraz systemu nSIU, zawierającą w szczególności:

- model przypadków wraz z zamodelowanymi przebiegami oraz diagramami,

- model dziedziny (wraz z diagramami i opisami klas), - zamodelowanymi procesami oraz diagramami aktywności”,

11) zwrot kosztów postępowania.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił część zarzutów przedstawionych w odwołaniu - w zakresie zarzutów naruszenia:

1) art. 112 ust. 1 i 2 PZP w związku z art. 16 PZP w związku z art. 116 ust. 1 PZP w

zakresie dotyczącym dodania w Rozdziale VIII SWZ ust. 1 pkt 2) warunku „Wykonawca winien posiadać ważny certyfikat ISO/IEC 27001:2017 lub równoważny. Za równoważny Zamawiający uzna certyfikat, wystawiony przez niezależny podmiot zajmujący się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, o ile podmiot ten posiada akredytację udzieloną przez Polskie Centrum Akredytacji lub przez równorzędny podmiot zagraniczny o ile jednostka akredytacyjna jest sygnatariuszem

i pełnoprawnym członkiem EA MLA (European co-operation for Accreditation Multilateral Agreement) lub IAF MLA (International Accreditation Forum Multilateral Recognition Arrangement)",

2) art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 PZP w zakresie dotyczącym:

- a) określenia w specyfikacji warunków zamówienia szczegółowych kryteriów weryfikacji i akceptacji poprawności odtworzenia i uruchomienia Systemu,
- b) przedstawienia statystyk co najmniej z ostatniego roku związanych z obsługą zgłoszeń serwisowych dotyczących Systemu oraz przedstawienia podstawowych parametrów związanych z aktualną wydajnością Systemu oraz jego dostępnością poprzez przedstawienie statystyk w zakresie „możliwym do pozyskania”,
- c) wskazania dokładnej liczby instancji testowych, które muszą zostać zapewnione przez Wykonawcę,

3) art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 5 i 353¹ KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zakresie „określenia w SWZ, czy i w jakim zakresie Zamawiający dysponuje dokumentacją dotyczącą „Dokumentacji Ośrodków Obliczeniowych i łączy”, „Zasad eksploatacji Systemu” i „Polityki bezpieczeństwa Systemu””,

4) art. 240 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 PZP.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie pozostałych zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca

Asseco Data Systems Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku (dalej jako „Przystępujący”). Przystępujący nie zgłosił sprzeciwu wobec uwzględnienia w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania w zakresie, w jakim Zamawiający nie uwzględnił pozostałych zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Na posiedzeniu w dniu 28 stycznia 2022 r. Odwołujący cofnął odwołanie w zakresie:

- 1) zarzutu naruszenia art. 112 ust. 1 i 2 PZP w związku z art. 16 pkt 1) i 3) PZP,
- 2) zarzutu naruszenia art. 112 ust. 1 i 2 PZP w związku z art. 16 pkt 2) i 3) w zw. art. 124 pkt 2) PZP w zw. z § 9 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy,
- 3) zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 PZP w zakresie dotyczącym:
 - a) wykreślenia z Rozdziału X pkt 6 ppkt 2) tiret pierwsze specyfikacji warunków zamówienia i z Sekcji III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu żądania przedstawienia Arkusza wymiarowania dla usług zleceń modyfikacji oraz wykreślenia Arkusza wymiarowania dla usług zleceń modyfikacji z listy załączników do specyfikacji warunków zamówienia,
 - b) określenia w specyfikacji warunków zamówienia listy podmiotów akceptowanych przez Zamawiającego do przeprowadzenia audytu oraz określenie szczegółowego zakresu oraz warunków przeprowadzenia audytu,
 - c) przedstawienia statystyk co najmniej z ostatniego roku związanych z obsługą zgłoszeń serwisowych dotyczących Systemu oraz przedstawienia podstawowych parametrów związanych z aktualną wydajnością Systemu oraz jego dostępnością w zakresie, w jakim zarzut ten nie został uwzględniony,

4) zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 w związku z art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w związku z art. 5 i 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny w związku z art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo

zamówień publicznych w zakresie w jakim nie został on uwzględniony przez

Zamawiającego.

Odwolujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie tych zarzutów.

Ponadto na posiedzeniu w dniu 28 stycznia 2022 r. Odwołujący zmodyfikował żądanie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 w związku z art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą

niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i

okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję w zakresie dotyczącym modyfikacji pkt II.2 ppkt 1 załącznika nr 1 do PPU - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia, wnosząc o nadanie mu brzmienia „1. Zamawiający udostępni Wykonawcy wszelkie materiały tj.: nośniki z danymi, oprogramowaniem, kodami źródłowymi, dokumentację, hasła i wszelkie poświadczenia administracyjne środowiska testowego, kopię bezpieczeństwa Systemu. 2. Zamawiający gwarantuje, że wszelki przekazane materiały tj.: nośniki z danymi, oprogramowaniem, kodami źródłowymi, dokumentację, hasła i wszelkie poświadczenia administracyjne środowiska testowego, kopię bezpieczeństwa Systemu, będą aktualne oraz kompletne. 3. Przekazanie materiałów odbędzie się z udziałem przedstawicieli Stron. Do protokołu przekazania załączony zostanie szczegółowy wykaz wszystkich przekazanych i przyjętych materiałów.”.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Usługi utrzymania i rozwoju systemu WORKFLOW” (dalej jako „Postępowanie”). Postępowanie jest prowadzone z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 19 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 3 stycznia 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 001-001137.

Zgodnie z rozdziałem IV ust. 1 SWZ, „przedmiotem zamówienia są następujące usługi realizowane na rzecz Zamawiającego: a) UTRZYMANIE systemu WORKFLOW - rozumiane jako prace o charakterze operacyjnym, zapewniające w sposób kompleksowy: nieprzerwane, bezawaryjne i bezpieczne działanie systemu informatycznego, realizowane przez Wykonawcę w oparciu o procesy i funkcje zgodne z biblioteką ITIL, w odniesieniu do wszystkich komponentów i środowisk infrastrukturalnych Systemu, w tym: produkcyjnych centralnych i lokalnych, testowych i rozwojowych. Prace będą realizowane w trybie ciągłym (24/7/365), rozliczane w oparciu o comiesięczne wynagrodzenie ryczałtowe. b) ROZWÓJ systemu WORKFLOW - rozumiany jako prace o charakterze projektowym polegające na

wprowadzaniu wszelkich modyfikacji funkcjonalnych i pozafunkcjonalnych do systemu

informatycznego Zamawiającego, wynikające ze zmian przepisów prawa, przedsięwzięć informatycznych realizowanych przez Zamawiającego i innych zidentyfikowanych przez

niego potrzeb oraz opracowywanie/aktualizowanie wszelkiej dokumentacji w zakresie

odpowiadającym modyfikacjom, w tym materiałów informacyjnych/szkoleniowych. Prace realizowane wyłącznie na Zlecenie Zamawiającego, rozliczane w oparciu o pracochłonność realizacji poszczególnych Zleceń.”, przy czym „Usługi Wykonawcy muszą być świadczone w oparciu o wdrożony po stronie Wykonawcy system zarządzania bezpieczeństwem informacji zgodny z wymaganiami normy ISO/IEC 27001 lub równoważnej”.

W rozdziale VIII ust. 1 pkt 2) ppkt 1.a.i. SWZ określono, że „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej - Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych wykonuje, co najmniej 3 (trzy) usługi referencyjne polegające na utrzymaniu i serwisie systemu informatycznego, przy czym wartość części dotyczącej utrzymania i serwisu wynosi co najmniej 4 mln zł brutto rocznie dla każdej z nich (bez uwzględnienia usług dostaw infrastruktury techniczno-systemowej, w tym sprzętu komputerowego i licencji), świadczone przez minimum 12 miesięcy każda, przy czym każda usługa referencyjna spełnia przynajmniej dwa z poniższych warunków zakresu tej usługi

i. dotyczy systemu informatycznego, którego utrzymanie obejmowało łącznie co najmniej:

1. udostępnianie usług Web Services z użyciem sieci Internet lub Intranet,
2. pracę w trybie 24 godzinowym przez 365 dni w roku (dostępność systemu wynosiła nie mniej niż 98,5 %),
3. utrzymanie systemu było zgodne ze zbiorem reguł opartych na najlepszych praktykach wypracowanych przez ekspertów, konsultantów, dostawców rozwiązań IT oraz końcowych użytkowników teleinformatyki, tj. z ITIL lub równoważnym,
4. świadczenie usług utrzymania systemu, co najmniej raz w trakcie ich trwania, zostało poddane audytowi zewnętrznemu, tj. audytowi strony trzeciej, w zakresie zgodności z wymaganiami normy PN ISO/IEC 27001:2014 lub równoważnej,

Za równoważny Zamawiający uzna certyfikat, wystawiony przez niezależny podmiot zajmujący się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, o ile podmiot ten posiada akredytację udzieloną przez Polskie Centrum Akredytacji lub przez równorzędny podmiot zagraniczny o ile jednostka akredytacyjna jest sygnatariuszem i pełnoprawnym członkiem EA MLA (European co-operation for Accreditation Multilateral Agreement) lub IAF MLA (International Accreditation Forum Multilateral Recognition Arrangement) (...).

W pkt II.2 załącznika nr 1 do PPU - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia zostało określone, że „1. Wykonawca, za pośrednictwem KRUS, przejmie od firmy obecnie

świadczącej usług utrzymania i rozwoju lub bezpośrednio od KRUS, wszelkie materiały tj.: nośniki z danymi, oprogramowaniem, kodami źródłowymi, dokumentację, hasła i wszelkie poświadczenia administracyjne środowiska testowego, kopię bezpieczeństwa Systemu. Przekazanie materiałów odbędzie się z udziałem przedstawicieli Stron. Do protokołu

przekazania załączony zostanie szczegółowy wykaz wszystkich przekazanych i przyjętych

materiałów. 2. Wykonawca w oparciu o źródła, o których mowa w ust. 1 powyżej, dokona próbnego odtworzenia i uruchomienia Systemu w środowisku testowym KRUS. Poprawność odtworzenia zostanie zweryfikowana przez Zamawiającego. 3. Pozytywne zakończenie

testów próbnego odtworzenia i uruchomienia Systemu w środowisku testowym KRUS jest

warunkiem bezwzględnym przystąpienia do realizacji kolejnych prac w ramach Etapu 2”.

Norma ISO/IEC 27001:2017 określa wymagania dotyczące ustanowienia, wdrożenia, utrzymania i ciągłego doskonalenia systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji w odniesieniu do organizacji, a w certyfikacie potwierdzającym spełnianie wymagań określonych w tej normie jest określony zakres, którego certyfikat dotyczy oraz okres ważności certyfikatu.

Stan faktyczny postępowania, w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia, nie jest sporny między Stronami i Przystępującym.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach zawartych w dokumentacji Postępowania oraz - w zakresie normy ISO/IEC 27001:2017 - twierdzeniach Stron i Przystępującego przedstawionych na rozprawie.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, określonych w art. 528 Pzp, oraz że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż ma on interes w uzyskaniu zamówienia, określony w art. 505 ust. 1 Pzp.

Zważywszy, że Zamawiający oświadczeniem złożonym przed otwarciem rozprawy - w odpowiedzi na odwołanie - uwzględnił część zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a Przystępujący nie zgłosił sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów, działając na podstawie art. 522 ust. 4 Pzp, zgodnie z którym „w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów” oraz art. 568 pkt 3 Pzp, stosownie do którego „Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku o którym mowa w art. 522”, Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie uwzględnionej części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, wobec czego orzeczono jak w punkcie 2 podpunkty 2.2, 2.4. podpunkty 2.4.3. i 2.4.5. oraz 2.6.

Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 oraz art. 568 pkt 1 Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawie w zakresie tych zarzutów odwołania, w zakresie których Odwołujący na posiedzeniu oświadczył, że cofa odwołanie. Zgodnie z art. 520 ust. 1 Pzp, „odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy”, zaś stosownie do art. 568 pkt 1 Pzp, „Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania”.

Mając na względzie, że art. 520 ust. 1 Pzp uprawnia Odwołującego do cofnięcia odwołania w całości, wnioskowanie na zasadzie a maiori ad minus uzasadnia przyjęcie, że Odwołujący może cofnąć odwołanie jedynie w części. Dopuszczalność skutecznego cofnięcia odwołania w części nie jest kwestionowana w orzecznictwie Izby. Z treści art. 568 pkt 1 Pzp wynika przy tym, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu odwołania w części. Biorąc pod uwagę bezcelowość rozstrzygnięcia co do zarzutów w zakresie których nie ma sporu, oraz okoliczność, że z art. 559 ust. 2 Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę, nie wynika możliwość zawarcia rozstrzygnięcia w przedmiocie umorzenia postępowania odwoławczego w części w uzasadnieniu wyroku, rozstrzygnięcie takie musi być zawarte w sentencji

orzeczenia, a nie w uzasadnieniu.

W konsekwencji Izba zobowiązana była na podstawie art. 568 pkt 1 Pzp umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie wycofanych zarzutów, co uczyniła w punkcie 2 podpunkty 2.1., 2.3., 2.4. podpunkty 2.4.1. i 2.4.4. oraz 2.5.

Zgodnie z art. 522 ust. 4 Pzp Izba rozpoznała odwołanie w pozostałym zakresie. Po zapoznaniu się z argumentacją Stron i Przystępującego, wyrażoną w pismach wniesionych w postępowaniu odwoławczym oraz przedstawionymi w trakcie posiedzenia i rozprawy w dniu 28 stycznia 2022 roku Izba uznała, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Izba uznała za zasadny zarzut „naruszenia art. 112 ust. 1 i 2 w związku z art. 16 w związku z art. 116 ust. 1 Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieprzejrzysty, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskutek sformułowania wymagania, aby wykazana w ramach doświadczenia Wykonawcy usługa utrzymania systemu została poddana audytowi zewnętrznemu w zakresie zgodności z wymaganiami normy PN ISO/IEC 27001:2014 lub równoważnej” w zakresie dotyczącym wykreślenia z Rozdziału VIII ust. 1 pkt 2) ppkt 1.a.i.4 specyfikacji warunków zamówienia

wymogu poddania usługi utrzymania systemu audytowi zewnętrznemu, w zakresie zgodności z wymaganiami normy PN ISO/IEC 27001:2014 lub równoważnej.

Zgodnie z art. 16 Pzp, „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny”. Stosownie do art. 112 ust. 1 Pzp „zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności”, zaś w myśl art. 112 ust. 2 Pzp „warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: 1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym; 2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów; 3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej; 4) zdolności technicznej lub zawodowej”, a art. 116 ust. 1 Pzp stanowi, że „w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia”.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 552 ust. 1 Pzp, „wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego”. W toku postępowania odwoławczego Zamawiający, uwzględniając część zarzutów przedstawionych w odwołaniu, częściowo uwzględnił przedmiotowy zarzut - w zakresie dotyczącym dodania w Rozdziale VIII SWZ ust. 1 pkt 2) warunku „Wykonawca winien posiadać ważny certyfikat ISO/IEC 27001:2017 lub równoważny. Za równoważny Zamawiający uzna certyfikat, wystawiony przez niezależny podmiot zajmujący się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, o ile podmiot ten posiada akredytację udzieloną przez Polskie Centrum Akredytacji lub przez równorzędny podmiot zagraniczny o ile jednostka akredytacyjna jest sygnatariuszem i pełnoprawnym członkiem EA MLA (European co-

operation for Accreditation Multilateral Agreement) lub IAF MLA (International Accreditation

Forum Multilateral Recognition Arrangement)”. Zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego przedstawionym w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, dokonana modyfikacja SWZ będzie polegała na dodaniu postanowienia takiej treści w Rozdziale VIII ust. 1 pkt 2) jako ppkt 1.a.i.5.

W konsekwencji w sytuacji, gdyby treść Rozdziału VIII ust. 1 pkt 2) SWZ w zakresie ppkt 1.a.i.4 nie uległa zmianie, usługa referencyjna - której wykonanie bądź wykonywanie wykonawca zobowiązany byłby wykazać w celu spełnienia warunku udziału w Postępowaniu - spełniałaby wymogi określone w Rozdziale VIII ust. 1 pkt 2) ppkt 1.a.i. SWZ wyłącznie wtedy, gdyby dotyczyła systemu informatycznego, którego utrzymanie obejmowało zarówno „świadczenie usług utrzymania systemu, co najmniej raz w trakcie ich trwania, zostało poddane audytowi zewnętrznemu, tj. audytowi strony trzeciej, w zakresie zgodności z wymaganiami normy PN ISO/IEC 27001:2014 lub równoważnej” jak i „Wykonawca winien posiadać ważny certyfikat ISO/IEC 27001:2017 lub równoważny”.

Niesporna jest okoliczność, że norma ISO/IEC 27001:2017 określa wymagania dotyczące ustanowienia, wdrożenia, utrzymania i ciągłego doskonalenia systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji w odniesieniu do organizacji, a w certyfikacie potwierdzającym spełnianie wymagań określonych w tej normie jest określony zakres, którego certyfikat dotyczy. W sytuacji, gdy Zamawiający wymaga, aby wykonawca, który wykonał bądź wykonuje usługę referencyjną (polegającą na utrzymaniu i serwisie systemu informatycznego), posiadał ważny certyfikat ISO/IEC 27001:2017 lub równoważny, potwierdzający spełnianie wymagań w zakresie ustanowienia, wdrożenia, utrzymania i ciągłego doskonalenia systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji przez wykonawcę jako organizację, wymaganie dodatkowo, aby samo świadczenie usługi referencyjnej zostało poddane audytowi zewnętrznemu w zakresie zgodności z wymaganiami normy PN ISO/IEC 27001:2014 lub równoważnej, skutkowałoby tym, że o udzielenie zamówienia w Postępowaniu nie mógłby ubiegać się wykonawca, który w okresie ostatnich 3 lat licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, wykonał, bądź wykonuje 3 usługi referencyjne spełniające wymogi określone w Rozdziale VIII ust. 1 pkt 2) ppkt 1.a.i.1 - 1.a.i.3, których świadczenie nie zostało poddane audytowi zewnętrznemu w zakresie zgodności z

wymaganiami normy PN ISO/IEC 27001:2014 lub równoważnej, posiadając ważny certyfikat ISO/IEC 27001:2017 lub równoważny potwierdzający spełnianie wymagań określonych w tej normie w zakresie świadczenia usług polegających na utrzymaniu i serwisie systemu informatycznego, który nie został wydany po poddaniu usługi referencyjnej audytowi zewnętrznemu w zakresie zgodności z wymaganiami normy PN ISO/IEC 27001:2014 lub równoważnej.

Jak wynika z przedstawionego na rozprawie stanowiska Zamawiającego, celem warunku jest to, aby o udzielenie zamówienia w Postępowaniu mogli ubiegać się wyłącznie tacy wykonawcy, którzy gwarantują bezpieczeństwo danych.

Ponadto należy mieć na względzie, że zgodnie z rozdziałem IV ust. 1 SWZ, usługi, których świadczenie jest przedmiotem zamówienia w Postępowaniu, muszą być świadczone w oparciu o wdrożony po stronie wykonawcy system zarządzania bezpieczeństwem informacji zgodny z wymaganiami normy ISO/IEC 27001 lub równoważnej.

W konsekwencji, w sytuacji, gdy Zamawiający wymaga, aby usługa referencyjna - której wykonanie bądź wykonywanie wykonawca zobowiązany byłby wykazać w celu spełnienia warunku udziału w Postępowaniu - została wykonana przez wykonawcę posiadającego ważny certyfikat ISO/IEC 27001:2017 lub równoważny, a wykonawca ma wykonywać zamówienie „w oparciu o wdrożony po stronie wykonawcy system zarządzania bezpieczeństwem informacji zgodny z wymaganiami normy ISO/IEC 27001 lub równoważnej” w ocenie Izby należy uznać, że dla osiągnięcia ww. celu wymagane, aby, usługa referencyjna musiała być poddana audytowi zewnętrznemu w zakresie zgodności z wymaganiami normy PN ISO/IEC 27001:2014 lub równoważnej” nie jest warunkiem proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia, a tym samym nie jest zgodne z art. 16 i 112 ust. 1 Pzp; samo posiadanie przez wykonawcę certyfikatu ISO/IEC 27001:2017 pozwala na dokonanie oceny, czy wykonawcy, którzy go posiadają gwarantują bezpieczeństwo danych.

Izba zaznacza, że warunki udziału w postępowaniu muszą zostać przez zamawiającego właściwie uzasadnione, są to bowiem minimalne poziomy zdolności zawodowej, które nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawców zdolnym je wykonać. Zamawiający nie przedstawił Izbie argumentacji uzasadniającej postawienie wymogu certyfikatu ISO/IEC 27001:2017 dla organizacji wykonawcy wraz z rzeczonym certyfikatem dla trzech usług referencyjnych. Mając na uwadze przedmiot zamówienia w ocenie Izby nadmiernym jest żądanie certyfikacji organizacji wykonawcy łącznie z certyfikacją usług wskazanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Ponadto wbrew stanowisku Zamawiającego, to nie Odwołujący powinien wykazać działanie Zamawiającego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i określenie wymaganych zdolności podmiotowych jako zaporowych dla wykonawców zdolnych wykonać zamówienie, a Zamawiający jako gospodarz postępowania winien określić warunki udziału zgodnie z wymogami art. 112 ust. 2 Pzp. To Zamawiający zatem powinien przedstawić argumentację, iż zagwarantowanie bezpieczeństwa danych może być dokonane wyłącznie poprzez wymaganie certyfikacji konkretnych, referencyjnych usług, a nie organizacji wykonawcy. Jak trafnie podnosił Odwołujący certyfikat wskazuje, że całość działalności wykonawcy spełnia wymagania normy, niezależnie od obszaru, który wrywkowo poddano certyfikacji, więc należało udowodnić, że wyłącznie certyfikacja konkretnej usługi (trzech usług referencyjnych) pozwoli na wybór wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia i spełni cel postawienia warunku udziału w postępowaniu, czemu Zamawiający nie poddał.

Niezgodne z ww. przepisami określenie warunków udziału w Postępowaniu mogło mieć wpływ na wynik Postępowania, gdyż mogło powodować, że wykonawca, który jako usługę referencyjną chciałby wskazać albo wskazałby usługę, która nie była poddana audytowi zewnętrznemu w zakresie zgodności z wymaganiami normy PN ISO/IEC 27001:2014 lub równoważnej, nie wzięłyby udziału w Postępowaniu albo jego oferta zostałaby odrzucona.

Wobec powyższego na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1) i ust. 3 pkt 1) lit. a) Pzp Izba uwzględniła odwołanie w zakresie tego zarzutu i nakazała Zamawiającemu wykreślenie z Rozdziału VIII ust. 1 pkt 2) ppkt 1.a.i.4 specyfikacji warunków zamówienia sformułowania „świadczenie usług utrzymania systemu, co najmniej raz w trakcie ich trwania, zostało poddane audytowi zewnętrznemu, tj. audytowi strony trzeciej, w zakresie zgodności z wymaganiami normy PN ISO/IEC 27001:2014 lub równoważnej”.

Za zasadny Izba uznała także zarzut „naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 w związku z art. 16 Pzp w zakresie dotyczącym modyfikacji pkt II.2 ppkt 1 załącznika nr 1 do PPU - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 Pzp „przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”, zaś stosownie do art. 99 ust. 4 Pzp „przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów”.

Zgodnie z pkt II.2 ppkt 1 załącznika nr 1 do PPU - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia wykonawca za pośrednictwem KRUS ma przejąć od firmy obecnie świadczącej usług utrzymania i rozwoju lub bezpośrednio od KRUS wszelkie materiały tj.: nośniki z danymi, oprogramowaniem, kodami źródłowymi, dokumentację, hasła i wszelkie poświadczenia administracyjne środowiska testowego, kopię bezpieczeństwa Systemu (dalej jako „Materiały”). Z treści tego postanowienia wynika, że wykonawca jest zobowiązany przejąć Materiały, ale nie wynika, kto jest zobowiązany przekazać je wykonawcy. Określenie, że wykonawca ma przejąć Materiały „od firmy obecnie świadczącej usług utrzymania i rozwoju” nie czyni tego podmiotu (nazwanego w pkt II.2 ppkt 1 załącznika nr 1 do PPU - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia nieprawidłowo „firmą”) dłużnikiem wykonawcy w zakresie zobowiązania do przekazania Materiałów, gdyż oczywistym jest, że w wyniku zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zawieranej po przeprowadzeniu Postępowania stosunek prawny powstanie wyłącznie pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą, którego oferta zostanie wybrana.

Za zasadne należy uznać stanowisko Odwołującego, że Zamawiający jako strona umowy o udzielenie zamówienia publicznego powinien współdziałać w wykonaniu zobowiązania zgodnie z przepisami art. 354 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, oraz że „wykonawca nie ma podstawy do żądania od dotychczasowego wykonawcy przekazania kompletnych materiałów, w tym kodów źródłowych, ponieważ nie łączy go z dotychczasowym wykonawcą żaden stosunek zobowiązaniowy”.

Irrelevantne dla rozstrzygnięcia sprawy są wskazywane przez Zamawiającego okoliczności, iż w przypadku, gdy Materiały będą miały wady, może on żądać ich usunięcia, a jeżeli nie zostaną usunięte, zapłaty odszkodowania. Z treści SWZ nie wynika, aby wystąpienie takiej sytuacji miało znaczenie dla wykonania zobowiązania określonego w pkt II.2 ppkt 2 załącznika nr 1 do PPU - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia - dokonania w oparciu o Materiały przez wykonawcę „próbego odtworzenia i uruchomienia Systemu w środowisku testowym KRUS”, którego „poprawność odtworzenia zostanie zweryfikowana przez Zamawiającego”, a „pozytywne zakończenie testów próbnego odtworzenia i uruchomienia Systemu w środowisku testowym KRUS jest warunkiem bezwzględny przystąpienia do realizacji kolejnych prac w ramach Etapu 2” - zgodnie z pkt II.2 ppkt 3 załącznika nr 1 do PPU - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia.

Wystąpienie w takiej sytuacji przez Zamawiającego z roszczeniami do wykonawcy, który aktualnie świadczy na rzecz Zamawiającego usługi utrzymania i rozwoju systemu WORKFLOW, nie więc będzie miało wpływu na sytuację wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa po przeprowadzeniu Postępowania.

W toku rozprawy Zamawiający wskazał, że nie ma przeszkód, aby gwarantował on aktualność oraz kompletność wszelkich przekazanych materiałów, o ile wykonawca będzie posiadał odpowiednie kompetencje; jak zaś trafnie wskazał Odwołujący, posiadanie kompetencji odpowiednich do wykonania przedmiotu zamówienia jest weryfikowane przez Zamawiającego podczas postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - wykonawca, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, będzie więc takie kompetencje posiadał.

Za zasadne należy również uznać wywody Odwołującego, iż „postanowienia OPZ w powyższym nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, stawiając na lepszej pozycji dotychczasowego wykonawcę utrzymującego system - taki wykonawca nie mierzy się bowiem z problemem otrzymania dokumentacji systemu od swojego konkurenta”. W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, że w świetle cytowanych wyżej postanowień pkt II.2 ppkt 2 i ppkt 3 załącznika nr 1 do PPU - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia, nieistnienie po stronie Zamawiającego obowiązku przekazania Materiałów wykonawcy powoduje, że dokonanie przez wykonawcę, który aktualnie nie świadczy na rzecz Zamawiającego usług utrzymania i rozwoju systemu

WORKFLOW próbnego odtworzenia i uruchomienia tego systemu będzie uzależnione od przekazania Materiałów. Dokonanie zaś próbnego odtworzenia i uruchomienia tego systemu przez wykonawcę, który aktualnie świadczy na rzecz Zamawiającego usługi utrzymania i rozwoju systemu WORKFLOW nie będzie zaś uzależnione od przekazania Materiałów, gdyż wykonawca ten Materiały posiada.

Brak jest w tym stanie rzeczy podstaw do kwestionowania twierdzeń Odwołującego, iż „pewność Wykonawcy co do otrzymania prawidłowych kodów źródłowych systemu jest okolicznością newralgiczną dla złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu - ich brak bowiem uniemożliwia realizację zamówienia”.

W konsekwencji należało uznać, że w zakresie pkt II.2 ppkt 1 załącznika nr 1 do PPU - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia przedmiot zamówienia jest opisany bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję., co narusza art. 99 ust. 1 i 4 w związku z art. 16 Pzp.

Warto również zaznaczyć, iż na rozprawie Zamawiający kilkakrotnie potwierdzał prawidłowość i kompletność posiadanych Materiałów, zatem w ocenie Izby nie ma żadnych przeszkód, aby Zamawiający dostosował treść dokumentacji postępowania do swoich zapewnień, w tym w taki sposób skonstruował postanowienia Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia i wzoru umowy, aby wykonawca, który będzie realizował zamówienie, miał faktyczne instrumenty prawne pozwalające mu na otrzymanie prawidłowych, aktualnych i kompletnych Materiałów.

Niezgodne z ww. przepisami opisanie przedmiotu zamówienia mogło mieć wpływ na wynik Postępowania, gdyż mogło powodować, że nie wzięłyby udziału w Postępowaniu wykonawca, który nie świadczy na rzecz Zamawiającego usługi utrzymania i rozwoju systemu WORKFLOW. Wobec powyższego na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1) i ust. 3 pkt 1) lit. a) Pzp Izba uwzględniła odwołanie w zakresie tego zarzutu.

Izba nakazała Zamawiającemu zmianę treści pkt II.2 załącznika nr 1 do PPU - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia w inny sposób niż wnosił o to Odwołujący z tego względu, iż dokonanie zmiany w sposób określony w odwołaniu - poprzez zastąpienie postanowienia ppkt 1 w pkt II.2 ww. załącznika postanowieniami, które będą oznaczone jako ppkt 1 - 3 - doprowadziłaby do sytuacji, w której w pkt II.2 załącznika byłyby dwie jednostki redakcyjne o tym samym numerze, a różnej treści (dwa podpunkty 2 i dwa podpunkty 3) - co prowadziłoby do nieprzejrzystości i niejednoznaczności SWZ w tym zakresie. W konsekwencji Izba uznała, że wszystkie postanowienia, które miałyby być oznaczone jako ppkt 1 - 3, powinny zostać zawarte w jednej jednostce redakcyjnej (ppkt 1).

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp, obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do art. 575 Pzp „strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku”. Wobec przegranej zamawiającego obciążono stronę całością kosztów postępowania, do których zalicza się wpis w wysokości 15.000 złotych, stosownie do § 2 ust. 1 pkt 2 oraz § 5 ww. rozporządzenia.

Mając na uwadze powyższe o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

