

WYROK

z dnia 28 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie 23 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 10 listopada 2022 r.

przez wykonawcę: Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Świadczenie usług modyfikacji, rozwoju i utrzymania systemów informatycznych Ministerstwa Funduszy i Polityki Regionalnej wspierających realizację programów współfinansowanych ze środków UE (nr BDG-V.2611.38.2022.ŁK)

prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej z siedzibą w Warszawie [„Zamawiający”]

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2 lit. c) i związanych z nim żądań odwołania.
2. Uwzględnia odwołanie co do zarzutu nr 1 takim zakresie, że stwierdza naruszenie przez Zamawiającego art. 240 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), polegające na zaniechaniu wprowadzenia w opisie kryteriów oceny ofert „Czas obsługi błędów” i „Dostępność Oprogramowania” weryfikacji zadeklarowania przez wykonawcę spełniania tych kryteriów jakościowych w wariantach punktowanych i zaniechaniu zażądania w tym celu stosownych przedmiotowych środków dowodowych, oraz nakazuje Zamawiającemu uzupełnienie w tym zakresie specyfikacji warunków zamówienia.
3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego w 5/6

a Zamawiającego w 1/6 i:

- 1) zalicza w ich poczet kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 500 zł 00 gr (słownie: pięćset złotych zero groszy) z tytułu rozliczenia poniesionych i należnych kosztów, czyli wpisu od odwołania i uzasadnionych kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zgłoszonych przez Zamawiającego.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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.

## Uzasadnienie

Skarb Państwa - Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej z siedzibą w Warszawie {dalej: „Zamawiający} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września

2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z U. z 2022 r. poz. 1710) {dalej również:

„ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, ustawa PZP”, „pzp”, „Pzp”, „PZP”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. Świadczenie usług modyfikacji, rozwoju i utrzymania systemów informatycznych Ministerstwa Funduszy i Polityki Regionalnej wspierających realizację programów współfinansowanych ze środków UE (nr BDG-V.2611.38.2022.ŁK).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 31 października 2022 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2022/S\_210 pod poz. 602769.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

10 listopada 2022 r. Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Comarch”, „Odwołujący”} wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji warunków zamówienia {dalej: „SWZ” lub „specyfikacja”} obowiązującej

w powyższym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp [jeżeli poniżej nie wskazano innych aktów prawnych] {lista zarzutów):

1. Art. 240 ust. 2 w zw. z art. 16 - przez określenie i opisanie kryteriów oceny ofert

w sposób uniemożliwiający weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach oraz z naruszeniem zasad przejrzystości i zachowania uczciwej konkurencji.

2. Art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16, a przez odesłanie z art. 8 ust. 1 - również w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego {dalej również: „kc”} i 353<sup>1</sup> kc - przez opisanie 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 i naruszający zasadę przejrzystości, a w odniesieniu do wzoru umowy obowiązującego przy realizacji tego zamówienia {dalej również jako „Umowa”} w sposób naruszający również równość stron stosunku cywilnoprawnego oraz istotnie przekraczający zasadę swobody umów - wskutek braku przewidzenia w treści SWZ:

a) obowiązku udzielenia wykonawcy jako stronie Umowy {dalej jako: „Wykonawca”} informacji niezbędnych do świadczenia Usług Utrzymania (tj. udostępnienia dostępu

do aktualnej dokumentacji, kodów źródłowych, repozytoriów oraz środowisk produkcyjnych i testowych Systemów) w okresie przeznaczonym na powzięcie wiedzy o konstrukcji i działaniu Systemów, który to okres jest również zbyt krótki;

b) obowiązku poddawania w okresie pomiędzy podpisaniem Umowy a datą zakończenia umowy DKF/BDG-II/POPT/136/19 z 26.07.2019 r. (a w konsekwencji rozpoczęciem świadczenia Usług Utrzymania) wszelkich zmian w Systemach procedurze Usług Autoryzacji, o której mowa w § 10 Umowy;

c) zasad limitujących liczbę jednocześnie realizowanych przez Wykonawcę Zleceń w ramach Usług Rozwoju.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian treści SWZ {lista żądań}:

1. Usunięcia kryteriów oceny ofert Czasu obsługi błędów i Dostępności Oprogramowania i zastąpienia ich weryfikowalnymi merytorycznie kryteriami jakościowymi.

2. Wprowadzenia w § 6 Proponowanych postanowień umowy {dalej również: „PPU”}

zobowiązania Zamawiającego do niezwłocznego udostępnienia Wykonawcy po podpisaniu Umowy dostępu do aktualnej dokumentacji, kodów źródłowych, repozytoriów oraz środowisk produkcyjnych i testowych Systemów.

3. Zmiany § 5 ust. 10 PPU polegającej na wydłużeniu z 15 na 30 Dni Roboczych okresu na powzięcie przez Wykonawcę wiedzy o konstrukcji i działaniu Systemów.

4. Wprowadzenia w § 6 PPU obowiązku poddawania w okresie pomiędzy podpisaniem Umowy a datą zakończenia umowy DKF/BDG-II/POPT/136/19 z 26.07.2019 r. (a w konsekwencji przed rozpoczęciem świadczenia Usług Utrzymania) wszelkich zmian w Systemach procedurze Usług Autoryzacji, o której mowa w § 10 PPU.

5. Dodania w treści pkt C-1 Załącznika C do SOPZ postanowienie w następującym brzmieniu: Realizacja Zleceń podlega ograniczeniu determinowanemu dostępnością personelu Wykonawcy, warunkowaną zaangażowaniem w świadczenie Usług Rozwoju wynikających z już złożonych Zleceń. W przypadku kiedy realizacja kolejnego Zlecenia jest niemożliwa lub znacząco utrudniona, w wyniku uczestnictwa personelu Wykonawcy w realizacji Zleceń wystawionych wcześniej, Zlecenia są kolejgowane i obsługiwane zgodnie z ustalonym pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą harmonogramem prac.

6. Wprowadzenia w § 9 PPU limitacji Zleceń determinowaną dostępnością zespołu Wykonawcy w związku z zaangażowaniem w świadczenie Usług Rozwoju wynikających z już złożonych Zleceń, np. ust. 4a w brzmieniu: Realizacja Zleceń, o której mowa w pkt 3 i 4 powyżej, podlega ograniczeniu determinowanemu dostępnością personelu Wykonawcy, warunkowaną zaangażowaniem w świadczenie Usług Rozwoju wynikających z już złożonych Zleceń. W przypadku kiedy realizacja kolejnego Zlecenia jest niemożliwa w wyniku uczestnictwa personelu Wykonawcy w realizacji Zleceń wystawionych wcześniej, Zlecenia są kolejgowane i obsługiwane zgodnie z ustalonym pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą harmonogramem prac.

Z uzasadnienia odwołania wynika następujące sprecyzowanie postawionych zarzutów i zarazem uzasadnienie dla zgłoszonych żądań [poniżej pominięto zarzut nr 3c jako wycofany wraz z żądaniami nr 5 i 6 w zakresie, w jakim nie uwzględnił ich Zamawiający].

{ad zarzutu i żądania nr 1}

{okoliczności faktyczne}

Odwołujący zrelacjonował, że rozdział 13. SWZ pn. „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert” zawiera w szczególności następujące postanowienia:

13.1 Zamawiający dokona oceny ofert, które nie zostały odrzucone, na podstawie kryteriów oceny ofert, określonych poniżej:

Lp.	Nazwa Kryterium	Waga kryterium (w %)
1.	Cena jednostki utrzymania	40
2.	Cena punktu funkcyjnego (PF)	10
3.	Cena roboczo-dnia (MD)	10
4.	Czas obsługi błędów	20
5. (...)	Dostępność Oprogramowania	20

13.6 Punkty za kryterium „Czas obsługi błędów” zostaną przyznane w skali punktowej do 20 punktów zgodnie z poniższymi zasadami:

- Wykonawca otrzyma 0 punktów, jeżeli jego oferta będzie wskazywać czasy analizy i obsługi

błędów o priorytecie „Blokujący” i „Krytyczny” - odpowiednio:

WARIANT NR 1

Priorytet Czas Analizy do: Czas Naprawy do:

Blokujący 3 h 4 h

Krytyczny 6 h 8 h

• Wykonawca otrzyma 10 punktów, jeżeli jego oferta będzie wskazywać czasy analizy i obsługi błędów o priorytecie „Blokujący” i „Krytyczny” - odpowiednio:

WARIANT NR 2

Priorytet Czas Analizy do: Czas Naprawy do:

Blokujący 2,5 h 3,5 h

Krytyczny 5 h 7 h

• Wykonawca otrzyma 20 punktów, jeżeli jego oferta będzie wskazywać czasy analizy

i obsługi błędów o priorytecie „Blokujący” i „Krytyczny” - odpowiednio:

WARIANT NR 3

Priorytet	Czas Analizy do:	Czas Naprawy do:
Blokujący	2 h	3 h
Krytyczny	4 h	6 h

(...)

13.7 Punkty za kryterium „Dostępność Oprogramowania” zostaną przyznane w skali punktowej do 20 punktów zgodnie z poniższymi zasadami:

Dostępność Oprogramowania Liczba punktów

(...)

Przy czym w kryteriach Czasu obsługi błędów oraz Dostępności Oprogramowania punkty mają być przyznawane wyłącznie na podstawie oświadczeń wykonawców złożonych

przez nich w formularzach ofertowych.

W konsekwencji - jak stwierdził Odwołujący - faktyczna weryfikacja przez Zamawiającego spełnienia tych kryteriów przez wykonawcę nastąpi na etapie realizacji zamówienia, gdy wykonawca, z którym zostanie zawarta Umowa, będzie zobowiązany

do dotrzymania czasu obsługi błędów i dostępności zadeklarowanych w ofercie, pod rygorem zapłaty kar umownych.

Według Odwołującego prawdopodobne jest zatem, że jakiś wykonawca w celu uzyskania zamówienia zadeklaruje w ofercie najwyższe poziomy spełnienia tych kryteriów, a następnie toki realizacji umowy nie będzie w stanie osiągać tych parametrów.

{okoliczności prawne}

Odwołujący przypomniał, że zgodnie z art. 240 ust. 2 pzp kryteria oceny ofert i ich

opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

Odwołujący wywiódł, że wobec tego zamawiający ma obowiązek zagwarantować sobie właściwe narzędzia weryfikacji i porównania poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

Jak trafnie według Odwołującego wskazała Izba w uzasadnieniu wyroku z 28

września 2021 r. sygn. akt KIO 2519/21: Weryfikowalność pozacenowych kryteriów oceny ofert polega na tym, że już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia każde pozacenowe kryterium oceny ofert powinno być zweryfikowane przez zamawiającego. Tym samym zamawiający nie powinien poprzestawać na oświadczeniu woli wykonawcy zawartym w ofercie, ale je zweryfikować jeszcze przed wyborem najkorzystniejszej oferty. W przeciwnym razie kryterium powinno być uznane za pozorne i jako takie nie należy go stosować.

Odwołujący zwrócił uwagę, że analogicznie wypowiedział się Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 18 grudnia 2020 r. sygn. akt XXIII Ga 1350/20 (uwzględniającego skargę na wyrok Izby z 9 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 937/20): Sąd Okręgowy stoi zatem na kategorycznym stanowisku, iż obowiązkiem Zamawiającego jest takie określenie kryteriów oceny ofert, aby przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty było możliwe sprawdzenie/zweryfikowanie informacji przedstawionych przez wykonawców w jego ofercie. Tym samym, nie akceptuje stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego i KIO (w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku), iż weryfikacja następować będzie w trakcie wykonywania umowy, a Zamawiający zabezpieczył się formułując stosowne kary umowne, na wypadek nienależytej/niezgodnej z ofertą realizacji umowy przez wybranego wykonawcę.

W przekonaniu Odwołującego zagadnienie weryfikowalności informacji w ramach kryterium oceny ofert trafnie podsumowują również aktualne tezy doktryny:

- Zamawiający, określając kryteria, powinien móc zweryfikować podawane

przez wykonawców informacje. Oznacza to, że kryteria nie powinny odnosić się do aspektów niemożliwych do sprawdzenia, czyli obietnic lub zobowiązań niewykonalnych. [Pieróg Jerzy, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 15.]

- ...za naruszające zasadę równego traktowania wykonawców należy uznać kryterium odnoszące się do treści oferty, której zamawiający w żaden sposób nie jest w stanie zweryfikować, a musi opierać się wyłącznie na treści oświadczenia wykonawcy. [Gawrońska-Baran Andrzeła i in. Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, teza 4. do art. 240 pzp]

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów, o których mowa w pkt 1. listy zarzutów, gdyż określone w SWZ kryteria Czasu obsługi błędów oraz Dostępności oprogramowania są:

- nieweryfikowalne - jako oparte na subiektywnych oświadczeniach wykonawców, przy braku obowiązku wykazania zaoferowanych poziomów ich spełniania obiektywnie istniejącymi i merytorycznymi podstawami,
- pozorne - jako podatne na nadużycie przez wykonawców, którzy zdecydują się zadeklarować wartości gwarantujące im otrzymanie najwyższej liczby punktów

w oderwaniu od faktycznej możliwości dotrzymania takich parametrów.

W konsekwencji według Odwołującego kryteria te pozostawiają Zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru najkorzystniejszej z ofert.

{ad zarzutu nr 2a i żądań nr 2-3}

{okoliczności faktyczne}

W odwołaniu przytoczono następujące spośród PPU:

- Usługi Utrzymania - opisane Umową usługi mające na celu zapewnienie Zamawiającemu zgodnego z Umową i nieprzerwanego działania Oprogramowania (usługi SLA), jak również zapewnienie świadczenia innych opisanych Umową usług wspomagających korzystanie z Oprogramowania przez Zamawiającego. [§ 2 ust. 2 pkt

67]

- Personel Wykonawcy w terminie 15 Dni Roboczych od podpisania Umowy uzyska wiedzę o konstrukcji i działaniu Systemów oraz o przedmiocie Umowy. Potwierdzi to podpisaniem stosowanego oświadczenia, które Wykonawca dostarczy Zamawiającemu w terminie 21 Dni Roboczych od podpisania Umowy. [§ 5 ust. 10]

- W celu uniknięcia wątpliwości przyjmuje się, że jeżeli Strony nie zdefiniowały danego działania niezbędnego do prawidłowej realizacji Umowy jako obowiązku Zamawiającego, a zobowiązanie takie nie wynika z przepisów prawa obowiązujących w Rzeczypospolitej Polskiej lub nie jest w sposób oczywisty zobowiązaniem Zamawiającego. Stroną zobowiązaną do wykonania takiego działania jest Wykonawca. [§ 6 ust. 2]

Ponadto Odwołujący wskazał na następujące okoliczności związane z treścią SWZ:

- zgodnie z PPU świadczenie Usług Utrzymania wymaga dopełnienia przez Wykonawcę szeregu wymagań, w tym dotyczących SLA, co obwarowane jest karami umownymi;
- skoro przedmiotem Umowy jest świadczenie Usług Utrzymania, pozyskanie przez Wykonawcę niezbędnej wiedzy o konstrukcji i działaniu Systemów ma istotne znaczenie dla możliwości realizacji przez niego Umowy;
- jakaś dokumentacja [jak to sformułowano w odwołaniu] Systemów została załączona do SWZ, jednak może ona ulegać zmianie, gdyż aktualnie Systemy są przedmiotem

Usługi Utrzymania w ramach Umowy DKF/BDG-II/POPT/136/19 z 26.07.2019 r.;

- SWZ nie zawiera ona żadnego zobowiązania Zamawiającego do udostępnienia Wykonawcy w terminie, o którym mowa w § 5 ust. 10 PPU, jakichkolwiek informacji i danych, w szczególności aktualnej dokumentacji, kodów źródłowych, repozytoriów oraz środowisk produkcyjnych i testowych Systemów;
- ponieważ zgodnie z § 11 ust. 1 PPU Wykonawca na przekazanie dostępu do kodów źródłowych i repozytoriów będzie miał 7 Dni Roboczych, można domniemywać,

że analogiczne uregulowanie zawiera aktualnie wykonywana umowa, co powoduje, że de facto Wykonawca będzie miał tylko 8 Dni Roboczych na powzięcie wiedzy o konstrukcji i działaniu Systemów.

{okoliczności prawne}

Zgodnie z art. 354 § 2 Kodeksu cywilnego wierzyciel powinien współdziałać z dłużnikiem przy wykonywaniu zobowiązania zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współzycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Obowiązek współdziałania zamawiającego i wykonawcy przy wykonywaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w celu należytej realizacji zamówienia wynika nadto z art. 431 pzp.

Odwołujący zauważył, że obowiązek współdziałania wierzyciela z dłużnikiem jest wyrazem istoty stosunków obligacyjnych, które zakładają więź między dwiema stronami tego stosunku - dłużnikiem i wierzycielem. Status wierzyciela sam w sobie nie wyłącza obowiązku współdziałania z dłużnikiem. Wierzyciel nie tylko musi respektować uzasadniony interes dłużnika, w szczególności powstrzymując się od działań utrudniających lub uniemożliwiających spełnienie świadczenia przez dłużnika, ale również udzielać wykonawcy wszelkich informacji umożliwiających mu spełnienie świadczenia.

Odwołujący wywiódł, że dla przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców nie jest wystarczające wprowadzenie jakiegokolwiek okresu przejściowego, ale takiego, którego długość będzie adekwatna do poziomu skomplikowania systemu, jego stanu i charakterystyki oraz rodzaju i skali obowiązków kontraktowych wykonawcy usług rozwoju i utrzymania. Przede wszystkim, o ile nie jest możliwe całkowite zniwelowanie naturalnej przewagi dotychczasowego wykonawcy (który niejednokrotnie utrzymuje system na podstawie wieloletniej umowy), o tyle konieczne jest umożliwienie nowemu wykonawcy nabycia wiedzy niezbędnej do przejęcia systemu i rozpoczęcia świadczenia usług na poziomie oczekiwanym przez instytucję zamawiającą. Naturalną rzeczą jest bowiem, że nowy wykonawca w początkowej fazie musi włożyć więcej wysiłku organizacyjnego i zaangażowania niż wykonawca kontynuujący usługę utrzymania systemu.

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów, jak w pkt 2. listy zarzutów, gdyż nieprzekazanie przez Zamawiającego niezbędnych informacji i dokumentów pozwalających na powzięcie wiedzy o konstrukcji i działaniu Systemów może spowodować brak możliwości realizacji przez Wykonawcę Usług objętych Umową, w szczególności Usług Utrzymania. Tym samym według Odwołującego może okazać się, że Umowa wymaga świadczenia niemożliwego do spełnienia przez nowego

Wykonawcę, zaś postanowienie § 5 ust. 10 PPU obligować będzie go do złożenia oświadczenia sprzecznego ze stanem faktycznym.

Niezależnie od powyższego w ocenie Odwołującego okres 15 Dni Roboczych na powzięcie przez nowego Wykonawcę wiedzy o konstrukcji i działaniu Systemu jest zbyt krótki, gdyż nawet podstawowe uzgodnienia formalne związane z przekazaniem dostępu do środowisk i kodów źródłowych zajmują kilka dni, a samo przyswojenie wiedzy jest czasochłonne.

{ad zarzutu nr 2b i żądania nr 5}

{okoliczności faktyczne}

Odwołujący podał, że PPU o Usłudze Autoryzacji:

- przewidują ją w sytuacji, gdy zmiany wprowadzane są przez podmiot inny niż wykonawca utrzymujący System;
- w sposób jednoznaczny określają czynności wymagane do przetestowania i zagwarantowania spójności i prawidłowego działania Systemu;
- gwarantują, że wykonawca będzie posiadał wystarczającą wiedzę, aby później efektywnie utrzymywać System w całości.

W odwołaniu przytoczono ponadto następujące spośród PPU:

- Personel Wykonawcy w terminie 15 Dni Roboczych od podpisania Umowy uzyska wiedzę o konstrukcji i działaniu Systemów oraz o przedmiocie Umowy. Potwierdzi to podpisaniem stosowanego oświadczenia, które Wykonawca dostarczy Zamawiającemu w terminie 21 Dni Roboczych od podpisania Umowy. [§ 5 ust. 10]
- Wykonawca rozpocznie świadczenie Usług Utrzymania z dniem wskazanym w pisemnym zleceniu, na zasadach opisanych poniżej oraz w innych postanowieniach Umowy. Rozpoczęcie świadczenia Usług Utrzymania w ramach Umowy nastąpi nie później niż od 27.07.2023 r. to jest z chwilą zakończenia realizacji Usługi Utrzymania w ramach Umowy DKF/BDG-II/POPT/136/19 z 26.07.2019 r., w sposób gwarantujący ciągłość świadczenia Usługi Utrzymania Systemów Zamawiającego pomiędzy niniejszą Umową a Umową DKF/BDG-II/POPT/136/19 z 26.07.2019 r. [§ 8 ust. 1]

W nawiązaniu do powyższych postanowień Odwołujący podniósł, że zarówno w okresie, o którym mowa w § 5 ust. 10 PPU, jak i w okresie przed rozpoczęciem świadczenia Usługi Utrzymania (jeżeli Umowa zostanie zawarta wcześniej niż 27.07.2023 r.), Systemy mogą ulegać zmianom wynikającym z poprawek lub modyfikacji dokonywanych przez dotychczasowego wykonawcę. Przy czym zmiany te mogą tak dalece ingerować w strukturę Systemu (nie ma żadnej umownej gwarancji, że tak się nie stanie), że jego naprawienie w zakreślonym SLA czasie będzie niewykonalne dla nowego Wykonawcy, gdyż jego pracownicy będą musieli odtwarzać wiedzę na temat tego, co w zostało zmienione i jak działa System, zamiast zajmować się usunięciem błędu. Jednocześnie Umowa nie gwarantuje w takiej sytuacji nowemu Wykonawcy dodatkowego okresu przeznaczonego na powzięcie wiedzy o konstrukcji i działaniu Systemów.

Stąd nowy Wykonawca:

- a) albo nie będzie w stanie złożyć w ciągu 15 Dni Roboczych od podpisania Umowy wymaganego w § 5 ust. 10 PPU oświadczenia, gdyż System będzie w tym czasie modyfikowany,
- b) albo, zapoznawszy się z przekazanymi mu materiałami, złoży wymagane § 5 ust. 10 PPU oświadczenie, nie wiedząc o dokonywanej w tym czasie modyfikacji Systemu,
- c) albo, zaznajomiwszy się z Systemem, złoży wymagane § 5 ust. 10 PPU oświadczenie, a System zostanie zmodyfikowany po jego złożeniu.

{okoliczności prawne}

[w odwołaniu nie wskazano na żadne dodatkowe okoliczności prawne]

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów, jak w pkt 2. listy zarzutów, gdyż każda z trzech sytuacji wyszczególnionych powyżej oznacza

domaganie się od wykonawcy niemożliwego do spełnienia świadczenia. Przy czym sytuacje opisane w lit. b) i c) powyżej mają de facto powodować, że niemożliwe będzie rozpoczęcie przez nowego Wykonawcę świadczenia Usług Utrzymania. Tym samym brak wprowadzenia zobowiązania, aby w okresie pomiędzy podpisaniem Umowy a datą zakończenia umowy DKF/BDG-II/POPT/136/19 z 26.07.2019 r. wszelkie zmiany w Systemach podlegały procedurze Usług Autoryzacji, o której mowa w § 10 PPU, ma prowadzić do naruszenia równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz istotnie przekraczać zasadę swobody umów.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 22 listopada 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania w zakresie wszystkich zarzutów, które uznał za w całości bezzasadne, z wyjątkiem ostatniego zarzutu, który częściowo uwzględnił.

{ad zarzutu i żądania nr 1}

Zamawiający wywiódł, że ponieważ przedmiot zamówienia obejmuje świadczenie w sposób ciągły usług modyfikacji, rozwoju i utrzymania funkcjonujących w Ministerstwie Funduszy i Polityki Regionalnej systemów wspierających prawidłową realizację przez beneficjentów (w tym ponad sto kilkadziesiąt instytucji publicznych w kraju i za granicą)

programów współfinansowanych ze środków UE [dalej zwanych łącznie „Systemem”], każdy błąd winien zostać sprawnie zdiagnozowany i jak najszybciej usunięty, a dostępność

oprogramowania winna być niemalże nieprzerwana.

Zamawiający wskazał, że istotność dla niego Usługi Utrzymania znalazła przełożenie w podziale punktacji w kryteriach cenowych, a mianowicie w kryterium „Ceny jednostki utrzymania” można uzyskać aż do 40 pkt, natomiast w kryteriach „Ceny punktu funkcyjnego (PF)” i „Ceny roboczodnia (MD) - maksymalnie po 10 pkt. Z kolei w związku z zakładaną incydentalnością sytuacji błędów i przerw w dostępności oraz pożądaną ich krótkotrwałością, zostały wprowadzone kryteria „Czasu obsługi błędów” i „Dostępności Oprogramowania, a w każdym z nich można uzyskać do 20 pkt.

Zamawiający w odniesieniu do tej części przepisu art. 240 ust. 2 pzp, zgodnie z którą kryteria oceny ofert i ich opis mają umożliwiać weryfikację poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach, powołał się na to, że Izba w dotychczasowym orzecznictwie:

- akceptowała ustalanie przez zamawiających zasad przyznawania punktów w pozacenowych kryteriach na podstawie informacji przedstawianych przez wykonawców w formularzach ofertowych jako powszechną praktykę w zamówieniach publicznych (np. okres gwarancji, termin realizacji, termin płatności) [zob. uzasadnienie wyroku z 10.03.2020 r. sygn. akt KIO 380/20];
- nie podzieliła stanowiska, że wybór danego wariantu przez wykonawcę w kryterium pozacenowym jest tylko nieweryfikowalną deklaracją wykonawcy, gdyż stanowi zobowiązanie wykonawcy do usunięcia awarii czy błędu we wskazanym czasie, za które ponosi określoną odpowiedzialność na etapie realizacji zamówienia [zob. uzasadnienie wyroku z 15.02.2021 r. sygn. akt: KIO 5/21, KIO 126/21, KIO 128/21, KIO 129/21].

Ponadto Zamawiający podniósł, że w art. 242 ust. 2 pkt 6 pzp wprost wskazano serwis posprzedażny, pomoc techniczną, warunki dostawy takie jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz okres realizacji, które jako kryteria oceny ofert również opierają się na deklaracjach wykonawców co do przyszłego sposobu realizacji zamówienia, a ich niedochowanie wiąże się z konsekwencjami na etapie realizacji umowy.

Zamawiający zwrócił również uwagę na rekomendowanie przez Urząd Zamówień Publicznych zamawiającym w postępowaniach na zaprojektowanie i budowę budynku użyteczności publicznej wprowadzenia kryterium, w ramach którego wykonawca może zadeklarować osiągnięcie mniejszego niż wymagane według opisu przedmiotu zamówienia rocznego zapotrzebowania na nieodnawialną energię pierwotną. Jednocześnie zaleca się zastrzeżenie w umowie kary umownej na wypadek niedotrzymania przez wykonawcę zadeklarowanej oszczędności kWh/m<sup>2</sup> [Przykładowe społeczne i środowiskowe kryteria oceny ofert w zamówieniach publicznych, Warszawa 2018 r., str. 91].

W tym kontekście Zamawiający zauważył, że nie budziło dotychczas kontrowersji dopuszczalność wprowadzenia kryteriów społecznych, w których punkty przyznawane są za zadeklarowanie przez wykonawcę zatrudnienia osób niepełnosprawnych czy bezrobotnych do wykonania zamówienia, co faktycznie następowało dopiero w razie udzielenia zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego kryteria Czasu obsługi błędów i Dostępności Oprogramowania są weryfikowalne, gdyż określił:

- w pkt 13.6 i 13.7 SWZ [przywołanych już powyżej za odwołaniem] sposób oceny w tych kryteriach, polegający na przyznaniu danemu wykonawcy 0, 10 albo 20 pkt, odpowiednio do zadeklarowanego przez niego w Formularzu oferty wariantu spełnienia danego kryterium;
- w ramach PPU: kwalifikowanie błędów jako blokujących (w § 2 ust. 2 pkt 8) lub krytycznych (w § 2 ust. 2 pkt 9), sposób ich zgłaszania (w § 8 ust. 5), czas obsługi (w § 8 ust. 11 pkt 2), czas/poziom niedostępności Systemu (w § 8 ust. 11 pkt 3).

Zamawiający podsumował, że adekwatnie do wyników szczegółowej analizy przedmiotu zamówienia, w tym najistotniejszych zagrożeń dla prawidłowego działania Systemu, dobrał kryteria jakościowe, których sposób weryfikacji opisał w SWZ.

Zamawiający podkreślił fakt skorelowania tych kryteriów jakościowych z karami umownymi - w § 20 PPU przewidziano naliczenie przez Zamawiającego kar umownych za niedochowanie zadeklarowanych przez wykonawcę wariantów SLA odnośnie odpowiednio: Czasu Analizy (w ust. 6), Czasu Naprawy (ust. 7), poziomu Dostępności (w ust. 8), co potwierdza, że parametry te mają istotne znaczenie.

Zamawiający powołał się na swoje doświadczenie związane z realizacją podobnych umów, które wskazuje, że taka korelacja pozwala na skuteczne egzekwowanie dochowania tych parametrów przez wykonawcę, gdyż wszelkie naruszenia w tym zakresie powodują nieuchronne naliczenie kar umownych, na dowód czego załączył dokumenty zbiorczo oznaczone jako dowód nr 1.

Zamawiający załączył również wyciągi z dokumentacji postępowań prowadzonych przez różne instytucje zamawiające, w tym na tożsame usługi, gdzie zastosowano analogiczne kryteria oceny ofert, jako dowód [oznaczony nr 3] na powszechne ich stosowanie, które nie spowodowało przy tym, że deklarowane były tylko warianty najwyższej punktowane.

Wreszcie Zamawiający powołał się na własną wieloletnią praktykę - zarówno jako instytucji zamawiającej, jak i instytucji zarządzającej krajowymi programami operacyjnymi - w której nie było żadnych przypadków zakwestionowania tego typu kryteriów w toku prowadzonych u niego czy przez niego kontroli wydatkowania środków z funduszy europejskich.

Zamawiający podsumował, że wykonawcy jako profesjonaliści na rynku IT oferują czas usunięcia awarii czy błędów adekwatnie do swoich możliwości wykonawczych, wynikających z posiadanych zasobów, szczególnie kadrowych, oraz przy uwzględnieniu ewentualnych kar umownych, jakie w przyszłości wiązałyby się z niewykonaniem w tym zakresie umowy terminach. Innymi słowy oferują najbardziej optymalny dla nich pod względem technicznym i kosztowym wariant kryterium, umożliwiający terminowe usuwanie awarii czy błędów etc.

{ad zarzutu nr 2a}

W przekonaniu Zamawiającego zarzut wynika z niedostatecznego przeanalizowania przez Odwołującego dokumentów tego zamówienia, tj. SWZ, PPU oraz Załącznika D do Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (dalej: „SOPZ”).

Zamawiający zwrócił tu uwagę na następujące postanowienia SWZ:

- zobowiązanie się Zamawiającego do udostępnienia Dokumentacji Systemów oraz ich kodów źródłowych w formie elektronicznej, na wniosek wykonawcy złożony wraz ze zobowiązaniem się do zachowania poufności uzyskanych informacji (wzór wniosku i zobowiązania stanowi Załącznik nr 12 do SWZ. Wniosek i zobowiązanie należy przekazać [pkt 3.7 SWZ];
- zastrzeżenie, że ze względu na trwający w trakcie niniejszego postępowania rozwój Systemu, Zamawiający planuje dokonywanie zmian w przekazanych dokumentach dotyczących Systemu, a aktualną dokumentację przekaże Wykonawcy najpóźniej w dniu podpisania Umowy [pkt 3.8 SWZ];
- Załącznik D do SOPZ, do którego odsyła § 8 ust. 2 PPU, określa w pkt D-1 sposób przejmowania Systemu, w szczególności, że przed rozpoczęciem Usług Utrzymania Wykonawca dokona przygotowania do przejęcia w utrzymanie Systemów na zapewnionej przez Zamawiającego Platformie. W tym celu, na 30 dni przed terminem

rozpoczęcia świadczenia Usługi Utrzymania określonym w pisemnym zleceniu świadczenia Usługi Utrzymania, Zamawiający przekaże Wykonawcy dane dostępne do zasobów udostępnionych na Platformie.

- przez Platformę należy rozumieć zbiór urządzeń lub zasobów teleinformatycznych, udostępnionych przez Zamawiającego, pozwalających na uruchamianie maszyn wirtualnych stanowiących infrastrukturę teleinformatyczną Systemów [§ 2 ust. 2 pkt 39

PPU];

- Zamawiający zobowiązał się do współdziałania z Wykonawcą oraz zadeklarował współpracę w celu realizacji umowy, w tym powiadamiania o ważnych okolicznościach mających lub mogących mieć wpływ na wykonanie umowy, w tym na terminy realizacji usług [§ 6 ust. 1 oraz § 4 ust. 2 PPU].

Zamawiający wywiódł z powyższego, co następuje.

Po pierwsze, że wykonawcy już na etapie postępowania o udzielenie tego zamówienia publicznego mają dostęp do aktualnej dokumentacji i kodów źródłowych.

Po drugie, że Usługa Utrzymania zostanie zlecona najwcześniej w dniu podpisania Umowy, a jej świadczenie rozpocznie się 30 dni później.

Po trzecie, że możliwość zmiany Dokumentacji Systemów w okresie poprzedzającym podpisanie Umowy wynika z faktu realizacji dotychczasowej umowy, która obejmuje swoim przedmiotem prace związane z rozwojem. Jest to normalna praktyka w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia obejmuje istniejące i funkcjonujące systemy, które są już utrzymywane, modyfikowane i rozwijane na podstawie wcześniej zawartych umów, ponieważ celem każdego zamawiającego jest zachowanie ciągłości w świadczonych usługach. Dlatego też Zamawiający zagwarantował udostępnienie Wykonawcy aktualnej dokumentacji poszczególnych Systemów najpóźniej w dniu podpisania Umowy.

Zamawiający zwrócił również uwagę na przewidzenie w dotychczas wykonywanej umowie usługę przekazania wiedzy przez dotychczasowego wykonawcę nowemu wykonawcy (Usługa Exit Planu). W tym kontekście Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący błędnie utożsamiał okres (7 Dni Roboczych) na przekazanie określonych informacji i zapewnienie dostępu, tj. czynności w ramach Usługi Exit Planu, z określonym przez Zamawiającego okresem realizacji samej Usługi Utrzymania.

Ponadto Zamawiający podkreślił, że:

- w Systemie, którego dotyczy postępowanie, wykorzystano znane i powszechnie stosowane w branży technologie, takie jak np.: .NET (w SL2021, Administracja), Java (w e-kontrolach), PHP (w BK2021) czy Python (BK2021 Skaner, Kontrole Krzyżowe) [dowód nr 3 - wydruki ze stron www dot. powszechności stosowanych technologii];
- w ramach warunków udziału sformułował określone wymagania dotyczące zdolności zawodowych i technicznych, tj. doświadczenia wykonawcy i jego personelu w pracy z ww. technologiami wykorzystywanymi w Systemie objętym postępowaniem.

W konsekwencji wykonawca powinien skierować do realizacji zamówienia ekspertów, którzy będą w stanie powziąć wiedzę o konstrukcji i działaniu Systemu w określonym przez Zamawiającego czasie. Jest to czas w którym wykonawca ma dostateczną możliwość poznania architektury Systemów, tak aby w sposób adekwatny i odpowiedni przygotować się do rozpoczęcia świadczenia Usługi Utrzymania.

Zdaniem Zamawiającego opisane powyżej rozwiązania świadczą wręcz o ponadstandardowej transparentności prowadzonego postępowania i pozwalają realnie ocenić możliwość świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia przez wszystkie podmioty, bez względu na ich wcześniejsze doświadczenie. Jest to równoznaczne z przestrzeganiem zasad uczciwej konkurencji oraz równości toku postępowania, gdyż

Zamawiający traktuje wszystkich wykonawców na równych prawach, a stawiane im wymagania są jasne i znane w chwili przygotowywania i wycenienia oferty.

W szczególności według Zamawiającego ocena zachowania uczciwej konkurencji musi uwzględniać fakt, że przedmiotem tego postępowania są ściśle określone usługi

eksperckie, dla których Zamawiający z pełną świadomością sformułował wymagania dotyczące zdolności zawodowych i technicznych. I nie można negocjować prawa Zamawiającego do sformułowania wymagań na poziomie zapewniającym należyte wykonywanie usług, tj. nieprzerwane świadczenie usług dla instytucji publicznych.

Zamawiający podsumował, że tym samym zarzut o realnym skróceniu czasu na powzięcie wiedzy o konstrukcji i działaniu Systemów jest bezpodstawny.

{ad zarzutu nr 2b}

Zamawiający zwrócił uwagę na następujące postanowienia PPU:

- Usługi Autoryzacji obejmują: obejmowanie Usługami (w tym, integracja i instalacja na środowiskach produkcyjnym, szkoleniowym i preprodukcyjnym) Modyfikacji Zamawiającego, w stosunku do których dokonano Autoryzacji. [§ 10 ust. 1 pkt 3]
- Wykonawcy nie przysługuje jakiegokolwiek dodatkowe wynagrodzenie związane z objęciem usługami Systemu Zamawiającego, a wynagrodzenie winno zostać skalkulowane w wynagrodzeniu za wykonanie przedmiotu umowy. [§ 3 ust. 5]

Ponadto Zamawiający wskazał na następujące okoliczności:

- Usługa Autoryzacji nie może być świadczona zanim nie zostanie zlecona Usługa Utrzymania (którą świadcząc Wykonawca ma możliwość integracji i instalacji Modyfikacji na wymaganych środowiskach);

- w ramach Usługi Autoryzacji wymagane czasy realizacji są nieporównywalnie dłuższe

niż SLA dla obsługi zgłoszeń i wprowadzania zmian w Usłudze Utrzymania Systemów;

- w okresie realizacji umowy DKF/BDG-II/POPT/136/19 z 26.07.2019 r. obecny wykonawca otrzymuje zapłatę za świadczenie Usługi Utrzymania i dokonanie ewentualnych zmian w Systemie;
- w sytuacji zagrożenia bezpieczeństwa Systemu wymagane jest niezwłoczne działanie wykonawcy aktualnie wykonywanej umowy.

Zamawiający stwierdził, że zarzut i żądanie odwołania prowadzą do sytuacji, w której:

- zapłaci za każdą zmianę podwójnie, tj. obecnemu wykonawcy (w ramach wynagrodzenie za świadczenie Usługi Utrzymania i dokonanie ewentualnych zmian w Systemie) oraz innemu wykonawcy, wyłonionemu w przedmiotowym postępowaniu (w ramach Usługi Autoryzacji przez niego zmian wprowadzonych przez dotychczasowego wykonawcę);
- może nastąpić faktyczne zablokowanie możliwości realizacji usług dla Systemu, w tym

narazić Zamawiającego ze strony wykonawcy aktualnie realizowanej umowy na zarzut uniemożliwienia należytego jej wykonywania, gdyż w sytuacji zagrożenia bezpieczeństwa Systemu Zamawiający musiałby w pierwszej kolejności przeprowadzić procedurę oceny zmian przez nowego wykonawcę.

Z uwagi na powyższe w ocenie Zamawiającego proponowana zmiana treści SWZ istotnie przekracza zasadę swobody umów i stoi w sprzeczności z zasadami ponoszenia wydatków publicznych.

Niezależnie od powyższego Zamawiający ponownie zwrócił uwagę na okoliczności, na które wskazał w ramach odniesienia się do poprzedniego zarzutu, w szczególności na:

- zagwarantowanie nowemu wykonawcy do zasobów Platformy w okresie 30 dni poprzedzających realizację Usługi Utrzymania;
- Usługę Exit Planu w ramach umowy z dotychczasowym wykonawcą.

{ad zarzutu nr 2c}

Abstrahując od innych uwag, zamawiający oświadczył, że wychodząc naprzeciw postulatowi Odwołującego, proponuje wprowadzenie w § 9 PPU ust. 4a w brzmieniu: Równoległa realizacja Zleceń, o której mowa w ust. 4, może podlegać ograniczeniu determinowanemu dostępnością Personelu Wykonawcy wynikającą z realnego zaangażowania w świadczenie już przyjętych do realizacji Zleceń Usług Rozwoju, jeżeli dotyczy Zleceń innych niż Drobne Prace Programistyczne. W takich przypadkach, Zlecenia są kolejkiwane i obsługiwane zgodnie z ustalonym pomiędzy Stronami harmonogramem prac.

Na posiedzeniu z udziałem Stron Odwołujący wycofał ten ostatni zarzut w zakresie, w jakim nie został on uwzględniony przez Zamawiającego.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego w całości, odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów zostało skierowane do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Zamawiający podtrzymali dotychczasowe stanowisko i argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może

ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Legitymacja Odwołującego, który zakwestionował postanowienia specyfikacji jako naruszające przepisy ustawy pzp, gdyż jest zainteresowany ubieganiem się o udzielenie

tego zamówienia na warunkach odpowiadających tym przepisom - spełnia powyższe przesłanki, co nie było też sporne.

{umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu nr 2 lit. c}

Jak to już powyżej odnotowano, Odwołujący wycofał zarzut nr 2 lit. c w zakresie, w jakim nie został on uwzględniony przez Zamawiającego.

Skoro ustawa pzp stanowi:

- w art. 522 ust. 3 zd. 1, że 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 art. 520 ust. 1, że odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy,
- w art. 568, że Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: 1) cofnięcia odwołania, 2) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, 3) o którym mowa w art. 522

- tym bardziej możliwe i celowe jest umorzenie postępowania w odniesieniu do zarzutu odwołania, który częściowo został uwzględniony, a w pozostałym zakresie wycofany.

{rozpatrzenie zarzutu nr 1 odwołania}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Skoro za niesporne - jako wynikające wprost ze słownika języka polskiego [punktor pierwszy poniżej], niezaprzeczonych przez stronę przeciwną okoliczności [przedostatni i ostatni punktor] lub treści SWZ [pozostałe punktory] - należy uznać, że:

- „weryfikować” oznacza „sprawdzać prawdziwość, przydatność lub prawidłowość czegoś”, a „weryfikowalny” oznacza „taki, którego prawdziwość można sprawdzić” [zob. Słownik języka polskiego dostępny na;

- przedmiotem Umowy jest w szczególności świadczenie przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego Usług Utrzymania, polegających przede wszystkim na zapewnieniu

Zamawiającemu nieprzerwanego działania Oprogramowania [rozumianego jako całość lub dowolny element oprogramowania wchodzącego w skład Systemu, czyli systemów

informatycznych Zamawiającego wspierających realizację programów

współfinansowanych ze środków UE, w tym Centralnego systemu teleinformatycznego, CST - systemu teleinformatycznego, o którym mowa w rozdziale 16 ustawy z dnia 11

lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (Dz. U. z 2020 r. poz. 818), i Centralnego systemu teleinformatycznego 2021, CST2021 - odpowiednika CST dla perspektywy finansowej 2021-2027, Systemu, o którym mowa w art. 4 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 28 kwietnia 2022 r. o zasadach realizacji zadań finansowanych ze środków europejskich w perspektywie finansowej 2021-2027 (Dz.U. z 2022 r. poz. 1079)], czyli świadczeniu usług SLA;

- usługi SLA polegają w szczególności na usuwaniu Błędów (rozumianych jako nieprawidłowe działanie Oprogramowania, w tym jego niewystarczającą jego wydajność) i zapewnienie poziomu wymaganej Dostępności (rozumianej jako parametr SLA mający na celu zapewnienie faktycznej możliwości korzystania z Oprogramowania przez

Zamawiającego, bez występowania Błędów Blokujących, przez określoną w procentach liczbę godzin w danym miesiącu kalendarzowym);

- Błąd Blokujący to Błąd skutkujący brakiem dostępności Oprogramowania (w całości lub

części) lub brakiem faktycznej możliwości zalogowania się do Oprogramowania wszystkich lub części Użytkowników (osób realizujących zadania w Systemie), także

w wyniku niewystarczającej wydajności Oprogramowania;

- Błąd Krytyczny to Błąd skutkujący brakiem możliwości wykorzystania przynajmniej

jednej z funkcji Oprogramowania wykorzystywanych przez Wnioskodawców (podmioty realizujące w Systemach zadania związane z wnioskowaniem o dofinansowanie projektu lub osoby przez nie upoważnione) lub Beneficjentów (beneficjent w rozumieniu

właściwych przepisów prawa unijnego, podmiot uczestniczący w realizacji projektu

na mocy umowy albo porozumienia zawartych z beneficjentem albo decyzji beneficjenta lub osoba przez nich upoważniona albo osoba uprawniona do ich reprezentacji), w szczególności: logowania, wyświetlania, dodawania, edytowania, zapisywania,

usuwania, przesyłania lub podpisywania dokumentów, publikowania, także wynikający z niewystarczającej wydajności Oprogramowania); Błąd skutkujący brakiem całości

danych w SRHD (aplikacji raportującej CST) lub SR2021 (aplikacji raportującej

CST2021); zatrzymanie przetwarzania dokumentów importowanych usługami sieciowymi lub publikacji słowników systemowych;

- Czas Analizy - liczony w godzinach okres od przekazania Zgłoszenia (poinformowania

Wykonawcy o wystąpieniu Błędu w sposób wskazany w Umowie) a wskazaniem

prawdziwych przyczyn Błędu i ich wyczerpującym opisem;

- Czas Naprawy - liczony w godzinach okres pomiędzy przekazaniem Zgłoszenia a dostarczeniem poprawki skutecznie usuwającej Błąd w sposób opisany w Umowie

i nieskutkującej innymi Błędami;

- w kryterium oceny ofert Czasu obsługi błędów o wadze 20% wykonawca może zaoferować jeden z trzech zdefiniowanych przez Zamawiającego wariantów świadczenia usług SLA w odniesieniu do parametrów Czasu Analizy i Czasu Naprawy dla Błędu Blokującego i Błędu Krytycznego, punktowanych odpowiednio na 0, 10 i 20 pkt;

- w kryterium oceny ofert Dostępności oprogramowania o wadze 20% wykonawca może

zaoferować jeden z trzech zdefiniowanych przez Zamawiającego wariantów świadczenia w tym aspekcie usług SLA, punktowanych odpowiednio na 0, 10 i 20 pkt;

- dla każdego z tych kryteriów dla rozstrzygnięcia ewentualnej wątpliwości wynikłej z braku wskazania w formularzu ofertowym wybranego wariantu obowiązuje reguła, że zostanie to poczytane za oferowanie wariantu niepuktowanego, jako określającego minimalny poziom parametru, którego dotrzymanie jest wymagane przez Zamawiającego przy realizacji Usługi Utrzymania;
- w ramach warunków udziału w postępowaniu Zamawiający szczegółowo określił potencjał osobowy konieczny i zarazem wystarczający dla należytej realizacji tego zamówienia;
- wynikający z formularza oferty wariant spełniania parametrów będzie dla Wykonawcy jego zobowiązaniem, którego niedotrzymanie będzie skutkowało naliczeniem kar umownych w wysokości określonej w PPU;
- Zamawiający nie zażądał żadnych przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie zdolności do dochowania oferowanych przez wykonawców wariantów Czasu obsługi błędów i Dostępności oprogramowania;
- Czas obsługi Błędów czy Dostępność oprogramowania oferowane przez rzetelnych profesjonalistów na rynku IT powinien być adekwatny do możliwości danego wykonawcy, wynikających z posiadanych zasobów, szczególnie potencjału osobowego;
- najkrótszy Czas obsługi Błędów czy największa Dostępność oprogramowania spośród wariantów zdefiniowanych w ramach opisu tych kryteriów nie są parametrami niemożliwymi do dotrzymania dla profesjonalistów na rynku IT

- to ustalone przez Zamawiającego kryteria pozacenowe są związane z przedmiotem tego zamówienia, zostały przez niego opisane w sposób jednoznaczny i zrozumiały oraz umożliwiają porównanie oferowanych przez poszczególnych wykonawców Czasów obsługi błędów i Dostępności oprogramowania na podstawie informacji przedstawionych przez nich w ofertach, natomiast Zamawiający nie przewidział badania i oceny wiarygodności deklaracji poszczególnych wykonawców odnośnie poziomu spełniania tych kryteriów.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut odwołania jest częściowo zasadny.

Zgodnie z art. 240 ust. 1 pzp zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Z kolei art. 240 ust. 2 pzp stanowi, że kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

Celowe jest przypomnienie, że w poprzednim stanie prawnym w powyższym zakresie obowiązywał jeden przepis, art. 91 ust. 2d ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2004 Nr 19 poz. 177 ze zm.) {dalej: „poprzednio obowiązująca ustawa pzp” lub „popzp”}, zgodnie z którym zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców.

Powyżej przywołane przepisy zostały wprowadzone jako transpozycja art. 67 ust. 4 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U.UE.L.2014.94.65 ze zm.) {dalej: „dyrektywa 2014/24/UE” lub „dyrektywa klasyczna”}, którego brzmienie nie ulegało zmianom: Kryteria udzielenia zamówienia nie mogą skutkować przyznaniem instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru. Zapewniają one możliwość efektywnej konkurencji i dołączone są do nich specyfikacje, które umożliwiają skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów, tak aby ocenić, na ile oferty spełniają kryteria udzielenia zamówienia. W razie wątpliwości instytucje zamawiające skutecznie weryfikują prawdziwość informacji i dowodów przedstawionych przez oferentów.

Wydaje się, że jak dotychczas w krajowym porządku prawnym nie w pełni udało się odzwierciedlić przepis art. 67 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE właśnie w aspekcie weryfikacji spełniania kryteriów, którego dotyczy spór w niniejszej sprawie. Uregulowanie dyrektywy klasycznej jest tu nie tylko znacznie obszerniejsze, ale przede wszystkim wprost kładzie nacisk zarówno na weryfikowalność kryterium jako takiego, jak i faktyczną weryfikację jego spełniania przez poszczególnych wykonawców. Innymi słowy kryterium ma być nie tylko opisane w taki sposób, aby obiektywnie nadawało się do porównywania poziomu jego

spełnienia przez wykonawców, ale powinna również zostać zapewniona możliwość sprawdzenia, czy dany wykonawca spełnia kryterium na zadeklarowanym przez siebie poziomie. Osiągnięciu tego ostatniego służy zaś, oprócz odpowiedniego określenia sposobu podania w ofercie informacji dotyczących spełniania kryterium, zażądanie dowodów potwierdzających złożone w tym zakresie oświadczenie wykonawcy. Przy czym - jak to wynika z art. 44 ust. 1 i 2 dyrektywy 2014/24/UE - na potwierdzenie zgodności z wymaganiami lub kryteriami określonymi jako kryteria udzielenia zamówienia instytucje zamawiające mogą wymagać od wykonawców przedstawienia wyszczególnionych w tych przepisach lub innych środków dowodowych.

Nie powinno zatem budzić żadnych wątpliwości, iż prawodawca unijny, po pierwsze zobowiązał zamawiającego do rzeczywistej weryfikacji zadeklarowanych przez wykonawcę, w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert, parametrów, a po drugie, że zamawiający mogą, czy wręcz zobowiązani są, w dokumentach zamówienia „przewidzieć, jakiego rodzaju dowody powinny być przedstawione przez wykonawców na potwierdzenie, że oferowane towary lub usługi mają określone cechy lub wartości [Por.: art. 67 dyrektywy 2014/24/UE [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, Komentarz do dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, [w:] Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. III, Lex 2016 r. }. Wprowadzając zatem określone kryteria udzielenia zamówienia „zamawiający powinni mieć na uwadze, aby możliwe było zweryfikowanie, czy oferowane dostawy, usługi bądź roboty budowlane spełniają oczekiwania zamawiającego” [Por. art. 67 dyrektywy 2014/24/UE [w:] J. Pawelec, Dyrektywa 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji. Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych]. (...) {tak I. Skubiszak-Kalinowska [w:] „Weryfikacja spełniania przez ofertę kryteriów jej oceny”, Zamówienia publiczne. Doradca, nr 3 (2020)}

Pomimo pewnej skrótowości uregulowania przepisu art. 240 ust. 2 pzp odnośnie weryfikacji zadeklarowanego przez wykonawcę w ofercie spełniania kryterium oceny ofert, de lege lata z innych przepisów ustawy pzp wprost wynika, że w tym celu zamawiający może zażądać dołączenia do oferty odpowiednich dowodów. Po pierwsze - zgodnie z definicją zawartą w art. 7 pkt 20 pzp przedmiotowe środki dowodowe to środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Po drugie - w ramach uregulowania w art. 104-106 pzp poszczególnych rodzajów przedmiotowych środków dowodowych potwierdzono tak zdefiniowany cel ich żądania przez zamawiającego, który zobowiązany jest do wskazania ich w dokumentach zamówienia. Wreszcie po trzecie - art. 107 ust. 3 pzp wprowadza, właśnie dla przedmiotowych środków dowodowych dotyczących kryteriów oceny ofert, wyjątek od zasady ich uzupełnialności w razie ich niezłożenia wraz z ofertą (lub złożenia ich w postaci niekompletnej czy z błędami), którą statuuje art. 107 ust. 2 pzp, przy zachowaniu możliwości wyjaśniania ich treści w trybie art. 107 ust. 4 pzp.

Nie sposób pominąć, że analogicznie opisane do zaskarżonych w niniejszej sprawie kryteria były przedmiotem rozpoznania przez Sąd Okręgowy w Warszawie - wyrok z 18 grudnia 2020 r. sygn. akt XXIII Ga 1350/20 dotyczył kryterium Poziomu dostępności usług (SLA), zaś wyrok z 23 czerwca 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 35/21 dotyczył kryterium Czasu usunięcia błędu lub awarii (T) - ale pod kątem ich zgodności z art. art. 91 ust. 2d poprzednio obowiązującej ustawy pzp. W obu sprawach sąd [w drugiej działając już jako sąd zamówień publicznych w rozumieniu aktualnie obowiązującej ustawy pzp] stanął na kategorycznym stanowisku, iż obowiązkiem zamawiającego jest takie określenie kryteriów oceny ofert, aby przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty było możliwe sprawdzenie i zweryfikowanie informacji przedstawionych przez wykonawców w ofertach, stąd nakazał usunięcie tych kryteriów i zastąpienie innymi. Z uzasadnień powyższych wyroków wynika, że sąd uznał za niedopuszczalną sytuację, w której punktacja w kryterium innym niż cena miałyby być przyznawana wyłącznie na podstawie deklaracji wykonawcy w formularzu ofertowym, sprowadzającej się do wyboru jednego z wariantów zdefiniowanych w specyfikacji przez zamawiającego, który jednocześnie nie wymagał od wykonawców podania żadnych innych danych, w tym jakichkolwiek informacji czy oświadczeń wykonawców, celem zweryfikowania tych deklaracji.

Powyższe rozstrzygnięcia były przedmiotem krytycznych glos przedstawicieli doktryny {zob. G. Machulak I. Skubiszak-Kalinowska [w:] „Jakościowe kryteria oceny ofert, Zamówienia publiczne. Doradca, nr 7 (2021) oraz A. Gawrońska-Baran [w:] „Z problematyki pozacenowych kryteriów oceny ofert”, PZP - kwartalnik, nr 4 (2021)}, którzy poczytali je jako generalne zanegowanie kryteriów pozacenowych, w tym wprost wskazanego w przepisie art. 242 ust. 2 pzp (art. 91 ust. 2 popzp) otwartego katalogu takich kryteriów, spośród których większość [jakość - w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne (takie jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników); aspekty społeczne - w tym integracja zawodowa i społeczna osób marginalizowanych; aspekty środowiskowe - w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia; aspekty innowacyjne; serwis posprzedażny, pomoc techniczna, warunki dostawy (takie jak termin,

sposób lub czas dostawy) oraz okres realizacji] odnosi się do etapu wykonania umowy. Tym samym ustawodawca miałby w ten sposób potwierdzić, że nie zawsze przy pozacenowych kryteriach oceny ofert jest możliwe wyeliminowanie konieczności oparcia się na deklaracjach zawartych w ofertach.

Jednakże zdaniem składu orzekającego Izby rozstrzygnięcie w powyższych sprawach odnosi się do konkretnego stanu faktycznego, którego - jak to już powyżej zrelacjonowano - istotą było określenie sposobu oceny w kryteriach dotyczących jakości świadczonej usługi informatycznej opierającego się wyłącznie na deklaracji wykonawcy, czyli bez zażądania dla ich zweryfikowania przedmiotowych środków dowodowych.

Tym niemniej, jak trafnie wywiedziono w ramach tych glos, przy interpretacji przepisów dotyczących zamówień publicznych konieczne jest odwołanie się do wykładni systemowej oraz celowościowej, ze szczególnym uwzględnieniem zapewnienia osiągnięcia celów przepisów prawa wspólnotowego, co w przypadku art. 67 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE wymaga uwzględnienia motywu 92 [Oceniając najlepszą relację jakości do ceny, instytucje zamawiające powinny określić kryteria ekonomiczne i jakościowe dotyczące przedmiotu zamówienia, na podstawie których przeprowadzą ocenę. Kryteria te powinny zatem umożliwić ocenę porównawczą poziomu wykonania oferowanego w każdej z ofert w kontekście przedmiotu zamówienia określonego w specyfikacji technicznej], który kładzie wprawdzie nacisk na mierzalność kryterium, którą jednak zapewnia podanie przez wykonawców „poziomu wykonania oferowanego w każdej z ofert”. Regulacje europejskie nie eliminują więc możliwości podania w ofercie poziomu spełnienia kryterium, który stanie się zobowiązaniem umownym. Co więcej, jak to ujął Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w uzasadnieniu wyroku z 18 października 2001 r. w sprawie C-19/00: „...sama okoliczność, że kryterium oceny odnosi się do elementu faktycznego, który precyzyjnie będzie znany dopiero po zakończeniu realizacji (a nie w chwili wyboru oferty), nie może być uznana za równoznaczną z przyznaniem zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru. Oczywiście możliwość zastosowania takiego kryterium zależy od tego, czy odpowiednio wcześniej (w ogłoszeniu i w dokumentacji przetargowej) było podane do wiadomości uczestnikom postępowania w taki sposób, aby każdy poprawnie/należycie poinformowany oferent, który dołoży należytej staranności, mógł interpretować je w jednakowy sposób.

Izba zważyła, że biorąc pod uwagę zarówno dotychczasowe rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego w Warszawie, jak i wykładnię art. 240 ust. 2 ustawy pzp prezentowaną w doktrynie, należy dojść do wniosku, że Zamawiający naruszył ten przepis w takim zakresie, w jakim nie przewidział w opisie kryteriów oceny ofert „Czas obsługi błędów” i „Dostępność Oprogramowania” weryfikacji zadeklarowania przez wykonawcę spełnienia tych kryteriów jakościowych w wariantach punktowanych i zaniechał zażądania w tym celu stosownych przedmiotowych środków dowodowych. Stąd Izba nakazała Zamawiającemu uzupełnienie w tym zakresie specyfikacji warunków zamówienia, co może na przykład polegać na wymaganiu wykazania dysponowania liczniejszym lub o większych kwalifikacjach zespołem osób skierowanych do realizacji tego zamówienia, niż to jest wymagane na potrzeby spełnienia określonego w tym zakresie warunku udziału, a jednocześnie ma być wystarczające dla osiągnięcia obligatoryjnych poziomów parametrów „Czasu obsługi błędów” i „Dostępności Oprogramowania”.

{rozpatrzenie zarzutów nr 2a i 2b}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Po pierwsze, SWZ zawiera postanowienia obejmujące:

- zobowiązanie się Zamawiającego do udostępnienia Dokumentacji Systemów oraz ich kodów źródłowych w celach przygotowania oraz złożenia oferty, a w przypadku wyboru oferty jako najkorzystniejszej i zawarcia umowy, w celu wykonania umowy [pkt 3.7 SWZ];
- zastrzeżenie, że ze względu na trwający w trakcie niniejszego postępowania rozwój Systemu, Zamawiający planuje dokonywanie zmian w przekazanych dokumentach dotyczących Systemu, a aktualną dokumentację przekaże Wykonawcy najpóźniej w dniu podpisania Umowy [pkt 3.8 SWZ];
- określenie sposobu przejmowania Systemu, w szczególności, że przed rozpoczęciem Usług Utrzymania Wykonawca dokona przygotowania do przejęcia w utrzymanie Systemów na zapewnionej przez Zamawiającego Platformie (zdefiniowanej w § 2 ust. 2 pkt 39 PPU jako zbiór urządzeń lub zasobów teleinformatycznych, udostępnionych przez Zamawiającego, pozwalających na uruchamianie maszyn wirtualnych stanowiących infrastrukturę teleinformatyczną Systemów). W tym celu, na 30 dni przed terminem rozpoczęcia świadczenia Usługi Utrzymania określonym w pisemnym zleceniu

świadczenia Usługi Utrzymania, Zamawiający przekazuje Wykonawcy dane dostępne do zasobów udostępnionych na Platformie [pkt D-1 Załącznika D do SOPZ, do którego odsyła § 8 ust. 2 PPU];

- zobowiązanie się Zamawiającego do współdziałania z Wykonawcą oraz zadeklarowania współpracy w celu realizacji umowy, w tym powiadamiania o ważnych okolicznościach mających lub mogących mieć wpływ na wykonanie umowy, w tym na terminy realizacji usług [§ 6 ust. 1 oraz § 4 ust. 2 PPU].

Po drugie, niesporne było, że wykonawcom w trakcie tego postępowania o udzielenie tego zamówienia publicznego udostępniono dokumentację i kody źródłowe na potrzeby sporządzenia oferty.

Po trzecie, Usługa Utrzymania zostanie zlecona najwcześniej w dniu podpisania Umowy, a jej świadczenie rozpocznie się 30 dni później.

Po czwarte, możliwość zmiany Dokumentacji Systemów w okresie poprzedzającym podpisanie Umowy wynika z faktu realizacji dotychczasowej umowy, która obejmuje swoim przedmiotem prace związane z rozwojem. Jest to normalna praktyka w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia obejmuje istniejące i funkcjonujące systemy, które są już utrzymywane, modyfikowane i rozwijane na podstawie wcześniej zawartych umów, ponieważ celem każdego zamawiającego jest zachowanie ciągłości w świadczonych usługach. Dlatego też Zamawiający zagwarantował w udostępnienie Wykonawcy aktualnej dokumentacji poszczególnych Systemów najpóźniej w dniu podpisania Umowy.

Po piąte, w dotychczas wykonywanej umowie usługę przekazania wiedzy przez dotychczasowego wykonawcę nowemu wykonawcy (Usługa Exit Planu). Natomiast Odwołujący błędnie utożsamia okres (7 Dni Roboczych) na przekazanie określonych informacji i zapewnienie dostępu, tj. czynności w ramach Usługi Exit Planu, z określonym przez Zamawiającego okresem realizacji samej Usługi Utrzymania.

Po szóste, w dalszym planie z niesporne należy uznać, że:

- w Systemie, którego dotyczy postępowanie, wykorzystano znane i powszechnie stosowane w branży technologie, takie jak np.: .NET (w SL2021, Administracja), Java (w e-kontrolach), PHP (w BK2021) czy Python (BK2021 Skaner, Kontrole Krzyżowe);
- w ramach warunków udziału sformułowano określone wymagania dotyczące zdolności zawodowych i technicznych, tj. doświadczenia wykonawcy i jego personelu w pracy z ww. technologiami wykorzystywanymi w Systemie objętym postępowaniem.

Po siódme, za oczywiste należy uznać, że zapoznanie się przez Personel

Wykonawcy z Systemem może dotyczyć jego stanu istniejącego nie później niż w dacie formalnego potwierdzenia tej okoliczności.

Po ósme, Odwołujący nie wykazał, że biorąc pod uwagę powyższe uwarunkowania, wymaganie powzięcia przez zespół osób o kwalifikacjach wymaganych od osób wchodzących w skład Personelu Wykonawcy wiedzy o konstrukcji i działaniu Systemów i przedmiocie Umowy w terminie 15 Dni Roboczych jest nadmierne.

Po dziewiąte, odnośnie zastosowania Usługi Autoryzacji za niesporne, bo co najmniej niezaprzeczone przez Odwołującego, należy uznać, że:

- nie może być ona świadczona zanim nie zostanie zlecona Usługa Utrzymania (którą świadcząc Wykonawca ma możliwość integracji i instalacji Modyfikacji na wymaganych środowiskach);
- wymagane w ramach Usługi Autoryzacji czasy realizacji są dłuższe niż SLA dla obsługi zgłoszeń i wprowadzania zmian w Usłudze Utrzymania Systemów;
- w okresie realizacji umowy DKF/BDG-II/POPT/136/19 z 26.07.2019 r. obecny wykonawca otrzymuje zapłatę za świadczenie Usługi Utrzymania i dokonanie ewentualnych zmian w Systemie;
- w sytuacji zagrożenia bezpieczeństwa Systemu wymagane jest niezwłoczne działanie wykonawcy aktualnie wykonywanej umowy.

Po dziesiąte za co najmniej niezaprzeczone należy uznać również, że objęte zarzutem i zarazem żądane rozszerzenie Usługi Autoryzacji o ocenę zmian przez nowego

wykonawcę oznaczałoby, że Zamawiający byłby liczyć się z:

- zapłatą za każdą zmianę podwójnie, tj. obecnemu wykonawcy (w ramach wynagrodzenie za świadczenie Usługi Utrzymania i dokonanie ewentualnych zmian w Systemie) oraz innemu wykonawcy, wyłonionemu w przedmiotowym postępowaniu (w ramach Usługi Autoryzacji przez niego zmian wprowadzonych przez dotychczasowego wykonawcę);
- zarzutem dotychczasowego wykonawcy, że z powodów od niego niezależnych, nie jest w stanie należycie wykonywać Umowy w sytuacji wystąpienia zagrożenia bezpieczeństwa Systemu.

Po jedenaste, jak wynika z odwołania, Odwołujący zdaje sobie sprawę z tego, że obiektywnie rzecz biorąc nie sposób w pełni zrównać sytuacji innych wykonawców z wykonawcą aktualnie wykonującym przedmiotowe usługi

Po dwunaste, Odwołujący nie wykazał, że PPU odnośnie Usługi Autoryzacji są adekwatnym narzędziem do osiągnięcia takiego celu, z treści uzasadnienia odwołania wynika wręcz, że treść tych postanowień nie została uważnie przez niego przeanalizowana.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania są niezasadne.

Zgodnie ze wskazanymi w odwołaniu przepisami ustawy pzp:

1. Art. 99 ust. 1 - 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.
2. Art. 99 ust. 4 - 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.
3. Art. 16 - zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Zgodnie ze wskazanymi w odwołaniu przepisami kodeksu cywilnego, które miałyby pozostawać w związku z powyżej przywołanymi przepisami ustawy pzp na zasadzie jej art. 8 ust. 1 (który stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli

przepisy ustawy pzp nie stanowią inaczej):

1. Art. 5 - nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.
2. Art. 353<sup>1</sup> - strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Powiązane ze sobą zarzuty naruszenia przez Zamawiającego powyższych przepisów, rozpatrywane z uwzględnieniem normy wynikającej z art. 555 pzp, należało uznać za oczywiście niezasadne.

Zgodnie z art. 555 pzp [ponieważ identyczny przepis zawierał art. 192 ust. 7 poprzednio obowiązującej ustawy pzp z 2004 r. (dalej: „popzp”), aktualna pozostaje jego interpretacja wypracowana w orzecznictwie i doktrynie] Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Stąd niezależnie od wskazanych w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności faktycznych i prawnych. W szczególności te pierwsze mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut

podlegający rozpoznaniu. Taka interpretacja tej normy prawnej jest zgodna z linią orzecniczą konsekwentnie prezentowana przez Krajową Izbę Odwoławczą. Już w uzasadnieniu wyroku wydanego 1 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1633/09 Izba wskazywała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 popzp) oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność tego stanowiska została potwierdzona również w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

Z kolei - jak to trafnie uprzednio Izba wywiódła w uzasadnieniach wyroków wydanych 7 sierpnia 2014 r. sygn. akt KIO 1529/14, 17 listopada 2020 r. sygn. akt KIO 2731/20 czy 22 stycznia 2021 r. sygn. akt KIO 3387/22 - zarzut oparty o błędnie przywołane okoliczności faktyczne, w czym zawiera się również pominięcie takich okoliczności, należy uznać za oczywiście niezasadny, co okazało się również adekwatne w okolicznościach tej sprawy.

Ponieważ Odwołujący zdecydował się oprzeć swoje zarzuty na wybiórczym lub wręcz nieadekwatnym wskazaniu okoliczności faktycznych, pozbawił się w ten sposób, z uwagi na upływ zawitego terminu na wniesienie odwołania, możliwości kwestionowania treści SWZ, którą przemilczał lub przeinaczył. Wdanie się w tym zakresie w spór z Zamawiającym dopiero na rozprawie jest spóźnione i stanowi niedopuszczalną próbę rozszerzenia lub zmiany wadliwie sformułowanych zarzutów odwołania. Przy czym w przypadku drugiego z tych zarzutów wadliwość jego konstrukcji przejawia się również w utożsamieniu zarzutu z żądaniem, czyli przedstawieniem jako naruszenie przepisów niezastosowania konkretnie wskazanego postanowienia PPU, co jednocześnie jest przedmiotem żądania.

{podsumowanie rozstrzygnięcia}

Mając powyższe na uwadze, Izba:

- działając na podstawie art. 568 ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 1. sentencji;
- stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 240 ust. 2 ustawy pzp może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia - wobec czego - działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 2. sentencji;
- wobec stwierdzenia niezasadności w pozostałym zakresie pierwszego zarzutu oraz niezasadności w całości pozostałych potrzymanych zarzutów, Izba - działając na podstawie art. 553 zd. 1 - orzekła, jak w pkt 3. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, Zamawiającego, orzeczono w pkt 4. sentencji stosownie do powyższego wyniku, na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3 pkt 1 i 2 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 (Dz. U. poz. 2437).