

Sygn. akt: KIO 3202/23

WYROK

z dnia 16 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Katarzyna Odrzywolska

Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 13 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 października 2023 r. przez wykonawcę DXC Technology Polska Sp. z o.o., ul. Prosta 67, 00-838 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa

przy udziale wykonawcy ASSECO Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2.1 . kosztami postępowania obciąża wykonawcę DXC Technology Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez DXC Technology Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

2.2 zasądza od DXC Technology Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem uzasadnionych kosztów reprezentacji strony.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3202/23

Uzasadnienie

Zamawiający: Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie prowadzi

postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z wolnej ręki pn.: "Zakup usługi utrzymania i rozwoju aplikacji ZSZIK, IACS plus, GIS, SIZ, PZSiP plus, PA, eWniosekplus, eWoP oraz IRZplus (numer postępowania: DPiZP.2615.1.2023), ogłoszenie o udzieleniu zamówienia opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27 września 2023 r., nr 2023/S 186-582893 („Postępowanie”).

Odwołujący DXC Technology Polska sp. z o.o. z/s w Warszawie wniósł dnia 26 października 2023 r. odwołanie wobec czynności Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa („Zamawiający”, „ARiMR”) polegającej na udzieleniu wykonawcy Asseco Poland S.A. (Asseco) zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, gdy nie zostały spełnione ustawowe przesłanki do udzielenia zamówienia w tym trybie.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. Art. 214 ust. 1 pkt 5 przez:

(a) nieprawidłowe zastosowanie przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, w której nie zaistniały ustawowe przesłanki do stosowania tego trybu, a zatem Zamawiający udzielił zamówienia w sposób sprzeczny z ustawą Pzp;

(b) udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki wykraczając poza niezbędny i konieczny zakres takiego zamówienia,

2. Art. 16 ust. 1 pkt 1 i art. 17 ust. 2 przez naruszenie Zamawiającego zasady uczciwej

konkurencji i równego traktowania wykonawców i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami.

II. Z uwagi na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

(a) unieważnienie umowy zawartej z Asseco, ewentualnie o unieważnienie tej umowy w zakresie, jaki nie był niezbędny i konieczny do natychmiastowego wykonania;

(b) stwierdzenie naruszenia prawa przez Zamawiającego w zakresie opisanym w

zarzutach i uzasadnieniu;

(c) na podstawie art. 554 ust 3 ustawy Pzp nałożenie na Zamawiającego kary

finansowej.

Niektóre informacje zawarte w załącznikach do odwołania mają charakter poufny, a Zamawiający i Odwołujący zobowiązani są zachowania ich w tajemnicy, co wynika z pkt 16.1 umowy zawartej między nimi (załącznik nr 5 do odwołania).

Załączniki obejmujące informacje poufne są oznaczone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący profesjonalnie zajmuje się świadczeniem usług informatycznych, w tym usług utrzymania systemów informatycznych oraz ich modyfikacji i byłby zainteresowany złożeniem oferty w ewentualnym postępowaniu ogłoszonym w celu zawarcia umowy o treści, jaką ARiMR zawarł z Asseco.

Był wykonawcą wykonującym poprzednią umowę dotyczącą tego samego systemu informatycznego, która została rozwiązana przez ARiMR w sposób nieskuteczny i bez podstawy prawnej. Z rozwiązaniem umowy Zamawiający zawarł tego samego dnia umowę z Asseco.

29 listopada 2022 r. Zamawiający zawarł z Odwołującym umowę nr 83/DI/2022/2610 („Umowa”) po przeprowadzeniu przetargu nieograniczonego.

Umowa dotyczyła świadczenia kilku rodzajów usług:

(a) usług utrzymania systemu informatycznego Zamawiającego składającego się z aplikacji ZSZK, IACS plus, GIS, SIZ, PZSiP plus, PA, eWniosekplus, eWoP oraz IRZplus, określanych w Umowie jako Grupa Usług Zapewnienia Jakości (G2) i Grupa Usług Administracji Systemem (G3),

(b) usług rozwoju ww. systemu informatycznego polegających na opracowywaniu i wdrażaniu modyfikacji lub nowych funkcjonalności tego systemu (określanych w Umowie jako Grupa Usług Rozwoju (G4),

(c) innych usług tj. Usługi Zleceń Operacyjnych, Okresu Przejściowego oraz usługi związane z Przekazaniem Usług.

Zamawiający jest odpowiedzialny za wdrażanie programów współfinansowanych z budżetu UE oraz środków krajowych. Realizacja wspierana jest przez systemy informatyczne.

Kluczowym i najbardziej rozbudowanym systemem informatycznym Agencji jest System Informatyczny Agencji („SIA”), na który składają się aplikacje ZSZK, IACS plus, GIS, SIZ, PZSiP plus, PA, eWniosekplus, eWoP oraz IRZplus. System służy do obsługi procesu rozpatrywania wniosków o przyznanie płatności dla producentów rolnych, zgodnie z zasadami Unii Europejskiej w ramach Wspólnej Polityki Rolnej i na podstawie krajowego prawa.

SIA wymaga dostosowywania w ramach każdej z corocznych akcji wypłat dla producentów rolnych, które Zamawiający określa jako Kampanie.

Pod koniec roku 2022 Zamawiający przygotowywał się do zadania wprowadzenia istotnej modyfikacji do SIA dla dostosowania go do obsługi płatności z Europejskiego Funduszu Rolniczego Gwarancji oraz Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich w nowej perspektywie 2023-2027, co wymagało znacznych zmian w systemie. Modyfikacje potrzebne do wypłat w 2023 r. Zamawiający określał jako Kampania 2023.

W tym czasie nadal trwało postępowanie w celu zawarcia nowej umowy (ostatecznie zawartej z DXC) oraz obowiązywała jeszcze umowa z analogicznym zakresem usług z 18

czerwca 2019 r. na okres 47 miesięcy, z Asseco Poland S.A. (41/DI/2019/2610). Umowa ta obowiązywała do 28 kwietnia 2023 r.

Przez początkowy okres, Okres Przejściowy, jednocześnie świadczone były usługi przez dotychczasowego wykonawcę (czyli Asseco).

W ten sposób Zamawiający chciał zapewnić sobie możliwość korzystania z usług Asseco i równoległego przygotowywania się przez DXC do świadczenia tych usług po zakończeniu Okresu Przejściowego, który rozpoczyna

się z podpisaniem Umowy i kończy się z upływem 5 miesięcy od dnia zawarcia, po 5 miesiącach DXC rozpoczyna świadczenie usług, w tym usługi modyfikacji SIA.

Zamawiający zawarł Umowę z DXC za zgodą KIO z 25 listopada 2022 r., KIO/W 38/22 o uchyleniu zakazu zawarcia po uznaniu, że Zamawiający wykazał, że brak zawarcia umowy na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia skutkować może brakiem realnej możliwości uniknięcia przez Zamawiającego opóźnienia w realizacji płatności na rzecz producentów rolnych, co z kolei skutkować będzie odmową refundacji Rzeczypospolitej Polskiej przez Komisję Europejską kwoty stanowiącej równowartość nawet ok 21 mld zł. KIO uznało także, że jedynie w przypadku pilnego zawarcia umowy zagwarantowana będzie tożsamość wykonawcy utrzymującego, certyfikującego i modyfikującego system informatyczny i będzie to skutkowało realną możliwością dostosowania tego systemu do wymagań określonych Kampanią 2023. Brak zawarcia umowy skutkować może bowiem brakiem realnej możliwości uniknięcia przez Zamawiającego opóźnienia w realizacji płatności, co z kolei skutkować będzie odmową refundacji Rzeczypospolitej Polskiej przez Komisję Europejską kwoty stanowiącej równowartość nawet do ok 21 mld zł.

Okres Przejściowy trwał do 29 kwietnia 2023 r. Od 30 kwietnia Odwołujący rozpoczął świadczenie usług z Umowy w pełnym zakresie.

25 sierpnia 2023 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu oświadczenie o wypowiedzeniu Umowy, odstąpieniu od Zamówień P002 i P005 (dotyczących modyfikacji systemu SIA) oraz wypowiedzeniu Zamówienia ZO006. Jednocześnie uniemożliwił wykonywanie Umowy Odwołującego odcinając dostęp do środowisk informatycznych ARiMR.

Pkt 14 Umowy zawierał obszerny katalog podstaw do wypowiedzenia Umowy w razie jej nienależytego wykonywania. Mimo tego, Zamawiający oparł oświadczenia o art. 746 § 1 oraz art. 635 kc o umowie zlecenia i umowie o dzieło, pomijając całkowicie podstawy umowne.

Ponieważ oświadczenia Zamawiającego o rozwiązaniu Umowy (w tym zamówień i zleceń) zostały doręczone z naruszeniem procedury przewidzianej Umową, a wskazane w nich powody rozwiązania były pozorne i nieprawdziwe, Odwołujący 5 września 2023 r. wezwał Zamawiającego do wznowienia wykonywania obowiązków i umożliwienia świadczenia usług. Ostatecznie, po opublikowaniu przez Zamawiającego 27 września 2023 r. w DUUE ogłoszenia o udzieleniu Asseco Poland S.A. z wolnej ręki zamówienia obejmującego usługi,

które były objęte zakresem Umowy, oraz otrzymaniem oświadczenia Zamawiającego, że nie zamierza wykonać obowiązków z Umowy, 2.10.2023 r. DXC odstąpiło od Umowy z winy ARiMR.

II. Uzasadnienie prawne

1. Zamawiający wskazał art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp jako podstawę prawną udzielonego zamówienia z wolnej ręki. Przepis stanowi transpozycję art. 32.2.c obecnej dyrektywy zamówieniowej. Art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp: „1. Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: 5) ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia;”

Art. 32.2.c dyrektywy zamówieniowej 2014/24/UE: Procedurę negocjacyjną bez uprzedniej publikacji można stosować do zamówień w każdym z następujących przypadków: c) w zakresie, w jakim jest to absolutnie niezbędne, jeżeli – ze względu na wystąpienie wyjątkowo pilnej konieczności spowodowanej wydarzeniami, których instytucja zamawiająca nie mogła przewidzieć – terminy przewidziane dla procedury otwartej lub procedury ograniczonej lub procedury konkurencyjnej z negocjacjami nie mogą być dotrzymane. Okoliczności przywoływane w celu uzasadnienia wyjątkowo pilnej konieczności nie mogą być w żadnym wypadku przypisane instytucji zamawiającej.

Orzecznictwo TSUE, KIO oraz sądów powszechnych dotyczące tego zagadnienia i wydawane na przestrzeni ostatnich 30 lat, zachowuje aktualność.

Udzielenie zamówienia z wolnej ręki na tej podstawie wymaga łącznego spełnienia pięciu przesłanek: 1) wystąpiła wyjątkowa sytuacja; 2) sytuacja ta nie wynika z przyczyn leżących po stronie zamawiającego; 3) zamawiający nie mógł przewidzieć wystąpienia takiej wyjątkowej sytuacji; 4) wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia; 5) nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Przesłanki muszą zostać spełnione kumulatywnie, a pomiędzy nimi musi zachodzić związek przyczynowo skutkowy oraz czasowy. Wskazano orzecznictwo.

Ciężar wykazania, że przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki zostały spełnione, spoczywa na zamawiającym, który wywodzi z tego skutki prawne.

W ocenie Odwołującego żadna ze wskazanych przesłanek zastosowania trybu nie została wykazana, a Zamawiający nie wykazał związku pomiędzy przesłankami zastosowania tego nadzwyczajnego trybu udzielania zamówień publicznych.

Przy interpretacji i stosowania przepisów ustawy pzp, ww. lista pięciu przesłanek wskazanych w art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp powinna zostać uzupełniona o przesłankę, że zakres zamówienia z wolnej ręki nie powinien wykraczać poza to, co jest niezbędne.

Niezależnie od niedochowania przesłanek Odwołujący zarzuca zawarcie umowy z Asseco poza absolutnie niezbędnymi i

konieczny zakres.

Zamawiający nie wykazał, że powodem udzielenia zamówienia była wyjątkowa sytuacja.

Z orzecznictwa wynika, że „wyjątkowa sytuacja” to zjawisko losowe i niezależne od Zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe, katastrofy, awarie, wypadki, a zatem zdarzenie obiektywnie nieprzewidywalne. Co więcej, jest to sytuacja, której nie tylko nie dało się przewidzieć, ale też nie dało się uniknąć. Wyjątkowość sytuacji jest związana z dużą rzadkością występowania określonego zjawiska. (tak orzecznictwo).

Zamawiający nie wykazał w uzasadnieniu zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu, że udzielenie zamówienia było następstwem wystąpienia zjawisk nadzwyczajnych i niemożliwych do przewidzenia, bowiem za taką sytuację nie można uznać rozwiązania umowy z DXC z powodu opóźnień w realizacji Umowy.

Rozwiązanie umowy, zwłaszcza bez wcześniejszego uprzedzenia wykonawcy o tym, że istnieją jakiegokolwiek przesłanki, jest okolicznością, którą Zamawiający powinien przewidzieć. Także konieczność wprowadzenia modyfikacji do systemu informatycznego w związku ze zmianami prawa – na co powołuje się Zamawiający - nie jest okolicznością wyjątkową i nieprzewidywalną. Sąd Apelacyjny w innej sprawie dotyczącej ARiMR uznał, że w sytuacji konieczności modyfikacji systemu SIA „dla realizacji należących do ustawowych kompetencji zamawiającego zadań związanych z udzielaniem dopłat do kredytów preferencyjnych dla rolników w zakresie nowych kredytów, ale również dla utrzymania ciągłości działań odnoszących się do kredytów już udzielonych, jak również zmiany przepisów, które wymogły dokonanie modyfikacji zmian systemu” „przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 poprzedniej ustawy Pzp [aktualnie art.214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp] znajduje zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy zamawiający w wyniku wyjątkowego, nieprzewidywalnego zdarzenia zmuszony jest do natychmiastowej reakcji, niezbędnej do ograniczenia bezpośrednich skutków takiego zdarzenia, np. usunięcie bezpośredniego zagrożenia dla zdrowia lub życia czy zabezpieczenie majątku przed poniesieniem szkody o znacznych rozmiarach. Muszą to zatem być sytuacje wykraczające poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego.

(tak: A. Bazan J.E. Nowicki „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”). Przykładem takiej sytuacji w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia mogłaby być np. klęska żywiołowa, w następstwie której zaistniała konieczność zmian w udzielaniu dopłat do kredytów preferencyjnych dla dotkniętych nią rolników i przetwórców rolnych. Zmiany prawa nie mieszczą się w tej kategorii, nie są okolicznością, której co do zasady zamawiający nie może przewidzieć.” (wyrok SA w Warszawie z 21 stycznia 2015 r., I ACa 1201/14).

Zamawiający przeprowadzał coroczne kampanie związane z wypłatą środków i zaliczek na rzecz rolników, a w związku z tym był odpowiedzialny za wdrożenie wszelkich koniecznych

istotnych modyfikacji swojego systemu informatycznego. Mógł przewidzieć (i przewidywał) możliwość wystąpienia koniecznych zmian w SIA oraz w harmonogramie usług realizowanych początkowo przez Asseco, a następnie przez DXC. Sytuacja ta nie była wyjątkowa i nieprzewidywalna.

Sytuacja, w której doszło do zamówienia z wolnej ręki, wynika z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Wg dyrektywy zamówieniowej „Okoliczności przywoływane w celu uzasadnienia wyjątkowo pilnej konieczności nie mogą być w żadnym wypadku przypisane instytucji zamawiającej.” (tu orzecznictwo TSUE)

Wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego to przesłanka o charakterze obiektywnym, co oznacza, że okoliczności uzasadniające jej wystąpienie muszą wynikać z przyczyn niezawinionych, niezależnych od zamawiającego, a zatem powyższe zdarzenia nie mogą być spowodowane przez działania bądź zaniechania zamawiającego .

Wypowiedzenie Umowy z Odwołującym, stanowiące, według ARiMR, sytuację wyjątkową, powinno zatem jednoznacznie wynikać z przyczyn leżących po stronie wykonawcy DXC. Okoliczności uzasadniające wypowiedzenie Umowy powinny być niezależne od ARiMR i przez ARiMR niezawinione. A contrario, Zamawiający powinien wykazać, że rozwiązanie Umowy wynikało wyłącznie z działań lub zaniechań DXC lub innych osób trzecich. W ocenie Odwołującego i wbrew twierdzeniom ARiMR, powody rozwiązania Umowy były skutkiem okoliczności, za które to ARiMR ponosi odpowiedzialność. W konsekwencji Odwołujący odmówił uznania oświadczenia ARiMR za ważne.

Podstawowym powodem rozwiązania Umowy wskazanym przez ARiMR było rzekome nieterminowe i nieefektywne usuwanie błędów przez Odwołującego w Systemie Informatycznym Agencji oraz nieterminowa realizacja prac nad zleconymi przez Zamawiającego modyfikacjami SIA.

Odwołujący rzetelnie realizował usługi utrzymania oraz zlecone mu przez Zamawiającego modyfikacje, mimo, że Zamawiający już od momentu zawarcia umowy nie realizował prawidłowo swoich obowiązków, wskutek czego Odwołujący musiał nieustannie modyfikować sposób realizacji prac i zwiększyć nakłady konieczne dla prawidłowej realizacji Umowy.

Odwołujący przedstawia przykładowe istotne uchybienia Zamawiającego w realizacji Umowy, które były bezpośrednim powodem powstania trudności w realizacji Umowy po stronie DXC i które podważają stanowisko Zamawiającego, że rozwiązanie Umowy przez niego wynikało z przyczyn nieleżących po jego stronie. W chwili zakończenia Okresu Przejściowego, Odwołujący dostarczył ARiMR listę zgłoszeń, w tym wad SIA, nieusuniętych przez Asseco jako podmiot odpowiedzialny za ich rozwiązywanie na podstawie gwarancji. Lista liczyła 1174 pozycje. Nieusunięcie ich miało istotny wpływ na wykonywanie Umowy przez Odwołującego.

Dowód: Pisma z 27 oraz 28 kwietnia 2023 r. z załącznikami - lista zgłoszeń i wad nieusuniętych przez Asseco.

ARiMR nie wygzekwował od Asseco usunięcia tych wad w okresie gwarancyjnym, a system nie pracował właściwie z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi ARiMR.

Dowód: Pisma Odwołującego z 2 sierpnia 2023 r., 16 sierpnia 2023 r. oraz 18 sierpnia 2023 r.

Powyższe uchybienia nie wyczerpują listy uchybień i są przywołane tylko dla wykazania, że nie została spełniona przesłanka braku odpowiedzialności Zamawiającego za powstanie sytuacji, w której udzielił zamówienia z wolnej ręki, skoro bezpośrednio zawinił.

Kwestia bezprawnego rozwiązania Umowy przez Zamawiającego nie jest natomiast i nie może być przedmiotem rozstrzygnięcia KIO.

Zamawiający mógł przewidzieć wystąpienie sytuacji, w której dokonał zamówienia z wolnej ręki.

Rozwiązanie umowy nie jest okolicznością, której nie można przewidzieć. Wynika to m.in. z wyroku KIO 2454/21, potwierdzonego przez SO w wyroku z 24 marca 2022 r., XXIII Zs 130/21.

Co prawda, ocena czy mamy do czynienia z nieprzewidywalnością sytuacji, powinna być dokonywana każdorazowo z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy, niemniej jednak rozwiązanie umowy (niezależnie od okoliczności, w jakich do niego doszło) do takich okoliczności nie należy. Gdy istnieje spór pomiędzy stronami umowy sytuacja, w której dochodzi ostatecznie do rozwiązania umowy, jest jak najbardziej przewidywalna, a na pewno nie powinna być zaskoczeniem."

Zamawiający nie wykazał w uzasadnieniu zastosowania trybu z wolnej ręki, że nie był w stanie przewidzieć zaistniałej sytuacji, w tym problemów z opóźnieniem w realizacji Umowy. Zamawiający wiedział co najmniej w listopadzie 2022 r., że projekt przygotowania modyfikacji systemu SIA na potrzeby Kampanii 2023 ma 14-to tygodniowe opóźnienie, a podjęcia się jego wykonania w terminie 7 miesięcy (do maja 2023 r. – pierwotny koniec obowiązywania umowy z Asseco) nie chce się podjąć nawet Asseco, mimo, że Asseco znało system SIA.

We wniosku o uchylenie zakazu zawarcia przez Zamawiającego umowy z Odwołującym w trakcie postępowania odwoławczego ARiMR przedstawił aktualną na tamten moment sytuację dotyczącą realizacji niezbędnych modyfikacji dla Kampanii 2023 oraz przedstawił skalę opóźnień w implementacji niezbędnych modyfikacji.

W ramach wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy Zamawiający opisał podstawowe powody swojego wniosku, na które składały się:

- 1) wyczerpanie budżetu na usługi modyfikowania systemu;
- 2) oświadczenie Asseco z 4 listopada 2022 r., że Asseco nie jest w stanie zrealizować kluczowych modyfikacji potrzebnych do realizacji Kampanii 2023 przed zakończeniem umowy tj. do dnia 18 maja 2023 r.;
- 3) realne zagrożenie, że nieuchylenie zakazu zawarcia umowy skutkować będzie niewdrożeniem modyfikacji systemu informatycznego w terminach umożliwiających dochowanie obowiązków związanych z wypłatą płatności na rzecz producentów rolnych.

Zamawiający wskazał również we wniosku, że w przypadku skrócenia okresu przejściowego i wypowiedzenia przez Zamawiającego dotychczasowej umowy z Asseco:

„Zamawiający będzie miał realną możliwość zapewnienia realizacji niezbędnych modyfikacji Systemu Informatycznego, ewentualnie zminimalizowania skutków opóźnień w ich realizacji.” „W przypadku zaś nie skrócenia ww. okresu przejściowego i rozpoczęcia świadczenia usług przez wykonawcę dopiero po jego upływie, negatywne skutki dla interesu publicznego będą mogły zostać ograniczone, w szczególności wobec konstrukcji kaskadowego przyrostu pomniejszenia wydatków, powiązanego z długością okresu opóźnienia w realizacji danego zadania, o której to konstrukcji mowa niżej.”

Wzmianka na temat „konstrukcji kaskadowego przyrostu pomniejszenia wydatków” odnosi się do przepisów unijnych, z których wynika, że sankcje dla państwa polskiego związane z obniżeniem wartości dotacji unijnych, a tym samym płatności na rzecz producentów rolnych, są uruchamiane dopiero wówczas, gdy wydatki dokonane przez Zamawiającego po ostatecznym terminie 30 czerwca 2024 r. przekroczą określony próg ich łącznej wartości i zależą od łącznej wartości niewypłaconych kwot.

Zamawiający wiedział co najmniej już w listopadzie 2022 r., że wykonanie modyfikacji w terminie 7 miesięcy (listopad 2022 – maj 2023) jest – zdaniem Asseco - niemożliwe.

Wiedział także, że możliwe jest dotrzymanie terminów realizacji modyfikacji systemu lub wystąpienie niewielkich opóźnień, tylko w razie skrócenia okresu przejściowego.

Przewidywał także, że w razie nie skrócenia okresu przejściowego, DXC jako nowy wykonawca nie wykona w terminie modyfikacji, jednak negatywne skutki takiego opóźnienia dla interesu publicznego będą ograniczone.

Zatem wprost przewidywał, że Odwołujący, który miał zacząć świadczyć usługi w zakresie modyfikacji po zakończeniu

okresu przejściowego, trwającego do 29 kwietnia 2023 r., może mieć trudności w wykonaniu modyfikacji w sposób umożliwiający rozpoczęcie płatności 16 października 2023 r. (czyli w okresie zaledwie 4,5 miesięcy).

Zamawiający jedynie szczątkowo wspierał Odwołującego w realizacji Umowy, przez wyrażenie zgody na okresowe zawieszenie SLA w odniesieniu do usług wsparcia. W pozostałym zakresie nie wywiązywał się z szeregu obowiązków umownych po swojej stronie, doprowadzając tym samym do niezawinionych opóźnień po stronie Odwołującego.

Zamawiającemu można zarzucić zarówno brak należytej staranności jak i złą wolę w stosunku do Odwołującego, który jako jedyny poniósł konsekwencję dalszych opóźnień, które rozpoczęły się już, zanim Odwołujący podpisał umowę z Zamawiającym. To Zamawiający niespodziewanie złożył oświadczenie o rozwiązaniu Umowy nie podjąwszy nawet próby rozmowy na temat działań naprawczych.

Za taki stan rzeczy i brak odpowiednich działań w odpowiednim czasie w sytuacji pojawienia się niezawinionych przez DXC opóźnień, odpowiedzialność ponosi Zamawiający.

Powyższe wskazuje, że Zamawiający przewidywał wystąpienie opóźnień w realizacji Umowy i był świadomy tego, że Odwołujący może mieć problemy w realizacji Umowy; przewidywał wprost wystąpienie takiej sytuacji, o czym świadczy treść wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy z DXC.

Nie została spełniona przesłanka udzielenia zamówienia z wolnej ręki w postaci tego, że Zamawiający nie mógł przewidzieć sytuacji, w której dokonał zamówienia z wolnej ręki.

Nie było wymagane natychmiastowe wykonanie zamówienia przez Zamawiającego. Określenie „natychmiast” wskazuje na maksymalny priorytet i wymaganą szybkość działania jeszcze większą niż w trybie pilnym. ARiMR nie wykazał, że zamówienie, które udzielił Asseco, musi być wykonane natychmiast, a brak tego zamówienia może stanowić istotne zagrożenie np. dla zdrowia lub życia.

W treści rozwiązania umowy z DXC dwukrotnie powołał się na „pilność” realizacji zadań statutowych, m.in. zagrożeniem nierozliczenia dotacji. Takie zagrożenie jest zazwyczaj podstawą skrócenia terminów w konkurencyjnych trybach. Uzyskuje się to dzięki zamówieniom „pilnym” i zastosowaniu skróconych terminów na składanie ofert, zaś tryb zamówienia z wolnej ręki przewidziany jest jedynie w sytuacji, kiedy nie jest możliwe zastosowanie żadnego innego trybu.

Z przesłanki natychmiastowości wynika także, że zamówienie może być udzielone tylko w takim zakresie, w jakim wymagane jest natychmiastowe jego wykonanie.

W Okresie Przejściowym Zamawiający oraz DXC rozważali zawarcie aneksu nr 2 do Umowy, którego celem było przyspieszenie realizacji modyfikacji niezbędnych do dokonania płatności w ramach Kampanii 2023. Projekt aneksu był analizowany i negocjowany przez obie Strony. Pomimo tego Zamawiający zdecydował o jego niepodpisaniu.

Zamawiający miał pełną świadomość pilności prac związanych z realizacją niezbędnych modyfikacji, w tym tych, które były, według ARiMR, bezpośrednią przyczyną udzielenia zamówienia z wolnej ręki na rzecz Asseco. Zamawiający mógł zatem przewidzieć konieczność natychmiastowego udzielenia zamówienia zdecydowanie wcześniej niż w dacie wypowiedzenia Umowy. Zamawiający, przez swoje własne zaniechanie, doprowadził do sytuacji, w której uznał za konieczne udzielenie zamówienia z wolnej ręki.

Dowód: Korespondencja mailowa pomiędzy Zamawiającym a DXC od lutego do kwietnia 2023 r. wraz z projektem aneksu nr 2 do Umowy.

Zamawiający w protokole wskazał jako powód natychmiastowego udzielenia zamówienia domniemany obowiązek rozpoczęcia wypłat dla rolników od 16 października 2023 r.

ARiMR wskazała w protokole, że „terminy realizacji płatności (końcowych i zaliczkowych) zostały określone w art. 44 ust. 2 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2021/2116 z 2 grudnia 2021 r.” („Rozporządzenie 2021/2116”).

W ocenie ARiMR z przepisów, że „płatności powinny być zrealizowane dnia 16 października 2023 r., tj. za niecałe dwa miesiące”.

Wniosek taki jest nielogiczny i nieuzasadniony treścią przepisów.

Wypłata zaliczek na rzecz polskich rolników wynika z art. 44 ust. 2 lit. b) Rozporządzenia 2021/2116; że zaliczki mogą być wypłacane przed 1 grudnia. Ustawodawca unijny nie wskazuje pierwszego możliwego terminu dokonania tzw. płatności zaliczkowych z tytułu interwencji oraz środków, o których mowa w art. 65 ust. 2 Rozporządzenia 2021/2116.

Zgodnie z art. 44 ust. 2 Rozporządzenia 2021/2116 państwa członkowskie mogą (ale nie mają takiego obowiązku prawnego) wypłacać zaliczki zgodnie z powyższymi terminami.

Sankcja w postaci zmniejszania dostępnych środków występuje tylko w razie nieprzestrzegania terminów dokonywania wydatków, a nie zaliczek na te wydatki.

Zgodnie z art. 5 ust. 2 Rozporządzenia 2021/2116:

„2. W przypadku gdy wydatki Europejskiego Funduszu Rolniczego Gwarancji (EFRG) na podstawie art. 5 ust. 2 lub wydatki Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich (EFRROW) na podstawie art. 6 na interwencje, o których mowa w art. 65 ust. 2 rozporządzenia (UE) 2021/2116, dokonane po terminie określonym w prawie Unii, są równe progowi 5 % lub mniej wydatków dokonanych przed upływem terminów

odpowiednio dla EFRG i EFRROW, nie dokonuje się zmniejszenia płatności miesięcznych ani okresowych.”

Przepis ten następnie określa szczegółowe zasady pomniejszania wydatków w razie dokonania wcześniejszych wydatków po terminie wynikającym z prawa Unii.

Z przytoczonych przepisów wynika jednoznacznie, że skutki finansowe w postaci odmowy refundacji Polsce przez Komisję Europejską dokonanych wydatków mogą zaistnieć tylko w przypadku przekroczenia terminu płatności interwencji i środków określonego w art. 44 ust. 2 Rozporządzenia 2021/2116, tj. 30 czerwca 2024 r.

Ustawodawca unijny nie wskazuje w przepisach, że niewypłacenie zaliczek w najwcześniejszym możliwym terminie skutkuje sankcją w postaci utraty tych środków.

Z przepisu nie wynika także obowiązek wypłaty zaliczek w dniu 16 października 2023 r.

We wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy z DXC, Zamawiający napisał: „W przypadku zaś nie skrócenia ww. okresu przejściowego i rozpoczęcia świadczenia usług

przez wykonawcę dopiero po jego upływie, negatywne skutki dla interesu publicznego będą mogły zostać ograniczone, w szczególności wobec konstrukcji kaskadowego przyrostu pomniejszenia wydatków, powiązanego z długością okresu opóźnienia w realizacji danego zadania, o której to konstrukcji mowa niżej.”

Zamawiający doskonale wiedział, że ani on jako agencja państwowa ani państwo polskie nie poniosą negatywnych konsekwencji w razie niewypłacenia zaliczek przed 1 grudnia 2023 r. oraz, że wypłata zaliczek przed 1 grudnia jest prawem, a nie obowiązkiem państwa członkowskiego Unii. Mimo tego świadomie oświadczył nieprawdę w uzasadnieniu udzielenia zamówienia z wolnej ręki (a wcześniej ukrył takie stanowisko w uzasadnieniu wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy z DXC) twierdząc, że z przepisów unijnych wynika obowiązek wypłaty zaliczek począwszy od 16 października br.

W zakresie ryzyka utraty dotacji jako przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki wypowiadał się WSA który stwierdził, że ryzyko utraty środków przyznawanych w szczególności w formie dotacji nie mogło stanowić podstawy udzielenia zamówienia z wolnej ręki z zastosowaniem art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP. W ocenie WSA, długotrwałe starania o przyznanie dotacji powodowały, że zamawiający powinien mieć świadomość możliwości opóźnień w realizacji budowy nie mając wiedzy o tym czy i kiedy dotacja będzie przyznana. Podobna teza wynika z orzeczeń GKO (orzeczenie z 13 października 2008 r., DF/GKO-4900/46/4445/08/1811, orzeczenie GKO z 1 września 2011 r., BDF1/4900/38/44/11/1403).

Zamawiający mógł zachować terminy określone dla innych trybów udzielenia zamówienia publicznego.

Zamawiający w uzasadnieniu zastosowania trybu z wolnej ręki powołał się na wyrok KIO 394/19 z 29 kwietnia 2019 r. dotyczący odwołania Comarch S.A. na udzielenie przez ZUS zamówienia z wolnej ręki na rzecz Asseco. Jak się wydaje, Zamawiający zaczerpnął z tego wyroku inspirację nie tylko w zakresie poszukiwania podstaw zastosowania trybu wolnej ręki, ale także w zakresie poprzedzającego zamówienie postępowania wobec wykonawcy. W sprawie tej ZUS wypowiedział częściowo umowę z Comarch S.A., a następnie udzielił na tę część zamówienia z wolnej ręki na rzecz Asseco.

Stan faktyczny, który był podstawą wydania wyroku w sprawie ZUS, różnił się jednak znacząco od stanu faktycznego w ramach niniejszej sprawy.

ZUS z wyprzedzeniem zakomunikował Comarch S.A. zamiar rozwiązania umowy, zaś Comarch nie oponował, że jest winien takiego stanu rzeczy. W przypadku umowy zawartej przez ZUS z Comarch S.A., ZUS nie składał oświadczeń, że jest świadomy opóźnień w realizacji swojego modyfikacji systemu informatycznego oraz tego, że dotychczasowy wykonawca uznał okres 6,5 miesięcy za krótki na realizacji takich modyfikacji. ZUS nie twierdził także, że bez skrócenia okresu przejściowego nie będzie możliwe wykonanie modyfikacji systemu w określonym terminie.

Skoro ARiMR wiedział w listopadzie 2022 r., że jest ryzyko niedotrzymania terminu wdrożenia modyfikacji potrzebnych do realizacji Kampanii 2023, to już wtedy powinien zbadać, czy są dostępne inne możliwości udzielenia zamówienia np. bardziej konkurencyjne tryby udzielenia zamówienia.

Zamawiający dysponował wieloma rozwiązaniami, mógł ogłosić jeszcze w 2022 r. przetarg nieograniczony w celu zawarcia umowy ramowej z wykonawcami zdolnymi do wykonywania określonych modyfikacji Systemu, a także jego utrzymania przez określony czas; mógłby wówczas zawierać umowy wykonawcze w sytuacjach przejściowych i kryzysowych.

Umowa ramowa pozwoliłaby na szybką reakcję zgodną z przepisami Pzp oraz zabezpieczyłaby ciągłość wykonywania usługi.

Ponadto, jeżeli w sprawie zachodziła pilna potrzeba udzielenia zamówienia, Zamawiający mógł skrócić terminy składania ofert w przypadku trybów podstawowych. Skrócenie było możliwe z 35 dni do 15 dni w przypadku przetargu

nieograniczonego. Podobnie jest w przetargu ograniczonym.

Zamawiający mógł także użyć trybu negocjacji bez ogłoszenia, również skracając terminy.

Wreszcie mógł określić, które części umowy są pilne do wykonania i zastosować do ich zamówienia tryb negocjacji bez ogłoszenia lub z wolnej ręki. Z uzasadnienia wyboru trybu z wolnej ręki wynika, że pilne były jedynie modyfikacje systemu potrzebne do przeprowadzenia wypłat w ramach Kampanii 2023.

Z ostrożności Odwołujący wskazuje, że Zamawiający mógł ewentualnie udzielić zamówienia w pilnym trybie na te świadczenia, które były niezbędne i konieczne do wypłat dla rolników w terminie do 30 czerwca 2024 r., a w pozostałym zakresie pozostawić wykonywanie usług utrzymania przez Odwołującego, a następnie ogłosić kolejny przetarg.

Zakres udzielonego zamówienia z wolnej ręki wykraczał poza to, co było niezbędne w powstałej sytuacji faktycznej

Z art. 32 ust. 2 pkt c dyrektywy zamówieniowej wynika, że procedurę negocjacyjną bez uprzedniej publikacji (czyli m.in. przewidziany w ustawie Pzp tryb z wolnej ręki) można stosować do zamówień publicznych ze względu na wystąpienie „wyjątkowo pilnej konieczności spowodowanej wydarzeniami, których instytucja zamawiająca nie mogła przewidzieć”, tylko „w zakresie, w jakim jest to absolutnie niezbędne”.

ARiMR w uzasadnieniu wyboru trybu z wolnej ręki podnosi wyłącznie argumenty związane z Kampanią 2023, czyli z koniecznością przygotowania modyfikacji systemu informatycznego do realizacji wypłat w 2023 r. W uzasadnieniu brak argumentów dotyczących świadczenia innych usług przewidzianych umową z DXC.

Umowa zaś przewidywała, że DXC będzie świadczyć dwie podstawowe usługi – usługę utrzymania systemów oraz usługę przygotowywania i wdrażania modyfikacji systemu.

Skoro w opinii Zamawiającego wystąpiła potrzeba udzielenia zamówienia z wolnej ręki, to zakres takiego zamówienia powinien być ograniczony do tego, co było absolutnie konieczne i niezbędne do naprawienia sytuacji. Jeśli dostrzegał problem w przygotowaniu na czas modyfikacji systemu koniecznej do dokonania wypłat w Kampanii 2023, powinien był udzielić zamówienia z wolnej ręki na przygotowanie takiej modyfikacji, pozostawiając świadczenie usługi utrzymania w rękach dotychczasowego wykonawcy, czyli DXC.

Także okres obowiązywania umowy z Asseco po udzieleniu zamówienia z wolnej ręki powinien być ograniczony do niezbędnego minimum. Pomimo tego, zawarł z Asseco umowę, na podstawie której usługi będą świadczone przez 18 miesięcy. Jest to okres znacznie przekraczający czas niezbędny do wprowadzenia ewentualnych modyfikacji potrzebnych do 30 czerwca 2024 r.

Umowa z Asseco przewiduje także, że strony mają dowolną możliwość wydłużenia terminu obowiązywania umowy lub zmiany jej zakresu (pkt 19.2.8 umowy). Pozwala to na niekontrolowane wydłużanie trwania umowy. Postanowienie jest nieprecyzyjne, niejasne i nie określa warunków i zakresu wprowadzenia takich zmian.

Zamawiający nie ma nawet obowiązku ani interesu, żeby takie postępowanie przeprowadzić i zakończyć w trybie pilnym, ponieważ zawarta z wolnej ręki umowa z Asseco zabezpiecza jego interesy na kilka lat. Dowód: Umowa między ARiMR a Asseco nr z 25 sierpnia 2023 r. Zamawiający twierdzi, że udzielenie zamówienia Asseco w trybie z wolnej ręki na dokonanie modyfikacji w ramach Kampanii 2023, przy jednoczesnym kontynuowaniu umowy z DXC w ramach usług utrzymaniowych, nie było możliwe ze względu na obowiązujący w umowie z DXC tzw. okres certyfikacji.

Certyfikacja to prawo DXC do sprawdzenia każdej modyfikacji, która nie została przygotowana przez DXC, zanim zacznie wobec niej świadczyć usługę utrzymania. Okres certyfikacji zależał od stopnia skomplikowania modyfikacji. Zakładając, że modyfikacja, którą zleciłby Zamawiający z wolnej ręki była maksymalnie złożona, DXC miałby do 40 dni roboczych na certyfikację. W praktyce, że gdyby modyfikacja trafiłaby do certyfikacji 21 sierpnia, certyfikacja zostałaby zakończona 16 października, a DXC objąłby tę modyfikację usługami serwisowymi.

Skoro Zamawiający udzielił Asseco zamówienia z wolnej ręki 25 sierpnia 2023 r. i w pozostałym do 16 października czasie 52 dni Asseco przygotował modyfikację, to gdyby Zamawiający udzielił zamówienia Asseco 4 lipca, to po 52 dniach tj. 21 sierpnia, trafiłaby ona do certyfikacji, która zakończyłaby się najpóźniej 16 października.

Ta hipotetyczna kalkulacja wskazuje, że skoro Zamawiający wiedział od początku Umowy o możliwości powstania opóźnienia w przygotowaniu modyfikacji SIA i uznawał tę modyfikację za kluczową, to – zakładając również hipotetycznie spełnienie pozostałych przesłanek ustawowych – mógł dokonać zamówienia z wolnej ręki tylko na tę modyfikację.

Uzasadniony jest zarzut, że całość zamówienia została udzielona Asseco niezgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp, a w razie nieuwzględnienia tego zarzutu co do całości zamówienia, uzasadniony jest zarzut, że umowa z Asseco została zawarta niezgodnie co najmniej w zakresie, który nie był niezbędny i konieczny do natychmiastowego wykonania.

Zarzut z art. 16 ust. 1 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp

Procedura z wolnej ręki jest najmniej konkurencyjna ze wszystkich procedur w ustawie Pzp, dlatego przesłanki tego trybu należy interpretować ściśle.

Jeżeli okaże się, że ARiMR nie spełnił łącznie wszystkich przesłanek zastosowania tego trybu, to tym samym naruszył art. 16 ust. 1 i 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Biorąc zatem pod uwagę przedstawione wyżej argumenty, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

Załączono dokumenty powołane w piśmie, w części zastrzeżone.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości, dopuszczenie i przeprowadzenie szeregu dowodów w celu wykazania faktów szczegółowo opisanych w piśmie.

Uzasadniając stanowisko w zakresie podniesionych zarzutów zamawiający wskazał, co następuje.

Zdaniem Odwołującego nie zostały spełnione przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki i zarzucił on naruszenie przepisów art. 214 ust. 1 pkt 5 PZP przez (i) nieprawidłowe zastosowanie trybu w sytuacji, gdy nie zaistniały przesłanki ustawowe do zastosowania tego trybu a zatem – zdaniem Odwołującego – Zamawiający udzielił zamówienia w sposób sprzeczny z PZP, oraz udzielenie zamówienia z wolnej ręki wykraczając poza niezbędny i konieczny zakres takiego zamówieni; a także przez naruszenie zasady z art. 16 ust. 1 pkt 1 i art. 17 ust. 2 PZP i udzielenie zamówienia wykonawcy niezgodnie z przepisami.

Zamawiający stwierdza, że miał uzasadnione podstawy do rozwiązania z Odwołującym wcześniejszej umowy o zamówienie publiczne z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Nawet jeżeli nie istniałaby podstawa do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, a Zamawiający prowadziłby postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie konkurencyjnym to Zamawiający nie udzieliłby DXC zamówienia, gdyż Odwołujący zostałby z takiego postępowania wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) PZP, analogicznie jak w postępowaniu na „Utrzymanie i rozwój systemu informatycznego OFSA”, nr ref: DPiZP.2610.1.2022 [Załącznik nr 4 do odpowiedzi znajduje się uzasadnienie podstaw wykluczenia DXC ze względu na niezrealizowanie umowy nr 83/DI/2022/2610 zawartej w dniu 29 listopada 2022 r. pomiędzy DXC a Zamawiającym („Umowa nr 83”) oraz spełnienie przesłanek, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7) PZP.

Zamawiający w konkurencyjnym trybie postępowania musiałby zastosować przesłankę wykluczenia w celu zabezpieczenia się przed ponownym udzieleniem zamówienia wykonawcy, który wykazał, że nie jest w stanie należycie zrealizować umowę (zamówienie w przedmiocie utrzymania i rozwoju aplikacji ZSZiK, IACS plus, GIS, SIz, PZSiP plus, PA, eWniosekplus, eWoP oraz IRZplus). W Załączniku nr 4 do odpowiedzi znajduje się uzasadnienie podstaw wykluczenia DXC ze względu na niezrealizowanie umowy nr 83/DI/2022/2610 zawartej w dniu 29 listopada 2022 r. pomiędzy DXC a Zamawiającym („Umowa nr 83”) oraz spełnienie przesłanek, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7) PZP.

Mając na uwadze powyższe, DXC nie posiada interesu we wniesieniu Odwołania, gdyż uwzględnienie odwołania nie zmieniłoby sytuacji ekonomicznej DXC a w konsekwencji nie mógłby ponieść szkody w wyniku potencjalnego uznania, że doszło do naruszenia przepisów.

STAN FAKTYCZNY – ISTOTA SPRAWY

Zamawiający udzielił wykonawcy Asseco Poland S.A. („Asseco”, „Przystępujący”) zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 PZP. Podstawą udzielenia zamówienia w tym trybie był fakt wystąpienia wyjątkowej sytuacji polegającej na wystąpieniu okoliczności, które zmusiły Zamawiającego do wypowiedzenia przez Zamawiającego od Umowy nr 83 oraz odstąpienia od zamówień udzielonych w oparciu o Umowę nr 83, będących w trakcie realizacji, a w konsekwencji konieczność zapewnienia ciągłości świadczenia usług utrzymania i rozwoju Systemu Informatycznego Agencji („SIA”), na który składa się szereg aplikacji, w tym kluczowy system służący do obsługi procesu rozpatrywania wniosków o przyznanie płatności dla producentów rolnych, czyli IACSplus.

Zamawiający zawarł z Odwołującym Umowę nr 83 po przeprowadzeniu postępowania w trybie konkurencyjnym („Zakup usługi utrzymania i rozwoju aplikacji ZSZiK, IACS plus, GIS, SIz, PZSiP plus, PA, eWniosekplus, eWoP oraz IRZplus” Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z dnia 23 grudnia 2022 r. numer: 2022/S 248715775 [Załącznik nr 2]

Zamawiający zweryfikował Odwołującego od strony podmiotowej uznając za wykonawcę posiadającego zarówno doświadczenie dające rękojmię należytej realizacji zamówienia, jak i posiadającego odpowiednie zasoby osobowe umożliwiające realizację Umowy nr 83 na oczekiwanym poziomie, to jest z zachowaniem terminów oraz wymaganych poziomów SLA. Odwołujący składając ofertę oraz zawierając Umowę nr 83 zobowiązał się do realizacji Umowy w pełnym zakresie, w terminach w niej określonych. Znał, jako profesjonalista także kalendarz wypłat środków i miał świadomość jak kluczowe jest dochowanie terminów związanych z płatnościami.

Pomimo wcześniejszej weryfikacji doświadczenia i zasobów Odwołującego, podczas realizacji Umowy nr 83 okazało się, że Odwołujący tak dalece nienależycie realizował Umowę, że materializowało się bardzo wysokie ryzyko braku możliwości wykonywania zadań

statutowych Zamawiającego. W konsekwencji Zamawiający zmuszony był w dniu 25 sierpnia 2023 r. do rozwiązania Umowy nr 83 oraz Zleceń i Zamówień. oświadczenie ARiMR z dnia 25 sierpnia 2023 r. o wypowiedzeniu Umowy (w aktach sprawy – załączone do Odwołania); oświadczenie ARiMR z dnia 25 sierpnia 2023 r. o odstąpieniu od Zamówień P002 i P005 oraz wypowiedzenie zlecenia ZO006 (w aktach sprawy – załączone do Odwołania).

Zamawiający rozwiązał Umowę nr 83 w całości ze skutkiem natychmiastowym z uwagi na wystąpienie: (i) ważnych powodów, o których mowa w art. 746 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 750 kc, za których wystąpienie odpowiedzialność ponosi DXC oraz (ii) istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, o której mowa w art. 456 ust. 1 pkt 1) PZP za wystąpienie, której odpowiedzialność ponosi DXC.

Ważnymi powodami, będącymi podstawą rozwiązania Umowy nr 83, były w szczególności:

- nieterminowe i nieefektywne usuwanie błędów przez DXC w systemie SIA, które nie odpowiadało warunkom określonym w Umowie nr 83 (w pkt 5.6.1. w zw. z pkt 2.2. Załącznika nr 11 do Umowy nr 83, pkt 4.2. Umowy nr 83) jak również standardowi wyznaczonemu w art. 355 § 2 KC, co wprost przekładało się na utrudnianie Zamawiającemu prowadzenia działalności statutowej w zakresie m.in. braku możliwości komunikowania się przez beneficjentów z Zamawiającym przy wykonywaniu obowiązków beneficjentów obarczonych karami, przekazywania przez Zamawiającego nieaktualnych danych zawartych w SIA do Głównego Urzędu Statystycznego.
- zaniechanie składania lub nieterminowe reakcje ze strony DXC na składane przez Zamawiającego Zapotrzebowania na Modyfikacje [tzw. ZnM], przez składanie Szczegółowego Opisu Wymagań („SOW”) przez DXC (niezgodnie z pkt 2.4. Załącznika nr 4a do Umowy nr 83), a następnie obstrukcyjne ich procedowanie przez DXC, co skutkowało niewywiązywaniem się przez DXC ze zobowiązania w zakresie poprawy jakości i efektywności funkcjonowania SIA (pkt 5.1.1. Umowy nr 83: „W okresie obowiązywania Umowy Wykonawca będzie świadczyć Usługi w celu poprawy jakości, efektywności i niezawodności funkcjonowania Systemu Informatycznego. W wyniku świadczonych przez Wykonawcę Usług System Informatyczny powinien nadążać za wszystkimi potrzebami biznesowymi oraz organizacyjnymi Zamawiającego, za zmieniającymi się prawem stanowionym przez polskiego oraz unijnego prawodawcę, jak również za rozwojem technologicznym systemów podobnej klasy na świecie”) oraz nienadążaniem z terminową implementacją niezwykle ważnych modyfikacji systemu, mających na celu realizację potrzeb związanych z obowiązkami płatniczymi Zamawiającego (punkt 5 Umowy w zw. z Załącznikiem Nr 4, nr 4a do Umowy nr 83), co stanowiło bardzo poważne zagrożenie możliwości wykonywania podstawowych zadań statutowych Zamawiającego. Powyższe powodowało brak aktualizowania przez DXC SIA do aktualnych i przyszłych potrzeb

biznesowych Zamawiającego, czyli niewywiązywanie się z podstawowego obowiązku Umowy 83;

- przygotowywanie przez DXC dokumentacji SOW i Analitycznego Opisu Modyfikacji („AOM”) oraz rozwiązań informatycznych, które były w przeważającej większości obciążone wadami istotnymi oraz ogólną rażąco niską jakością. Jedynie jako przykład nienależytej realizacji Umowy nr 83 w tym zakresie Zamawiający wskazuje, że do Analitycznego Opisu Modyfikacji dla Propozycji 002, zgłoszonych zostało aż 157 uwag, co więcej, DXC dwukrotnie przekazało do opiniowania materiał w postaci uniemożliwiającej pełną weryfikację.
- brak realizacji przez DXC umownych obowiązków informacyjnych określonych w Umowie nr 83 (m.in. w punkcie 5.5.9.), co przekładało się na ograniczenie możliwości Zamawiającego wykonywania bieżącej analizy realizacji Umowy przez DXC na poziomie oczekiwany przez Zamawiającego oraz konieczności prowadzenia przez Zamawiającego dodatkowych analiz;
- spowodowanie przez DXC wystąpienia incydentu bezpieczeństwa w rozumieniu § 2 ust. 1 pkt 4) – 6) Regulaminu Zarządzania Incydentami (Załącznik nr 8 do Polityki bezpieczeństwa informacji w ARiMR stanowiącej załącznik do Zarządzenia Prezesa ARiMR nr 78/2019 z dnia 3 czerwca 2019 r. w sprawie wprowadzenia Polityki bezpieczeństwa informacji w Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z późn. zm.) przez umożliwienie automatycznego logowania użytkowników aplikacji IACSplus na profil użytkownika technicznego, co narażało ARiMR na możliwość wprowadzania nieautoryzowanych zmian do SIA bez możliwości identyfikacji użytkownika (należy podkreślić, że spowodowanie incydentu bezpieczeństwa, zgodnie z pkt 14.2.13 Umowy nr 83, mogło stanowić samodzielną podstawę do wypowiedzenia Umowy w całości);
- utrata przez Zamawiającego zaufania do DXC (samej organizacji oraz jej personelu), jako podmiotu zdolnego i kompetentnego „na poziomie najwyższej profesjonalnej staranności właściwej dla czołowych przedsiębiorców w branży IT” (pkt 4.2. Umowy) – do należytego i terminowego wykonywania Umowy. DXC nie dawało gwarancji należytego wykonania Umowy w nienaruszalnych dla Zamawiającego terminach, które były stale komunikowane przez DXC przez Zamawiającego w trakcie realizacji, tj. w przedstawianych harmonogramach. DXC zdawało sobie sprawę z wagi terminów realizacji. Zamawiający jest podmiotem zobowiązanym do wypłat środków z różnych funduszy. DXC znało kalendarze wypłat środków, a mimo to proponowało (pierwszy raz już w maju 2023 r.) harmonogram prac uniemożliwiający składanie wniosków przez beneficjentów i wypłaty środków w terminach. Zamawiający wskazuje także na brak możliwości zachowania terminów dla wdrożenia Modyfikacji, głównie w związku z faktem, że testy przekazywanych przez DXC Propozycji kończyły się wynikiem negatywnym (z licznymi błędami). Przykładowo Zamawiający wskazuje błędy w testach istotnej funkcjonalności z zakresu Sprint 3, która była niezbędna

do kontroli obsługi raportów. Błąd polegał na braku aktualizacji stanu raportu po kontroli, co miało bezpośredni wpływ na blokady naliczania płatności. Tym samym wdrożenie funkcjonalności Sprint 3 z błędem, stwarzało zagrożenie, że po jego zaimplementowaniu obsługa raportów z kontroli zostanie zatrzymana. Ponadto, negatywnym wynikiem testów zakończyła się także weryfikacja Propozycji P002. Zgodnie z harmonogramem realizacji Propozycji P002 na dzień 23.08.2023 r. zaplanowane zostało zakończenie testów akceptacyjnych. W dniu 23.08.2023 r. testy zostały zakończone z wynikiem negatywnym, bowiem stwierdzono 397 błędów, w tym aż 381 krytycznych.

Utrata zaufania wynikała także z tego, że Wykonawca w nierzetelny sposób komunikował stan realizacji prac. W dniu 17.08.2023 DXC przekazało do Propozycji P002 Raport z Testów Wewnętrznych, w którym na 110 Przypadków Testowych wskazało zaledwie 20 Przypadków Testowych z wynikiem pozytywnym. W dniu 18.08.2023 Zamawiający dokonał weryfikacji 20 Przypadków Testowych na środowisku odbiorowym ARiMR (SP04), dla których Wykonawca wskazał wynik pozytywny. Na 20 Przypadków Testowych na środowisku odbiorowym ARiMR (SP04) - 16 Przypadków

Testowych uzyskało wynik negatywny. Chcąc zweryfikować te przypadki testowe na środowisku Wykonawcy zaplanowano wizytację celem ich sprawdzenia. W dniu 18.08.2023 Zamawiający podczas wizytacji w siedzibie DXC zweryfikował, na udostępnionym przez DXC środowisku developerskim DEV3 Przypadki Testowe ujęte w raporcie jako pozytywne. Została przeprowadzana przez Wykonawcę pod nadzorem ARIMR weryfikacja następujących przypadków testowych: PT-02, PT-15, PT-38, PT-69, PT-79, PT-86. Dla żadnego z powyższych nie udało się potwierdzić kryteriów poprawności. Oznacza to, że Wykonawca DXC świadomie wskazywał pozytywne wyniki testów wewnętrznych dla przypadków, które w istocie nie przeszły testów z wynikiem pozytywnym.

Utrata zaufania do DXC jako podmiotu zdolnego i kompetentnego wynikała także ze sposobu realizacji przez DXC Analitycznych Opisów Modyfikacji.

DXC dostarczało także dokumentację i rozwiązania informatyczne o rażąco niskiej jakości. Zamawiający wielokrotnie zidentyfikował przypadki przesyłania przez DXC dokumentacji niekompletnej, przesłanej tylko w celu formalnego zachowania umownych terminów jej przekazania, podczas gdy z powodu niskiej jakości, dokumentacja ta z punktu widzenia Zamawiającego była nieprzydatna. Kluczowym problemem dotyczącej niskiej jakości rozwiązania informatycznego była niedostępność IRZPlus dla użytkowników w wyniku pojawienia się licznych błędów. Błędy krytyczne występowały także na środowisku produkcyjnym IACSplus – np. na całym terytorium Polski występował błąd dotyczący dołączania rolników do polecenia np. SIAD-12476, SIAD-12478, SIAD-12443, SIAD-11521, SIAD-11474, problem z tworzeniem polecenia dla gospodarstwa rozproszonego np. SIAD-11342, brak poprawnych wyników w module AMS np. SIAD12287.

DXC nie realizowało umownych zobowiązań informacyjnych; obowiązek prowadzenia aktualnego rejestru zawierającego ryzyka związane z wykonywaniem Umowy, który powinien zostać udostępniony Zamawiającemu (pkt. 5.5.9. Umowy). Do dnia złożenia oświadczenia o rozwiązaniu Umowy nr 83 Zamawiający nie otrzymał od DXC żadnego dostępu do rejestru ryzyk, przez co był zmuszony samodzielnie identyfikować potencjalne ryzyka.

Niezależnie od opisanych powyżej przesłanek wypowiedzenia Umowy, Zamawiający wskazuje także, że wystąpiła również przesłanka odstąpienia od umowy, o której mowa w art. 456 ust. 1 pkt 1) PZP, tj. istotna zmiana okoliczności powodująca, że wykonanie Umowy nr 83 nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili jej zawarcia. Przedmiotową zmianę okoliczności stanowił fakt, że DXC nie było w stanie należycie realizować Umowy nr 83, z uwagi na przedłużający się stan nienależytej i nieterminowej realizacji obowiązków DXC. Niezdolność do realizacji Umowy nr 83 uniemożliwiła Zamawiającemu realizację płatności, a konkretnie obsłużenie wypłat dla ponad 1,2 mln beneficjentów na kwotę około 21 mld PLN.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający zmuszony był do rozwiązania Umowy nr 83 pomimo, że zawarł ją w trybie konkurencyjnym, weryfikując wcześniej Odwołującego. Zamawiający podejmował próby zmobilizowania Odwołującego do realizacji Umowy, biorąc udział w Komitetach Sterujących i spotkaniach, na których starał się wspierać DXC w zidentyfikowaniu problemów Odwołującego z realizacją Umowy nr 83 oraz wspierał DXC w szukaniu rozwiązań, mimo, że to Odwołujący jest profesjonalistą i podmiotem zobowiązanym. Zamawiający już w Okresie Przejściowym wykazywał się proaktywną postawą, starając się zapewnić należyte współdziałanie. Przykładem jest pismo Zamawiającego z dnia 1 lutego 2023 r., w którym Zamawiający zwrócił się do DXC o przekazanie (i) informacji jakich tematów szkoleń dla swoich pracowników oczekuje, (ii) informacji w jakim zakresie DXC potrzebuje wsparcia w zakresie już przekazanych Modyfikacji, Poprawek oraz dokumentacji oraz (iii) pytań związanych z SIA i świadczeniem Usług.

Kolejnym przykładem daleko posuniętej woli współpracy i wsparcia dla Wykonawcy był fakt, iż w trakcie realizacji Umowy Zamawiający wielokrotnie na wniosek DXC zawieszał SLA (Service Level Agreement – czyli wymagane umową parametry świadczonych usług), co wedle deklaracji DXC miało umożliwić DXC skierowanie większej liczby personelu DXC do pracy nad Modyfikacjami. Decyzje o zawieszeniu SLA były podejmowane na Komitetach Sterujących w dniach 27 kwietnia 2023 r., 23 maja 2023 r. i 15 czerwca 2023 r. SLA było zawieszane nawet pomimo, że DXC odmawiało naprawy większości błędów, powołując się na to, że ich usunięcie jest rzekomo obowiązkiem Asseco w ramach zobowiązań gwarancyjnych. Zamawiający stwierdza tu jedynie, że oczekiwanie usunięcia błędów przez Asseco, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie zwalniało go z obowiązku realizacji usług.

Zamawiający podczas całego okresu realizacji Umowy podejmował także inne działania, mające na celu wsparcie DXC w wykonaniu Umowy nr 83. Przykładami tych działań są:

- akceptacja podziału poszczególnych ZnM-ów na części a wniosek DXC, co miało ułatwić prace DXC [ustalenie ze spotkania statusowym w dniu 9 maja 2023 r.];
- zgoda na pracę w godzinach nadliczbowych przez pracowników Zamawiającego, co miało przyspieszyć proces uzgodnień i akceptacji przez Zamawiającego [ustalenie z Komitetu Sterującego z dnia 15 czerwca 2023 r.];
- zgoda na zastosowanie tzw. metodyki zwinnej przy trzech pierwszych Zleceniach Operacyjnych, co oznaczało brak obowiązku przekazania kompletnej Dokumentacji, wymaganej zgodnie z postanowieniami Umowy nr 83 [Komitet Sterujący z 12 lipca 2023 r.];
- zgoda na obsługę IRZ w ZSZK przez 3 m- w oparciu o Zlecenia Operacyjne – uproszczenie procedur miało przyspieszyć prace DXC [spotkanie statusowe z 13 lipca 2023 r.];
- doprowadzenie przez Zamawiającego do podjęcia przez organy nadzorujące Zamawiającego decyzji o braku wypłat zaliczek dla ONW, PRŚ, RE i ekoschematów, co znacząco zmniejszyło zakres prac do wykonania przez DXC w porównaniu z poprzednimi Kampaniami [informacja z Komitetu Sterującego z dnia 27 lipca 2023 r.];

- rezygnacja z części wymagań Zamawiającego wobec Modyfikacji [Komitet Sterujący z dnia 27 lipca 2023 r.];
- realizacja zaliczek OB przez inny system, obsługiwany przez innego wykonawcę [informacja z Komitetu Sterującego z dnia 27 lipca 2023 r.];
- zgoda na kolejne zmiany terminu przedłożenia przez DXC harmonogramu prac związanych z Kampanią 2023 [np. Komitet Sterujący z dnia 27 lipca 2023 r.];
- udział Zamawiającego w testach wewnętrznych DXC zamiast przeprowadzania testów akceptacyjnych przez Zamawiającego. Udział w testach wewnętrznych nie jest standardową praktyką i był działaniem Zamawiającego ukierunkowanym na przyspieszenie wdrożenia Modyfikacji [ustalenie z Komitetu Sterującego z dnia 27 lipca 2023 r.];
- przygotowanie przez Zamawiającego harmonogramu dla poszczególnych Propozycji, co oznaczało wykonanie przez Zamawiającego zobowiązań DXC [informacja z Komitetu Sterującego z 8 sierpnia 2023 r.]; Jednakże, nawet mimo wyżej opisanych działań Zamawiającego, istotnie wykraczających poza zwykły zakres należytego współdziałania, ze względu na rażące naruszanie Umowy nr 83 przez DXC i w efekcie zagrożenie wypłat środków dla beneficjentów, Zamawiający nie miał wyjścia i musiał rozwiązać Umowę nr 83 a następnie, w celu zachowania ciągłości świadczenia usług utrzymania oraz rozwoju SIA, a więc de facto zabezpieczenia realizacji swoich celów statutowych oraz zleconych, Zamawiający musiał udzielić zamówienia w jedynym możliwym trybie, jednemu wykonawcy,

który zapewniał utrzymanie ciągłości świadczenia usług i doprowadzenie do terminowej wypłaty środków (m. in. ze względu na to, że Asseco realizowało zamówienie przed DXC).

Odwolujący przytacza przepisy ustawy PZP oraz dyrektywy klasycznej, wskazując, że w przedmiotowym stanie faktycznym nie wystąpiły przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Wg zamawiającego ocena dokonana przez Odwołującego jest wadliwa.

Zamawiający postanowił udzielić Asseco zamówienia w trybie z wolnej ręki, ponieważ ze względu na wyjątkową sytuację był to jedyny tryb, w jakim był w stanie zapewnić ciągłość utrzymania SIA, a także ciągłość świadczenia usług rozwoju umożliwiających wypłatę środków beneficjentom. Zostały spełnione wszystkie przesłanki zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, to jest:

- Wystąpiła wyjątkowa sytuacja. Sytuacją tą była konieczność rozwiązania przez Zamawiającego Umowy nr 83 oraz odstąpienia od Zleceń będących w toku, których DXC nie było w stanie zrealizować w terminie. Nie jest prawdą, że wyjątkowa sytuacja, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5 PZP, może być jedynie zdarzeniem o charakterze klęski żywiołowej czy innych przejawów działania tzw. siły wyższej. Wyjątkowość sytuacji należy oceniać uwzględniając jej okoliczności. W omawianym przypadku Zamawiający nie ma wątpliwości, że sytuacja ma charakter wyjątkowym ponieważ: (a) zaszła konieczność wypowiedzenia w trybie natychmiastowym umowy w przedmiocie utrzymania i rozwoju krytycznego systemu ARiMR, (b) wykonawca, z którym zawarto umowę potwierdził w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, że będzie w stanie ją realizować, a brak jego zdolności do wykonania umowy ujawniony w trakcie realizacji zamówienia, jest sytuacją nadzwyczajną, (c) w praktyce Zamawiającego taki przypadek nigdy dotychczas nie wystąpił. Pomimo różnej skali problemów występujących przy okazji przejmowania obsługi systemów informatycznych Zamawiającego, Zamawiający nigdy dotychczas nie został postawiony w sytuacji, w której wykonawca nie zapewnia realizacji podstawowych zadań ARiMR i stanowi zagrożenie, a nie wsparcie dla funkcjonowania ARiMR.
- Okoliczności stanowiące podstawę udzielenia zamówienia z wolnej ręki nie wynikały z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Zamawiający wykazał daleko idącą wolę współpracy z Wykonawcą DXC, czego przejawem były kolejne ustępstwa, zgoda na niższy standard obsługi oraz istotnie wyższe, niż zakładane, zaangażowanie własnych zasobów ARiMR do realizacji zamówienia przy współpracy z DXC. Nie jest też prawdą, że po stronie Zamawiającego wystąpiły uchybienia, na które wskazuje Odwołujący, polegające w szczególności na nieusuwaniu wad SIA przez Asseco, czyli przez podmiot, który utrzymywał ten system przed zawarciem Umowy nr 83. Zamawiający podkreśla, że nie istniała jakakolwiek kontraktowa podstawa do tego, by Wykonawca DXC mógł uzależnić świadczenie Usług Zapewnienia Jakości dla SIA od realizacji przez Zamawiającego uprawnień gwarancyjnych w stosunku do poprzedniego wykonawcy. Okoliczności, które doprowadziły

Zamawiającego do podjęcia decyzji w sprawie rozwiązania Umowy nr 83, były niezależne od Zamawiającego, ponieważ były spowodowane wyłącznie przez Wykonawcę DXC.

- Zamawiający nie mógł wcześniej przewidzieć wystąpienia okoliczności uzasadniających udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Jest oczywiste, że umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się z zamiarem jej zrealizowania, a jej zawarcie poprzedzone jest weryfikacją zdolności do tej realizacji. Zamawiający potwierdza, że problemy realizacyjne różnej skali mogą wystąpić i często w praktyce występują, zwłaszcza w tak skomplikowanych projektach. Tym, czego Zamawiający nie mógł jednak przewidzieć, była skala zaniedbań, obstrukcji i niezdolności do wykonania zamówienia przez DXC, która – gdyby Zamawiający nie podjął radykalnej decyzji o wypowiedzeniu umowy – doprowadziłaby do pozbawienia ARiMR zdolności do realizacji jej celów. Jest to pierwszy taki przypadek w praktyce Zamawiającego.
- Wymagane było natychmiastowe wykonanie zamówienia. Zamawiający podjął decyzję o rozwiązaniu Umowy w momencie, w którym stało się oczywiste, że DXC nie będzie w stanie zrealizować swoich zadań, czego skutkiem

będzie m.in. brak możliwości wypłat od dnia 16 października 2023 r. W ocenie Zamawiającego, wcześniejsza decyzja w tym przedmiocie mogłaby zostać skutecznie zakwestionowana przez Odwołującego, który mógłby twierdzić, że pomimo przejściowych problemów realizacyjnych, będzie jednak w stanie wykonać niezbędne modyfikacje, usuwać na bieżąco błędy systemu i świadczyć pozostałe usługi objęte umową. W związku z powyższym, chcąc doprowadzić do przejścia utrzymania i rozwoju przez inny podmiot oraz chcąc zapewnić, by podmiot ten wykonał modyfikacje, do wykonania których nie był zdolny Wykonawca DXC, Zamawiający zmuszony był do udzielenia zamówienia natychmiast.

- Nie było możliwe dochowanie terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Jak wskazuje praktyka Zamawiającego, przeciętny czas trwania postępowania konkurencyjnego na świadczenie usług utrzymania i rozwoju SIA, to około 1 rok. Wynika to zarówno ze skali oraz złożoności zamówienia, jak i z ponadprzeciętnego zaangażowania wykonawców w postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. SIA jest jednym z największych w Polsce systemów informatycznych, a kwoty przeznaczane na jego obsługę są bardzo atrakcyjne dla rynku. Maksymalne wynagrodzenie przewidziane Umową nr 83 wynosiło 100 057 303,49 zł. netto, a w wypadku skorzystania z prawa opcji, 170 350 498,11 zł. netto. To powoduje, że determinacja wykonawców uczestniczących na przetargach na świadczenie usług utrzymania i rozwoju SIA jest bardzo duża, co skutkuje zwiększoną aktywnością przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej i przedłuża czas postępowania. Jakikolwiek tryb inny, niż z wolnej ręki, nawet z ograniczoną konkurencyjnością, jak negocjacje bez ogłoszenia, otwierałby nie tylko konieczność znaczniejszego zaangażowania Zamawiającego w przygotowanie postępowania i wykonania większej liczby czynności, lecz

także możliwość wnoszenia przez konkurentów środków ochrony prawnej zmierzających do polepszenia ich pozycji. Pierwszym zainteresowanym byłoby samo DXC, które mogłoby w ten sposób opóźnić lub uniemożliwić zawarcie umowy z innym wykonawcą. Opóźnianie zawarcia umowy obsługi SIA i wprowadzanie modyfikacji zapewniających realizację Kampanii 2023, nawet tylko przez okres kilku miesięcy, nie było akceptowalne z punktu widzenia Zamawiającego i interesu publicznego. Problemy z funkcjonowaniem SIA miałyby bezpośrednie przełożenie na pogorszenie sytuacji majątkowej około 1,2 mln obywateli i wpływałyby na możliwość korzystania przez użytkowników z innych funkcjonalności SIA niezbędnych w prowadzeniu gospodarstw rolnych.

Odwołujący wskazuje, że udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki powinno ograniczać się jedynie do tego, co niezbędne w związku z wyjątkową i nieprzewidzianą sytuacją.

Zamawiający wskazuje, że pełen zakres umowy zawartej z Asseco był niezbędny i nie było możliwe wyodrębnienie konkretnych świadczeń, które mogłyby być przedmiotem umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym.

Zamawiający nie posiada zasobów (kompetencji) aby samodzielnie przejąć utrzymanie lub rozwój którejkolwiek aplikacji składającej się na SIA ani którejkolwiek z grupy usług. Nie jest możliwa przerwa w świadczeniu usług na czas przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym. Ponadto, nie jest faktycznie możliwa sytuacja, w której aplikacje lub usługi byłyby świadczone równoległe przez różnych wykonawców. Część procesów musi wydarzyć się jednocześnie, aplikacje się „zależają”, nie da się także podzielić na części np. kampanii. W praktyce wygląda to tak, że prace są często prowadzone równoległe, przykładowo: podczas realizacji jednego modułu rozpoczynają się prace nad kolejnym, a w przypadku, gdyby każdy z tych modułów był realizowany przez inny podmiot, to nie byłaby możliwa równoczesna praca, ze względu m.in. na to, że Zamawiający nie posiadałby jeszcze praw ani dokumentacji do dokończonego modułu, przez co kolejny moduł nie mógłby być realizowany. Aplikacje działające w SIA są ze sobą zintegrowane, interfejsy tych aplikacji muszą być jednocześnie do siebie dostosowywane. Dodatkową kwestią byłoby ustalenie który wykonawca za co odpowiada w sytuacji, gdy prace się łączą i nie wiadomo by było kto odpowiada za naprawę konkretnego błędu (gdzie jest źródło błędu). Zamawiający ogłaszając postępowanie, którego wynikiem było zawarcie Umowy nr 83, nie podzielił zamówienia na części (i nikt też nie zaskarżył braku podziału na części), uzasadniając swoją decyzję tym, że „wprowadzenie podziału zamówienia na części spowodowałoby nadmierne trudności techniczne przy realizacji umowy i w efekcie mogłoby stanowić zagrożenie dla zachowania ciągłości realizacji głównego procesu biznesowego tj. obsługi wniosku o przyznanie płatności w ramach systemów wsparcia bezpośredniego w kampanii 2023 oraz kolejnych”. Zamawiający wskazał także, że „w przypadku realizacji przedmiotu zamówienia w podziale na części, realnym problemem staje się rozproszenie odpowiedzialności za jakość systemu

informatycznego oraz należyta staranność usług, a także przenoszenie odpowiedzialności pomiędzy wykonawcami poszczególnych części. Podział zamówienia na części doprowadziłby do znaczącego wydłużenia czasu implementacji wymagań Zamawiającego z uwagi na konieczność certyfikacji oprogramowania dostarczonego przez wykonawcę usługi modyfikacji przed jego osadzeniem w środowisku produkcyjnym wykonywanej przez wykonawcę utrzymującego SIA, co w świetle krótkich terminów wejścia w życie przepisów prawnych (legislacji krajowej jak i unijnej) spowodowałoby ryzyko opóźnień we wdrażaniu instrumentów WPR oraz naprawie błędów produkcyjnych, co w dłuższej perspektywie mogłoby doprowadzić do obniżenia sprawności obsługi procesów biznesowych ARiMR.”. Zgodnie z pkt 7.7 Umowy, „z chwilą przekazania do odbioru utworu będącego programem komputerowym Wykonawca każdorazowo przekaże Zamawiającemu kody źródłowe, skrypty konfiguracyjne, skrypty budujące oraz skrypty automatyzujące proces instalacji wytworzonego oprogramowania.” Oznacza to, że przy różnych wykonawca nie byłoby możliwe prowadzenie prac równoległe (drugi wykonawca musiałby czekać na kody źródłowe i prawa autorskie).

Nie jest możliwe także wydzielenie samej Kampanii 2023 tak jak sugeruje Odwołujący. Kampania 2023 jest jednym z elementów, który musi współdziałać z innymi aplikacjami. Co istotne, na Kampanię 2023 składa się szereg czynności, nie tylko sam fakt wypłaty zaliczek. Nie jest to kwestia wyłącznie zbudowania modyfikacji, która zadziała w dniu 16 października 2023. W ramach Kampanii 2023:

- Zamawiający musiał umożliwić nabór wniosków (zostało wykonane jeszcze przez Asseco);
- Zamawiający wykonywał kontrolę kompletności wniosków (ta funkcjonalność także została zapewniona jeszcze przez Asseco);
- kolejnym krokiem są kontrole administracyjne wniosków, po których dochodzi do zatwierdzenia wniosków. Na tym etapie odpowiedzialność przejęło DXC i już wtedy zaczęły pojawiać się problemy;
- po zatwierdzeniu wniosków dochodzi do naliczania płatności zaliczkowych i końcowych.

Z powyższego wynika, że nie wystarczy samo uruchomienie modyfikacji do 16.10.2023 r., a także, że wyłącznie Asseco byłoby w stanie dokończyć modyfikację w taki sposób, aby faktycznie możliwe było dokończenie procesu terminowymi wypłatami.

Umowa składa się ze świadczeń obejmujących usługi utrzymania i rozwoju SIA, a SIA składa się z różnych aplikacji, tj.: ZSZIK, IACS plus, GIS, SIZ, PZSiP plus, PA, eWniosekplus, eWoP oraz IRZplus. Usługi zostały podzielone na „Grupy Usług” i łącznie mają na celu zabezpieczenie realizacji statutowych i zleconych zadań Zamawiającego. Zamawiający nie może pozwolić sobie na rezygnację z ciągłości świadczenia którejkolwiek z Grup Usług ani z którejkolwiek z systemów w ramach SIA, a biorąc pod uwagę czas trwania postępowania o zamówienie publiczne w trybie konkurencyjnym (od kilku miesięcy do ponad roku),

nieobjęcie którejkolwiek z systemów Zamawiającego mogłoby spowodować paraliż działania.

Zamawiający nie mógł pozostawić żadnej z aplikacji wchodzących w skład SIA bez utrzymania na czas przeprowadzenia i rozstrzygnięcia postępowania w trybie konkurencyjnym. Poniżej Zamawiający wskazuje przykładowe konsekwencje sytuacji, w której poszczególne aplikacje nie byłyby utrzymywane i wystąpiłyby błędy wstrzymujące działanie aplikacji.

Zgodnie z preambułą, zarówno do Umowy nr 83 jak i umowy, która została zawarta z Asseco, „Prawidłowe funkcjonowanie Systemu Informatycznego jest kluczowe z perspektywy możliwości realizacji celów statutowych Zamawiającego i jest istotne dla skutecznego realizowania polityki rolnej w Rzeczypospolitej Polskiej”. Dalej wskazano, że „Intencją Stron jest, aby Wykonawca z chwilą rozpoczęcia świadczenia Usług przejął odpowiedzialność za prawidłowe działanie Systemu Informatycznego i jakość Dokumentacji, niezależnie od faktu, czy poszczególne elementy SI lub Dokumentacji zostały wytworzone przez Wykonawcę, czy przez którejkolwiek z jego poprzedników”. Już sama preambuła wskazuje, że kluczowe jest objęcie usługami systemu jako całości, w tym wzięcie przez wykonawcę odpowiedzialności za całość systemu.

Zamawiający nie może zrezygnować ze świadczenia żadnej z usług wskazanych w Umowie nr 83 (i czekać na rozstrzygnięcie postępowania w trybie konkurencyjnym).

Zamawiający wskazuje konkretne przykłady konsekwencji przerwy w świadczeniu usług.

1/ Usługa G2U1 jest kluczową usługą utrzymaniową, szczegółowo opisaną w Załączniku nr 2A do Umowy nr 83, polegającą na naprawie błędów produkcyjnych (czyli naprawie aplikacji, z których Zamawiający lub beneficjenci już korzystają). Nie wszystkie błędy możliwe są do wykrycia w trakcie

testów akceptacyjnych oprogramowania w środowisku testowym, nawet jeśli zawiera ono kopię danych produkcyjnych. Przy dużej liczbie wniosków, wnioskowań o płatności, nie jest możliwe w trakcie testów pełne przetestowanie oprogramowania. Część błędów ujawnia się w warunkach produkcyjnej eksploatacji na infrastrukturze produkcyjnej. W związku z powyższym, w trakcie eksploatacji produkcyjnej mogą ujawnić się błędy krytyczne bądź awarie systemu.

2/ Powyższe może skutkować tym, że w trakcie składania wniosków przez internet przez rolników, brak naprawy błędów Aplikacji eWniosekPlus uniemożliwi rolnikom składanie wniosków obszarowych przy zachowaniu ustawowego terminu, co skutkować będzie wykluczeniem rolnika z dopłat bądź nałożeniem sankcji. Przedłużająca się naprawa masowych błędów, które dotyczyć będzie dużej grupy rolników może wywołać ogromne niezadowolenie społeczne i spowodować utratę środków a nawet utratę płynność finansowej rolników.

3/ Innym przykładem jest eksploatacja Aplikacji IRZPlus. Brak naprawy błędów w Aplikacji IRZPlus, które uniemożliwiają wprowadzanie wniosków zwierzęcych przez posiadaczy zwierząt, może spowodować, że niemożliwe będzie ustalenie aktualnego statusu epizootycznego czy aktualnego miejsca przebywania zwierząt co skutkować może rozprzestrzenieniem się chorób zwierzęcych.

4/ Kolejnym przykładem jest eksploatacja Aplikacji IACSPlus, wykorzystywanej do Kontroli Administracyjnych wniosków oraz Naliczania płatności. Skutkiem wystąpienia błędów krytycznych, Awarii mogą być opóźnienia w przeprowadzaniu Kontroli Administracyjnych przez Biura Powiatowe, co wygeneruje opóźnienia w naliczaniu płatności, czego konsekwencją będzie niewypłacenie środków w terminach unijnych, co może skutkować zmniejszeniem puli dopłat przekazywanych przez Komisję Europejską.

5/ Odnoszą się do Usług Modyfikacji (G4U1), która jest szczegółowo opisana w Załączniku nr 4 i 4A do Umowy nr 83, należy wskazać, że odpowiada ona za dostosowanie systemu SIA do zmian prawnych zachodzących w otoczeniu prawnym SIA. Brak dostosowania systemu SIA do wymagań legislacyjnych danej kampanii wniosków obszarowych m.in. implementacji nowego wzoru wniosku, obowiązujących reguł Kontroli Administracyjnych, kontroli na miejscu, stawek płatności, uniemożliwi Rolnikom składanie wniosków, a Agencji wypełnienie statutowych zadań czyli realizacji dopłat

bezpośrednich.

6/ Nie jest także możliwa rezygnacja na czas przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym z Usług Administracji (G3), która jest szczegółowo opisana w Załączniku nr 3 i 3A do Umowy nr 83, gdyż ta grupa odpowiada za nadawanie uprawnień użytkownikom systemu SIA. W przypadku fluktuacji pracowników, może okazać się krytyczna w sytuacji braku osób o odpowiednich uprawnieniach w danej jednostce terenowej do wykonywania określonych, niezbędnych czynności w procesie obsługi wniosków.

7/ Podsumowując, procedowanie procesu rozwojowego poszczególnych modułów SIA wynika z terminów biznesowych i zobowiązania ARiMR do realizacji określonych czynności w datach narzuconych przepisami prawa unijnego oraz krajowego, np. kontrola administracyjna i wypłata zaliczek, w ramach których prace muszą być zakończone w takim terminie, aby możliwa była wypłata zaliczek od dnia 16 października 2023 r., realizacja kontroli na miejscu w mechanizmach podlegających wsparciu do dnia 31 grudnia 2023. Procesy analizy i wytwarzania oprogramowania, jak i pozostałe kroki odbioru modułu (testy, wdrożenie) odbywają się kaskadowo, a poszczególne etapy na siebie zachodzą, np. trwa analiza i tworzenie AOM dla jednego z modułów a jednocześnie prowadzone są testy akceptacyjne innego modułu. Powyższe determinuje konieczność skupienia procesu modyfikacji oprogramowania w jednych rękach w trakcie trwania kampanii obsługi wniosków danego roku, w szczególności w roku 2023 gdzie DXC rozpoczął realizację w część związanej z kontrolą administracyjną. Udzielenie zamówienia z wolnej ręki tylko co do części

świadczeń wynikających z kolejnych etapów procesu biznesowego, które powinny wydarzyć się w pierwszej kolejności tj. kontrola administracyjna i naliczenie zaliczek, a pozostawienie pozostałego zakresu funkcjonalnego do zlecenia w ramach oddzielnego zamówienia publicznego w trybie konkurencyjnym spowodowałoby brak możliwości wywiązania się ARiMR z pozostałej części zobowiązań składających się na zwięźczenie całego procesu tj. przeprowadzenie kontroli na miejscu, uwzględnienie jej wyników w kontroli administracyjnej, wydanie decyzji i naliczenie płatności końcowych. Wykonawcy realizujący oddzielnie poszczególne moduły systemu nawzajem by się opóźniali lub blokowali ze względu na fakt, iż kod źródłowy budowany we wcześniejszym etapie musi być wykorzystany w budowie kolejnych funkcjonalności SIA dla kolejnych modułów. Mogłoby też dojść do sytuacji w której wykonawcy przerzucaliby się odpowiedzialnością za błędy w kodzie, które (jeśli uznać, iż rzeczywiście wystąpiły a nie są odmienną formą zakodowania tego samego efektu oczekiwanego przez Zamawiającego), nie byłyby poprawiane przez wykonawcę realizującego kolejny moduł, a byłyby cofane do poprawy przez wykonawcę, który ten moduł wytworzył. Powyższe znów wpływałoby na czasochłonność procesu, a tym samym na brak możliwości wywiązania się przez Zamawiającego z ciężących na nim zobowiązań.

8/ Podkreślenia wymaga również fakt, iż proces certyfikacji oprogramowania wytworzonego przez jednego wykonawcę a koniecznego do wdrożenia (w ramach usług utrzymania) przez innego wykonawcę jest procesem czasochłonnym, a nie, jak wskazuje Odwołujący, procesem technicznym zachodzącym bez przeszkód. DXC pozostawiło oprogramowanie z błędami, których nie było w stanie poprawiać na bieżąco. Część przygotowanych poprawek niwelowało jedynie skutek błędów, nie eliminując przyczyny, co z każdą kolejną poprawką zmuszało Zamawiającego do jeszcze bardziej asekuracyjnego podejścia do ich wdrażania.

9/ Konsekwencjami braku wywiązania się ze zobowiązań ciężących na Zamawiającym jako Agencji Płatniczej byłyby między innymi: (i) brak wywiązania się z wypłaty zaliczek na rzecz beneficjentów, wskazanych przez władze krajowe i notyfikowane do KE, (ii) brak terminowego wykonania kontroli na miejscu umożliwiającej wykorzystanie jej wyników w procesie KA służącej naliczeniu płatności końcowych, (iii) możliwe niedochowanie terminu realizacji płatności końcowych na rzecz beneficjentów w skali uprawniającej KE do wyłączenia z finansowania określonej puli środków dla Polski w ramach systemów wsparcia bezpośredniego, (iv) utrata wiarygodności Agencji Płatniczej dla sektora rolnego i wizerunku ARiMR.

10/ Tym samym Zamawiający nie mógł udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki w węższym zakresie, pozostawiając część Grup Usług lub część systemów bez wsparcia lub rozwoju, między innymi ze względu na to, że aplikacje działające w ramach SIA ściśle są ze sobą powiązane i zintegrowane, Zamawiający nie posiada kompetencji ani zasobów aby

samemu świadczyć usługi wsparcia lub rozwoju. Ze względu na konieczność realizacji celów Zamawiającego, nie było możliwości przerwy w świadczeniu usług rozwoju.

Odwołujący twierdzi, że Zamawiający nie wykazał, że powodem udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki była wyjątkowa sytuacja. Odwołujący przytacza orzeczenia, które za przykład wyjątkowej sytuacji wskazują zjawiska losowe takie jak klęski żywiołowe, katastrofy, awarie czy wypadki. Jednocześnie w żadnym z tych orzeczeń Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła, że konieczność rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy nie może stanowić sytuacji wyjątkowej o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5) PZP.

Zamawiający wskazuje przykładowe orzeczenia, które potwierdzają, że za „wyjątkową sytuację” nie uznaje się wyłącznie zdarzeń związanych ze zjawiskami pogodowymi, awariami lub wypadkami, ale także konieczność rozwiązania umowy może być okolicznością uznaną za „wyjątkową sytuację” w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 5) PZP (wcześniej: art. 67 ust. 1 pkt 3), gdyż żadnej Zamawiający nie zawiera umowy z założeń, że będzie ją rozwiązywał.

Odwołujący twierdzi, że Zamawiający przewidywał możliwość wystąpienia zmian w SIA oraz w harmonogramie usług realizowanych początkowo przez Asseco a następnie przez DXC, wobec czego był świadomy czasu niezbędnego do zrealizowania usług objętych umową. Jak już wskazano, na wypłatę środków w związku z Kampanią 2023 składało się kilka etapów.

Zarówno Zamawiający jak i DXC znali kalendarz płatności i obie strony były świadome jak ważne jest dochowanie

terminów. Zamawiający zawierając Umowę nr 83 nie mógł mieć świadomości, że DXC, będący profesjonalistą, będzie aż w tak znacznym stopniu nienależycie realizował Umowę, że zagrożone będą wypłaty środków dla beneficjentów. Odwołujący w argumentacji pomija kluczową kwestię –nie wskazuje jakie środki powinien przedsięwziąć jego zdaniem Zamawiający w celu zabezpieczenia realizacji swoich statutowych i zleconych zadań, gdyż powierzenie wykonania jednej modyfikacji Asseco nie było możliwe ze względu na to, że Zamawiający (i) nie zakładał, że DXC nie będzie w stanie wykonać modyfikacji, (ii) nie jest możliwe wydzielenie części świadczeń z umowy dla innego podmiotu, co wykazano wyżej.

Zamawiający podkreśla, że wyjątkowość sytuacji, w której zmuszony był do wypowiedzenia Umowy, potwierdzona jest faktem, iż do zdarzenia takiego doszło pierwszy raz w praktyce Zamawiającego, pomimo dołożenia wszelkich starań w celu realizacji umowy z wykonawcą. Sytuacja, w której doszło do udzielenia zamówienia wynika – zdaniem odwołującego – z przyczyn leżących po stronie zamawiającego

Odwołujący twierdzi, że rzetelnie realizował usługi i zlecone modyfikacje, a to Zamawiający nie realizował prawidłowo i terminowo swoich obowiązków umownych. Powyższe wg Odwołującego prowadzi do konkluzji, że przyczyny udzielenia zamówienia z wolnej ręki leżały po stronie Zamawiającego.

Jako przykład uchybień Zamawiającego, Odwołujący wskazuje listę zgłoszeń wad, które nie zostały usunięte przez Asseco (poprzednika DXC) na podstawie udzielonej Zamawiającemu gwarancji. Jak wskazuje Odwołujący, dostarczył on Zamawiającemu listę zgłoszeń, w tym wad SIA, nieusuniętych przez Asseco jako podmiot odpowiedzialny za ich rozwiązywanie na podstawie gwarancji udzielonej Zamawiającemu. Lista ta miała 1174 pozycje i że "nieusunięcie tych wad miało istotny wpływ na wykonywanie Umowy przez Odwołującego". Teza ta jednak wręcz potwierdza, że do rozwiązania Umowy doszło z przyczyn po stronie Odwołującego. Ośłuzenie wspomnianych 1174 zgłoszeń było kontraktowym obowiązkiem Odwołującego i z żadnego postanowienia Umowy nr 83 nie wynika, by Odwołujący miał prawo do domagania się zastąpienia jego świadczeń, świadczeniami gwarancyjnymi poprzednika. Nie jest w szczególności podstawą do takich roszczeń, wskazywany przez Odwołującego ust. 6.14 Umowy nr 83.: „Wykonawca w trakcie Okresu Przejściowego jest zobowiązany do weryfikacji, czy przejmowany przez niego System Informatyczny nie posiada Wad i czy poprzedni wykonawca przekazał Wykonawcy wszelkie informacje, które będą potrzebne do należytego świadczenia Usług. Jeżeli Wykonawca stwierdza istnienie Wady lub brak informacji, które są potrzebne do należytego świadczenia Usług, to jest zobowiązany, aby w trakcie Okresu Przejściowego zgłosić taki brak Zamawiającemu oraz żądać usunięcia Wady lub dostarczenia informacji potrzebnych do należytego świadczenia Usług od poprzedniego wykonawcy. W przypadku nieusunięcia Wad zgłoszonych przez Wykonawcę do końca Okresu Przejściowego, Strony uzgodnią termin usunięcia tych Wad przez Wykonawcę, nie dłuższy niż 3 miesiące od dnia rozpoczęcia świadczenia Usług. W tym okresie Wykonawca będzie zwolniony z SLA w zakresie Wad opisanych w zdaniu poprzednim. Usunięcie Wad odbywać będzie się w ramach wynagrodzenia przewidzianego dla Usługi Usuwania Wad.”

Z zacytowanego postanowienia Umowy nr 83 wynika więc, że:

- (a) Wykonawca (DXC) ma obowiązek w Okresie Przejściowym zgłaszać Zamawiającemu Wady, w celu przekazania ich poprzedniemu wykonawcy (Asseco),
- (b) Jeżeli zgłoszone przez DXC Wady nie zostaną usunięte przez Asseco, Zamawiający i DXC powinni uzgodnić termin ich usunięcia przez DXC, przy czym termin ten w każdym przypadku nie może być dłuższy, niż 3 miesiące,
- (c) Przez uzgodniony okres (nie dłuższy, niż 3 miesiące), DXC jest zwolnione z SLA w zakresie Wad zgłoszonych do końca Okresu Przejściowego,
- (d) Wady powinny być usunięte przez DXC, w ramach wynagrodzenia należnego DXC z tytułu świadczenia Usługi Usuwania Wad.

Nie można z omawianego postanowienia ust. 6.14 Umowy nr 83 wyciągać wniosku, że brak usunięcia wszystkich zgłoszonych Wad przez Asseco, stanowił naruszenie jakichkolwiek zobowiązań Zamawiającego i mógł stanowić uzasadnienie niewykonywania świadczeń przez

DXC. Przeciwnie –postanowienie wprost przewiduje, że w razie nieusunięcia Wad przez Asseco, to DXC jest zobowiązane do ich usunięcia, w terminie nieprzekraczającym 3 miesięcy.

Odwołujący był w pełni świadom faktu, iż istotą zamówienia na utrzymanie i rozwój SIA, jest świadczenie usług dla systemu, który przez kilka lat był utrzymywany i modyfikowany przez innego wykonawcę. Odwołujący sam był w sytuacji podmiotu przekazującego SIA do utrzymania kolejnemu wykonawcy i realia związane z realizacją tego rodzaju zamówienia są mu znane z dokumentów zamówienia (postanowień umowy), ale także z wieloletniej praktyki. Zamawiający zwraca także uwagę na fakt, iż istotna część spośród 1147 zgłoszeń dokonanych przez DXC w Okresie Przejściowym, nie powinna być zostać zakwalifikowana jako „Wada” w rozumieniu Umowy nr 83, co dodatkowo przeczy tezie o złym stanie systemu przejętego do utrzymania przez DXC. Podstawowym obowiązkiem kontraktowym Odwołującego, było usuwanie wad SIA, niezależnie od tego, czy w systemie tym zostałyby stwierdzone 1147 wad, kilka wad, czy kilka tysięcy. Zamawiający wskazuje poniżej postanowienia Umowy nr 83, które potwierdzają tę tezę.

Od chwili rozpoczęcia świadczenia Usług DXC przyjęło odpowiedzialność za utrzymanie i rozwój SIA. Takie zobowiązanie wynika z samej preambuły Umowy nr 83: „1.9. Intencją Stron jest, aby Wykonawca z chwilą rozpoczęcia świadczenia Usług przejął odpowiedzialność za prawidłowe działanie Systemu Informatycznego i jakość Dokumentacji, niezależnie od faktu, czy poszczególne elementy SI lub Dokumentacji zostały wytworzone przez Wykonawcę, czy przez

któregokolwiek z jego poprzedników”.

Przedmiotem Umowy było w szczególności świadczenie usług usuwania wad, niezależnie od tego, czy wady te mogły zostać usunięte również w innym reżimie. Zakres usług wykonawcy opisany został w ust. 3.2. Umowy nr 83 i jest wśród nich w szczególności Usługa Usuwania Wad (pkt 3.2.2.1.). Usługa ta należy do grupy Usług Zapewnienia Jakości (G2) i zgodnie z ust. 8.5. Umowy nr 83, wynagrodzenie z tytułu świadczenia m.in. tej usługi jest płatne w formie ryczałtu miesięcznego. Już sformułowanie oczekiwania, by Wady usuwane były przez innego wykonawcę, jest kuriozalne, natomiast czynienie Zamawiającemu zarzutu, iż nieusunięcie tych wad obciąża Zamawiającego i doprowadziło do rozwiązania Umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, jest przejawem niezrozumienia roli i zadań wykonawcy Umowy. Zamawiający po to zawarł z wybranym wykonawcą umowę kompleksowej obsługi (utrzymanie i rozwój) systemu SIA, aby wykonawca, na określonych umową zasadach, obsługiwał wszelkie problemy stwierdzone w systemie. Umowa nie rozdziela stwierdzanych wad na takie, które powstały wskutek błędów poprzedniego wykonawcy i takie, które powstały wskutek błędów obecnego. Odwołujący składając ofertę w postępowaniu przed zawarciem Umowy nr 83 zdawał sobie sprawę z tego, że właśnie w taki sposób będą kształtowały się jego obowiązki.

Niezależnie od powyższego Umowa nr 83 została wypowiedziana na kilku podstawach, których nie można powiązać z usuwaniem przez Asseco wad w ramach gwarancji.

Zamawiający wspierał DXC w realizacji Umowy nr 83 współdziałając w szerokim zakresie. Potwierdzeniem powyższego są notatki z Komitetów Sterujących; Zamawiający próbował zidentyfikować problemy i proponował ich rozwiązanie pomimo tego, że to Odwołujący jest profesjonalistą. Zamawiający zgadzał się na cotygodniowe spotkania statusowe i prosił o przedstawianie przez DXC aktualnych harmonogramów. Ponadto wystosował do DXC szereg pism, w których wzywał do należytej realizacji Umowy, co zostało wskazano wyżej.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający wiedział już w listopadzie 2022 r., że projekt przygotowania modyfikacji SIA na potrzeby Kampanii 2023 ma opóźnienie i że nie chce się podjąć jej wykonania nawet Asseco, które bardzo dobrze znało SIA. Argumentacja jest nietrafiona, gdyż DXC zobowiązało się (znając kalendarz Kampanii 2023) zrealizować Umowę w pełnym zakresie, a jednocześnie wskazuje, że Asseco oświadczyło, że nie wykona modyfikacji do dnia 18 maja 2023 r., a nie, że nie jest w stanie wykonać modyfikacji w terminie umożliwiającym kontrolę wniosków i terminową wypłatę środków.

Zamawiający wskazuje na proces wypłat związanych z Kampanią 2023:

system informatyczny musiał umożliwiać nabór wniosków (co zostało wykonane jeszcze przez Asseco);

następnie system musiał umożliwiać wykonanie kontroli kompletności wniosków (ta funkcjonalność także została zapewniona jeszcze przez Asseco);

system musiał następnie umożliwiać przeprowadzenie kontroli administracyjnej wniosków, po których dochodzi do zatwierdzenia wniosków. Na tym etapie odpowiedzialność przejęło DXC, jako nowy wykonawca;

dopiero po zatwierdzeniu wniosków dochodzi do naliczania płatności zaliczkowych i końcowych.

Ponadto z czasem – wykonawca Asseco dokończył modyfikację i umożliwił wypłaty zaliczek, natomiast DXC nie był w stanie zrealizować wcześniejszych kroków (to jest problemy pojawiły się już w momencie kontroli administracyjnej). Nie sposób uznać, że takiego nienależytego działania ze strony profesjonalnego wykonawcy Zamawiający mógł się spodziewać, a tym bardziej z wyprzedzeniem przewidzieć.

Zamawiający nie twierdził, że istnieje zagrożenie dla zdrowia lub życia i nie ma też takiej przesłanki w przepisach. Podkreślał natomiast, że musi zostać zachowana ciągłość świadczenia usług utrzymania i rozwoju, a każde postępowanie będzie wiązało się z przerwaniem ciągłości świadczenia usług.

Żaden z podanych przez Odwołującego przykładów z orzecznictwa nie dotyczy konieczności zachowania ciągłości świadczenia usług ani tak newralgicznego systemu informatycznego jak system SIA, stanowiący podstawę wykonywania zadań statutowych Zamawiającego.

Ogłoszenie postępowania wiąże się nie tylko z publikacją ogłoszenia, ale także musi być poprzedzone przygotowaniem, w szczególności po nienależytym wykonaniu Umowy nr 83 przez DXC, Zamawiający musi zmienić podejście do weryfikacji kompetencji i zasobów wykonawców, żeby uniknąć analogicznej sytuacji w przyszłości.

Poprzednie postępowania na utrzymanie i rozwój SIA trwały ponad rok: postępowanie w latach 2015/2016:– Przetarg ograniczony – ok. 12 miesięcy: postępowanie w latach: 2018/2019– przetarg nieograniczony – ok.13 miesięcy w latach: 2021/2022: - przetarg nieograniczony – ok. 15 m-cy – zawarcie umowy: 29.11.2022

Zamawiającego nie wiążą wyłącznie przepisy prawa unijnego, ale także zobowiązany jest do dochowania terminów, jakie nakłada na niego polski ustawodawca. Zgodnie z §3 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 13 października 2023 r. w sprawie wypłaty zaliczek za 2023 r. z tytułu niektórych rodzajów pomocy w ramach Planu Strategicznego dla Wspólnej Polityki Rolnej na lata 2023–2027 zaliczki wypłaca się od dnia 16 października 2023 r. Oznacza to, że Zamawiający ma być gotowy do wypłat i faktycznie ma obowiązek rozpocząć wypłacanie zaliczek dnia 16 października 2023 r.

Dodatkowo Zamawiający wskazuje, że od co najmniej 8 lat (tj. od 2015 r.), na podstawie ustawy z dnia 5 lutego 2015 r. o

płatnościach w ramach systemów wsparcia bezpośredniego (Dz. U. z 2022 r. poz. 1775 ze zm.) oraz rozporządzeń Ministra Rolnictwa, zaliczki na poczet co wskazuje na cykliczność w terminie rozpoczęcia wypłat, DXC jako profesjonalny podmiot z branży, posiadający doświadczenie i zasoby musiał znać ów termin.

W ramach Kampanii 2023 Zamawiający ma do rozpoznania ponad 1.200.000 wniosków co oznacza, że nawet biorąc pod uwagę datę 1.12.2023 r., mógłby nie zdążyć rozliczyć wszystkich zaliczek. Co ważne, brak wydania w terminie decyzji o wypłacie wiąże się z koniecznością dodatkowych czynności; informacje do beneficjentów o nowym terminie wydania decyzji z uzasadnieniem przyczyny zwłoki. W przypadku nienależytego wykonania modyfikacji przez DXC, Zamawiający nie miałby możliwości wskazania potencjalnego nowego terminu wydania decyzji, gdyż DXC w ogóle nie dawało gwarancji wykonania modyfikacji.

Przeprowadzenie postępowania w innym trybie nie umożliwiłoby zachowania ciągłości świadczenia usług. Odnosząc się do propozycji umowy ramowej na modyfikację, aktualność w tym zakresie Zamawiający wskazuje, że nie jest możliwa realizacja Umowy przez różnych wykonawców równocześnie ze względu na ścisłą współpracę pomiędzy aplikacjami oraz równoległe prowadzenie prac. Każdy z konkurencyjnych trybów wiązałby się z przerwą, podczas której system SIA nie byłby utrzymywany i rozwijany. Mogłoby dojść do sytuacji, w której przestałby działać system (konkretna aplikacja), lub doszłoby do naruszenia

bezpieczeństwa systemu. Sama liczba błędów pokazuje jak istotne jest zachowanie ciągłości utrzymania systemu a Zamawiający nie posiada własnych możliwości utrzymania systemu. Zamawiający nie mógł wydzielić żadnego ze świadczeń do odrębnego postępowania i pozostawić np. część SIA bez utrzymania lub rozwoju. Udzielił Asseco zamówienia w trybie z wolnej ręki w niezbędnym zakresie. Również w preambule Umowy z Asseco wskazano (w pkt 1.5), że „Celem niniejszej Umowy jest zapewnienie Zamawiającemu przez Wykonawcę ciągłego, bezawaryjnego i sprawnego korzystania z Systemu Informatycznego przez Zamawiającego oraz beneficjentów działalności Zamawiającego (m.in. rolnicy, mieszkańcy wsi, Ośrodki Doradztwa Rolniczego itp.). Celem Umowy jest ułatwienie i optymalizacja korzystania z Systemu Informatycznego przez Zamawiającego oraz beneficjentów działalności Zamawiającego”.

Tym samym konieczność zapewnienia „ciągłego” działania systemu została wprost wskazana w preambułach (zarówno Umowy nr 83 jak i Umowy zawartej z Asseco).

Zamawiający zawierając umowę z DXC nie zakładał, że Odwołujący jej nie zrealizuje, w tym że nie będzie w stanie przygotować i wdrożyć modyfikacji umożliwiających realizację Kampanii 2023, wobec czego błędne są rozważania Odwołującego, że już 4 lipca 2023 r. Zamawiający mógł udzielić zamówienia Asseco.

Jako że zostały spełnione przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki, nie doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ani wyboru wykonawcy niezgodnie z ustawą. Zamawiający zastosował tryb zamówienia z wolnej ręki, ponieważ nie miał możliwości zastosowania konkurencyjnego trybu postępowania.

Zamawiający podnosi, że nawet, gdyby twierdzenia o braku przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki były uzasadnione, to żądanie unieważnienia zawartej z Asseco umowy w całości lub w części, nie powinno zostać uwzględnione, a lżba powinna orzec zgodnie z art. 554 ust. 3 pkt 2c PZP. Utrzymanie tej umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, jakim jest zapewnienie realizacji przez Zamawiającego jego zadań agencji płatniczej. Skutkiem unieważnienia umowy byłoby wstrzymanie możliwości wprowadzania do SIA modyfikacji umożliwiających obsługę nowych zadań płatniczych oraz zakłócenie lub wstrzymanie zadań realizowanych na bieżąco. Wynika to z faktu, iż po ewentualnym unieważnieniu umowy Zamawiający utraciłby możliwość przywrócenia funkcjonowania SIA w razie jego awarii oraz utraciłby możliwość wprowadzenia takich modyfikacji, które zapewnią obsłużenie zadań w zmieniającym się otoczeniu prawnym. Stan taki oznaczałby de facto wstrzymanie realizacji wypłat przez Agencję do czasu rozpoczęcia świadczenia usług przez wykonawcę wybranego po przeprowadzeniu postępowania, czyli – jak wynika z dotychczasowych doświadczeń Zamawiającego – nawet do 1,5 roku.

Brak utrzymania i modyfikacji aplikacji wchodzących w SIA może skutkować wykluczeniem rolnika z dopłat, nałożeniem sankcji a także spowodować utratę płynności finansowej

gospodarstw. Skutki unieważnienia umowy miałyby konsekwencje nie tylko wobec Zamawiającego ale przede wszystkim byłyby odczuwalne u rolników i w indywidualnych gospodarstwach. Należy dodatkowo wskazać na to, że brak świadczenia usług może skutkować także: brakiem możliwości wprowadzania nowych warstw przestrzennych do aplikacji PZSIPlus oraz cyklicznej aktualizacji danych referencyjnych stanowiących punkt wyjścia do kontroli administracyjnej wniosków, co uniemożliwiłoby poprawną weryfikację deklaracji rolników i ich uprawnień do poszczególnego rodzaju płatności. Brak usług utrzymania tej aplikacji, a zatem wgrzywania nowych funkcjonalności/poprawek lub nawet zapewnienia jej dostępności, w określonym czasie, jak dla każdej aplikacji informatycznej, powoduje brak w pewnym momencie możliwości jej produkcyjnego wykorzystania bez generowania dalszych błędów.

Natomiast brak modyfikacji modułu IACSplus wspierającego proces kontroli na miejscu dla działań pomocowych o masowym charakterze, generującym konieczność przygotowania i walidacji dokumentacji kontrolnej dla średniorocznie 80.000 beneficjentów, w okresie wdrażania nowych form płatności na rzecz beneficjentów, uniemożliwiłoby ARIMR skuteczne wywiązanie się z umów cywilno-prawnych zawartych z innymi wykonawcami realizującymi czynności kontrolne w terenie. Brak możliwości wprowadzenia wyników z kontroli na miejscu do systemu uniemożliwiłby ich wykorzystanie w procesie kontroli administracyjnej a tym samym skutkowałby brakiem bądź nieprawidłową wypłatą środków na rzecz beneficjentów podlegających procesowi kontroli na miejscu. Brak usług utrzymania IACSplus, a zatem

wgrywania nowych funkcjonalności/poprawek lub nawet zapewnienia jej dostępności, w określonym czasie, jak dla każdej aplikacji informatycznej, powoduje brak w pewnym momencie możliwości jej produkcyjnego wykorzystania bez generowania dalszych błędów.

Mając na uwadze argumentację, Zamawiający wskazuje, że udzielenie zamówienia z wolnej ręki było w pełni uzasadnione i dopuszczalne przepisami. W konsekwencji odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający nie naruszył żadnego z przepisów. Zamawiający przedstawił argumentację i wykazał, że zostały spełnione wszystkie przesłanki warunkujące możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w opisanym powyżej stanie faktycznym. Czynność Zamawiającego, należy zatem uznać za prawidłową i uzasadnioną merytorycznie, a jednocześnie za działanie, które zagwarantowało zabezpieczenie ważnego interesu publicznego. Tym samym nie jest uzasadnione także żądanie nałożenia na Zamawiającego kary finansowej.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Asseco Poland S.A. wniósł o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do kwestionowanej przez Odwołującego skuteczności oświadczeń

Zamawiającego z 25 sierpnia 2023 r. wskazał, że w przypadku odwołań obejmujących czynności zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki KIO bada kwestię zaistnienia lub braku zaistnienia przesłanek określonych w Ustawie dla danego trybu. W szczególności nie ocenia zaistnienia stanu faktycznego, który był przyczyną zastosowania danego trybu. Kwestia orzekania, czy oświadczenia Zamawiającego z 25.08.23 r. są skuteczne należy do wyłącznej kompetencji sądów powszechnych, w wyniku realizacji powództwa o ustalenie.

KIO 2488/18: „Fakt odstąpienia od umowy jest faktem, nie podlega badaniu Izby zasadność odstąpienia od umowy przez Zamawiającego może podlegać ocenie w zupełnie innym postępowaniu, tym samym Izba pominęła wszystkie przedstawione dowody wnioskowane na okoliczność stwierdzenia zasadności bądź braku podstaw do odstąpienia od umowy”, oraz KIO 394/10: Odwołujący - wbrew powtarzanemu w toku postępowania odwoławczego twierdzeniu o niepodważaniu w postępowaniu odwoławczym przed Izbą zasadności czynności częściowego odstąpienia od Umowy i częściowego wypowiedzenia Umowy, w istocie zasadność tych czynności kwestionuje - kwestionując ich podstawy faktyczne. Jednakże powyższe, jak słusznie przyznaje sam Odwołujący i co podziela skład orzekający Izby, winno mieć miejsce w innym postępowaniu i przed innym organem, a do zamknięcia rozprawy w niniejszej sprawie nie nastąpiło.

Zdaniem Asseco należy pominąć w całości wszelką argumentację Odwołania, która dotyczy rozwiązania Umowy ARiMR - DXC, a Odwołanie rozpatrywać wyłącznie w zakresie zaistnienia przesłanek art. 214 ust. 1 pkt 5 Ustawy PZP.

Przystępujący wskazuje, że Odwołujący pominął szereg okoliczności faktycznych, a niektóre aspekty stanu faktycznego przedstawił niezgodnie z rzeczywistością.

Przedstawił chronologię postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. ogłoszenie 30 listopada 2021, /.../ złożenie 3 ofert w dniu 15 czerwca 2022 roku, /.../ wybór w dniu 8.11.2022 r. oferty DXC jako najkorzystniejszej, 25 listopada 2022 roku postanowienie KIO o uchyleniu zakazu zawarcia umowy, 29 listopada 2022 r. zawarcie umowa z DXC.

Przypomniano wyrok z 24 kwietnia 2023 r. KIO 3061/22 dot. wadliwych czynności badania ofert w postępowaniu. W okresie 29 listopada 2022 – 29 kwietnia 2023 trwał 5- miesięczny Okres przejściowy. Zamawiający częściowo zwolnił DXC z obowiązku dochowania SLA (Service Level Agreement) w okresie do 1 lipca 2023 roku.

W dniu 25 sierpnia 2023 roku Zamawiający poinformował Asseco, iż rozwiązał Umowę ARiMR- DXC, zaprosił Asseco do negocjacji umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki a następnie zawarta została umowa (dalej „Umowa ARiMR - Asseco”).

W związku z pilną potrzebą świadczenia usług Umowa ARiMR – Asseco została zawarta w dniu otrzymania zaproszenia do zawarcia umowy. Pilna potrzeba zawarcia umowy wynikała

zarówno z faktu, iż System SIA nie może pozostawać bez aktywnej usługi utrzymania oraz wobec bardzo pilnej konieczności wdrożenia modyfikacji w zakresie:

- a) przeprowadzenia niezbędnych Kontroli Administracyjnych dla ok. 1,2 mln wniosków beneficjentów, realizacji funkcjonalności umożliwiających opublikowanie przez Prezesa ARiMR do dnia 02.10.2023 r. list rankingowych (zgodnie z § 13 ust. 4 rozp. Ministra Rolnictwa i RW z 17 kwietnia 2023 r. w sprawie szczegółowych warunków i szczegółowego trybu przyznania i wypłaty pomocy finansowej w ramach wsparcia inwestycji leśnych lub zadrzewieniowych /.../ w ramach Planu Strategicznego dla Wspólnej Polityki Rolnej na lata 2023-2027 (Dz. U. poz. 737)),
- b) naliczania płatności i generowania zleceń zaliczkowych od 16.10.2023 r. (do dnia 07.11.2023 r. dzięki przedmiotowej modyfikacji systemu informatycznego wypłacone zostało 5 mld zł na konta beneficjentów).

– Wskazać należy, że zawarcie Umowy ARiMR – Asseco było możliwe w dniu 25.08.2023r. dzięki temu, że umowa ta została zawarta na warunkach obowiązujących w Postępowaniu I, tj. wynagrodzenie Asseco jest zgodne z wynagrodzeniem w ofercie złożonej w Postępowaniu I, zaś w samej umowie wprowadzono nieliczne zmiany, wynikające jedynie ze zmiany stanu faktycznego, np. wprowadzenie postanowienia o rozwiązaniu umowy w przypadku ostatecznego i prawomocnego wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego.

Odwolujący, który aktywnie uczestniczył w ustaleniu treści umowy – nie może następczo, w niniejszym postępowaniu, budować zarzutów, których stan faktyczny oparty jest brzmieniu SWZ, który został zarówno przez DXC zaaprobowany, jak i powstał przy aktywnym uczestnictwie DXC. Tymczasem jako tego typu spóźnione zarzuty na brzmienie SWZ należy zakwalifikować zarzuty w zakresie:

- a. Obowiązku wszystkich wad zidentyfikowanych w Okresie Przejściowym;
- b. Obowiązku wykonania modyfikacji systemu SIA, których konieczność wdrożenia wynika z Kampanii 2023;
- c. Obowiązku dochowania SLA niezależnie od liczby wad systemu zidentyfikowanych w Okresie Przejściowym.

Okres przejściowy to instytucja zastrzegana na korzyść nowego wykonawcy, który zapoznaje się z systemem, którego utrzymanie i rozwój ma przejąć od dotychczasowego wykonawcy. W zależności od przyjętego rozwiązania – w Okresie Przejściowym nowy wykonawca w ogóle nie świadczy usług, a jedynie zapoznaje się z systemem, albo też – świadczy usługi, ale np. ma obniżone SLA (terminy usuwania błędów, itp.).

W Agencji RiMR umowy dotyczące dużych systemów informatycznych zawierają Okres Przejściowy; gdy w 2019 roku Asseco przejmowało utrzymanie systemu SIA od DXC – Okres Przejściowy też trwał 5 miesięcy.

W odwołaniu Okres Przejściowy przedstawiono jako rozwiązanie wyjątkowe czy nietypowe: Zamiarem Zamawiającego było zawarcie umowy z nowym wykonawcą (czyli DXC) w taki sposób, aby przez początkowy okres, jednocześnie świadczone były usługi przez dotychczasowego wykonawcę (czyli Asseco).

Dać też należy, że Umowa ARiMR – DXC przewidywała możliwość skrócenia Okresu Przejściowego, z czego jednak DXC nie skorzystało. Brak skrócenia Okresu Przejściowego jest dla Asseco zaskakujący – DXC jest twórcą wielu aplikacji systemu SIA i Odwołujący zna sam system SIA jak i wcześniej świadczył usługi utrzymania i rozwoju systemu SIA.

Wniosek Zamawiającego o uchylenie zakazu zawarcia umowy – pozyskanie przez DXC wiedzy co do nieprzekraczalnych terminów realizacji Modyfikacji. Odwołujący wielokrotnie powołuje się na pismo Zamawiającego z 21.11.2022r. „Wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy”. DXC wybiórczo sposób omawia ten dokument i całkowicie pomija oświadczenia, jakie były następczo podstawą zawarcia umowy ARiMR – DXC.

Jako podstawę wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy Zamawiający wskazał 3 przyczyny, szczegółowo je uzasadniając: Wyczerpanie się budżetu realizowanej w listopadzie 2022 roku umowy z Asseco /.../ Realizacja Modyfikacji wskazanych we wniosku wykracza poza okres obowiązywania umowy z Asseco /.../: Brak wykonania modyfikacji wpłynę na uruchomienie wypłat zaliczek dla uprawnionych oraz może skutkować negatywnymi skutkami finansowymi dla ARiMR /.../.

Podkreślić należy, że DXC znał uzasadnienie wniosku i nigdy nie kwestionował żadnego z twierdzeń zawartych we wniosku. Należy przyjąć, że w listopadzie 2022 r. zgadzał się z treścią.

Obecnie, w odwołaniu krytykuje sam wniosek, jak i jego autora, ARiMR.

DXC jako podstawowy zarzut odwołania podnosi, że do rozwiązania Umowy ARiMR – DXC doszło z winy Zamawiającego, zatem tryb wolnej ręki nie może zostać zastosowany.

Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25.11.2022 roku, KIO/W 38/22 o uchyleniu zakazu zawarcia umowy - zdaniem Asseco elementy, które wg Izby, uzasadniały uchylenie zakazu zawarcia umowy, mają pełne zastosowanie do oceny przesłanek zawarcia przez Zamawiającego przedmiotowego zamówienia z wolnej ręki. Mowa tutaj o tożsamości wykonawcy utrzymującego, certyfikującego i modyfikującego system, uniknięcia przez Zamawiającego opóźnienia w realizacji płatności.

DXC w przypadku Umowy ARiMR - DXC w pełni zgadza się z argumentacją Izby, jednakże te same kwestie kluczowe – pomija przy analizie zawierania umowy z wolnej ręki.

Asseco stanowczo przeczy, jakoby oświadczyło w pismach z 4 listopada 2022r., że „nie jest w stanie zrealizować kluczowych modyfikacji potrzebnych do realizacji Kampanii 2023 przed

zakończeniem umowy tj. do dnia 18 maja 2023 r.” Oświadczenia Asseco dotyczyły konkretnego stanu faktycznego, tj. z jednej strony braku środków w umowie na sfinansowanie realizacji modyfikacji, z drugiej zaś – zaangażowania zespołu Asseco w realizację innych modyfikacji, zleconych wcześniej zgłoszonych przez Zamawiającego w dniu 14.10.2022 r. Asseco wyraźnie wskazało, że zakres Zapotrzebowań na Modyfikacje uniemożliwia przekazanie oprogramowania przed zakończeniem obowiązywania umowy, tj. do 18.05.2023 r. Asseco nigdzie nie wskazywało, że wykonanie modyfikacji zajmie ponad 7 miesięcy.

Asseco realizowało wówczas szereg zleconych wcześniej modyfikacji, zaś przedmiotowe Zapotrzebowania na Modyfikację obejmowały wykonanie znacznej części Kampanii 2023 – a nie tylko modyfikacji w zakresie kontroli niezbędnej do późniejszej wypłaty zaliczek.

Asseco - odpowiadając na zgłoszonych przez Zamawiającego 5 Zapotrzebowań na Modyfikacje, których planowany przez Zamawiającego termin wdrożenia przypadał po okresie zakończenia umowy - nie mógł potwierdzić możliwości ich

wykonania, bo ich terminy realizacji i wdrożeń wykraczały poza termin obowiązywania umowy!

A ponadto umowa nie gwarantowała środków na ich realizację, na podstawie umowy wiążącej Asseco i Zamawiającego w listopadzie 2022 r. nie istniała możliwość wykonania modyfikacji, o które pytał Zamawiający. Aby Asseco mogło zrealizować te Zapotrzebowania na Modyfikacje konieczne byłoby aneksowanie umowy, poprzez zwiększenie jej budżetu i wydłużenie okresu realizacji – na co z kolei Zamawiający nie wyrażał zgody.

Gdyby zespół wykonawczy nie miał żadnych innych zadań i otrzymał zlecenie przygotowania jednej/kilku modyfikacji, to skupiając się tylko na nich, zrealizowałby je w krótszym czasie. Przypomnijmy, że właśnie w takiej sytuacji znalazł się Odwołujący na początku Umowy ARiMR – DXC: nie miał żadnych innych, równoległe prowadzonych prac.

Ten sam powód – brak innych realizowanych prac i skupienie się na zleconych modyfikacjach - pozwoliło Asseco zrealizowanie po zawarciu Umowy ARiMR - Asseco oczekiwanych przez Zamawiającego Modyfikacji pozwalających na przygotowanie ARiMR do wypłaty Zaliczek.

Asseco dwie przedmiotowe modyfikacje, konieczne do wypłaty zaliczek (Kontrola i Zaliczki) wykonał w 1,5 miesiąca, zaś DXC (pomimo iż rozpoczął prace nad nimi jeszcze w Okresie Przejściowym, nie był w stanie wykonać ich w 5 miesięcy (kwiecień – sierpień 2023).

Asseco wskazuje na treść oświadczeń, jaki DXC złożył w Umowie ARiMR – DXC:

Preambuła pkt 1.8: Intencją Stron jest, aby Wykonawca w trakcie Okresu Przejściowego współpracował z wykonawcą, który bezpośrednio przed Wykonawcą zajmował się utrzymaniem Systemu Informatycznego, aby uzyskać niezbędne informacje o Systemie Informatycznym, które będą mu potrzebne do prawidłowego świadczenia Usług określonych w Umowie;

Preambuła pkt 1.9: Intencją Stron jest, aby Wykonawca z chwilą rozpoczęcia świadczenia Usług przejął odpowiedzialność za prawidłowe działanie Systemu Informatycznego i jakość Dokumentacji, niezależnie od faktu, czy poszczególne elementy SI lub Dokumentacji zostały wytworzone przez Wykonawcę, czy przez któregośkolwiek z jego poprzedników;

Preambuła pkt 1.11: Wykonawca zapewnia, że aby osiągnąć cel Umowy podejmie wszelkie niezbędne czynności, a w szczególności te, które zostały wprost wskazane w Umowie. Wykonawca będzie wykonywał Usługi w sposób umożliwiający sprawowanie przez Zamawiającego pełnej kontroli nad świadczeniem Usług oraz nad Systemem Informatycznym;

Pkt 4 „Wymagania dotyczące wykonania Umowy” ppkt 4.1.: Wykonawca zapewnia Zamawiającego, że: dysponuje niezbędną wiedzą, doświadczeniem i profesjonalnymi kwalifikacjami, a także potencjałem ekonomicznym i technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania Umowy, znajduje się w sytuacji finansowej zapewniającej wykonanie Umowy, potwierdzonej złożeniem zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, zapoznał się z aktualną Dokumentacją, kodami źródłowymi, skryptami konfiguracyjnymi Systemu Informatycznego i na ich podstawie jest w stanie świadczyć wszystkie Usługi zgodnie z przewidzianym w Umowie zakresem i SLA.

Tym samym DXC w listopadzie 2022 roku musiało uważać, że posiada już wiedzę, doświadczenie i kwalifikacje oraz potencjał niezbędne do realizacji Umowy oraz, że zapoznało się z Dokumentacją systemu SIA i na jej podstawie jest w stanie świadczyć usługi zgodnie z wymaganiami umowy – w przeciwnym przypadku należałoby uznać, że złożyło oświadczenie nieprawdziwe/fałszywe. Co więcej – DXC zawierając umowę, znało terminy wykonania poszczególnych modyfikacji, gdyż Zamawiający wskazał na te terminy we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy.

DXC wielokrotnie powołuje się na kwestię przekazania w Okresie Przejściowym do Zamawiającego 1174 zgłoszeń nieusuniętych przez Asseco, co w konsekwencji – wg Odwołującego – miało doprowadzić do tego, że DXC nie mogło realizować Umowy.

Asseco zaprzecza temu, że w systemie SIA zaistniało 1174 błędów.

Asseco w okresie gwarancji obsługiwało wszystkie zgłoszone przez Zamawiającego błędy (było ich mniej niż 300). Wszystkie błędy, które podlegały usunięciu w ramach gwarancji, zostały usunięte w terminach określonych dla zgłoszeń gwarancyjnych.

Co istotniejsze – obowiązek usunięcia wszystkich błędów zgłoszonych w Okresie przejściowym, z chwilą zakończenia Okresu przejściowego ciążył na DXC. Obowiązek ten wynika wprost z pkt 6.15 Umowy. To na Odwołującym ciążył obowiązek usunięcia wad zgłoszonych w Okresie Przejściowym; jedyna różnica w stosunku do innych obowiązków umownych, to w tym zakresie DXC nie był zobowiązany dochować terminów SLA.

DXC miało po prostu obowiązek usunąć wszystkie wady systemu, jakie zidentyfikuje w Okresie Przejściowym. Wynika to z samego brzmienia Umowy, jak i z wykładni historycznej, tj. wynikającej z analizy zarzutów podnoszonych w tym zakresie, jak i oświadczeń składanych w toku postępowań odwoławczych na brzmienie SWZ.

Kwestia rzekomych 1174 wad systemu SIA – na koniec Okresu Przejściowego

Odwołujący wielokrotnie powołuje listę wad systemu SIA, jaką dostarczył do Zamawiającego przed zakończeniem Okresu Przejściowego. Stan faktyczny jest taki, że w dniu 27 kwietnia 2022 roku DXC złożyło Zamawiającemu pismo

wraz z 2 załącznikami. W piśmie wskazano: „zgłaszamy Wady oraz braki w Dokumentacji Systemu Informatycznego przejmowanego od dotychczasowego wykonawcy usług”, a dalej odwołano się do załączników:

Szczegółowe informacje odnośnie do Wad wykrytych w przejmowanym Systemie Informatycznym: znajdują się w Załączniku nr 1 do pisma (plik Excel): „Załącznik nr 1 Zidentyfikowane Wady SIA_24.04.2023r.”

Załącznik 1 obejmuje 177 stron i ok. 1600 pozycji ze zgłoszeniami – cały problem w tym, że nie jest to żadna lista Wad systemu SIA, a jest to po prostu zrzut informacji znajdujących się w systemie JIRA. System JIRA to system, w którym dokonywana jest obsługa zgłoszeń, dokonywanych przez osoby uprawnione w toku realizacji umowy.

Młnym jest posługiwanie się przez DXC pojęciem „Wada”, gdyż Załącznik 1 zawiera „zgłoszenia”. Zgłoszenie i Wada to 2 różne pojęcia – np. ta sama wada (błąd) może być zgłoszona do systemu JIRA przez wiele różnych osób. Co więcej Zgłoszenie może mieć różny status – może być rozwiązane, może być niezasadne, itp.

Zatem posłużenie się przez DXC tak dużą wartością – liczbą 1174 rzekomych Wad (choć są to Zgłoszenia) miało na celu jedynie „stworzenie wrażenia”, miało dać Izbie przeświadczenie, że przejmowany system był pełen wad. Co więcej – DXC doskonale zdawał sobie sprawę z manipulacji, jakiej się dopuszcza – świadomie i celowo podając Zgłoszenia z systemu JIRA, jako Wady systemu. Istotne jest też, że DXC wskazuje na 1174 „Wady”, zaś załącznik ma ok. 1600 pozycji – zatem nie wiadomo, co z załącznika jest wg DXC jest „wadą” a co nie jest. Przedstawiono schemat obsługi Zgłoszeń wprowadzonych do systemu JIRA ARIMR o różnym statusie.

Jedynie zgłoszenia, za realizację których odpowiadało Asseco, to zgłoszenia ze statusem „realizowane” i „ponownie otwarte”. Zgłoszeń takich, które w dniu 27.04.2023r. były przypisane Asseco, jest 621. Zatem System SIA wcale nie miał 1174 wad – a jedynie w systemie JIRA zarejestrowanych było 1174 (lub ok. 1600) Zgłoszeń. DXC dopuściło się manipulacji i starało się wywieść z tego wnioski, że liczba „wad” uniemożliwiła wykonanie umowy przez DXC.

DXC wielokrotnie podnosi, że skoro nie wyraziło zgody na skrócenie Okresu Przejściowego i trwał on do 29.04.2023r., to nie jest możliwe, aby w okresie 30 kwietnia – 25 sierpnia 2023 r.

mogła wykonać modyfikacje umożliwiające wypłatę zaliczek w październiku 2023 roku (nota bene – Asseco wykonało te 2 modyfikacje w 1,5 miesiąca). DXC twierdzi bowiem, że realizację prac nad modyfikacjami rozpoczął po zakończeniu Okresu Przejściowego.

Jednak w trakcie Okresu Przejściowego były prowadzone przez DXC i ARiMR prace analityczne nad wymaganiami biznesowymi przekazanymi przez ARiMR. W tym czasie odbyło się ponad 30 spotkań analitycznych i m.in. został na roboczo uzgodniony SOW, a aktualnie w opiniowaniu jest robocza wersja AOM dla 3 etapu obsługi wniosku o przyznanie płatności.

DXC od początku Okresu Przejściowego rozpoczął prace nad modyfikacjami, w tym nad modyfikacją obejmującą wniosek o przyznanie płatności. Tym samym – nie było w ogóle potrzebne skrócenie Okresu Przejściowego, aby DXC rozpoczął prace nad modyfikacjami. Zatem wszystkie wywody o tym, że dochowanie terminów modyfikacji było możliwe tylko w przypadku skrócenia Okresu Przejściowego są niezasadne.

Ad. Stanowisko odwołującego w zakresie przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 5 PZP

Udzielenie zamówienia z wolnej ręki może nastąpić wyłącznie w zakresie niezbędnym i koniecznym. Argumentacja Odwołującego prowadzona jest z pominięciem stanu faktycznego sprawy. Zamawiający udzielił Asseco zamówienia właśnie wyłącznie w zakresie niezbędnym i koniecznym – tj. do czasu zawarcia umowy z wykonawcą wybranym w trybie konkurencyjnym. Wynika to wprost z treści pkt 14.5 Umowy ARiMR Asseco. Reasumując – Odwołujący nie wykazał, aby zamówienie z wolnej ręki obejmowało zakres szerszy niż „niezbędny i konieczny”.

Zupełnie niezrozumiałe są twierdzenia Odwołującego, że Zamawiający już w listopadzie 2022 roku przewidywał opóźnienie w realizacji umowy. Zamawiający nie zawierałby umowy o świadczenie niemożliwe, ale w listopadzie 2022 r. unieważniłby całe postępowanie.

Po drugie – gdyby opóźnienie w realizacji umowy było oczywiste, to samo DXC nie zawarłoby Umowy ARiMR – DXC, bo byłoby to z jego strony działanie nieracjonalne. Stan faktyczny w listopadzie 2022 roku był dokładnie przeciwny – DXC złożył oświadczenie, iż: dysponuje niezbędną wiedzą, doświadczeniem i profesjonalnymi kwalifikacjami, a także potencjałem ekonomicznym i technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania Umowy. Gdyby obecne twierdzenia odwołania przyjąć za prawdziwe, to oznaczałoby że DXC w listopadzie 2022 roku złożyło nieprawdziwe oświadczenia.

Dochowanie terminów, na konieczność dochowania których wskazywał Zamawiający w listopadzie 2022 roku we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, było możliwe zarówno w listopadzie 2022 roku, jak i w sierpniu 2023 r. Asseco tych terminów dochowało. A zatem prawdą jest – jak wskazuje DXC: „Zamawiający był świadomy czasu niezbędnego do zrealizowania usług objętych Umową”. Zamawiający wiedział, że jest możliwe dochowanie terminów, na które wskazywał od początku. A jedynie DXC nie gwarantowało w

sierpniu 2023 roku dochowania tych terminów. Co więcej – z treści odwołania wynika, że DXC uważa, że dochowanie tych terminów było zarówno niemożliwe, jak i wręcz zupełnie niepotrzebne. Te twierdzenia Odwołującego jedynie potwierdzają słuszność decyzji Zamawiającego i udzielenie przedmiotowego zamówienia z wolnej ręki.

Odwołujący wskazuje też, że „konieczność wprowadzenia modyfikacji do systemu informatycznego w związku ze

zmianami prawa – na co powołuje się Zamawiający - nie jest okolicznością wyjątkową i nieprzewidywalną”. Odwołujący nie przedstawia w tym zakresie żadnej argumentacji, a jedynie cytuje wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 21 stycznia 2015 r., I ACa 1201/14. W sprawie tej rzeczywiście Prezes UZP wniósł powództwo o stwierdzenie nieważności umowy z wolnej ręki zawartej przez Zamawiającego. Jednak Sąd I instancji, jak i Sąd Apelacyjny nie uznały, aby umowa podlegała unieważnieniu. Sądy obu instancji uznały, że Zamawiający, właśnie ze względu na konieczność dochowania terminu dopłat dla rolników, był uprawniony do zastosowania procedury zamówienia z wolnej ręki: Sąd Okręgowy słusznie zatem na podstawie analizy opinii biegłego doszedł do wniosku, że zachodzą przesłanki przewidziane w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a pzp, a Sąd Apelacyjny stanowisko to podziela. Obiektywna ocena okoliczności faktycznych uzasadniających potrzebę zawarcia umowy o wprowadzenie modyfikacji do systemu informatycznego przemawia za wnioskiem, że jedynym wykonawcą, mogącym zminimalizować opóźnienia w ich wdrożeniu i wykonać zamówienie w sposób nienaruszający ciągłości udzielania przez zamawiającego dopłat do kredytów był (...) S.A. Pierwsze dopłaty za czerwiec 2009 r. miały być wypłacone w lipcu 2009r., co miało miejsce dzięki modyfikacji wdrożonej w dniu 10 lipca 2009 r., a do października 2009 r. zostały wypłacone pozostałe. /.../ Celem przedmiotowego zamówienia było zachowanie ciągłości systemu dopłat, co wymagało niezwłocznego dostosowania go do zmienionych przepisów prawa. Nieosiągnięcie tego celu godziłoby w interesy rolników i przedsiębiorców rolnych korzystających z pomocy Państwa w spłacaniu kredytów, a więc było sprzeczne również z interesem publicznym.

Nie zostało dowiedzione, aby pozwana ARiMR mogła przewidzieć tego typu zmiany legislacyjnej w czasie, który umożliwiłby jej przeprowadzenie postępowania przetargowego i w jego wyniku zawarcie umowy, której realizacja zapewniłaby ciągłość funkcjonowania systemu /.../. Odwołujący stara się wykazać w odwołaniu, że rozwiązanie umowy było skutkiem okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, a nie DXC. Tego typu argumentacja nie ma żadnego znaczenia dla rozpoznania zarzutu naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 5 PZP. Aby ocenić zasadność argumentacji Odwołującego Krajowa Izba Odwoławcza musiałaby de facto badać zasadność odstąpienia od umowy przez Zamawiającego. Tymczasem organem do tego powołanym jest wyłącznie Sąd Powszechny – jeśli w ogóle DXC zdecyduje się na wniesienie stosownego powództwa.

Podkreślić należy, że czynność odstąpienia od umowy jest faktem i nie podlega ocenie Izby w niniejszym postępowaniu. Co więcej – późniejsze odstąpienie od Umowy ARiMR – DXC przez Odwołującego tylko wzmacnia powyższą argumentację.

Sam Odwołujący wskazuje: Kwestia bezprawnego rozwiązania Umowy przez

Zamawiającego nie jest natomiast i nie może być przedmiotem rozstrzygnięcia KIO. A jednocześnie stara się wykazać, że rozwiązanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Kwestia tak prowadzonej argumentacji była już przedmiotem orzekania KIO, która w wyroku z KIO 394/19 wskazała: Odwołujący wielokrotnie podkreślał, iż wniesionym odwołaniem nie zostały objęte czynności częściowego odstąpienia od Umowy oraz częściowego wypowiedzenia Umowy. W ocenie Odwołującego w zakresie kompetencji Izby nie leży badanie skuteczności czy zasadności oświadczeń o odstąpieniu od umowy jak i oświadczeń o wypowiedzeniu umowy. Stanowisko to było również reprezentowane przez stronę przeciwną, a także było wyrażane w orzecznictwie. Jak wskazała Izba w wyroku KIO 2488/18 "odstąpienie od umowy jest faktem, nie podlega badaniu Izby zasadność odstąpienia od umowy przez Zamawiającego może podlegać ocenie w zupełnie innym postępowaniu".

Wobec powyższego – nie mają znaczenia dla rozpoznania odwołania wskazywane przez Odwołującego „przykładowe uchybienia po stronie Zamawiającego w realizacji Umowy”.

Należy ponownie wskazać iż zgodnie z brzmieniem pkt 6.14 i 6.15 Umowy ARiMR – DXC (co wykazano powyżej), to Odwołujący był zobowiązany usunąć po zakończeniu Okresu Przejściowego wszystkie wady systemu SIA. DXC jest świadome tego obowiązku, a mimo to prowadzi argumentację odwołania całkowicie contra legem.

Odnosnie twierdzenie, że w wyniku nieusunięcia tych rzekomych 1174 wad „system nie pracował właściwie” – Asseco pragnie jedynie stwierdzić, że system SIA w okresie realizacji Umowy ARiMR – Asseco działa prawidłowo, realizując wszystkie swoje funkcje, w tym – realizując wypłaty zaliczek w październiku 2023 roku. Być może System SIA nie działał prawidłowo w okresie realizacji Umowy ARiMR – DXC – ale odpowiedzialność za takie nieprawidłowe działanie w całości leży po stronie DXC.

Zamawiający nie mógł przewidzieć wystąpienie sytuacji, w której dokonał zamówienia z wolnej ręki. Odwołujący argumentację w tym zakresie rozpoczął od zdania: „Rozwiązanie umowy nie jest okolicznością, której nie można przewidzieć.”

Przystępujący wskazuje, że stanowisko odwołującego „Rozwiązanie umowy nie jest okolicznością, której nie można przewidzieć.” nie znajduje uzasadnienia w orzecznictwie. Zamawiający miał pełne prawo zakładać, że także DXC wykona modyfikacje w terminie.

Jeśli by uznać za prawidłową tę argumentację (czemu Przystępujący przeczy), to wskazać należy, że argumentację podaną przez Zamawiającego we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy należałoby uznać za nieprawdziwą i wprowadzającą w błąd. Zatem

Postanowienie uchylające zakaz zawarcia umowy obarczone by było wadą, a cała Umowa ARiMR – DXC od samego początku nieważna.

DXC nie może obecnie przedstawiać argumentacji odmiennej od wcześniejszej, na podstawie której w ogóle została z DXC zawarta umowa. Izba w postanowieniu KIO/W 38/22 wskazała: Zamawiający wykazał, że brak zawarcia umowy na

tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, skutkować może brakiem realnej możliwości uniknięcia przez Zamawiającego opóźnienia w realizacji płatności, /.../. Niezależnie od powyższego wypłata zaliczek w w październiku każdego roku, to praktyka Państwa Polskiego od 2016 roku Odwołujący zdaje się oczekiwać, że wyłącznie z powodu tego, że nie był w stanie wykonać modyfikacji Państwo Polskie zmieni swoją dotychczasową praktykę, a tysiące rolników nie otrzyma zaliczek, których wypłata została już zapowiedziana.

DXC miało świadomość terminów realizacji i ich skutków dla polityki Państwa – Zamawiający we wniosku o uchylene zakazu zawarcia umowy wskazał: W wyniku opóźnień w dostosowaniu SIA, skutkującymi brakiem możliwości wypłaty zaliczek, Rolnicy utraciliby zdolność finansową do regulowania bieżących zobowiązań.

Wobec powyższego zawarcie umowy z Asseco celem utrzymania ciągłości świadczenia usług utrzymania Systemu SIA oraz dostarczenia modyfikacji niezbędnych do wypłat zaliczek nie nosiło cech nadużycia trybu, zachodziła konieczność natychmiastowego wykonania usług.

DXC nie wykazało, jaki inny tryb miał zostać zastosowany przez Zamawiającego, który gwarantowałby wypłatę zaliczek w październiku 2023 roku. Zaproponowało jedynie – brak takich wypłat, i to nie tylko w październiku 2023 roku, ale nawet w ogóle brak wypłat w 2023 roku. Dla DXC ważniejszy jest bowiem jego własny interes, niż interes ponad miliona beneficjentów, otrzymujących przedmiotowe zaliczki.

Ad - Zamawiający mógł zachować terminy określone dla innych trybów udzielenia zamówienia publicznego. DXC nie wskazało kiedy i w jakim trybie Zamawiający powinien wszcząć postępowanie, aby dochowany był termin realizacji modyfikacji (październik 2023r.) i nie wykazało możliwości dochowania terminów w innych trybach. Pierwszym dniem, w którym Zamawiający mógł wszcząć postępowanie dotyczące wykonania modyfikacji był 25 sierpnia 2023 r. Odwołujący sam wskazuje, że najkrótszy termin składania ofert to 15 dni, a zatem złożenie ofert mogłoby najwcześniej mieć miejsce 11 września 2023 r. Najwcześniejszy termin zawarcia umowy na modyfikację to 6 października 2023 r. Tymczasem wypłata dopłat na podstawie tej modyfikacji musiała się dokonać do 16 października 2023 roku. Jest zatem oczywiste, że nie można było dochować trybu wskazanego przez DXC.

Odwołujący wskazuje także, że Zamawiający w listopadzie 2022 roku mógł przewidzieć, że nie da się dochować terminów wykonania modyfikacji i wtedy rozpiąć przetarg, np. w celu

zawarcia umowy ramowej. Problem w tym, że w listopadzie 2022 roku Zamawiający zawarł umowę z DXC, zaś DXC złożyło oświadczenia, że jest w stanie dochować terminów realizacji modyfikacji – które to terminy były podstawą uchylenia zakazu zawarcia umowy. DXC nie wyjaśnia, jaki byłby cel zawierania umowy ramowej – skoro zawarto umowę z DXC.

Istotną kwestią jest tożsamość wykonawcy, który będzie świadczył wszystkie usługi dla systemu SIA, tj. usługi utrzymania, certyfikacji i modyfikacji. Kwestia ta była już badana i KIO uznała, że zachowanie tożsamości jest kluczowe dla realizacji umowy, dla dochowania bardzo krótkich terminów modyfikacji systemu SIA. (Postanowienie KIO/W 38/22).

Obecnie Odwołujący próbuje zakwestionować kwestię tożsamości wykonawcy i próbuje wywodzić, że zakres usług mógł zostać podzielony – np. niektóre modyfikacje mógł wykonywać inny wykonawca niż DXC. Odwołujący „zapomina” o tym, że tylko dzięki powyżej omówionej tożsamości wykonawcy w ogóle zawarł Umowę ARiMR – DXC.

Cała zatem argumentacja DXC pozostaje w sprzeczności ze stanem faktycznym z listopada 2022 roku, któremu wówczas DXC nie przeczył, a wręcz wykorzystał ten stan i zawarł Umowę ARiMR – DXC. Tym stanem faktycznym jest konieczność tożsamości wykonawcy świadczącego usługi i niemożność zlecenia poszczególnych modyfikacji innemu wykonawcy. Odwołujący podnosi, że na podstawie Umowie ARiMR – Asseco strony mają dowolną możliwość wydłużenia terminu obowiązywania umowy lub zmiany jej zakresu.

Jest to twierdzenie sprzeczne z treścią pkt 19.2. Umowy.

Zarzut z art. 16 ust. 1 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp jest pochodną zarzutu naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 5 PZP; Zamawiający spełnił łącznie wszystkie przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki – także przedmiotowy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez zamawiającego, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego na nie, pismem procesowym przystępującego, jak też po wysłuchaniu oświadczeń stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Odwołujący DXC Technology Polska sp. z o.o. z/s w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na udzieleniu wykonawcy Asseco Poland S.A.

zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, gdy nie zostały spełnione ustawowe przesłanki do udzielenia zamówienia w tym trybie.

Zarzucił kluczowy postawiony zamawiającemu to naruszenie Art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp przez nieprawidłowe

zastosowanie trybu, a zatem w sposób sprzeczny z ustawą Pzp.

Ponadto wskazał, że udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki nastąpiło wykraczając poza niezbędny i konieczny zakres takiego zamówienia, która to przesłanka wynika z orzecznictwa krajowego i unijnego.

W konsekwencji powyższego zarzutu odwołujący wskazał na art. 16 ust. 1 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy pzp zarzucając naruszenie przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami.

Stosownie do powyższego, mając na względzie przepis art. 555 ustawy pzp, Izba rozpatruje sprawę w zakresie przywołanych zarzutów. Stwierdzenie to jest o tyle zasadne, iż odwołanie oparte jest na stanie faktycznym, w którym zaskarżona czynność zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki została poprzedzona czynnością zamawiającego w postaci odstąpienia przez niego od umowy na tożsamy rzeczowo zakres usług, zawartej z odwołującym („umowa nr 83”). Tym niemniej okoliczności realizacji tej umowy jako mogące pozostawać w związku przyczynowym z oceną zaistnienia przesłanek zastosowania art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, są znaczące, czego strony nie negują.

Zawierając dnia 25 sierpnia 2023 r. umowę z przystępującym zamawiający wskazał art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp jako podstawę prawną udzielonego zamówienia z wolnej ręki. Przepis stanowi, iż zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: „5) ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia;” Ponadto odwołujący przywołał art. 32.2.c dyrektywy zamówieniowej 2014/24/UE wskazując, że procedurę negocjacyjną bez uprzedniej publikacji można stosować do zamówień w każdym z następujących przypadków: c) w zakresie, w jakim jest to absolutnie niezbędne, jeżeli – ze względu na wystąpienie wyjątkowo pilnej konieczności spowodowanej wydarzeniami, których instytucja zamawiająca nie mogła przewidzieć – terminy przewidziane dla procedury otwartej lub procedury ograniczonej lub procedury konkurencyjnej z negocjacjami nie mogą być dotrzymane. Okoliczności przywoływane w celu uzasadnienia wyjątkowo pilnej konieczności nie mogą być w żadnym wypadku przypisane instytucji zamawiającej. Jak wynika zatem z przepisów udzielenie zamówienia z wolnej ręki na tej podstawie wymaga łącznego spełnienia pięciu przesłanek: 1) wystąpiła wyjątkowa sytuacja; 2) sytuacja ta nie wynika z przyczyn

leżących po stronie zamawiającego; 3) zamawiający nie mógł przewidzieć wystąpienia takiej wyjątkowej sytuacji; 4) wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia; 5) nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Wykazanie zajścia przesłanek spoczywa na zamawiającym, który wywodzi z tego skutki prawne.

W ocenie składu orzekającego dokonanej w wyniku szczegółowej analizy stanu faktycznego przedstawionego przez strony i uczestnika, okoliczności sprawy pozwalają na stwierdzenie, że zamawiający wykazał zajście wymaganych prawem przesłanek do zawarcia kwestionowanej umowy dnia 25 sierpnia 2023 r.

Niewątpliwie istotnym zdarzeniem był fakt rozwiązania z Odwołującym wcześniejszej umowy o zamówienie publiczne z wykonawcą - odwołującym.

Zamawiający udzielił wykonawcy Asseco Poland S.A. zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. Zamawiający wypowiedział odwołującemu umowę nr 83 oraz odstąpił od zamówień udzielonych w oparciu o tę Umowę nr 83, będących w trakcie realizacji, wskazując na konieczność zapewnienia ciągłości świadczenia usług utrzymania i rozwoju Systemu Informatycznego Agencji („SIA”), na który składa się szereg aplikacji, w tym system służący do obsługi procesu rozpatrywania wniosków o przyznanie płatności dla producentów rolnych, czyli IACSplus. W toku realizacji tej umowy, zawartej dnia 23 grudnia 2022 r. po przeprowadzeniu postępowania w trybie konkurencyjnym („Zakup usługi utrzymania i rozwoju aplikacji ZSZIK, IACS plus, GIS, SIZ, PZSiP plus, PA, eWniosekplus, eWoP oraz IRZplus”) zamawiający pomimo wcześniejszej pozytywnej weryfikacji doświadczenia i zasobów odwołującego, stwierdził, że odwołujący tak dalece nienależycie realizował Umowę, że zaistniało wysokie ryzyko braku możliwości wykonywania zadań Zamawiającego. Zamawiający rozwiązał Umowę nr 83 w całości ze skutkiem natychmiastowym z uwagi na wystąpienie: (i) ważnych powodów, o których mowa w art. 746 § 1 w zw. z art. 750 kc, za których wystąpienie odpowiedzialność ponosi DXC oraz (ii) istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, o której mowa w art. 456 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp za wystąpienie, której odpowiedzialność ponosi wykonawca. Jak wskazał zamawiający, a okoliczności te nie zostały skutecznie zaprzeczone, ważnymi powodami, będącymi podstawą rozwiązania Umowy nr 83, były w szczególności:

„- nieterminowe i nieefektywne usuwanie błędów przez DXC w systemie SIA, które nie odpowiadało warunkom określonym w Umowie nr 83 (w pkt 5.6.1. w zw. z pkt 2.2. Załącznika nr 11 do Umowy nr 83, pkt 4.2. Umowy nr 83) jak również standardowi z art. 355 § 2 KC, co wprost przekładało się na utrudnianie prowadzenia działalności statutowej w zakresie m.in. braku możliwości komunikowania się przez beneficjentów z Zamawiającym przy wykonywaniu obowiązków beneficjentów obarczonych karami, przekazywania przez

Zamawiającego nieaktualnych danych zawartych w SIA do Głównego Urzędu Statystycznego.

- zaniechanie składania lub nieterminowe reakcje ze strony DXC na składane przez Zamawiającego Zapotrzebowania na Modyfikacje [tzw. ZnM], przez składanie Szczegółowego Opisu Wymagań (dalej: „SOW”) przez DXC (niezgodnie z pkt 2.4. Załącznika nr 4a do Umowy nr 83), a następnie obstrukcyjne ich procedowanie

przez DXC, co skutkowało niewywiązywaniem się przez DXC ze zobowiązania w zakresie poprawy jakości i efektywności funkcjonowania SIA (pkt 5.1.1. Umowy nr 83: „W okresie obowiązywania Umowy Wykonawca będzie świadczył Usługi w celu poprawy jakości, efektywności i niezawodności funkcjonowania Systemu Informatycznego. W wyniku świadczonych przez Wykonawcę Usług System Informatyczny powinien nadążać za wszystkimi potrzebami biznesowymi oraz organizacyjnymi Zamawiającego, za zmieniającym się prawem stanowiącym przez polskiego oraz unijnego prawodawcę, jak również za rozwojem technologicznym systemów podobnej klasy na świecie”) oraz nienadążaniem z terminową implementacją niezwykle ważnych modyfikacji systemu, mających na celu realizację potrzeb związanych z obowiązkami płatniczymi Zamawiającego (punkt 5 Umowy w zw. z Załącznikiem Nr 4, nr 4a do Umowy nr 83), co stanowiło bardzo poważne zagrożenie możliwości wykonywania podstawowych zadań statutowych Zamawiającego. Powyższe powodowało brak aktualizowania przez DXC SIA do aktualnych i przyszłych potrzeb biznesowych Zamawiającego, czyli niewywiązywanie się z podstawowego obowiązku Umowy 83;

- przygotowywanie przez DXC dokumentacji SOW i Analitycznego Opisu Modyfikacji (dalej: „AOM”) oraz rozwiązań informatycznych, które były w przeważającej większości obciążone wadami istotnymi oraz ogólną rażąco niską jakością. Jedynie jako przykład nienależytej realizacji Umowy nr 83 w tym zakresie Zamawiający wskazuje, że do Analitycznego Opisu Modyfikacji dla Propozycji 002, zgłoszonych zostało aż 157 uwag, co więcej, DXC dwukrotnie przekazało do opiniowania materiał w postaci uniemożliwiającej pełną weryfikację.
- brak realizacji przez DXC umownych obowiązków informacyjnych określonych w Umowie nr 83 (m.in. w punkcie 5.5.9.), co przekładało się na ograniczenie możliwości Zamawiającego wykonywania bieżącej analizy realizacji Umowy przez DXC na poziomie oczekiwanym przez Zamawiającego oraz konieczności prowadzenia przez Zamawiającego dodatkowych analiz;
- spowodowanie przez DXC wystąpienia incydentu bezpieczeństwa w rozumieniu § 2 ust. 1 pkt 4) – 6) Regulaminu Zarządzania Incydentami (Załącznik nr 8 do Polityki bezpieczeństwa informacji w ARiMR stanowiącej załącznik do Zarządzenia Prezesa ARiMR nr 78/2019 z dnia 3 czerwca 2019 r. w sprawie wprowadzenia Polityki bezpieczeństwa informacji w Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z późn. zm.) przez umożliwienie automatycznego

logowania użytkowników aplikacji IACSplus na profil użytkownika technicznego, co narażało ARiMR na możliwość wprowadzania nieautoryzowanych zmian do SIA bez możliwości identyfikacji użytkownika;

- utrata przez Zamawiającego zaufania do DXC (samej organizacji oraz jej personelu), jako podmiotu zdolnego i kompetentnego „na poziomie najwyższej profesjonalnej staranności właściwej dla czołowych przedsiębiorców w branży IT” (pkt 4.2. Umowy) – do należytego i terminowego wykonywania Umowy. /.../”.

Wskazane przykłady uzasadniają tezę, że DXC nie dawało gwarancji należytego wykonania Umowy w istotnych terminach znanych wykonawcy i komunikowanych w trakcie realizacji, w przedstawianych harmonogramach. Znaczenie i waga terminów była dla stron oczywista. DXC znało kalendarze wypłat środków z różnych funduszy, a mimo to proponowało (pierwszy raz już w maju 2023 r.) harmonogram prac uniemożliwiający składanie wniosków przez beneficjentów i wypłaty środków w terminach. Znacząco negatywny był także fakt, że testy przekazywanych przez wykonawcę Propozycji kończyły się wynikiem negatywnym i były obciążone z licznymi błędami w istocie ukrywając braki. W efekcie zamawiający utracił zaufania do DXC jako podmiotu zdolnego i kompetentnego. Ponadto Zamawiający wielokrotnie zidentyfikował przypadki przesyłania przez DXC dokumentacji niekompletnej, przesyłanej tylko w celu formalnego zachowania umownych terminów jej przekazania, podczas gdy z powodu niskiej jakości, dokumentacja ta z punktu widzenia Zamawiającego była nieprzydatna.

Okoliczności faktyczne przedstawione zostały obszernie przez zamawiającego jako przesłanki odstąpienia od umowy, w tym na podstawie art. 456 ust. 1 pkt 1) ustawy pzp, tj. istotna zmiana okoliczności powodująca, że wykonanie Umowy nr 83 nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili jej zawarcia. Przedmiotową zmianę okoliczności stanowił fakt, że DXC nie było w stanie należycie realizować Umowy nr 83, z uwagi na przedłużający się stan nienależytej i nieterminowej realizacji obowiązków DXC. Niezdolność do realizacji Umowy nr 83 uniemożliwiła Zamawiającemu realizację płatności, a konkretnie obsłużenie wypłat dla ponad 1,2 mln beneficjentów na kwotę około 21 mld PLN. Zamawiający opisał też szczegółowo czynności na rzecz wspólnego rozwiązywania bieżących problemów także w zakresie wykraczającym z jego strony poza obowiązki umowy; jednym z przykładów daleko posuniętej woli współpracy i wsparcia dla wykonawcy był fakt, iż w trakcie realizacji Umowy zamawiający wielokrotnie na wniosek DXC zawieszał SLA (Service Level Agreement – czyli wymagane umową parametry świadczonych usług), co miało umożliwić DXC skierowanie większej liczby personelu DXC do pracy nad modyfikacjami. Zamawiający przypomniał też, że oczekiwanie usunięcia błędów przez Asseco, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie zwalniało go z obowiązku realizacji usług.

Zamawiający podczas całego okresu realizacji Umowy podejmował także inne działania, mające na celu wsparcie DXC w wykonaniu Umowy nr 83.

Opisane okoliczności, które doprowadziły do rozwiązania umowy pozwalają na stwierdzenie, że w tym stanie faktycznym ze względu na wyjątkową sytuację tryb z wolnej ręki był to jedyny tryb, w jakim można było zapewnić ciągłość utrzymania systemu SIA, a także ciągłość świadczenia usług rozwoju umożliwiających wypłatę środków beneficjentom.

Odnosząc fakty do przesłanek zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, należy stwierdzić:

- Wystąpiła wyjątkowa sytuacja. Sytuacją tą był narastający brak realizacji obowiązków umownych przez wykonawcę, co

zmusiło Zamawiającego do poszukiwania rzetelnego wykonawcy wobec rozwiązania Umowy nr 83 oraz odstąpienia od Zleceń będących w toku, których DXC nie było w stanie zrealizować w terminie. Wyjątkowa sytuacja, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp to nie wyłącznie zdarzeniem o charakterze klęski żywiołowej czy innych przejawów działania siły wyższej. Wyjątkowość sytuacji należy oceniać uwzględniając jej okoliczności. W omawianym przypadku, w ocenie Izby, że sytuacja miała charakter wyjątkowym ponieważ zamawiający zobowiązany do realizacji zadań nie miał podstaw sądzić, że wybrany profesjonalny wykonawca tak dalece nienależycie będzie wykonywać zadania, że niemożliwe stanie się kontynuowanie prac w obowiązujących terminach. Niespodziewane istotne i narastające uchybienia po stronie stanowią sytuację nadzwyczajną. Z wieloletniego doświadczenia zamawiającego sytuacja okazała się nieprzewidywalna i negatywnie precedensowa.

W kolejności stwierdzić należy, że okoliczności stanowiące podstawę udzielenia zamówienia z wolnej ręki nie wynikały z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Mimo współpracy z Wykonawcą DXC, czego przejawem były kolejne ustępstwa, zgoda na niższy standard obsługi oraz wyższe niż zakładane, zaangażowanie własnych zasobów ARiMR do realizacji zamówienia przy współpracy z DXC, nie odniosły oczekiwanych rezultatów. Zarzuty odwołującego co do uchybień po stronie zamawiającego są w ustalonym stanie rzeczy niezasadne, w szczególności nie istniała jakakolwiek kontraktowa podstawa do tego, by wykonawca DXC mógł być uzależnić świadczenie usług od realizacji przez Zamawiającego uprawnień gwarancyjnych w stosunku do poprzedniego wykonawcy. Okoliczności, które doprowadziły zamawiającego do podjęcia decyzji w sprawie rozwiązania Umowy nr 83, były niezależne od zamawiającego, gdyż jak wynika z powyższego opisu, były skutkiem zdarzeń i zachowań wykonawcy odwołującego.

Co do kolejnej przesłanki, Izba podziela stanowisko, iż zamawiający nie mógł wcześniej przewidzieć wystąpienia okoliczności uzasadniających udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Jest oczywiste, że umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się z zamiarem jej zrealizowania, a jej zawarcie poprzedzone było weryfikacją zdolności wykonawcy do tej

realizacji. Naturalne jest przy tym, że problemy realizacyjne różnej skali mogą wystąpić i często w praktyce występują, zwłaszcza w tak skomplikowanych projektach, jak przedmiot zamówienia. Natomiast tym, czego Zamawiający nie mógł jednak przewidzieć mimo wieloletniego realizowania swoich zadań w analogicznych okolicznościach, była skala zaniedbań, obstrukcji i niezdolności do wykonania zamówienia przez wykonawcę, która narastała i gdyby Zamawiający nie podjął radykalnej decyzji o konieczności zmiany wykonawcy po uprzednim rozwiązaniu nienależycie wykonywanej umowy – doprowadziłaby do pozbawienia ARiMR zdolności do realizacji celów i zadań publicznych Agencji. Narastająca skala zaniedbań i zaległości zagrażająca uchybieniem terminów realizacji doprowadziła do sytuacji, którą potocznie określić by można przebraniem miarki. W konsekwencji stało się jasne, że wymagane było natychmiastowe wykonanie zamówienia. Zamawiający podjął decyzję w momencie, w którym stało się oczywiste, że DXC nie będzie w stanie zrealizować swoich zadań, czego skutkiem będzie m.in. brak możliwości wypłat od dnia 16 października 2023 r. Istotnie, wcześniejsza decyzja w tym przedmiocie mogłaby zostać zakwestionowana przez Odwołującego, który mógłby twierdzić, że pomimo przejściowych problemów, będzie jednak w stanie wykonać niezbędne modyfikacje, usuwać na bieżąco błędy systemu i świadczyć pozostałe usługi objęte umową. W związku z powyższym, chcąc doprowadzić do przejęcia utrzymania i rozwoju przez inny podmiot oraz chcąc zapewnić, by podmiot ten wykonał modyfikacje, do wykonania których nie był zdolny Wykonawca DXC, Zamawiający zmuszony był do udzielenia zamówienia natychmiast mając na względzie także interes setek tysięcy beneficjentów zasadnie oczekujących realizacji należnych im świadczeń.

Co do oceny, czy było możliwe dochowanie terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia w szczególności trybów konkurencyjnych, zasadne jest posłużenie się praktyką zamawiającego, który wykazał, że przeciętny czas trwania postępowania konkurencyjnego na świadczenie usług utrzymania i rozwoju SIA, to około 1 roku. Wynika to zarówno ze skali oraz złożoności zamówienia, jak i z ponadprzeciętnego zaangażowania wykonawców w postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zainteresowanych uzyskaniem zamówienia o znaczącej skali i opłacalności. Naturalne jest w tych okolicznościach, że potencjalni wykonawcy ze szczególną aktywnością konkurują ze sobą również przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej, co przewidywalnie i oczywiście przedłuża czas postępowania.

Uznaje się także za wykazane przez zamawiającego, że pełen zakres umowy zawartej z z wolnej ręki był niezbędny i nie było możliwe wyodrębnienie konkretnych świadczeń, które mogłyby być przedmiotem umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym. Praktycznie nie jest faktycznie możliwa i realna sytuacja, w której aplikacje lub usługi byłyby świadczone równoległe przez różnych wykonawców. Część

procesów toczy się jednocześnie, nie da się także podzielić na części np. kampanii. Prace są często prowadzone równoległe, gdyby na przykład każdy z modułów był realizowany przez inny podmiot, to nie byłaby możliwa równoczesna praca. Zasadność przyjęcia tożsamości wykonawcy dla całości zadania została w istocie rozstrzygnięta przed udzieleniem zamówienia odwołującemu w ubiegłym roku. Zamawiający ogłaszając postępowanie, którego wynikiem było zawarcie Umowy nr 83, nie podzielił zamówienia na części uzasadniając swoją decyzję tym, że „wprowadzenie podziału zamówienia na części spowodowałoby nadmierne trudności techniczne przy realizacji umowy i w efekcie mogłoby stanowić zagrożenie dla zachowania ciągłości realizacji głównego procesu biznesowego tj. obsługi wniosku o przyznanie płatności w ramach systemów wsparcia bezpośredniego w kampanii 2023 oraz kolejnych”. Zamawiający wskazał także, że „w przypadku realizacji przedmiotu zamówienia w podziale na części, realnym problemem staje się rozproszenie odpowiedzialności za jakość systemu informatycznego oraz należyta staranność usług, a także przenoszenie odpowiedzialności pomiędzy wykonawcami poszczególnych części. Podział zamówienia na części doprowadziłby do znaczącego wydłużenia czasu implementacji wymagań Zamawiającego z uwagi na konieczność certyfikacji oprogramowania dostarczonego przez wykonawcę usługi modyfikacji przed jego osadzeniem w środowisku produkcyjnym wykonywanej przez wykonawcę utrzymującego SIA, co w świetle krótkich terminów wejścia w życie przepisów prawnych (legislacji krajowej jak i unijnej) spowodowałoby ryzyka opóźnień we wdrażaniu instrumentów WPR

oraz naprawie błędów produkcyjnych, co w dłuższej perspektywie mogłoby doprowadzić do obniżenia sprawności obsługi procesów biznesowych ARiMR.”.

Nie jest możliwe także wydzielenie samej Kampanii 2023 tak jak sugeruje Odwołujący. Kampania 2023 jest jednym z elementów, który musi współdziałać z innymi aplikacjami. Co istotne, na Kampanię 2023 składa się szereg czynności, nie tylko sam fakt wypłaty zaliczek. Nie jest to kwestia wyłącznie zbudowania modyfikacji, która zadziała w dniu 16 października 2023. Umowa składa się ze świadczeń obejmujących usługi utrzymania i rozwoju SIA z szeregiem aplikacji, a usługi łącznie mają na celu zabezpieczenie realizacji statutowych i zleconych zadań Zamawiającego. Znacząca jest konieczność działania wszystkich systemów.

Zamawiający nie mógł pozostawić żadnej z aplikacji wchodzących w skład SIA bez utrzymania na czas przeprowadzenia i rozstrzygnięcia postępowania w trybie konkurencyjnym.

Zgodnie z preambułą, zarówno do Umowy nr 83 jak i umowy, która została zawarta z Asseco, „Prawidłowe funkcjonowanie Systemu Informatycznego jest kluczowe z perspektywy możliwości realizacji celów statutowych Zamawiającego i jest istotne dla skutecznego realizowania polityki rolnej w Rzeczypospolitej Polskiej”. Dalej w preambule wskazano, że

„Intencją Stron jest, aby Wykonawca z chwilą rozpoczęcia świadczenia Usług przejął odpowiedzialność za prawidłowe działanie Systemu Informatycznego i jakość Dokumentacji, niezależnie od faktu, czy poszczególne elementy SI lub Dokumentacji zostały wytworzone przez Wykonawcę, czy przez któregośkolwiek z jego poprzedników”. Już sama preambuła wskazuje, że kluczowe jest objęcie usługami systemu jako całości, w tym wzięcie przez wykonawcę odpowiedzialności za całość systemu.

Tym samym Zamawiający nie mógł udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki w węższym zakresie, pozostawiając część systemów do obsługi w wyniku rozstrzygnięcia w osobnych postępowaniach.

Skład orzekający uznaje, że w sprawie wystąpiła wyjątkowa sytuacja uzasadniająca udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Należy zauważyć, że za „wyjątkową sytuację” nie uznaje się wyłącznie zdarzeń związanych ze zjawiskami pogodowymi, awariami lub wypadkami, ale także konieczność rozwiązania umowy może być okolicznością uznaną za „wyjątkową sytuację” w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 5) PZP, wszak żaden Zamawiający nie zawiera umowy z załozeniem, że będzie ją rozwiązywał przed terminem umownym. Podzielić należy stanowisko, wyrażone także w przytoczonych przez zamawiającego orzeczeniach, że zamawiający, który przeprowadził wcześniej postępowanie konkurencyjne i udzielił zamówienia publicznego nie mógł wcześniej przewidywać, że zaistnieją przyczyny, które będą podstawą do odstąpienia od umowy. Żaden bowiem zamawiający nie prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie zawiera umowy po to, aby od umowy odstąpić. Samo odstąpienie od umowy już jest wyjątkowe, odstąpienie od umowy następuje w określonych warunkach jak również związane są z tym odstąpieniem konkretne działania, skutki, które mogą być dotkliwe w przypadkach, gdy odstąpienie od umowy nie jest zasadne. Zarówno zamawiający jak i odwołujący znali kalendarz płatności i obie strony były świadome jak ważne jest dochowanie terminów. Zamawiający zawierając Umowę nr 83 nie mógł przewidzieć, że DXC, będący profesjonalistą, będzie aż w tak znacznym stopniu

nienależycie realizował Umowę, że w efekcie zagrożone będą wypłaty środków dla beneficjentów.

Z powyższego wynika także, że przeprowadzenie postępowania w innym trybie nie umożliwiłoby zachowania ciągłości świadczenia usług w sytuacji, w której znalazł się zamawiający. Kolejnym wnioskiem jest stwierdzenie, że zamawiający nie mógł wydzielić żadnego ze świadczeń do odrębnego postępowania. Udzielił Asseco zamówienia w trybie z wolnej ręki w zakresie, który należy ocenić jako niezbędny.

Jako że zostały spełnione przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki, nie doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ani wyboru wykonawcy niezgodnie z ustawą, zatem zarzut naruszenia art. 16 ust. 1 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy pzp jako postawiony w następstwie zarzutu podstawowego, jest niezasadny.

Jakkolwiek Izba nie jest związana żądaniem, lecz zarzutami odwołania, wskazać należy że żądanie unieważnienia umowy nie jest uwzględnione. Utrzymanie tej umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, jakim jest zapewnienie realizacji przez zamawiającego jego zadań agencji obsługującej zadania na rzecz beneficjentów.

Czynność Zamawiającego, należy zatem uznać za prawidłową i uzasadnioną, a jednocześnie za działanie, które zagwarantowało zabezpieczenie ważnego interesu publicznego. W konsekwencji nie jest uzasadnione także żądanie nałożenia na Zamawiającego kary finansowej.

Znaczącą okolicznością przeczącą przy tym tezie odwołania, że zamawiający przewiduje realizację kwestionowanej umowy w nieznanym zakresie i okresie, jest fakt wszczęcia przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia na przedmiotowy zakres zamówienia w trybie podstawowym.

Mając na uwadze przedstawioną powyżej argumentację, skład orzekający uznaje, że udzielenie zamówienia z wolnej ręki Asseco było uzasadnione i dopuszczalne przepisami ustawy pzp wobec wykazania zaistnienia przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy w ustalonym stanie faktycznym.

W konsekwencji odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W świetle dokonanych ustaleń orzeczono, jak w sentencji niniejszego wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: