

WYROK
z dnia 30 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Paweł Trojan
Renata Tubisz
Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniach 23 i 25 maja 2017 r. odwołań
wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2017r. przez :

- A. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia E. S. P.**
spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., ul. (...) i C. P. spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., Al. (...)
B. **wykonawcę A. P. Spółka Akcyjna z siedzibą w R., ul. (...)**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych z**
siedzibą w W., ul. (...)

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A. P. SA**
z siedzibą w W., ul. (...) i A. G. D. C. P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
spółka komandytowa z siedzibą w W., ul. (...) zgłaszających swoje przystąpienie w
sprawach sygn. akt KIO 880/17, KIO 881/17 po stronie odwołującego przy udziale
wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia E. S. P.
spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., ul. (...) i C. P. spółka z
ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., Al. (...) zgłaszających swoje
przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 881/17 po stronie odwołującego

orzeka:

1A. uwzględnia odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie
zamówienia E. S. P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., ul. (...)

1

i C. P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., Al. (...) i nakazuje
zamawiającemu dokonanie modyfikacji siwz przez zmianę rozdziału III pkt III. ppkt
3.4.2 siwz, artykułu 16 ust. 1 i 2 załącznika nr 2 do siwz, tj. Umowy na usługę wsparcia
eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego K. ZUS i
określenie dnia rozpoczęcia świadczenia usługi nie później niż w terminie 12 miesięcy
od dnia zawarcia umowy oraz nakazuje zamawiającemu uzgodnienie niesprzecznej
treści art. 8 ust. 4 z art. 4 ust. 1 pkt 4 i art. 16 ust. 8 załącznika nr 2 do siwz, tj. Umowy
na usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu
Informatycznego K. ZUS w taki sposób aby ustalona treść określała odpowiedzialność
zamawiającego za jakość lub brak dokumentacji oraz za jakość lub brak Konsultacji
utrzymeniowych, w pozostałym zakresie odwołanie oddala,

1B. oddala odwołanie wykonawcy A. P. Spółka Akcyjna z siedzibą w R., ul. (...) w
całości

2. kosztami postępowania obciąża Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w W., ul.
(...) i A. P. Spółka Akcyjna z siedzibą w R., ul. (...) i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr**
(słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców**
wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia E. S. P. spółka z
ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., ul. (...) i C. P. spółka z
ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., Al. (...), wykonawcę A. P.
Spółka Akcyjna z siedzibą w R., ul. (...) tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w W., ul. (...)** na rzecz
wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia E. S. P. spółka z
ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., ul. (...) i C. P. spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w W., Al. (...) kwotę 18 600 zł 00 gr

(słownie : osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego,

2.3. zasądza od **A. P. Spółka Akcyjna z siedzibą w R., ul. (...)** na rzecz **Zakładu**

Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w W., ul. (...) kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie : trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.

2

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

3

Sygn. akt: KIO 880/17

KIO 881/17

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego ZUS zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 30 września 2015r. za numerem ...

Zaproszenie do składania ofert wraz ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej siwz) zamawiający przekazał wykonawcom drogą elektroniczną w dniu 21 kwietnia 2017r.

Odwołania wobec treści siwz w dniu 2 maja 2017r. wnieśli : - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia E. S. P. spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w W., ul. (...) i C. P. spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w W., Al.(...) – odwołujący E. – odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 28 kwietnia 2017r.

udzielonego przez członka zarządu E. S. ujawnionego w KRS i upoważnionego do

samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. E. S. działał na podstawie

pełnomocnictwa z dnia 26 kwietnia 2017 r. udzielonego przez drugiego wykonawcę i

podpisanego przez prokurenta samoistnego ujawnionego w KRS i upoważnionego do

samodzielnej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 2 maja 2017r.

- wykonawca A. P. Spółka Akcyjna z siedzibą w R., ul. (...) – dalej odwołujący A. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 12 kwietnia 2017r. udzielonego przez dwóch wiceprezesów zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 2 maja 2017r.

Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołań w dniu 4 maja 2017r. przekazując ich kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do odwołania odwołującego E. wpłynęły w dniu 8 maja 2017r. następujące zgłoszenia przystąpienia:

- wykonawcę A. P. Spółka Akcyjna z siedzibą w R., ul. (...) po stronie odwołującego.

Wykonawca wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż oddalenie odwołania powodowałoby utratę szansy na uzyskanie zamówienia i mogło

4

przewodzą do unieważnienia postępowania. Zgłoszenie zostało podpisane przez

pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 12 kwietnia 2017r. udzielonego przez dwóch wiceprezesów zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 8 maja 2017r.

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A. P. SA z siedzibą w W., ul. (...) i A. G. D. C. P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w W., ul. (...) po stronie odwołującego. Wskazali, że posiadają interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego E., gdyż uwzględnienie odwołania spowoduje zmianę niezgodnych z przepisami ustawy postanowień siwz i pozwoli wykonawcom na złożenie ważnej oferty. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 27 kwietnia 2017r. udzielonego przez obu wykonawców i podpisanego za A. P. SA przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS, a za A. G. D. C. P. sp. z o.o. prezes zarządu komplementariusza, upoważniony do samodzielnej reprezentacji komplementariusza, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu w dniu 8 maja 2017r.

Do odwołania odwołującego A. wpłynęły w dniu 8 maja 2017r. następujące zgłoszenia przystąpienia:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A. P. SA z siedzibą w W., ul. (...) i A. G. D. C. P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w W., ul. (...) po stronie odwołującego. Wskazali, że posiadają interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego A., gdyż uwzględnienie odwołania spowoduje zmianę niezgodnych z przepisami ustawy postanowień siwz i pozwoli wykonawcom na złożenie ważnej oferty. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 27 kwietnia 2017r. udzielonego przez obu wykonawców i podpisanego za A. P. SA przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS, a za A. G. D. C. P. sp. z o.o. prezes zarządu komplementariusza, upoważniony do samodzielnej reprezentacji komplementariusza, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu w dniu 8 maja 2017r.

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia E. S. P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., ul. (...) i C. P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., Al. (...) po stronie odwołującego. Wykonawcy wskazali, że zostali zaproszeni do składania ofert jednak z uwagi na wskazane przez odwołującego A. nieprawidłowości w postępowaniu poczynione przez zamawiającego mają ograniczoną

5

możliwość złożenia ważnej i niepodlegającej odrzuceniu oferty, a zatem mogą ponieść szkodę. Zgłoszenie zostało opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym złożonym przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 28 kwietnia 2017r. udzielonego przez E. S. P. jako pełnomocnika obu wykonawców i podpisanego przez członka zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. E. S. P. działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 26 kwietnia 2017r. udzielonego przez C. P. i podpisanego przez prokurenta samoistnego ujawnionego w KRS, zgodnie z załączonym odpisem. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 8 maja 2017r.

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia C. P. Spółka Akcyjna z siedzibą w K., Al. (...) i C. Spółka Akcyjna z siedzibą w K., Al. (...) po stronie zamawiającego. Wykonawcy wskazali, że mają interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż oddalenie odwołania w szczególności w zakresie zarzutu nr 4 odwołania pozwoli na uniknięcie wprowadzenia do siwz postanowień niezgodnych z ustawą. Zgłoszenie zostało podpisane bezpiecznym podpisem elektronicznym przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 27 kwietnia 2017r. udzielonego przez C. P. i podpisanego przez wiceprezesa zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. C. P. działał w imieniu własnym oraz jako pełnomocnik obu wykonawców, zgodnie z pełnomocnictwem z dnia 27 kwietnia 2017r. udzielonego przez obu wykonawców i podpisanego za C. P. przez dwóch wiceprezesów zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji i za C. przez wiceprezesa zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z załączonymi

odpisami z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 8 maja 2017r.

Sygn. akt KIO 880/17

Odwołujący E. zarzucił zamawiającemu, że :

1. zamawiający nie określił w dokumentacji postępowania, że przewiduje możliwość przejmowania przez wykonawców poszczególnych obszarów/modułów fazowo. Co więcej, w dokumentacji znajdują się sformułowania, m.in. w rozdziale VII siwz, ust. III, pkt 3 ppkt 3.4.2) zgodnie z którymi wykonawca musi przekazać zamawiającemu np.: „Proponowany wstępny plan przejmowania Usług utrzymania określający zakres i termin przejęcia Usług utrzymania, które wskazują, że może chodzić o przejęcie jednorazowe, co może uniemożliwić odwołującemu złożenie oferty w Postępowaniu i zawarcie umowy w sprawie zamówienia, co w efekcie stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust 1 ustawy w zw. z art. 29 ust 1 i ust 2 ustawy w zw. z art. 36 ust 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w brzmieniu

6

obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2016 poz. 1020).

2. Odwołujący E. podniósł zarzut, że w rozdziale I siwz (Tryb udzielenia zamówienia i wartość zamówienia) pkt II (Kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia) zamawiający określił następującą wartość zamówienia: „zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia 373 998 000,00 złotych brutto (słownie: trzysta siedemdziesiąt trzy miliony dziewięćset dziewięćdziesiąt osiem tysięcy złotych)\", która to kwota jest niedoszacowana co może uniemożliwić odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu i zawarcie umowy w sprawie zamówienia, co w efekcie stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust 1 ustawy w zw. z art. 29 ust 1 i ust 2 ustawy w zw. z art. 32 ust 1 ustawy w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2016 poz. 1020) oraz art. 44 ust 3 pkt 1) ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 1870 ze zm., dalej: „ustawa o finansach publicznych”).

3. Odwołujący E. zarzucił także, iż w rozdziale VII siwz (Kryteria i zasady oceny ofert) ust. II (Kryteria wyboru ofert), zamawiający określił, że:

„Przy wyborze oferty zamawiający będzie kierował się następującymi kryteriami:

1. Cena całkowita oferty (z podatkiem VAT) 60%
2. Jakość wykonania zadania 30%
3. Koncepcja przejęcia zadań 10%”.

Jednocześnie zgodnie z rozdziałem VII siwz (Kryteria i zasady oceny ofert) ust. III (Zasady oceny ofert) pkt 2 ppkt 2.1 i 2.2. zamawiający określił, że:

„2.1. W kryterium Jakość wykonania zadania zostanie przeprowadzona weryfikacja sposobu świadczenia usługi przez wykonawcę na przykładzie zadań, jakie będą występowały w ramach realizacji Umowy na usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania K. ZUS.

2.2. Zadanie składa się z sześciu jednostek zadaniowych, z których każda wymaga posiadania kompetencji niezbędnych do wykonania umowy”.

Dodatkowo, w Regulaminie przebiegu realizacji Jednostek Zadaniowych w ramach postępowania na świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego ZUS, w pkt 3 zamawiający określił, że:

„O terminie realizacji Jednostek Zadaniowych zamawiający poinformuje Wykonawców z wyprzedzeniem co najmniej 14 dni”. Jednak w żadnym miejscu w dokumentacji nie określił, że termin realizacji jednostek zadaniowych zostanie wyznaczony po upływie terminu składania ofert, co znacznie utrudnia, a w skrajnym przypadku może uniemożliwić odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu i uzyskanie zamówienia.

7

Co więcej, określone przez zamawiającego w rozdziale VII siwz (Kryteria i zasady oceny ofert) ust. III (Zasady oceny ofert) pkt 2 ppkt 2.2. lit a) - f) jednostki zadaniowe nie są adekwatne do przedmiotu zamówienia i nie sprawdzają faktycznej gotowości odwołującego do realizacji umowy, co znacznie utrudnia, a w skrajnym przypadku może uniemożliwić

odwołującemu uzyskanie zamówienia, co w efekcie stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust 1 i ust 3 ustawy w zw. z art. 29 ust 1 i ust 2 w zw. z art. 36 ust 1 pkt 13) ustaw i art. 25 ust 1 pkt 2 ustawy, w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2016 poz. 1020), w zw. z § 6 ust 1 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231).

4. Odwołujący E. podniósł także iż zgodnie z artykułem 16 ust. 1 załącznika nr 2 do siwz, tj. Umowy na usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego K.ZUS (dalej; „Umowa”), zamawiający ustalił, że:
„(...) Dzień rozpoczęcia świadczenia Usługi nastąpi nie później niż w terminie 9 miesięcy od Dnia zawarcia Umowy (....)”.

Powyższe powoduje, że okres przejściowy zaplanowany przez zamawiającego jest zbyt krótki, co może uniemożliwić odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu i zawarcie Umowy w sprawie zamówienia, co w efekcie stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust 1 ustawy w zw. z art. 29 ust. 1 i ust 2 ustawy w zw. z art. 5 kc, art. 3531 kc, w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust 1 ustawy w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2016 poz. 1020).

5. Odwołujący zarzucił również zamawiającemu, że zgodnie art. 3 ust. 2 pkt 17 Umowy, art. 4 ust. 1 pkt 4 Umowy, art. 16 ust. 6 Umowy oraz art. 16 ust. 8 Umowy zamawiający określił zasady realizacji Umowy naruszające zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w tym przez przeniesienie ryzyka związanego z prawidłowym przekazaniem wiedzy projektowej krytycznej, wstępnej fazy Umowy na Wykonawcę, co wyraża się w:

a. zobowiązaniu Wykonawcy do przeniesienia, w terminie 3 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług utrzymania, całego know-how oraz stworzenia i przekazania zamawiającemu pełnej dokumentacji i wszelkich narzędzi związanych ze świadczeniem na rzecz zamawiającego usług utrzymania, w taki sposób, aby umożliwić zamawiającemu samodzielne, należyte i terminowe świadczenie usług utrzymania w ramach każdej metryki, bez konieczności uzyskania jakichkolwiek rad, opinii czy wsparcia wykonawcy lub innego podmiotu,

8

b. braku zobowiązania zamawiającego do współpracy z wykonawcą w procesie przekazania wiedzy,

c. braku zobowiązania dotychczasowego dostawcy usług do zapewnienia rezultatu w postaci skutecznego przekazania wiedzy wykonawcy, a zatem obarczenie całkowitą odpowiedzialnością kontraktową i finansową wyłącznie wykonawcy jak i ograniczenie prowadzenia procesu przekazania wiedzy do rozmiarów niewystarczających dla prawidłowego przeprowadzenia tegoż procesu przy uwzględnieniu wymaganego rozmiaru świadczenia usług,

d. braku ustalenia zasad, zgodnie z którymi wykonawca otrzymywał będzie wynagrodzenie za przeprowadzoną fazę tranzycji, co może uniemożliwić odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu i zawarcie Umowy w sprawie zamówienia, co w efekcie stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust 1 ustawy PZP w zw. z art. 29 ust 1 i ust 2 ustawy w zw. z art. 36 ust 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 kc, art. 353(1) kc i art. 354 § 2 kc w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust 1 ustawy w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2016 poz. 1020).

6. Odwołujący E. stwierdził, że działanie zamawiającego narusza ustawę, gdyż zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 Umowy, zamawiający wymaga, aby wykonawca złożył oświadczenie, zgodnie z którym:

„Wykaz funkcji pełnionych przez Personel Wykonawcy oraz wymaganych dla tych funkcji wiedzy, doświadczenia i kwalifikacji, jak również listę tłumaczy oraz członków Personelu Wykonawcy przeznaczonego do realizacji Dokumentów kontraktowych, zgodną z wykazem osób zawartym we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz z ww. wykazem funkcji określa Załącznik 10”.

Dodatkowo, w załączniku nr 10 do Umowy, zamawiający określił listę 80 specjalistów. Ponadto, w art. 3 ust. 2 pkt 6

Umowy oraz w załączniku nr 2 pkt 7 ppkt 1 do Umowy, określił odmienne terminy określenia składu osobowego zespołu powołanego do realizacji zamówienia, a wymaganego treścią załącznika nr 10 do Umowy. Powyższe jest w ocenie odwołującego E. żądaniem nadmiernym i nieuzasadnionym, a jednocześnie może uniemożliwić odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu i zawarcie Umowy w sprawie zamówienia, co w efekcie stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust 1 i ust 2 ustawy PIP w zw. z art. 22 ust 1 pkt 3 ustawy, art. 29 ust 1 i ust 2 ustawy oraz art. 5 kc; art. 353(1) kc, w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2016 poz. 1020). 7. Odwołujący uznał, że zamawiający naruszył ustawę przez to, że zgodnie z treścią załącznika nr 8 do Umowy zamawiający określił poziom świadczenia usługi 100%. Jest to

9

wymaganie nadmierne i obiektywnie niemożliwe do dotrzymania, co może uniemożliwić odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu i zawarcie Umowy w sprawie zamówienia, co w efekcie stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 29 ust 1 i ust 2 ustawy, a także art. 5 kc, art. 353(1) kc i art. 387 § 1 kc w związku z art. 14 ustawy i art. 139 ust 1 ustawy w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2016 poz. 1020).

8. Nadto odwołujący E. zarzucił, że zgodnie z art. 5 ust 33 - 36 Umowy zamawiający określił, że:

„33. W czasie trwania Umowy Wykonawca zobowiązuje się nie zatrudniać pracowników zamawiającego, którym zamawiający faktycznie powierzył wykonywanie obowiązków związanych z realizacją przedmiotu Umowy - bez uprzedniej zgody zamawiającego wyrażonej w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Zakaz dotyczy zatrudniania osób pozostających z zamawiającym w stosunku pracy w okresie trwania Umowy, jak również osób, których stosunek pracy ustał w okresie trwania Umowy.

34. Zakaz, o którym mowa w ust. 33, dotyczy zawarcia przez Wykonawcę z pracownikiem zamawiającego zarówno umowy o pracę, jak i zatrudnienia na innej podstawie prawnej, w szczególności zawarcia umowy cywilnoprawnej: nazwanej lub nienazwanej.

35. Wykonawca zobligowany jest do wprowadzenia zakazu, o którym mowa w ust 33, do umów zawieranych przez Wykonawcę z podwykonawcami.

36. Dla potwierdzenia faktu niezatrudniania pracowników zamawiającego, Wykonawca na każde pisemne żądanie zamawiającego, przedstawi oświadczenie w zakresie przestrzegania zobowiązań/zakazów, o których mowa w ust 33 i 35 powyżej", co nakłada na wykonawców obowiązek zapewnienia, że w czasie trwania Umowy nie zatrudnią pracowników zamawiającego. Przy czym zakaz ten dotyczy zarówno zatrudniania osób pozostających z zamawiającym w stosunku pracy w okresie trwania Umowy w sprawie zamówienia, jak również osób, których stosunek pracy ustał w okresie trwania Umowy w sprawie zamówienia.

Zamawiający nie doprecyzował jednak, w jaki sposób wykonawca ma powziąć informacje, jakim osobom faktycznie powierzono wykonywanie takich obowiązków / nie przekazał listy takich osób. Określone przez zamawiającego postanowienie w tak sformułowanym kształcie jest zdaniem odwołującego nadmierne i nieprecyzyjne, bowiem odwołujący nie posiada wiedzy na temat osób, których to zobowiązanie ma dotyczyć, a tym samym niezdefiniowany jest zakres nakładanego na niego zobowiązania.

W kontekście obowiązku uzyskania przez odwołującego powyższych informacji, Odwołujący podkreśla, że wymóg art 5 ust. 33 - 36 Umowy prowadzi do rażącego naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także może uniemożliwić

10

odwołującemu złożenie precyzyjnej i odpowiadającej wymogom zamawiającego oferty, co w efekcie stanowi naruszenie przepisu art 7 ust 1 ustawy w zw. z art. 29 ust 1 i ust 2 ustawy oraz art. 5 kc, art. 353(1) kc, art. 387 § 1 kc w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2016 poz. 1020).

9. Ponadto odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 6 ust. 8 Umowy, zamawiający określił, że: „Na terenie państw, których systemy prawne nie przewidują możliwości zbycia autorskich praw majątkowych wykonawca dokonuje na rzecz zamawiającego z momentem, o którym mowa w ust 3 najszerzego dopuszczalnego w danym systemie prawnym rozporządzenia tymi prawami lub, jeśli rozporządzenie nie jest dopuszczalne - obciążenia ich na rzecz zamawiającego - w ten sposób, by osiągnąć rezultat gospodarczy możliwie najbardziej zbliżony do przeniesienia autorskich praw majątkowych w zakresie, o którym mowa w ust 3-7.”, przez powyższe postanowienie zamawiający dopuścił, iż zakres przedmiotu Umowy może być różnicowany w zależności od tego z kim zostanie ona zawarta oraz miejsca powstania utworów, co w efekcie stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust 1 ustawy w zw. z art. 29 ust 1 i ust 2 ustawy w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Oz. U. 2016 poz. 1020).

10. Odwołujący E. stwierdził, że zamawiający naruszył ustawę, że zgodnie z art. 8 ust. 4 Umowy, zamawiający określił, że:

„Zwolnienie się przez Wykonawcę z odpowiedzialności wymaga wykazania przez Wykonawcę, iż niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań stanowiących przedmiot Dokumentów kontraktowych wynika z:

1) niewykonania lub nienależytego wykonania przez zamawiającego zobowiązań określonych w Dokumentach kontraktowych lub wynikających ze Standardów IT ZUS lub

Procedur eksploatacyjnych z przyczyn leżących wyłącznie po stronie zamawiającego, lub

2) niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań przez osoby trzecie, za których działania zamawiający ponosi odpowiedzialność, w tym z niestosowania się przez te osoby do Standardów IT ZUS lub Procedur eksploatacyjnych z przyczyn leżących wyłącznie po stronie zamawiającego, lub

3) wyłącznie z działań osób trzecich, za które żadna ze Stron nie ponosi odpowiedzialności (...).”

Powyższe w ocenie odwołującego E. w sposób nadmierny obciąża wykonawców i prowadzi do sytuacji, w której zamawiający może podejmować kroki w celu obciążenia wykonawcy odpowiedzialnością za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania współspowodowane przez i osoby (w tym np. podległe zamawiającego trzecie

11

zamawiającemu). Powyższe wynika z faktu, iż wskazany zapis jako przesłanki zwalniające z odpowiedzialności określa jedynie sytuacje spowodowane „wyłącznie” z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Powyższe prowadzi do braku możliwości należytego oszacowania ryzyka związanego z realizacją Umowy i uniemożliwia odwołującemu złożenie precyzyjnej i odpowiadającej wymogom zamawiającego oferty, co w efekcie stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy oraz art. 5 kc, art. 353(1) kc, w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2016 poz. 1020).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

1) nakazanie zamawiającemu zmiany treści rozdziału VII SIWZ ust. III pkt 3 ppkt 3.4.2) przez nadanie mu brzmienia:

„Proponowany wstępny plan przejmowania Usług utrzymania określający zakres/terminy przejścia poszczególnych Usług utrzymania, nie dłuższe niż 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy. (...)”

a także odpowiednie dostosowanie do tej zmiany pozostałej dokumentacji,

2) nakazanie zamawiającemu zmiany treści siwz w rozdziale I i nadanie mu brzmienia:

„zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia 774.504.432,00 złotych brutto (słownie: siedemset siedemdziesiąt cztery miliony pięćset cztery tysiące czterysta trzydzieści dwa złote)”, co zwiększy budżet na realizację przedmiotowego zamówienia,

3) nakazanie zamawiającemu zmiany treści rozdziału VII siwz ust. III pkt 2 ppkt 2.1.

przez nadanie mu treści:

„2.1. W kryterium Jakość wykonania zadania zostanie przeprowadzona weryfikacja sposobu świadczenia usługi przez Wykonawcę na przykładzie zadań, jakie będą występowały w ramach realizacji Umowy na usługę wsparcia eksploatacji utrzymania KSI ZUS. O terminie realizacji Jednostek Zadaniowych zamawiający powiadomi Wykonawców po upływie terminu składania ofert”

a także odpowiednie dostosowanie do tej zmiany pozostałej dokumentacji,
oraz nakazanie zamawiającemu zmiany treści zadań określonych w rozdziale VII siwz ust. III pkt 2 ppkt. 2.2. lit. a) - f) przez ich powiązanie z faktycznym zakresem realizacji przedmiotu Umowy w szczególności przez rozbudowanie ich o następujące elementy:

- wykonywanie testów międzymodułowych
- opiniowanie dokumentacji analitycznej,
- wykonanie poprawek błędów w kluczowych aplikacjach KSI;

4) nakazanie zamawiającemu zmiany treści art. 16 ust. 1 Umowy przez nadanie mu brzmienia:

12

„Termin realizacji przedmiotu Umowy wynosi 48 miesięcy, przy czym rozpoczyna bieg od Dnia rozpoczęcia świadczenia Usług. Umowa wygasa również z chwilą wyczerpania limitu wynagrodzenia brutto należnego Wykonawcy, określonego w art. 7 ust. 3. Z zastrzeżeniem postanowień niniejszego artykułu, Dzień rozpoczęcia świadczenia Usług nastąpi nie później niż w terminie 12 miesięcy od Dnia zawarcia Umowy, po uprzednim zgłoszeniu przez Wykonawcę w formie pisemnej gotowości do przejęcia Usług utrzymania i podpisaniu przez obie Strony Protokołu przekazania Usług utrzymania, chyba, że Strony w formie pisemnej uzgodnią inaczej”.

a także odpowiednie dostosowanie do tej zmiany pozostałej dokumentacji;

5) nakazanie zamawiającemu zmiany treści Umowy w odpowiednich fragmentach art. 3 ust. 2 pkt 17 Umowy, art. 4 ust. 1 pkt 4 Umowy, art. 16 ust. 6 Umowy oraz art. 16 ust. 8 Umowy i nadanie im brzmienia, zgodnie z którym:

- a) Wykonawca zobowiązany będzie do przekazania know-how uzyskanego przez siebie przy świadczeniu usług objętych Umową oraz wykonania pozostałych obowiązków wskazanych w art. 3 ust. 2 pkt 17 Umowy nie później niż w dniu zakończenia okresu świadczenia usług w ramach Umowy,
- b) Wykonawca będzie zobowiązany przejąć wiedzę bezpośrednio od zamawiającego bez ograniczenia przedmiotowego oraz co do ilości konsultacji, przy czym nieprawidłowości w zakresie przekazania, niska ich jakość lub nierzetelność będą obciążały zamawiającego,
- c) Wykonawca otrzyma wynagrodzenie za tranzycję w wysokości określonej w ofercie,
- d) Wymagane będzie wskazanie w ofercie oddzielnej ceny z tytułu przejęcia usług (tzw. tranzycji), jednakże nie będzie ona stanowiła kryterium oceny oferty, co umożliwi rzeczywiste i obiektywne porównanie ofert wykonawców,

6) nakazanie zamawiającemu zmiany treści art. 3 ust. 1 pkt 1 w Umowie przez wykreślenie z niego obowiązku dołączenia załącznika nr 10 i nadanie mu brzmienia: „posiada konieczną wiedzę, doświadczenie i kwalifikacje, a także odpowiedni potencjał ekonomiczny i techniczny oraz dysponuje osobami zdolnymi do wykonywania Dokumentów kontraktowych. Wykaz funkcji pełnionych przez Personel Wykonawcy oraz wymaganych dla tych funkcji wiedzy, doświadczenia i kwalifikacji, jak również listę tłumaczy oraz członków Personelu Wykonawcy przeznaczonego do realizacji Dokumentów kontraktowych, zgodną z wykazem osób zawartym we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

a także odpowiednie dostosowanie do tej zmiany pozostałej dokumentacji;

7) nakazanie zamawiającemu zmiany treści załącznika nr 8 do Umowy w zakresie ustalenia poziomu świadczenia usług wynoszącego 98%;

8) nakazanie zamawiającemu zmiany treści art. 5 ust. 33 - 36 Umowy przez wykreślenie następującej części:

13

33. W czasie trwania Umowy Wykonawca zobowiązuje się nie zatrudniać pracowników zamawiającego, którym zamawiający faktycznie powierzył wykonywanie obowiązków związanych z realizacją przedmiotu Umowy bez uprzedniej zgody-zamawiającego wyrażonej w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Zakaz dotyczy zatrudniania-osób pozostających z zamawiającym w stosunku pracy w okresie trwania Umowy, jak również osób, których stosunek pracy ustał w okresie trwania Umowy.

34 Zakaz, o którym mowa w ust 33, dotyczy zawarcia przez Wykonawcę z pracownikiem zamawiającego zarówno Umowy o pracę, jak i zatrudnienia na innej podstawie prawnej, w

szczegółności zawarcia Umowy cywilnoprawnej: nazwanej lub nienazwanej.

35. Wykonawca zobligowany jest do wprowadzenia zakazu, o którym mowa w ust 33, de-umów zawieranych przez Wykonawcę z podwykonawcami.

36. Dla potwierdzenia faktu nie zatrudniania pracowników zamawiającego, Wykonawca na każde pisemne żądanie zamawiającego, przedstawi oświadczenie w zakresie przestrzegania zobowiązań/zakazów, o których mowa w ust. 33 i 35 powyżej.- alternatywnie

przez nakazanie zamawiającemu ograniczenia powyższego zobowiązania wyłącznie do osób, których lista zostanie przekazana wykonawcom w ramach Umowy, a którym zamawiający faktycznie powierzył wykonywanie obowiązków związanych z realizacją przedmiotu Umowy, pozostających z zamawiającym w stosunku pracy w okresie trwania Umowy, jak również osób, których stosunek pracy ustał w okresie trwania Umowy, a także nakazanie zamawiającemu określenia, iż powyższe zobowiązanie nie dotyczy przypadków, w których osoby wskazane przez zamawiającego samodzielnie wezmą udział w otwartym postępowaniu rekrutacyjnym prowadzonym na rzecz wykonawcy, lub przez wykreślenie art. 5 ust. 34 Umowy oraz nadanie art. 5 ust. 33 Umowy następującej treści: „33. W czasie trwania Umowy Wykonawca zobowiązuje się nie zatrudniać pracowników zamawiającego, których lista zostanie Wykonawcy przekazana przez zamawiającego w trakcie Umowy, a którym zamawiający faktycznie powierzył wykonywanie obowiązków związanych z realizacją przedmiotu Umowy - bez uprzedniej zgody zamawiającego wyrażonej w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Zakaz dotyczy zatrudniania osób pozostających z zamawiającym w stosunku pracy w okresie trwania Umowy, jak również osób, których stosunek pracy ustał w okresie trwania Umowy. Zakaz nie dotyczy jednak ww. osób, które samodzielnie wezmą udział w otwartym postępowaniu rekrutacyjnym prowadzonym na rzecz wykonawcy

9) nakazanie zamawiającemu zmiany Umowy przez wykreślenie treści art. 6 ust. 8.

10) nakazanie zamawiającemu zmiany art. 8 ust 4 Umowy przez wykreślenie następujących części:

14

„Zwolnienie się przez wykonawcę z odpowiedzialności z tytułu kar umownych wymaga wykazania przez wykonawcę, iż niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań stanowiących przedmiot dokumentów kontraktowych wynika z:

4) niewykonania lub nienależytego wykonania przez zamawiającego zobowiązań określonych w Dokumentach kontraktowych lub wynikających ze Standardów IT ZUS lub Procedur eksploatacyjnych z przyczyn leżących wyłącznie po stronie zamawiającego, lub

5) niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań przez osoby trzecie, za których działania zamawiający ponosi odpowiedzialność, w tym z niestosowania się przez te osoby do Standardów IT ZUS lub Procedur eksploatacyjnych z przyczyn leżących wyłącznie po stronie zamawiającego, lub

6) wyłącznie z działań osób trzecich, za które żadna ze Stron nie ponosi odpowiedzialności

Odwolujący wnosi także o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

Odwolujący wskazał na swój interes w uzyskaniu danego zamówienia, a także interes w złożeniu odwołania w tym, że na skutek wadliwie skonstruowanego opisu przedmiotu zamówienia i wzoru Umowy w postępowaniu oraz na skutek postanowień siwz ograniczających równe traktowanie wykonawców i uczciwą konkurencję, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Konsorcjum może ponieść szkodę. Powyższe odwołujący uzasadnia okolicznością, że wskazane czynności zamawiającego mogą uniemożliwić mu złożenie oferty w postępowaniu. Wskazał, iż w następstwie ww. czynności i zaniechań czynności wymaganych przepisami Prawa zamówień publicznych może ponieść rzeczywistą szkodę majątkową, polegającą na zaniechaniu możliwości złożenia oferty w postępowaniu, a następnie jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji niezyskaniu zamówienia. Odwołujący wskazał,

że spółka E. S. Polska Sp. z o.o. w zakresie postępowania jest następcą prawnym spółki H. P. E. P. Sp. z o.o., a więc spółki, która wraz z C. P. Sp. z o.o. złożyła wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Z dniem 2 stycznia 2017 r., na podstawie art. 529 § 1 pkt 4 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz. U. 2016 poz. 1578 ze zm.), doszło do przeniesienia

części majątku H. P. E. P. Sp. z o.o. na E. S. P. Sp. z o.o. (podział przez wydzielenie). Prawa i obowiązki H. P. E. P. Sp. z o.o. związane z Postępowaniem przeszły na E. S. P. Sp. z o.o. w drodze sukcesji uniwersalnej. Na potwierdzenie tego faktu odwołujący przedstawił plan podziału H. P. E. P. Sp. z o.o. oraz wyciąg z załącznika 10.4.m. Informację tę potwierdza również dział 6 rubryka 4 odpisu z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego załączony do odwołania.

15

Odwołujący E. zaznaczył, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia, a w konsekwencji przedmiot Umowy w sposób, który może uniemożliwiać złożenie przez odwołującego oferty. W ocenie Konsorcjum postanowienia siwz i załączników do niej powinny zostać zmienione w sposób, o jaki wnioskuje odwołujący, co spowoduje zachowanie zasady równego traktowania oraz uczciwej konkurencji.

Wskazał ponadto, że do stwierdzenia nieprawidłowości w dokumentacji postępowania, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji przez zastosowanie określonych postanowień specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego, jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust 2 ustawy wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia.

W tym zakresie Odwołujący podziela pogląd wyrażony w orzeczeniach:

1) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP-514/08,
2) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP-254/08:
Odwołujący przyznał, że zamawiający, jako organizator postępowania posiada uprawnienie przede wszystkim do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia dostosowanego do jego indywidualnych potrzeb. Jednakże uprawnienie to nie obejmuje uprawnienia do dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji przez stawianie nadmiernych i nieadekwatnych do potrzeb zamawiającego warunków, które w nieuzasadniony sposób ograniczają odwołującemu możliwość złożenia oferty w postępowaniu.

Odwołujący E. podzielił pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „KIO”) z dnia 20 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO/UZP 28/11.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów, odwołujący E. wskazał, co następuje: I. siwz
1. Brak wskazania możliwości przejmowania poszczególnych obszarów/modułów fazowo (etapami).

Zwrócił uwagę na okoliczność, zgodnie z którą na podstawie obecnej treści siwz wraz z załącznikami brak jest możliwości przejmowania fazowego poszczególnych obszarów/modułów K. Umowa w żadnym miejscu nie wskazuje na sukcesywne przejmowanie, gotowości wykonawcy zamówienia do przejścia w miarę nowego odpowiedzialności za kolejne obszary/moduły. Przejęcie odpowiedzialności za utrzymanie tak skomplikowanego i rozbudowanego systemu powinno być przejściem fazowym - nowy wykonawca usługi po osiągnięciu gotowości do przejścia danego obszaru/modułu powinien zgłaszać gotowość, a następnie powinno dojść do przekazania obowiązków od dotychczasowego wykonawcy nowemu podmiotowi, który będzie realizował zamówienie.

16

Tymczasem, zgodnie z dokumentacją przekazaną odwołującemu wraz z zaproszeniem do składania ofert, zamawiający nie precyzuje sposobu przejmowania odpowiedzialności przez nowego wykonawcę, a w szczególności nie dopuszcza wprost, że będzie to przejście fazowe/etapowe. Powyższe niesie ze sobą ryzyko konieczności jednorazowego przejścia całości obszarów/modułów, co może uniemożliwić odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu.

Odwołujący szczególnie podkreślił, że z uwagi na niezwykle wysokie koszty tranzycji, czyli przekazania usług od dotychczasowego dostawcy do dostawcy wybranego w ramach przedmiotowego postępowania, brak mechanizmu fazowego przejścia danego obszaru/modułu zwiększa uprzywilejowaną pozycję dotychczasowego wykonawcy prac utrzymaniowych. Po stronie nowego wykonawcy zwiększa zaś ryzyka projektowe i wywołuje bliżej nieokreślone koszty uniemożliwiając rzetelną kalkulację ceny oferty (np. konieczność

podniesienia budżetu ryzyka do bliżej nieokreślonego poziomu).

W tym miejscu odwołujący E. wskazał również na ryzyko dla samego zamawiającego, które może się wiązać z brakiem fazowego przejęcia obszarów/modułów. Nowy wykonawca, który stanie przed koniecznością jednorazowego przejęcia wszystkich obszarów/modułów, chcąc działać z należytą starannością i dokładając wszelkiego wysiłku, aby zamówienie było realizowane na oczekiwanym wysokim poziomie, będzie potrzebował czasu, którego siwz, właśnie z uwagi na ww. jednorazowość mu nie gwarantuje. Powyższe może doprowadzić do czasowego obniżenia jakości świadczonych usług, a w skrajnym przypadku do destabilizacji K.

Pomimo rozbudowanego systemu kar umownych, bez wprowadzenia fazowego systemu przejmowania obszarów/modułów, zamawiający nie będzie w stanie uchronić się przed ewentualnymi nieprawidłowościami w realizacji zamówienia. Nieprawidłowościami, których przyczyną będzie błędna konstrukcja obowiązków wykonawców, a nie ich faktyczne możliwości. Odwołujący E. podkreślił uprzywilejowaną pozycję wykonawcy, który dotychczas świadczył/świadcz usługi zamawiającemu i przykładowo nie będzie musiał wkalkulować w cenę oferty dodatkowego budżetu ryzyka.

Odwołujący E. zwrócił uwagę na okoliczność, że budżet poprzedniej umowy z dnia 9 października 2013 r. zawartej przez zamawiającego ze spółką A. P. S.A., wynosił 595.772.640 zł brutto.

Wartość bieżącej Umowy będącej przedmiotem postępowania wynosi więc jedynie około 63% poprzedniego budżetu, pomimo, że zakres przedmiotowy nowej Umowy został znacząco zwiększony w stosunku do umowy z 2013 r. Jak wynika z załącznika nr 3 do Umowy, zamawiający poszerzył ten zakres m.in. o serwis systemu ePWD. Zgodnie z informacjami wskazanymi w załączniku nr 16 do siwz (strona 6) usługa ta ma stanowić znaczną część realizacji przedmiotu Umowy - aż 14,85% ceny usług Aplikacyjnych.

17

Nierealny budżet przeznaczony na realizację zamówienia.

Zgodnie z treścią rozdziału I pkt II siwz zamawiający określił, że budżet na realizację przedmiotowego zamówienia to 373.998.000,00 zł brutto. Powyższe oznacza, że zamawiający zwiększył zakres realizacji prac nowej Umowy o co najmniej 14,85%. Dodatkowo, odwołujący zwrócił uwagę na wzrost opłat w sektorze IT, jaki nastąpił w przeciągu ostatnich czterech lat (od zawarcia przez zamawiającego poprzedniej umowy) co dodatkowo powoduje potrzebę odpowiedniego zwiększenia budżetu na przedmiotowy projekt.

Odwołujący E. podkreślił, że budżet przyjęty przez zamawiającego jest więc znacząco niedoszacowany, co w konsekwencji może uniemożliwić wykonawcy złożenie oferty w postępowaniu. W ocenie odwołującego budżet ten powinien wynosić co najmniej 130% wartości realizowanej obecnie Umowy utrzymaniowej z dnia 9 października 2013 r.

Kryteria oceny ofert - brak szczegółowych informacji dotyczących realizacji próbki.

Zgodnie z rozdziałem VII siwz (Kryteria i zasady oceny ofert) ust. II (Kryteria wyboru ofert), kryteriami oceny ofert w postępowaniu są:

- a) cena, waga 60 %,
- b) jakość wykonania zadania, waga 30%,
- c) koncepcja przejęcia zadań, waga 10%.

Jednocześnie w rozdziale VII siwz (Kryteria i zasady oceny ofert) ust. III (Zasady oceny ofert) pkt 2 zamawiający określił zasady dla kryterium „Jakość wykonania zadania”. Zamawiający w pkt 2 ppkt 2.1. wskazał m.in., że:

„W kryterium Jakość wykonania zadania zostanie przeprowadzona weryfikacja sposobu świadczenia usługi przez Wykonawcę na przykładzie zadań, jakie będą występowały w ramach realizacji Umowy na usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania K. ZUS”.

Dodatkowo, w pkt 2 ppkt 2.2. zamawiający określił, że: „Zadanie składa się z sześciu jednostek zadaniowych, z których każda wymaga posiadania kompetencji niezbędnych do wykonania umowy”.

Dalej zamawiający opisał wszystkie jednostki zadaniowe. Jednak w żadnym miejscu w siwz ani w załącznikach do niej nie określił, jaki będzie termin wykonania zadania próbnego - wskazano co prawda, że wykonawcy zostaną o nich powiadomieni z określonym wyprzedzeniem, jednak nie określono, czy odbędzie się to przed upływem terminu składania ofert, czy już po nim.

Wskazanie terminu realizacji zadania jest o tyle istotne, że jedno z kryteriów oceny ofert w

postępowaniu odnosi się właśnie do oceny zadania, a więc ma znaczenie dla wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Co więcej, udział w zadaniu wymaga rzetelnego przygotowania się do przystąpienia do zadania (konieczność utrzymywania w gotowości specjalistów, którzy wezmą udział w realizacji zadania, czas na przygotowanie itp.).

18

Odwołujący E. podkreślił, że obowiązkiem zamawiającego jest skonstruowanie kryteriów oceny ofert w sposób czytelny, przejrzysty i pozwalający na obiektywną ocenę. Tymczasem w postępowaniu brak jest kluczowych informacji na temat terminu przeprowadzenia zadania, warunków jego przeprowadzenia, związanych z tym szczegółów technicznych itp. W szczególności zamawiający powinien jasno sprecyzować, że termin realizacji zadania zostanie wyznaczony po upływie terminu składania ofert w postępowaniu.

Niezależnie od powyższego, odwołujący zauważył, że zadania określone przez zamawiającego w ramach przedmiotowego kryterium nie są proporcjonalne/wymierne do faktycznych z i nie potrzeb zamawiającego związanych realizacją zamówienia odzwierciedlają faktycznego zakresu i wagi usług aplikacyjnych IT opisanych Metrykami Usług Wykonawcy (nie obejmują kluczowych usług, w szczególności usług aplikacyjnych). Inaczej mówiąc, wbrew założeniom zamawiającego wskazane zadania nie są adekwatne do przedmiotu zamówienia i nie sprawdzają faktycznej gotowości odwołującego do realizacji Umowy.

Odwołujący Enterprise powołał się na wyrok KIO z dnia 5 grudnia 2008 r., w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 1362/08.

Określenie treści siwz wraz z załącznikami, w tym w szczególności z treścią Umowy w sprawie zamówienia, która zostanie podpisana z wybranym wykonawcą jest jednym z uprawnień zamawiającego wynikających z art. 36 ust. 1 pkt 16) ustawy .

W ocenie Odwołującego E. wskazane w dalszej części odwołania postanowienia Umowy, poza licznymi naruszeniami przepisów ustawy , naruszają także podstawowe zasady prawa cywilnego, takie jak zasadę swobody umów i zasadę równości stron stosunku cywilnoprawnego, a także stanowią nadużycie prawa podmiotowego. Powyższe potwierdza także stanowisko doktryny - jak wskazuje M. S. (Włodzimierz Dzierżanowski, Jarosław Jerzykowski, Małgorzata Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, LEX 2012): Dodatkowo, przez brak doprecyzowania postanowień Umowy, zamawiający doprowadził do sytuacji, w której wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia nie posiadają precyzyjnych informacji. Konsekwencją takiej sytuacji może być m.in. uzyskanie przez zamawiającego zamówienia za kwotę znacznie wyższą (ponieważ obejmującą wiele niesprecyzowanych elementów i ryzyk wymagających podwyższenia ceny oferty), niż ta, za którą mógłby uzyskać zamówienie przygotowując jednoznaczną i pozbawioną niejasności dokumentację postępowania, a w skrajnym przypadku konsekwencją powyższych naruszeń może być nawet niezłożenie ofert przez wykonawców zakwalifikowanych do przedmiotowego postępowania.

19

Na konieczność kształtowania przez zamawiających postanowień Umowy zgodnie z postanowieniami kodeksu cywilnego, wskazuje również liczne orzecznictwo KIO, między innymi w wyroku KIO z 31 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1758/11.

Odwołujący E. wskazał, że przedstawione poniżej postanowienia Umowy obciążają wykonawców rażąco niewspółmiernymi i niekorzystnymi obowiązkami, co jest bezpośrednim wynikiem jednostronnego ustanawiania przez zamawiającego bardzo uciążliwych dla odwołującego i wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wymagań.

Mając to na uwadze odwołujący wskazał, co następuje.

1. Zbyt krótki okres przejściowy.

Zgodnie z artykułem 16 ust. 1 Umowy zamawiający określił, że:

„Termin realizacji przedmiotu Umowy wynosi 48 miesięcy; przy czym rozpoczyna bieg od Dnia rozpoczęcia świadczenia Usług. Umowa wygasa również z chwilą wyczerpania limitu wynagrodzenia brutto należnego Wykonawcy, określonego w art. 7 ust 3. Z zastrzeżeniem postanowień niniejszego artykułu, Dzień rozpoczęcia świadczenia Usług nastąpi nie później niż w terminie 9 miesięcy od Dnia zawarcia Umowy, po uprzednim zgłoszeniu przez Wykonawcę w formie pisemnej gotowości do przejścia Usług utrzymania i podpisaniu przez

obie Strony Protokołu przekazania Usług utrzymania, chyba, że Strony w formie pisemnej uzgodnią inaczej".

Z powyższego wynika, że okres przejściowy ustalony przez zamawiającego wynosi 9 miesięcy od dnia podpisania Umowy w sprawie zamówienia. Odwołujący E. wskazał, że biorąc pod uwagę założenia przekazywanego systemu, zakres czynności, które musi w okresie przejściowym wykonać nowy wykonawca, ich pracochłonność oraz związane z działaniem wykonawcy ryzyka, wskazany termin należy uznać za niewystarczający. Standardem na rynku IT dla tak złożonych systemów jest okres tranzytacji długości 12 miesięcy. Okres przejściowy długości 9 miesięcy zwiększa potencjalne ryzyka projektowe po stronie odwołującego oraz wpływa na zwiększenie kosztów realizacji zamówienia. W skrajnym przypadku może uniemożliwić wykonawcy złożenie oferty w postępowaniu. Jednocześnie stawia w uprzywilejowanej pozycji dotychczasowego wykonawcę usług na rzecz zamawiającego, który w razie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, płynnie przejdzie do realizacji kolejnej Umowy -okres przejściowy w jego przypadku jest zbędny lub może być minimalny. W celu wyrównania szans pomiędzy dotychczasowym wykonawcą usług, a pozostałymi wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia (w tym Konsorcjum) zamawiający powinien wydłużyć okres przejściowy do 12 miesięcy.

Brak zobowiązania zamawiającego do współpracy z wykonawcą w procesie przekazania wiedzy oraz braku zobowiązania dotychczasowego dostawcy usług do zapewnienia rezultatu w postaci skutecznego przekazania wiedzy wykonawcy, a zatem obarczenie całkowitą

20

odpowiedzialnością kontraktową i finansową wyłącznie wykonawcy jak i ograniczenie prowadzenia procesu przekazania wiedzy do rozmiarów niewystarczających dla prawidłowego przeprowadzenia tegoż procesu przy uwzględnieniu wymaganego rozmiaru świadczenia usług.

Zamawiający przewiduje, że przeniesienie wiedzy w zakresie świadczenia usług odbędzie się pomiędzy dotychczasowym wykonawcą a nowo wybranym dostawcą - bez udziału zamawiającego. Dodatkowo, zgodnie z treścią art. 16 ust. 6 Umowy, przekazanie wiedzy ma być ograniczone jedynie do 100 osobodni, a także jest ograniczone pod kątem zakresu.

Ponadto, zamawiający nie zapewnia odpowiedniej jakości i prawidłowości dostarczanych przez dotychczasowego wykonawcę konsultacji w celu przekazania wiedzy, przerzucając jednocześnie całe ryzyko transferu wiedzy na nowego dostawcę (art 16 ust. 8 Umowy).

Powyższe zdaniem odwołującego E. oznacza, że zamawiający w rzeczywistości nie zapewnia żadnej realnej możliwości przejęcia przez nowego dostawcę wiedzy o systemie, którego utrzymanie jest przedmiotem zamówienia. Odwołujący bowiem zauważył, iż może dojść do sytuacji, że dotychczasowy wykonawca usług nie będzie zainteresowany rzetelnym przekazaniem wiedzy, a nowy wykonawca nie będzie miał żadnych narzędzi, aby wyegzekwować jego współpracę w tym zakresie.

Ograniczenie czasowe przekazania wiedzy (100 osobodni) w szczególności w porównaniu do wymaganego zespołu osobowego do świadczenia usług (80 osób) wydaje się być niewystarczające. Oznacza ono bowiem, że na jedną osobę świadczącą usługi dla zamawiającego przypada 1,2 osobodnia, co w kontekście bardzo szerokiego zakresu przedmiotowego postępowania przetargowego oraz jego wartości i odpowiedzialności wykonawcy, wydaje się wartością rażąco zaniżoną.

Dodatkowo wskazał, że zakres konsultacji, do udzielania których dotychczasowy dostawca jest zobowiązany na mocy obowiązującej go umowy nie przystaje do zakresu wymaganego dla skutecznego i prawidłowego przejęcia wiedzy przez nowego dostawcę i

świadczenia

usług objętych nową Umową.

Ponadto, jak wynika z przywołanych zapisów załącznika nr 2 do SWIZ, zamawiający ma na celu zwolnienie się z odpowiedzialności w przypadku nierzetelnego wykonania obowiązków przez dotychczasowego wykonawcę, zaś całkowitym ryzykiem i odpowiedzialnością z tego tytułu planuje obarczyć nowego wykonawcę.

Przy uwzględnieniu okoliczności, że dotychczasowym wykonawcą usług jest jeden z uczestników niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - tj. A. P.S.A., takie ukształtowanie zapisów siwz powoduje uprzywilejowanie tegoż wykonawcy, bowiem on, w przypadku gdyby to jemu udzielone zostało zamówienie publiczne, nie musiałby dokonywać przekazania wiedzy, a w konsekwencji nie ponosiłby ryzyk i odpowiedzialności,

wskazanych powyżej. Powyższe oznacza oczywiste uprzywilejowanie dotychczasowego wykonawcy usług, a więc naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

W tym kontekście odwołujący wskazał nadto, że A. P. S.A. jako dotychczasowy dostawca jest uprawniony do otrzymania wynagrodzenia za przekazanie wiedzy (za świadczenie, nie natomiast za rezultat). Podmiot przejmujący natomiast, zgodnie z warunkami siwz, nie będzie uprawniony do otrzymania wynagrodzenia z tytułu przejęcia wiedzy, co narusza ogólną zasadę dostępu do rynku. Dodatkowo po stronie A. P. S.A., jako dotychczasowego wykonawcy, w przypadku otrzymania przez ten podmiot zamówienia publicznego, nie wystąpi konieczność tranzykcji. W konsekwencji ten uczestnik postępowania nie będzie musiał wliczać do swojej oferty cenowej kosztów tranzykcji, co spowoduje, że oferty wykonawców nie będą możliwe do porównania, bowiem nie będą zawierały tych samych elementów cenotwórczych, a A. P. S.A. będzie w uprzywilejowanej pozycji względem pozostałych uczestników postępowania.

Każdy wykonawca, który nie jest dotychczasowym dostawcą usług, będzie musiał wliczyć w kwotę miesięcznego ryczałtu z tytułu usług utrzymania koszty związane z przejęciem wiedzy, jak i uwzględnić ryzyko związane z niepowodzeniem tranzykcji obciążające w całości wykonawcę. Wobec faktu, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy i płatne jest miesięcznie w jednakowej wysokości, koszty, o których mowa powyżej muszą być równomiernie rozłożone na wszystkie miesiące obowiązywania Umowy. Powyższe oznacza, że koszty tranzykcji zostaną pokryte w całości dopiero z upływem 48 miesięcy świadczenia usług, co w ocenie odwołującego stanowi nieuzasadnione kredytowanie zamawiającego. Odwołujący E. wskazał, że zgodnie z zapisami Umowy, tj. art. 14, i z przepisami powszechnie obowiązującego prawa, zamawiający może podjąć próbę rozwiązania Umowy bez wypowiedzenia w każdym czasie (na mocy art. 746 § 1 w zw. z art. 750 KC). W takim przypadku może dojść do sytuacji, w której wykonawca nie otrzyma w ogóle wynagrodzenia, nawet w przypadku przeprowadzenia tranzykcji w całości. Powyższe stanowi nieuzasadnione i nadmiarowe obciążenie wykonawcy i nie odpowiada zasadzie równowagi stron umowy, co znajduje potwierdzenie m.in. w wyroku KIO z 4 października 2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10, w wyroku z dnia 7 października 2013 r. (sygn. akt: KIO 2149/13, KIO 2152/13, KIO 2157/13, KIO 2161/13).

Dodatkowo wskazał na zapis art. 3 ust. 2 pkt 17) Umowy, który uniemożliwia wykonawcy prawidłowe skalkulowanie oferty, ze względu na okoliczność, że na tym etapie postępowania wykonawca nie ma żadnej możliwości oszacowania pracochłonności stworzenia i kompleksowości dokumentacji, o której mowa we wskazanym postanowieniu. Tym samym przepis ten narusza art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 ustawy.

Wskazane postanowienie Umowy zobowiązuje dostawcę do stworzenia i przekazania zamawiającemu w terminie 3 miesięcy od rozpoczęcia świadczenia usług „w całości know-

how, a także kompletu wszelkich procedur, niezbędnych dokumentów (zwłaszcza dokumentacji technicznej) oraz narzędzi (tj. oprogramowania, aplikacji, skryptów itd.), z których wykonawca lub podwykonawcy korzystają przy wykonywaniu czynności w ramach świadczenia Usług utrzymania objętych daną Metryką". Dokumenty te mają być stworzone w taki sposób, aby „umożliwiały zamawiającemu samodzielne, należyte i terminowe świadczenie Usług utrzymania w ramach każdej z Metryk, bez konieczności uzyskania jakichkolwiek rad, opinii czy wsparcia Wykonawcy lub innego podmiotu". Odwołujący E. wskazał, że przekazanie zamawiającemu całego know-how oraz wszelkiej dokumentacji w wymaganym zakresie nie jest możliwe w takim terminie. Zwrócenia uwagi wymaga, że wymagany termin to 3 miesiące od rozpoczęcia świadczenia usług, a więc od zakończenia tranzykcji. Połączenie oczekiwania przejęcia wiedzy od aktualnego dostawcy zamawiającego, bez żadnej gwarancji i odpowiedzialności ze strony zamawiającego za prawidłowość i kompletność przekazania wiedzy, za to przy wielu ograniczeniach, bez wynagrodzenia, przy jednoczesnym oczekiwaniu pełnego i kompletnego przekazania wiedzy zamawiającemu zaledwie w ciągu 3 miesięcy jest oczekiwaniem niewspółmiernym i obiektywnie - dla nowego dostawcy - niezwykle wymagającym. To do zamawiającego należy obowiązek umożliwienia nowemu wykonawcy przejęcia wiedzy, nie zaś na odwrót.

Powyższe nie dotyczy wykonawcy A. P. S.A., bowiem po stronie tego wykonawcy co do

zasady nie istnieje konieczność stworzenia procedur, dokumentacji i narzędzi, z których wykonawca korzysta przy świadczeniu usług i przeniesienia praw do tychże utworów na zamawiającego (bowiem wszystkie te elementy wykonawca A. P. S.A. już posiada), co ponownie wskazuje na uprzywilejowaną pozycję tego wykonawcy.

Zgodnie z art. 7 ustawy na zamawiającym ciąży obowiązek takiego sformułowania warunków postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, aby warunki te nie eliminowały określonej grupy wykonawców z udziału w postępowaniu, ani też aby nie stwarzały określonej grupie uprzywilejowanej pozycji. Tym bardziej takiej uprzywilejowanej pozycji nie można stwarzać określonemu wykonawcy, a taka uprzywilejowana pozycja została stworzona na korzyść dotychczasowego dostawcy. Zamawiający w celu dochowania zasady wynikającej z art. 7 ustawy zobowiązany jest zatem do takiego ukształtowania warunków postępowania, które niwelowałyby przewagę dotychczasowego dostawcy wynikającą z faktu świadczenia przez niego aktualnie usług objętych przedmiotowym postępowaniem.

Nadmierne wymagania w zakresie żądanych przez zamawiającego osób mających realizować przedmiotowe zamówienie oraz dokumentów związanych z realizacją zamówienia - Załącznik nr 10 do Umowy.

Zgodnie z wymaganiami postawionymi wykonawcom na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zamawiający wymagał dołączenia do wniosku listy 23 osób - specjalistów, którzy posiadają właściwe kompetencje do realizacji

23

przedmiotowego zamówienia. Pierwotnie, zamawiający również żądał dołączenia do wniosku listy 80 osób, jednak zmniejszył swoje wymagania w stosunku do personelu wykonawców. Odwołujący E. podkreślił, że istotą postępowań dwuetapowych jest weryfikacja podmiotowa wykonawcy na pierwszym etapie postępowania, a na kolejnym ocena ofertowanych przez niego produktów i usług (weryfikacja przedmiotowa). Zamawiający po raz kolejny, tylko na innym etapie postępowania, wraca do swoich wygórowanych i nadmiernych warunków w zakresie osób dedykowanych do realizacji zamówienia.

Wykonawca zwraca uwagę na okoliczność, że zgodnie z Artykułem 3 ust. 1 pkt 1 Umowy, zamawiający określił, że wykonawca oświadcza, że:

„posiada konieczną wiedzę, doświadczenie i kwalifikacje, a także odpowiedni potencjał ekonomiczny i techniczny oraz dysponuje osobami zdolnymi do wykonywania Dokumentów kontraktowych. Wykaz funkcji pełnionych przez Personel Wykonawcy oraz wymaganych dla tych funkcji wiedzy, doświadczenia i kwalifikacji, jak również listę tłumaczy oraz członków Personelu Wykonawcy przeznaczonego do realizacji Dokumentów kontraktowych, zgodna z wykazem osób zawartym we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz z ww. wykazem funkcji określa Załącznik 10”

Odwołujący podkreśla, że ww. listy nie są tożsame. Wykaz funkcji określony w załączniku nr 10 do Umowy jest ponad trzykrotnie bardziej obszerny od załączonego do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wykaz znajdujący się w załączniku nr 10 zawiera 39 funkcji i 80 osób, podczas gdy ten dołączony do wniosku zawierał wyłącznie 23 osoby/funkcje.

Jedynie na marginesie odwołujący zauważył, że sam termin obsadzenia funkcji konkretnymi osobami jest przez zamawiającego traktowany bardzo dowolnie. Według ww. artykułu 3 ust. 1 pkt 1 Umowy nazwiska dedykowanych specjalistów mają być skonkretyzowane i przypisane do funkcji jeszcze przed podpisaniem Umowy. Tymczasem zgodnie z Artykułem 3 ust 2 pkt 6 Umowy, wykonawca zobowiązuje się do:

„powołania z Dniem rozpoczęcia świadczenia Usług struktur organizacyjnych i stanowisk, obsadzenia ich odpowiednio kwalifikowanym Personelem oraz udzielenia przedstawicielom Wykonawcy odpowiednich do pełnionych ról pełnomocnictw i upoważnień określonych w Procedurach dla realizacji Umowy (Załącznik 2), Zasadach zlecania i odbioru Usług dodatkowych i jednostkowych zgłoszeń Usług serwisowych (Załącznik 9) oraz w Procedurach eksploatacyjnych”.

Dodatkowo, zgodnie z Załącznikiem nr 2 do Umowy, pkt 7 ppkt 1:

„Z Dniem zawarcia Umowy, dla każdej Usługi utrzymania opisanej Metryką Usługi Wykonawcy, Strony wyznaczają Osoby Wiodące Usług (po jednej osobie ze strony odpowiednio, Wykonawcy - Dostawcę Usługi IT i ze strony zamawiającego - Odbiorcę Usługi IT), których zadaniem jest bieżący nadzór nad poprawnym funkcjonowaniem Usług

24

utrzymania. Wykaz tych osób z przypisaniem do Metryk Usług Wykonawcy umieszczony będzie w rejestrze Osób Wiodących Usług, utrzymywanym i aktualizowanym przez zamawiającego".

To wewnętrzne sprzeczności, które mogą powodować nieprawidłowości na etapie realizacji Umowy.

Niezależnie od powyższego, odwołujący E. wskazał, że zwiększenie pierwotnych wymagań na obecnym etapie postępowania jest niedopuszczalne i stanowi nadużycie przez zamawiającego pozycji dysponenta postępowania w sprawie zamówienia, tym bardziej, że zamawiający już raz bardzo dokładnie zbadał potencjał osobowy odwołującego i pozostałych wykonawców.

W tym miejscu Wykonawca pragnie odwołać się do treści informacji o wyniku kontroli doraźnej UZP/DKD/KND/68/2010, w treści której jednoznacznie stwierdzono, że:

„zamawiający wymagał bowiem, by wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę, po rozstrzygnięciu postępowania, jednak nie później niż przed podpisaniem umowy na realizację przedmiotu zamówienia, przedstawił wykaz urządzeń radiowych (...)

Żądanie przedmiotowych dokumentów przed podpisaniem umowy oznacza także, że zamawiający uzależniał udzielenie przedmiotowego zamówienia od przedstawienia tych dokumentów przez wykonawcę, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą. (...)

Z dokonanych w trakcie kontroli ustaleń wynika, że zamawiający przewidział dodatkową weryfikację zdolności wykonawcy w zakresie dysponowania wymaganymi uprawnieniami i potencjałem technicznym, również po wyborze najkorzystniejszej oferty a przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. (...)

Reasumując należy stwierdzić, iż żądanie przedłożenia wskazanych dokumentów dopiero przed zawarciem umowy, a nie w wyniku ustanowienia stosownych warunków udziału w postępowaniu, skutkowało naruszeniem art. 22 ust 1 pkt 1 i 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy".

Powyższa kontrola dotyczyła więc sytuacji, w której zamawiający postanowił zweryfikować potencjał techniczny wykonawcy już przed upływem składania ofert, a więc analogicznie jak potencjał osobowy w przedmiotowym postępowaniu. Zdolności wykonawcy miały być weryfikowane już po wyborze oferty najkorzystniejszej, co uznano za całkowicie niedopuszczalne i naruszające przepisy ustawy .

W tym miejscu odwołujący E. podkreślił, że nie neguje potrzeby zweryfikowania przez zamawiającego, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i dysponuje odpowiednim personelem, jednak podkreślił, że obecny etap postępowania, a także etap po wyborze oferty najkorzystniejszej nie są właściwe do takich działań. Tym bardziej, że zamawiający znacznie poszerzył swoje wymagania w stosunku do tych stawianych wykonawcom na etapie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, czyniąc je

25

nadmiernymi. Jest to działanie sprzeczne z podstawowymi zasadami prowadzenia postępowań.

O nadmierności żądania świadczy chociażby okoliczność, że przy okazji poprzedniego zamówienia dotyczącego analogicznego przedmiotu zamówienia zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu polegający na dysponowaniu przez wykonawców zespołem około 80 specjalistów (podobnie jak czyni to teraz). W postępowaniu wpłynęła wyłącznie jedna oferta - oferta wykonawcy obecnie realizującego na rzecz zamawiającego usługę.

Oczekiwany poziom świadczenia usług (SLA).

Zgodnie z treścią załącznika nr 8 do Umowy zamawiający oczekuje, aby przez cały czas realizacji Umowy w sprawie zamówienia SLA było utrzymywane na poziomie 100%. SLA oznacza „Service Level Agreement”, a więc Umowa przewidująca SLA 100%, to nic innego jak Umowa, która przewiduje poziom świadczenia usług wynoszący 100%, a więc nie dopuszcza żadnego błędu bądź niedotrzymania ustalonych czasów działania. W praktyce jest to Umowa, w toku realizacji której wykonawca nie może nawet w najmniejszym stopniu dopuścić się jakiegokolwiek nieprawidłowości. Jest to, w ocenie odwołującego E., wymaganie obiektywnie niemożliwe w rozumieniu art. 387 § 1 KC, ponieważ wymaganie może zostać niedotrzymane na skutek okoliczności całkowicie niezależnych od wykonawcy i spowodowanych np. działaniami zamawiającego, czy osób trzecich, czy też innych przeszkód obiektywnych (np. zmiana jakichś regulacji prawnych), na które odwołujący nie będzie mieć wpływu. Wykonawca musi mieć jakikolwiek margines tolerancji, który nie spowoduje, że najmniejszy błąd w toku realizacji Umowy, nawet niezawiniony przez niego,

stanie się równoznaczny z nieprawidłową realizacją zamówienia.

Powołał poglądy doktryny Prawo zobowiązań - część ogólna, pod red. Ewy Łętowskiej, Warszawa 2006: Także orzecznictwo podnosi, iż fakt niemożności wykonania świadczenia przez żadnego z wykonawców stanowi umowę o świadczenie niemożliwe. Tak m.in. w wyroku Sądu Apelacyjnego w P. z dnia 27 maja 1992 r., I ACr 162/92, OSA 1992/12/90: Odwołujący podkreślił, że zamawiający powinien zostawić wykonawcom chociaż 1-2% margines tolerancji związany z poziomem SLA. Obecny kształt wymagań w tym zakresie niesie ze sobą zbyt duże ryzyko po stronie wykonawcy i uniemożliwia odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu.

Zakaz zatrudniania pracowników zamawiającego.

Zgodnie z treścią Artykułu 5 ust. 33-36 Umowy zamawiający oczekuje, że wykonawca zobowiąże się nie zatrudniać pracowników zamawiającego, którym zamawiający faktycznie powierzył wykonywanie obowiązków związanych z realizacją przedmiotu Umowy, przy czym zakaz ten dotyczy zarówno zatrudniania osób pozostających z zamawiającym w stosunku pracy w okresie trwania Umowy, jak również osób, których stosunek pracy ustał w okresie

26

trwania Umowy. Zamawiający nie zapewnił jednak jakichkolwiek informacji pozwalających na oszacowanie wykonalności tego zobowiązania czy jego zakresu, w szczególności nie przedstawił ani nie zobowiązał się do przedstawienia listy osób objętych takim zakazem. W ocenie odwołującego, zamawiający zawarł w Umowie postanowienia nadmierne, ale również nieprecyzyjne, niejasne i niedookreślone, takie jak „faktyczne powierzenie wykonywania obowiązków”. Takie formułowanie postanowień Umowy może budzić liczne wątpliwości interpretacyjne i nie daje wykonawcy możliwości oceny jakie osoby podlegają przedmiotowemu zakazowi. Fakt rzeczywistego powierzenia osobie przez zamawiającego wykonywania obowiązków może być nieznanym wykonawcy, a co za tym idzie nie ma on możliwości oceny czy dana osoba podlega zakazowi wskazanemu w przedmiotowym zapisie czy nie.

Odwołujący E. wskazał, że powołane postanowienie ma charakter dyskryminujący w odniesieniu do osób, wobec których ustał stosunek pracy z zamawiającym, wyrażony za pomocą sformułowania:

„Zakaz dotyczy zatrudniania osób pozostających z zamawiającym w stosunku pracy w okresie trwania Umowy, jak również osób, których stosunek pracy ustał w okresie trwania Umowy”

Powyższa kwestia jest niezwykle istotna z uwagi na fakt, że wiąże się bezpośrednio z obowiązkami wykonawców w Postępowaniu oraz ma wpływ na ich odpowiedzialność (m.in. z tytułu niezrealizowania/nieprawidłowego zrealizowania Umowy). Dodatkowo może zostać oceniona jako naruszająca w zasadę swobody zatrudnienia, bowiem może uniemożliwić pracownikowi zamawiającego podjęcie zatrudnienia u wybranego przez niego pracodawcy. Opisując przedmiot zamówienia zamawiający zobligowany jest przestrzegać podstawowych reguł przewidzianych w ustawie. Zgodnie z art. 29 ustawy, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Powołał wyrok Sądu Okręgowego w K. z dnia 23 czerwca 2008 r., sygn. akt XIX Ga 214/08, wyrok Sądu Okręgowego w G. z dnia 27 listopada 2006 r., sygn. akt III Ca 1019/06.

Aktualne postanowienia Umowy przez swoją niejasność i nieprecyzyjność naruszają art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy i prowadzą do sytuacji, w której zarówno zamawiający, jak i każdy z Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia może dokonać odmiennej ich wykładni, co jest całkowicie niedopuszczalne.

W tym miejscu odwołujący E. wskazał, że w przypadku dokładnego i jednoznacznego zdefiniowania/opisania wymagań mógłby zabezpieczyć się odpowiednio od przewidzianych przez Umowę ryzyk i rzetelnie skalkulować cenę oferty, która byłaby racjonalna i

27

ukształtowana na poziomie dającym odwołującemu możliwość dokonania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

6. Przenoszenie praw

Zgodnie z Artykułem 6 ust. 8 Umowy, zamawiający wskazał, że:

„Na terenie państw, których systemy prawne nie przewidują możliwości zbycia autorskich praw majątkowych, Wykonawca dokonuje na rzecz zamawiającego z momentem, o którym mowa w ust 3 najszerszego dopuszczalnego w danym systemie prawnym rozporządzenia tymi prawami lub, jeśli rozporządzenie nie jest dopuszczalne - obciążenia ich na rzecz zamawiającego - w ten sposób, by osiągnąć rezultat gospodarczy możliwie najbardziej zbliżony do przeniesienia autorskich praw majątkowych w zakresie, o którym mowa w ust. 3-7.”

Powyższe w ocenie odwołującego E. oznacza, że zakres przedmiotu Umowy w odniesieniu do zobowiązania wykonawcy dotyczącego majątkowych praw autorskich do utworów może być różny w zależności od tego kto będzie stroną Umowy zawartej z zamawiającym lub w zależności od tego, w jakim kraju powstanie utwór dostarczony zamawiającemu. Takie zróżnicowanie jest niedopuszczalne w rozumieniu prawa zamówień publicznych. Co więcej może ono wprost prowadzić do sytuacji w której złożone oferty będą zupełnie nieporównywalne z uwagi na to, że potencjalne zapewnienie przeniesienia majątkowych praw autorskich na zamawiającego będzie bez wątpienia bardziej kosztowne niż zapewnienie dla niego innych praw o słabszym skutku. Wprowadzanie takiego zapisu jest tym bardziej niezrozumiałe, iż Umowa w ramach przedmiotowego postępowania poddana jest prawu polskiemu, które dopuszcza możliwość przenoszenia majątkowych praw autorskich, co tym bardziej nie uzasadnia różnicowania zakresu zobowiązań poszczególnych wykonawców.

7. Odpowiedzialność za działania i zaniechania osób trzecich. Zgodnie z Artykułem 8 ust. 4 Umowy, zamawiający wskazał,

że:

„Zwolnienie się przez Wykonawcę z odpowiedzialności wymaga wykazania przez Wykonawcę, iż niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań stanowiących przedmiot Dokumentów kontraktowych wynika z:

- 1) niewykonania lub nienależytego wykonania przez zamawiającego zobowiązań określonych w Dokumentach kontraktowych lub wynikających ze Standardów IT ZUS lub Procedur eksploatacyjnych z przyczyn leżących wyłącznie po stronie Zamawiającego. lub
- 2) niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań przez osoby trzecie, za których działania zamawiający ponosi odpowiedzialność, w tym z niestosowania się przez te osoby do Standardów IT ZUS lub Procedur eksploatacyjnych z przyczyn leżących wyłącznie po stronie zamawiającego, lub

28

3) wyłącznie z działań osób trzecich, za które żadna ze Stron nie ponosi odpowiedzialności.

wymaga uprzedniego poinformowania zamawiającego o przyczynie uniemożliwiającej wykonywanie lub należyte wykonywanie zobowiązania w trybie art 6 ust 2 pkt 14, z zastrzeżeniem, że zwolnienie się przez Wykonawcę z odpowiedzialności za niedotrzymanie parametrów świadczenia Usług utrzymania, o której mowa w art. 9, odbywa się na zasadach określonych w Załączniku 2 (Procedura POI)”.

Powyższe w ocenie odwołującego oznacza, że wykonawcę obciąża odpowiedzialność powstała również na skutek:

- a) działań zamawiającego,
- b) działań podmiotów trzecich, za które działania zamawiający ponosi odpowiedzialność,

o ile doszło do nich z przyczyn chociażby częściowo leżących po stronie zamawiającego. Ograniczenie możliwości zwolnienia się przez wykonawcę z odpowiedzialności powstałej na skutek działań zamawiającego i jego partnerów handlowych jedynie w przypadku, w którym przyczyny leżą wyłącznie po stronie zamawiającego stanowi w ocenie odwołującego rażące nadużycie pozycji zamawiającego w postępowaniu i naruszenie zasady równowagi stron stosunku prawnego.

Brak dowolności zamawiających w kształtowaniu wzoru umowy, wynika z art. 14 ustawy . Cywilistyczny charakter umowy w sprawie zamówienia publicznego nie zezwala zatem zamawiającemu na kształtowanie jej treści z przekroczeniem granicy swobody umów zawartych w art. 353(1) KC.

Także orzecznictwo KIO wskazuje na brak całkowitej swobody zamawiającego w

kształtowaniu wzoru umowy. Takie stanowisko KIO zajęła m.in. w wyroku z dnia 27 grudnia 2011 r. sygn. akt 2649/11. Niezależnie od powyższego, wobec wszystkich przedstawionych okoliczności i jedynie na marginesie odwołujący E. podniósł również, że działania zamawiającego polegające na sprzecznym z przepisami ustawy ustaleniu treści Umowy naruszają również art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron odwołujący E. po zapoznaniu się z odpowiedzią zamawiającego na odwołanie oraz dokonaną modyfikacją treści siwz oświadczył, że cofa zarzuty oznaczone w odwołaniu jako 1, 2, 3 i 10, stąd Izba przedstawiając stanowisko procesowe zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie pominęła jako niesporne argumenty zamawiającego do zarzutów wycofanych.

29

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania i obciążenie odwołującego E. kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego. Zamawiający wskazał, że do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zastosowanie ustawy w brzmieniu obowiązującym przed nowelizacją ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. Na skutek dokonanej przez zamawiającego w dniu 22 maja 2017 r. modyfikacji postanowień siwz w tym wzoru umowy i jej załączników (pismo datowane na 19 maja 2017, znak:993200/271/IN-311/2017) część zapisów siwz będących podstawą formułowanych przez odwołującego E. w odwołaniu zarzutów uległo usunięciu lub całościowej modyfikacji

Czynność modyfikacji postanowień siwz, w tym wzoru umowy i jej załączników jest skuteczna z chwilą podania do publicznej wiadomości (opublikowania). W takiej sytuacji poprzednie zapisy tej dokumentacji stają się nieaktualne. Tym samym w chwili rozstrzygania odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą zdaniem zamawiającego, mamy do czynienia z innym stanem faktycznym, niż w chwili wniesienia odwołania. Oznacza to, że zarzuty na poprzednio obowiązujących postanowieniach siwz, po dokonaniu ich modyfikacji, straciły swoją aktualność, prowadząc do upadku podstawy faktycznej zarzutów i stały się bezprzedmiotowe. Zamawiający wskazał, iż działanie zamawiającego polegające na zmianie siwz po terminie wniesienia odwołania jest nie tylko uzasadnione ekonomią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ale również jest w pełni zgodne z przepisami prawa. Przepisy ustawy nie wiążą bowiem z wniesieniem odwołania na treść siwz skutku zawieszającego postępowanie. Skutek taki przewidziany jest jedynie w przypadku czynności zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zatem każda inna czynność w postępowaniu o zamówienie publiczne poza zawarciem umowy jest możliwa do podjęcia przez zamawiającego pomimo toczącego się postępowania odwoławczego. Zgodnie z art 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Oznacza to w ocenie zamawiającego,

że w sytuacji, gdy dokonana przez zamawiającego modyfikacja siwz uwzględniła żądanie lub postulat odwołującego E., rozpatrywanie zarzutu odnoszącego się do tego postanowienia staje się bezprzedmiotowe. Natomiast w przypadku zarzutów odnoszących się do częściowo zmodyfikowanych zapisów, o ile pozostają aktualne mimo zmiany brzmienia tych zapisów i nie zostały przez odwołującego E. cofnięte, powinny być rozpatrzone ale w odniesieniu do stanu ustalonego w toku postępowania, a więc stanu po dokonaniu modyfikacji a nie stanu poprzedniego. Rozstrzygnięcie co do zapisów siwz, które stały się nieaktualne i mają, co najwyżej znaczenie historyczne było działaniem Irracjonalnym i niecelowym. Co więcej, rozstrzygnięcie co do nieistniejących już zapisów siwz stoi w sprzeczności z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy, który do uwzględnienia odwołania wymaga stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Takiego wpływu na

30

pewno nie miały i nie będą mieć zapisy historyczne, które już w żaden sposób nie wiążą zarówno zamawiającego jak i uczestników postępowania.

Powyższe potwierdza m. in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 września 2015 r., KIO 2014/15, a także wyroki z dnia 2016-01-05, KIO 2707/15, z dnia 2015-12-04, KIO 2546/15 z dnia 2015-06-11, KIO 1124/15, z dnia 2015-10-27, KIO 2191/15.

W świetle powyższego dokonane przez zamawiającego w trakcie trwania postępowania modyfikacje siwz, w tym wzoru umowy i jej załączników, nie stanowią czynności podjętej przez zamawiającego równoznacznej z uwzględnieniem odwołania w trybie art 186 ust 2 ustawy .

Przepisy ustawy w brzmieniu sprzed nowelizacji nie przewidują częściowego uwzględnienia odwołania, a jedynie z taką czynnością zamawiającego wiążą się odpowiednie skutki prawne w postaci umorzenia odwołania. Skoro ustawodawca nie umożliwił zamawiającemu częściowego przyznania racji odwołującemu zamawiający w niniejszym postępowaniu odwoławczym podkreślił, iż nie dokonuje uwzględnienia odwołania lecz dokonuje czynności w postępowaniu w zakresie przewidzianym przez prawo.

Zamawiający zwrócił uwagę, iż czynności podjęte przez zamawiającego umożliwiają odwołującemu E. cofnięcie odwołania w trybie art 187 ust 8 ustawy w przypadku uznania, iż z uwagi na zmianę stanu faktycznego jego interes nie jest zagrożony.

Mając na uwadze powyższe w niniejszej odpowiedzi na odwołanie w części „uzasadnienie” zamawiający zaznaczył, które modyfikacje zostały dokonane w sposób zbieżny z żądaniami odwołującego E. i które przez to zarzuty należy uznać za bezprzedmiotowe. Jednocześnie w zakresie modyfikacji częściowych lub niezgodnych w całości lub w części z zarzutami odwołującego E., zamawiający wskazał te modyfikacje z jednoczesnym merytorycznym odniesieniem się do zarzutu odwołującego E.

Uzasadnienie Zarzuty dotyczące umowy w sprawie zamówienia publicznego

4. Zarzut zbyt krótkiego okresu przejściowego

Zamawiający wskazał, iż podany w art. 16 ust 1 umowy okres 9 miesięcy jest terminem wystarczającym do prawidłowego przejścia systemu w całości i świadczenia w jego ramach Usług utrzymania. odwołujący E. jako profesjonalista, mając odpowiednie zaplecze osób, potencjału wiedzy i doświadczenia powinien być w stanie w zaistniałych warunkach i okolicznościach dokonać sprawnego i pełnego przejścia systemu. Znamiennym jest, iż okres tranzytacji nie był w żaden sposób kwestionowany przez innych uczestników postępowania, którzy podobnie jak odwołujący E. złożyli odwołania na treść siwz, a którzy będą również zobligowani do przejścia systemu. zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem odwołującego E., iż standardem na rynku IT jest przejmowanie usług w okresie 12 miesięcy, W ocenie

31

zamawiającego na rynku IT pojawiają się znacznie krótsze okresy przejścia systemów I tak tytułem przykładu można przywołać chociażby postępowania dotyczące:

1. „Utrzymanie, modyfikacje i szkolenia dla systemu teleinformatycznego Elektroniczne Księgi Wieczyste (EKW)"} znak sprawy: BA-F-H-3710-12/17 oraz „Utrzymanie, modyfikacje i szkolenia dla systemu teleinformatycznego Krajowego rejestru Sądowego", znak sprawy BA-F-II-3710- 5/17 - prowadzone przez zamawiającego: Ministerstwo Sprawiedliwości.

zamawiający przyjął 30 dniowy okres przejściowy (liczony od przekazania kodów źródłowych i dokumentacji systemu (w obu przypadkach - Tom II siwz Wzór umowy § 2 ust. 20).

2. „Utrzymanie i rozwój systemu informatycznego Agencji ~ SIA (ZSZK, IACSplus, GIS, SIŻ,

PZISplus, PA)" - prowadzone przez zamawiającego: Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa. zamawiający, ustalił okres przejściowy na pierwsze 5 miesięcy obowiązywania umowy (Wzór umowy § 2 ust 5).

Zamawiający zgodził się z twierdzeniem, iż każdorazowo okres przejścia systemu wyznacza złożoność procesu przejścia, zastany stan systemu jak i stan posiadanej do niego dokumentacji. W przypadku niniejszego postępowania wobec dysponowania pełną i usystematyzowaną dokumentacją systemu jak i o dodatkową asystą wsparcia świadczoną przez zamawiającego i dotychczasowego wykonawcę usług, każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu jako podmiot profesjonalny, przy zachowaniu należytej staranności powinien być w stanie przejść w całości system w okresie nie dłuższym niż 9 miesięcy.

Okres przejścia Usług został wyznaczony przez pryzmat obiektywnych potrzeb zamawiającego, jako dysponenta zintegrowanego systemu informatycznego. System ten ma kluczowe i strategiczne znaczenie dla funkcjonowania systemu ubezpieczeń społecznych w kraju. Sprawne a zarazem możliwe szybkie przejście jest niezwykle potrzebne, aby zachować ciągłość pracy systemu i jego niezawodność przy wypłacie świadczeń. zamawiający pozostawia okres 9 miesięcy na zaznajomienie się z systemem, stopniowe lub

całościowe (w zależności od możliwości i umiejętności wykonawcy) przejścia Usług wsparcia

i utrzymania systemu, co jest okresem służącym w gruncie rzeczy wykonawcy, a nie zamawiającemu. Jest to czas, w którym zamawiający nie otrzyma ekwiwalentnych świadczeń bowiem nie otrzyma rezultatu w postaci kompleksowego utrzymania systemu. Wydłużanie tego okresu w żaden sposób nie leży w interesie zamawiającego. Okres przejściowy wyznaczony na okres aż 9 miesięcy (przy 48 miesiącach świadczenia Usług właściwych) pozwoli zdaniem zamawiającego wykonawcy prawidłowo przygotować się do pełnienia swoich funkcji, a przy dołożeniu należytej staranności oraz wiedzy i doświadczenia, jako profesjonalisty winien wystarczyć do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

32

Zamawiający wniósł o oddalenie żądania odwołującego Enterprise zmiany zapisu rozdziału VII siwz ust III pkt 3 ppkt 3.4.2. oraz art 16 ust. 1 umowy przez wydłużenie okresu przejmowania Usług z 9 miesięcy na 12 miesięcy.

5. Zarzut braku zobowiązania zamawiającego do współpracy z Wykonawcą w procesie przekazania wiedzy oraz braku zobowiązania dotychczasowego dostawcy usług do zapewnienia rezultatu w postaci skutecznego przekazania wiedzy Wykonawcy a zatem obarczenie Wykonawcy odpowiedzialnością kontraktową i finansową wyłącznie wykonawcy jak i ograniczenie prowadzenia procesu przekazania wiedzy do rozmiarów niewystarczających dla prawidłowego przeprowadzenia tegoż procesu przy uwzględnieniu wymaganego rozmiaru świadczenia usług (str. 20-23 Odwołania),

Zgodnie z art 16 ust 6 umowy zamawiający w ramach umowy zobowiązuje się zapewnić asystę obecnego wykonawcy usług w wymiarze 100 dni roboczych w celu przekazania wiedzy w zakresie świadczenia usług wsparcia i utrzymania systemu KSI. Zgodnie z art 16 ust 7 zamawiający zapewni wykonawcy transfer posiadanej przez niego wiedzy. Dodatkowo w art 4 ust 1 pkt 4, 6 zamawiający zobowiązuje się do zapewnienia możliwości korzystania przez wykonawcę z Konsultacji utrzymaniowych oraz zapewnienia współdziałania innych wykonawców w zakresie zgodnym z dokumentami kontraktowymi oraz Macierzą odpowiedzialności. Wykonawca będzie miał zatem do dyspozycji nieograniczone konsultacje ze strony zamawiającego, potrzebne konsultacje ze strony Innych wykonawców, a także dodatkowe konsultacje ze strony aktualnego wykonawcy świadczącego usługi utrzymania K. Zamawiający w tym miejscu podkreślił, że zobligowanie się do zapewnienia konsultacji dotychczasowego wykonawcy usług ma charakter ponadstandardowy jeżeli chodzi o umowy utrzymania systemów IT. Świadczenia te mają charakter dodatkowy i nie są konieczne do prawidłowego przejęcia Usług utrzymania.

Zamawiający wskazał, iż odwołujący E., jak i pozostali wykonawcy ubiegający się o to zamówienie, są podmiotami profesjonalnymi dysponującymi odpowiednimi potencjałami, w tym wiedzy i doświadczenia. Procedura przejęcia systemu, jak i świadczenie Usług utrzymaniowych w ramach umowy, winno nastąpić w oparciu o przekazaną i posiadaną na etapie realizacji umowy Dokumentację dotyczącą systemu K. w tym kody źródłowe, procedury eksploatacyjne, administracyjne dotyczące K. ZUS, standardy IT ZUS, dokumentację projektową w tym opis architektury K. ZUS. Wszelkie konsultacje w tym obecnego wykonawcy należy traktować jako elementy dodatkowe wspomagające wykonawcę, a nie zastępujące jego wiedzę czy warunkujące odpowiedzialność w ramach umowy.

Nie sposób jest zatem w ocenie zamawiającego uznać, że nieprzekazanie wiedzy lub nierzetelne przekazanie wiedzy przez obecnego wykonawcę usług może być traktowane jako działanie zwalniające z odpowiedzialności przejmującego system wykonawcy bowiem

33

ten, jako podmiot profesjonalny, winien we własnym zakresie dokonać odpowiedniego przejęcia w oparciu o przekazaną dokumentację systemu. Zobowiązanie obecnego wykonawcy umowy utrzymaniowej systemu K. do świadczenia konsultacji ma więc charakter dodatkowy i wspierający wykonawcę, a nie umożliwiający ograniczenie lub wyłączenie jego odpowiedzialności za zobowiązania umowne. Świadczenie dodatkowych usług konsultacyjnych ma jedynie wspomóc nowego wykonawcę we wdrożeniu się w system, a nie wyręczyć go ze zobowiązań umownych, których podejmuje się świadomie na własną odpowiedzialność i ryzyko otrzymując za to ekwiwalentne wynagrodzenie. Co więcej, w ocenie zamawiającego wymiar 100 dni roboczych na świadczenie konsultacji

przez dotychczasowego wykonawcę jest czasem wystraczającym do wsparcia i pomocy Wykonawcy w przejściu systemu. Zobowiązanie do świadczenia tego typu pomocy wynika z zawartej uprzednio umowy z umowy nr 1035478 z dnia 9 października 2013 r. dotyczącej wsparcia eksploatacji 1 utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego K. ZUS (Znak sprawy: TZ/370/4/13), zawartej z dotychczasowym wykonawcą (A. P. SA), za którą zamawiający zobowiązany będzie wyłożyć dodatkowe środki w kwocie przeszło 400 tys. zł. Wszelkie zmiany wymiaru czasu trwania konsultacji nie są zatem możliwe w ramach prowadzonego postępowania, bowiem zamawiający związany jest zapisami zawartej uprzednio ww. umowy. Nie zmienia to jednak faktu, iż na podstawie umowy zamawiający zobowiązał się do świadczenia wsparcia na rzecz wybranego wykonawcy oraz przekazania mu wiedzy w zakresie niezbędnym do świadczenia usług utrzymania. Przewidział również mechanizm wsparcia wykonawcy przez innych wykonawców, z którymi zamawiający zawarł umowy z zakresu IT zdefiniowane w umowie (Konsultacje utrzymaniowe).

W ocenie zamawiającego powyższe jednoznacznie wskazuje na to, że zamiarem zamawiającego nie jest obarczenie wykonawcy wszelkim niewspółmiernym ryzykiem jak i nałożeniem na niego niekorzystnych obowiązków. Wykonawca jako świadczeniodawca w ramach umowy, zgodnie z zasadami kontraktowymi winien ponosić pełną odpowiedzialność za swoje działania i zaniechania, a nie próbować tę odpowiedzialność przenieść na osoby trzecie. To on składając wniosek o udział w postępowaniu, a następnie ofertę oświadcza, że jest w stanie wykonać należycie przedmiot zamówienia, ma odpowiednie do tego kwalifikację i wiedzę. Nie powinien jednak oczekiwać, że ktoś inny mu tę wiedzę uzupełni lub przekaze i jednocześnie przejmie na siebie odpowiedzialność za jakość i skutek udzielonych konsultacji.

Zarzut dot. treści art. 3 ust 2 pkt 17 umowy dot. przekazania know-how wykonawcy świadczy o niezrozumieniu przez odwołującego E. treści kwestionowanego przepisu. Zamawiający wyjaśnia, że obowiązku przeniesienia w całości know-how, kompletu wszelkich procedur, niezbędnych dokumentów oraz narzędzi nie wymaga od wykonawcy wejścia w posiadanie całości know how wymaganej w ramach umowy w terminie 3 miesięcy od dnia rozpoczęcia

34

świadczenia usług ponieważ dotyczy on know-how wytworzonego w tym czasie przez wykonawcę. Zamiarem zamawiającego jest sukcesywne pozyskiwanie know-how, kompletu wszelkich procedur, niezbędnych dokumentów oraz narzędzi tworzonych w trakcie realizacji umowy przez wykonawcę w taki sposób, aby w okresie realizacji umowy tj. 48 miesięcy osiągnąć w całości ww. elementy. W terminie pierwszych 3 miesięcy z przyczyn oczywistych wykonawca nie będzie w stanie przekazać wymaganych dokumentów i know how ale jego obowiązkiem jest ich sukcesywne przekazywanie począwszy od 3 miesiąca rozpoczęcia świadczenia usług. W celu rozwiania wszelkich wątpliwości zamawiający dokonał modyfikacji art. art. 3 ust 2 pkt 17) w sposób, że w przypadku Know-how, procedur, dokumentów oraz narzędzi dotyczących Metryk rozliczanych i płatnych w okresach kwartalnych, przekazywanie zamawiającemu zaktualizowanych wersji ww. Know-how, procedur, dokumentów oraz narzędzi powinno nastąpić każdorazowo w ostatnim miesiącu kwartału kalendarzowego, a w ostatnim kwartale realizacji przedmiotu umowy w ostatnim miesiącu realizacji przedmiotu umowy. Tym samym obawy odwołującego E., iż nie zdoła wywiązać się z obowiązku przekazania całości Know-how, procedur, dokumentów oraz narzędzi już w pierwszym kwartale od rozpoczęcia świadczenia usług są całkowicie bezpodstawne.

Powyższe wymogi dotyczą każdego z wykonawców niezależnie, który z nich przejmie system. Wobec powyższego całkowicie niezasadne i niezrozumiałe są zarzuty odwołującego E. jakoby A. P. SA miało przewagę w tym zakresie, skoro każdy podmiot niezależnie od swojej pozycji w terminie 3 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia Usług przekaze w całości know-how do wytworzonych w tym czasie dokumentów. Argument, że dotychczasowy wykonawca posiada w większości wytworzoną dokumentację, a zatem i know how w żaden sposób nie wpływa na zakres zobowiązania wykonawcy.

Nie sposób jest też zdaniem zamawiającego uznać, że zamawiający sprecyzował przez to bliżej nieokreślone przez odwołującego E. „warunki postępowania” które eliminują określoną grupę wykonawców.

Zamawiający nadmieniał, iż warunki udziału w postępowaniu były

badane na innym jego etapie a czas na ich ewentualne zaskarżenie upłynął.

Zamawiający wniósł o oddalenie żądania zmiany zapisów art. 3 ust 2 pkt 17 umowy przez zobowiązanie wykonawcy do przekazania know how nie później niż w dniu zakończenia okresu świadczenia usług w ramach umowy. Zamawiający podkreślił ponownie w tym

miejscu, iż z uwagi na ogrom materiału do przekazania zależy mu na sukcesywnym pozyskiwaniu know how poczynając od 3 miesiąca rozpoczęcia świadczenia usług. Zamawiający wniósł również o oddalenie żądania zmiany zapisów art. 16 ust. 6 i 8 oraz art. 4 ust. 1 pkt 4 umowy z uwagi, iż ograniczenie odpowiedzialności wykonawcy za jakość przekazanych mu konsultacji jest żądaniem nadmiernym, za daleko idącym i niespełniającym celu umowy. Z uwagi na przedstawione wyżej argumenty, a także na pomocniczy i

35

dodatkowy charakter konsultacji wykonawca nie może wyłączać swojej odpowiedzialności wynikającej z umowy.

Dodatkowo podkreślił, iż zamawiający dokonał częściowej modyfikacji Załącznik nr 2 do siwz Wzór umowy, Art. 3 ust 2 pkt 17 w zakresie, w jakim wskazuje odwołujący E. w pkt. 5a na stronie 4 i 5 Odwołania przez usunięcie żądania uzyskania rezultatu w przekazywaniu know how „bez konieczności uzyskania jakichkolwiek rad, opinii czy wsparcia Wykonawcy lub Innego podmiotu”. Zapis otrzymuje brzmienie:

Załącznik nr 2 do siwz Wzór umowy, Art. 3 ust. 2 pkt 17) otrzymuje brzmienie:

BYŁO:

17) „ (...) w ramach wynagrodzenia, o którym mowa w art 7 ust 3, każdorazowego utrwalania (w tym sporządzania stosownych pisemnych opisów) i przekazywania zamawiającemu, w terminie trzech miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług w ramach danej Metryki (w tym również każdej z nowych Metryk powołanych w czasie obowiązywania umowy), zgodnie z procedurą PO 17 z Załącznika 2, całości Know-how, a także kompletu wszelkich procedur, niezbędnych dokumentów (zwłaszcza dokumentacji technicznej) oraz narzędzi (tj. oprogramowania, aplikacji, skryptów etc), z których Wykonawca lub podwykonawcy korzystają przy wykonywaniu czynności w ramach świadczenia Usług utrzymania objętych daną Metryką. Przekazane przez Wykonawcę Know-how, procedury, dokumenty i narzędzia, o których mowa w zdaniu poprzedzającym będą pozwalać zamawiającemu na samodzielne, należyte i terminowe świadczenie Usług utrzymania w ramach każdej z Metryk, bez konieczności uzyskania jakichkolwiek rad, opinii czy wsparcia Wykonawcy lub innego podmiotu i będą zawierać w szczególności:

- a) Kody źródłowe do ww. narzędzi, przekazane zamawiającemu zgodnie z Załącznikiem 15, który stosuje się odpowiednio,
- b) dokumentację techniczną o utrzymywanych przez Wykonawcę narzędziach, c) dokumentację dotyczącą środowiska IT wspierającego utrzymywane narzędzia,
- d) informacje niezbędne do wykonywania diagnozy Incydentów oraz ich rozwiązywania (w tym informacje o znanych Błędach, stosowanych Obejściach, wykorzystanie bazy Rozwiązań),
- e) narzędzia i skrypty wspierające administrowanie (wytworzone przez Wykonawcę, jak i przez podmioty trzecie, z których ma prawo korzystać Wykonawca),
- f) informacje niezbędne do realizacji zadań wsparcia procesów, realizowanych przez Wykonawcę w ramach Metryk,
- g) informacje niezbędne do realizacji zadań serwisowych, realizowanych przez Wykonawcę w ramach Metryk,
- h) dokumentację techniczną, dokumentację użytkową, instrukcje stanowiskowe, procedury administrowania oraz eksploatacyjne,

36

Wykonawca jest zobowiązany do bieżącej aktualizacji ww. Know-how, procedur, dokumentów oraz narzędzi i do sporządzania i przekazywania każdorazowego zamawiającemu zaktualizowanych wersji ww. Know-how, procedur, dokumentów oraz narzędzi w terminie 14 dni od dnia każdorazowego wprowadzenia jakiegokolwiek zmiany w ww. Know-how, procedurach, dokumentach lub narzędziach. Przekazanie kompletu ww. Know-how, procedur, dokumentów i narzędzi (w tym ich aktualizacji) przez Wykonawcę stwierdzone jest przez podpisanie przez zamawiającego bez uwag Protokołu odbioru Know-how, procedur, dokumentacji, narzędzi zgodnie z art. 3 ust 2 pkt. 17 umowy, jeżeli ww. Know-how, procedury, dokumenty lub narzędzia stanowią Utwór bądź zawierają Utwór, do którego autorskie prawa majątkowe przysługują Wykonawcy, Wykonawca z chwilą ich udostępnienia zamawiającemu przenosi na zamawiającego majątkowe prawa autorskie do

ww. Utworów oraz prawo do zezwalania na wykonywanie praw zależnych do Utworów na zasadach określonych w art 6. Ponadto Wykonawca przenosi na zamawiającego prawo do korzystania i rozporządzania ww. Know-how, w tym zawartym w ww. procedurach, dokumentach lub narzędziach na zasadach określonych w art 6, Wykonawca zobowiązuje się uzyskać od twórców Utworów upoważnienie do niewykonywania względem zamawiającego, jego następców prawnych oraz osób przez niego upoważnionych, autorskich praw osobistych w jakimkolwiek zakresie. Art 3 ust 5 oraz art 6 stosuje się odpowiednio."

JEST:

17) „ (...) w ramach wynagrodzenia, o którym mowa w art 7 ust. 3, każdorazowego utrwalania (w tym sporządzania stosownych pisemnych opisów) i przekazywania zamawiającemu, w terminie trzech miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług w ramach danej Metryki (w tym również każdej z nowych Metryk powołanych w czasie obowiązywania umowy), zgodnie z procedurą PO 17 z Załącznika 2, całości Know-how, a także kompletu wszelkich procedur, niezbędnych dokumentów (zwłaszcza dokumentacji technicznej) oraz narzędzi (tj. oprogramowania, aplikacji, skryptów etc), z których Wykonawca lub podwykonawcy korzystają przy wykonywaniu czynności w ramach świadczenia Usług utrzymania objętych daną Metryką, z zastrzeżeniem, że w przypadku Know-how, procedur, dokumentów oraz narzędzi dotyczących Metryk rozliczanych i płatnych w okresach kwartalnych, przekazywanie zamawiającemu zaktualizowanych wersji ww. Know-how, procedur, dokumentów oraz narzędzi nastąpi w ostatnim miesiącu pierwszego pełnego kwartału kalendarzowego, za który Wykonawca wystawi fakturę z tytułu świadczenia usług w ramach tych Metryk. Przekazane przez Wykonawcę Know-how, procedury, dokumenty i narzędzia, o których mowa w zdaniu poprzedzającym będą pozwalać zamawiającemu na należyte i terminowe świadczenie Usług utrzymania w ramach każdej z Metryk i będą zawierać w szczególności:

a) Kody źródłowe do ww. narzędzi, przekazane zamawiającemu zgodnie z Załącznikiem 15, który stosuje się odpowiednio,

37

- b) dokumentację techniczną o utrzymywanych przez Wykonawcę narzędziach,
- c) dokumentację dotyczącą środowiska IT wspierającego utrzymywane narzędzia,
- d) informacje niezbędne do wykonywania diagnozy Incydentów oraz ich rozwiązywania (w tym informacje o znanych Błędach, stosowanych Obejściach, wykorzystanie bazy Rozwiązań),
- e) narzędzia i skrypty wspierające administrowanie (wytworzone przez Wykonawcę, jak i przez podmioty trzecie, z których ma prawo korzystać Wykonawca),
- f) informacje niezbędne do realizacji zadań wsparcia procesów, realizowanych przez Wykonawcę w ramach Metryk,
- g) informacje niezbędne do realizacji zadań serwisowych, realizowanych przez Wykonawcę w ramach Metryk,
- h) dokumentację techniczną, dokumentację użytkową, instrukcje stanowiskowe, procedury administrowania oraz eksploatacyjne.

Wykonawca jest zobowiązany do bieżącej aktualizacji ww. Know-how, procedur, dokumentów oraz narzędzi i do sporządzania i przekazywania każdorazowego zamawiającemu zaktualizowanych wersji ww. Know-how, procedur, dokumentów oraz narzędzi w terminie 14 dni od dnia każdorazowego wprowadzenia jakiejkolwiek zmiany w ww. Know-how, procedurach, dokumentach lub narzędziach. Przekazanie kompletu ww. Know-how, procedur, dokumentów i narzędzi (w tym ich aktualizacji) przez Wykonawcę stwierdzone jest przez podpisanie przez zamawiającego bez uwag Protokołu odbioru Know-how, procedur, dokumentacji, narzędzi zgodnie z art 3 ust 2 pkt 17 umowy, z zastrzeżeniem, że w przypadku Know-how, procedur, dokumentów oraz narzędzi dotyczących Metryk rozliczanych i płatnych w okresach kwartalnych, przekazywanie zamawiającemu zaktualizowanych wersji ww. Know-how, procedur, dokumentów oraz narzędzi nastąpi każdorazowo w ostatnim miesiącu kwartału kalendarzowego, a w ostatnim kwartale realizacji przedmiotu umowy w ostatnim miesiącu realizacji przedmiotu umowy. Jeżeli ww. Know-how, procedury, dokumenty lub narzędzia stanowią Utwór bądź zawierają Utwór, do którego autorskie prawa majątkowe przysługują Wykonawcy, Wykonawca z chwilą ich udostępnienia zamawiającemu przenosi na zamawiającego majątkowe prawa autorskie do ww. Utworów oraz prawo do zezwalania na wykonywanie praw zależnych do Utworów na zasadach określonych w art 6. Ponadto Wykonawca przenosi na zamawiającego prawo do korzystania i rozporządzania ww. Know-how, w tym zawartym w ww. procedurach, dokumentach lub

narzędziach na zasadach określonych w art. 6. Wykonawca zobowiązuje się uzyskać od twórców Utworów upoważnienie do niewykonywania względem zamawiającego, jego następców prawnych oraz osób przez niego upoważnionych, autorskich praw osobistych w jakimkolwiek zakresie. Art 3 ust 5 oraz art 6 stosuje się odpowiednio."

38

6. Zarzut nadmiernych wymagań w zakresie żądanych przez zamawiającego osób mających realizować przedmiotowe zamówienie oraz dokumentów związanych z realizacją zamówienia- Załącznik nr 10 (str. 23-26 Odwołania)

Zamawiający dokonał następujących modyfikacji wzoru umowy:

W Art. 8 Załącznika nr 2 do siwz Wzór umowy zostaje dodany w ust. 1 pkt 8a) o następującym brzmieniu:

8a) „przedstawienia kompletnego wykazu Personelu Wykonawcy spełniającego wymagania wskazane w Załączniku 10, w wysokości 10.000,00 PLN (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia;"

W Art. 16 Załącznika nr 2 do siwz Wzór umowy zostaje dodany ust 3as w następującym brzmieniu:

ust 3a. „W terminie 30 dni od dnia zawarcia umowy, Wykonawca przedstawi w formie pisemnej zaktualizowany wykaz Personelu Wykonawcy przeznaczonego do realizacji Dokumentów kontraktowych, w tym również w zakresie funkcji i osób nie podlegających weryfikacji na etapie oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Personel Wykonawcy musi spełniać wymagania określone w Załączniku 10. W przypadku gdy wykaz Personelu Wykonawcy nie spełnia wymagań określonych w Załączniku 10 zamawiający w terminie 7 dni wzywa Wykonawcę do jego uzupełnienia. Wezwanie nie powoduje spoczywania terminu określonego w zdaniu pierwszym."

W Załączniku nr 2 do siwz Wzór umowy w Art. 13 ust. 2 zostaje dodany pkt 41, w następującym brzmieniu:

3) „(...) opóźnienie w przekazaniu kompletnego wykazu Personelu Wykonawcy spełniającego wymagania wskazane w Załączniku 10, przekracza 21 dni."

Jednocześnie zamawiający zaznaczył, że zgodnie z treścią modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu z dnia 22 października 2015 r. nr 2015/S 205-372348 informował wykonawców o zespole, jaki będzie wymagany do realizacji przedmiotu zamówienia. Wówczas zapis ten nie był kwestionowany przez odwołującego, mimo że miał już informację o tym, że na etapie zawarcia umowy zamawiający będzie wymagał przedstawienia zespołu liczącego min. 80 osób.

Zgodnie z ww. modyfikacją Ogłoszenia pkt 10 brzmi następująco:

„ Zamawiający zastrzega sobie uprawnienie żądania od wykonawców zapewnienia, najpóźniej do chwili podpisania umowy, dedykowanego zespołu osób (do stałej dyspozycji) przez czas trwania umowy. W skład zespołu, liczącego, co najmniej 80 osób, obok osób wykazywanych dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu będą wchodziły osoby o kwalifikacjach niezbędnych dla wykonywania usług objętych przedmiotem zamówienia, w tym jedna lub więcej osób do pełnienia w szczególności następujących funkcji: technolog utrzymania usług aplikacyjnych, technolog przetwarzania interakcyjnego, technolog

39

przetwarzania portalowego, technolog systemu z/OS, technolog baz danych Informix, technolog baz danych MS SQL, technolog systemów Microsoft, konsultant wdrożeniowy, konsultant wdrożeń bezpośrednich, trener szkoleniowy, menedżer usług serwisowych, diagnosta, programista dla potrzeb serwisu oprogramowania, specjalista ds. środowisk testowych, technolog business intelligence",

Zatem przedmiotowy zarzut zdaniem zamawiającego należy uznać za spóźniony. Na marginesie dodał, iż żądanie dedykowanego zespołu specjalistów do obsługi tak newralgicznego systemu jak K. nie jest wymaganiem szczególnym i nie powinno być traktowane jako wtórne kwalifikowanie wykonawcy w ramach warunków udziału w postępowaniu. Podobne wymagania stawiane są w większości postępowań związanych z utrzymaniem i obsługą systemów informatycznych w tym min. w postępowaniach „Utrzymanie, modyfikacje i szkolenia dla systemu teleinformatycznego Elektroniczne Księgi Wieczyste (EKW)", znak sprawy; BA-F-II-3710-12/17 oraz „Utrzymanie, modyfikacje i

szkolenia dla systemu teleinformatycznego Krajowego rejestru Sądowego", znak sprawy BA-F-II-3710-5/17 - prowadzone przez zamawiającego: Ministerstwo Sprawiedliwości.

W wyniku wyżej cytowanej modyfikacji zamawiający zmienił wymagania co do czasu przedstawienia zespołu dedykowanych specjalistów z daty przed podpisaniem umowy na datę 30 dni od dnia zawarcia umowy. Tym samym zamawiający odsunął w czasie wymóg skompletowania listy osób, które będą realizowały zamówienie, Zdaniem zamawiającego 30 dniowy termin jest terminem najdalej posuniętym. Zamawiający przypomniał, że w tym samym terminie strony ustalą Koncepcję przejmowania usług. Zasadne jest zdaniem zamawiającego, aby wykonawca kształtując treść Koncepcji przejęcia Usług, która będzie regulowała sposób przejmowania zadań związanych z realizowaniem umowy przez okres 9 miesięcy, wiedział jakim zespołem będzie dysponował. Nie ulega wątpliwości, że zaangażowani w proces przejęcia usług będą specjaliści, którzy następnie będą realizować zamówienie. Tym samym wymóg przedłożenia listy tych osób na tym etapie nie jest nadmiernym ani nie narusza zasad uczciwej konkurencji.

Wobec powyższego zamawiający wniósł o nierozpatrywanie przedmiotowego zarzutu jako spóźnionego. Ewentualnie, z ostrożności o jego oddalenie jako bezpodstawnego.

7. Zarzut dotyczący oczekiwanego poziomu świadczenia usług (SLA) (str. 26-27 Odwołania) Zarzut w ocenie zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający wskazał, iż prawidłowe i bezawaryjne działanie systemu K. wymuszone jest newralgicznym i strategicznym znaczeniem dla systemu ubezpieczeń społecznych w kraju. System ten jest odpowiedzialny za pobór składek oraz właściwe ustalenie i dystrybucję świadczeń socjalnych dla wszystkich ubezpieczonych w ramach tego systemu. Zamawiający mając na uwadze specyfikę posiadanego systemu i jego rolę ustalił SLA na poziomie 100%. Poziom ten dotyczy świadczenia usług serwisowych i konsultacji utrzymaniowych określonych w Załączniku nr 8.

40

Zamawiający podniósł, iż zarzuty odwołującego E. jakoby ustalenie poziomu SLA na poziomie 100% jest niemożliwe do uzyskania przez co czyni to świadczenie nieważne zgodnie z art. 387 § 1 kodeksu cywilnego nie zasługuje na uwzględnienie. „Świadczenie jest obiektywnie niemożliwe, jeśli nie może go spełnić nie tylko dłużnik, ale każda inna osoba. Niemożliwość świadczenia skutkująca nieważnością umowy musi nadto istnieć w chwili jej zawarcia oraz mieć charakter trwały (nieprzemijający), co oznacza, że wedle rozsądnych ludzkich oczekiwań świadczenie nie stanie się możliwe w niedalekiej przyszłości (tak: Wyrok Sądu Apelacyjnego w S. - I Wydział Cywilny z dnia 28 kwietnia 2016 r., sygn. akt I ACa 1146/15). Aby zatem powołać się na ten przepis należy wykazać obiektywną niewykonalność świadczenia przez kogokolwiek (por. wyrok SN z dnia 18 maja 2011 r., sygn. akt III CSK 217/10; Kidyba A. (red.) Kodeks cywilny, Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna, wyd. II, LEX 2014). Wykonawca w żaden sposób nie wykazał, dlaczego 100 % SLA jest niemożliwe do spełnienia, podczas gdy ustalenie dostępności tego parametru na poziomie 99% w jego ocenie będzie już wystarczające.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 8 grudnia 2011 roku sygn. akt KIO 2544/11 to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania nadmierności lub niemożliwości spełnienia warunku postawionego przez zamawiającego.

Zamawiający podkreślił, że 100% SLA nie dotyczy dostępności systemu, ale usunięcia 100% incydentów w określonym w czasie. Pojedynczy incydent może być powodem globalnej awarii uniemożliwiającej realizowanie statutowych działań ZUS. Każdy nawet najmniejszy incydent może zakłócić poważnie pracę systemu i przełożyć się na inne awarie, toteż wymagane jest 100% gotowości w przejmowaniu zgłoszeń i rozwiązywania incydentów. Zamawiający z przyczyn obiektywnych nie może się zgodzić na „nierozwiązywanie” kilku procent błędów ponieważ nawet 1% nierozwiązanych błędów wpływa negatywnie na funkcjonowanie K. Utrzymanie 100% SLA wymagane jest jedynie dla obsługi incydentów (oznacza

że przez

jakiś czas usługa będzie niedostępna na czas rozwiązywania incydentów) dla pozostałych metryk SLA są niższe tak jak wymienione w Załączniku nr 3.

Tym czasem wykonawca wskazuje jedynie, iż dotrzymanie usług serwisowych i konsultacyjnych na poziomie 100 % będzie niemożliwe nie wskazując dlaczego, ani nie podając ani jednego dowodu na poparcie swoich twierdzeń. W ocenie zamawiającego świadczenia serwisowe i konsultacyjne wymienione w załączniku nr 8 są możliwe do spełnienia i nie stanowią świadczenia niemożliwego bowiem określają one jedynie gotowość wykonawcy do przyjęcia i naprawy błędów w określonych przedziałach czasowych jak i

konsultacji utrzymaniowych np. dla konsultacji utrzymaniowych:

Czas konsultacji ≤ 110 godzin Czas liczony od momentu wysłania zapotrzebowania przez CS wykonawcy do momentu przekazania do CZ zamawiającego rezultatu Konsultacji i jest

41

pomniejszany o okresy jego wstrzymania - Spełnienie wartości parametru dla 100%Zapotrzebowań

Przy czym Usługa świadczona jest w dni robocze w godzinach 08:00-16:00, Spełnienie parametru na poziomie 100 % dotyczy przyjęcia zgłoszenia w powyższym czasie, tj. w dni robocze w godzinach 8:00 - 16:00 jak i przesłania rezultatu konsultacji w czasie mniejszym niż 110 godzin (4 pełne doby).

W przypadku usług serwisowych wymagalność na poziomie 100% dotyczy min. obsługi incydentów tj:

Parametry usługi kategoria ODI.OB1, nazwa parametru - Incydent Niski, wartość parametru ≤ 110 godzin sposób spełnienia / opis parametru Czas liczony od momentu wysłania

Zgłoszenia do CS Wykonawcy do momentu zakończenia obsługi Zgłoszenia przez Wykonawcę w ramach usługi, definicja spełnienia parametru – Spełnienie wartości

parametrów dla 100% Zgłoszeń,

Symbol parametru ODI.OB2, nazwa parametru- Incydent Krytyczny, , wartość parametru ≤ 12 godzin sposób pomiaru/opis parametru - UU2017__USM_ODI,tj. do czasu przekazania przez Wykonawcę skutecznego Rozwiązania i jest pomniejszany o okresy jego wstrzymania.

Symbol parametru ODI.OB3 nazwa parametru - Incydent Krytyczny (wsad), wartość parametru- ≤ 6 godzin, sposób pomiaru, opis parametru - Czas liczony od momentu wysłania Zgłoszenia do CS Wykonawcy do momentu zakończenia obsługi Zgłoszenia przez Wykonawcę w ramach usługi UU2017__USM_ODI,tj. do czasu przekazania przez Wykonawcę skutecznego Rozwiązania i jest pomniejszany o okresy jego wstrzymania, definicja spełnienia parametru – spełnienie wartości parametrów dla 100% zgłoszeń.

Parametry usługi UU2017JJSM. ODI rozliczane są zgodnie z kalendarzem jej świadczenia dla Zgłoszeń obsługiwanych i rozliczanych w kontekście usług; UU.WSADJD, UU_WSAD_S; UU_WSAD_P; UU_WSAD_PUW, UU_MWD#GQ,

UU_PIN#00; UU_PUB#00; UU_RDB#00, UU_WAO#00; UUJPUB_TER#00,

UU_WAO_TER#00, UU_DBF#00,UU_DBF_TER#00

parametry rozliczane są w trybie 24/7/365,

O ile spełnienie takich parametrów może być trudne i uciążliwe dla wykonawcy to z pewnością w ocenie zamawiającego nie przesądza o tym że jest to świadczenie niemożliwe do wykonania. zamawiający ma świadomość wystąpienie ewentualnych trudności w utrzymaniu poziomu świadczenia usług na poziomie 100% ale z pewnością poziom ten nie przesądza o braku obiektywnej możliwości jego utrzymania. Jest to poziom wysoki i wymagający zaangażowania ze strony Wykonawcy ale uzasadnionym z uwagi na charakter zamówienia i z pewnością nie jest to poziom niemożliwym do utrzymania.

42

Na marginesie wskazał, że zamawiający zastrzegł tak wysokie parametry utrzymania usługi jedynie w tych zakresach, w których jest to niezbędne. Dla szeregu usług realizowanych w ramach umowy poziomy dostępności tych usług są określone na znacznie niższym poziomie np.:

Wsparcie utrzymania Usługi UUJPUB #00

W tym miejscu zamawiający przedstawił symbole parametru, nazwę parametru wartość parametru, metodę pomiaru parametru i definicję poziomu utrzymania, gdzie wartość parametru przyjęto jako ≥ 90% i 94%

Wsparcie utrzymania UsługiJJUJ3ZW#00

W tym miejscu zamawiający przedstawił symbole parametru, nazwę parametru wartość parametru, metodę pomiaru parametru i definicję poziomu utrzymania, gdzie wartość parametru przyjęto jako ≥ 80% i 98 % oraz 3 godziny

Wsparcie utrzymania Usługi UUJDBF#00

W tym miejscu zamawiający przedstawił symbole parametru, nazwę parametru wartość parametru, metodę pomiaru parametru i definicję poziomu utrzymania, gdzie wartość

parametru przyjęto jako $\geq 94\%$ i 48 godzin.

Zamawiający zaznaczył, że żądanie odwołującego E. zmiany poziomu SLA na 98% jest żądaniem w żaden sposób nieuzasadnionym w świetle jedynej argumentacji że 100% jest niemożliwe do utrzymania. Wykonawca nie wskazał żadnego dowodu na możliwość utrzymania SLA na poziomie 98 % ani nie wskazał dlaczego akurat ten poziom będzie w jego ocenie możliwy a zarazem odpowiadający wymogom i potrzebom zamawiającego.

8. Zarzut dotyczący zakazu zatrudniania pracowników zamawiającego (str. 27-28 odwołania).

Zarzut odwołującego E. jest zdaniem odwołującego bezpodstawnym, zamawiający nie dopatruje się w zapisach art 5 ust. 33-36 umowy naruszenia art 29 ustawy przez nieprecyzyjne określenie przedmiotu zamówienia jak i rzekomej możliwej odmiennej

wykładni zapisu przewidującego zakaz zatrudniania pracowników zamawiającego, Zamawiający podkreślił, że sformułował jasny i precyzyjny zapis, który uniemożliwia odmienne jego interpretacje. Zakaz zatrudniania pracowników i byłych pracowników zamawiającego podyktowany jest troską o utrzymanie zatrudnienia osób posiadających odpowiednią wiedzę i kwalifikację oraz koniecznością zachowania poufności danych i informacji powstałych przy wykonywaniu czynności związanych z realizacją umowy i potencjalnego konfliktu interesów stron. Oczywiście wydaje się, że dany pracownik lub współpracownik jednej ze stron umowy, mając wiedzę dotyczącą strategii biznesowej tej strony, nie może być jednocześnie przedstawicielem drugiej strony. Zapisy wskazane przez zamawiającego są powszechnie stosowane i nie powodują skutków, których doszukuje się odwołujący E. Sam zakaz zatrudniania konkretnych osób - jasno określonych i

43

sprecyzowanych nie powoduje ograniczenia konkurencji lub nierównego traktowania wykonawców, a doszukiwanie się tutaj potencjalnych dyskryminacji jednostkowych wykracza poza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co więcej, żądanie odwołującego E. nakazujące przekazanie listy pracowników zamawiającego jest żądaniem sprzecznym z ustawą o ochronie danych osobowych ponadto jest też żądaniem niemożliwym do spełnienia. To na wykonawcy ciąży obowiązek zbadania i ustalenia przed zawarciem umowy z konkretną osobą czy nie wiąże jej stosunek pracy z zamawiającym. Co do zasady każdy pracodawca uzyskuje uprzednio zgodę kandydata do przetwarzania jego danych osobowych i ma prawo ustalić z jakimi podmiotami wcześniej lub równoległe wiąże ich stosunek prawny. Przekazanie potencjalnej listy osób, które faktycznie wykonują obowiązki związane z realizacją przedmiotu umowy przez zamawiającego jest niemożliwe z uwagi, iż każdorazowo zamawiający musiałby uzyskiwać zgodę na przetwarzanie danych osobowych i przekazanie informacji konkretnym podmiotom (nie tylko odwołującemu E.). Po drugie stworzenie potencjalnej listy pracowników lub byłych pracowników, którzy odeszli lub zamierzają w bliższej lub dalszej przyszłości zmienić pracę jest niemożliwe do ustalenia.

Reasumując wykonawca dysponuje wystarczającymi narzędziami do ustalenia osób będących pracownikami zamawiającego jak i spełnienia zobowiązań wynikających z art 5 ust 33-36 umowy. Żądanie sposobu zmiany zapisów w sposób zaproponowany przez wykonawcę jest irracjonalny i niemożliwy do spełnienia. Powyższe zapisy spełniają oczekiwania zamawiającego jako dysponenta postępowania, zabezpieczają należyte interesy i odpowiadają wymogom prawa wobec czego brak jest podstaw do ich usunięcia.

9. Zarzut dotyczący przenoszenia praw autorskich (str. 28-29 Odwołania)

Wykonawca zarzuca zamawiającemu bezpodstawne różnicowanie wykonawców w zależności od kraju jego pochodzenia lub kraju pochodzenia oferowanych przez niego produktów. Zapis wskazany w art 6 ust. 8 umowy przewiduje dokonanie najszerszego

dopuszczalnego w danym kraju rozporządzenia prawami zamiast przeniesienia autorskich praw majątkowych do wytworzonych w ramach umowy utworów. Zapis ten po pierwsze nie ma celu nieuprawnionego różnicowania wykonawców i powodowania nieporównywalności ich ofert ale dostosowania wymogów w zakresie przeniesienia autorskich praw majątkowych do wiążącego strony umowy systemu prawnego. Zamawiający nie neguje, że Umowa jako całość podlega prawu polskiemu, lecz możliwe jest że nie wszystkie utwory wytworzone w jej ramach będą podlegały wyłącznie temu reżimowi prawnemu. Zakres obowiązków wykonawcy w ramach umowy jest bardzo szeroki i obejmuje wykonanie różnych utworów. Zamawiający w art. 6 ust. 3 umowy zastrzegł, że w przypadku wytworzenia w wyniku realizacji Dokumentów kontraktowych jakichkolwiek Utworów, w tym np. programów

Oprogramowanie użytkowe lub Narzędzia Wspomagające zarządzanie IT), dokumentów (w szczególności wchodzących w skład lub modyfikujących Dokumentację autorską lub Dokumentację zamawiającego) lub innych Produktów, Wykonawca przenosi na zamawiającego, autorskie prawa majątkowe do tych Utworów, z dniem udostępnienia ich zamawiającemu w jakikolwiek sposób, bez ograniczenia co do czasu lub terytorium, w zakresie i na polach eksploatacji określonych w ust 4.

Nie ulega wątpliwości że podmioty biorące udział w postępowaniu podlegają prawu polskiemu (w postępowaniu biorą udział polskie spółki kapitałowe zweryfikowane i wybrane w pierwszym etapie postępowania). Zapis ten nie różnicuje zatem pozycji prawnej wykonawców i nie tworzy odmiennych zapisów powodujących ich podziały podmiotowe. Każdy z nich zobowiązany jest do przeniesienia majątkowych praw autorskich do utworów wytworzonych w polskim reżimie prawnym. Co do zasady możliwe jednak jest, że dany utwór wytworzony lub przekazany w ramach umowy np. element oprogramowania komputerowego, narzędzi wspomagających lub Produktów będzie podlegał reżimowi innego państwa i wówczas w zależności od tych regulacji może być hipotetycznie niemożliwy do przeniesienia w drodze zbycia majątkowych praw autorskich. Wówczas na mocy kwestionowanego przepisu konieczne będzie przeniesienie do niego możliwe najszerszych praw, najbardziej zbliżonych do przeniesienia majątkowych praw autorskich według polskiego reżimu. Takiego typu zapisy częstokroć pojawiają się w umowach dotyczących dóbr transgranicznych, i nie mają na celu dyskryminacji czy nierównego traktowania wykonawców, lecz należyte zabezpieczenie interesów zamawiającego. Dzięki takim zapisom w przypadku pojawienia się elementów, co do których nie będzie możliwe przeniesienie praw zgodnie z art. 6 ust. 3 umowy, zamawiający będzie mógł egzekwować prawa najdalej idące aby właśnie jak najbardziej zrównać pozycję wykonawców oferujących różne dobra. Zapis taki należałoby zatem rozpatrywać w kategoriach zabezpieczenia zamawiającego w postaci uzyskania zamierzonego skutku (uzyskania majątkowych praw autorskich), a w przypadku z gdy z przyczyn obiektywnych i od niego niezależnych będzie to niemożliwe, do uzyskania praw równie daleko idących lub równoważnych.

Wbrew twierdzeniom odwołującego E. regulacja art 6 ust 8 umowy wzmacnia więc zasadę równego traktowania wykonawców i próbuje zrównać pozycje wszystkich wykonawców składających oferty. Wobec powyższego domaganie się przez wykonawcę usunięcia zapisu art. 6 ust 8 umowy jest w ocenie zamawiającego całkowicie bezpodstawne.

Sygn. akt 881/17

Odwołujący A. zarzucił zamawiającemu przez dokonanie w/w czynności naruszenie następujących przepisów: art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, art. 29 ust. 1 ustawy, art. 91 ust. 1 i 2 ustawy, art. 139 ust. 2 ustawy, art. 140 ustawy, art. 144 ustawy oraz innych przepisów

45

wskazanych w uzasadnieniu odwołania. Naruszenie powyższych przepisów może doprowadzić w konsekwencji do naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji siwz w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu przez zmianę wskazanych zapisów w sposób wskazany w niniejszym odwołaniu

W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 ustawy), odwołujący A. żąda od zamawiającego dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania.

Odwołujący A. wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż wskazane w odwołaniu niezgodne z prawem postanowienia siwz powodują, że odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty i tym samym utraci szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący A. może zatem ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu. Gdyby nie sprzeczność z prawem objętych odwołaniem postanowień siwz, odwołujący mógłby złożyć ofertę, uzyskać zamówienie - a następnie należycie realizować zamówienie. Ustalenie przez zamawiającego przedmiotowej treści siwz uniemożliwia odwołującemu udział w postępowaniu.

Ponadto - w wyniku w/w naruszeń przepisów ustawy może dojść do następczego

unieważnienia postępowania - co także naraziłoby odwołującego na poniesienie szkody. Odwołujący A. został zaproszony do składania ofert. W dniu 21 kwietnia 2017 roku otrzymał od zamawiającego siwz. Po zapoznaniu się z treścią siwz odwołujący stwierdził, iż szereg postanowień siwz narusza przepisy prawa, a zatem wniesienie odwołania stało się konieczne.

1. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, Rozdział II. Opis przedmiotu zamówienia i termin wykonania; pkt i Przedmiot zamówienia ppkt 5) oraz Załącznik nr 2 do siwz „Umowa na usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania K. ZUS”, art. 2 ust. 5) W siwz we wskazanym punkcie zamawiający określa przedmiot zamówienia w zakresie

Usług serwisowych, których świadczenia oczekuje od wykonawcy:

„5) Świadczenie Usług serwisowych na zasadach określonych w Załączniku 8 Wzoru umowy, obejmujących:

- a) obsługę, w tym diagnozowanie Incydentów w zakresie objętym umową,
- b) serwis Oprogramowania wspomagającego eksploatację i zarządzanie K.,
- c) serwis Oprogramowania użytkowego.”

Analogiczny zapis znajduje się także w art. 2 ust. 5) umowy.

Odwołujący A. wskazał, że wymienione trzy pozycje nie obejmują pełnego zakresu usług określonego przez zamawiającego w Załączniku 8 do umowy „Zakres i poziom świadczenia Usług serwisowych oraz Konsultacji utrzymaniowych”, w którym przedstawiono Metryki wszystkich usług serwisowych, które świadczyć ma wykonawca.

46

Opis przedmiotu zamówienia zawarty w siwz oraz opis przedmiotu umowy zawarty w art. 2 umowy jest niespójny z Załącznikiem 8 do umowy. W Załączniku 8 zawarto opis aż 9 usług, z czego w grupie Usług serwisowych finansowanych w ramach wynagrodzenia z tytułu świadczenia Usług utrzymania lub Usług wsparcia procesów zarządzania IT znajdują się metryki usług:

- a) Obsługa incydentów,
 - b) Konsultacje utrzymaniowe,
- natomiast w grupie Usług serwisowych niefinansowanych w ramach wynagrodzenia z tytułu świadczenia Usług utrzymania lub Usług wsparcia procesów zarządzania IT - płatnych za jednostkowe zgłoszenie znajdują się metryki usług:

- a) Parametryzacja narzędzi wspomagających zarządzanie IT,
- b) Raportowanie specjalistyczne,
- c) Opracowanie konfiguracji i przeprowadzenie instalacji na potrzeby zautomatyzowanego przetwarzania wsadowego wTWS,
- d) Wsparcie przy realizacji akcji podatkowej dla świadczeń emerytalno-rentowych,
- e) Wsparcie przy realizacji akcji podatkowej dla komórek zasiłków,
- f) Wsparcie przy realizacji akcji masowej waloryzacji świadczeń emerytalno-rentowych,
- g) Wsparcie przy realizacji akcji informowania ubezpieczonych o stanie konta.

Przedmiot zamówienia zawarty w siwz oraz przedmiot umowy zawarty w art. 2 umowy odnosi się wyłącznie do jednej usługi opisanej w Załączniku 8 do umowy, mianowicie do usługi Obsługi incydentów, w ramach której świadczony jest serwis Oprogramowania wspomagającego eksploatację i zarządzanie K. oraz serwis Oprogramowania użytkowego. Brak jest usługi Konsultacji utrzymaniowych oraz usług serwisowych płatnych za jednostkowe zgłoszenie.

Taki podział Usług serwisowych znajduje się również w Formularzu cenowym, w pkt. V Załącznika nr 1 do siwz. Wycena Usług serwisowych obejmuje wycenę usług finansowanych w ramach wynagrodzenia z tytułu świadczenia Usług utrzymania lub Usług wsparcia procesów zarządzania IT, jako składowa wyceny tych usług (dotyczy Obsługi Incydentów oraz obsługi Konsultacji utrzymaniowych) oraz „świadczenie Usług serwisowych zgłaszanych jednostkowo na zasadach określonych w Załączniku 8 do Wzoru umowy”.

Jednocześnie w art. 7 ust. 8 umowy zamawiający odnosi się do „wynagrodzenie z tytułu świadczenia Usług serwisowych, o których mowa w art.2 pkt 5 płatnych za jednostkowe zgłoszenie” pomimo, faktu, że w artykule 2 nie ma mowy o tego typu usługach. Takie usługi pojawiają się również w Załączniku 9 do Wzoru umowy w pkt IV „ZASADY ZLECANIA I ODBIORU DLA JEDNOSTKOWYCH ZGŁOSZEŃ Z METRYK USŁUG SERWISOWYCH NIEFINANSOWANYCH W RAMACH USŁUG UTRZYMANIA LUB USŁUG WSPARCIA PROCESÓW ZARZĄDZANIA IT”

47

Kolejna niespójność dotycząca zakresu Usług serwisowych pojawia się we wzorach dokumentów zawartych w Załączniku 12 umowy. Wzory dokumentów znajdujące się w punktach 15A, 15B, 15C odnoszą się do Usług serwisowych zgłaszanych jednostkowo. Jednak w Załączniku 8 jest siedem takich usług, a wzory raportów odnoszą się tylko do 3 z nich. Dodatkowo Wzór 25: Miesięczny raport zbiorczy niedotrzymania parametrów Usług w pozycji 5 zawiera „Parametry Usług serwisowych płatnych ryczałtowo”. Takich usług nie ma zarówno w przedmiocie zamówienia, jak i w Załączniku 8 do umowy.

W Załączniku 16 do umowy „Struktura wynagrodzenia wykonawcy oraz zasady obniżania wynagrodzenia” w pkt II ppkt 2) zamawiający przewiduje „wynagrodzenie ryczałtowe z tytułu świadczenia Usług serwisowych (...)”, jednak w Części A w Tabeli „Struktura Wynagrodzenia” brak jest takiej pozycji.

Odwołujący A. zatem przyjął, że brak wskazania w przedmiocie zamówienia, zarówno w siwz jak i we Wzorze umowy, Usług serwisowych płatnych za jednostkowe Zgłoszenie oraz wskazanie tylko jednej usługi finansowanej w ramach Usług utrzymania lub Usług wsparcia procesów zarządzania IT (Obsługa Incydentów), a pominięcie drugiej usługi - Konsultacje Utrzymaniowe, jest błędem siwz, przy czym błąd ten należy usunąć, bo obecnie siwz jest wewnętrznie sprzeczny - co narusza art. 29 ust. 1 ustawy. Wykonawca sporządzając ofertę nie wie, które postanowienia siwz ma uwzględnić. Zaś wobec sprzeczności zapisów siwz, nie jest możliwe jednoczesne uwzględnienie wszystkich w/w zapisów.

Powoduje to niemożliwość sporządzenia i złożenia oferty, ze względu na brak możliwości poprawnej wyceny usług serwisowych. Sprzeczne zapisy powodują nieokreśloność przedmiotu zamówienia i przedmiotu umowy co narusza przepis art. 29 ust. 1 ustawy.

Odwołujący Asseco wniósł o uzupełnienie i ujednolicenie zapisów siwz przez:

1) Usunięcie w siwz w Rozdziale II pkt I ppkt 5) oraz w art. 2 ust. 5) umowy zapisu:

„5) Świadczenie Usług serwisowych na zasadach określonych w Załączniku 8 Wzoru umowy, obejmujących:

- a) obsługę, w tym diagnozowanie Incydentów w zakresie objętym Umową,
- b) serwis Oprogramowania wspomagającego eksploatację i zarządzanie KSi
- c) serwis Oprogramowania użytkowego.”

oraz zastąpienie go zapisem:

„5) Świadczenie Usług serwisowych na zasadach określonych w Załączniku 8 Wzoru umowy, obejmujących:

- a) Usługi serwisowe finansowane w ramach wynagrodzenia z tytułu świadczenia Usług utrzymania lub Usług wsparcia procesów zarządzania IT, w tym:
 - 1). obsługa Incydentów, obejmująca serwis Oprogramowania wspomagającego eksploatację i zarządzanie K. oraz serwis Oprogramowania użytkowego, ii. konsultacje utrzymaniowe.
- b) Usługi serwisowe płatne za jednostkowe Zgłoszenie.”

48

2) Usunięcie z pkt II Załącznika 16 do umowy podpunktu 2:

„2) wynagrodzenie ryczałtowe z tytułu świadczenia Usług serwisowych, o których mowa w Art. 2 pkt 5), pomniejszone o ewentualne obniżenia wynagrodzenia, naliczone zgodnie z metodą opisaną w Części B”.

Ujednolicenie nazewnictwa innych postanowień siwz, w których mowa o Usługach serwisowych.

Uzupełnienie brakujących wzorów dokumentów w Załączniku 12 do umowy dla wszystkich Usług serwisowych znajdujących się w Załączniku 8 do Wzoru umowy.

Poprawienie Wzoru 25 w Załączniku 12 do umowy przez usunięcie pozycji 5 „Parametry Usług serwisowych płatnych ryczałtowo

Postanowienia dotyczące zmiany umowy niezgodne z regulacjami ustawy Prawo zamówień publicznych:

Załącznik nr 1 do siwz, Oferta, pkt V Formularz Cenowy/ Umowa art. 12 ust 6-11, Załącznik nr 2 do umowy „Struktura organizacyjna i procedury dla realizacji umowy”, lit B „Procedury ogólne”, pkt 11 „P011: Procedura zmiany Standardów ITZUS oraz Procedur eksploatacyjnych”

Prawo zamówień publicznych, przez brzmienie przepisów Działu IV umowy w sprawach zamówień publicznych wyraźnie reguluje, iż regułą jest niezmienność umowy zawartej w trybie tej ustawy, zaś każda zmiana umowy jest sytuacją wyjątkową.

W art. 140 ust. 1 PZP ustawodawca wyraźnie określił, że zakres świadczenia wykonawcy

wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Wynika z tego, że wykonawca jest po prostu zobowiązany wykonać to, co zostało określone w ofercie za wynagrodzenie w tej ofercie określone. Zamawiający zaś nie jest uprawniony do dokonywania zmian w tym zakresie, gdyż zmiany takie byłyby sprzeczne z brzmieniem art. 140 ust. 1 PZP. Co więcej - w art. 144 ust. 1 PZP sformułowano ogólną zasadę zakazu zmian postanowień umowy. Dopiero w dalszej części przepisu wskazując na dopuszczalne wyjątki, kiedy taka umowa może zostać zmieniona. Żadna jednak ze zmian umowy - ze swej istoty - nie może być dokonywana jednostronnie przez zamawiającego. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie kształtuje bowiem w tym zakresie żadnych uprawnień zamawiającego, a zatem - zgodnie z art. 14 PZP zastosowanie w tym zakresie mają przepisy Kodeksu Cywilnego, zgodnie z którym jakakolwiek zmiana umowy możliwa jest tylko za obopólną zgodą stron. Sąd Najwyższy w składzie 7 sędziów w uzasadnieniu uchwały z dnia 22 maja 1991 roku, sygn. akt III CZP 15/91 wskazał: "Zgoda obydwu stron jest oczywistym wymogiem tak przy zawarciu umowy, jak i przy zmianach jej treści, stąd też nawet przy najdalej idących ułatwieniach w realizacji inicjatywy zmian (jak np. w art. 385(3) k.c.) pozostawiona jest drugiej stronie możliwość odmowy zgody na zmiany. Natura umowy gospodarczej i

49

generowanego przez nią stosunku sprowadza się generalnie do tego, że wyraża ona i pozwala realizować interes każdej ze stron, ponieważ zaś interesy te bywają przeciwstawne, istotę umowy stanowi uzgodnienie woli stron, wyrażając ich interesy. (...) W tym stanie rzeczy za sprzeczne z naturą umowy gospodarczej należy uznać pozostawienie w ręku tylko jednej strony możliwości dowolnej zmiany jej warunków. (...) Klauzula umowna dopuszczająca dokonywanie jednostronnej zmiany w dowolnym czasie takich umów narusza zasadę słuszności kontraktowej, nie zezwalając na dopuszczenie takiego reżimu umownego, w którym z zasady realizowałoby się interesy jednej, z uszczerbkiem interesów drugiej ze stron umowy. Byłoby to zatem sprzeczne z zasadami współżycia społecznego." Tymczasem zamawiający w wielu zapisach umowy ukonstytuował korzystne dla siebie uprawnienie do jednostronnej zmiany umowy. W Załączniku nr 1 do siwz - Oferta w Formularzu ofertowym zamawiający trzykrotnie (str. 27, 30 i 31) zastrzegł: „zamawiający zastrzega możliwość rezygnacji z dowolnego, wskazanego przez zamawiającego zakresu Usług utrzymania objętych Metrykami Usług wykonawcy oraz poziomu świadczenia Usług serwisowych. Mechanizm zmian został opisany w siwz, w szczególności w Załączniku 2 Struktura organizacyjna i procedury dla realizacji umowy." Postanowienie to w sposób oczywisty narusza w/w przepisy, gdyż zamawiający dowolnie może zmieniać treść umowy i to w zakresie bardzo istotnym, tj. zakresu zamówienia. Skutkuje to tym, że wykonawca nie jest w stanie sporządzić oferty, gdyż obecne zapisy siwz zawierają postanowienia, które uniemożliwiają dokonanie jej wyceny. Inaczej bowiem każdy przedsiębiorca szacuje cenę zamówienia, gdy ma pewność, że zrealizuje je w całości, a inaczej - jeśli w dacie składania oferty nie wie, czy wykona całość usług, czy też może tylko 50%. Każda bowiem cena za usługę zawiera w sobie zarówno koszty zmienne, jak i koszty stałe. Jeśli wykonawca miałby pewność wykonania całości zamówienia, to wie, jak należy rozdzielić koszty stałe na wszystkie elementy zamówienia. Przy braku takiej pewności - oszacowanie ceny oferty jest po prostu niemożliwe. Analogiczną kwestię możliwości zmiany zakresu umowy przez jednostronne oświadczenie analizowała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 24/14 z dnia 22 stycznia 2014 roku. Zamawiający zamieścił w Umowie artykuł 12 o tytule „Zmiany umowy”. Jednakże znaczna część postanowień tego artykułu nie kształtuje przesłanki zmiany zgodnej z art. 144 ust. 1 PZP, tj. przewidzenia zmiany umowy w siwz. Zdaniem odwołującego część postanowień art. 12 umowy ma na celu jedynie nieuzasadnione uprzywilejowanie zamawiającego. I tak w art. 12 w ust. 6 pkt 3), 5) i 6) oraz w ust. 11 zamawiający wprost wskazuje, że zmiany umowy określone w tych punktach nie mogą spowodować podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy. Odwołujący A. podkreślił, że zmiany umowy uregulowane we wskazanych punktach mogą spowodować zarówno zwiększenie, jak i zmniejszenie zakresu umowy.

50

Odwołujący rozumie, że w sytuacjach wskazanych w powyższych postanowieniach umowy

konieczna będzie zmiana umowy i Strony będą ustalać warunki takiej zmiany, mając na uwadze słuszny interes obu Stron. Niedopuszczalne jest w jego ocenie zastrzeżenie już na etapie siwz, że niezależnie od charakteru zmiany wykonawcy nie będzie przysługiwało większe wynagrodzenie, odpowiednie do zwiększonego zakresu świadczonych usług. Postanowienia te naruszają art. 29 ust. 1 ustawy, zgodnie z powyżej wskazaną argumentacją - siwz nie zawiera wszystkich informacji niezbędnych do sporządzenia oferty. Wykonawca nie jest w stanie oszacować ceny oferty, jeśli zapisy siwz stanowią, że zakres jego zobowiązań może się zwiększyć, a jednocześnie z całą pewnością nie zwiększy się wynagrodzenie za realizację tych usług.

Zamawiający dołączył do siwz szereg załączników, które opisują przedmiot zamówienia - są to m.in. załączniki - Załącznik 18 „Opis Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych” oraz Załączniki 3, 4, 5, 8 i 13 określające zakres i treść Metryk Usług wykonawcy oraz struktura Macierzy odpowiedzialności. Załączniki te określają zobowiązania wykonawcy i na ich podstawie wykonawca będzie sporządzał ofertę, w tym szacował cenę oferty, określał ryzyka projektowe, planował skład zespołu oraz organizację realizacji zamówienia. Treść tych załączników jest podstawowym dokumentem dla określenia zakresu zobowiązania wykonawcy i treści jego oferty. Tymczasem zamawiający w art. 12 w ust. 7 - 9 wskazał, że treść w/w załączników dołączona do siwz właściwie nie ma znaczenia dla realizacji zamówienia. Zamawiający wprost wskazał, że już po złożeniu ofert, na etapie rozpoczęcia świadczenia Usług czy też nawet w trakcie świadczenia Usług, będzie samodzielnie zmieniał treść w/w załączników. Co więcej - zamawiający wskazał, że nie będzie to zmiana umowy. Odwołujący A. stawia zatem pytanie - jeśli nie będzie to zmiana umowy, to czym będzie taka zmiana? Oraz - który dokument będzie określał zakres zobowiązania wykonawcy? W art. 12 ust. 7 umowy zamawiający zamieścił następującą klauzulę: „zamawiający zastrzega, iż z uwagi na ciągły dynamiczny rozwój i niezbędne modyfikacje K. ZUS, treść Załącznika 18 „Opis Kompleksowego Systemu informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych” ma wyłącznie charakter informacyjny i przedstawia aktualny, na dzień sporządzenia siwz, stan Systemu K. ZUS.” I znów nasuwa się pytanie - jeśli treść Załącznika 18 ma charakter informacyjny, to w którym innym postanowieniu siwz zamawiający zrealizował obowiązek określony art. 29 ust. 1 ustawy, który nałożył na zamawiającego ustawodawca, tj. obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Odwołujący nie odnalazł w innych postanowieniach siwz takiej treści, a zatem należy przyjąć, że zamawiający po prostu nie opisał w ogóle przedmiotu zamówienia.

Odwołujący A. wskazał w tym miejscu, że analogiczna sytuacja - tj. brak opisu systemu informatycznego w siwz w postępowaniu prowadzonym przez ZUS - był już uprzednio przedmiotem najpierw odwołania, a następnie skargi. Sąd Okręgowy w W. w wyroku z dnia 19 grudnia 2016 roku, sygn. akt XXIII Ga 780/16 potwierdził niedopuszczalność takich zapisów siwz:

„Zdaniem Sądu Okręgowego stanowisko A. było w pełni uzasadnione, a contrario stanowisko Zakładu Ubezpieczeń Społecznych całkowicie bezzasadne. Przesądza o tym treść akapitu trzeciego przedmiotowego załącznika, który brzmi następująco:

„Lektura Załącznika nie zastępuje samodzielnego zapoznania się przez wykonawcę z dokumentacją Systemu oraz kodem aplikacji składających się na System. W przypadku jakichkolwiek rozbieżności pomiędzy treścią Załącznika a treścią dokumentacji Systemu znaczenie rozstrzygające ma treść dokumentacji. Zamawiający zastrzega ponadto możliwość błędów, opuszczeń lub omyłek w treści Załącznika - w przypadku stwierdzenia niezgodności treści Załącznika ze stanem faktycznym, obowiązujący dla wykonawcy będzie faktyczny stan Systemu i jego dokumentacji.”

Treść ta, w ocenie odwołującego A. stanowi jaskrawe naruszenie art 29 ust 1 ustawy. Opis nie jest wyczerpujący, jeśli mowa jest o dokumencie, który stanowi mniej niż pół procenta całości. Przedmiot zamówienia opisany jest w sposób nie tylko nie jednoznaczny, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, lecz w sposób niedopuszczalny.

Sąd Okręgowy nie mógł usankcjonować przerzucenia przez zamawiającego ciężaru odpowiedzialności na wykonawcę za brak możliwości dostępu do pełnej dokumentacji oraz kodów źródłowych czy też za błędy, opuszczenia i omyłki w tej dokumentacji przygotowanej

przez zamawiającego. Nie potrzeba wiadomości specjalnych, aby wymagać pełnej dokumentacji, zwłaszcza dotyczącej tak dużej i ważnej nie tylko dla uczestników zamówienia publicznego lecz także dla obywateli RP."

Kolejnym przykładem zmiany umowy niezgodnie z zasadami ustawy Prawo zamówień publicznych jest przepis art. 3 ust. 2 pkt 9 i 10 umowy, w którym zamawiający zobowiązuje wykonawcę do:

„9) przestrzegania Standardów IT ZUS przekazanych wykonawcy do stosowania.

zamawiający może dokonywać zmian w Standardach IT ZUS, zgodnie z procedurą określoną w Procedurach dla realizacji umowy. W takim przypadku zamawiający przekaze wykonawcy informację o zmianach w Standardach IT ZUS przed dniem ich wejścia w życie;

10) przestrzegania Procedur eksploatacyjnych zamawiającego, przekazanych wykonawcy do stosowania. zamawiający może dokonywać zmian w Procedurach eksploatacyjnych, zgodnie z procedurą określoną w Procedurach dla realizacji umowy. W takim przypadku zamawiający

52

przekaze wykonawcy informację o zmianach w Procedurach eksploatacyjnych przed dniem ich wejścia w życie;"

W Załączniku nr 2 do umowy lit. B pkt 11 znajduje się procedura POII dotycząca zmiany Standardów IT ZUS oraz Procedur eksploatacyjnych. W kroku 4 tej procedury przewidziano jedynie opinię wykonawcy odnośnie proponowanej zmiany:

„Wykonawca może zgłosić uzasadnione zastrzeżenia w szczególności w przypadku, gdy zmiana zagraża należytemu wykonywaniu Usług przez wykonawcę lub skutkuje znacznym wzrostem kosztów po stronie wykonawcy."

Zamawiający jednak nie musi uwzględnić opinii wykonawcy. W takim wypadku zgodnie z krokiem 5 procedury POII zamawiający jedynie informuje o nieuwzględnieniu tej opinii i wprowadza zmiany.

"Informacja o nieuwzględnieniu opinii/części opinii wykonawcy, przekazywana jest do wykonawcy. W przypadku podtrzymania zastrzeżeń, wykonawca postępuje zgodnie z procedurą PZ2: Zarządzanie eskalacją.

Jedynie co wykonawca może zrobić, to rozpocząć procedurę eskalacji, ale musi przestrzegać zmienionych procedur i standardów przy realizacji umowy.

Odwolujący A. rozumie, że ze względu na specyfikę realizacji umowy, zmiany Procedur i Standardów mogą być wprowadzane w trybie operacyjnym. Za każdym razem musi zaistnieć jednak zgoda obu Stron na wejście w życie takiej zmiany, co najwyżej wyrażona nie na poziomie zarządów (aneks), ale na poziomie Komitetu ds. Utrzymania, w którego skład wchodzi przedstawiciele obu Stron.

Obecna konstrukcja zastosowana przez zamawiającego jest w ocenie odwołującego A. niedopuszczalna. Skoro wykonawca zobowiązany jest przestrzegać Procedur i Standardów - co wpływa na sposób wykonywania umowy i świadczenia usług - to nie można dopuścić, aby zamawiający jednostronnie zmieniał w trakcie realizacji umowy sposób i warunki świadczenia tych usług. Narusza to z pewnością art. 139 ust. 2, 140 i 144 ustawy.

W dodatku zgodnie z art. 8 ust. 2 pkt 10) umowy, zamawiający może obciążyć wykonawcę karą umowną w przypadku „niewykonania lub nienależytego wykonania przez wykonawcę któregośkolwiek ze zobowiązań wynikających ze Standardów IT ZUS lub Procedur eksploatacyjnych, za każdy ujawniony taki przypadek, po upływie uprzednio wskazanego przez zamawiającego terminu do zaniechania naruszenia i usunięcia skutków naruszenia, w wysokości 3.000,00 PLN (słownie: trzy tysiące złotych 00/100) za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia usunięcia tych skutków naruszenia".

Niedopuszczalne jest zdaniem odwołującego A. wprowadzenie mechanizmu karania wykonawcy, za niedotrzymanie procedur lub standardów, które zamawiający może jednostronnie zmienić.

Odwolujący wniósł o:

53

1) Wykreślenie w Załączniku nr 1 do siwz zdania (występującego 3 razy):

zastrzega możliwość rezygnacji z dowolnego, wskazanego przez „Zamawiający zamawiającego zakresu Usług utrzymania objętych Metrykami Usług wykonawcy oraz poziomu świadczenia Usług serwisowych. Mechanizm zmian został opisany w siwz, w

szczegółności w Załączniku 2 Struktura organizacyjna i procedury dla realizacji umowy."

2) Wprowadzenie w art. 12 umowy następujących zmian:

a. wykreślenie w ust. 6 pkt 3) sformułowania: „przy czym wynagrodzenie wykonawcy nie może ulec podwyższeniu, a w razie ograniczenia zakresu prac wynagrodzenie wykonawcy ulega odpowiedniemu zmniejszeniu"

b. wykreślenie w ust. 6 pkt 5) sformułowania: „z tym, że łączne wynagrodzenie wykonawcy wskazane w art. 7 ust 3 nie ulegnie podwyższeniu";

c. wykreślenie w ust. 6 pkt 6) sformułowania: „z tym, że łączne wynagrodzenie wykonawcy wskazane w Umowie nie ulegnie podwyższeniu";

d. wykreślenie w ust. 11 zdania drugiego: „Powyższa reguła nie dotyczy zmiany charakterystyk Metryk Usług wykonawcy dotyczących utrzymania Usług aplikacyjnych IT, które nie mogą powodować zmiany wynagrodzenia wykonawcy";

e. zmianę dotychczasowej treści ust. 7, 8 i 9 w taki sposób, aby objęte tymi postanowieniami zmiany umowy były zgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych.

3) Zastąpienie art. 8 ust. 2 pkt 10) umowy następującą treścią:

„10) niewykonania lub nienależytego wykonania przez wykonawcę któregośkolwiek ze zobowiązań wynikających ze Standardów IT ZUS lub Procedur eksploatacyjnych, zatwierdzonych przez Komitet ds. Utrzymania, za każdy ujawniony taki przypadek, po upływie uprzednio wskazanego przez zamawiającego terminu do zaniechania naruszenia i usunięcia skutków naruszenia, w wysokości 3.000,00 PLN (słownie: trzy tysiące złotych 00/100) za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia usunięcia tych skutków naruszenia Zmianę kroku 6 w procedurze POIiI znajdującej się w Załączniku nr 2 do umowy w następujący sposób:

6. - Zatwierdzenie nowej/zmienionej/ wycofanej Procedury eksploatacyjnej, nowego/zmienionego/ wycofanego Standard ITZUS, - ZRPEZUS Komitet ds. Utrzymania, - Nowa/zmieniona/wycofana Procedura eksploatacyjna, nowy/zmieniony/wycofany Standard IT ZUS, -Procedury eksploatacyjne oraz Standardy IT ZUS utrzymywane są w zasobie zamawiającego. Procedury i Standardy obowiązujące wykonawcę zatwierdzane są przez Komitet ds. Utrzymania przed rozpoczęciem okresu jej obowiązywania.

Załącznik 13 do umowy „Struktura, zasady tworzenia i aktualizacji Macierzy odpowiedzialności", pkt 9, pkt 10, pkt 13ppkt 1) oraz Dodatek A do Załącznika 13 do umowy „Macierz odpowiedzialności K."

54

Zamawiający w Załączniku 13 do umowy w pkt 9 określa termin, zakres oraz warunki przypisania wykonawcy odpowiedzialności za Elementy K. ZUS w sposób następujący:

„9. wykonawca zostaje przypisany w Macierzy odpowiedzialności do wszystkich Elementów K. ZUS z dniem podpisania umowy w roli „Odpowiedzialny" lub „Wspierający" pod warunkiem, iż nastąpiło wykreślenie przypisania poprzedniego Kontraktora do tego Elementu K. ZUS."

Siwz nie precyzuje wykazu Elementów K. ZUS, do których odpowiedzialność w Macierzy odpowiedzialności będzie przypisana wykonawcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług. Na podstawie przytoczonych zapisów, Odwołujący nie jest w stanie określić zakresu swoich zobowiązań w odniesieniu do danego Elementu K. ZUS - nie wiadomo, do których Elementów K. ZUS odpowiedzialność wykonawcy będzie mu przypisana na poziomie „Odpowiedzialny", a do których na poziomie „Wspierający". Zamawiający w sposób otwarty definiuje więc zobowiązania wykonawcy.

Dodatkowo, zamawiający w pkt 9 oraz w pkt 13 ppkt 1) Załącznika 13 do umowy określa moment rozpoczęcia odpowiedzialności na dzień podpisania umowy, a nie na dzień rozpoczęcia świadczenia Usług, w którym to zgodnie z jego definicją następuje rozpoczęcie świadczenia przez wykonawcę Usług utrzymania. Taki zapis oznacza, że już od dnia podpisania umowy wykonawca będzie odpowiedzialny m.in. za naprawę Błędów danego Elementu K., co stoi w sprzeczności z innymi postanowieniami siwz, np. art. 16 ust. 1 umowy, z którego wynika, że „Termin realizacji przedmiotu umowy wynosi 48 miesięcy, przy czym rozpoczyna bieg od Dnia rozpoczęcia świadczenia Usług".

Ponadto, w pkt 10 Załącznika 13 zamawiający określa, w jaki sposób, po terminie rozpoczęcia świadczenia Usług przez wykonawcę, zamierza jednostronnie zmieniać zakres jego zobowiązań:

„10. Wykonawca zostaje przypisany w Macierzy odpowiedzialności do Elementów K. ZUS z dniem wygaśnięcia

odpowiedzialności innego Kontraktora przypisanego do danego Elementu K. ZUS w związku z realizowaną modyfikacją

Powyższym zapisem zamawiający kreuje swoje uprawnienie do jednostronnego decydowania o zwiększeniu zakresu odpowiedzialności wykonawcy po terminie rozpoczęcia świadczenia przez niego Usług. Jednocześnie zamawiający nie zapewnia żadnych mechanizmów pozwalających ocenić wykonawcy wpływ tej zmiany na zakres świadczonych usług i zobowiązania Stron z tym związane.

Ponadto, w Dodatku A do Załącznika 13 do umowy zamawiający nie przypisał wykonawcy roli „Odpowiedzialny” lub „Wspierający” do żadnego Elementu K. ZUS. Oznacza to, że przekazana Macierz odpowiedzialności nie określa żadnej odpowiedzialności wykonawcy. Co ważniejsze, zdefiniowany przez zamawiającego w Macierzy odpowiedzialności (Dodatek A do Załącznika 13 do umowy) zakres zobowiązań wykonawcy określony dla

55

poszczególnych Elementów K. ZUS nie zawiera żadnego odniesienia do zakresu zobowiązań wykonawcy opisanego w Załącznikach 3, 4, 5, 6 do umowy, podlegających wycenie zgodnie z Formularzem Cenowym znajdującym się w Załączniku nr 1 do siwz. zamawiający opisuje zakres zobowiązań przez pojęcie „Element architektury”, który nie został określony w żadnym innym dokumencie siwz, a zatem z treści siwz nie wynika, do których usług należy go przypisać. W konsekwencji uniemożliwia to określenie wynagrodzenia za poszczególne usługi uwzględniającego zakres zobowiązań i ryzyka związane z ich świadczeniem.

Skutek takiego nieostrego opisanie przedmiotu zamówienia jest dla odwołującego bardzo poważny- otóż wobec faktu, że siwz nie określa w sposób zamknięty zakresu obowiązków wykonawcy, odwołujący nie jest w stanie ani w sposób należyty sporządzić oferty, ani też nie jest w stanie wycenić swoich usług, ani oszacować ryzyk związanych z realizacją zamówienia. W efekcie, przy obecnym brzmieniu siwz odwołujący nie jest w stanie złożyć wiążącej i profesjonalnej oferty. Wskazane postanowienia siwz naruszają zatem także obowiązek zamawiającego uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 ustawy).

Wniósł o

1) Jednoznaczne określenie zakresu zobowiązań wykonawcy wynikających z Macierzy odpowiedzialności przez uzupełnienie Dodatku A do Załącznika 13 do umowy o:

i

a. przypisanie wykonawcy roli „Odpowiedzialny” lub „Wspierający” do poszczególnych Elementów K. ZUS,

b. wskazanie dla każdego Elementu K. ZUS (Elementu architektury z Macierzy odpowiedzialności) usług wykonawcy (z Załączników 3-6), za pomocą których mają być realizowane jego zobowiązania wynikające z Macierzy odpowiedzialności.

Wymaga to rozszerzenia Dodatku A do Załącznika 13 do umowy o arkusz zawierający następujący zakres informacyjny - przykładowo dla Elementu architektury 7.2.5:

Element architektury 7.2.5,

Usługi aplikacyjne (załącznik nr 3) UU-SER#00, Usługi narzędzi wspomagających zarządzanie IT (Załącznik nr 4) UU-MF#00, UU-NW#00, UU-ZP#00, Usługi wsparcia procesów zarządzania IT Załącznik nr 5) UU-CAP#00, UU-VTM#00, Rola integratora załącznik nr 6) tak

Analogiczne postanowienia zamawiający powinien zamieścić dla każdego ze wskazanych Elementów architektury.

2) Zmianę treści pkt 9 w Załączniku 13 do Wzoru umowy przez nadanie mu brzmienia:

56

„9. Z dniem rozpoczęcia świadczenia Usług, wykonawca zostaje przypisany w Macierzy odpowiedzialności do poszczególnych Elementów KSI ZUS zgodnie z Dodatkiem A do Załącznika 13 do Wzoru umowy.”

3) Zmianę treści pkt 10 w Załączniku 13 do Wzoru umowy przez nadanie mu brzmienia:

„10. Po terminie rozpoczęcia świadczenia Usług, wykonawca może zostać przypisany do danego Elementu K. na poziomie „Odpowiedzialny” lub „Wspierający” i/lub zmienione może

zostać przypisanie usług wykonawcy do danego Elementu K. ZUS pod warunkiem dokonania uzgodnień między Stronami zgodnie z procedurami dotyczącymi zmian zakresu usług wykonawcy określonymi w Załączniku Z"

Zmianę treści w pkt 13 ppkt 1 w Załączniku 13 do umowy przez nadanie mu w całości brzmienia:

„1) datę przypisania poziomu odpowiedzialności;”.

Usunięcie pkt 17 w Załączniku 13 do umowy.

4. Zmianę treści w pkt 13 ppkt 1 w załączniku 13 do umowy przez nadanie mu w całości brzmienia:

„1) datę przypisania poziomu odpowiedzialności;”.

5. Usunięcie pkt 17 w załączniku 13 do umowy.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, Rozdział VII. Kryteria i zasady oceny ofert, pkt III. Zasady oceny ofert, ppkt 3 „Kryterium: koncepcja przejęcia zadań”

Wskazane przez zamawiającego w siwz cel oraz zakres oceny „Koncepcji przejęcia i świadczenia usług wsparcia eksploatacji i utrzymania K. ZUS” (zwanej dalej „Koncepcją”) wynikają z konieczności zweryfikowania jakości usług wykonawcy pod kątem zapewnienia ciągłości i poprawności przetwarzania realizowanego w ramach K. ZUS, warunkującego terminową realizację zadań statutowych Zakładu.

Zgodnie z zapisami w III. Zasady oceny ofert pkt 3: „3.1 W kryterium Koncepcja przejęcia zadań, zamawiający oceni zaproponowane przez

wykonawcę działania ujęte w „Koncepcji przejęcia i świadczenia usług wsparcia eksploatacji i utrzymania K. ZUS” (zwane dalej „Koncepcją”).

3.2 Koncepcja powinna być przygotowana w oparciu o postanowienia projektu umowy wraz z załącznikami (Wzór umowy stanowi załącznik 2 do siwz). Należy uwzględnić w szczególności załączniki 2, 3, 4, 5, 6, 8, 12, 18 do Wzoru umowy.

3.3 Przedstawiona przez wykonawcę Koncepcja może być podstawą do przygotowania, w uzgodnieniu z zamawiającym, szczegółowej koncepcji, o której mowa w art. 16 ust 2 Wzoru umowy. zamawiający wyjaśnia, że przedmiotowa Koncepcja ma na celu weryfikację jakości usług wykonawcy, a jej ocena nie może doprowadzić do odrzucenia oferty na podstawie art 89 ust 1 pkt 2 ustawy .

57

3.4 Koncepcja powinna przedstawiać zaproponowany przez wykonawcę sposób prawidłowego przejmowania usług utrzymania K. ZUS i ich realizacji, uwzględniający doświadczenie wykonawcy oraz najlepsze praktyki rynkowe, jak również informacje i zastrzeżenia określone w pkt 3.5 - 3.7 poniżej, obejmująca co najmniej:

1) Metodykę - opis sposobu i zakresu przejmowania zadań umożliwiający wykonawcy świadczenie Usług na wymaganym przez zamawiającego poziomie: [...]

2) Proponowany wstępny plan przejmowania Usług utrzymania określający zakres i termin przejęcia Usług utrzymania, nie dłuższy niż 9 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Plan ten powinien zawierać: [...]

3) Plany awaryjne opisujące przedsięwzięcia pozwalające na zachowanie ciągłości działania K. ZUS oraz kryteria opisujące moment ich uruchomienia na wypadek wystąpienia poniższych sytuacji: (...)

4) Uwarunkowania - opis zasobów wymaganych do przejęcia oraz realizacji umowy utrzymaniowej K. ZUS, np.: [...]

5) Ryzyka i rekomendowane sposoby ich mitygacji

6) Zakres wsparcia w procesie przejmowania ze strony obecnego wykonawcy umowy utrzymaniowej K. ZUS i strony ZUS w obszarach procesów biznesowych, architektury IT, procesów IT lub innych: [...]"

Kryteria oceny Koncepcji zorientowane są na:

a) jakość usług wykonawcy,

b) spełnienie warunków zapewniających ciągłość przetwarzania realizowanego w ramach K. ZUS, w trakcie przejmowania oraz po przejęciu zadań utrzymania.

Jednocześnie, wyspecyfikowane przez zamawiającego w siwz kryteria oceny Koncepcji (ppkt 3.4, 3.8, 3.9, 3.10) zdaniem odwołującego A. nie pozwalają na ocenę ani jakości usług wykonawcy, ani warunków zapewnienia ciągłości przetwarzania realizowanego w ramach K. ZUS.

Zgodnie z powyższymi kryteriami wskazano w ppkt 3.9, że:

„[...] Punkty będą przyznawane w przypadku odniesienia się wykonawcy do zagadnienia

określonego w poszczególnych pozycjach. W przypadku braku opisanego przez wykonawcę wymaganego przez zamawiającego zagadnienia (pkt 3.4. ppkt 1 lit. a —j, ppkt 2 lit. a-c, ppkt 3 lit. a - b, ppkt 4 lit. a-c, ppkt 5, ppkt 6 lit. a-c) wykonawca otrzyma 0 punktów. W przypadku opisanego przez wykonawcę wymaganego przez zamawiającego zagadnienia (patrz punkty wskazane powyżej) wykonawca otrzyma 1 punkt."

Powyższy zapis oznacza, że za każde „odniesienie się” można dostać 1 punkt. Przykładowo, wykonawca otrzyma 1 punkt za zdefiniowanie planu przejmowania Usług utrzymania („Plan przejmowania”) w zakresie kluczowych etapów wraz z kryteriami ich weryfikacji i odbioru (ppkt 3.4 ppkt 2) lit. c.) oraz 1 punkt za zidentyfikowanie innych istotnych uwarunkowań

58

związanych z zasobami wymaganymi do przejęcia i utrzymania K. ZUS (ppkt 3.4 ppkt 4) lit. c.).

Zdaniem odwołującego A. sytuacja taka prowadzi do silnie zaburzonej, a w efekcie niepoprawnej oceny jakości usług wykonawców - a w konsekwencji niewłaściwej oceny ofert w przedmiotowym kryterium pozacenowym. W szczególności Plan przejmowania przez wskazanie terminów oraz warunków realizacji kolejnych etapów przejmowania zadań jest niezbędny do realizacji całego przedsięwzięcia przejmowania. Z kolei brak Planu przejmowania uniemożliwia wiarygodną ocenę całości przekazanej koncepcji. W efekcie waga Planu przejmowania w całości punktów w tym kryterium powinna być wielokrotnie wyższa niż wskazanie „innych istotnych uwarunkowań”, których rola w koncepcji pozostaje uzupełniająca i tak naprawdę nie wpływa na możliwości jej oceny. W szczególnej sytuacji brak „innych istotnych uwarunkowań” może nawet świadczyć o wysokiej jakości usług wykonawcy, który wszystkie kluczowe uwarunkowania zaadresował w pozostałych elementach koncepcji.

Innym przykładem przyznania takiej samej liczby punktów za niewspółmierne elementy Planu przejmowania jest przyznanie 1 punktu za „odniesienie się” w zakresie poszczególnych kryteriów. Za równoważne jakościowo uznane zostały przez zamawiającego warunki zapewnienia ciągłości przetwarzania, określone w „Planach awaryjnych opisujących przedsięwzięcia pozwalające na zachowanie ciągłości działania K. ZUS” oraz kryteria opisujące moment ich uruchomienia na wypadek wystąpienia poniższych sytuacji [...]” (pkt 3.4, ppkt 3), przez:

- a) wskazanie przez wykonawcę wyłącznie konieczności przygotowania takich planów awaryjnych, zgodnie ze standardami projektowymi zamawiającego oraz określenie ich zakresu - co należałoby uznać za „odniesienie się” przez wykonawcę,
- b) opracowanie przez wykonawcę propozycji szczegółowych planów awaryjnych, uwzględniających kluczowe uwarunkowania zamawiającego, w tym ograniczenia wynikające z wykonywania zadań statutowych zamawiającego, realizowanych przez zamawiającego projektów czy ew. zmian w architekturze K.

Zdaniem odwołującego A., taki sposób oceny Koncepcji wskazuje na brak jednoznaczności wymagań zamawiającego co do merytorycznej zawartości Koncepcji oraz bardzo istotnie ogranicza możliwości jej oceny, szczególnie w zakresie zapewnienia ciągłości działania K. ZUS.

Dodatkowo odwołujący A. wskazał, że w pkt 3.10 zamawiający określa, że Członkowie Komisji przyznają punkty „odpowiednio do stopnia spełnienia wymienionych powyżej wymagań w drodze ustalenia jej wysokości na posiedzeniu Komisji”. Można z tego wnioskować, że Członkowie Komisji będą przyznawać punkty mieszczące się w przedziale od 0 do 1 - co jest sprzeczne z punktem 3.9.

59

Powyższe ocenie odwołującego A. wskazuje, że obecne brzmienie pozacenowego kryterium „Koncepcja przejęcia zadań” narusza przepisy art. 91 ust. 1 i 2 ustawy.

Wniósł o zmianę Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w zakresie pkt 3.9, przez zastąpienie dotychczasowej treści następująca:

„3.9 Punkty będą przyznane w następujący sposób:

Za rzeczowe odniesienie się do każdego punktu w ramach pkt 3.4 powyżej („Koncepcja powinna przedstawiać zaproponowany przez wykonawcę sposób prawidłowego przejmowania usług utrzymania i ich realizacji, dotyczący usług K. ZUS, uwzględniający doświadczenie wykonawcy oraz najlepsze praktyki rynkowe, jak również informacje i

zastrzeżenia określone w pkt 3.5 - 3.7j, zgodnie ze specyfikacją określoną przy poszczególnych punktach.

Punkty zostaną zsumowane i przeliczone dla wagi przypisanej kryterium zgodnie z wzorem:
Liczba punktów uzyskana w kryterium Koncepcja przejęcia zadań X waga kryterium (10) = KPZ

Wynik będzie składnikiem sumy całkowitej liczby punktów przyznanej danej ofercie.

Punkty będą przyznawane w przypadku rzeczowego odniesienia się wykonawcy do zagadnienia określonego w poszczególnych pozycjach. W przypadku braku rzeczowego odniesienia się przez wykonawcę do wymaganego przez zamawiającego zagadnienia (pkt 3.4. ppkt 1 lit. a - j, ppkt 2 lit. a - c, ppkt 3) lit. a - b, ppkt 4) lit. a-c, ppkt 5), ppkt 6) lit. o - c) wykonawca otrzyma 0 punktów.

W przypadku opisanego przez wykonawcę wymaganego przez zamawiającego zagadnienia (patrz punkty wskazane powyżej) wykonawca otrzyma 0,25 punktu. W przypadku, gdy odniesienie się przez wykonawcę do danego zagadnienia będzie obejmowało analizę wpływu na wykonywanie kluczowych zadań statutowych zamawiającego, realizowanych w okresie przejmowania, wykonawca otrzyma dodatkowo 0,5 punktu. W przypadku, gdy opisane przez wykonawcę zagadnienie będzie obejmowało analizę jego wpływu na ewentualne zmiany architektury K. oraz planowane w tym czasie Modyfikacje, wykonawca otrzyma dodatkowo 0,25 punktu.

Maksymalnie, za rzeczowe i kompletne odniesienie się do każdego zagadnienia wykonawca otrzyma 1 punkt

W przypadku braku rzeczowego i kompletnego odniesienia się przez wykonawcę do zagadnień pkt 3.4 ppkt 2) lit. a - c, ppkt 3) lit. a-b, KPZ - O".

Brak w siwz przepisów szczególnych regulujących sytuację dotychczasowego wykonawcy - Specyfikacja istotnych Warunków Zamówienia, Rozdział VII. Kryteria i zasady oceny ofert, pkt lli. Zasady oceny ofert, ppkt 3 „Kryterium: koncepcja przejęcia zadań"

zamawiający przewidział w siwz obowiązek sporządzenia przez wykonawcę dwóch różnych koncepcji na 2 różnych etapach postępowania.

60

Pierwsza Koncepcja uregulowana została w siwz w Rozdziale VII Kryteria i zasady oceny ofert, pkt III Zasady oceny ofert. W pkt 3 Kryterium: Koncepcja przejęcia zadań zamawiający wymaga dołączenia do oferty „Koncepcji przejęcia i świadczenia usług wsparcia eksploatacji i utrzymania K.ZUS". Postanowienia siwz w tym zakresie nie regulują sytuacji, że jednym z wykonawców zaproszonych do składania ofert jest wykonawca, który obecnie świadczy usługi utrzymania, który w ogóle nie będzie musiał przejmować świadczenia usług - dotyczy to zakresu Koncepcji opisanego w pkt 3.4. ppkt: 2), 3) i 6). Przykładowo w ppkt 2) lit. b wskazano, że elementem Koncepcji jest harmonogram działań związany z planem przejęcia utrzymania Usług, przy czym termin przejęcia nie może być dłuższy niż 9 miesięcy.

Brak jest przykładowo regulacji, jak oceniona zostanie Koncepcja, w której Harmonogram przejęcia będzie krótszy niż 9 miesięcy. Np. czy w przypadku, gdy w Koncepcji zostanie wskazane mniej kluczowych etapów, o których mowa w ppkt 2) lit. c, niż w ofertach innych wykonawców - nie wiadomo, ile punktów otrzyma wykonawca dotychczas świadczący usługę.

Podobna niejasna sytuacja zachodzi w stosunku do ppkt 6) w całości. Podpunkt ten reguluje skorzystanie przez wykonawcę ze wsparcia dotychczasowego wykonawcy. siwz nie reguluje sytuacji, w której wykonawca wskaże w ofercie, że nie będzie korzystał z takiego wsparcia.

Nie wiadomo, czy wtedy uzyska maksymalną liczbę punktów - bo nie narazi zamawiającego na koszty związane z pozyskaniem takiego wsparcia, czy też wręcz przeciwnie 0 punktów, bo zamawiający oceni, że wykonawca nie chce się szkolić i należyście przygotować.

Powyższe odwołującego A. wskazuje, że zamawiający w sposób niewystarczająco jasny i precyzyjny opisał zakres Koncepcji, która jest jednym z kryteriów oceny ofert. Narusza to przepis art. 91 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy . Odwołujący na podstawie obecnej treści siwz nie ma wystarczającej wiedzy, jak sporządzić Koncepcję, a to ze względu na fakt, że zamawiający nie wprowadził żadnych regulacji szczególnych dla wykonawcy, który obecnie świadczy usługi utrzymania. Siwz w wyżej opisanym zakresie (pkt 3.4. ppkt: 2), 3) i 6)) został sporządzona z uwzględnieniem jedynie tych wykonawców, którzy nie świadczą usługi utrzymania K. ZUS. Odwołujący A. stwierdził, że zamawiający naruszył art. 7 ustawy i nie traktuje równo wszystkich wykonawców, w sposób nieuzasadniony dyskryminując dotychczasowego wykonawcę.

Wniósł o wprowadzenie w siwz odpowiednich postanowień regulujących sytuację, w której ofertę składa dotychczasowy wykonawca umowy utrzymaniowej oraz w której umowę zawiera dotychczasowy wykonawca umowy utrzymaniowej. w szczególności przez wprowadzenie odpowiednich zmian w siwz w Rozdziale VII w Pkt III ppkt 3.4. ppkt: 2), 3) i 6). Załącznik nr 2 do siwz „Umowa na usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania KSI ZUS”, art. 3 ust 2. pkt 17), art. 8 ust. 1. pkt 10) oraz załącznik 2 do umowy „Struktura organizacyjna i procedury dla realizacji umowy” lit B pkt 17 Procedura P017

61

W art. 3 ust. 2 pkt 17) umowy zamawiający nakłada na wykonawcę szczególny obowiązek, nie ujęty w przedmiocie zamówienia

„17) w ramach wynagrodzenia, o którym mowa w art. 7 ust 3, każdorazowego utrwalania (w tym sporządzania stosownych pisemnych opisów) i przekazywania zamawiającemu, w terminie trzech miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług w ramach danej Metryki (w tym również każdej z nowych Metryk powołanych w czasie obowiązywania umowy), zgodnie z procedurą PO 17 z załącznika 2, całości Know-how, a także kompletu wszelkich procedur, niezbędnych dokumentów (zwłaszcza dokumentacji technicznej) oraz narzędzi (tj. oprogramowania, aplikacji, skryptów etc.), z których wykonawca lub podwykonawcy korzystają przy wykonywaniu czynności w ramach świadczenia Usług utrzymania objętych daną Metryką. Przekazane przez wykonawcę Know-how, procedury, dokumenty i narzędzia, o których mowa w zdaniu poprzedzającym będą pozwalać zamawiającemu na samodzielne, należyte i terminowe świadczenie Usług utrzymania w ramach każdej z Metryk, bez konieczności uzyskania jakichkolwiek rad, opinii czy wsparcia wykonawcy lub innego podmiotu i będą zawierać w szczególności:

- a) Kody źródłowe do ww. narzędzi, przekazane zamawiającemu zgodnie z załącznikiem 15, który stosuje się odpowiednio,
- b) dokumentację techniczną o utrzymywanych przez wykonawcę narzędziach,
- c) dokumentację dotyczącą środowiska IT wspierającego utrzymywane narzędzia
- d) informacje niezbędne do wykonywania diagnozy Incydentów oraz ich rozwiązywania (w tym informacje o znanych Błędach, stosowanych Obejściach, wykorzystanie bazy Rozwiązań),
- e) narzędzia i skrypty wspierające administrowanie (wytworzone przez wykonawcę; jak i przez podmioty trzecie, z których ma prawo korzystać wykonawca),
- f) informacje niezbędne do realizacji zadań wsparcia procesów, realizowanych przez wykonawcę w ramach Metryk,
- g) informacje niezbędne do realizacji zadań serwisowych, realizowanych przez wykonawcę w ramach Metryk,
- h) dokumentację techniczną, dokumentację użytkową, instrukcje stanowiskowe, procedury administrowania oraz eksploatacyjne."

Wypełnianie obowiązku zdefiniowanego w art. 3 ust. 2 pkt 17) umowy podlega rygorom opisanym w art. 8. ust. 1. pkt 10) umowy.

„1. zamawiający ma prawo obciążyć wykonawcę karą umowną z tytułu niedotrzymania z przyczyn leżących po stronie wykonawcy któregokolwiek z terminów: (...)

10) przekazania zamawiającemu całości Know-how, a także kompletu wszelkich procedur, niezbędnych dokumentów (zwłaszcza dokumentacji technicznej) oraz narzędzi (tj. oprogramowania, aplikacji, skryptów etc.) lub zaktualizowania i przekazania całości Know-

62

how, a także ww. dokumentów, procedur i narzędzi, zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 17, w wysokości 10.000,00 PLN (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia."

Zarówno sama istota tego zobowiązania wykonawcy, jak i sposób jego sformułowania, wskazują na abstrahowanie przez zamawiającego od tego, co jest warunkiem skutecznego świadczenia usług utrzymania. Już samo sformułowanie przedmiotowego zobowiązania poza przedmiotem umowy jest nieprawidłowe - gdyby miał on być wykonywany na warunkach określonych obecnie, to stanowiłby bardzo istotny element przedmiotu umowy. Wydawać by się mogło, że zamawiający próbuje „ukryć” ten element przedmiotu umowy w zobowiązaniach wykonawcy, które mają służyć realizacji umowy.

Po pierwsze, nie do zaakceptowania dla odwołującego Asseco jest fakt określania zobowiązania wykonawcy przez wskazanie celu do osiągnięcia przez zamawiającego -

„będą pozwalać zamawiającemu na samodzielne, należyte i terminowe świadczenie Usług utrzymania”. I to w sytuacji, kiedy osiągnięcie tego celu w zasadniczym stopniu zależy od zamawiającego - tj. od kwalifikacji i zaangażowania jego personelu, ale przede wszystkim od organizacji pracy i modelu zarządzania, i to jest wyłączna odpowiedzialność zamawiającego, której nie może on przenosić na nikogo przez definiowanie zobowiązań w funkcji osiągnięcia takiego celu. Wykonawca nie może z przyczyn obiektywnych posiadać wiedzy, co właściwie należy przekazać zamawiającemu, aby zamawiający mógł samodzielnie, należyte i terminowo świadczyć Usługi utrzymania. Już samo to sformułowanie powoduje, że zobowiązanie jest w ogóle niewykonalne, zaś cały zapis narusza przepis art. 29 ust. 1 ustawy, gdyż siwz został sformułowany niejasno i niejednoznacznie.

Po drugie, postępowanie dotyczy umowy o świadczenie usług wsparcia, więc domaganie się, dostarczania produktów (art. 3 ust. 2 pkt 17) ppkt a), b) c), e) i h)) i przenoszenia związanych z nimi praw autorskich w ramach całkowitego wynagrodzenia z tytułu wykonywania umowy, narusza zdaniem odwołującego A. prawo podatkowe. Każdy podatnik ma obowiązek wystawić fakturę na dostarczony produkt w terminach określonych w ustawach podatkowych, a następnie odprowadzić odpowiednie podatki. Tymczasem zamawiający zmierza do tego, aby nabywać prawa autorskie w ramach wynagrodzenia za usługę, która nie obejmuje wykonania utworów w rozumieniu Prawa autorskiego. Co więcej umowa przewiduje tryb Usług dodatkowych, w ramach których mogą być dostarczane produkty, do których prawa są przenoszone wraz ze wskazaniem ich wartości. Do tej pory ZUS - o ile miał zamiar pozyskać narzędzia wspierające eksploatację i zarządzanie IT w K. ZUS - zamawiał je właśnie w takim trybie, wraz z kodami źródłowymi, dokumentacją techniczną, dokumentacją użytkową (np. administratora i/lub użytkownika) i niezbędnymi procedurami. I oczywiście z przekazaniem praw autorskich. W efekcie zamawiający posiada blisko sto takich narzędzi, z czego około 20% zostało wycofanych z użycia.

63

Tryb Usług dodatkowych zapewnia również, zgodnie z , precyzyjne określenie wymagań przez zamawiającego, w tym funkcji oprogramowania narzędziowego i zakresu dokumentacji oczekiwanych od wykonawcy.

Po trzecie zamawiający domaga się od wykonawcy dostarczenia informacji (art. 3 ust. 2 pkt 17 ppkt d) f) i g)). Co do zasady, świadczenie usług wsparcia możliwe jest tylko dzięki dostarczeniu odpowiednich informacji. Jednakże takie przekazanie informacji powinno mieć miejsce od właściciela systemu K. ZUS, czyli od zamawiającego do wykonawcy, a nie odwrotnie. Symptomatyczne jest również to, jak ogólnie zamawiający określa informacje, których żąda od wykonawcy - „informacje niezbędne do...”. A przecież nawet gdyby założyć, że to wyłącznie wykonawca ma informacje niezbędne do świadczenia usług wsparcia, to zamawiający powinien wskazać takie informacje w sposób możliwie jednoznaczny, najlepiej posługując się stosowaną przez siebie na co dzień terminologią, wynikającą z przyjętych metodyk i standardów. Nie powinno to stanowić problemu, zwłaszcza, że uznane metodyki i dobre praktyki, zarówno w zakresie rozwoju oprogramowania (m.in. zestandaryzowane produkty cyklu wytwórczego), jak i w zakresie zarządzania IT (standardy architektoniczne, procedury i narzędzia) są od wielu lat domeną zamawiającego.

W dodatku to przecież zamawiający, a nie wykonawca dysponuje repozytoriami kodów źródłowych i dokumentacji (analitycznej, technicznej, użytkowej), repozytoriami architektonicznymi, standardami IT oraz procedurami eksploatacyjnymi, do których wykonawca ma obowiązek się stosować. Informacje niezbędne do świadczenia usług przez wykonawcę są w tych repozytoriach, aktualizowane przez zamawiającego w sposób metodyczny, w oparciu o produkty (m.in. kody źródłowe i dokumentację) dostarczane przez wszystkich wykonawców realizujących umowy zawarte z zamawiającym, w tym wykonawcę umowy na usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania K. ZUS. I to umiejętność, systematyczność i intensywność korzystania z tych repozytoriów (w tym agregowania i przetwarzania informacji w nich zawartych) są podstawą zapewnienia wymaganego poziomu usług IT, a zwłaszcza ciągłości działania systemu. Nota bene w posiadaniu zamawiającego, jako strony szeregu umów mających wpływ na zapewnienie ciągłości działania K. ZUS, jest znacznie więcej informacji, niż w repozytoriach udostępnionych wykonawcy. Są to potrzebne i przydatne informacje oraz dokumenty (zwłaszcza projektowe, np. harmonogramy czy specyfikacje wymagań), które pozwalają świadczyć usługi w ramach umowy na usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania K. Pod hasłem „przekazywanie know-how” kryje się oczekiwanie, żeby wykonawca tak

wykonywał swoje obowiązki umowne, żeby personel zamawiającego nauczył się i skutecznie wykonywał wysokospecjalizowane usługi informatyczne - przy czym trzeba podkreślić, że przedmiotowe postępowanie nie jest postępowaniem na świadczenie usług szkoleniowych. Zdaniem odwołującego A. nie istnieje taki mechanizm. Wszystkie niezbędne uwarunkowania

64

do realizacji celu wskazanego przez zamawiającego są domeną zamawiającego. W jego dyspozycji są wszystkie niezbędne atrybuty (kody źródłowe, prawa autorskie, wszelka dokumentacja i informacje). Co więcej - nawet gdyby przedmiotowa umowa była w jakiejś części umową szkoleniową (a nie jest), to i tak wykonawca mógłby się tylko zobowiązać do tego, że będzie uczył zamawiającego. Jednakże żaden nauczyciel czy trener nie zobowiąże się, że nauczy uczestnika szkolenia. Bo jest to skutek w znacznej mierze niezależny od prowadzącego szkolenie. Zatem zdaniem odwołującego A. zamawiający nie może wymagać od wykonawcy, aby przyjął na siebie zobowiązanie, że w wyniku działań wykonawcy zamawiający nabędzie wiedzę pozwalającą zamawiającemu na samodzielne, należyte i terminowe świadczenie Usług utrzymania.

Odwołujący A. wniósł o:

- 1) Wykreślenie treści zawartej w art.3 ust. 2. pkt 17) umowy.
- 2) Wykreślenie treści zawartej w art.8 ust. 1. pkt 10) umowy.
- 3) Usunięcie z załącznika 2 do umowy procedury P017.

Załącznik nr 2 do siwz Umowa na usługę wsparcia eksploatacji / utrzymania K. ZUS, art. 8 ust. 2 pkt 5)

Zamawiający przewiduje kary umowne za nieobecność przedstawicieli wykonawcy w posiedzeniach organów projektowych:

„2. Ponadto; zamawiający ma prawo obciążyć wykonawcę karą umowną w każdym z poniższych przypadków: 5) nieobecności przedstawicieli wykonawcy, o których mowa w art. 3 ust 2 pkt 6, na którymkolwiek posiedzeniu organu projektowego lub zespołu określonego w załączniku 2, w wysokości 5.000,00 PLN (słownie: pięć tysięcy złotych 00/100) za każdy przypadek nieobecności każdego z przedstawicieli, chyba, że zamawiający uprzednio wyraził zgodę na nieobecność przedstawiciela wykonawcy na posiedzeniu lub wykonawca zapewnił udział na posiedzeniu zastępcy, posiadającego odpowiednie do roli kwalifikacje i upoważnienia;”. Jednak w załączniku 2 do umowy, w którym zostały opisane struktury organizacyjne oraz zasady działania poszczególnych organów, jedynie w Regulaminie Komitetu Sterującego znajduje się minimalny termin, w jakim należy powiadomić wykonawcę o planowanym posiedzeniu komitetu. W przypadku pozostałych organów i zespołów brak jest zasad związanych z powiadamianiem wykonawcy o planowanym spotkaniu danego zespołu. W tej sytuacji, zamawiający może w dniu planowanego spotkania wysłać zaproszenie i oczekiwać, że odpowiedni przedstawiciel wykonawcy się pojawi, a jeżeli tego nie zrobi - wykonawca zostanie obciążony karą umowną.

A zatem wskazane postanowienia umowy w ocenie odwołującego A. nie opisują w sposób jasny i wyraźny okoliczności, które mają wpływ na należyłą realizację umowy przez wykonawcę, co narusza art. 29 ust. 1 ustawy. Wykonawca na etapie przygotowania oferty

65

musi posiadać pełną informację o zasadach działania, które mogą mieć wpływ na naliczenie przez zamawiającego kar umownych, gdyż wpływa to na ocenę ryzyk i przez to cenę oferty.

Odwołujący A. wniósł o:

Zastąpienie art. 8 ust. 2 pkt 5) umowy następującą treścią:

„5) nieobecności przedstawicieli wykonawcy, o których mowa w art. 3 ust 2 pkt 6, na którymkolwiek posiedzeniu organu projektowego lub zespołu określonego w załączniku 2, pod warunkiem, że zamawiający powiadomił wykonawcę o planowanym spotkaniu nie później niż na 5 dni roboczych przed jego terminem, w wysokości 5.000,00 PLN (słownie: pięć tysięcy złotych 00/100) za każdy przypadek nieobecności każdego z przedstawicieli, chyba, że zamawiający uprzednio wyraził zgodę na nieobecność przedstawiciela wykonawcy na posiedzeniu lub wykonawca zapewnił udział na posiedzeniu zastępcy, posiadającego odpowiednie do roli kwalifikacje i upoważnienia;”.

Załącznik nr 1 do umowy „Definicje pojęć oraz rozwinięcia skrótów używanych w Umowie”:

A. BŁĄD

B. DOKUMENTACJA AUTORSKA

C. INCYDENT KRYTYCZNY

D. NARZĘDZIA WSPOMAGAJĄCE ZARZĄDZANIE IT/OPROGRAMOWANIA WSPOMAGAJĄCEGO EKSPLOATACJĘ I ZARZĄDZANIE KSI

8.A. BŁĄD

Definicja w siwz brzmi:

Błąd - Każde nieprawidłowe działanie Oprogramowania użytkowego oraz Oprogramowania wspomagającego eksploatację i zarządzanie K. niezależnie od przyczyny takiej nieprawidłowości. W szczególności Błędem jest działanie oprogramowania niezgodnie z jego dokumentacją. Przez Błąd Strony rozumieją również wadę dokumentacji.

Zgodnie z powyższą definicją Błędem jest każde nieprawidłowe działanie oprogramowania, niezależnie od przyczyny takiej nieprawidłowości. A zatem błędem jest także przykładowo:

- nieprawidłowe działanie spowodowane działaniem pracowników zamawiającego, w tym także działaniem celowym;
- nieprawidłowe działanie spowodowane wadą tkwiącą w oprogramowaniu dostarczonym przez osoby trzecie;
- nieprawidłowe działanie spowodowane działaniem innych wykonawców, równoległe wykonujących umowy dotyczące K., w tym także działania celowe;
- nieprawidłowe działanie spowodowane siłą wyższą.

Odwołujący A. zauważył, że można podać szereg innych przykładów, zgodnie z którymi wykonawca odpowiadałby za usunięcie Błędu, pomimo iż powstanie Błędu nie wynika z okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność. Taka definicja jest sprzeczna z zasadami współzycia społecznego oraz dobrymi praktykami obowiązującymi na rynku IT.

66

Jest także sprzeczna z zasadą odpowiedzialności kontraktowej określonej w art. 471 Kodeksu Cywilnego. Zamawiający pragnie ukonstytuować odpowiedzialność kontraktową wykonawcy na zasadzie ryzyka, zamiast na zasadzie winy.

Co więcej - przy obecnym sformułowaniu siwz przedmiot zamówienia został opisany w sposób niejasny, nieprecyzyjny i otwarty. Wykonawca na etapie sporządzania oferty może bowiem szacować liczbę Błędów, które mogą zaistnieć w Systemie K. z jego winy, w wyniku jego czynności. Nie jest jednak w stanie przewidzieć liczby Błędów, które powstaną w wyniku działania czy to zamawiającego, czy to osób trzecich. Zwłaszcza, że nawet Błędy powstałe w wyniku działań celowych konkurencji wykonawcy mieszczą się w obecnej definicji Błędu. W czasach wolnego rynku nie można wykluczyć, że podmioty konkurencyjne będą dążyły do tego, aby utrudnić wykonawcy realizację umowy. A zatem brak prawidłowej definicji Błędu, zgodnej ze standardami rynku IT, uniemożliwia ustalenie przez wykonawcę ryzyka oraz zakresu odpowiedzialności dla świadczonych usług, które określono w przedmiocie umowy. Zatem w ocenie odwołującego A. w tym przypadku mamy do czynienia także z otwartym i niepełnym zakresem przedmiotu umowy w zakresie świadczonych usług. Zamawiający nienależycie opisał przedmiot umowy, co narusza przepis art. 29 ust. 1 ustawy.

Odwołujący A. wskazał, że zamawiający w poprzednio prowadzonych postępowaniach stosował w siwz definicję Błędu zgodną ze standardami obowiązującymi na rynku informatycznym - przykładowo:

Rozbudowa i wdrożenie nowych funkcjonalności oraz utrzymanie i rozwój systemu Elektronicznej Platformy Danych (EPWD) oraz budowę i utrzymanie Centralnego Rejestru Klientów Zakładu (postępowanie w toku, jedyna złożona oferta A.) –

Usterka oprogramowania objętego Umową, która przejawia się przez:

- brak funkcjonowania oprogramowania objętego Umową lub funkcjonowania oprogramowania objętego Umową niezgodne z Umową, na podstawie której został wykonany, Wymaganiami lub Dokumentacją

albo

- brak funkcjonowania lub niezgodne z Umową, na podstawie której oprogramowanie objęte Umową zostało wykonane, Wymaganiami lub Dokumentacją funkcjonowanie K. ZUS spowodowane przez oprogramowanie objęte Umową.

Zawarcie umowy ramowej na modyfikację i rozbudowę oprogramowania Kompleksowego Systemu Informatycznego w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych (wykonawcy: A. P., konsorcjum H./K., C.–

Usterka Modyfikacji, która przejawia się przez:

- brak funkcjonowania Modyfikacji lub funkcjonowania Modyfikacji niezgodne z Umową wykonawczą, Wymaganiami lub Dokumentacją

• brak funkcjonowania lub niezgodne z Umową wykonawczą, Wymaganiami lub Dokumentacją funkcjonowanie K. ZUS spowodowane przez Modyfikację.
Opracowanie, wykonanie i wdrożenie rozwiązania dla Centrali Zakładu oraz jego jednostek terenowych zintegrowanej hurtowni danych, która stanowiła będzie również źródło danych dla systemu aktuarialnego (wykonawca S. SA) –
Wada, która przejawia się przez:
Brak funkcjonowania lub niezgodne z Umową, Zleceniem, Wymaganiami lub Dokumentacją funkcjonowanie Systemu Hurtowni Danych lub Oprogramowania
albo
brak funkcjonowania Modyfikacji lub funkcjonowanie Modyfikacji niezgodne z Umową, Zleceniem lub Dokumentacją.
Przez Błąd Strony rozumiemy również usterkę lub usterkę Dokumentacji w rozumieniu Prawa autorskiego.
Wsparcie utrzymania Systemu Wspomagania Ekonomiki Zakładu (SWEZ) (wykonawca konsorcjum K./I. M.) –
Usterka oprogramowania lub konfiguracji, która przejawia się przez brak funkcjonowania lub niezgodne z dokumentacją lub wymaganiami funkcjonowanie SWEZ. Przez błąd Strony rozumiemy również usterkę w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych.
Wniósł o wykreślenie treści dotychczasowej definicji i wpisanie w to miejsce:
Błąd - Brak funkcjonowania lub funkcjonowanie Oprogramowania użytkowego oraz Oprogramowania wspomagającego eksploatację i zarządzanie K. niezgodnie z jego dokumentacją lub Dokumentami kontraktowymi. Przez Błąd Strony rozumiemy również wadę dokumentacji.
8. B. DOKUMENTACJA AUTORSKA Definicja w siwz brzmi:
Dokumentacja autorska - Wykonana i dostarczona przez Autora dokumentacja dotycząca specyfikacji, budowy, wdrożenia, parametryzacji lub konfiguracji oprogramowania.
zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za jakość oraz kompletność Dokumentacji autorskiej.
Odwołujący A. rozumie, że Dokumentacja Autorska nie jest przygotowana przez zamawiającego, ale przez firmy informatyczne na zlecenie zamawiającego - tj. Autora danego oprogramowania. Fakt ten jednak nie zwalnia zamawiającego z odpowiedzialności za treść dokumentów przedkładanych wykonawcy przez zamawiającego, celem realizacji umowy, na których to dokumentach wykonawca ma obowiązek się oprzeć i realizować Umowę. Należy pamiętać, że zamawiający posiada własne kadry IT, które potrafią ocenić Dokumentację Autorską dostarczoną mu przez daną firmę IT.

Jeśli zaś zamawiający nie czuje się na siłach, aby taki dokument ocenić, to nic nie stoi na przeszkodzie, aby skorzystać z wiedzy specjalistycznej biegłych, którzy mogą ocenić prawidłowość Dokumentacji. W żadnym jednak przypadku nie można uznać za prawidłowe stwierdzenia, że „zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za jakość oraz kompletność Dokumentacji autorskiej”. Jeśli argumentem ma być właśnie fakt, że zamawiający nie jest autorem takiej Dokumentacji, to należy wskazać, że zamawiający nie jest także autorem kodów źródłowych systemu K. ZUS, dokumentacji projektowej K. ZUS czy też opisu Kompleksowego Systemu Informatycznego ZUS, które to dokumenty stanowią element opisu przedmiotu zamówienia. Oczywistym jest, że w każdym przypadku autorem dokumentacji danego systemu informatycznego jest twórca tego systemu. Jednakże zamawiający, przez dokonanie odbioru takiej dokumentacji, w tym przypadku przez dokonanie odbioru Dokumentacji Autorskiej, uznaje, że dokument jest prawidłowy. A zatem powinien następnie ponosić konsekwencje swoich czynności - w tym przypadku odbioru Dokumentacji Autorskiej oraz zapłaty wynagrodzenia za tę dokumentację.
Tymczasem zamawiający próbuje przerzucić całą odpowiedzialność na wykonawcę, który z jednej strony musi przy realizacji umowy posługiwać się Dokumentacją Autorską przekazaną przez zamawiającego, zaś z drugiej strony - nie powinien się nią posługiwać, gdyż niesie to ze sobą ryzyko nienależytej realizacji umowy. wykonawca oprze się bowiem w dobrej wierze

na zapisach Dokumentacji Autorskiej, co - wobec wadliwości tej dokumentacji - może spowodować powstanie Błędu czy Incydentu; a jednocześnie wykonawca nie będzie się mógł zwolnić z odpowiedzialności przez wskazanie, że sposób realizacji umowy oparł na dokumencie otrzymanym od zamawiającego.

Obecna definicja Dokumentacji Autorskiej powoduje, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób niejasny, nieprecyzyjny i otwarty. Wykonawca na etapie sporządzania oferty nie może bowiem oszacować skutków Błędów czy Incydentów, które mogą zaistnieć w Systemie K. w wyniku zaufania przez wykonawcę Dokumentacji Autorskiej. Narusza to w ocenie odwołującego A. przepis art. 29 ust. 1.

Wniósł o wykreślenie z treści definicji Dokumentacja autorska zdania: „zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za jakość oraz kompletność Dokumentacji autorskiej.

8.C. INCYDENT KRYTYCZNY

Definicja w siwz brzmi:

Incydent krytyczny - Incydent dla którego czas obsługi wynosi 12 godzin (6 godzin dla usługi UU_WSAD_PUW). O poziomie decyduje zamawiający.

Definicja Incydentu Krytycznego (określająca poziom świadczenia usługi serwisowej) jest niezbędna do obiektywnej oceny przez Strony krytyczności Zgłoszenia Incydentu.

Tymczasem w ocenie odwołującego A. zamawiający w ogóle nie zdefiniował Incydentu Krytycznego, a zatem nie jest wiadome, jakie Incydenty w toku realizacji umowy należy

69

traktować jako Krytyczne. Z całą pewnością nie można za definicję Incydentu Krytycznego uznać sformułowania „Incydent, dla którego czas obsługi wynosi 12 godzin (6 godzin dla usługi UU_WSAD_PUW). Sformułowanie to nie wyjaśnia pojęcia, a jedynie wskazuje na skutek - tzn. wskazuje, w jakim terminie należy taki Incydent Krytyczny obsłużyć. Można też powiedzieć, że przedmiotowa definicja to definicja tautologiczna, gdyż zawiera błąd idem per idem. Niezależnie jednak od tego, jaki rodzaj błędu logicznego przypiszemy tej definicji, z całą pewnością należy stwierdzić, że jest to definicja naruszająca przepis art. 29 ust. 1 ustawy. Wykonawca po zapoznaniu się z tą definicją nie wie, które Incydenty będą Incydentami Krytycznymi. Co więcej - sam zamawiający wcale nie stara się ukrywać tego faktu. Wprost wskazano, że „O poziomie decyduje zamawiający”. Skoro w siwz nie ma żadnych postanowień w tym zakresie, wykonawca musi liczyć się z tym, że dopiero w toku realizacji umowy zamawiający będzie decydował, który Incydent uzna za Krytyczny, a który za niski. Tymczasem wykonawca na etapie sporządzania oferty musi szacować zakres swoich prac, w tym prac związanych z usuwaniem Incydentów Krytycznych. Wobec braku w siwz odpowiednich zapisów, wykonawca musiałby się oprzeć na praktyce, dobrych zasadach obowiązujących na rynku IT, dotychczasowym doświadczeniu. Jednak wobec bezwzględnego stwierdzenia siwz, że to zamawiający będzie decydował, który Incydent jest krytyczny, a który nie - może się okazać, że opieranie się na dobrych praktykach jest niewystarczające. A zatem sporządzenie oferty nie jest możliwe, gdyż siwz nie zawiera wszystkich informacji niezbędnych do sporządzenia takiej oferty.

Odwołujący A. podkreślił, iż od poziomu Incydentu uzależnione są różne zobowiązania wykonawcy. Brak definicji Incydentu Krytycznego uniemożliwia ustalenie przez wykonawcę ryzyk oraz zakresu odpowiedzialności dla świadczonych usług, które określono w przedmiocie umowy. Zatem w tym przypadku mamy do czynienia także z otwartym i niepełnym zakresem przedmiotu umowy w zakresie świadczonych usług. Zamawiający nienależycie opisał przedmiot umowy, co narusza przepis art. 29 ust. 1 ustawy.

Wyprzedzając argumentację zamawiającego, z którą odwołujący miał już możliwość zapoznać się w toku innego postępowania (KIO 337/17), odwołujący Asseco podkreślił, że bynajmniej nie kwestionuje uprawnienia zamawiającego do określenia poziomu świadczenia usługi serwisowej, na jakim oczekuje on obsługi danego incydentu. Cały problem sprowadza się do tego - kiedy i w jaki sposób zamawiający określa ten poziom świadczenia usługi serwisowej przez wskazanie, co Strony mają zgodnie rozumieć jako Incydent Krytyczny. Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy informacje takie powinny znaleźć się w siwz, gdyż stanowią element opisu przedmiotu zamówienia - świadczenie usługi serwisowej stanowi element przedmiotu zamówienia. Tymczasem zamawiający - co wynika z treści siwz - uważa, że uprawniony jest do określania tego elementu przedmiotu zamówienia dopiero na etapie realizacji umowy, gdy nawet samo zgłoszenie przez zamawiającego jednego Incydentu

70

Krytycznego może oznaczać obniżenie miesięcznego wynagrodzenia o ok. 100.000 zł (gdyby za podstawę przyjąć budżet zamówienia wskazany w siwz).

Powyższy spór pomiędzy odwołującym a zamawiającym został rozpatrzony w sposób ostateczny i prawomocny przez Sąd Okręgowy w W., który w wyroku z dnia 19 grudnia 2016 roku, sygn. akt: XXIII Ga 780/16 stwierdził: „Stanowisko Sądu Okręgowego jest tożsame ze stanowiskiem skarżącej spółki. Nie sposób było nie zgodzić się z argumentacją A., co do zasady. Muszą być definicje incydentów. Złe doświadczenia Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z kwestią reklamacji czy dany incydent można zakwalifikować do danej kategorii nie może stanowić podstawy do podejmowania decyzji o charakterze arbitralnym, tym bardziej gdy zakwalifikowanie danego incydentu wiąże się z nie tylko koniecznością szybszej reakcji wykonawcy, ale także jego odpowiedzialnością z tytułu kar umownych, w przypadku incydentów krytycznych bardzo dotkliwych sięgających 20% wynagrodzenia za Modyfikację.”

Dla odwołującego A. zupełnie niezrozumiałe jest podtrzymywanie przez zamawiającego stanowiska odnośnie braku odpowiednich definicji w siwz, które zostało uznane przez Sąd Okręgowy za całkowicie wadliwe.

Dodatkowo wskazał, że zamawiający określił w siwz zakres oraz przebieg procesu obsługi Incydentów, ale zdaniem odwołującego pominął istotny etap tego procesu, a dotyczący uzgodnienia między stronami właściwej klasyfikacji danego Zgłoszenia, zamykając tym samym wykonawcy możliwość jakiegokolwiek odniesienia się do przekazanej przez zamawiającego decyzji o obsłudze danego Zgłoszenia na poziomie Incydent krytyczny. Brak czynności związanej z ustalaniem klasyfikacji (Incydent Krytyczny lub Incydent Niski) dla Zgłoszenia powoduje, że wykonawca ma ograniczone możliwości egzekwowania zapisów umowy obowiązujących obie strony - co stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy . Mając powyższe na uwadze odwołujący A., kierując się stanowiskiem Sadu Okręgowego w W. wyrażonym w w/w wyroku bo sygn. akt. XXIII Ga 780/16: „Sąd Okręgowy dał jednak zamawiającemu możliwość ułożenia definicji, nie znajdując uzasadnionych podstaw, aby narzucać mu treść wskazana przez skarżącą A., czyli potencjalnego wykonawcę. Gdyby okazało się, że definicje te będą wadliwe, zawsze służą oferentom środki ochrony prawnej przewidziane w pzp”, nie wskazuje prawidłowej definicji Incydentu krytycznego, wnioskując, aby nakazać zamawiającemu dokonanie zmian siwz zgodnie z wiążącym go prawomocnym wyrokiem Sadu Okręgowego.

Odwołujący A. wniósł o uzupełnienie algorytmu obsługi Zgłoszenia w ramach metryki usługi serwisowej Obsługa Incydentów UU2017_USM_ODI (załącznik 8 do umowy) o możliwość reklasyfikacji Zgłoszenia.

8.D. NARZĘDZIA WSPOMAGAJĄCE ZARZĄDZANIE IT/OPROGRAMOWANIA WSPOMAGAJĄCEGO EKSPLOATACJĘ I ZARZĄDZANIE KSI

71

Narzędzia wspomagające zarządzanie IT - Oprogramowanie (w tym aplikacje) wspomagające eksploatację i zarządzanie IT, w tym monitorowanie i kontrolę funkcji procesów zarządzania IT.

Zamawiający nie odwołał się w tej definicji do żadnego załącznika, w którym znajdowałyby się lista takich Narzędzi wspomagających czy też Oprogramowania wspomagającego. Jest to dla odwołującego A. zupełnie niezrozumiałe. Skoro w definicji Oprogramowania użytkowego zamawiający mógł stwierdzić „Listę Elementów K.ZUS składających się na Oprogramowanie użytkowe zawiera załącznik 18”, nic nie stoi na przeszkodzie, aby także dla Narzędzi wspomagających czy też Oprogramowania wspomagającego została sporządzona odpowiednia lista i zamieszczona w siwz. Brak takiej listy narusza przepis art. 29 ust. 1 ustawy, gdyż wykonawca nie wie, co mieści się właściwie pod definiowanym pojęciem - czy takich narzędzi jest 10, 100 czy może 1000? Nie jest zatem możliwe sporządzenie oferty w oparciu o obecne brzmienie siwz.

Wniósł o dodanie do definicji Narzędzi wspomagających zarządzanie IT / Oprogramowanie wspomagające eksploatację i zarządzanie K. zdania: „Listę Elementów K. ZUS składających się na Narzędzi wspomagających zarządzanie IT / Oprogramowanie wspomagające eksploatację i zarządzanie K.określono w załączniku 13 Struktura, zasady tworzenia i aktualizacji Macierzy Odpowiedzialności”.

Załącznik 3 do umowy „Metryki Usług wykonawcy dotyczących utrzymania Usług aplikacyjnych IT” pkt BI „Metody pomiaru parametrów i definicje osiągnięcia poziomu utrzymania usług aplikacyjnych !T udostępniania portali” pkt 4-11

Zamawiający w opisie pomiaru parametrów usługi opisanej Metryką UU_EPWD_UT#00 (Wsparcie utrzymania usługi UU_EPWD_UT#00_Udostępnianie usług systemu EPWD) zawarł następujące opisy:

Metoda pomiaru parametru EPWD M02 Wartość parametru W wyznaczana jest w konsoli usługowej SMU z danych pobieranych ze

stacji roboczych użytkowników.

Metoda pomiaru parametru EPWD M05

Wartość parametru W wyznaczana jest w konsoli usługowej SMU z danych pobieranych ze stacji roboczych użytkowników.

Metoda pomiaru parametru EPWD M07

Wartość parametru WR wyznaczana jest w konsoli usługowej SMU z danych pobieranych ze stacji roboczych użytkowników.

Odwołujący A. podkreślił, że pomiar parametrów na stacji roboczej w sposób istotny zależy od wydajności elementów, za działanie których wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, w szczególności nie ponosi odpowiedzialności za wydajność i przepustowość sieci łączącej Centralę zamawiającego z jednostkami terenowymi zamawiającego oraz za działanie

72

samych stacji roboczych. Jeżeli jakość usług wykonawcy miałaby być mierzona na poziomie stacji roboczych, to zamawiający musiałby udostępnić wykonawcy dostęp do systemów monitorujących ich dostępność i wydajność, w sposób umożliwiający jednoznaczne określenie wpływu infrastruktury na poziom świadczonych usług.

Z kolei pomiar jakości usług świadczonych przez wykonawcę wykonywany na poziomie serwerów jest miarodajny i obiektywny. Odwołujący także zaznaczył, że nawet parametry usług interakcyjnych tak istotnych dla zamawiającego jak: przyznawanie, obsługa i wypłata świadczeń emerytalno-rentowych czy rozliczanie płatników składek, które ze swojej istoty wymagają interakcji użytkownika obsługującego stacją roboczą z częścią systemu funkcjonującą w centrali, mierzone są na poziomie serwerów, a nie stacji roboczych.

Jednak najistotniejszym zarzutem w odniesieniu do usługi UU_EPWD_UT#00 jest fakt, że metody pomiaru nieprecyzyjnie określają sposób wyznaczenia wartości parametrów związanych z Wydajnością i Dostępnością usługi. Oznacza to, że wykonawca na etapie przygotowywania oferty nie uzyskał na podstawie siwz wystarczającej wiedzy o tym, w jaki sposób ma zapewnić świadczenie usługi na wymaganym przez zamawiającego poziomie, a tym samym nie jest w stanie przygotować rzetelnej oferty. Stanowi to naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy, który nakazuje, aby opis przedmiotu zamówienia zawierał wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Usługa UU_EPWD_UT#00 stanowi kompilację usług utrzymania EPWD opisanych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego na „Rozbudowę i wdrożenie nowych funkcjonalności oraz utrzymanie i rozwój systemu Elektronicznej Platformy Danych (EPWD) oraz budowę i utrzymanie Centralnego Rejestru Klientów Zakładu”, Publikacja ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 31 stycznia 2013 roku, 2013/S 022 - 034108, znak sprawy TZ/370/76/12 (zwane dalej „postępowanie na EPWD i CRKZ”. W prowadzonym obecnie postępowaniu zamawiający zawarł bardzo zbliżone zapisy

dotyczące metod pomiaru parametrów i definicji osiągnięcia poziomu utrzymania tego samego systemu EPWD, co w postępowaniu na EPWD i CRKZ.

Zamawiający co prawda w opisie metod pomiaru parametrów dokonał pewnych uszczegółowień opisując, np. cykliczność pomiaru, czy wartość progową dla parametrów wydajnościowych, jednak nadal nie określił podstawowych elementów niezbędnych do wyliczenia wartości parametrów takich jak:

- pełna lista wszystkich stanów i progów powodujących wygenerowanie zdarzeń krytycznych wpływających na poszczególne parametry,
- lista komponentów systemowo-aplikacyjnych, dla których te stany są wyznaczane,
- lista nazw zleceń, które będą wyznaczały spełnienie poszczególnych parametrów wydajnościowych.

73

Co do zasady zatem istota zarzutów podnoszonych obecnie przez odwołującego i opisana powyżej jest tożsama z podniesionymi przez A. w postępowaniu na EPWD i CRKZ.

Odwołujący A. zaznaczył, że niekompletne zapisy dotyczące metod pomiaru parametrów i definicji osiągnięcia ich poziomu, zawarte w siwz dotyczące innego postępowania prowadzonego przez zamawiającego (postępowanie na EPWD i CRKZ) były przedmiotem skargi do Sądu Okręgowego w W., XIII Wydział Gospodarczy, sygn. akt XXIII Ga780/16. Sąd Okręgowy podzielił stanowisko odwołującego i w wyroku z dnia 19.12.2016 r. stwierdził: „Sąd Okręgowy zgodził się z A., iż obowiązkiem zamawiającego - któremu nie sprostął - było precyzyjne zdefiniowanie zdarzenia krytycznego odnośnie danego stanu usługi (czy to pomiaru dostępności czy też pomiaru wydajności). Elementy szczegółowo wymienione przez skarżącą, odpowiednio na k. 288 i 291 akt sprawy powinny być ujęte przez zamawiającego, aby opis był także w tym zakresie zgodny z art. 29 ust 1 pzp.

Jednocześnie Sąd zaaprobował i uznał za własne stanowisko skarżącej, iż niecelowe jest narzucanie zamawiającemu treści takich opisów, powinien Zakład Ubezpieczeń Społecznych mieć swobodę w ich kształtowaniu. Oczywiście w granicach przepisów prawa ”

Odwołujący A. wniósł o doprecyzowanie definicji metryki UU EPWD UT#00 oraz metod pomiaru jej parametrów tak, aby:

1) sposób wyliczania parametrów odzwierciedlał jakość świadczonych usług przez wykonawcę i opierał się na elementach konfiguracji, na które wykonawca ma wpływ - mierzenie parametrów jakości świadczenia usługi na serwerach aplikacyjnych, a nie na stacjach roboczych,

2) zawierała kompletny opis metod pomiaru parametrów od EPWD_1 do EPWD-17, uwzględniający definicje stanów, wartości progowe, listę nazw zleceń, elementy konfiguracji i komponenty przypisane do poszczególnych parametrów.

Załącznik nr 8 do umowy „Zakres i poziom świadczenia Usług serwisowych oraz Konsultacji utrzymaniowych”, Metryka usługi serwisowej Obsługa incydentów [UU2017JUSMJODI], pkt

2) „Zakres usługi”

Zamawiający definiuje zakres zobowiązań wykonawcy odnośnie dostarczanych Rozwiązań Incydentów w ramach usługi opisanej Metryką UU2017_USM_ODI m.in. w sposób następujący:

„Rozwiązanie może w swym zakresie obejmować działania związane z opracowaniem i przekazaniem do wykonania lub wykonaniem zlecenia korekty danych {ZKD} umożliwiającego naprawienie nieprawidłowości w danych dla błędów w danych oraz obsługę spraw i aktualizację słowników; w przypadkach, gdy operacje te nie są wspierane przez funkcjonalność Oprogramowania użytkowego, a także nie są objęte Naprawą przez instalację Poprawek / QSZ. Do każdego ZKD wykonawca dostarcza skrypt, którym korygował dane.”

74

Z powyższego zapisu wynika, że zamawiający zobowiązuje wykonawcę również do korekty błędów w danych, które swoją przyczynę mają w błędach popełnianych przez użytkowników Oprogramowania użytkowego oraz do obsługi spraw i aktualizacji słowników, w sytuacji, kiedy operacje te nie są wspierane przez funkcjonalność odebranego przez zamawiającego oprogramowania.

Odwołujący A. zauważył, że wykonawca w ramach świadczonych usług nie ma wpływu na jakość pracy użytkowników, a zatem popełniane przez użytkowników błędy nie powinny obciążać wykonawcy. Obsługa przez wykonawcę błędów w danych spowodowanych błędami użytkowników oprogramowania oznacza przeniesienie na wykonawcę odpowiedzialności za działania i zaniechania pracowników zamawiającego - co stoi w sprzeczności z zasadami odpowiedzialności kontraktowej zgodnie z prawem cywilnym. Narusza to art. 471 Kodeksu Cywilnego i przekracza zasadę swobody umów określoną w Kodeksie Cywilnym. Wykonawca nie może również ponosić odpowiedzialności za braki funkcjonalne Oprogramowania użytkowego, którego funkcjonalność w ramach odrębnych umów zamówił i odebrał zamawiający. W skrajnym przypadku może to prowadzić do sytuacji, w której zamawiający nie będzie zamawiał części funkcjonalności Oprogramowania użytkowego K. ZUS, zobowiązując wykonawcę do obsługi problemów wynikających z braków funkcjonalnych Oprogramowania użytkowego. Zobowiązane wykonawcy do dostarczania przez niego Rozwiązań pozwalających na obsługę spraw i aktualizację słowników, gdy te nie są wspierane przez funkcjonalność Oprogramowania oznacza przeniesienie na wykonawcę odpowiedzialności za działania i zaniechania zamawiającego - co stoi w sprzeczności z zasadami odpowiedzialności kontraktowej zgodnie z prawem cywilnym. Narusza to art. 471 Kodeksu Cywilnego i przekracza zasadę swobody umów określoną w Kodeksie Cywilnym.

Dodatkowo odwołujący A. zauważył, że dla opisanych w niniejszym zarzucie typów Zgłoszeń, tj. spowodowanych błędami użytkowników lub brakami funkcjonalności Oprogramowania użytkowego:

- zamawiający nie określa żadnego limitu (tygodniowego lub miesięcznego) Zgłoszeń, który zobowiązany będzie obsłużyć wykonawca - co m.in. oznacza niedookreślony zakres zobowiązań wynikających z umowy, powoduje brak możliwości przygotowania przez odwołującego rzetelnej wyceny zobowiązań i złożenia poprawnej Oferty w odpowiedzi na siwz-co narusza art. 29 ust. 1 ustawy .
- Reżim obsługi (w tym czas obsługi Zgłoszenia) jest taki sam jak dla Incydentów spowodowanych Błędami Oprogramowania użytkowego.
- zamawiający wymaga od wykonawcy terminowego obsłużenia 100% Zgłoszeń, ich nieterminowa obsługa skutkuje wysokimi Obniżeniami wynagrodzenia - dla najdroższej usługi obniżenie wynagrodzenia może wynieść ponad 50 000 zł za 1 dzień opóźnienia w dostarczeniu Rozwiązania na poziomie Incydent niski.

75

Odwołujący A. wniósł o:

Usunięcie w załączniku nr 8 do umowy w Metryce usługi UU2017_USM_ODI w całości zapisu

„Rozwiązanie może w swym zakresie obejmować działania związane z opracowaniem i przekazaniem do wykonania lub wykonaniem zlecenia korekty danych (ZKD) umożliwiającego naprawienie nieprawidłowości w danych dla błędów w danych oraz obsługę spraw i aktualizację słowników, w przypadkach, gdy operacje te nie są wspierane przez funkcjonalność Oprogramowania użytkowego, a także nie są objęte Naprawą przez instalację Poprawek / QSZ. Do każdego ZKD wykonawca dostarcza skrypt, którym korygował dane”

lub

2) Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu szczegółowego określenia zakresu zobowiązań wykonawcy dotyczących naprawy takich błędów w danych oraz obsługi spraw niewspieranych przez Oprogramowanie użytkowe, przez wskazane poniżej zmiany w metryce usługi UU2017JJSM_ODI:

a) Zastąpienie zapisu:

„Rozwiązanie może w swym zakresie obejmować działania związane z opracowaniem i przekazaniem do wykonania lub wykonaniem zlecenia korekty danych (ZKD) umożliwiającego naprawienie nieprawidłowości w danych dla błędów w danych oraz obsługę spraw i aktualizację słowników, w przypadkach, gdy operacje te nie są wspierane przez funkcjonalność Oprogramowania użytkowego, a także nie są objęte Naprawą przez instalację Poprawek / QSZ. Do każdego ZKD wykonawca dostarcza skrypt, którym korygował dane.”

zapisem:

„Rozwiązanie może w swym zakresie obejmować działania związane z opracowaniem i przekazaniem do wykonania lub wykonaniem zlecenia korekty danych (ZKD) umożliwiającego naprawienie jednostkowych nieprawidłowości w danych dla błędów w danych oraz obsługę jednostkowych spraw i aktualizację słowników, w przypadkach, gdy operacje te nie są wspierane przez funkcjonalność Oprogramowania użytkowego, a także nie są objęte Naprawą przez instalację Poprawek / QSZ. Do każdego ZKD wykonawca dostarcza skrypt, którym korygował dane.”

b) Dodanie do Metryki usługi UU2017_USM_ODI dedykowanego parametru do rozliczania obsługi tego typu Zgłoszeń - definicja parametru jak poniżej:

Symbol parametru ODI.OB4, nazwa parametru Korekta danych, Wartość parametru (jeden) Korekta danych: <=110 godzin, sposób pomiaru/opis parametru Czas Uczony od momentu wysłania Zgłoszenia do CS wykonawcy do momentu zakończenia obsługi Zgłoszenia przez wykonawcę w ramach usługi UU2017_USM_ODI, tj. do czasu przekazania przez wykonawcę

76

skutecznego Rozwiązania i jest pomniejszany o okresy jego wstrzymania, definicja spełnionego parametru Spełnienie wartości parametrów dla co najmniej 90% Zgłoszeń zakończonych w danym {miesięcznym} okresie rozliczeniowym. Dla wszystkich usług parametr OD1.OB4 rozliczany jest w kalendarzu - Dni robocze 07:00-18:00

c) Wprowadzenie do Metryki usługi UU2017_USM_ODI miesięcznego limitu Zgłoszeń, do

obsługi których wykonawca będzie zobowiązany w ramach usługi, jako „Korekta danych” - 100 zgłoszeń miesięcznie.

d) Dodanie w załączniku 16 do umowy, zasady obliczania obniżenia wynagrodzenia wykonawcy z tytułu niedotrzymania parametru ODI.OB4, przez zastąpienie zapisu:

$Obn(ParametrSrv) = Obn(ParametrSrv1) + \dots + Obn(ParametrSrvN)$

$Obn(ParametrSrvN) = [y * ObnSrvMax(Metryka) * WspObnNiski] +$

$[z * ObnSrvMax(Metryka) * WspObnKrytyczny]$

gdzie:

$WspObnNiski = 10\%$

$WspObnKrytyczny = 30\%$

y - liczba dni, o które został przekroczony dopuszczalny czas diagnozy - dla incydentów na poziomie niskim

z - liczba godzin, o którą został przekroczony dopuszczalny czas diagnozy - dla incydentów na poziomie krytycznym

zapisem:

$Obn(ParametrSrv) = Obn(ParametrSrv1) + \dots + Obn(ParametrSrvN)$

$Obn(ParametrSrvN) = [y * ObnSrvMax(Metryka) * WspObnNiski] + [z * ObnSrvMax(Metryka) *$

$WspObnKrytyczny] + [v * WspObnKorektaDanych]$

gdzie:

$WspObnNiski = 10\%$ $WspObnKrytyczny = 30\%$

$WspObnKorektaDanych = 500 \text{ zł}$

y - liczba dni, o które został przekroczony dopuszczalny czas obsługi dla Zgłoszeń rozliczanych w ramach parametru ODI.OB1

z - liczba godzin, o które został przekroczony dopuszczalny czas obsługi dla Zgłoszeń rozliczanych w ramach parametru ODI.OB2 i ODI.OB3

v - liczba dni, o które został przekroczony dopuszczalny czas obsługi dla Zgłoszeń rozliczanych w ramach parametru ODI.OB4

Załącznik nr 8 do umowy „Zakres i poziom świadczenia Usług serwisowych oraz Konsultacji utrzymaniowych”, Metryki usług serwisowych, pkt 5) „ Warunki wymagane do realizacji usługi”

Opisując uwarunkowania świadczenia poszczególnych Usług serwisowych, zamawiający słusznie zobowiązał się, że „umożliwi dostęp do Środowiska Produkcyjnego w zakresie niezbędnym do świadczenia usługi o ile dostęp do Środowiska Produkcyjnego jest niezbędny do realizacji usług wskazanych w załączniku, o tyle odwołujący A. wskazał, że nie stanowi on warunku wystarczającego do ich należytej realizacji.

Podstawowym elementem wykonania usług Obsługi incydentów (UU2017_USM_ODI) oraz Konsultacji utrzymaniowych (UU2017_USM_KON) jest przeprowadzenie procesu diagnostyki. Warunkiem koniecznym prawidłowego przeprowadzenia tego procesu w tak' złożonym systemie informatycznym jak system zamawiającego jest możliwość wielokrotnego odtwarzania sytuacji błędnej w celu precyzyjnego określenia pierwotnej przyczyny wystąpienia błędu (root cause). W tym celu niezbędne jest, aby z jednej strony opis zgłoszenia błędu pozwalał na jego odtworzenie w środowisku innym niż produkcyjne - aby powtarzając sytuację błędną w procesie diagnostyki (np. w celu zgromadzenia dodatkowych danych diagnostycznych, logów, komunikatów błędu itp.) nie wprowadzać niepotrzebnego ryzyka dla danych produkcyjnych. Z drugiej strony, ze względu na skalę systemu zamawiającego oraz związany z nią szczególny charakter przetwarzanych danych, prowadzenie tego typu działań diagnostycznych wymaga, aby wykonawca miał dostęp do środowisk możliwie wiernie odzwierciedlających Środowisko produkcyjne - takich jak Środowiska przedprodukcyjne, stanowiące częściową lub całościową kopię środowiska produkcyjnego.

Kwestia wykorzystania środowisk innych niż Środowisko produkcyjne jest również istotna w kontekście realizacji usług dotyczących przeprowadzenia akcji masowych, takich jak:

- Wsparcie przy realizacji akcji podatkowych dla świadczeń (UU2017_USZ_PITE i UU2017_USZ_PITZ),

- Wsparcie przy realizacji akcji masowej waloryzacji świadczeń emerytalno-rentowych (UU2017_USZ_WALE),

- Wsparcie przy realizacji akcji informowania ubezpieczonych o stanie konta (UU2017_USZ_INFU).

Na podstawie doświadczeń w realizacji tego typu akcji masowych w systemach informatycznych o skali i charakterystyce takiej jak system zamawiającego, odwołujący A. wskazał, że do należytego wykonania tego typu usług niezbędne jest - przed rozpoczęciem prac w Środowisku produkcyjnym – przeprowadzenie prac przygotowawczych na charakter testowych możliwie wiernie odzwierciedlających Środowiska środowiskach produkcyjnego. Ze względu na szczególny charakter danych przetwarzanych w systemie a także zamawiającego, wysokie wymagania zamawiającego odnośnie terminu i skuteczności akcji masowych, mogącymi zapewnić przeprowadzenia środowiskami odpowiednią reprezentatywność dla prac przygotowawczych mogą być jedynie Środowiska

78

przedprodukcyjne zamawiającego, a zakres realizacji usług związanych z akcjami masowymi musi uwzględniać również prace na tych środowiskach.

Z analogicznych względów, możliwość dostępu do Środowisk przedprodukcyjnych będzie istotna również dla takich działań jak: parametryzacja narzędzi wspomagających zarządzanie IT (usługa UU2017JJSZ_PNW), raportowanie specjalistyczne (UU2017_USZ_RSA) czy opracowanie konfiguracji przetwarzania wsadowego w TWS (UU2017_USZ_TWS).

Odwołujący wskazał, że uwarunkowania realizacji usług serwisowych muszą uwzględniać także dostęp do innych środowisk systemu IT zamawiającego niż tylko Środowisko produkcyjne. Wskazany powyżej brak jest nienależytym opisaniem przedmiotu zamówienia w zakresie środowisk koniecznych do realizacji usług, gdyż nie jest w tym zakresie pełnym opisem przedmiotu zamówienia - co narusza art. 29 ust. 1 ustawy .

Jednocześnie w warunkach wymaganych do realizacji usług serwisowych zamawiający nie zobowiązuje się do udostępnienia wykonawcy kodu źródłowego wymaganego do realizacji poprawek. Odwołujący zwraca uwagę, że dostęp do kodu źródłowego produktu, do którego zgłoszono błąd i który ma podlegać naprawie, jest warunkiem niezbędnym do należytej realizacji usług. Brak lub opóźnienie udostępnienia wykonawcy kodów źródłowych mogą uniemożliwić realizację zgłoszenia w wymaganych przez zamawiającego terminach, przez co wykonawca może być obciążony obniżeniem wynagrodzenia. Oznacza to, że zamawiający oczekuje, że wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność także za takie elementy mające wpływ na czas realizacji usług, za które nie odpowiada, gdyż nie obejmuje ich swoimi usługami ani ich nie dostarcza. W takiej sytuacji odwołujący A. nie jest w stanie w sposób należyty wycenić swoich usług ani oszacować ryzyk związanych z realizacją zamówienia - co narusza art. 29 ust. 1 ustawy .

Wniósł o: 1) Zastąpienie w załączniku 8 do umowy, zapisu znajdującego się w sekcji „5) Warunki wymagane do realizacji usługi” poszczególnych Metryk usług: UU2017JJSZ_ODI, U U 2017_U SZ_P IM W, UU2017_USZ_RSA, UU2017_USZ_TWS, UU2017_USZ_PITE, UU2017JJSZ_PITZ, UU2017_USZ_WALE, UU2017JJSZJNFU:

„Zamawiający umożliwi dostęp do Środowiska Produkcyjnego w zakresie niezbędnym do świadczenia usługi”

zapisem:

„Zamawiający umożliwi bezpośredni dostęp do Środowiska produkcyjnego i Środowisk przedprodukcyjnych w zakresie niezbędnym do świadczenia usługi”

2) Zmianę w załączniku 8 do umowy, zapisu znajdującego się w sekcji „5) Warunki wymagane do realizacji usługi” ppkt 2 Metryki usługi: UU2017_USM_KON, przez nadanie mu brzmienia:

79

„Zamawiający umożliwi dostęp do Repozytorium oraz do Środowiska produkcyjnego i Środowisk przedprodukcyjnych w zakresie niezbędnym do świadczenia usługi na zasadach określonych w Umowie.”

3) Uzupełnienie w załączniku 8 do umowy, zapisu znajdującego się w sekcji „5) Warunki wymagane do realizacji usługi” w Metryce usługi UU2017_USM_ODI o następujące podpunkty:

„9. Opis zgłoszenia dotyczącego zidentyfikowanej nieprawidłowości w funkcjonowaniu oprogramowania powinien pozwolić na odtworzenie jej w środowiskach testowych albo Środowiskach przedprodukcyjnych albo potwierdzenie jej w Środowisku produkcyjnym.

10. Zamawiający udostępni wykonawcy kod źródłowy wymagany do realizacji poprawek w zakresie i czasie niezbędnym do świadczenia usługi. W przypadku braku dostępu do kodów źródłowych z przyczyn niezależnych od wykonawcy; czas bieżącej obsługi Zgłoszeń objętych usługą, ulega wydłużeniu o okres niedostępności, pod warunkiem Zgłoszenia zamawiającemu przez CS wykonawcy informacji o niedostępności/

Załącznik 21 do umowy „Umowa o powierzeniu przetwarzania danych osobowych w ramach podjętej współpracy”, § 2 ust. 1 i § 3 ust. 8.

W regulacji § 2 ust. 1 umowy o powierzeniu przetwarzania danych osobowych (dalej „Umowa o powierzeniu”) zamawiający w następujący sposób określił zakres powierzonych do przetwarzania Danych osobowych:

„Zakres powierzonych do przetwarzania Danych osobowych obejmuje: dane ujęte w kontaktach ubezpieczonych i w kontaktach płatników składek, o których mowa w ustawie z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tj. Dz.U. 2016 nr 0 poz. 963, z późn. zm.).

Jednocześnie w §2 ust.2 umowy o powierzeniu zamawiający upoważnia wykonawcę do przetwarzania Danych osobowych „w celu i zakresie, w jakim jest to niezbędne dla należytego wykonywania umowy utrzymaniowej oraz udzielonych na jej podstawie Zleceń”.

Również w art. 10 ust. 2 umowy zamawiający zapowiada powierzenie wykonawcy przetwarzania danych „w zakresie niezbędnym do wykonywania przedmiotu Dokumentów kontraktowych. Takie określenie zakresu danych jest logiczne, gdyż wykonawca w toku realizacji umowy będzie przetwarzał Dane osobowe, a zatem musi mieć stosowne upoważnienie.

Z kolei zakres danych wskazany w § 2 ust. 1 umowy o powierzenie stanowi ograniczenie zakresu przetwarzanych Danych osobowych w stosunku do obydwu w/w przepisów. A co najważniejsze - jest to ograniczenie nieadekwatne do rzeczywistych potrzeb samego zamawiającego, wynikających z przedmiotu umowy. Ponadto obecne brzmienie §2 ust. 1 umowy o powierzeniu uniemożliwi i wykonawcy należyte wykonywanie umowy. Poza danymi ujętymi w kontaktach ubezpieczonych i kontaktach płatników składek, zakres powierzanych

80

wykonawcy do przetwarzania danych osobowych powinien obejmować w szczególności następujące kategorie:

- dane świadczeniobiorców (np. pobierających zasiłki pogrzebowe, odbiorców wypłat za osoby niepełnosprawne, odbiorców dodatkowych),
- dane członków rodzin ubezpieczonych,
- dane z rejestrów centralnych przechowywane w K. (REGON, KEP, PESEL),
- dane lekarzy,
- dane na dokumentach i wpłatach niezidentyfikowanych z kontem płatnika,
- dane z CEPIK (np. współwłaścicieli pojazdów),
- dane pracowników zamawiającego.

Odwołujący A. ma świadomość, że wyspecyfikowanie pełnego zbioru kategorii Danych osobowych przetwarzanych w związku z wykonywaniem przedmiotu umowy byłoby niezwykle trudne, dlatego w opinii odwołującego przytoczone wcześniej sformułowania dotyczące zakresu przetwarzania Danych osobowych zawarte w § 2 ust. 2 umowy o powierzeniu oraz w art. 10 ust. 2 umowy są adekwatne i wystarczające.

Jednocześnie całkowicie niezrozumiałe dla odwołującego jest zastosowanie przez zamawiającego w § 3 ust. 8 umowy o powierzeniu sformułowania „wszelkich danych i informacji uzyskanych w trakcie obowiązywania umowy oraz w związku z realizacją umowy utrzymaniowej oraz udzielonych na jej podstawie Zleceń”.

Umowa o powierzeniu określa m.in. zakres, cel, uwarunkowania, odpowiedzialności i zobowiązania Stron dotyczące ochrony Danych osobowych przetwarzanych w zakresie niezbędnym do wykonywania przedmiotu umowy utrzymaniowej. Zadaniem umowy o powierzeniu nie jest w żadnym razie definiowanie ogólnych zasad dotyczących bezpieczeństwa informacji dla przedmiotu umowy - zasady takie, z wykorzystaniem wyczerpująco zdefiniowanego pojęcia informacji chronionych, zostały już przez zamawiającego zawarte w art. 10 umowy.

Dodatkowo, jednoznacznie bezterminowy charakter sformułowanego w § 3 ust. 8 umowy o powierzeniu zobowiązania „do zachowania w tajemnicy wszelkich danych i informacji stoi w sprzeczności z art. 10 ust. 16 umowy, w którym zamawiający prawidłowo dopuszcza stosowanie innego niż bezterminowy okresu zachowania informacji w tajemnicy: „{...)

Zobowiązanie do zachowania w tajemnicy Informacji chronionych wiąże w okresie trwania Dokumentów kontraktowych oraz przez okres 10 (dziesięciu) lat po ich zakończeniu. Nie dotyczy to informacji chronionych, które są chronione bezwzględными przepisami prawa, do których zobowiązanie do zachowania w tajemnicy będzie obowiązywało zgodnie z stosownymi przepisami prawa w tym zakresie.". Odwołujący zwraca uwagę, iż zachowanie tajemnicy obowiązuje rzeczywiście bezterminowo w przypadku ochrony Danych osobowych. Powyższe narusza art. 29 ust. 1 ustawy. Wskazana sprzeczność postanowień siwz

81

powoduje, że zamawiający na etapie przygotowania oferty nie wie, jaki zakres Danych osobowych zostanie mu powierzony do przetwarzania - czy szeroki, wskazany jako zakres niezbędny do wykonywania umowy, czy też wąski - jak określony w § 2 ust. 1 umowy o powierzeniu.

Wniósł o:

- 1) Wykreślenie ust 1 w § 2 umowy o powierzeniu.
- 2) Zmianę treści siwz przez ograniczenie przedmiotu zobowiązań w § 3 ust. 8 umowy o powierzeniu wyłącznie do Danych osobowych.

Odwołujący A. na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron cofnął zarzuty oznaczone w odwołaniu jako 1, 3, 4, 5, 7, 8A, 8B, 8C, 8D, 9, 10 11, 12, zaś zarzuty 2 i 6 podtrzymał częściowo. W związku z powyższym Izba przytoczyła argumentację zamawiającego zawartą w odpowiedzi na odwołanie wyłącznie w zakresie spornym.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania i obciążenie odwołującego A. kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego. Następnie przytoczył uwagi ogólne takie jak w sprawie sygn. akt KIO 880/17 dotyczące wpływu dokonanej 19 maja 2017r. modyfikacji siwz na przebieg postępowania odwoławczego.

Co do zarzut nr 2 obejmujący postanowienia dot. zmiany umowy zawarte w Załączniku nr 1 do siwz Oferta pkt V Formularz Cenowy, Załącznik nr 2 do siwz Umowa art. 12 ust 6-11, Załączniku nr 2 do umowy „Struktura organizacyjna i procedury dla realizacji umowy” lit B „Procedury ogólne” pkt 11 „PO 11 Procedura zmiany Standardów IT ZUS oraz procedur eksploatacyjnych” (str. 6-11 odwołania)

Odnosząc się do przedstawionej przez odwołującego A. argumentacji w zakresie zasad wprowadzenia zmian do umowy, które zdaniem odwołującego A. pozwalają na nieograniczone możliwości ze strony zamawiającego w zakresie jednostronnej modyfikacji jej treści z naruszeniem interesów drugiej strony, zamawiający wskazał, że częściowo podzielił argumentację wykonawcy i dokonał modyfikacji siwz, w pozostałym zakresie uznał zarzuty za nieuzasadnione.

A Zarzut dotyczący możliwości rezygnacji z dowolnego zakresu Usług (sir, 6-7 odwołania) Zamawiający dokonał modyfikacji siwz i wprowadził dodatkowe regulacje w art. 12 umowy, tj. ust. 10 a i ust. 10 b. precyzujące okoliczności uzasadniające dokonanie zmian umowy (patrz modyfikacja nr 63) określające:

- 1) zakres możliwej rezygnacji z metryki usług lub z zadań składających się na metrykę usług;
- 2) możliwość zmiany zakresu i treści metryki usług;
- 3) wskazanie sytuacji uzasadniających rezygnację;

82

4) wpływ rezygnacji lub zmiany zakresu i treści metryk na wysokość wynagrodzenia wykonawcy.

Ponadto, z załącznika nr 1 do siwz „Formularz oferty” zamawiający usunął, zgodnie z wnioskiem odwołującego A., fragment odnoszący się do zastrzeżenia możliwości rezygnacji z dowolnego wskazanego przez zamawiającego zakresu Usług utrzymania objętych Metrykami Usług wykonawcy oraz poziomu Świadczenia Usług serwisowych - zgodnie z żądaniem odwołującego A.

Powyższe zapisy zdaniem zamawiającego czynią zadość żądaniu odwołującego A. ze względu na sprecyzowanie okoliczności uzasadniających możliwość wprowadzenia zmian dotyczących wolumenu świadczonych Usług. Zamawiający jasno wskazał parametry minimalne w postaci zagwarantowania 60 % wartości wynagrodzenia brutto wykonawcy z

tytułu świadczenia usług objętych Metrykami Usług wykonawcy (z wyłączeniem usług serwisowych zgłaszanych jednostkowo); w przypadku zmiany Metryk Usług. Ponadto gwarantowane jest wynagrodzenie z tytułu Integratora K. oraz innych wskazanych ról zgodnie z Załącznikiem 2 do umowy. Poza kategorią zmiany zakresu usług uregulowaną w art 12 ust. 10a i 10b jest również wynagrodzenie z tytułu świadczenia Usług serwisowych zgłaszanych jednostkowo na zasadach określonych w Załączniku 8 do Umowa Usług dodatkowych; zlecanych i odbieranych na zasadach określonych w Załączniku 9 do umowy oraz Usług zlecanych i rozliczanych na zasadach „czas i materiały” określonych w Załączniku 7 do umowy. Wynagrodzenie w tym zakresie jest również „gwarantowane” na zasadach określonych Umową. Powyższe zapisy zdaniem zamawiającego czynią zadość żądaniu odwołującego A. ze względu na sprecyzowanie okoliczności uzasadniających możliwość wprowadzenia zmian dotyczących wolumenu świadczonych Usług. Co więcej; według zamawiającego zasady postępowania w przypadku rezygnacji lub zmian w zakresie Usług objętych Metrykami zostały opisane przejrzysto; gwarantując przewidywalność sytuacji; które mogą mieć miejsce na etapie realizacji umowy. Usunięte zostało ryzyko „dowolnego zrezygnowania z części przedmiotu zamówienia”; co skarżył odwołujący A.; w związku z czym ocena okoliczności istotnych przy sporządzaniu oferty na wykonanie przedmiotowego zamówienia nie jest ograniczona postanowieniami siwz godzącymi w interesy odwołującego A. Przedstawienie powyższych reguł odpowiada więc wymaganiom określonym w art 144 ust. 1 ustawy. Zamawiający zwrócił uwagę; że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług eksploatacji i utrzymania systemu; który jest ciągle zmieniany. Z przyczyn często niezależnych od zamawiającego (np. zmiany legislacyjne) pewne usługi wymagają rozwinęcia inne będą wygasły. Ponadto Umowa jest zawierana na 4 lata. Przy takim charakterze usług oraz długości trwania umowy niezbędne jest takie ukształtowanie jej warunków, aby możliwe było elastyczne korzystanie z usług wykonawcy w zakresie

83

dostosowanym do bieżących usług zamawiającego oraz zmieniającego się otoczenia prawnego i faktycznego.

Zdaniem zamawiającego nie można pominąć także skutków ewentualnego sprzeciwu wykonawcy odnośnie do zachodzących zmian K. ZUS. Zmniejszenie zakresu realizowanych usług; wynikających z np. ze zmian legislacyjnych i będących ich konsekwencją modyfikacji K. ZUS; nie wiązałoby się ze zmniejszeniem wynagrodzenia wykonawcy. Sytuacja taka z punktu widzenia zasad wydatkowania środków publicznych byłaby niedopuszczalna.

(Kwestia rozwoju K. ZUS oraz związanych z tym zmian w zakresie świadczonych usług została opisana szerzej w odpowiedzi na zarzut dotyczący tzw. macierzy odpowiedzialności).

B. Zarzut dotyczący braku możliwości podwyższenia wynagrodzenia (str. 7 odwołania)

Odwołujący A. zarzuca zamawiającemu brak możliwości zmiany wynagrodzenia przez jego podwyższenie w sytuacji zmian umowy. Zamawiający poinformował, iż dokonał odpowiednich zmian we wzorze umowy tj. Załącznik nr 2 do siwz Wzór umowy, Art. 12 ust. 6 (modyfikacja nr 13). W ramach tych zmian zamawiający dopuścił możliwość podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zwiększenia zakresu Usług.

Przy czym niedopuszczalne jest przekroczenie wartości całkowitego wynagrodzenia brutto wynikającego z art. 7 ust 3 Wzoru umowy. W przypadku wyczerpania limitu wynagrodzenia określonego w art. 7 ust. 3 umowy; Umowa wygaśnie na podstawie art. 16 ust. 1 umowy.

Brak możliwości zmiany wynagrodzenia całościowego w sytuacji zmian umowy; został przewidziany także w § 12 ust 20 Wzoru umowy, który to zapis nie był kwestionowany przez żadnego z wykonawców. W ocenie zamawiającego, takie zapisy czynią zadość przepisom ustawy oraz ustawy o finansach publicznych.

C. Zarzut dotyczący wadliwego opisu przedmiotu zamówienia z uwagi na prawo zamawiającego aktualizowania dokumentów stanowiących OPZ (str. 6-7 odwołania)

Odwołujący A. kwestionuje prawo zamawiającego do zmiany niektórych z dokumentów mających wpływ na świadczenie usług przez wykonawcę w trakcie trwania umowy, tj, w szczególności postanowienia art. 12 ust. 7, 8 i 9 umowy.

Zamawiający podniósł, że zarzut ten nie może zostać uwzględniony wobec braku precyzyjnego żądania zmiany zapisów. Wskazanie przez odwołującego A. na stronie 10 w literze „e” Odwołania żądania zmiany zapisów, aby „odpowiadały one ustawie Prawo zamówień publicznych” jest niewystarczające, aby zarzut był skutecznie podniesiony. Tak Izba w wyrokach KIO z dnia 16.04.2012 r., sygn. akt 657/12; por. wyrok KIO z dnia

12.03.2011 r. sygn. akt 402/11.

Z ostrożności odnosząc się merytorycznie do powyższych kwestii zamawiający zaznaczył, że potrzeba zawarcia kwestionowanych postanowień w Umowie ma ścisły związek z charakterem niniejszego zamówienia oraz koniecznością przyjęcia rozwiązań, które uwzględniają dynamiczny charakter K. i konieczność jego ciągłego rozwoju. Tego rodzaju

84

charakter zamówienia wymaga przyjęcia elastycznej formuły współpracy Stron, bez konieczności każdorazowego formalnego aneksowania umowy. Zachowanie tego rodzaju możliwości dokonywania zmian w umowie ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia interesów zamawiającego i znajduje uzasadnienie w specyfice przedmiotu zamówienia, w tym jest rozwiązaniem niezbędnym dla zagwarantowania sprawnej i całościowej realizacji przedmiotu zamówienia. W ramach projektów Informatycznych w „naturze tych stosunków prawnych” mieści się min. wprowadzanie rozwiązań elastycznych i odformalizowanych. Z tego też względu wykonawca podejmując się realizacji przedmiotu umowy, w tym mając świadomość jego charakterystyki (stały, dynamiczny rozwój), nie powinien wymagać zawierania każdorazowo aneksu do umowy (do tego zaś w istocie dąży odwołujący A. w treści stawianych żądań), ani czynić tego podstawą swoich zarzutów. Odnosząc się odrębnie do poszczególnych kwestionowanych postanowień zamawiający zwrócił uwagę, że zmodyfikował art. 12 ust. 7 umowy przez wykreślenie słów: „ma wyłącznie charakter informacyjny”, czym jak się wydaje uczynił zadość żądaniu odwołującego A. Oczywiście jest jednak, że Opis Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych” przedstawia stan Systemu K. ZUS jedynie na dzień sporządzenia siwz. Z upływem czasu, z uwagi na rozwój/zmiany K. dokument ten traci na aktualności. Zasadnie zatem zamawiający zastrzegł, że przed podpisaniem umowy zamawiający przekaze wykonawcy zaktualizowane dokumenty, tj. takie które opisują K. w takim kształcie w jakim wykonawca będzie go przejmował. Skoro Załącznik 18 „Opis Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych” dotyczy systemu, który podlega ciągłemu i dynamicznemu rozwojowi (czego odwołujący A. nie kwestionuje) to rzeczą naturalną i logiczną pozostaje to, że ewentualne jego zmiany nie wymagają aneksu do umowy (zmienność systemu pozostaje bowiem elementem zawartym już w treści stosunku zobowiązaniowego). Uzależnienie aktualizacji tego dokumentu od uzyskania zgody wykonawcy mogłoby uniemożliwić zawarcie umowy, a tym samym zniweczyć cel prowadzenia postępowania. Z analogicznych jak powyżej przedstawionych powodów zamawiający przewidział w art 12 ust. 8 umowy uaktualnienie na Dzień rozpoczęcia świadczenia usług zakres i treść Metryk Usług wykonawcy oraz strukturę Macierzy odpowiedzialności. Metryki Usług wykonawcy oraz struktura Macierzy odpowiedzialności opisane w Załącznikach 3-5, 8 i 13 przedstawiają wyłącznie stan aktualny na dzień sporządzenia siwz i z upływem czasu tracą swoją aktualność. Zgodnie z art. 12 ust. 9 umowy, który jest konsekwencją okoliczności wskazanych w ust. 8 tego artykułu, po dostosowaniu zakresu i treści Metryk Usług wykonawcy Strony dokonają weryfikacji wpływu zmiany na warunki świadczenia Usług wykonawcy oraz zobowiązania Stron, zgodnie z procedurą P02 określoną w Załączniku 2. Po przeprowadzeniu analizy tego wpływu, Strony rozważą dostosowanie zakresu i

85

Parametrów Usług oraz związanych z nimi zobowiązań Stron. Zmiany w powyższym zakresie zostaną przeprowadzone zgodnie z procedurą właściwą dla danej zmiany (P05, P06, P07) i nie wymagają aneksu do umowy.

Sam fakt, że zmiany te nie wymagają pisemnego aneksu nie oznacza, że nie stanowią zmiany umowy oraz są dokonywane jednostronnie przez zamawiającego (patrz, modyfikacja nr 53, 54 i 55). Zgodnie ze zmienioną treścią tego postanowienia do zmian tych będą miały zastosowanie procedury P02, P05, P06 i P07.

Z procedury P02 wynika, że zmiana (metryk) może odbyć się wyłącznie za zgodą obu stron. Powyższe wynika z pkt 3 P02, który stanowi m.in., że „Wnioski z przeglądu, jeżeli wymagają zmian w Usługach opisanych Metrykami Usług wykonawcy wprowadzane są zgodnie z procedurami PO” (określonymi w tymże Załączniku nr 2).

W ramach procedury „Powołanie nowej Metryki Usługi wykonawcy” (P05) przewidziano min., że:

1) Uzgodnień dokonują osoby wskazane przez Dyrektorów Projektu zamawiającego i wykonawcy. Strony uzgadniają m.in. zakres Usługi utrzymania, datę rozpoczęcia świadczenia Usługi a także wynagrodzenie wykonawcy (pkt 5 Tabeli);

2) Zatwierdzenie jest dwuetapowe: rekomendacja przez Komitet ds. Utrzymania, a następnie zatwierdzenie przez Komitet Sterujący (pkt 6 Tabeli);

3) Rozpoczęcie świadczenia nowej Usługi wykonawcy następuje po potwierdzeniu przez Wykonawcę przyjęcia do realizacji Zlecenia zmiany zakresu Usług opisanych Metrykami i jest realizowane od pierwszego dnia miesiąca następującego po tym zdarzeniu (pkt 9 Tabeli)

Procedura „Modyfikacja Metryki Usługi wykonawcy” (P06) stanowi, że:

1) Uzgodnień dokonują osoby wskazane przez Dyrektorów Projektu wykonawcy i zamawiającego. W przypadku wycofania z eksploatacji Usługi IT świadczonej w ramach Usługi opisanej Metryką Usługi wykonawcy następuje określenie przez Wykonawcę wpływu zaprzestania świadczenia Usługi IT na pozostałe Usługi IT/Metryki Usługi wykonawcy/środowisko eksploatacyjne ZUS. Wynik jest przygotowywany przez Wykonawcę w postaci dokumentu. Dodatkowo strony uzgadniają datę rozpoczęcia świadczenia Usługi a także zmianę wynagrodzenia wykonawcy (pkt 6 Tabeli);

2) Zatwierdzenie jest dwuetapowe: rekomendacja przez Komitet ds. Utrzymania, a następnie zatwierdzenie przez Komitet Sterujący (pkt 7 Tabeli);

3) Rozpoczęcie świadczenia zmodyfikowanej Usługi wykonawcy następuje po potwierdzeniu przez Wykonawcę przyjęcia do realizacji Zlecenia zmiany zakresu usług opisanych Metrykami i jest realizowane od pierwszego dnia miesiąca następującego po tym zdarzeniu (pkt 10 Tabeli).

Natomiast procedura „Zaprzestanie świadczenia Metryki Usługi wykonawcy” (P07), stanowi, że:

86

1) Zatwierdzenie jest dwuetapowe: rekomendacja przez Komitet ds. Utrzymania, a następnie zatwierdzenie przez Komitet Sterujący (pkt 4 Tabeli);

2) Warunkiem przygotowania Decyzji, jest wcześniejsze zatwierdzenie zaprzestania świadczenia Usług opisanych Metrykami Usług wykonawcy przez Komitet Sterujący (pkt 5 Tabeli).

Zgodnie z Załącznikiem 2 (rozdział I. Struktura organizacyjna, pkt 1 Komitet Sterujący) Strony ustalają Regulamin Komitetu Sterującego, gdzie w pkt 7 (Tryb działania KS), wskazano lit. a), że „decyzje podejmowane są na posiedzeniach, w drodze jednomyślnych ustaleń”. W sposób analogiczny w pkt 3. Komitet ds. Utrzymania, Regulamin Komitetu ds. Utrzymania „Komitet ds. Utrzymania podejmuje ustalenia i decyzje na zasadzie jednomyślności, przy czym dla ważności każdej decyzji obecni muszą być Przewodniczący Komitetu oraz Wiceprzewodniczący Komitetu lub Dyrektor Projektu wykonawcy (pkt 5). Każde działanie w ramach tych procedur uzależnione jest zatem od zgody wykonawcy. Nie ma tu zatem mowy o jednostronnej zmianie umowy,

Nie znajduje także potwierdzenia zarzut naruszenia art 29 ust 1 ustawy przez sformułowanie przedmiotowych postanowień.

D. Zarzut dotyczący uprawnienia zamawiającego do wprowadzenia zmian do Standardów IT ZUS bez uprzedniej zgody wykonawcy (str. 9-10 odwołania)

Odwolujący A. skarży treść postanowień art 3 ust. 2 pkt 9 i 10 umowy podnosząc, że są niezgodne z zasadami ustawy. Zarzut ten według zamawiającego jest niezasadny. Nie został szczegółowo uzasadniony ani sprecyzowany. Nie wiadomo również jakie zasady, w szczególności, który konkretnie przepis ustawy postanowienia te naruszają.

Zamawiający zaznaczył, że w wyniku modyfikacji z dnia 22 maja 2017 r. postanowienia te uległy zmianie i obecnie mają następujące brzmienie(modyfikacja nr 4):

- Art. 3 ust. 2 pkt 9 „przestrzegania Standardów IT ZUS przekazanych wykonawcy do stosowania, zamawiający może dokonywać zmian w Standardach IT ZUS, zgodnie z

procedurą określoną w Procedurach dla realizacji umowy, W takim przypadku zamawiający przekaze wykonawcy informację o zmianach w Standardach IT ZUS 7 dni przed dniem ich wejścia w życie,

- Art. 3 ust 2 pkt 10 „przestrzegania Procedur eksploatacyjnych zamawiającego, przekazanych wykonawcy do stosowania. zamawiający może dokonywać zmian w Procedurach eksploatacyjnych, zgodnie z procedurą określoną w Procedurach dla realizacji umowy, W takim przypadku zamawiający przekaze wykonawcy informację o zmianach w Procedurach eksploatacyjnych 7 dni przed dniem ich wejścia w życie;”

Zmiana ta jednak nie uwzględnia żądań odwołującego A. zawartego w niniejszym odwołaniu. Odwołujący A. wnosi bowiem aby wprowadzenie zmian w Standardach IT ZUS było uzależnione od zgody wykonawcy, wyrażonej w aneksie lub na poziomie Komitetu ds.

87

Utrzymania. Przy czym odwołujący A. nie różnicuje do jakich zmian miałyby ta zgoda dotyczyć. Przyjąć zatem należy, że jego żądaniem objęte są wszystkie zmiany, w tym nieistotne.

Zamawiający nie może zgodzić się na propozycje odwołującego A. z uwagi na charakter dokumentu - Standardy IT ZUS. Dokument ten określa standardy postępowania dotyczące systemów informatycznych obowiązujące u zamawiającego. Nie jest on dedykowany do systemu K. objętego niniejszym postępowaniem, lecz do wszystkich systemów informatycznych działających w ZUS. Ma on za zadanie określić podstawowe standardy odnoszące się do tych systemów. Uzależnienie wprowadzenia w życie zmian do tego dokumentu od zgody niektórych lub wszystkich wykonawców działających na systemach informatycznych ZUS paraliżowałoby możliwość wprowadzenia takich zmian.

Niedopuszczalne jest także zdaniem zamawiającego, aby o treści dokumentu mającym tak globalne znaczenie dla funkcjonowania ZUS decydował arbitralnie jeden wykonawca.

Interesy wykonawcy związane z wprowadzaniem zmian w Standardach IT ZUS są zabezpieczone. W Załączniku 2 do Wzoru umowy - Struktura organizacyjna i procedury dla realizacji umowy - została przewidziana Procedura zmiany Standardów IT ZUS oraz Procedur eksploatacyjnych (PO11). Jak wynika z Tabeli zawartej w PO11 podmiotem inicjującym czynności może być zamawiający/wykonawca. Zgodnie z pkt 3 Tabeli zawartej w PO11 „Do opinii wykonawcy przekazywane są te Propozycje Zmiany Procedury/Propozycje Zmiany Standardu, które dotyczą lub są realizowane przez wykonawcę. Niezależnie od opisanego trybu, wykonawca może zgłosić propozycje zmian do Standardów IT oraz Procedur eksploatacyjnych”.

Zgodnie z pkt 4 Tabeli zawartej w PO11 „Wykonawca może zgłosić uzasadnione zastrzeżenia w szczególności w przypadku, gdy zmiana zagraża należytemu wykonywaniu Usług przez Wykonawcę lub skutkuje znacznym wzrostem kosztów po stronie wykonawcy. Opinia wykonawcy zgłaszana jest na dedykowaną skrzynkę pocztową”. Ponadto, wykonawca jest informowany o nieuwzględnieniu opinii/ części opinii, a w przypadku podtrzymania zastrzeżeń wykonawca może uruchomić procedurę eskalacji (pkt 5 Tabeli zawartej w PO11).

Dodatkowo modyfikacją z dnia 22 maja 2017 r. zamawiający dodał kolejne zabezpieczenie interesu wykonawcy tj. zobowiązał się do przekazywania informacji na temat zmian w terminie 7 dni przed ich wejściem w życie (patrz modyfikacja nr 4 i 51. Termin ten zdaniem zamawiającego należy uznać za wystarczający mając na względzie, że wykonawca zapoznaje się z treścią proponowanych zmian znacznie wcześniej ponieważ uczestniczy w ścieżce uzgodnień każdej zmiany.

Reasumując, wszystkie żądania odwołującego A. odnoszące się do konieczności aneksowania umowy lub wyrażania zgody na zmiany wynikające z przyczyn obiektywnych,

88

często niezależnych od stron zamawiający uznał za nadużycie prawa, a ich wprowadzenie mogłoby zagrozić powodzeniu całego przedsięwzięcia, w tym sprzeciwiałoby się założeniu, które jest jego immanentną częścią, tj. założeniu o ciągłym, dynamicznym rozwoju K. (którego odwołujący A. de facto nie kwestionuje w treści stawianych zarzutów żądań). Gdyby bowiem każda ewentualna zmiana K. ZUS lub dokumentów z nim związanych musiała być traktowana, jako zmiana treści umowy i dla jej uwzględnienia musiała zostać poprzedzona aneksem do umowy lub zgodą wykonawcy wyrażoną przez Komitet ds. utrzymania, to „ciągły i dynamiczny rozwój” pozostawałby założeniem iluzorycznym, gdyż w całości uzależniony zostałby od woli wykonawcy.

6. Zarzut dotyczący treści art 3 ust. 2 pkt 17, art 8 ust. 1 pkt 10 załącznika nr 2 do siwz „Umowa na usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania K. ZUS”, oraz Załącznika 2 do umowy „Struktura organizacyjna i procedury dla realizacji umowy” lit. B pkt 17 Procedura P017 (str. 18-21 odwołania)

Zamawiający częściowo uwzględniając argumentację odwołującego A. oraz argumentację odwołującego C. (str.33-34 Odwołania Comarch) zmodyfikował art 3 ust. 2 pkt 17 umowy

nadając mu następujące brzmienie (por. modyfikacja nr 7):

„W ramach wynagrodzenia, o którym mowa w art 7 ust 3, każdorazowego utrwalania (w tym sporządzania stosownych pisemnych opisów) i przekazywania zamawiającemu, w terminie trzech miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług w ramach danej Metryki (w tym również każdej z nowych Metryk powołanych w czasie obowiązywania umowy), zgodnie z procedurą PO 17 z Załącznika 2, całości Know-how, a także kompletu wszelkich procedur, niezbędnych dokumentów (zwłaszcza dokumentacji technicznej) oraz narzędzi (tj. oprogramowania, aplikacji, skryptów etc), z których Wykonawca lub podwykonawcy korzystają przy wykonywaniu czynności w ramach świadczenia Usług utrzymania objętych daną Metryką, z zastrzeżeniem, że w przypadku Know-how, procedur, dokumentów oraz narzędzi dotyczących Metryk rozliczanych i płatnych w okresach kwartalnych, przekazywanie zamawiającemu zaktualizowanych wersji ww, Know-how, procedur, dokumentów oraz narzędzi powinno nastąpić w ostatnim miesiącu pierwszego pełnego kwartału kalendarzowego, za który Wykonawca wystawi fakturę z tytułu świadczenia usług w ramach tych Metryk. Przekazane przez Wykonawcę Know-how, procedury, dokumenty i narzędzia, o których mowa w zdaniu poprzedzającym będą pozwalać zamawiającemu na samodzielne, należyte i terminowe świadczenie Usług utrzymania w ramach każdej z Metryk, bez konieczności uzyskania jakichkolwiek rad, opinii czy wsparcia wykonawcy lub innego podmiotu i będą zawierać w szczególności:

- a) Kody źródłowe do ww. narzędzi, przekazane zamawiającemu zgodnie z Załącznikiem 15, który stosuje się odpowiednio,
- b) dokumentację techniczną o utrzymywanych przez Wykonawcę narzędziach,

89

- c) dokumentację dotyczącą środowiska IT wspierającego utrzymywane narzędzia,
- d) informacje niezbędne do wykonywania diagnozy Incydentów oraz ich rozwiązywania (w tym informacje o znanych Błędach, stosowanych Obejściach, wykorzystanie bazy Rozwiązań),
- e) narzędzia i skrypty wspierające administrowanie (wytworzone przez Wykonawcę, jak i przez podmioty trzecie, z których ma prawo korzystać Wykonawca),
- f) informacje niezbędne do realizacji zadań wsparcia procesów, realizowanych przez Wykonawcę w ramach Metryk,
- g) informacje niezbędne do realizacji zadań serwisowych, realizowanych przez Wykonawcę w ramach Metryk,
- h) dokumentację techniczną, dokumentację użytkową, instrukcje stanowiskowe, procedury administrowania oraz eksploatacyjne.

Zamawiający zgodził się z argumentacją wykonawców, że nie mogą oni odpowiadać za to czy wiedza posiadana przez zamawiającego pozwoli mu świadczyć Usługi utrzymania samodzielnie, bez wsparcia wykonawcy lub podmiotu trzeciego.

Zamawiający nie przychylił się natomiast do żądania A. całkowitego usunięcia obowiązku przekazywania „know-how” tworzonego w ramach realizacji umowy określonego w art. 3 ust. 2 pkt 17 umowy. Obowiązek ten ma dla zamawiającego szczególne znaczenie, jego egzekwowanie w trakcie świadczenia usług pozwoli zamawiającemu na efektywne pełnienie pieczy nad poziomem świadczenia usług, a po ich zakończeniu na możliwość ich powierzenia wykonawcy, który zostanie wyłoniony w konkurencyjnym trybie uregulowanym w ustawie. Nie wymaga szerszej argumentacji stwierdzenie, że „niechęć” do transferu wiedzy przez A. pozostaje w sprzeczności z interesami pozostałych uczestników postępowania. Bez zagwarantowania przez zamawiającego kompleksowego przejęcia know-how w ramach realizacji usług sytuacja ta będzie się powtarzać, a nawet pogłębiać w przyszłości. K. ZUS jest systemem skomplikowanym i na bieżąco rozwijanym. Wybrany Wykonawca w ramach umowy będzie w sposób kompleksowy „zajmował się” systemem K. przez okres 4 lat, W tym czasie wykonawca będzie świadczył usługi utrzymania, serwisowe oraz pełnił rolę Integratora. Zlecane będą mu również usługi dodatkowe. W ramach i w celu świadczenia ww. usług Wykonawca wytworzy określone know-how, procedury, narzędzia i dokumenty, które będą pozwalały na świadczenie tych usług. Nie ulega dla zamawiającego wątpliwości, że zamawiający nie tylko jest uprawniony, ale również zobowiązany do zapewnienia sobie w Umowie instrumentów prawnych pozwalających na uzyskanie praw do wytworzonych w ramach realizacji umowy dokumentów lub narzędzi oraz uzyskania odpowiedniego know how, W innym bowiem razie po upływie 4 lat nie będzie możliwe z przyczyn obiektywnych udzielenie zamówienia publicznemu na usługi utrzymania i serwisu K. ZUS innemu

bieżącą kompleksową wiedzę o wszystkich działaniach podejmowanych przez Wykonawcę w związku z realizacją umowy oraz prawa do dokumentów lub narzędzi wytworzonych w ramach i w celu świadczenia usług z uwagi na bezpieczeństwo Informatyczne zamawiającego. W skrajnym przypadku rozwiązania lub wygaśnięcia umowy bez wyłonienia kolejnego wykonawcy, zamawiający powinien mieć chociażby prawną możliwość wykonywać usługi utrzymania K. samodzielnie lub ze wsparciem podmiotów trzecich. Nie może bowiem przez swoje zaniedbania doprowadzić do chociażby krótkich okresów braku funkcjonowania K. „zamawiający jako dysponent środków publicznych ma uprawnienie do kształtowania postanowień umowy zgodnie ze swoimi potrzebami i wymaganiami zamawiający działa bowiem w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb o charakterze publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu mogłoby prowadzić do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Oznacza to, że ryzyko ponoszone przez zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy” (tak wyrok KIO z dnia 28 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2171/16).

Ponadto w orzecznictwie oraz wytycznych Prezesa UZP kładzie się nacisk na obowiązek zamawiającego zagwarantowania sobie prawnych możliwości do utrzymania, rozwoju i modyfikacji systemów bez udziału pomiotu, który na gruncie danej umowy takie usługi wykonuje. Prawidłowe działania zamawiającego mają bowiem zmierzać do uzyskania niezależności od wykonawcy i tym samym do zapobieżenia monopolizacji danego sektora usług IT u zamawiającego przez jednego wykonawcę (por. wyrok NSA w W. z dnia 6 kwietnia 2006 roku sygn. akt II GSK 7/06; uchwała KIO z dnia 7 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/KD 23/10, Rekomendacje Prezesa UZP dotyczące udzielania zamówień publicznych na systemy informatyczne).

Przedmiotowe zamówienie zostało oszacowane na kwotę kilkuset milionów złotych. Zamawiający uwzględniając nałożony na niego obowiązek oszczędnego i celowego wydatkowania środków publicznych jest zobowiązany zagwarantować sobie efektywnie wykorzystanie tych środków. Brak kwestionowanych postanowień umowy w ocenie zamawiającego stoi w sprzeczności z celowym wydatkowaniem środków publicznych ponieważ po 4 latach wydatkowania ogromnych kwot nie uzyska praw do know how, narzędzi i produktów wytworzonych w ramach umowy za realizację, której wykonawca był wynagradzany. Podkreślenia wymaga, że transfer know-how dotyczy K. ZUS, który jest systemem zbudowanym i utrzymywanym wyłącznie na potrzeby realizacji zadań ustawowych przez ZUS. Know-how pozyskiwane przez wykonawcę w związku utrzymywaniem tego systemu jest więc w całości sfinansowane ze środków zamawiającego. W tym kontekście przychylenie się do żądania odwołującego A., aby zamawiający zapłacił dodatkowo (w ramach Usług dodatkowych) za produkty wytwarzane w ramach świadczenia usługi będącej

przedmiotem umowy wprost narusza powyżej wskazane zasady wydatkowania środków publicznych.

Istotne jest również, że kwestionowane postanowienia dotyczą wszystkich potencjalnych wykonawców, a ich treść jest im znana przed składaniem ofert zamawiający przewidział również odrębną procedurę P017, zgodnie z którą przekazanie know-how ma nastąpić. Tym samym postanowienia te nie preferują żadnego wykonawcy, ani nie naruszają uczciwej konkurencji. Zastosowanie proponowanej przez odwołującego A. procedury zlecenia przekazania know how w ramach Usług dodatkowych mogłoby natomiast prowadzić do zachwiania uczciwej konkurencji. Na chwilę obecną bowiem zamawiający nie może szczegółowo wylistować wszystkich dokumentów/narzędzi, które będą wytwarzane przez wykonawcę w ciągu 4 lat świadczenia usługi. W dużej mierze ich zakres będzie zależał od samego wykonawcy i sposobu jego świadczenia oraz od czynników obiektywnych niezależnych od stron (zakres modyfikacji K.). W tym stanie rzeczy, procedura zamawiania Usług dodatkowych i ich indywidualnego negocjowania z wykonawcą mogłaby zostać wykorzystana do „zrekompensowania” sobie przez odwołującego A. niskiej wyceny oferty, a w tym samym do faktycznej nieporównywalności ofert.

Konsekwencją postawienia wymagania w art. 3 ust. 2 pkt 17 umowy jest jego

zabezpieczenie karą umowną w art 8 ust 1 pkt 10 umowy. Zamawiający nie wyraża zatem zgody na usunięcie tego postanowienia z umowy.

Na posiedzeniu w dniu 25 maja 2017r. odwołujący sprecyzował swoje stanowisko w zakresie spornych zarzutów odwołania tj. pkt 2 i 6 w następujący sposób podtrzymał zarzut 2 w zakresie pkt. 3 i 4 uzasadnienia odwołania oraz żądanie zastąpienia art. 8 ust. 2 pkt 10 umowy treścią

„10) niewykonania lub nienależytego wykonania przez wykonawcę któregośkolwiek ze zobowiązań wynikających ze Standardów IT ZUS lub Procedur eksploatacyjnych, zatwierdzonych przez Komitet ds. Utrzymania, za każdy ujawniony taki przypadek, po upływie uprzednio wskazanego przez zamawiającego terminu do zaniechania naruszenia i usunięcia skutków naruszenia, w wysokości 3.000,00 PLN (słownie: trzy tysiące złotych 00/100) za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia usunięcia tych skutków naruszenia”
Zmianę kroku 6 w procedurze PO11 znajdującej się w Załączniku nr 2 do umowy w następujący sposób:

6. - Zatwierdzenie nowej/zmienionej/ wycofanej Procedury eksploatacyjnej, nowego/zmienionego/ wycofanego Standard ITZUS, - ZRPEZUS Komitet ds. Utrzymania, - Nowa/zmieniona/wycofana Procedura eksploatacyjna, nowy/zmieniony/wycofany Standard IT ZUS, -Procedury eksploatacyjne oraz Standardy IT ZUS utrzymywane są w zasobie

92

zamawiającego. Procedury i Standardy obowiązujące wykonawcę zatwierdzane są przez Komitet ds. Utrzymania przed rozpoczęciem okresu jej obowiązywania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że nie kwestionuje postanowień art. 3 ust. 2 pkt 9 i 10 umowy, natomiast żądanie odnosiło się do zmiany procedury PO11. Podał wynikające z załącznika nr 1 do umowy definicje Procedur eksploatacyjnych i Standardów IT ZUS. Wskazał, że procedury eksploatacyjne mogą dotyczyć w całości obowiązków wykonawców, gdyż sposób organizowania utrzymania K. ZUS z całą pewnością obejmuje świadczenie usług wsparcia, eksploatacji i utrzymania. Zamawiający Standardy i procedury dołączył do siwz, a z drugiej strony zastrzegł sobie prawo jednostronnego zmieniania tych dokumentów. W ocenie odwołującego wystarczające jest zaakceptowanie takiej zmiany przez Komitet ds.

Utrzymania w trybie procedury PO11. W ocenie odwołującego A. zmiany mogą wprowadzać nowe obowiązki wykonawcy i nie może zgodzić się z taką sytuacją, w której zamawiający po zawarciu umowy będzie uprawniony do jednostronnego, całkiem dowolnego zmieniania tej umowy w zakresie zobowiązań wykonawcy. Obecnie wykonawca ma jedynie prawo do zgłoszenia „uzasadnionych zastrzeżeń” jednak wszczęcie procedury eskalacji nie powoduje wstrzymania wejścia w życie zmiany danej Procedury czy Standardu. Zamawiający nie wziął pod uwagę stanowiska Sądu Najwyższego zajętego w uchwale z dnia 22 maja 1991r. sygn.. akt III CZP 15/91.

W zakresie zarzutu 6 dotyczącego załącznika nr 2 do siwz lit. B pkt. 17 Procedura PO17, art. 3 ust. 2 pkt 17 i art. 8 ust. 1 pkt 10 odwołujący podtrzymał zarzuty i żądania w zakresie wykreślenia art. 3 ust. 2 pkt 17 i wykreślenia art. 8 ust. 1 pkt. 10 umowy, gdyż modyfikacja art. 3 ust. 2 pkt 17 umowy dokonana w dniu 19 maja 2017r. nie konsumuje zarzutów odwołania. Zamawiający nie przychylił się do wniosku o usunięcie obowiązku przekazania know-how, a odwołujący A. uważa, że przeniesienia know-how nie jest niezbędne dla efektywnego pełnienia pieczy nad poziomem świadczenia usług. Ta piecza została zapewniona przez wymagane parametry usług opisane w Metrykach, a zamawiający posiada instrumenty mobilizowania wykonawcy przez obniżanie mu wynagrodzenia. Odwołujący zacytował dwa fragmenty odpowiedzi na odwołanie i stwierdził, że ich treść wskazuje na to, że zamawiający oczekuje przekazania know-how w innym zakresie niż wynika to z literalnego brzmienia art. 3 ust. 2 pkt 17 umowy. Z tego literalnego brzmienia wynika bowiem, że zamawiający oczekuje przekazania know-how, kompletu wszystkich procedur i niezbędnych dokumentów z których wykonawca lub podwykonawcy korzystają przy wykonywaniu czynności w ramach świadczenia usług utrzymania. Postanowienie to nie odnosi się do dokumentów czy narzędzi wytworzonych w ramach i w celu świadczenia usługi. Przy obecnym sformułowaniu wykonawca musiałby przekazać na rzecz zamawiającego każde oprogramowanie, z którego korzysta choćby najbardziej podstawowe bez wynagrodzenia. Argumentacja zamawiającego jest zatem sprzeczna z treścią siwz.

93

Odwolujący wskazał, że gdyby sporne postanowienie dotyczyło zakresu wskazanego w odpowiedzi na odwołanie tj. uzyskiwanie przez zamawiającego na bieżąco kompleksowej wiedzy o wszystkich działaniach podejmowanych przez wykonawcę w związku z realizacją umowy oraz uzyskiwanie przez zamawiającego prawa do dokumentów lub narzędzi wytworzonych w ramach i w celu świadczenia usług- to taki zapis konsumowałby zakres przedmiotowego zarzutu, a brzmienie siwz byłoby zgodne z argumentacją zamawiającego wskazaną w odwołaniu A. Wówczas art. 3 ust. 2 pkt 17 powinien odzwierciedlać tę treść, a zmiana w tym samym kierunku powinna także dotyczyć art. 8 ust. 1 pkt 10 umowy.

W dniu 23 maja 2017r. przystępujący C. złożył na etapie posiedzenia oświadczenie o cofnięciu przystąpienia po stronie zamawiającego w sprawie sygn. akt KIO 881/17.

W dniu 25 maja 2017r. przystępujący A. złożył na etapie rozprawy oświadczenie o cofnięciu przystąpienia po stronie odwołującego E. w sprawie sygn. akt KIO 880/17.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania to jest ogłoszenia o zamówieniu z dnia 30 września 2015r. nr 2015/S 189 – 343230 oraz jego sprostowania z dnia 19 października 2015r., specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz jej modyfikacji z dnia 19 maja 2017r., 25 maja 2017r.

Na podstawie treści ogłoszenia z 30 września 2017r. Izba ustaliła, że w pierwotnym ogłoszeniu zamawiający postawił warunek:

O udzielenie zamówienia ubiegać się mogą Wykonawcy, którzy wykażą, że dysponują lub będą dysponować zespołem dedykowanym (tj. przeznaczonym wyłącznie do realizacji umowy), składającym się z co najmniej 88 osób, spełniających niżej wymienione wymagania. Wykonawca powinien dysponować osobami legitymującymi się doświadczeniem i kwalifikacjami odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone oraz przedstawić informacje o podstawie dysponowania osobami uczestniczącymi w wykonaniu zamówienia. Poniżej wskazane certyfikaty informatyczne wynikają z posiadanych technologii, systemów i narzędzi u Zamawiającego i są opisane w dokumencie „Uproszczony opis KSI”.

Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował:

- 1) minimum 2 (dwoma) osobami dedykowanymi do pełnienia funkcji Eksperta utrzymania usług aplikacyjnych, z których każda powinna cechować się następującymi kompetencjami:
 - a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT;
 - b) w ciągu ostatnich 3 lat, łącznie przez okres minimum 2 lat, w ramach usług utrzymania systemów informatycznych, o łącznej wartości co najmniej 3 mln zł brutto, realizowała prace

94

w zakresie projektowania, integrowania, organizacji utrzymania oraz nadzoru usług IT, wspomagających realizację procesów biznesowych, realizowanych z wykorzystaniem wszystkich następujących technologii: IBM z/OS, IBM DB2, IBM Informix, Oracle Tuxedo i Microsoft Windows;

- c) posiada umiejętności niezbędne dla uzyskania certyfikatów ITIL Foundation, potwierdzone tymi dokumentami lub innymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymienione dokumenty (wykluczone są oświadczenia wykonawcy);
- d) posiada znajomość systemów i narzędzi do projektowania i modelowania usług.

- 2) minimum 3 (trzech) osobami dedykowanymi do pełnienia funkcji Technologa utrzymania usług aplikacyjnych, z których każda powinna cechować się następującymi kompetencjami:
 - a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT;
 - b) w ciągu ostatnich 3 lat, łącznie przez okres minimum 2 lat realizowała prace w zakresie planowania i utrzymania usług IT, gdzie usługa obejmowała co najmniej 100 jednostek w architekturze trójwarstwowej;
 - c) posiada znajomość systemów i narzędzi do projektowania i modelowania usług.

- 3) minimum 2 (dwoma) osobami dedykowanymi do pełnienia funkcji Eksperta przetwarzania wsadowego, z których każda powinna cechować się następującymi kompetencjami:
 - a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT;
 - b) w ciągu ostatnich 3 lat, łącznie przez okres minimum 2 lat, w ramach usługi utrzymania

systemu informatycznego, o łącznej wartości co najmniej 3 mln zł brutto, realizowała prace w zakresie utrzymania i rozwoju usług IT, realizowanych w środowisku IBM z/OS z wykorzystaniem IBM DB2 i IBM TWS, charakteryzujących się wysoką złożonością (ponad 200 tys. zadań /miesiąc przetwarzających zasoby danych o wolumenie przekraczających 30TB);
c) posiada potwierdzone kwalifikacje w zakresie ukończenia certyfikowanego szkolenia: IBM DB2 10 for z/OS Application Performance and Tuning.

4) minimum 2 (dwoma) osobami dedykowanymi do pełnienia funkcji Eksperta przetwarzania interakcyjnego, z których każda powinna się cechować następującymi kompetencjami:

- a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT;
- b) w ciągu ostatnich 3 lat, łącznie przez okres minimum 2 lat, w ramach usług utrzymania systemów informatycznych, o łącznej wartości co najmniej 3 mln zł brutto, realizowała prace w zakresie utrzymania i rozwoju usług IT, realizowanych w architekturze trójwarstwowej, z wykorzystaniem wszystkich następujących technologii: IBM z/OS, IBM DB2, IBM Informix, Oracle Tuxedo i Microsoft Windows, w co najmniej 40 lokalizacjach jednego klienta, posiada

95

umiejętności niezbędne dla uzyskania certyfikatu ITIL Foundation, potwierdzone tym dokumentem lub innym dokumentem, który potwierdza takie umiejętności jak wymieniony dokument (wykluczone są oświadczenia wykonawcy).

5) minimum 2 (dwoma) osobami dedykowanymi do pełnienia funkcji Technologa przetwarzania interakcyjnego, z których każda powinna się cechować następującymi kompetencjami:

- a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT;
- b) w ciągu ostatnich 3 lat, łącznie przez okres minimum 2 lat realizowała prace w zakresie realizowanych z utrzymania i rozwoju usług IT, w architekturze trójwarstwowej, wykorzystaniem wszystkich następujących technologii: IBM z/OS, IBM DB2, IBM Informix, Oracle Tuxedo i Microsoft Windows, w co najmniej 40 lokalizacjach jednego klienta, przy czym doświadczenie w zakresie wykorzystania wszystkich technologii może być spełnione łącznie przez wskazane osoby;
- c) posiada potwierdzone kwalifikacje w zakresie ukończonego certyfikowanego szkolenia Oracle Tuxedo minimum 12c: Application Administration.

6) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Eksperta przetwarzania portalowego, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

- a) posiada 5-letnie zawodowe w branży IT; minimum doświadczenie
- b) w ciągu ostatnich 3 lat, łącznie przez okres minimum 2 lat, w ramach usługi utrzymania systemu informatycznego, o łącznej wartości co najmniej 3 mln zł brutto, realizowała prace w zakresie utrzymania i rozwoju usług IT z wykorzystaniem wszystkich następujących technologii: MS Windows, MS SQL, IIS, MSMQ, dla minimum 100 000 klientów zewnętrznych;
- c) posiada kwalifikacje potwierdzone certyfikatem minimum Microsoft® Certified Technology Specialist (MCTS) z zakresu Windows Server® 2008,

7) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Technologa przetwarzania portalowego, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

- a) posiada 5-letnie zawodowe w branży IT; minimum doświadczenie
- b) w ciągu ostatnich 3 lat, łącznie przez okres minimum 2 lat realizowała prace związane z utrzymaniem instalacji portalowych z wykorzystaniem wszystkich następujących technologii: MS Windows, MS SQL, IIS, MSMQ, dla minimum 100 000 klientów zewnętrznych;
- c) posiada kwalifikacje potwierdzone certyfikatami:
 - minimum Microsoft® Certified IT Professional (MCITP): Server Administrator on Windows Server® 2008,

96

- VMware Certified Professional – Datacenter Virtualization on vSphere 5.X.

8) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Eksperta przetwarzania transakcyjnego, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

- a) posiada minimum 5-letnie zawodowe w branży IT; doświadczenie
- b) w ciągu ostatnich 3 lat, łącznie przez okres minimum 2 lat, w ramach usługi utrzymania systemu informatycznego, o łącznej wartości co najmniej 3 mln zł brutto, realizowała prace związane z projektowaniem, konfigurowaniem i utrzymaniem architektury domen Tuxedo;
- c) posiada kwalifikacje potwierdzone udziałem w certyfikowanych szkoleniach Oracle Tuxedo minimum 12c: Application Administration.

9) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Eksperta przetwarzania na platformie HP-UX, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

- a) 5-letnie zawodowe w branży IT; posiada minimum doświadczenie
- b) w ciągu ostatnich 3 lat, łącznie przez okres minimum 2 lat, w ramach usługi utrzymania systemu informatycznego, o łącznej wartości co najmniej 3 mln zł, realizowała prace rozwojowe w zakresie technologii HP-UX;
- c) posiada kwalifikacje potwierdzone udziałem w certyfikowanych szkoleniach:
 - HP Certified Systems Engineer – Specialty in Networking and Security HP-UX 11i v3,
 - HP Certified Systems Engineer – Specialty in High Availability HP-UX 11i v3.

10) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Eksperta optymalizacji przetwarzania, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

- a) posiada minimum 5-letnie zawodowe w branży IT; doświadczenie
- b) w ciągu ostatnich 3 lat, łącznie przez okres minimum 2 lat, w ramach usługi utrzymania systemu informatycznego, o łącznej wartości co najmniej 3 mln zł brutto, realizowała prace w zakresie organizacji baz danych DB2 Mainframe i optymalizacji pracy aplikacji w

środowisku

DB2 for z/OS, o następującej charakterystyce: ponad 200 tys. zadań/miesiąc
zasoby o 30TB; przetwarzających danych wolumenie przekraczającym

- c) certyfikatami: posiada kwalifikacje potwierdzone
 - IBM z/OS, 11 for Certified System Administrator – DB2
 - IBM z/OS, 11 for Certified Database Administrator – DB2
 - d) posiada umiejętności niezbędne dla uzyskania certyfikatu ITIL Foundation, potwierdzone tym dokumentem lub innym dokumentem, który potwierdza takie umiejętności jak wymieniony dokument (wykluczone są oświadczenia wykonawcy).
- 11) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Technologa systemu z/OS, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:
- a) posiada minimum 5-letnie zawodowe w branży IT; doświadczenie

97

- b) w ciągu ostatnich 3 lat, łącznie przez okres minimum 2 lat realizowała prace związane z utrzymaniem środowisk systemu z/OS o następującej charakterystyce: minimum 4 partycje pracujące w układzie Pararell Sysplex z wykorzystaniem technologii Data Sharing, z zasobami danych operacyjnych o wolumenie przekraczającym 30TB;

- c) kwalifikacje ważnymi posiada potwierdzone certyfikatami:
 - IBM Certified Specialist System z Technical V5,
 - IBM Certified Database Associate DB2 11 Fundamentals.

12) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Technologa baz danych Informix, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

- a) zawodowe w branży IT; posiada minimum 5-letnie doświadczenie
- b) w ciągu ostatnich 3 lat, łącznie przez okres minimum 2 lat realizowała prace związane z relacyjnych baz i eksploatacją projektowaniem, konfigurowaniem danych;

- c) posiada kwalifikacje potwierdzone udziałem w certyfikowanych szkoleniach Oracle Tuxedo minimum 12c: Application Administration,
- d) posiada kwalifikacje potwierdzone certyfikatami:
 - IBM Certified System Administrator Informix Dynamic Server V11.

13) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Technologa baz danych MS SQL, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

- a) posiada minimum 5-letnie zawodowe w branży IT; doświadczenie
- b) w ciągu ostatnich 3 lat, łącznie przez okres minimum 2 lat realizowała prace związane z projektowaniem, konfigurowaniem i eksploatacją relacyjnych baz danych w

technologii MS SQL Server;

c) posiada kwalifikacje potwierdzone ważnym certyfikatem Microsoft® Certified IT Professional (MCITP): Database Administrator 2008.

14) minimum 2 (dwoma) osobami dedykowanymi do pełnienia funkcji Technologa systemów Microsoft, z których każda powinna cechować się następującymi kompetencjami:

a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT;

b) w ciągu ostatnich 3 lat, łącznie przez okres minimum 2 lat realizowała prace związane z projektowaniem rozwiązań opartych o oprogramowanie firmy Microsoft oraz technologie wirtualizacyjne platform x86-64;

c) posiada kwalifikacje potwierdzone poniższymi certyfikatami:

- Microsoft Certified IT Professional (MCITP),
- Microsoft Certified Technology Specialist (MCTS),
- Microsoft Certified Systems Engineer (MCSE),

98

- Microsoft Certified Systems Administrator (MCSA),

- Microsoft Certified Professional 2.0 (MCP).

15) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Technologa organizacji przetwarzania, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

a) posiada minimum 5-letnie zawodowe w branży IT; doświadczenie

b) w ciągu ostatnich 3 lat, łącznie przez okres minimum 2 lat realizowała prace związane z organizacją przetwarzania zadań wsadowych na platformie Mainframe i realizacją przetwarzania usług pod kontrolą TWS dla co najmniej 200 tys. zadań/miesiąc przetwarzających zasoby danych o wolumenie przekraczającym 30TB;

c) posiada potwierdzone w certyfikowanych kwalifikacje udziałem szkoleniach:

- IBM Tivoli Workload Scheduler 8.6 for z/OS,
- IBM System Skills in z/OS Fundamental

16) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Kierownika projektu

(I), cechować się następującymi która powinna wdrożeniowego kompetencjami:

zawodowe w 5-letnie a) posiada branży IT; minimum

doświadczenie

b) w ciągu ostatnich 3 lat pełniła rolę kierownika projektu IT w 2 projektach, w tym co najmniej jednym o łącznej wartości powyżej 3 mln zł brutto, obejmującym wdrożenie bezpośrednio w jednostkach klienta obejmujących co najmniej 100 lokalizacji dla ponad 5 000 klientów wewnętrznych;

c) posiada umiejętności niezbędne dla uzyskania certyfikatu PRINCE2 Foundation, potwierdzone tym dokumentem lub innym dokumentem, który potwierdza takie umiejętności jak wymieniony dokument (wykluczone są oświadczenia wykonawcy).

17) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Kierownika projektu wdrożeniowego (II), która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

a) posiada 5-letnie zawodowe w branży IT; minimum doświadczenie

b) w ciągu ostatnich 3 lat pełniła rolę kierownika projektu IT w minimum 2 projektach, o łącznej wartości powyżej 1,5 mln zł brutto, wspomagających realizację procesów biznesowych, zmieniających architekturę, technologię lub organizację usług;

c) posiada umiejętności niezbędne dla uzyskania certyfikatu PRINCE2 Foundation, potwierdzone tym dokumentem lub innym dokumentem, który potwierdza takie umiejętności jak wymieniony dokument (wykluczone są oświadczenia wykonawcy).

18) minimum 4 (czterema) osobami dedykowanymi do pełnienia funkcji Konsultanta wdrożeniowego, z których każda powinna cechować się następującymi kompetencjami:

a) posiada minimum 3-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT;

99

b) posiada minimum 2-letnie doświadczenie w planowaniu oraz implementacji wdrożenia oprogramowania w architekturze trójwarstwowej, w co najmniej 100 jednostkach;

19) minimum 8 (ośmioma) osobami dedykowanymi do pełnienia funkcji Konsultanta wdrożeń

bezpośrednich, z których każda powinna cechować się następującymi kompetencjami:

- a) posiada minimum 3-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT;
- b) posiada minimum 2-letnie doświadczenie we wdrażaniu oprogramowania w architekturze trójwarstwowej, bezpośrednio w jednostkach klienta obejmujących co najmniej 100 lokalizacji;

20) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Kierownika projektu szkoleniowego, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

- a) posiada minimum 3-letnie zawodowe w branży IT; doświadczenie
- b) w ciągu ostatnich 3 lat pełnił rolę Kierownika projektu szkoleniowego w minimum jednym projekcie dot. szkoleń użytkowników oprogramowania dedykowanego o wartości powyżej 500 tys. zł brutto;
- c) zna specyfikę funkcjonowania aplikacji działających w architekturze trójwarstwowej.

21) minimum 2 (dwoma) osobami dedykowanymi do pełnienia funkcji Trenera szkoleniowego, z których każda powinna cechować się następującymi kompetencjami:

- a) posiada 3-letnie doświadczenie w IT; minimum zawodowe branży
- b) w ciągu ostatnich 2 lat przeprowadziła 40 szkoleń lub warsztatów dot. oprogramowania;
- c) zna specyfikę funkcjonowania aplikacji działających w architekturze trójwarstwowej.

22) minimum 2 (dwoma) osobami dedykowanymi do pełnienia funkcji Analityka procesów biznesowych, z których każda powinna cechować się następującymi kompetencjami:

- a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT;
- b) w ciągu ostatnich 3 lat pełniła rolę Analityka procesów biznesowych / Analityka biznesowego w minimum jednym projekcie IT związanym z analizą i dostosowaniem procesów biznesowych;
- c) posiada minimum 2-letnie doświadczenie w modelowaniu procesów biznesowych;
- d) posiada praktyczną znajomość narzędzia ARIS Business Designer w wersji 9.7 lub wyższej;
- e) posiada praktyczną znajomość notacji opisu procesów VACD, EPC, Office Process, potwierdzoną uczestnictwem w pracach dedykowanych zespołom lub wytworzoną dokumentacją procesów.

100

23) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Kierownika projektu rozwoju procesów zarządzania usługami IT, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

- a) 5-letnie zawodowe w branży IT; posiada minimum doświadczenie
- b) w ciągu ostatnich 3 lat, łącznie przez okres minimum 2 lat, w ramach usługi utrzymania systemu informatycznego, o łącznej wartości co najmniej 3 mln zł brutto, realizowała prace związane z rozwojem i doskonaleniem procesów zarządzania usługami IT, zgodnie z metodyką ITIL;
- c) w ciągu ostatnich 3 lat pełniła rolę Kierownika projektu w minimum 3 projektach informatycznych, w tym minimum w jednym projekcie informatycznym, o łącznej wartości powyżej 1 000 000 zł brutto, dot. rozwoju procesów zarządzania IT;
- d) posiada umiejętności niezbędne dla uzyskania certyfikatów ITIL Expert Certificate in IT Service Management oraz PRINCE2 Foundation, potwierdzone tymi dokumentami lub innymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymienione dokumenty (wykluczone są oświadczenia wykonawcy).

24) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Eksperta procesów zarządzania usługami IT, z która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

- a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT;
- b) w ciągu ostatnich 3 lat, łącznie przez okres minimum 2 lat, w ramach usługi utrzymania systemu informatycznego, o łącznej wartości co najmniej 3 mln zł brutto, realizowała prace związane z rozwojem i doskonaleniem procesów zarządzania usługami IT, zgodnie z metodyką ITIL, z wykorzystaniem zintegrowanych narzędzi: HP Service Manager oraz MS SharePoint,
- c) posiada umiejętności niezbędne dla uzyskania certyfikatów ITIL Expert Certificate in IT Service Management, potwierdzone tymi dokumentami lub innymi dokumentami, które

potwierdzają takie umiejętności jak wymienione dokumenty (wykluczone są oświadczenia wykonawcy).

25) minimum 2 (dwoma) osobami dedykowanymi do pełnienia funkcji Menedżera procesów zarządzania usługami IT, z których każda powinna cechować się następującymi kompetencjami:

- a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT;
- b) w ciągu ostatnich 3 lat, łącznie przez okres minimum 2 lat realizowała prace związane z procesów zarządzania usługami IT, zgodnie z ITIL, z utrzymaniem metodyką wykorzystaniem zintegrowanych narzędzi: HP Service Manager oraz MS SharePoint;
- c) posiada umiejętności niezbędne dla uzyskania certyfikatu ITIL Foundation, potwierdzone

101

tym dokumentem lub innym dokumentem, który potwierdza takie umiejętności jak wymieniony dokument (wykluczone są oświadczenia wykonawcy).

26) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Eksperta walidacji i testów usług, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

- a) minimum 5-letnie zawodowe w branży IT; posiada doświadczenie
- b) w ciągu ostatnich 3 lat, łącznie przez okres minimum 2 lat, w ramach usługi utrzymania systemu informatycznego, o łącznej wartości co najmniej 3 mln zł brutto, realizowała prace związane z testowaniem oprogramowania lub usług IT oraz utrzymaniem środowiska testowego;
- c) posiada znajomość metodyk testowania oprogramowania;
- d) posiada umiejętności niezbędne dla uzyskania certyfikatów, ITIL Intermediate Qualification - Release, Control and Validation lub ITIL Intermediate Qualification - Service Transition potwierdzone tymi dokumentami lub innymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymienione dokumenty (wykluczone są oświadczenia wykonawcy).

27) minimum 5 (pięcioma) osobami dedykowanymi do pełnienia funkcji Specjalisty ds. testów, z których każda powinna cechować się następującymi kompetencjami:

- a) 5-letnie zawodowe w branży IT; posiada minimum doświadczenie
- b) w ciągu ostatnich 3 lat, łącznie przez okres minimum 2 lat, uczestniczyła w przygotowaniu i realizacji testów oprogramowania lub usług IT, w zakresie testów: regresji, integracyjnych, funkcjonalnych, optymalizacyjnych i instalacyjnych;
- c) posiada znajomość wymienionych technologii, przy czym warunek ten może być spełniony łącznie przez wszystkie osoby: z/OS, DB2, TWS, UNIX, Informix, Oracle Tuxedo, Windows;
- d) posiada znajomość narzędzi do automatyzacji testów funkcjonalnych oraz narzędzi do automatyzacji testów wydajnościowych.

28) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Specjalisty ds. konfigurowania i utrzymania środowisk nieprodukcyjnych, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

- a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT;
- b) w ciągu ostatnich 3 lat, łącznie przez okres minimum 2 lat, uczestniczyła w konfigurowaniu i utrzymaniu środowisk do testów oprogramowania i usług, o następującej charakterystyce środowisk:
 - platformy systemowe: z/OS, UNIX, Windows
 - bazy danych: DB2, Informix, SQL,
 - technologie aplikacyjne: Oracle Tuxedo.

102

przy czym doświadczenie w zakresie charakterystyki środowisk może być spełnione łącznie przez więcej niż jedną osobę. Każda ze wskazanych osób musi spełniać pozostałe wymagania.

29) minimum 2 (dwoma) osobami dedykowanymi do pełnienia funkcji Architekta usług IT, które powinny cechować się następującymi kompetencjami:

- a) posiada minimum 5-letnie zawodowe w branży IT; doświadczenie
- b) w ciągu ostatnich 3 lat, łącznie przez okres minimum 2 lat, w ramach usługi utrzymania

systemu informatycznego, o łącznej wartości co najmniej 3 mln zł brutto, uczestniczyła w zarządzaniu usługami IT, zgodnie z metodyką ITIL;

c) posiada umiejętności niezbędne dla uzyskania certyfikatów ITIL Expert Certificate in IT Service Management, TOGAF 8 lub 9, potwierdzone tymi dokumentami lub innymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymienione dokumenty (wykluczone są oświadczenia wykonawcy).

30) minimum 2 (dwoma) osobami dedykowanymi do pełnienia funkcji Architekta infrastruktury techniczno-systemowej, które powinny cechować się następującymi kompetencjami:

a) posiada minimum 5-letnie zawodowe w branży IT; doświadczenie

b) w ciągu ostatnich 3 lat, łącznie przez okres minimum 2 lat, w ramach usługi utrzymania systemu informatycznego, o łącznej wartości co najmniej 3 mln zł brutto, realizowała prace związane z eksploatacją, rozwojem i doskonaleniem infrastruktury techniczno systemowej w zakresie technologii: z/OS, DB2, UNIX, Informix, Oracle Tuxedo, Windows;

c) posiada umiejętności niezbędne dla uzyskania certyfikatów TOGAF 8 lub 9, potwierdzone tymi dokumentami lub innymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymienione dokumenty (wykluczone są oświadczenia wykonawcy).

31) minimum 2 (dwoma) osobami dedykowanymi do pełnienia funkcji Eksperta architektury oprogramowania KSI, które powinny cechować się następującymi kompetencjami:

a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT;

b) w ciągu ostatnich 3 lat, łącznie przez okres minimum 2 lat uczestniczyła we wdrażaniu i z utrzymaniu oprogramowania dedykowanego, eksploatowanego wykorzystaniem technologii: z/OS, DB2, UNIX, Oracle Windows; Informix, Tuxedo,

c) posiada znajomość UML oraz Architekt. Enterprise oprogramowania

32) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Eksperta bezpieczeństwa, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

103

a) posiada minimum 8-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT w zakresie zarządzania bezpieczeństwem informacji;

b) posiada kwalifikacje potwierdzone ważnymi certyfikatami: Certified Information Systems Auditor (CISA) oraz jednym z wymienionych (CISM, CRISK, CISSP) przy czym wymóg ten może być spełniony łącznie przez więcej niż jedną osobę.

33) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Eksperta jakości, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT w zakresie zarządzania jakością;

b) posiada kwalifikacje potwierdzone jednym ważnym certyfikatem: ISO 27001 lub ISO 22301 lub BS 25999;

34) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Menedżera usług serwisowych, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

a) posiada 5-letnie zawodowe w branży IT; minimum doświadczenie

b) w ciągu ostatnich 3 lat, łącznie przez okres minimum 2 lat, w ramach usługi serwisu oprogramowania, o łącznej wartości co najmniej 1 mln zł brutto, kierowała pracą dedykowanej organizacji wsparcia stanowiącej pojedynczy punkt kontaktu dla klienta zewnętrznego, dostępnej w reżimie 24/7 przez 365 dni w roku i świadczącej usługi serwisowe z gwarantowanymi parametrami SLA;

c) posiada kwalifikacje potwierdzone certyfikatem HDI Support Center Manager;

d) posiada umiejętności niezbędne dla uzyskania certyfikatów ITIL Foundation, potwierdzone tymi dokumentami lub innymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymienione dokumenty (wykluczone są oświadczenia wykonawcy).

35) minimum 8 (ośmioma) osobami dedykowanymi do pełnienia funkcji Analityka usług serwisowych, z których każda powinna cechować się następującymi kompetencjami:

a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT;

b) w ciągu ostatnich 3 lat, łącznie przez okres minimum 2 lat, pełniła rolę pracownika

pierwszej linii dedykowanej organizacji wsparcia stanowiącej pojedynczy punkt kontaktu dla klienta zewnętrznego, dostępnej w reżimie 24/7 przez 365 dni w roku i świadczącej usługi serwisowe z gwarantowanymi parametrami SLA;

c) posiada doświadczenie wynikające z pracy w ramach organizacji wsparcia w zakresie:

- obsługi incydentów oraz wniosków o usługę,
- realizacji procesów Zarządzania Incydentami oraz Realizacji Wniosków,
- narzędzi pracę Service Desk, wykorzystania wspierających

HDI Center Analyst lub wyższym. Support potwierdzone certyfikatem

104

36) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Menedżera serwisu oprogramowania, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

- a) posiada minimum 5-letnie zawodowe w branży IT; doświadczenie
- b) posiada minimum 2-letnie doświadczenie w obszarze nadzoru oraz optymalizacji jakości projektach w złożonych zapewnienia oprogramowania informatycznych;
- c) w ciągu ostatnich 3 lat, łącznie przez okres minimum 2 lat, w ramach usługi serwisu oprogramowania, o łącznej wartości co najmniej 1 mln zł brutto, koordynowała pracę zespołu odpowiedzialnego za nadzór oraz rozwój serwisu oprogramowania z gwarantowanymi parametrami SLA, z wykorzystaniem zróżnicowanych technologii, w tym: IBM z/OS, IBM DB2, IBM Informix, Oracle Tuxedo i Microsoft Windows;
- d) zna specyfikę funkcjonowania aplikacji działających w architekturze trójwarstwowej;
- e) posiada kwalifikacje potwierdzone ważnym certyfikatem ISEB „Intermediate Certificate in Software Testing” lub wyższym;
- f) posiada umiejętności niezbędne dla uzyskania certyfikatu ITIL Foundation, potwierdzone tym dokumentem lub innym dokumentem, który potwierdza takie umiejętności jak wymieniony dokument (wykluczone są oświadczenia wykonawcy).

37) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Specjalisty ds. serwisu oprogramowania, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

- a) posiada minimum 5-letnie zawodowe w branży IT; doświadczenie
- b) posiada minimum 2-letnie doświadczenie w złożonych projektach informatycznych, w zakresie:
 - nadzoru obsługi błędów,
 - realizacji procesów zapewnienia jakości, - wykorzystania narzędzi wspierających pracę serwisu (w tym HP SM);
- c) zna specyfikę funkcjonowania aplikacji działających w architekturze trójwarstwowej.

38) minimum 5 (pięcioma) osobami dedykowanymi do pełnienia funkcji Diagnosty, z których każda powinna cechować się następującymi kompetencjami:

- a) minimum 5-letnie zawodowe w branży IT; posiada doświadczenie
- b) posiada minimum 2-letnie doświadczenie w obszarze analizy lub projektowania w złożonych projektach informatycznych;
- c) posiada minimum 2-letnie doświadczenie w obsłudze zgłoszeń;
- d) zna i sprawnie posługuje się notacją UML;

105

e) zna specyfikę funkcjonowania aplikacji działających w architekturze trójwarstwowej.

39) minimum 5 (pięcioma) osobami dedykowanymi do pełnienia funkcji Programisty dla potrzeb serwisu oprogramowania, z których każda powinna cechować się następującymi kompetencjami:

- a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT;
- b) posiada minimum 2-letnie w realizacji doświadczenie złożonych projektów informatycznych;
- c) posiada minimum 2-letnie doświadczenie w implementacji rozwiązań z wykorzystaniem narzędzi kompilacji C/C++ dla z/OS;
- d) zna specyfikę funkcjonowania aplikacji działających w architekturze trójwarstwowej.

40) minimum 2 (dwoma) osobami dedykowanymi do pełnienia funkcji Specjalisty ds. jakości oprogramowania dla potrzeb serwisu, z których każda powinna cechować się następującymi

kompetencjami:

- a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie w branży IT;
- b) posiada minimum 2-letnie doświadczenie w zakresie projektowania, wykonywania oraz testów złożonych systemów automatyzacji informatycznych;
- c) w ciągu ostatnich 3 lat, łącznie przez okres minimum 2 lat, uczestniczyła w projektach informatycznych realizowanych w oparciu o technologie Tuxedo, z/OS, HP-UX, DB2;
- d) zna specyfikę funkcjonowania aplikacji działających w architekturze trójwarstwowej;
- e) posiada kwalifikacje potwierdzone ważnym certyfikatem ISEB „Foundation Certificate in Software Testing” lub równoważnym.

41) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Specjalisty ds. środowisk testowych dla serwisu oprogramowania, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

- a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie w branży IT;
- b) w ciągu ostatnich 3 lat, łącznie przez okres minimum 2 lat, uczestniczyła w konfigurowaniu i utrzymaniu środowisk do testów oprogramowania i usług, o następującej charakterystyce środowisk:

- platformy systemowe: z/OS, UNIX, Windows,
- bazy danych: DB2, Informix, SQL,
- technologie aplikacyjne: Oracle Tuxedo.

przy czym doświadczenie w zakresie charakterystyki środowisk może być spełnione łącznie przez więcej niż jedną osobę. Każda ze wskazanych osób musi spełniać pozostałe wymagania.

106

c) zna specyfikę funkcjonowania aplikacji działających w architekturze trójwarstwowej.

42) minimum 2 (dwoma) osobami dedykowanymi do pełnienia funkcji Analityka biznesowego ds. ubezpieczeń społecznych, z których każda powinna cechować się następującymi kompetencjami:

- a) posiada minimum 3-letnie doświadczenie w zakresie planowania, tworzenia i rozwoju rozwiązań raportowo analitycznych oraz kompetencje analityczne, zwłaszcza w zakresie analizy struktur danych;
- b) posiada znajomość metodyk i standardów modelowania danych i zarządzania architekturą danych;
- c) posiada znajomość Enterprise Architect oraz notacji UML;
- d) posiada znajomość:
 - i. systemu ubezpieczeń społecznych,
 - ii. przepisów ustawy Kodeks postępowania administracyjnego,
 - iii. zasad dokumentów ubezpieczeniowych wypełnianiahttp://www.zus.pl/pliki/poradniki/Ogólne_zasady_wypeleniania_dokumentów.pdf

43) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Dyrektora projektu, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

- a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT związane z prowadzeniem projektów;
- b) w ciągu ostatnich 3 lat pełniła rolę kierownika projektu IT w 2 projektach, o łącznej wartości nie niższej niż 20 mln zł brutto;
- c) posiada umiejętności niezbędne dla uzyskania certyfikatu PRINCE2 Practitioner, potwierdzone tym dokumentem lub innym dokumentem, który potwierdza takie umiejętności jak wymieniony dokument (wykluczone są oświadczenia wykonawcy).

44) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Technologa Business Intelligence (BI), która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

- a) posiada 5-letnie zawodowe w branży IT; minimum doświadczenie
- b) w ciągu ostatnich 3 lat, łącznie przez okres minimum 2 lat realizowała prace w zakresie utrzymania i rozwoju usług IT, realizowanych w obszarze Business Intelligence, w ramach których zajmowała się modelowaniem i tworzeniem hurtowni danych, projektowaniem i implementacją procesów ETL, tworzeniem kostek OLAP oraz raportami;
- c) posiada znajomość zagadnień związanych z projektowaniem i eksploatacją relacyjnych baz danych.

Każda z powyższych funkcji (ról) musi być pełniona przez inną osobę.

Wykonawca zapewni komunikację personelu Zespołu z Zamawiającym w języku polskim (w mowie i piśmie).

W dniu 19 października 2015r. zamawiający sprostował treść ogłoszenia i powyższy warunek ograniczył do wymagania:

Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował:

1) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Eksperta utrzymania usług aplikacyjnych, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

- a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT;
- b) przez okres minimum 2 lat, w ramach usług utrzymania systemów informatycznych, realizowała prace w zakresie projektowania, integrowania, organizacji utrzymania oraz nadzoru usług IT wspomagających realizację procesów biznesowych, realizowanych z wykorzystaniem wszystkich następujących platform systemowych: IBM Mainframe z/OS, Unix, Microsoft Windows oraz narzędzi: IBM DB2, IBM Informix, Oracle Tuxedo; Zamawiający uzna warunek za spełniony w przypadku gdy prace były wykonywane w ramach jednej lub kilku usług utrzymania (jednego lub więcej systemów informatycznych), przy czym wymaga się, aby w ramach każdej z usług prace były realizowane z wykorzystaniem łącznie:

- platformy IBM Mainframe z/OS oraz przynajmniej jednej z pozostałych ww. platform systemowych,
- narzędzia IBM DB2 oraz przynajmniej jednego z pozostałych narzędzi wymienionych powyżej.

Wymaga się, aby doświadczenie danej osoby w wykonywaniu prac obejmowało łącznie wszystkie wymienione technologie.

c) posiada certyfikat ITIL Foundation, d) posiada znajomość systemów i narzędzi do projektowania i modelowania usług.

2) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Eksperta przetwarzania wsadowego, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

- a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT;
- b) przez okres minimum 2 lat, w ramach usług utrzymania systemu informatycznego, realizowała prace w zakresie utrzymania i rozwoju usług IT, realizowanych w środowisku IBM z/OS z wykorzystaniem IBM DB2 i IBM TWS, charakteryzujących się wysoką złożonością (ponad 200 tys. zadań /miesiąc przetwarzających zasoby danych o wolumenie przekraczających 30TB);

c) posiada certyfikat: IBM DB2 10 for z/OS Application Performance and Tuning.

3) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Eksperta przetwarzania interakcyjnego, która powinna się cechować następującymi kompetencjami:

- a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT;
- b) przez okres minimum 2 lat, w ramach usług utrzymania systemów informatycznych, realizowała prace w zakresie utrzymania i rozwoju usług IT, realizowanych w architekturze trójwarstwowej w co najmniej 40 lokalizacjach, z wykorzystaniem wszystkich następujących narzędzi: IBM DB2 na z/OS, IBM Informix, Oracle Tuxedo oraz platformy systemowej Windows; Zamawiający uzna warunek za spełniony w przypadku gdy prace były wykonywane w ramach jednej lub kilku usług utrzymania (jednego lub więcej systemów informatycznych), przy czym wymaga się, aby w ramach każdej usługi prace były realizowane z wykorzystaniem łącznie przynajmniej dwóch narzędzi spośród wymienionych powyżej, a także aby doświadczenie danej osoby w wykonywaniu prac obejmowało łącznie wszystkie wymienione technologie.

c) posiada certyfikat Oracle Tuxedo minimum 12c: Application Administration.

4) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Eksperta przetwarzania portalowego, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

- a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT;
- b) przez okres minimum 2 lat, w ramach usług utrzymania systemu informatycznego dla minimum 100 000 użytkowników, realizowała prace w zakresie utrzymania i rozwoju usług IT

z wykorzystaniem wszystkich następujących technologii: MS Windows, MS SQL, IIS, MSMQ;

c) posiada certyfikaty:

- minimum Microsoft® Certified Technology Specialist (MCTS) z zakresu Windows Server® 2008,

- minimum Microsoft® Certified IT Professional (MCITP): Server Administrator on Windows Server® 2008,

- VMware Certified Professional - Datacenter Virtualization on vSphere 5.X.

Zamawiający uzna warunek za spełniony w przypadku wskazania przez wykonawcę do pełnienia tej funkcji 2 osób, z których każda spełnia samodzielnie wymagania określone w lit. a) oraz b), zaś łącznie spełniają wymaganie określone w lit. c).

5) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Eksperta przetwarzania

transakcyjnego, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT;

b) przez okres minimum 2 lat, w ramach usług utrzymania systemu informatycznego, realizowała prace związane z projektowaniem, konfigurowaniem i utrzymaniem architektury domen Tuxedo;

c) posiada certyfikat Oracle Tuxedo minimum 12c: Application Administration.

109

6) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Eksperta przetwarzania na platformie HP-UX, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT;

b) przez okres minimum 2 lat, w ramach usług utrzymania systemu informatycznego, realizowała prace rozwojowe w zakresie technologii HP-UX;

c) posiada certyfikaty udziału w szkoleniach:

- HP Certified Systems Engineer - Specialty in Networking and Security HP-UX 11i v3,

- HP Certified Systems Engineer - Specialty in High Availability HP-UX 11i v3.

Zamawiający uzna warunek za spełniony w przypadku wskazania przez wykonawcę do pełnienia tej funkcji 2 osób, z których każda spełnia samodzielnie wymagania określone w lit. a) oraz b), zaś łącznie spełniają wymaganie określone w lit. c).

7) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Eksperta optymalizacji przetwarzania, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT;

b) przez okres minimum 2 lat, w ramach usług utrzymania systemu informatycznego, realizowała prace w zakresie organizacji baz danych DB2 Mainframe i optymalizacji pracy aplikacji w środowisku DB2 for z/OS, o następującej charakterystyce: ponad 200 tys. zadań/miesiąc przetwarzających zasoby danych o wolumenie przekraczającym 30TB;

c) posiada certyfikaty:

- IBM Certified System Administrator - DB2 11 for z/OS,

- IBM Certified Database Administrator - DB2 11 for z/OS,

Zamawiający uzna warunek za spełniony w przypadku wskazania przez wykonawcę do pełnienia tej funkcji 2 osób, z których każda spełnia samodzielnie wymagania określone w lit. a) oraz b) zaś łącznie spełniają wymaganie określone w lit. c).

8) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Technologa organizacji przetwarzania, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT;

b) przez okres minimum 2 lat realizowała prace związane z organizacją przetwarzania zadań wsadowych na platformie Mainframe i realizacją przetwarzania usług pod kontrolą TWS dla co najmniej 200 tys. zadań/miesiąc przetwarzających zasoby danych o wolumenie przekraczającym 30TB;

c) posiada certyfikat IBM Tivoli Workload Scheduler 8.6 for z/OS.

9) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Kierownika projektu wdrożeniowego, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

110

a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT;

b) pełniła rolę kierownika projektu IT w 2 projektach, w tym co najmniej jednym obejmującym wdrożenie bezpośrednio w jednostkach klienta obejmujących co najmniej 50 lokalizacji dla

ponad 5 000 klientów wewnętrznych;

c) posiada certyfikat PRINCE2 Foundation lub PMP lub IPMA Level C.

10) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Analityka procesów biznesowych, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

- a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT;
- b) pełniła rolę Analityka procesów biznesowych / Analityka biznesowego w minimum jednym projekcie IT związanym z analizą i dostosowaniem procesów biznesowych;
- c) posiada minimum 2-letnie doświadczenie w modelowaniu procesów biznesowych;
- d) posiada praktyczną znajomość narzędzia ARIS Business Designer w wersji 9.7 lub wyższej;
- e) posiada praktyczną znajomość notacji opisu procesów VACD, EPC, Office Process, potwierdzoną uczestnictwem w pracach dedykowanych zespołom lub wytworzoną dokumentacją procesów.

11) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Eksperta procesów zarządzania usługami IT, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

- a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT;
- b) przez okres minimum 2 lat, w ramach usług utrzymania systemu informatycznego, realizowała prace związane z rozwojem i doskonaleniem procesów zarządzania usługami IT, zgodnie z metodyką ITIL, z wykorzystaniem zintegrowanych narzędzi: HP Service Manager oraz MS SharePoint, c) posiada certyfikat ITIL Expert Certificate in IT Service Management.

12) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Menedżera procesów zarządzania usługami IT, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

- a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT;
- b) przez okres minimum 2 lat realizowała prace związane z utrzymaniem procesów zarządzania usługami IT, zgodnie z metodyką ITIL, z wykorzystaniem zintegrowanych narzędzi: HP Service Manager oraz MS SharePoint;
- c) posiada certyfikat ITIL Foundation.

13) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Eksperta walidacji i testów usług, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

111

-
- a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT;
 - b) przez okres minimum 2 lat, w ramach usług utrzymania systemu informatycznego, realizowała prace związane z testowaniem oprogramowania lub usług IT oraz utrzymaniem środowiska testowego;
 - c) posiada znajomość metodyk testowania oprogramowania;
 - d) posiada certyfikat ITIL Intermediate Qualification - Release, Control and Validation lub ITIL Intermediate Qualification - Service Transition.

14) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Specjalisty ds. testów, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

- a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT;
- b) przez okres minimum 2 lat uczestniczyła w przygotowaniu i realizacji testów oprogramowania lub usług IT, w zakresie testów: regresji, integracyjnych, funkcjonalnych, optymalizacyjnych i instalacyjnych;
- c) posiada znajomość wymienionych narzędzi IBM DB2 na z/OS, TWS, UNIX, Informix, Oracle Tuxedo oraz platformy systemowej Windows;
- d) posiada znajomość narzędzi do automatyzacji testów funkcjonalnych oraz narzędzi do automatyzacji testów wydajnościowych.

Zamawiający uzna warunek za spełniony w przypadku wskazania przez wykonawcę do pełnienia tej funkcji 2 lub więcej osób, z których każda spełnia samodzielnie wymagania określone w lit. a), b) oraz d), zaś łącznie spełniają wymagania określone w lit. c)

15) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Specjalisty ds.

konfigurowania i utrzymania środowisk nieprodukcyjnych, która powinna cechować się

następującymi kompetencjami: a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT;

b) przez okres minimum 2 lat uczestniczyła w konfigurowaniu i utrzymaniu środowisk do

testów oprogramowania i usług o następującej charakterystyce środowisk:

- i. platformy systemowe: z/OS, UNIX, Windows,
- ii. bazy danych: DB2, Informix, SQL,
- iii. technologie aplikacyjne: Oracle Tuxedo.

Zamawiający uzna warunek za spełniony w przypadku wskazania przez wykonawcę do pełnienia tej funkcji 2 lub więcej osób, z których każda spełnia samodzielnie wymagania określone w lit. a), zaś łącznie spełniają wymaganie określone w lit. b).

16) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Architekta usług IT, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

- a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT;

112

b) przez okres minimum 2 lat, w ramach usług utrzymania systemu informatycznego, uczestniczyła w zarządzaniu usługami IT zgodnie z metodyką ITIL;

c) posiada certyfikaty:

- ITIL Expert Certificate in IT Service Management,
- TOGAF 8 lub 9.

Zamawiający uzna warunek za spełniony w przypadku wskazania przez wykonawcę do pełnienia tej funkcji 2 lub więcej osób, z których każda spełnia samodzielnie wymagania określone w lit. a) oraz b), zaś łącznie spełniają wymaganie określone w lit. c).

17) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Architekta infrastruktury techniczno-systemowej, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

- a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT;

b) przez okres minimum 2 lat, w ramach usług utrzymania systemu informatycznego, realizowała prace związane z eksploatacją, rozwojem i doskonaleniem infrastruktury techniczno systemowej w zakresie narzędzi: IBM DB2 na z/OS, UNIX, Informix, Oracle Tuxedo; Zamawiający uzna warunek za spełniony w przypadku gdy prace były wykonywane w ramach jednej lub kilku usług utrzymania (jednego lub więcej systemów informatycznych), przy czym wymaga się, aby w ramach każdej usługi prace były realizowane z wykorzystaniem łącznie przynajmniej dwóch narzędzi spośród wymienionych powyżej, a także aby doświadczenie danej osoby w wykonywaniu prac obejmowało łącznie wszystkie wymienione narzędzia.

- c) posiada certyfikat TOGAF 8 lub 9.

18) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Eksperta architektury oprogramowania KSI, która powinna cechować się następującymi kompetencjami: a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT;

b) przez okres minimum 2 lat uczestniczyła we wdrażaniu i utrzymaniu oprogramowania dedykowanego, eksploatowanego z wykorzystaniem narzędzi: IBM DB2 na z/OS, UNIX, Informix, Oracle Tuxedo; Zamawiający uzna warunek za spełniony w przypadku gdy prace były wykonywane w ramach jednej lub kilku usług utrzymania (jednego lub więcej systemów informatycznych), przy czym wymaga się, aby w ramach każdej usługi prace były realizowane z wykorzystaniem łącznie przynajmniej dwóch narzędzi spośród wymienionych powyżej, a także aby doświadczenie danej osoby w wykonywaniu prac obejmowało łącznie wszystkie wymienione narzędzia;

- c) posiada znajomość UML oraz oprogramowania Enterprise Architect.

113

19) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Eksperta bezpieczeństwa, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT w zakresie zarządzania bezpieczeństwem informacji;

b) posiada certyfikaty: Certified Information Systems Auditor (CISA) oraz jednym z wymienionych (CISM, CRISC, CISSP).

20) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Eksperta jakości, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

- a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT w zakresie zarządzania

jakością;

b) posiada certyfikat ISO 27001 lub ISO 22301 lub BS 25999.

21) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Programisty dla potrzeb serwisu oprogramowania, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT;

b) posiada minimum 2-letnie doświadczenie w implementacji rozwiązań z wykorzystaniem narzędzi kompilacji C/C++ dla z/OS;

c) zna specyfikę funkcjonowania aplikacji działających w architekturze trójwarstwowej.

22) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Analityka biznesowego ds. ubezpieczeń społecznych, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

a) posiada minimum 3-letnie doświadczenie w zakresie planowania, tworzenia i rozwoju rozwiązań raportowo analitycznych oraz kompetencje analityczne, zwłaszcza w zakresie analizy struktur danych; b) posiada znajomość metodyk i standardów modelowania danych i zarządzania architekturą danych;

c) posiada znajomość Enterprise Architect oraz notacji UML;

d) posiada znajomość:

i. systemu ubezpieczeń społecznych,

ii. przepisów ustawy Kodeks postępowania administracyjnego,

iii. zasad wypełniania dokumentów ubezpieczeniowych

http://www.zus.pl/pliki/poradniki/Ogólne_zasady_wypełniania_dokumentów.pdf

23) minimum 1 (jedną) osobą dedykowaną do pełnienia funkcji Dyrektora projektu, która powinna cechować się następującymi kompetencjami:

114

a) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT związane z prowadzeniem projektów;

b) w ciągu ostatnich 3 lat pełniła rolę kierownika projektu IT w 2 projektach o łącznej wartości nie niższej niż 20 mln zł brutto;

c) posiada certyfikatu PRINCE2 Practitioner lub PMP lub IPMA Level A.

Każda z powyższych funkcji (ról) musi być pełniona przez inną osobę.

Wykonawca zapewni komunikację personelu Zespołu z Zamawiającym w języku polskim (w mowie i piśmie).

Jednocześnie w informacji dodatkowej zamawiający zastrzegł:

Zamawiający zastrzega sobie uprawnienie żądania od wykonawców zapewnienia, najpóźniej do chwili podpisania umowy, dedykowanego zespołu osób (do stałej dyspozycji) przez czas trwania umowy. W skład zespołu, liczącego co najmniej 80 osób, obok osób wykazywanych dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu będą wchodziły osoby o kwalifikacjach niezbędnych dla wykonywania usług objętych przedmiotem zamówienia, w tym jedna lub więcej osób do pełnienia w szczególności następujących funkcji: technolog utrzymania usług aplikacyjnych, technolog przetwarzania interakcyjnego, technolog przetwarzania portalowego, technolog systemu z/OS, technolog baz danych Informix, technolog baz danych MS SQL, technolog systemów Microsoft, konsultant wdrożeniowy, konsultant wdrożeń bezpośrednich, trener szkoleniowy, menedżer usług serwisowych, diagnosta, programista dla potrzeb serwisu oprogramowania, specjalista ds. środowisk testowych, technolog business intelligence.

W siwz i załącznikach do siwz w zakresie spornym zawarto następujące postanowienia:

W rozdziale III pkt. III ppkt. 3.4.2 zamawiający wskazał, że proponowany wstępny plan przejmowania usług utrzymania określający zakres i termin przejęcia usług utrzymania nie dłuższy niż 9 miesięcy od dnia zawarcia umowy. W załączniku nr 2 do siwz – wzór umowy :

Art. 3 ust. 1 pkt 1 stanowi, że Wykonawca oświadcza, że posiada konieczną wiedzę, doświadczenie i kwalifikacje, a także odpowiedni potencjał ekonomiczny i techniczny oraz dysponuje osobami zdolnymi do wykonania Dokumentów kontraktowych, Wykaz funkcji pełnionych przez personel wykonawcy oraz wymaganych dla tych funkcji wiedzy, doświadczenia i kwalifikacji, jak również listę tłumaczy oraz członków personelu wykonawcy przeznaczonych do realizacji dokumentów kontraktowych, zgodną z wykazem osób zawartych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz z ww. wykazem

funkcji określa załącznik 10.

Art. 3 ust. 2 pkt 6 umowy stanowi, że wykonawca zobowiązuje się do powołania z dniem rozpoczęcia świadczenia usług struktur organizacyjnych i stanowisk, obsadzenia ich odpowiednio kwalifikowanym personelem oraz udzielenia przedstawicielom wykonawcy

115

odpowiednich do pełnionych ról pełnomocnictw i upoważnień określonych w procedurach dla realizacji umowy (załącznik 2), zasadach zlecania i odbioru usług dodatkowych i jednostkowych, zgłoszeń usług serwisowych (załącznik 9) oraz w procedurach eksploatacyjnych.

Art. 3 ust. 2 pkt 17 umowy stanowi, że wykonawca zobowiązuje się do w ramach wynagrodzenia, o którym mowa w art. 7 ust 3, każdorazowego utrwalania (w tym sporządzania stosownych pisemnych opisów) i przekazywania zamawiającemu, w terminie trzech miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług w ramach danej Metryki (w tym również każdej z nowych Metryk powołanych w czasie obowiązywania umowy), zgodnie z procedurą PO 17 z załącznika 2, całości Know-how, a także kompletu wszelkich procedur, niezbędnych dokumentów (zwłaszcza dokumentacji technicznej) oraz narzędzi (tj. oprogramowania, aplikacji, skryptów etc.), z których wykonawca lub podwykonawcy korzystają przy wykonywaniu czynności w ramach świadczenia Usług utrzymania objętych daną Metryką. Przekazane przez wykonawcę Know-how, procedury, dokumenty i narzędzia, o których mowa w zdaniu poprzedzającym będą pozwalać zamawiającemu na samodzielne, należyte i terminowe świadczenie Usług utrzymania w ramach każdej z Metryk, bez konieczności uzyskania jakichkolwiek rad, opinii czy wsparcia wykonawcy lub innego podmiotu i będą zawierać w szczególności:

- a) Kody źródłowe do ww. narzędzi, przekazane zamawiającemu zgodnie z załącznikiem 15, który stosuje się odpowiednio,
- b) dokumentację techniczną o utrzymywanych przez wykonawcę narzędziach,
- c) dokumentację dotyczącą środowiska IT wspierającego utrzymywane narzędzia
- d) informacje niezbędne do wykonywania diagnozy Incydentów oraz ich rozwiązywania (w tym informacje o znanych Błędach, stosowanych Obejściach, wykorzystanie bazy Rozwiązań), e) narzędzia i skrypty wspierające administrowanie (wytworzone przez wykonawcę; jak i przez podmioty trzecie, z których ma prawo korzystać wykonawca),
- f) informacje niezbędne do realizacji zadań wsparcia procesów, realizowanych przez wykonawcę w ramach Metryk,
- g) informacje niezbędne do realizacji zadań serwisowych, realizowanych przez wykonawcę w ramach Metryk,
- h) dokumentację techniczną, dokumentację użytkową, instrukcje stanowiskowe, procedury administrowania oraz eksploatacyjne."

Po modyfikacji z dnia 19 maja 2017r. art. 3 ust. 2 pkt. 17 Umowy otrzymał brzmienie:

„W ramach wynagrodzenia, o którym mowa w art 7 ust 3, każdorazowego utrwalania (w tym sporządzania stosownych pisemnych opisów) i przekazywania zamawiającemu, w terminie

116

trzech miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług w ramach danej Metryki (w tym również każdej z nowych Metryk powołanych w czasie obowiązywania umowy), zgodnie z procedurą PO 17 z Załącznika 2, całości Know-how, a także kompletu wszelkich procedur, niezbędnych dokumentów (zwłaszcza dokumentacji technicznej) oraz narzędzi (tj. oprogramowania, aplikacji, skryptów etc), z których Wykonawca lub podwykonawcy korzystają przy wykonywaniu czynności w ramach świadczenia Usług utrzymania objętych daną Metryką, z zastrzeżeniem, że w przypadku Know-how, procedur, dokumentów oraz narzędzi dotyczących Metryk rozliczanych i płatnych w okresach kwartalnych, przekazywanie zamawiającemu zaktualizowanych wersji ww, Know-how, procedur, dokumentów oraz narzędzi powinno nastąpić w ostatnim miesiącu pierwszego pełnego kwartału kalendarzowego, za który Wykonawca wystawi fakturę z tytułu świadczenia usług w ramach tych Metryk. Przekazane przez Wykonawcę Know-how, procedury, dokumenty i narzędzia, o których mowa w zdaniu poprzedzającym będą pozwalać zamawiającemu na samodzielne, należyte i terminowe świadczenie Usług utrzymania w ramach każdej z Metryk, bez konieczności uzyskania jakichkolwiek rad, opinii czy wsparcia wykonawcy lub innego

podmiotu i będą zawierać w szczególności:

- a) Kody źródłowe do ww. narzędzi, przekazane zamawiającemu zgodnie z Załącznikiem 15, który stosuje się odpowiednio,
- b) dokumentację techniczną o utrzymywanych przez Wykonawcę narzędziach,
- c) dokumentację dotyczącą środowiska IT wspierającego utrzymywane narzędzia,
- d) informacje niezbędne do wykonywania diagnozy Incyidentów oraz ich rozwiązywania (w tym informacje o znanych Błędach, stosowanych Obejściach, wykorzystanie bazy Rozwiązań),
- e) narzędzia i skrypty wspierające administrowanie (wytworzone przez Wykonawcę, jak i przez podmioty trzecie, z których ma prawo korzystać Wykonawca), f) informacje niezbędne do realizacji zadań wsparcia procesów, realizowanych przez Wykonawcę w ramach Metryk,
- g) informacje niezbędne do realizacji zadań serwisowych, realizowanych przez Wykonawcę w ramach Metryk,
- h) dokumentację techniczną, dokumentację użytkową, instrukcje stanowiskowe, procedury administrowania oraz eksploatacyjne.

Wykładnia autentyczna zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie:

„W ramach i w celu świadczenia ww. usług Wykonawca wytworzy określone know-how, procedury, narzędzia i dokumenty, które będą pozwalały na świadczenie tych usług. Nie ulega dla zamawiającego wątpliwości, że zamawiający nie tylko jest uprawniony, ale również zobowiązany do zapewnienia sobie w Umowie instrumentów prawnych pozwalających na

117

uzyskanie praw do wytworzonych w ramach realizacji umowy dokumentów lub narzędzi oraz uzyskania odpowiedniego know how”

„Co więcej, w interesie zamawiającego jest uzyskiwać na bieżąco kompleksową wiedzę o wszystkich działaniach podejmowanych przez Wykonawcę w związku z realizacją umowy oraz prawa do dokumentów lub narzędzi wytworzonych w ramach i w celu świadczenia usług z uwagi na bezpieczeństwo Informatyczne zamawiającego. W skrajnym przypadku rozwiązania lub wygaśnięcia umowy bez wyłonienia kolejnego wykonawcy, zamawiający powinien mieć chociażby prawną możliwość wykonywać usługi utrzymania KSI samodzielnie lub ze wsparciem podmiotów trzecich.”

Art. 4 ust. 1 pkt 4 stanowi, że W celu wykonania umowy zamawiający zobowiązuje się do powoływania określonych w umowie struktur i stanowisk zapewniania możliwości korzystania przez wykonawcę z konsultacji utrzymaniowych. Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za jakość konsultacji utrzymaniowych świadczonych przez innych wykonawców.

Art. 5 ust. 33 – 36 stanowią:

Z art. 5 ust. 33 umowy wynika, że w czasie trwania Umowy Wykonawca zobowiązuje się nie zatrudniać pracowników zamawiającego, którym zamawiający faktycznie powierzył wykonywanie obowiązków związanych z realizacją przedmiotu Umowy - bez uprzedniej zgody zamawiającego wyrażonej w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Zakaz dotyczy zatrudniania osób pozostających z zamawiającym w stosunku pracy w okresie trwania Umowy, jak również osób, których stosunek pracy ustał w okresie trwania Umowy. Z ust. 34 art. 5 umowy wynika, że zakaz, o którym mowa w ust. 33, dotyczy zawarcia przez Wykonawcę z pracownikiem zamawiającego zarówno umowy o pracę, jak i zatrudnienia na innej podstawie prawnej, w szczególności zawarcia umowy cywilnoprawnej: nazwanej lub nienazwanej.

Ustęp 35 art. 5 umowy wskazuje, że Wykonawca zobligowany jest do wprowadzenia zakazu, o którym mowa w ust 33, do umów zawieranych przez Wykonawcę z podwykonawcami.

Ust. 36.art. 5 umowy stanowi, że dla potwierdzenia faktu niezatrudniania pracowników zamawiającego, Wykonawca na każde pisemne żądanie zamawiającego, przedstawi oświadczenie w zakresie przestrzegania zobowiązań/zakazów, o których mowa w ust 33 i 35 powyżej”, co nakłada na wykonawców obowiązek zapewnienia, że w czasie trwania Umowy nie zatrudnią pracowników zamawiającego. Przy czym zakaz ten dotyczy zarówno zatrudniania osób pozostających z zamawiającym w stosunku pracy w okresie trwania Umowy w sprawie zamówienia, jak również osób, których stosunek pracy ustał w okresie trwania Umowy w sprawie zamówienia.

Art. 6 ust. 8 umowy stanowi, że na terenie państw, których systemy prawne nie przewidują możliwości zbycia autorskich praw majątkowych wykonawca dokonuje na rzecz

danym systemie prawnym rozporządzenia tymi prawami lub, jeśli rozporządzenie nie jest dopuszczalne - obciążenia ich na rzecz zamawiającego - w ten sposób, by osiągnąć rezultat gospodarczy możliwie najbardziej zbliżony do przeniesienia autorskich praw majątkowych w zakresie, o którym mowa w ust 3-7.

Zgodnie z art. 8 ust. 2 pkt 10) umowy, zamawiający ma prawo obciążyć wykonawcę karą umowną w każdym z poniższych przypadków „niewykonania lub nienależytego wykonania przez wykonawcę któregośkolwiek ze zobowiązań wynikających ze Standardów IT ZUS lub Procedur eksploatacyjnych, za każdy ujawniony taki przypadek, po upływie uprzednio wskazanego przez zamawiającego terminu do zaniechania naruszenia i usunięcia skutków naruszenia, w wysokości 3.000,00 PLN (słownie: trzy tysiące złotych 00/100) za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia usunięcia tych skutków naruszenia”.

Zgodnie z Artykułem 8 ust. 4 Umowy, zamawiający wskazał, że:

„Zwolnienie się przez Wykonawcę z odpowiedzialności wymaga wykazania przez Wykonawcę, iż niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań stanowiących przedmiot Dokumentów kontraktowych wynika z:

- 1) niewykonania lub nienależytego wykonania przez zamawiającego zobowiązań określonych w Dokumentach kontraktowych lub wynikających ze Standardów IT ZUS lub Procedur eksploatacyjnych z przyczyn leżących wyłącznie po stronie Zamawiającego. lub
- 2) niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań przez osoby trzecie, za których działania zamawiający ponosi odpowiedzialność, w tym z niestosowania się przez te osoby do Standardów IT ZUS lub Procedur eksploatacyjnych z przyczyn leżących wyłącznie po stronie zamawiającego, lub
- 3) wyłącznie z działań osób trzecich, za które żadna ze Stron nie ponosi odpowiedzialności. i wymaga uprzedniego poinformowania zamawiającego o przyczynie uniemożliwiającej wykonywanie lub należyte wykonywanie zobowiązania w trybie art 3 ust 2 pkt 14, z zastrzeżeniem, że zwolnienie się przez Wykonawcę z odpowiedzialności za niedotrzymanie parametrów świadczenia Usług utrzymania, o której mowa w art. 9, odbywa się na zasadach określonych w Załączniku 2 (Procedura PO1)”.

Przy czym zamawiający w dniu 19 maja 2017r. zmodyfikował treść tego postanowienia umownego nadając mu brzmienie:

„Zwolnienie się przez Wykonawcę z odpowiedzialności wymaga wykazania przez Wykonawcę, iż niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań stanowiących przedmiot Dokumentów kontraktowych wynika z:

- 1) niewykonania lub nienależytego wykonania przez zamawiającego zobowiązań określonych w Dokumentach kontraktowych lub wynikających ze Standardów IT ZUS lub Procedur eksploatacyjnych z przyczyn leżących wyłącznie po stronie Zamawiającego. lub
- 2) niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań przez osoby trzecie, za których działania zamawiający ponosi odpowiedzialność, w tym z niestosowania się przez te osoby do Standardów IT ZUS lub Procedur eksploatacyjnych z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, lub
- 3) z działań osób trzecich, za które żadna ze Stron nie ponosi odpowiedzialności. i wymaga uprzedniego poinformowania zamawiającego o przyczynie uniemożliwiającej wykonywanie lub należyte wykonywanie zobowiązania w trybie art 3 ust 2 pkt 14, z zastrzeżeniem, że zwolnienie się przez Wykonawcę z odpowiedzialności za niedotrzymanie parametrów świadczenia Usług utrzymania, o której mowa w art. 9, odbywa się na zasadach określonych w Załączniku 2 (Procedura PO1)”.

Z art. 14 ust. 1 pkt. 1 i 3 umowy wynika, że wypowiedzenie umowy odnosi się do niedotrzymania parametrów Metryk usług wykonawcy, te metryki są regulowane załącznikami 3-5 umowy, natomiast nie są regulowane załącznikiem 8. Parametry usługi wynikające z metryk za wyjątkiem 3 usług wsadowych nie osiągają poziomu 100%.

Art. 16 ust. 1 umowy stanowi, że termin realizacji przedmiotu umowy wynosi 48 miesięcy, przy czym rozpoczyna bieg od dnia rozpoczęcia świadczenia usług. Umowa wygasa również

z chwilą wyczerpania limitu wynagrodzenia brutto należnego wykonawcy określonego w art. 7 ust. 3. Z zastrzeżeniem postanowień niniejszego artykułu, dzień rozpoczęcia świadczenia usług nastąpi nie później niż w terminie 9 miesięcy od dnia zawarcia umowy, po uprzednim zgłoszeniu przez wykonawcę w formie pisemnej gotowości do przejęcia usług utrzymania i podpisaniu przez obie strony protokołu przekazania usług utrzymania, chyba, że obie strony w formie pisemnej uzgodnią inaczej. Art. 16 ust. 6 stanowi,

że zgodnie z załącznikiem 14 do umowy na wsparcie eksploatacji i utrzymania K. ZUS wymiar czasowy konsultacji świadczonych przez dotychczasowego wykonawcę na rzecz zamawiającego nie może przekraczać 100 dni roboczych. Art. 16 ust. 8 stanowi, że Zakres konsultacji świadczonych na rzecz wykonawcy nie może wykraczać poza zakres określony dla konsultacji utrzymaniowych – nie ma na celu transferu wiedzy ogólnej na temat ubezpieczeń społecznych, a także wiedzy dotyczącej procesów biznesowych zamawiającego, organizacji procedur przetwarzania danych, budowy i funkcjonowania aplikacji wynikającej z istniejącej i dostępnej dla wykonawcy dokumentacji, w tym w szczególności dokumentacji zamieszczonej w repozytorium. Nieudzielenie konsultacji przez dotychczasowego wykonawcę, braki w dokumentacji lub niska jakość konsultacji lub przekazanej dokumentacji nie stanowi podstawy zwolnienia lub ograniczenia odpowiedzialności wykonawcy ze zobowiązań wynikających z umowy

120

Zgodnie z Załącznikiem nr 2 do Umowy, pkt 7 ppkt 1:

Z Dniem zawarcia Umowy, dla każdej Usługi utrzymania opisanej Metryką Usługi Wykonawcy, Strony wyznaczają Osoby Wiodące Usług (po jednej osobie ze strony odpowiednio, Wykonawcy - Dostawcę Usług IT i ze strony zamawiającego - Odbiorcę Usług IT), których zadaniem jest bieżący nadzór nad poprawnym funkcjonowaniem Usług utrzymania. Wykaz tych osób z przypisaniem do Metryk Usług Wykonawcy umieszczony będzie w rejestrze Osób Wiodących Usług, utrzymywanym i aktualizowanym przez zamawiającego.

W pkt. 11 załącznika nr 2 do umowy jest opisana procedura zmiany standardów IT ZUS i procedur eksploatacyjnych, z której wynika, że zarówno zamawiający jak i wykonawca może zgłosić propozycję zmiany standardu lub procedury eksploatacji. To zgłoszenie następuje do przez dedykowane skrzynki pocztowe do Zespołu ds. Procedur Eksploatacyjnych ZUS. Zamawiający wraz z tym zespołem dokonują oceny propozycje zmiany, przy czym zespół ocenia standardy eksploatacyjne i procedury eksploatacyjne, a zamawiający pozostałe standardy. Propozycje zmiany przekazywane są wykonawcy, które dotyczą świadczonych przez niego usług. Opinia propozycji zmiany dokonana przez wykonawcę jest przekazywana do ZUS i wykonawca może w tej opinii zgłosić zastrzeżenia w szczególności w przypadku, gdy zmiana zagraża należytemu wykonywaniu usług przez niego lub skutkuje znacznym wzrostem kosztów po stronie wykonawcy. Następnie Zespół ds. Procedur Eksploatacyjnych lub zamawiający zgodnie z podziałem procedur i standardów wskazanym wcześniej ocenia opinię i uwzględnia opinię, albo podaje uzasadnienie braku możliwości przyjęcia opinii i przekazuje propozycję zmiany do zatwierdzenia. Wykonawca jeśli nadal ma zastrzeżenia może wszcząć procedurę eskalacji. Jednak zatwierdzona zmiana zaczyna obowiązywać. Procedura eskalacji polega na pisemnym zgłoszeniu sporu Dyrektorowi projektu, który podejmuje działania zmierzające do jej rozwiązania, spory nie rozstrzygnięte przez Dyrektora trafiają do Komitetu ds. Utrzymania, a gdy ten nie rozstrzygnie do Komitetu Sterującego i jest to najwyższa polubowna instancja rozwiązywania sporów.

Z załącznika nr 8 wynika, że zamawiający określił wymagania jakościowe dla poziomu świadczenia usługi i w przypadku usług serwisowych wymagalność na poziomie 100% dotyczy min. obsługi incydentów tj:

Parametry usługi kategoria ODI.OB1, nazwa parametru - Incydent Niski, wartość parametru <=110 godzin sposób spełnienia / opis parametru Czas liczony od momentu wysłania Zgłoszenia do CS Wykonawcy do momentu zakończenia obsługi Zgłoszenia przez Wykonawcę w ramach usługi, definicja spełnienia parametru – Spełnienie wartości parametrów dla 100% Zgłoszeń,

121

Symbol parametru ODI.OB2, nazwa parametru- Incydent Krytyczny, , wartość parametru <=

12 godzin sposób pomiaru/opis parametru - UU2017__USM_ODI,tj. do czasu przekazania przez Wykonawcę skutecznego Rozwiązania i jest pomniejszany o okresy jego wstrzymania. Symbol parametru ODI.0B3 nazwa parametru - Incydent Krytyczny (wsad), wartość parametru- <= 6 godzin, sposób pomiaru, opis parametru - Czas liczony od momentu wysłania Zgłoszenia do CS Wykonawcy do momentu zakończenia obsługi Zgłoszenia przez Wykonawcę w ramach usługi UU2017__USM_ODI,tj. do czasu przekazania przez Wykonawcę skutecznego Rozwiązania i jest pomniejszany o okresy jego wstrzymania, definicja spełnienia parametru – spełnienie wartości parametrów dla 100% zgłoszeń. Parametry usługi UU2017JJSM. ODI rozliczane są zgodnie z kalendarzem jej świadczenia dla Zgłoszeń obsługiwanych i rozliczanych w kontekście usług; UU.WSADJD, UU_WSAD_S; UU_WSAD_P; UU_WSAD_PUW, UU_MWD#GQ, UU_PIN#00; UU_PUB#00; UU_RDB#00, UU_WAO#00; UUJ PUB_TER#00, UU_WAO_TER#00, UU_DBF#00,UU_DBF_TER#00

parametry rozliczane są w trybie 24/7/365,

dla zgłoszeń obsługiwanych i rozliczanych w kontekście pozostałych usług parametry rozliczane są w odniesieniu do dni roboczych i godzin 7:00 -18:00

Izba na podstawie okoliczności znanych Izbie z urzędu ustaliła, że z dokumentacji akt postępowania w sprawie wydania opinii w celu rozpoznania zastrzeżeń do wyniku kontroli Prezesa UZP w sprawie sygn.. akt KIO/KD 76/12 zamawiający przedstawił następująca stwierdzenia dotyczące przejęcia świadczenia usługi od dotychczasowego wykonawcy tj. firmy A:

Zamawiający zawiadomił Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania na "Usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych" (dalej K.) w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit a) i b) ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 233, poz. 1655 z późn. zm.). Przedmiot zamówienia obejmował świadczenie usługi wsparcia, eksploatacji i utrzymania tego systemu oraz wykonanie dokumentacji projektowej w oznaczonym zakresie w czasie od 11.10.2010 r. do 10.10.2013 r.

W przebiegu kontroli przedmiotowego postępowania przeprowadzonej w okresie od 8 marca 2012 r. do 23 lipca 2012 r. w Informacji o jej wyniku, Prezes Urzędu na podstawie udostępnionej dokumentacji przedstawił następujący stan faktyczny.

Zamawiający w uzasadnieniu wyboru trybu z wolnej ręki założył, iż stosując tryb konkurencyjny udzielenia zamówienia, etap wyboru najkorzystniejszej oferty trwałby około 12 miesięcy. Dopiero po wyborze potencjalnego wykonawcy Zamawiający mógłby przekazać kody źródłowe i dokumentację projektową, w tym zwłaszcza szczegółową dokumentację

122

struktur architektonicznych. Z kolei czas potrzebny na zapoznanie się z dokumentacją tak rozległego systemu i przygotowanie się do realizacji przyszłego zadania przez potencjalnego wykonawcę, został oszacowany na ok. 12-18 miesięcy. Ponieważ od poprawnego działania K. zależy bezpieczeństwo socjalne wielkiej liczby ludzi (blisko połowy populacji kraju), Zamawiający uznał, iż nie może oprzeć się tylko na deklaracjach potencjalnego wykonawcy do świadczenia usług, ale musi dokonać jego rzeczywistej weryfikacji, powierzając określone zadanie (związane z budową określonego modułu) do wykonania. Z zestawienia tych dat i terminów wynika długość trwania umowy, określona na 36 miesięcy.

Izba ustaliła następujący stan prawny:

Art. 7. 1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Art. 22. 1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;

Art. 29. 1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

2. Przedmiot zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Art. 36. 1. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej:

3) opis przedmiotu zamówienia;

16) istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach;

Art. 91. 1. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. Kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji.

Art. 139. 1. Do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej "umowami", stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

123

2. Umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej.

3. Umowy są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej.

Art. 140. 1. Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

2. (uchylony)

3. Umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Art. 144. 1. Zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

2. Zmiana umowy dokonana z naruszeniem ust. 1 podlega unieważnieniu.

Art. 93. 1. Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:

7) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Art. 5 kc Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Art. 353(1) kc Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego.

Art. 354. § 1 kc Dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współzycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom.

§ 2. W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel.

Art. 387. § 1. Kc Umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że nie wystąpiły przesłanki z art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby koniecznością odrzucenia któregokolwiek z odwołań.

124

Izba oceniła, że odwołujący wykazali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnili materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której

mowa w art. 179 ust. 1 ustawy.

Izba stwierdziła, że przystępujący C. i A. cofnęli swoje przystąpienia przed zamknięciem rozprawy, tym samym wyrażone przez nich stanowiska procesowe nie mogą być brane pod uwagę.

Izba skierowała do rozpoznania na rozprawie jedynie te zarzuty, które nie zostały przez obu odwołujących cofnięte, skoro oświadczenie o cofnięciu czynności procesowej wywołuje taki skutek jakby czynność od samego początku nie została dokonana, to Izba w toku ustaleń stanu faktycznego jak i zważeń pominęła zarzuty przez odwołujących wycofane rozpoznając sprawę jedynie w zakresie podtrzymanym, a więc spornym.

Sygn. akt KIO 880/17

Zarzut nr 4. Odwołujący E. podniósł także iż zgodnie z artykułem 16 ust. 1 załącznika nr 2 do siwz, tj. Umowy na usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego K.ZUS (dalej: „Umowa”), zamawiający ustalił, że:

„(...) Dzień rozpoczęcia świadczenia Usługi nastąpi nie później niż w terminie 9 miesięcy od Dnia zawarcia Umowy (...).”

Powyższe powoduje, że okres przejściowy zaplanowany przez zamawiającego jest zbyt krótki, co może uniemożliwić odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu i zawarcie Umowy w sprawie zamówienia, co w efekcie stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust 1 ustawy w zw. z art. 29 ust. 1 i ust 2 ustawy w zw. z art. 5 kc, art. 3531 kc, w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust 1 ustawy w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2016 poz. 1020).

Zarzut zasługuje na uwzględnienie na podstawie art. 29 ust. 2 ustawy. W ocenie Izby okres przygotowania się do świadczenia usługi jest okresem, który stanowi element niezbędny do umożliwienia wykonawcom podjęcia się świadczenia usługi. Od jego długości zależy także czy wykonawca w ogóle jest w stanie podjąć się realizacji zadania. Termin zbyt krótki może powodować, że będzie to bariera dostępu do zamówienia i dojdzie do ograniczenia konkurencji, a z kolei taki opis elementu przedmiotu zamówienia jest niedopuszczalny z uwagi na treść art. 29 ust. 2 ustawy. W ocenie Izby odwołujący wykazał za pomocą dowodu z akt postępowania w sprawie KIO/KD 76/12, że sam zamawiający uznawał za realny czas przejścia systemu od 12 do 18 miesięcy. W ocenie Izby to właśnie stanowisko zamawiającego miało znaczenie dla rozstrzygnięcia, gdyż dotyczyło oświadczenia własnego

125

zamawiającego złożonego w zakresie tego zamówienia publicznego, zaś w ocenie Izby zamawiający nie wykazał, że świadczenie usług utrzymania od roku 2012 uległo tak dużemu uproszczeniu, że obecnie wystarczające jest udzielenie 9 miesięcznego terminu. Fakt, że w innych postępowaniach wykonawcy godzili się na krótsze terminy przejęcia, nie jest w tym zakresie w ocenie Izby przesądzający, gdyż pomiędzy stronami nie było sporu, że system K. jest systemem unikalnym, wysoce skomplikowanym, w którym nie było dotychczas praktyki przejmowania usługi utrzymania przez innego wykonawcę, co tym bardziej w ocenie Izby może uzasadniać potrzebę wyznaczenia dłuższego terminu przejęcia, niż w postępowaniach w których do takiego przejmowania już dochodziło. Zamawiający wprawdzie twierdził, że postępowanie dla ARiMR jest porównywalne z postępowaniem na utrzymanie K., jednak Izba nie dała wiary temu przekonaniu, gdyż jednocześnie ten sam zamawiający wskazał, że z racji większej aktywnej ilości punktów funkcyjnych wydłużył termin przejęcia o 50%. W ocenie Izby logicznie zatem nie da się z tych twierdzeń wywieść prawdziwości obu z nich. Wiadomo natomiast, że zdanie drugie jest prawdziwe, bo rzeczywiście niesporne było, że w postępowaniu ARiMR termin przejęcia wynosił 6 miesięcy, a w tym zamawiający wskazał 9 miesięcy. Ergo zdanie pierwsze jest fałszywe. W konsekwencji Izba dała wiarę odwołującemu, że dla niego barierą dostępu stanowi 9 miesięczny termin. Izba wzięła pod uwagę także fakt, że inny wykonawca A. przyłączył się po jego stronie i konsekwentnie popierał stanowisko odwołującego E. Podsumowując Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 29 ust. 2 ustawy i nakazała zamawiającemu dokonanie modyfikacji rozdziału III pkt. III pkt. 3.4.2 siwz oraz art. 16 ust. 1 i 2 umowy przez wskazanie okresu przejścia – 12 miesięcy.

Zarzut 5. Odwołujący zarzucił również zamawiającemu, że zgodnie art. 3 ust. 2 pkt 17 Umowy, art. 4 ust. 1 pkt 4 Umowy, art. 16 ust. 6 Umowy oraz art. 16 ust. 8 Umowy

zamawiający określił zasady realizacji Umowy naruszające zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w tym przez przeniesienie ryzyka związanego z prawidłowym przekazaniem wiedzy projektowej krytycznej, wstępnej fazy Umowy na Wykonawcę, co wyraża się w:

- a. zobowiązaniu Wykonawcy do przeniesienia, w terminie 3 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług utrzymania, całego know-how oraz stworzenia i przekazania zamawiającemu pełnej dokumentacji i wszelkich narzędzi związanych ze świadczeniem na rzecz zamawiającego usług utrzymania, w taki sposób, aby umożliwić zamawiającemu samodzielne, należyte i terminowe świadczenie usług utrzymania w ramach każdej metryki, bez konieczności uzyskania jakichkolwiek rad, opinii czy wsparcia wykonawcy lub innego podmiotu,
- b. braku zobowiązania zamawiającego do współpracy z wykonawcą w procesie przekazania wiedzy,

126

c. braku zobowiązania dotychczasowego dostawcy usług do zapewnienia rezultatu w postaci skutecznego przekazania wiedzy wykonawcy, a zatem obarczenie całkowitą odpowiedzialnością kontraktową i finansową wyłącznie wykonawcy jak i ograniczenie prowadzenia procesu przekazania wiedzy do rozmiarów niewystarczających dla prawidłowego przeprowadzenia tegoż procesu przy uwzględnieniu wymaganego rozmiaru świadczenia usług,

d. braku ustalenia zasad, zgodnie z którymi wykonawca otrzymywał będzie wynagrodzenie za przeprowadzoną fazę tranzycji, co może uniemożliwić odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu i zawarcie Umowy w sprawie zamówienia, co w efekcie stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust 1 ustawy PZP w zw. z art. 29 ust 1 i ust 2 ustawy w zw. z art. 36 ust 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 kc, art. 353(1) kc i art. 354 § 2 kc w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust 1 ustawy w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2016 poz. 1020).

Zarzut potwierdził się częściowo. Izba zanalizowała treść postanowień art. 3 ust. 2 pkt 17 umowy, art. 4 ust. 1 pkt 4 i 6 umowy, art. 16 ust. 6 umowy i art. 16 ust. 8 umowy i stwierdziła, że w odniesieniu do art. 3 ust. 2 pkt 17, to zarzut z uwagi na zmianę treści dokonaną modyfikacją z dnia 19 maja 2017r. i nadano temu postanowieniu nowe brzmienie, które odnosi się do terminów przekazywania know-how, a dodatkowo zamawiający w odpowiedzi na odwołanie A. dokonał wykładni autentycznej tego postanowienia umownego, to w obecnym stanie faktycznym, który Izba musi uwzględnić na datę zamknięcia rozprawy nie ma już postanowień, które były przedmiotem sporu. Postanowienie art. 4 ust. 1 pkt 4 umowy oraz postanowienie art. 16 ust. 8 ustawy w ocenie Izby pozostają jednak w sprzeczności z treścią art. 8 ust. 4 umowy tak w brzmieniu sprzed modyfikacji z dnia 19 maja 2017r. jak i w brzmieniu po nowelizacji z dnia 19 maja 2017r. Z zestawienia postanowień 4 ust. 1 pkt 4 i 16 ust. 8 z reżimem odpowiedzialności zamawiającego wyrażonym w art. 8 ust. 4, to należy stwierdzić, że reżim z art. 8 ust. 4 umowy jest szerszy i obejmuje odpowiedzialność zamawiającego (pierwotnie wyłącznie leżących po stronie zamawiającego, osób za które odpowiedzialność wyłącznie ponosi i wyłącznie z winy osób trzecich za których strony nie ponoszą odpowiedzialności, a obecnie wykreślono we wszystkich przypadkach słowo „wyłącznie”) uregulowaną zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego. Natomiast art. 4 ust. 1 pkt 4 i 16 ust. 8 umowy wyłączają odpowiedzialność zamawiającego za jakość konsultacji utrzymaniowych jak i brak ich udzielenia oraz za braki w dokumentacji zamieszczonej w repozytorium jak i jej niską jakość, przy jednoczesnym niewyłączeniu odpowiedzialności wykonawcy za wykonywanie zobowiązań wynikających z umowy. W ocenie Izby taka sytuacja powoduje, że w jednej umowie funkcjonują dwa reżimy odpowiedzialności za

127

należyte wykonanie umowy art. 8 ust. 4 ustawy stanowiący reżim odpowiedzialności wynikający z kodeksu cywilnego oraz reżim umowny w zakresie art. 4 ust. 1 pkt 4 i art. 16 ust. 8 umowy. W ocenie Izby istotą świadczenia po stronie zamawiającego jest udostępnienie dokumentacji co jest warunkiem wykonania usługi utrzymania i zamawiający nabywając tę dokumentację od poprzedników prawnych wykonawcy ma instrumenty

egzekwowania wykonania dokumentacji i wykonania dokumentacji należytej jakości, a skoro zamawiający twierdzi na rozprawie, że zapewnił wykonawcy konsultacje dotychczasowego jak i wykonawców realizujących umowę ramową przez wprowadzenie odpowiednich postanowień umownych takie konsultacji ustanawiających, to w ocenie Izby ma też mechanizmy egzekwowania od tych wykonawców świadczenia usługi konsultacyjnej w sposób należyty. W tym stanie rzeczy Izba uznała za na niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia w zestawieniu art. 4 ust. 1 pkt 4 i 16 ust. 8 z art. 8 ust. 4 w zakresie odpowiedzialności zamawiającego, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 umowy. Nadto nie znalazła podstaw do uznania, że zamawiający wykazał uzasadnione potrzeby zamawiającego we wprowadzeniu umownego reżimu odpowiedzialności nakładającego na wykonawcę odpowiedzialność za wykonanie usługi, także w przypadku okoliczności za które odpowiedzialności nie ponosi. W ocenie Izby narusza to także treść art. 29 ust. 2 ustawy, gdyż nieuzasadnione zwiększenie odpowiedzialności umownej wykonawcy stanowi opis przedmiotu zamówienia utrudniający uczciwą konkurencję. Izba nie podzieliła natomiast argumentacji odwołującego o braku określenia zasad wynagradzania w okresie trzycy, w ocenie Izby te zasady są określone i wykonawcy w okresie przygotowywania się do świadczenia usługi wynagrodzenie nie przysługuje. Nadto w ocenie Izby przeciwko wyodrębnieniu takiego wynagrodzenia z ceny i nie poddawaniu go ocenie w kryterium ceny jest nieuzasadnione i niezgodne z definicją ceny wynikającą z art. 2 słowniczka ustawy oraz kryteriami oceny oferty art. 91 ust. 2 ustawy. Izba nie podzieliła także argumentacji odwołującego E., że konsultacje z dotychczasowym wykonawcom powinny być nieograniczone czasowo, być może taki sposób przekazania usługi utrzymania byłby właściwy, jednak mając na uwadze paremię *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*. Zamawiający stwierdził, a Izba nie znalazła podstaw do zadania klamu temu twierdzeniu, że w umowie z dotychczasowym wykonawcą określił obowiązek konsultacji utrzymaniowych na 100 dni roboczych, tym samym zamawiający nie może skutecznie wyegzekwować tego prawa w szerszym zakresie oczekiwanym przez odwołującego E. Z tego względu Izba nakazała zamawiającemu usunięcie sprzeczności pomiędzy art. 4 ust. 1 pkt 4 i 16 ust. 8 umowy, a art. 8 ust. 4 umowy przez określenie odpowiedzialności zamawiającego w zakresie dokumentacji i konsultacji utrzymaniowych w reżimie kodeksu cywilnego.

128

Zarzut 6. Odwołujący E. stwierdził, że działanie zamawiającego narusza ustawę, gdyż zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 Umowy, zamawiający wymaga, aby wykonawca złożył oświadczenie, zgodnie z którym:

„Wykaz funkcji pełnionych przez Personel Wykonawcy oraz wymaganych dla tych funkcji wiedzy, doświadczenia i kwalifikacji, jak również listę tłumaczy oraz członków Personelu Wykonawcy przeznaczonego do realizacji Dokumentów kontraktowych, zgodną z wykazem osób zawartym we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz z ww. wykazem funkcji określa Załącznik 10”.

Dodatkowo, w załączniku nr 10 do Umowy, zamawiający określił listę 80 specjalistów.

Ponadto, w art. 3 ust. 2 pkt 6 Umowy oraz w załączniku nr 2 pkt 7 ppkt 1 do Umowy, określił odmienne terminy określenia składu osobowego zespołu powołanego do realizacji zamówienia, a wymaganego treścią załącznika nr 10 do Umowy.

Powyższe jest w ocenie odwołującego E. żądaniem nadmiernym i nieuzasadnionym, a jednocześnie może uniemożliwić odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu i zawarcie Umowy w sprawie zamówienia, co w efekcie stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust 1 i ust 3 ustawy PIP w zw. z art. 22 ust 1 pkt 3 ustawy, art. 29 ust 1 i ust 2 ustawy oraz art. 5 kc; art. 353(1) kc, w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2016 poz. 1020).

Zarzut nie potwierdził się. Jak wynika z toku rozprawy odwołujący E. nie kwestionował samego uprawnienia zamawiającego do żądania wykazu personelu wykonawcy. Odwołujący przyznał, że o uprawnieniu zamawiającego do żądania listy 80 osób wiedział od momentu sprostowania ogłoszenia w dniu 19 października 2015r. Z treści tego sprostowania wynika także, iż odwołujący wiedział, że zamawiający będzie wymagał określonych funkcji. Na rozprawie ujawniło się, że barierą dla odwołującego E. nie jest w rzeczywistości fakt żądania

listy 80 osób o określonych funkcjach, ale to jaką mają mieć wiedzę w tym wykształcenie potwierdzone certyfikatami oraz doświadczenie w zakresie danej funkcji, jednak w tym zakresie odwołujący nie skonkretyzował zarzutów, ani nie podniósł żądań. Wskazał jedynie żądanie wykreślenia załącznika 10. W ocenie Izby to żądanie nie jest uzasadnione skoro jak już wskazano samej możliwości wykazu 88 osób o określonych funkcjach nie kwestionował, a zatem akceptował, że będzie o taki wykaz poproszony. Tym samym w ocenie Izby nie można było się dopatrzeć naruszenia przez zamawiającego zarzucanych mu przepisów ustawy. Co do zaś momentu zgłaszania listy, to w ocenie Izby termin ten wynika z podanego przez odwołującego art. 3 ust. 2 pkt 6 umowy, natomiast w załączniku 10 żaden termin nie został określony, a w pkt. 7 ust. 1 załącznika nr 2 do umowy termin nie odnosi się do całości

129

personelu wykonawcy, ale tylko do osób wiodących usług, a zatem jedynie części osób z listy z załącznika 10. Tym samym nie ma pomiędzy tymi postanowieniami sprzeczności.

7. Odwołujący uznał, że zamawiający naruszył ustawę przez to, że zgodnie z treścią załącznika nr 8 do Umowy zamawiający określił poziom świadczenia usługi 100%. Jest to wymaganie nadmierne i obiektywnie niemożliwe do dotrzymania, co może uniemożliwić odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu i zawarcie Umowy w sprawie zamówienia, co w efekcie stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 29 ust 1 i ust 2 ustawy, a także art. 5 kc, art. 353(1) kc i art. 387 § 1 kc w związku z art. 14 ustawy i art. 139 ust 1 ustawy w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2016 poz. 1020).

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby wymóg utrzymania 100% usuwania zgłoszeń jest uzasadniony potrzebami zamawiającego. Zamawiający wskazał zarówno czas na przyjęcie zgłoszenia jak i czasy na usunięcie zgłoszenia w zależności od statusu zgłoszenia i nie jest tak, że dla zgłoszeń niskich jest to taki sam czas jak dla zgłoszeń krytycznych. W ocenie Izby oczekiwanie zamawiającego, aby incydenty były w przewidzianym umową terminie usuwane jest racjonalne i takie wymogi mogą być postawione w ramach podwyższonej staranności wykonawcy. Odwołujący nie przedstawił dowodu, że utrzymanie poziomu stuprocentowego usuwania usterek w przewidzianym umową czasie nie był możliwy. Odwołujący z kolei nie kwestionował 100% SLA i w tym zakresie nie prowadził argumentacji, co metryk: wsparcie utrzymania Usługi_UU_WSAD_P_przetwarzania wsadowego na potrzeby klientów

i zewnętrznych ZUS, wewnętrznych wsparcie utrzymania

Usługi_UU_WSAD_D_przetwarzania wsadowego obszaru dochodów, wsparcie utrzymania Usługi_UU_WSAD_P_przetwarzania wsadowego na obszarze wymiany danych z instytucjami zewnętrznymi oraz system obsługi świadczeń, wsparcie utrzymania Usługi_UU_WSAD_P_przetwarzanie wsadowe usług K. i w tym zakresie nie formułował żądań. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Zarzut 8. Nadto odwołujący E. zarzucił, że zgodnie z art. 5 ust 33 - 36 Umowy zamawiający określił, że:

„33. W czasie trwania Umowy Wykonawca zobowiązuje się nie zatrudniać pracowników zamawiającego, którym zamawiający faktycznie powierzył wykonywanie obowiązków związanych z realizacją przedmiotu Umowy - bez uprzedniej zgody zamawiającego wyrażonej w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Zakaz dotyczy zatrudniania osób

130

pozostających z zamawiającym w stosunku pracy w okresie trwania Umowy, jak również osób, których stosunek pracy ustał w okresie trwania Umowy.

34. Zakaz, o którym mowa w ust. 33, dotyczy zawarcia przez Wykonawcę z pracownikiem zamawiającego zarówno umowy o pracę, jak i zatrudnienia na innej podstawie prawnej, w szczególności zawarcia umowy cywilnoprawnej: nazwanej lub nienazwanej.

35. Wykonawca zobligowany jest do wprowadzenia zakazu, o którym mowa w ust 33, do umów zawieranych przez Wykonawcę z podwykonawcami.

36. Dla potwierdzenia faktu niezatrudniania pracowników zamawiającego, Wykonawca

na każde pisemne żądanie zamawiającego, przedstawi oświadczenie w zakresie przestrzegania zobowiązań/zakazów, o których mowa w ust 33 i 35 powyżej", co nakłada na wykonawców obowiązek zapewnienia, że w czasie trwania Umowy nie zatrudnią pracowników zamawiającego. Przy czym zakaz ten dotyczy zarówno zatrudniania osób pozostających z zamawiającym w stosunku pracy w okresie trwania Umowy w sprawie zamówienia, jak również osób, których stosunek pracy ustał w okresie trwania Umowy w sprawie zamówienia.

Zamawiający nie doprecyzował jednak, w jaki sposób wykonawca ma powziąć informacje, jakim osobom faktycznie powierzono wykonywanie takich obowiązków / nie przekazał listy takich osób. Określone przez zamawiającego postanowienie w tak sformułowanym kształcie jest zdaniem odwołującego nadmierne i nieprecyzyjne, bowiem odwołujący nie posiada wiedzy na temat osób, których to zobowiązanie ma dotyczyć, a tym samym niezdefiniowany jest zakres nakładanego na niego zobowiązania.

W kontekście obowiązku uzyskania przez odwołującego powyższych informacji, Odwołujący podkreśla, że wymóg art 5 ust. 33 - 36 Umowy prowadzi do rażącego naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także może uniemożliwić odwołującemu złożenie precyzyjnej i odpowiadającej wymogom zamawiającego oferty, co w efekcie stanowi naruszenie przepisu art 7 ust 1 ustawy w zw. z art. 29 ust 1 i ust 2 ustawy oraz art. 5 kc, art. 353(1) kc, art. 387 § 1 kc w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2016 poz. 1020).

Zarzut nie potwierdził się. Przede wszystkim Izba wzięła pod uwagę fakt, że zakaz ten nie jest bezwzględny i może być uchylony przez wyrażenie zgody na zatrudnienie pracownika przez zamawiającego. Odwołujący ma więc możliwość każdorazowo przy zatrudnianiu pracownika wystąpić do zamawiającego na piśmie, aby ten zgody mu udzielił. Zwrócenie się o taką zgodę pozwoli wykonawcy na zweryfikowanie, czy dana osoba złożyła wykonawcy prawdziwe oświadczenie, co do swego stanu zatrudnienia czy też nie i na skuteczne

131

uchylenie się od odpowiedzialności za złamanie zakazu zatrudniania pracowników zamawiającego. Odwołujący Enterprise nie kwestionował zgodności z ustawą ustanowienia tego zakazu co do zasady, a jedynie podnosił brak możliwości skutecznej weryfikacji. W ocenie Izby zamawiający zaoferował na rozprawie współpracę z wykonawcą w tym zakresie, jak również postanowienia art. 5 ust. 33 pozwalają na korzystanie z wniosku o zgodę na uchylenie zakazu jako elementu weryfikacji pracownika. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Zarzut 9. Ponadto odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 6 ust. 8 Umowy, zamawiający określił, że:

„Na terenie państw, których systemy prawne nie przewidują możliwości zbycia autorskich praw majątkowych wykonawca dokonuje na rzecz zamawiającego z momentem, o którym mowa w ust 3 najszerzego dopuszczalnego w danym systemie prawnym rozporządzenia tymi prawami lub, jeśli rozporządzenie nie jest dopuszczalne - obciążenia ich na rzecz zamawiającego - w ten sposób, by osiągnąć rezultat gospodarczy możliwie najbardziej zbliżony do przeniesienia autorskich praw majątkowych w zakresie, o którym mowa w ust 3-7.", przez powyższe postanowienie zamawiający dopuścił, iż zakres przedmiotu Umowy może być różnicowany w zależności od tego z kim zostanie ona zawarta oraz miejsca powstania utworów, co w efekcie stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust 1 ustawy w zw. z art. 29 ust 1 i ust 2 ustawy w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Oz. U. 2016 poz. 1020).

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby odwołujący E. nieprawidłowo odczytuje to postanowienie umowne i w tym zakresie Izba dała wiarę wyjaśnieniom zamawiającego, że chodzi tu o sytuacje, kiedy dojdzie do wytworzenia utworu na rzecz ZUS w ramach świadczenia usługi na terenie innego państwa. Usługa utrzymania jest świadczona generalnie na terenie państwa polskiego i tu wytwarzane będą przez wszystkich wykonawców utwory związane z realizacją tej usługi, jednak nie można wykluczyć sytuacji, w

której system K. zostanie udostępniony jakiejs placówce zamawiającego, czy też innemu podmiotowi zaopatrzenia emerytalnego za granicą, z którym zamawiający współpracuje. Wówczas każdy z wykonawców będzie musiał zbadać, czy wytworzenie utworu na terenie obcego państwa podlega zbyciu w drodze przeniesienia autorskich praw majątkowych i dopiero w przypadku stwierdzenia, że na terenie tego państwa nie ma możliwości zbycia majątkowych praw autorskich, będzie musiał ustalić jak można zamawiającemu zagwarantować prawa do tego utworu. W ocenie Izby wymóg ten dotyczy w jednakowy sposób wszystkich wykonawców i związany jest miejscem świadczenia usługi, a w

132

konsekwencji wytworzenia utworu, którym na obecną chwilę jest Polska, ale w ramach różnych porozumień międzynarodowych, czy też wymogów unijnych wiążących Polskę może być zmienione. Jest to dodatkowe zabezpieczenie praw zamawiającego i biorąc pod uwagę fakt, że utwór taki stanowić będzie element dokumentacji kontraktu, zamawiający powinien móc w jak najszerszym zakresie z niego korzystać, choćby aby mógł realizować w przyszłości usługę utrzymania w trybie konkurencyjnym. W ocenie Izby nie można dopatrzeć się w tej sytuacji naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 i 3 pkt. 3 ustawy.

sygn. akt KIO 881/17

Zarzut dotyczący postanowień odnoszących się do zmiany umowy niezgodne z regulacjami ustawy Prawo zamówień publicznych:

Załącznik nr 1 do siwz, Oferta, pkt V Formularz Cenowy/ Umowa art. 12 ust 6-11, Załącznik nr 2 do umowy „Struktura organizacyjna i procedury dla realizacji umowy”, lit B „Procedury ogólne”, pkt 11 „P011: Procedura zmiany Standardów ITZUS oraz Procedur eksploatacyjnych”

Prawo zamówień publicznych, przez brzmienie przepisów Działu IV umowy w sprawach zamówień publicznych wyraźnie reguluje, iż regułą jest niezmienność umowy zawartej w trybie tej ustawy, zaś każda zmiana umowy jest sytuacją wyjątkową.

Zarzut jest niezasadny. Odwołujący domaga się zatwierdzenia zmian Standardów IT ZUS i Procedur Eksploatacyjnych przez Komitet ds. Utrzymania i od tego zatwierdzenia uzależnia możliwość naliczania mu kary umownej. Odwołujący Asseco nie kwestionował twierdzenia zamawiającego, że w organie tym obowiązuje jednomyślność. Skoro zatem w organie tym obowiązuje jednomyślność, to brak zgody na wprowadzenie zmiany przez jednego członka jest podstawą do niewprowadzenia tej zmiany. Tym samym byłaby to sytuacja odwrotna do tej, której niezgodność z prawem podnosi obecnie odwołujący A. wobec zamawiającego. To dany wykonawca jednostronnie decydowałby o niemożności wprowadzenia zmiany Standardu IT ZUS czy Procedury Eksploatacyjnej. W ocenie Izby brak współdziałania wykonawcy z zamawiający w sytuacji potrzeby wprowadzenia koniecznych zmian tak samo nie zasługuje na ochronę jak jednostronne narzucanie zmian umowy przez zamawiającego. Izba wzięła pod uwagę, że aby doszło w ramach procedury eskalacji do badania sporu co do zmian standardów czy procedur przez Komitet ds. Utrzymania, to muszą minąć dwa wcześniejsze etapy usuwania sporu, czyli etap zgłaszania zastrzeżeń i etap zgłoszenia sporu do Dyrektora Projektu, natomiast odwołujący chciałby zastąpić te etapy od razu

133

etapem Komitetu ds. Utrzymania. W ocenie Izby takie oczekiwanie nie jest uzasadnione, gdyż to Strony w pierwszej kolejności powinny uzgodnić wzajemne stosunki, a nie Komitet ds. Utrzymania, którego skład jest szerszy niż strony niniejszej umowy i dla procedowania, którego konieczna jest jednomyślność. Izba wprawdzie nie uważa za prawidłową regulację przymuszającą wykonawcę do zaakceptowania zmiany procedury lub standardu za pomocą kary umownej, gdyż taka decyzja powinna być podjęta przez wykonawcę bez nacisków ze strony zamawiającego, to jednak żądanie zakreślone przez odwołującego jest w ocenie Izby zbyt daleko idące i może prowadzić w rzeczywistości do blokowania zmian procedur i standardów przez wykonawcę bez podjęcia próby uzgodnień pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą. Biorąc pod uwagę fakt, że odwołujący domaga się modyfikacji art. 8 ust. 2 pkt

10 umowy łącznie z modyfikacją kroku 6 w procedurze PO11, to uwzględnienie tych żądań rozłącznie w ocenie Izby nie jest dopuszczalne. W tym stanie rzeczy Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego zarzucanych przepisów ustawy.

Zarzut dotyczący Załącznika nr 2 do siwz „Umowa na usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania K. ZUS”, art. 3 ust. 2. pkt 17), art. 8 ust. 1. pkt 10) oraz załącznik 2 do umowy „Struktura organizacyjna i procedury dla realizacji umowy” lit B pkt 17 Procedura P017

Zarzut nie potwierdził się. Zamawiający jak ustalono w stanie faktycznym rozumiał treść spornego postanowienia jako odnoszącego się do zapewniania sobie instrumentów prawnych pozwalających na uzyskanie praw do wytworzonych w ramach umowy dokumentów i narzędzi oraz know-how, a nie wszystkich z których wykonawca będzie korzystał w toku świadczenia usługi. Izba przywołała w ustaleniach stanu faktycznego stanowisko zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie w tym zakresie, które w ocenie Izby stanowi wykładnię autentyczną postanowienia art. 3 ust. 1 pkt 17 umowy. Izba stoi na stanowisku,

że wykładnia ta wiąże zamawiającego i w przypadku sporów na tle zakresu przeniesienia wiedzy oraz dokumentów i narzędzi będzie miała zastosowanie. Izba uznała, że dokonując tej wykładni zamawiający zawęził pojęcie „korzysta” do pojęcia „wytworzył w celu świadczenia usług” i taki zakres przeniesienia w ocenie Izby jest uzasadniony usprawiedliwioną potrzebą zamawiającego, czyli zapewnieniem sobie możliwości korzystania z know-how, kompletu procedur i dokumentów, które wykonawca wytworzył w celu realizacji usługi dla zamawiającego. W tym stanie rzeczy Izba nie znalazła podstaw do wykreślenia pkt. 1 art. 3 ust. 2 umowy, ani do uwzględnienia żądania alternatywnego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 ustawy.

W sprawie sygn. akt KIO 880/17

134

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm. Z 2017r. poz. 47) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszty wpisu od odwołania uiszczonego przez odwołującego Enterprise oraz nakazując zamawiającemu dokonanie zwrotu na rzecz odwołującego Enterprise kosztów związanych z wniesionym wpisem oraz kosztami zastępstwa prawnego, zgodnie ze złożoną fakturą VAT, z ograniczeniem w zakresie zastępstwa prawnego do kwoty maksymalnej dopuszczanej przez rozporządzenie.

W sprawie sygn. akt KIO 881/17/17

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm. Z 2017r. poz. 47) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczonego przez odwołującego A. i nakazując odwołującemu A. zwrot zamawiającemu kosztów zastępstwa prawnego zgodnie ze złożoną fakturą VAT, z ograniczeniem w zakresie zastępstwa prawnego do kwoty maksymalnej dopuszczanej przez rozporządzenie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

135